

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

ABRIL - JUNIO 2008



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 66, abril-junio 2008

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

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

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

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES	<u>Pág.</u>
ARANDA SORIA, Sonia y GÓMEZ GÓMEZ, Isabel: “El testamento militar: una realidad”	9
ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: “El testamento mancomunado. Reflexiones sobre su posibilidad teórica y su eventual utilidad práctica en Derecho civil común” (Primera parte)	51
BERMEJO PUMAR, María Mercedes: “El sistema legitimario en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia” (Segunda parte)	127
DELGADO PIQUERAS, Francisco y GALLEGRO CÓRCOLES, Isabel: “Arancel notarial y concentración parcelaria. Comentario a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) de 30 de marzo y 4 de mayo de 2007”	171
ORELLANA CALDERÓN, Raúl: “La <i>Tercera Partida</i> de Alfonso X el Sabio. Estudio y edición crítica de los títulos XVIII al XX. Estudio de los títulos XVIII-XX de la <i>Tercera Partida</i> de Alfonso X el Sabio” (Parte 3. ^a)	191
QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: “Límites a la autonomía de la voluntad en el seno de las asociaciones”	329
SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La comunidad conyugal en liquidación” (II)	365

PRÁCTICA NOTARIAL	<u>Pág.</u>
NAVAS OLÓRIZ, José Ignacio: “El derecho de superficie”	575
 ACTUALIDAD JURÍDICA	
<i>Notas bibliográficas</i>	
MUÑIZ ESPADA, Esther: “La acción revocatoria como una vicisitud del concurso”, Editorial Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006. Por José María de la Cuesta Sáenz	603
VICENTE DOMINGO, Elena: “El droit de suite de los artistas plásticos”, prólogo de C. Rogel Vide, Editorial Reus, Colección de Propiedad Intelectual, Madrid, 2007. Por José María de la Cuesta Sáenz	607
GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: “Un apunte bibliográfico sobre el protocolo familiar”	611

EL TESTAMENTO MILITAR: UNA REALIDAD

SONIA ARANDA SORIA

Oficial del Cuerpo Militar de Intervención

ISABEL GÓMEZ GÓMEZ

*Fiscal sustituto de la Fiscalía Provincial
de Zaragoza*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. FE PÚBLICA EN GENERAL Y MILITAR. 3. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO EN GENERAL. 4. TESTAMENTOS ESPECIALES: EL MILITAR. 5. EL TESTAMENTO MILITAR. 5.1. Antecedentes. 5.2. Requisitos generales. 1. *Capacidad para testar.* 2. *Testigos.* 3. *Identidad del testador.* 4. *Intérprete.* 5. *Nulidad.* 5.3. Requisitos específicos del testamento militar. 1. *Quién otorga el testamento militar.* 2. *Tiempo en los testamentos militares.* 3. *Lugar en el testamento militar.* 5.4. Formas del testamento militar. 1. *Testamento militar cerrado.* 2. *Testamento militar abierto.* 3. *Testamento militar ológrafo.* 4. *Testamento otorgado con ocasión de combate.* 6. CONCLUSIÓN. 7. LEGISLACIÓN. ANEXOS.

1. Introducción

En la década de los noventa se ha producido un cambio en el escenario estratégico en cuanto a las condiciones de seguridad y defensa. Con la caída del muro de Berlín en 1989 y la desaparición de la Unión Soviética (URSS), se produce el fin de la Guerra Fría. Surge en los países de Europa Occidental un pensamiento de paz definitiva, desarrollo económico, fin de la pobreza y extensión de la prosperidad con un protagonismo de la democracia. Pero todo esto fue un espejismo debido al estallido de numerosos conflictos ya en los años noventa. El de mayor trascendencia fue la Guerra del Golfo, que ya venía avisando de enfrentamientos futuros. El llamado “choque de civilizaciones”, el auge del terrorismo internacional y la proliferación de armas de destrucción masiva confluyen a principios del nuevo siglo para dominar el panorama estratégico en los años siguientes, desembocando en la participación de tropas españolas en situaciones de crisis.

La participación de unidades militares en operaciones fuera de nuestro territorio nacional viene recogida en la Directiva de Defensa Nacional 1/2004, la cual determina que: “*se enmarcarán dentro de un multilateralismo eficaz...*”. Ha nacido una conciencia proclive a que la Comunidad Internacional intervenga bajo la bandera de la Organización de Naciones Unidas (ONU) u otras organizaciones regionales, como la OTAN.

La participación de unidades militares en operaciones fuera de nuestro territorio ha sido regulada por la *Ley Orgánica 5/2005, de la Defensa Nacional*. Hasta este momento las actividades eran decididas y ejecutadas mediante un marco político en base a comparecencias parlamentarias. Pese a la reciente participación de las Fuerzas Armadas españolas en el exterior, la experiencia acumulada en los últimos quince años, participar en 48 operaciones diferentes de más de 67.000 militares, supone un cambio en el panorama internacional que implica el surgir de nuevas necesidades para el personal que durante unos meses se va de misión. Ello lo ponemos directamente en relación con el derecho de toda persona a declarar la última voluntad sobre sus bienes y derechos y a los medios que otorga el Código Civil para que, en estas circunstancias, sea posible el acceso del personal militar a este derecho.

El testamento militar es una clase de testamento especial que se regula en los artículos 716 a 721 del Código Civil; a pesar de ser breve su regulación en dicho texto legislativo son muchas las situaciones que se pueden plantear y que requieren un estudio especial.

Son numerosos los interrogantes que podrían dirigir este análisis, tales como: cuáles son sus requisitos, las personas que tienen potestad para legitimarlos e incluso para poder hacer uso de esta modalidad de última

voluntad, pero sin duda la finalidad que pretendemos conseguir es poner de manifiesto la necesidad de una adaptación de la regulación que el Código Civil hace de esta institución a las nuevas circunstancias que la rodean, en busca de actualizarla y adaptarla a la nueva realidad de las Fuerzas Armadas, destinatarios en última instancia de este testamento.

Sin embargo, antes de entrar de lleno en el estudio del testamento militar y de estas cuestiones concretas, igualmente debemos poner de relieve que esta forma de manifestar la última voluntad no deja de ser un testamento, por lo que los requisitos y disposiciones generales también se reflejan en el mismo.

2. Fe pública en general y militar

1. Concepto de fe pública en general y quién la posee.

La fe pública es la garantía que da el Estado para que los hechos que interesan al derecho sean verdaderos y auténticos. En la realidad social existen una serie de hechos y actos con relevancia jurídica que, si bien no todos los ciudadanos pueden presenciar, deben ser creídos y aceptados como verdad oficial.

2. En el Ministerio de Defensa.

Se entiende por fe pública en las Fuerzas Armadas el conjunto de facultades dirigidas a autenticar la certeza de un hecho o la expresión de voluntad, existente o surgida en cualquier Centro, Unidad o Dependencia, cuando convenga que conste su realidad en documento fehaciente.

3. Quién realiza la fe pública en Defensa.

Actualmente, el ejercicio de la fe pública en el Ministerio de Defensa es realizado por el Cuerpo Militar de Intervención, en base a lo dispuesto en la *Ley 39/07, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar*, por la que se le asigna como función el ejercicio de la Notaría Militar, y el *Real Decreto 207/2003, de 21 de febrero*, por el que se aprueba el *Reglamento de Cuerpos, Escalas y Especialidades de las Fuerzas Armadas* (BOE 5-3-2003, núm. 55), donde en el artículo 64 recoge:

“1. Los miembros del Cuerpo Militar de Intervención, agrupados en una Escala Superior de Oficiales, tienen como cometido, en el ámbito del Ministerio de Defensa y de sus organismos autónomos, llevar a cabo el control interno de la gestión económico-financiera mediante el ejercicio de la función

interventora, el control financiero y auditoría, por delegación del Interventor General de la Administración del Estado, en los términos previstos en la Ley General Presupuestaria; ejercer la Notaría Militar en la forma y condiciones establecidas por la ley y el asesoramiento económico-fiscal...”

Ello es el resultado de una trayectoria normativa a lo largo del tiempo, de la que debemos dar un puesto predominante al artículo 717 del Código Civil y al *Decreto de 25 de septiembre de 1941* (BOE núm. 280), que posteriormente desarrollaremos.

4. Organización de la Notaría Militar.

Según la *Instrucción número 2/2004, de 23 de marzo, del Interventor General de la Defensa*, por la que se regula el ámbito competencial de la fe pública militar, la Notaría Militar es realizada por la Intervención General de la Defensa, las Intervenciones Delegadas Centrales de los Cuarteles Generales del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire y por los órganos periféricos, que son:

- Intervenciones Delegadas en Unidades de la Fuerza y apoyo a la Fuerza.
- Intervenciones Delegadas en Centros y Organismos.
- Intervenciones Delegadas en las Delegaciones de Defensa, Subdelegaciones de Defensa y Oficinas Delegadas.
- Intervenciones Desplazadas con las Fuerzas Expedicionarias.

5. Fe pública en tiempo de paz y guerra.

Las funciones notariales otorgadas al Cuerpo Militar de Intervención son distintas en base a si nos encontramos en tiempo de paz o en tiempo de guerra o campaña.

En tiempo de paz existe un normal acceso del militar al notario civil, si bien, el Cuerpo Militar de Intervención posee las siguientes facultades que a continuación se enumeran, no teniendo carácter limitativo, surgiendo efectos única y exclusivamente para documentación que surta efectos en el Ministerio de Defensa. Estos actos son:

1. *Testimonios o legalizaciones*: los Fedatarios Militares podrán legalizar toda clase de documentos militares que posea o se le presenten y documentos civiles que hayan de presentarse en Organismos de carácter militar.

2. *Legitimaciones*: los testimonios comprenden también las legitimaciones de firmas en documentos militar o civil que hayan de surtir efectos

en Organismos militares, fotografías, huellas digitales, planos, descripciones de objetos y otros análogos, siempre que al Interventor Fedatario le conste su exactitud.

3. *Informaciones testificales*: podríamos considerar esta figura incluida en las actas de comprobación; sin embargo, los Reglamentos del Cuerpo de Intervención Militar, de Intervención de la Armada y del Cuerpo de Intervención del Aire lo recogen de forma separada. El Notario Militar realiza una actitud de comprobación, en base a pruebas y declaraciones, llegando a una conclusión sobre el destino de los haberes devengados por el personal militar y civil que falleciera después de pasada la Revista Administrativa o de Comisario.

4. *Actas*: los Fedatarios militares autorizan las actas previstas en la legislación vigente, mediante las que se deja constancia de situaciones reales y que por su naturaleza no sean materia de concurso.

5. *Otras actuaciones*:

- Compulsa de fotocopias.
- Toma de Razón de Reales Despachos, Títulos de Empleo o Patentes, Nombramientos, Credenciales, Diplomas y Cédulas de Condecoraciones.
- Revista Administrativa o de Comisario.

En tiempo de guerra y en campaña la Notaría Militar se realizará de acuerdo a lo que disponga el Código Civil, *Ley de Notariado de 28 de mayo de 1862 y su Reglamento de 2 de junio de 1944 y Decreto de 25 de septiembre de 1941* y cuantas disposiciones de carácter general o instrucciones particulares se dicten sobre la materia.

En esta situación, el Oficial del Cuerpo Militar de Intervención tiene la consideración de notario para todos los actos, documentos y contratos de derecho privado que integran la función notarial, pero es necesario que concurren una serie de condiciones que más adelante detallaremos y que hacen que la fe pública militar sea una medida excepcional.

Dentro de todas las funciones que realiza el interventor, la que va a ser objeto de desarrollo en este análisis es la de otorgar testamento.

3. Concepto y características del testamento en general

El artículo 667 del Código Civil nos dice que: “*El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos los bienes o de parte de ellos, se llama testamento*”, anunciando por tanto la posibilidad que tiene cualquier persona de disponer de sus bienes a través de la llamada

sucesión testamentaria, ya previamente apuntada en el artículo 658 del mismo texto legal. El Tribunal Supremo, por su parte, establece una definición más amplia, considerándolo como un acto o negocio jurídico solemne, en principio unilateral y esencialmente revocable, otorgado por persona capaz, con la intención seriamente declarada para producir, después de la muerte de su autor, consecuencias eficaces en Derecho, con mandatos inequívocos para regular su sucesión, tal y como se desprende, entre otras, de la *Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1965*.

Se ha criticado por la doctrina la definición legal porque no recoge los caracteres de ese acto de disposición, sino que éstos han de ser extraídos del articulado del Código Civil y, más concretamente, de la regulación que hace dicho texto legal sobre el testamento. Exclusivamente se menciona en el concepto del artículo 667 la disposición a través del testamento que hace el causante desde el punto de vista económico, de sus bienes, aunque no podemos olvidar que el contenido del testamento va más allá de las cuestiones económicas, pudiendo contener otras manifestaciones de tipo no patrimonial, como el reconocimiento de un hijo (art. 741) o el nombramiento de un tutor (art. 223).

En cualquier caso es esencial que se trate de una disposición “*mortis causa*”, esto es, que surtirá efecto después de la muerte del testador y que exige verdadera voluntad de testar o *animus testandi in actu*. La concurrencia de estos dos requisitos anteriormente expuestos no son una exigencia de la institución testamentaria actual exclusivamente, sino que, buscando en los antecedentes de la misma, ya el Derecho Romano también aludía a esta materia, llegando a establecer como concepto de testamento el aforismo latino “*voluntas iusta nostra sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*”, del que se extrae el espíritu o la esencia del testamento, esto es, el derecho de la persona a atribuir a sus descendientes sus bienes a través de un documento escrito.

En el sistema del Derecho Civil español el testamento tiene unas características muy bien delimitadas, que se desprenden de los preceptos que lo regulan y que son las siguientes:

- a) Es un *acto o negocio jurídico “mortis causa”*, puesto que es otorgado para surtir efectos después de la muerte del causante.
- b) Es *unilateral*, ya que es individual su otorgamiento, así como la voluntad expresada en el mismo.
- c) Es un *acto unipersonal*, es decir, realizado por una sola persona, no admitiendo la presencia de otra para disponer simultáneamente. Todo ello amparado en la prohibición expresa, no sólo del testamento recíproco, sino también del meramente mancomunado o conjunto, como se menciona en el artículo 669 al disponer: “*No po-*

drán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero”.

- d) Es *personalísimo*; su formación no puede dejarse, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero, no hacerse por medio de comisario o mandatario, como surge de la redacción del artículo 670, al igual que contempla que no podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente.
- e) Es un *acto formal o solemne*, pues deberá ajustarse a las formas legalmente establecidas para su validez, bajo pena de nulidad, como reconoce el artículo 687.
- f) Es un *acto esencialmente revocable*. Este principio, ya enunciado por Ulpiano (“la voluntad del difunto es variable hasta el último momento de su vida”), se recoge como tal en el artículo 737, cuando afirma que “*todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas*”.
- g) La *interpretación del testamento* se deberá hacer siguiendo las premisas que contempla el artículo 675, así “*toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador*”. Y en caso de duda se deberá seguir fielmente la intención del testador, según lo estipulado en el testamento.

4. Testamentos especiales: el militar

El Código Civil clasifica los testamentos por razón de su forma en los artículos 676 y 677. El primero afirma que “el testamento puede ser común o especial”. El común puede ser a su vez ológrafo, abierto y cerrado. Mientras que el artículo 677 entiende que los testamentos especiales son el militar (objeto de nuestro estudio), el marítimo y el hecho en país extranjero.

Los testamentos especiales son aquellos en los que se disminuyen las solemnidades o se aumentan en razón de circunstancias establecidas en cada caso, en las que se encuentra el testador. Con la existencia de este tipo de testamentos la Ley garantiza el derecho a testar a personas que por situaciones especiales no pueden cumplir los requisitos generales. Se pretende hacer accesible un acto jurídico solemne, como es el derecho de toda persona a expresar su última voluntad.

Pero esta accesibilidad no es a cualquier precio. Es verdad que en los testamentos especiales surgen formas abreviadas y simplificadas para adaptar los requisitos formales a la situación, pero el uso de esas formas debe estar subordinado a la concurrencia de supuestos y requisitos que tienen que estar perfectamente delimitados en las disposiciones legales vigentes, para evitar su uso arbitrario. En este sentido va encaminada la *Sentencia* pronunciada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, con *fecha 10 de julio de 1944*, relativa al testamento militar extraordinario abierto otorgado en Llanes, el día 3 de septiembre de 1937, por persona que se encontraba presa por sus ideas políticas; dicho Alto Tribunal declaró que, en la sucesión "*mortis causa*", la forma es un requisito esencial al acto testamentario, el cual, para que tenga existencia jurídica y produzca efectos, se han de cumplir las solemnidades establecidas por la Ley, como la garantía de la libre manifestación de la voluntad del testador y de su segura conservación y prueba. Aunque la Ley, para hacer más accesible el derecho de expresar la última voluntad en situaciones extraordinarias, establece formas simplificadas y especiales, el uso de esta forma especial para testar está siempre supeditada a la concurrencia de los requisitos previstos en las normas que desarrollaremos en este trabajo.

No podemos hablar en ningún momento de privilegio o de privilegiados a los que se acogen a estas formas especiales de acceder a la fe pública en general o a testar en particular, sino que es la necesidad de facilitar el otorgamiento de testamento a quienes se encuentren en circunstancias anormales. Este es el caso de la Fuerza Militar cuando se encuentra en una zona de combate, la cual debe contar con unos servicios que se consideran esenciales para mejorar la vida de las tropas, entre ellos la posibilidad de testar. Cuando el Ejército Español se desplaza al extranjero en lugares inmersos en conflictos bélicos, se le impide acceder a los funcionarios depositarios de la fe pública (generalmente el notario), precisamente por la ausencia de los mismos y como consecuencia se les niega un derecho importante, provocado por el desplazamiento necesario para el desempeño de su condición de militar. Debido a ello existen dentro del Ejército Español un grupo de militares a los que la ley ha atribuido la fe pública en general y todas las funciones relativas a los testamentos en particular, y que se equipara en todos los sentidos a la función de los notarios en la vida civil, son los interventores, a los que ya hemos aludido al principio de la exposición.

Como hemos apuntado anteriormente, el testamento militar es una forma especial de testamento, siendo igualmente el objeto de nuestro estudio; no podemos obviar que la regulación del testamento en el Código Civil sirve de base y es derecho supletorio, como menciona el artículo 13.2, al testamento militar. Dada la brevedad del articulado que regula este tipo

de testamento no es de extrañar que se remita a la regulación genérica que el Código Civil dedica al testamento común, sin olvidar que el primero no es más que una especialidad del segundo.

Es por ello que nuestro análisis comienza con la alusión a las particularidades y requisitos que adornan al testamento en general, puesto que el testamento militar no deja de ser una forma más de expresión de la última voluntad, pero también haciendo hincapié igualmente en que éste tiene sus propias características, que lo hacen diferenciarse de los demás tipos y que veremos a lo largo de la exposición.

5. Testamento militar

5.1. Antecedentes.

El acceso a la fe pública es un servicio que por costumbre ha estado a disposición de los militares. Esta función la realizaban los veedores que existían en los ejércitos castellanos e imperiales españoles hasta el siglo XVIII, posteriormente lo realizaron los Comisarios de Guerra. Pero es verdad que no existía una norma legal que permitiese que se realizaran estos servicios. El Código Civil vigente, de 24 de julio de 1889, ayudó a aclarar la situación, pero, como veremos más adelante, no totalmente debido a la necesidad de una mayor precisión dispositiva.

El artículo 716 del Código Civil establece: *“En tiempo de guerra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el Ejército o que sigan a éste, podrán otorgar su testamento ante un Oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán”*.

Todo ello fue plasmado en la *Real Orden Circular de 19 de abril de 1895*, en virtud de la cual se recuerda a los miembros de las Fuerzas Armadas de todos los empleos que el testamento militar a que se refiere el Código Civil insertado en la Justicia Militar únicamente tiene aplicación en tiempo de guerra, pues en tiempo de paz los documentos de esta naturaleza deben ser otorgados con las formas y solemnidades que con carácter general se establecen.

La realidad sociopolítica y jurídica obligó a matizar los conceptos establecidos en el Código Civil: El 25 de septiembre de 1941 se dictó un *Decreto denominado de fe pública notarial para las fuerzas expedicionarias*. Este Decreto fue dictado en un importante momento de la historia, cuando 16.000 militares españoles se integraron en el Ejército alemán, formando la división número 250, realizando una marcha a pie de más de 1.000 kilómetros por territorio polaco y ruso, y se acababan de incorporar al frente del Este para enfrentarse en combate con el Ejército de la

Unión Soviética, es decir, se enfrentaban a una situación que les impedía acceder a la fe pública.

En la Exposición de Motivos se establecía: “*Es notoria la necesidad de extender la fe pública al Jefe u Oficial Interventor de las Fuerzas expedicionarias para todos los actos y contratos que requieren intervención notarial... dada la imposibilidad para que en tales actos y contratos intervengan los funcionarios que normalmente están llamados a hacerlo*”.

Este Decreto es de vital importancia, porque por un lado extiende la fe pública para toda clase de actos y contratos que requieran intervención notarial al Jefe u Oficial Interventor de fuerzas expedicionarias, medida tanto más justificada en dichos casos por la imposibilidad de intervención de los funcionarios llamados normalmente a ejercer la fe notarial; y por otro lado porque enfatiza la excepcionalidad de la notaría militar, no sólo en la situación en la que se produce, cuando el personal militar español se encuentra en unas circunstancias especiales en el desarrollo de su trabajo en zonas de operaciones, sino porque la fe pública se entrega a un funcionario que por Ley no la tiene asumida, que es el Oficial Interventor integrado en el contingente.

Así se utiliza al interventor para otorgar testamento porque se cumple la *ratio legis* que preside toda la sección 7, 8 y 9 del capítulo I del título III del Código Civil: que cuando no cabe acudir al procedimiento ordinario de otorgamiento de testamento puede acudirse a esta concreta forma especial de testamento abierto, esto es, el testamento ante el Interventor Militar en tiempo de guerra y en campaña.

El interventor del contingente en el extranjero tiene asumidas las mismas funciones y capacidades que un notario y se rige por el Código Civil, la Ley del Notariado y el resto de normas a las que se sujeta el notario civil.

5.2. Requisitos generales.

1. Capacidad para testar.

La fórmula utilizada por el Código Civil para regular la capacidad para testar es sin duda la misma utilizada durante todo su articulado, refiriéndose a la capacidad como la regla general, mientras que a la incapacidad le reserva la excepcionalidad, como se demuestra en el artículo 199; así se desprende del contenido del artículo 662, al declarar que “*pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíba expresamente*”. Establece por tanto una presunción legal de capacidad para testar, aunque es una presunción *iuris tantum*, esto es, que admite prueba en contrario y se rompe precisamente al probar la falta de esa capacidad en el momento de

otorgar testamento, aunque la incapacidad no esté declarada judicialmente.

La excepción se materializa, según el artículo 663, al recoger que “*están incapacitados para testar: 1.º) los menores de catorce años de uno y otro sexo; 2.º) el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*” (aunque como veremos se exige la mayoría de edad para el otorgamiento del testamento ológrafo).

El momento para apreciar la capacidad del testador es al tiempo de otorgar el testamento, como manifiesta expresamente el artículo 666, admitiendo, por tanto, el realizado antes de la enajenación mental (art. 664). Muy en conexión con lo anterior, debemos comentar que no se le cierra totalmente la posibilidad de testar a los incapacitados, se les abre una vía a través del artículo 665, pensada para aquellos que hubiesen sido incapacitados por sentencia tras el procedimiento de incapacidad legalmente establecido (arts. 756 a 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y si dicha resolución judicial no contiene ningún pronunciamiento específico sobre la capacidad de este incapaz para testar. En estas circunstancias, “*el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad*” (art. 665). La opinión de los médicos deberá unirse al testamento para que se tenga constancia de su decisión, buscando así una forma para que también los incapaces puedan, de forma restringida, ejercitar el derecho a testar.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en *Sentencias como la de 13 de octubre de 1990*, al afirmar que “*toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción iuris tantum que se ajustan a la idea tradicional del favor testamenti y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental*”.

Sin embargo, haciendo referencia al testamento militar, la capacidad del testador es la genérica para cualquier testamento, aunque con algunas peculiaridades. El testamento militar puede ser otorgado en tiempo de guerra por los militares que se encuentren en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el Ejército o que sigan a sus fuerzas.

Para concretar quién puede acceder a esta forma de testamento debemos aclarar los conceptos apuntados anteriormente. Así, se entiende por **militares**, siguiendo la *Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, que regula el Código Penal Militar*, en su artículo 8, “*quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma*”;

igualmente por **prisionero** se entiende “*al militar o cualquier otra persona que en campaña cae en poder del enemigo*”; por **rehén** “*aquella persona retenida por alguien como garantía para obligar a un tercero a cumplir determinadas condiciones*”; y por **voluntario** “*aquella persona que por su propia voluntad se presta a hacer un servicio o trabajo*”.

El Código Civil, en sus artículos 716 a 721, se refiere al Ejército, ésta es una forma genérica de nombrar a las Fuerzas Armadas, ya que en este concepto está incluido, además del personal del Ejército de Tierra, la Armada, el Ejército del Aire y los Cuerpos Comunes.

Se hace referencia al concepto de militar de una forma muy amplia. Se debe tener en cuenta que un Ejército en zona de operaciones no es un elemento estanco, sino que está compuesto por personas que estrictamente no entrarían en la definición de militar. Por ejemplo, se incluye dentro del concepto, y por tanto pueden acceder a la fe pública militar, los intérpretes que desde el territorio nacional se desplazan a la zona de operaciones y los trabajadores locales que temporalmente prestan sus servicios en las fuerzas expedicionarias.

2. Testigos.

A la hora de hablar de los testigos como aquellas personas que acreditan realmente el otorgamiento del testamento, siendo indiferente si conocen o no el contenido del mismo, el artículo 681 lo hace en sentido negativo, no se refiere a quienes pueden reunir esta condición, sino más bien a quienes les está vedada esta posibilidad, así “*no podrán ser testigos en los testamentos*”:

- *Los menores de edad, salvo lo dispuesto para el caso de epidemia (art. 701), en el que pueden ser testigos los mayores de dieciséis años.*
- *Los ciegos y los totalmente sordos o mudos.*
- *Los que no entiendan el idioma del testador.*
- *Los que no estén en su sano juicio.*
- *El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo*”. En el testamento militar, la alusión que hace este punto a la incapacidad para ser testigo de los parientes del notario se debe entender referida a los parientes del intervenor, titular de la fe pública y que desarrolla la facultad de otorgar el testamento militar.

Se han otorgado algunas matizaciones a las prohibiciones anteriores; así, al hablar de menores de edad, se entiende que también se refiere a los menores emancipados y habilitados de edad (en los términos que men-

cionan los arts. 314 a 324 del Código Civil), ya que el precepto no distingue entre ellos. También se menciona a los que no estén en su sano juicio, incluyendo a los que estén aquejados de todo tipo de anomalías o perturbaciones mentales, provisionales o permanentes, no admitiendo la existencia de un intervalo lúcido para declarar su idoneidad como testigo, ya que esta posibilidad sólo se menciona en el artículo 664 para la capacidad del testador.

Como veremos al mencionar el testamento abierto, como una modalidad de testamento común recogida en el artículo 676, en algunos casos será necesaria la presencia de testigos; para este supuesto, el artículo 682 considera expresamente que *“tampoco podrán ser testigos los herederos o legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”*, aunque no se entenderán comprendidos en esta prohibición *“los legatarios ni sus cónyuges o parientes cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario”*.

Cabe mencionar el avance que en su momento supuso en materia de testigos la ya derogada *Ley de 1 de abril de 1939* (BOE núm. 97), en la que en su artículo 2 disponía que en los testamentos intervendrán los testigos exigidos por la legislación vigente, pudiendo los instrumentales ser testigos de conocimiento, así como que no será necesario que los testigos tengan vecindad o domicilio en el lugar del otorgamiento cuando aseguren que conocen al testador y el notario conozca a éste y a aquéllos.

Al igual que ocurría con la capacidad para testar, para que un testigo sea declarado inhábil, es necesario que la causa de su incapacidad, y que debe estar comprendida entre las reguladas en los artículos 681 y 682, vistas anteriormente, exista al tiempo de otorgarse el testamento; así lo manifiesta el artículo 683 del Código Civil.

Como peculiaridad exclusiva en el testamento militar, y observando la regulación que hace el Código Civil, se podría entender que cuando hay una relación de dependencia testador-testigo o notario-testigo, como ocurre en la organización militar, sería una causa de incapacidad la posible dependencia jerárquica que existe entre los intervinientes; sin embargo, este planteamiento no rige en los testamentos militares, pudiendo ser testigos los de empleo inferior aun teniendo una relación de dependencia jerárquica del testador, si éste tuviese un grado superior de mando, de acuerdo con el funcionamiento de la estructura jerárquica militar.

3. *Identidad del testador.*

La identificación del testador es un presupuesto de la autenticidad del testamento. Se han previsto distintos modos para realizar esta tarea y que

se vislumbran en los artículos 685 y 686, otorgando preferencia a la identificación directa, en detrimento de la indirecta, a través de testigos o documentos acreditativos de tal condición. Así, lo ideal es el conocimiento directo que el notario tenga del testador, y que le otorga potestad para afirmar no sólo su identidad, sino también su capacidad para otorgar testamento, sin necesidad de que exista trato entre ambos. Esta posibilidad se convierte en una obligación para los testigos que autorizan un testamento en circunstancias especiales, como son las que rodean el otorgamiento del testamento en inminente peligro de muerte (art. 700) y en caso de epidemia (art. 701), dada la falta de asistencia del notario. En el testamento militar, la única especialidad que surge en cuanto a la comprobación de la identidad del testador es que la posibilidad que se le otorga al notario de conocer personalmente al testador y dar fe tanto de su identidad como de su capacidad, se le atribuye igualmente al interventor militar, como fedatario que es.

Si no fuera posible tal conocimiento, se realizará mediante testigos, que, ahora sí, deberán conocer al testador antes del otorgamiento, así como ser conocidos del notario. Esta última exigencia se considera una solemnidad, como se desprende de la *Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de abril de 1991*, en la que menciona la ineficacia de la disposición testamentaria si resulta que, con anterioridad al otorgamiento del testamento, los testigos no conocían al causante, aun cuando hayan transcurrido varios años desde que se realizó el acto.

A falta de ambas formas, la acreditación del testador se podría realizar a través de documentos expedidos por las autoridades públicas, cuya finalidad es precisamente el reconocimiento de la persona, tales como el Documento Nacional de Identidad o el Pasaporte. Cuando el testador sea extranjero, el documento que serviría para identificarle es la Tarjeta que le concede el Ministerio del Interior y en la que se recoge el Número de Identificación de Extranjeros (NIE).

Pero si ninguna de las anteriores posibilidades diera resultado, existe en el artículo 686 una identificación supletoria “*reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo*”, aunque previamente el notario o los testigos, en su caso, declararán tal circunstancia. También contiene una afirmación para el supuesto de impugnación del testamento por tal motivo, entendiendo que la persona que pruebe la identidad del testador deberá también sostener su validez.

El interventor militar, además de identificar al testador y comprobar su capacidad para testar, deberá cerciorarse de una característica adicional y esencial, como es su condición de militar, causa de nulidad del testamento militar si carece de ella. Esta identificación se realizará no sólo

por su vestimenta, sino por una serie de documentos de uso exclusivo del personal militar, como es la Tarjeta de Identidad Militar (TIM), regulada por la *Orden DEF/600/2002, de 7 de marzo* (por la que se regula la tarjeta de identificación militar para el personal de las Fuerzas Armadas, el Cuerpo de la Guardia Civil y militares de nacionalidad no española destinados en los Cuarteles Generales Internacionales ubicados en España) y el Pasaporte Militar.

4. *Intérprete.*

Es el artículo 684 del Código Civil el que lo menciona, afirmando la existencia de dos tipos de testamento:

— **Testamento en lengua que el notario no conozca.** Es el artículo 684 el que establece esta posibilidad, para lo cual se requerirá la presencia de un intérprete, elegido por el notario, que traduzca la disposición testamentaria a la lengua oficial que emplee el notario en el lugar del otorgamiento. Se escribirá en las dos lenguas, indicando cuál ha sido la empleada por el testador. Esta cuestión surge sobre todo en aquellas comunidades autónomas que proclaman a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía la cooficialidad de la lengua vernácula con el castellano. Cuando el otorgamiento se haga en la lengua regional y el notario la conozca, no será necesario utilizar además el castellano, basta que la redacción del testamento se haga en la lengua correspondiente.

— **Testamento otorgado en lengua extranjera.** El artículo 684, pero esta vez en su párrafo segundo, afirma que el testamento abierto y el acta del cerrado se escribirán en la lengua extranjera en que se exprese el testador y en la oficial que emplee el notario aún cuando éste conozca aquella. Se exige la doble redacción, pero el conocimiento por parte del notario de la lengua utilizada por el testador hace innecesaria la intervención del intérprete. El español puede testar en idioma extranjero, así como el otorgante no español podrá hacerlo, aunque domine el castellano o el idioma regional.

Es en la actualidad cuando más fuerzas militares españolas hay desplegadas en el extranjero. Durante los últimos años han estado implicadas en las operaciones de mantenimiento de paz en Afganistán, Líbano, Congo, Kosovo, Irak e Indonesia. Las misiones actualmente activas son las de Líbano, Afganistán y Kosovo. Todo ello supone exigir un nivel mínimo de idiomas en el acceso a la carrera militar y potenciar en la formación militar el perfeccionamiento de los mismos, ofertando cursos de los más diversos idiomas.

Sin embargo, a veces se contrata a intérpretes civiles en territorio nacional que viajan con el contingente a la zona de operaciones o bien se contrata personal en el lugar de destino. Como ya hemos dicho anteriormente, estas personas son asimiladas a militares, mientras prestan sus servicios bajo dependencias del Mando Militar. Sus servicios son necesarios cuando el testador quiere expresar su última voluntad en lengua extranjera.

En el testamento militar no hay una regulación especial distinta a la anteriormente desarrollada y que se contempla en el artículo 684 del Código Civil y en el artículo 150, párrafo tercero, del *Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado*, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944. Aunque lo lógico es que el testador exprese su última voluntad en el mismo idioma que el del fedatario militar, no podemos olvidar que también pueden utilizar la forma del testamento militar, como refleja el artículo 716 del Código Civil, además de los militares en campaña, los voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército, siendo la diversidad lingüística muy variada.

5. Nulidad.

El testamento será ineficaz cuando no produzca los efectos para los que estaba previsto. El Código Civil, en sus artículos 737 a 743 y bajo la rúbrica “*de la revocación e ineficacia de los testamentos*”, recoge distintas causas que pueden derivar en la ineficacia de un testamento, tales como la revocación, caducidad y nulidad. Esta última se produce cuando por algún defecto o vicio en el otorgamiento del testamento, se determina su invalidez. El artículo 743 afirma que “*caducarán los testamentos o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias sólo en los casos expresamente prevenidos en el Código*”; es por ello que debemos acudir al articulado de este texto legal para determinar las causas que producen la nulidad total o parcial de este acto de última voluntad. Así podemos citar:

- Falta de capacidad en el otorgante (art. 663).
- Inobservancia de los requisitos de forma (art. 687).
- Existencia de vicios de la voluntad, por intervención de violencia, dolo o fraude (art. 673).
- La utilización de una forma testamentaria prohibida, como es el caso del testamento mancomunado (art. 669).
- La formación del testamento por persona distinta del testador (art. 670).

En el testamento militar, además de las apuntadas anteriormente, como para cualquier testamento es causa de nulidad el no cumplimiento de los requisitos básicos que dan origen a esta figura; en términos muy generales son:

1. Que el testador sea militar.
2. Que se encuentre en tiempo de guerra.
3. Que se encuentre en campaña.
4. Que se otorgue ante persona competente.
5. Que se cumplan los requisitos formales del testamento.

Estos requisitos deben darse conjuntamente para poder utilizar el testamento militar. Se hace especial hincapié en el requisito número dos, ya que los militares en tiempos de paz deben emplear las formas del testamento común, acatando la normativa que refleja el Código Civil y que puede utilizar cualquier persona, sin que exista por tanto distinción alguna.

5.3. Requisitos específicos del testamento militar.

1. *Quién otorga el testamento militar.*

El Código Civil hace referencia expresa al Comisario de Guerra como depositario de la fe pública en tiempos de guerra. Este cargo actualmente no existe, son los interventores militares los sucesores de los anteriores; éstos son los únicos ante los que se puede otorgar un testamento militar cerrado, siendo nulo en otro caso, y tienen atribuida en tiempos de guerra y si están en campaña (posteriormente aclararemos estos términos) las funciones notariales en los mismos términos que un notario civil. Sin embargo, el testamento militar abierto se puede otorgar ante cualquier oficial que tenga por lo menos el empleo de capitán como regla general, y otras personas según los casos, que posteriormente se desarrollará con más detalle. En el testamento especial con ocasión de combate, se otorga de palabra ante dos testigos, sin especificar empleo o función. En la práctica habitual, cuando las circunstancias permiten acceder al interventor, es éste el que se suele ocupar tanto del otorgamiento como del asesoramiento en materia de testamentos debido a su formación.

El Cuerpo Militar de Intervención, según establece el título IV del *Real Decreto 207/2003, de 21 de febrero*, por el que se aprueba el *Reglamento de Cuerpos, Escalas y Especialidades de las Fuerzas Armadas*, forma parte de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, junto al Cuerpo Jurídico Militar, Cuerpo Militar de Sanidad (Medicina, Farmacia, Veterinaria, Odontología y Psicología) y Cuerpo de Músicos Militares.

La transferencia de competencias del Comisario de Guerra a los Interventores Militares se produjo con la reorganización de los Cuerpos de Intendencia e Intervención, que juntos formaban el Cuerpo Administrativo del Ejército, por la que la *Ley de 15 de mayo de 1902 del Ministerio de Guerra*, en el artículo 4, letra e), determinó que el ejercicio de la Notaría Militar, en la forma que se efectuaba por los Comisarios de Guerra hasta entonces, sería realizada por el Cuerpo de Intervención. La *Real Orden Circular de 19 de mayo de 1913*, por la que se aprobó el primer Reglamento Orgánico del Cuerpo de Intervención Militar, estableció en su artículo 38 que correspondería al Cuerpo de Intervención Militar el ejercicio de la Notaría Militar y que a los Comisarios de Guerra correspondía en campaña la función importantísima del otorgamiento de los testamentos militares en la forma que establece el Código Civil.

Otro punto a destacar es que únicamente es el interventor de la fuerza expedicionaria el que está facultado para otorgar testamento y no otro interventor. Hasta ahora sólo un interventor integra el grupo que va a realizar la misión internacional. Cuando existe el relevo de tropas pueden coincidir el interventor entrante y el saliente; en este caso, sigue siendo uno el facultado para realizar las funciones de Notaría Militar, en base a las fechas previstas de inicio y fin de la operación.

2. *Tiempo en los testamentos militares.*

El Código Civil, cuando se refiere a los testamentos militares, se refiere al “personal que se encuentra en situación de guerra”; sin embargo, el *Decreto de la Fe Pública Notarial para las fuerzas expedicionarias de 1941* habla de militares en campaña. Son dos conceptos bien diferentes que provocaron la intervención de la *Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia en 1993*.

En ese tiempo la Agrupación Táctica “Málaga” andaba desplazada en la antigua República de Yugoslavia en misión de paz, en el marco de la asistencia de carácter humanitario que establece la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Entonces se planteó la necesidad de designar a un interventor que ejerciera las funciones de Notaría Militar acompañando a las agrupaciones tácticas.

En el Cuartel General del Ejército se planteó entonces la duda de los conceptos en campaña y en guerra. España no se encontraba inmersa directamente en conflicto bélico para combatir, sino para realizar ayuda humanitaria, así que no se cumplía la referencia expresa que hace el Código Civil de estar en tiempo de guerra. Se encuentra en un territorio de un antiguo Estado cuya organización política y jurídica es inexistente debido a un conflicto civil por el cual no pueden acudir a los notarios.

Se efectuó una consulta, resuelta por la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa, en febrero de 1993, de la que se hace eco la Dirección General de los Registros y del Notariado con un *informe emitido el 18 de mayo de 1993*, concluyendo que:

1. Si bien las tropas españolas no estaban en guerra, ya que no eran parte beligerante en el conflicto armado, no puede discutirse que se encuentran en tiempo de guerra, en zona de combate y sometidas a un riesgo inherente ante la función militar que realizan.
2. La expresión en tiempos de guerra debe entenderse como situación bélica existente, pero no es necesariamente una declaración de guerra expresa.
3. El mismo informe considera que se encuentran en campaña al estar desplazadas en zonas donde se realizan operaciones bélicas y la vida que se realiza es propia de una vida en campaña.
4. Añade que en la zona donde se encuentran las tropas españolas concurre el elemento imprescindible que permite la concesión de la fe pública plena al Interventor y es el no acceso al Notario Civil.

En la época en que se dictó el Código Civil (1889), el legislador no podía tener en cuenta que las Fuerzas Armadas Españolas pudieran participar en conflictos realizando labores de ayuda humanitaria, según establece la ONU, creada después de la Segunda Guerra Mundial.

3. *Lugar en el testamento militar.*

Este mismo informe de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1993 solventó otra posible cuestión: ¿desde qué lugar se puede hacer uso de la Notaría Militar: desde que se organiza el contingente que va a partir al lugar del conflicto o desde que llegan a la zona de operaciones?

La Notaría Militar sólo se puede utilizar cuando las tropas se encuentren en el lugar donde se desarrolle la campaña y no antes. Es decir, aunque el personal que se va a desplazar a zona de operaciones esté integrado en el contingente ya en territorio español, hasta que no se encuentre en territorio extranjero no puede utilizar a los notarios militares, debiendo acudir a la Notaría Civil.

5.4. Formas del testamento militar.

Dentro de la forma especial de testamento militar, éste puede adoptar cuatro formas diferentes: el cerrado, abierto, ológrafo y el extraordi-

nario con ocasión de combate. Cada uno de ellos posee peculiaridades diferentes de tipo formal, que pondremos de manifiesto a continuación; sin embargo, el uso de una u otra forma depende de las circunstancias en que puede encontrarse un militar al otorgar testamento. Así existe un testamento idóneo en función de cada situación. Aunque el orden utilizado por el Código Civil para regular las distintas formas comunes del testamento sea en primer lugar el ológrafo, después el abierto y por último el cerrado, en nuestro estudio el orden de exposición será diferente. Lo que pretendemos con esta sistemática es determinar la forma testamentaria más idónea, en función del nivel de peligrosidad del testador, relacionando dicha forma testamentaria con la situación del testador, de menos a más conflictiva.

1. *Testamento militar cerrado.*

El testamento es cerrado, como define el artículo 680 del Código Civil, “*cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto*”. Y aunque el testamento se otorga sin revelar el disponente su última voluntad, ello no prohíbe que dé a conocer a esas personas el contenido del mismo, pero siempre sin exhibir el escrito. En este tipo de testamento el otorgamiento es acto que se realiza con publicidad, pero manteniendo en secreto la disposición, ello lo diferencia del ológrafo, puesto que en él se silencia el hecho mismo del otorgamiento.

No existen antecedentes del testamento militar ordinario cerrado ni en nuestro antiguo Derecho ni en los Proyectos de Código Civil de 1851 y de 1882, por lo que su introducción en el vigente Código Civil de 1889 resulta enteramente novedosa.

Se distinguen dos fases: la primera, de redacción del documento, y la segunda, de otorgamiento del mismo, esta última se realiza en presencia de las personas que han de autorizarlo. Todas las formalidades de ambas fases, al igual que la capacidad, deben ser observadas, puesto que en caso contrario no será válido el testamento. El artículo 715, reiterando lo establecido en el artículo 687, menciona que “*es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección*”. Todo ello es corroborado por la *Sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, con fecha 7 de julio de 1943*, en la cual se pone de manifiesto que en el testamento cerrado es de especial importancia cumplir los requisitos formales en el acto de otorgamiento, regulados en el artículo 707 del Código Civil, siendo nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas.

— **Capacidad.** La capacidad en el testamento cerrado se rige por las reglas generales, pero el artículo 708 hace mención a una particularidad, aquel supuesto en el que “*no pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer*”. La falta de visión no permite al testador asegurarse de que el documento donde se encuentra su última voluntad es el que se pone dentro de la cubierta y se presenta al notario y a los testigos. Al igual que la persona que no sepa o no pueda leer, ante la imposibilidad de comprobar si lo escrito por otra persona por encargo suyo corresponde con lo manifestado por él.

Por tanto, el militar otorgante deberá ser mayor de catorce años y debe tener capacidad legal para testar. Y al igual que hemos afirmado anteriormente, *no pueden otorgar testamento militar cerrado ni los ciegos ni los que no pueden o no saben leer*, pero sí los sordomudos.

— **Fase de preparación.** Es el artículo 706 del Código Civil el que dispone las formalidades a seguir en la fase de preparación. Así deberá ser escrito por el testador de puño y letra o por cualquier medio mecánico, admitiendo también que sea escrito por otra persona a petición de aquél. Si lo escribiese por sí mismo pondrá al final su firma. Si lo escribiera por medios mecánicos o a través de otra persona, el testador deberá firmar todas las hojas y al pie del testamento. Si el testador no puede o no sabe firmar, lo hará a petición suya y en todas las páginas la otra persona, expresando la causa de la imposibilidad.

El precepto permite al testador encomendar la redacción del testamento a otra persona, aunque sepa escribir. El testador puede redactar el documento en el idioma que estime oportuno. Sin embargo, en la nueva redacción del artículo no se recoge el requisito solemne de la expresión del lugar, día, mes y año en que el testamento se escribe, ni tampoco el del lugar, por lo que su falta no determina la invalidez del testamento.

— **Fase de otorgamiento.** El artículo 707 del Código Civil establece la fase solemne y pública de otorgamiento del testamento cerrado, que tiene lugar, en el testamento común, ante el notario que haya de autorizarlo y dos testigos idóneos, caso de que concurrieren, uno de los cuales ha de saber firmar.

El testador comparece con el testamento cerrado y sellado, o lo cierra y sella en el acto ante el que haya autorizado. En presencia del autorizante manifestará el testador por sí, o por medio del intérprete previsto en el artículo 684 del Código Civil, que el pliego que presenta contiene su última voluntad, expresando si se halla escrito y firmado por él o si está escrito de mano ajena o por cualquier medio mecánico y firmado al final y en todas sus hojas por él o por otra persona a su ruego.

En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán una serie de solemnidades, siendo las mismas para el testamento común y para el especial militar:

— El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada.

— Sobre la cubierta del testamento extenderá el autorizante la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que está cerrado y dando fe de la identificación del testador por alguna de las formas de los artículos 685 y 686, así como de la capacidad legal necesaria. Esto último es prioritario, debe dar fe del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del autorizante o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas. Si no pudiera identificarse la persona del testador, se declarará esta circunstancia por el autorizante, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo.

— Extendida y leída el acta, la firmará el testador que pueda y, en su caso, las personas que deban concurrir y la autorizará el notario con su signo y firma. Si no sabe o no puede firmar, lo hará a su ruego uno de los dos testigos idóneos que concurren al acto.

— Se expresará en el acta el lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.

— Concurrirán al acto de otorgamiento dos testigos idóneos, si así lo solicitan el testador o el autorizante.

El nuevo artículo 707, tras su reforma por *Ley 30/1991*, elimina la obligatoria intervención de cinco testigos y ha reducido tal número a dos, cuando su asistencia ha sido solicitada por el testador o el notario. Aunque será preceptiva su intervención cuando el testador manifieste que no sabe o no puede firmar.

El testamento puede ser escrito en cualquier idioma, castellano, regional o extranjero. El acta será escrita en castellano, como se desprende del artículo 148 del *Reglamento Notarial*, pero si el testador utiliza una lengua regional o extranjera se escribirá en ella y en la oficial que emplee el notario o persona autorizante, aunque éste conozca dicha lengua. Y si no la conociere se requerirá la presencia de un intérprete (art. 684).

Todas estas solemnidades se dan también en el testamento militar aunque con algunas peculiaridades. Este testamento sólo se puede otorgar ante un miembro del Cuerpo Militar de Intervención que se encuentre en el lugar por razón de servicio, es decir, el Interventor que sigue a la fuerza

expedicionaria y no otro. En este caso, el militar que quiere otorgar testamento lo redacta por escrito, firma todas las hojas que contiene sus voluntades, lo guarda en el sobre cerrado y sellado, de tal forma que no pueda extraerse el contenido sin romper el sobre. Esta solemnidad es esencial en esta clase de testamentos. Siendo también esencial que el Interventor Militar se asegure que el testador está en su juicio, a efectos de capacidad.

Se extiende y se lee el acta, la firman el testador que puede hacerlo y, en su caso, las personas que deban concurrir, y la autorizará con su firma el Interventor Militar competente. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a petición suya uno de los dos testigos idóneos, que en este caso deben concurrir. En general, en el testamento militar cerrado no concurren los testigos más que en aquellos supuestos en que el testador declare no saber o no poder firmar o cuando lo solicite el testador o el fedatario.

A continuación el interventor guardará el sobre que contenga el testamento en otro sobre, que será cerrado y sellado con lacre, de forma que no se pueda abrir sin romper el sello. En el sobre exterior se harán constar los mismos datos que en el sobre interior ya mencionados.

— Entrega, conservación y protocolización.

El testamento cerrado requiere tanto su entrega como su conservación; el artículo 710 afirma que *“autorizado el testamento cerrado, el Notario lo entregará al testador, después de poner en el protocolo corriente copia autorizada del acta de otorgamiento”*. La copia del acta se llevará al protocolo ordinario del notario, guardando total correspondencia con el original, sin que esté permitido suplir en ella las deficiencias en que haya incurrido el acta de otorgamiento (*Sentencia de 7 de julio de 1943*). *“El testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado, o encomendar su guarda a persona de su confianza, o depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo”*, así afirma el artículo 711, continuando con la obligación por parte del *“Notario de dar recibo al testador, haciéndolo constar en su protocolo corriente, que queda el testamento en su poder”*.

También se requiere la presentación, apertura y sobre todo protocolización del testamento cerrado, como se recoge en los artículos 712 y 714. *“El Notario o la persona que tenga en su poder un testamento cerrado deberá presentarlo al Juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador. Si no lo verifica dentro de los diez días, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia”*, así se desprende del artículo 712. Si con dolo se deja de presentar el testamento cerrado que obre en su poder, perderá todo derecho a la herencia, como afirma el ar-

título 713. Mientras que el artículo 714 requiere “*para la apertura y protocolización del testamento cerrado que se observe lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil*”. Esto último nos remite al artículo 1.957 de la Ley Procesal de 1881, que determina que podrá pedir judicialmente la presentación del testamento cerrado el que tuviere conocimiento de hallarse otorgado y obrar en poder de tercero. Y “*siendo el reclamante persona extraña a la familia del causante, jurará que no procede de malicia, sino por creer que en él puede tener interés por cualquier concepto*”. Para la protocolización se tendrán en cuenta las normas procedimentales establecidas en los artículos 1.958 y siguiente, como acto de jurisdicción voluntaria.

Los testamentos militares cerrados otorgados con las formalidades antes mencionadas también requieren una actuación por parte de la persona autorizante, como es la entrega, conservación y protocolización de este acto solemne, aunque con algunas notas diferenciadoras con respecto al testamento común cerrado, siempre motivadas por las circunstancias específicas que rodean esta manifestación de la última voluntad. Así, deberán ser remitidos con la mayor brevedad posible por conducto reglamentario al Cuartel General correspondiente y desde allí al Ministerio de Defensa y a la Dirección General del Notariado (art. 718). Observando este artículo vemos cómo no se menciona expresamente al ministro de Defensa, sino que todavía habla del antiguo ministro de Guerra, por lo que hemos procedido a la actualización del mismo, ante la inexistencia actual de esta figura.

El Ministro o Autoridad en que haya delegado estas facultades, si hubiese fallecido el testador, remitirá el testamento al juez del último domicilio del difunto y, no siendo conocido, al Decano de los de Madrid, para que, de oficio, cite a los herederos y demás interesados en la sucesión. Éstos deberán solicitar se eleve a escritura y se protocolice en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, siguiendo ya en este momento lo que hemos manifestado con anterioridad.

Este es un testamento que está pensado para una circunstancia en la que no existe un riesgo inmediato para el militar y por ello puede acudir ante el interventor.

Cuando el militar no tenga acceso al interventor en el momento que quiere otorgar testamento, debido a una situación de mayor riesgo que exista en la Zona de Operaciones, deberá acudir a otro tipo de testamento, como es el abierto y que veremos posteriormente.

— Caducidad.

El artículo 743 manifiesta que sólo caducarán los testamentos en los casos expresamente prevenidos en el Código, por lo que la falta de presentación oportuna del testamento cerrado no es determinante de su ca-

ducidad. La Dirección General de los Registros y del Notariado en su *Resolución de 5 de diciembre de 1945* entiende que “*no se pueden ampliar las causas de caducidad a supuestos preteridos por nuestro ordenamiento jurídico*”.

En el mismo sentido debemos pronunciarnos al referirnos al testamento militar, no se expresa nada respecto a la validez temporal de este tipo de testamento; por tanto, no tiene caducidad. Ello es porque ha sido otorgado ante el Interventor Militar, que tiene en zona de operaciones las mismas facultades que un notario; el testamento tendrá validez temporal posterior a la duración de la misión internacional y no será necesaria ninguna homologación especial para que tenga efectos en la vida civil, no ocurre así en el resto de testamentos.

— **Conversión del testamento cerrado.** El artículo 715 ha previsto una conversión formal del testamento cerrado, aplicable tanto al común como al especial, disponiendo que, a pesar de su nulidad por no observar las formalidades estipuladas, “*será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento*”.

— **Testamento cerrado del que no puede expresarse verbalmente, pero sí escribir.** Es el artículo 709 el que recoge esta modalidad de testamento cerrado, así “*los que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, aunque observando algunas formalidades: 1) ha de estar firmado por el testador; 2) el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del autorizante, que dentro de ella se contiene su testamento, al hacer su presentación; 3) a continuación se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario o Interventor, dependiendo del testamento en el que nos encontremos, de haberse observado las formalidades expuestas.*”

Ejemplo de Acta de otorgamiento de este testamento utilizado por el Interventor Militar cuando las tropas estuvieron desplegadas en Irak (Anexo I).

2. Testamento militar abierto.

Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone (art. 679). Lo que lo diferencia del cerrado y el ológrafo es la publicidad de su otorgamiento, en tal sentido que la voluntad del testador es dada a conocer a determinadas personas, cuya intervención y asistencia es obligada, como se desprende

del artículo 679 y reitera el artículo 694. Sin embargo, no es esencial en este testamento la formalización por escrito ni la intervención notarial, requisitos que se dan en la forma ordinaria, pero no en las especiales.

Es la modalidad testamentaria más utilizada, ya que la intervención del notario dota al testamento de la fuerza probatoria propia de los actos auténticos, garantía contra disposiciones ineficaces o contrarias a la ley, además la incorporación al protocolo asegura la conservación del testamento.

El artículo 695 afirma que “*el testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario*”, continúa señalando las formalidades seguidas por el testamento abintestato notarial, que se inician con la manifestación de voluntad hecha por el testador al notario. Se trata de una manifestación de voluntad libre y espontánea, lo que hace nulo un testamento en el que el testador exclusivamente presta su asentimiento con signos a las preguntas del notario o de un tercero, aunque no excluye la posibilidad de que éste formule al otorgante preguntas oportunas para aclarar los términos de la disposición testamentaria.

La declaración de voluntad testamentaria puede hacerse oralmente o a través de escritura presentada por el testador al notario, para que éste redacte el testamento, pudiendo consistir, como así manifiesta la *Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1956*, en una nota manuscrita, autógrafa o no del testador o mecanografiada.

El notario redactará el testamento ajustándose a la voluntad manifestada por el testador de palabra o por escrito. En el testamento se indicará el lugar, año, mes y día, así como la hora del otorgamiento; este último dato incluso puede suponer la nulidad del testamento, siendo incluso apreciable de oficio, como manifestó la *Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1986*.

Redactado el testamento y advertido el testador de su derecho a leerlo por sí mismo, lo leerá el notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad, aunque no será necesario que se incluya en el testamento de qué forma se llevó a cabo este requisito. Manifestada por el otorgante su conformidad con lo redactado, el siguiente paso será la firma del testador que pueda hacerlo y, en su caso, de los testigos, así como las personas que deben concurrir, haciéndolo por último el notario, si bien, el testador que declara que no sabe o no puede firmar lo hará por él y a su ruego uno de los testigos.

El notario también dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente, tal y como se desprende del artículo 696, y en su defecto realizará la declaración que se recoge en el artículo 686 y al que aludimos al referirnos a la identificación del testador. Se hará constar que no se ha podido realizar la identificación del testador, al igual que si no se

ha podido realizar en la forma ordinaria, reseñando los documentos que el otorgante haya presentado con este fin.

Todas las formalidades a las que se ha hecho referencia se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo que pueda ser motivada por algún accidente pasajero, así lo menciona el artículo 699. La unidad de acto se fundamenta en la necesidad de evitar detenciones en el desarrollo del otorgamiento, pudiendo así dar ocasión a influencias sobre la libre voluntad del testador.

A partir de los requisitos y características comunes a cualquier modalidad de testamento, será necesario hacer alusión a las peculiaridades que surgen y que se desprenden exclusivamente del testamento abierto notarial, uno de ellos la competencia del notario autorizante del testamento, el cual ha de tener competencia para actuar en el lugar del otorgamiento. Para determinar dicha competencia, como afirma el artículo 694 del Código Civil, habrá que acudir a la correspondiente normativa reglamentaria, esto es, los artículos 116 y 117 del *Reglamento Notarial de 2 de junio de mayo de 1982*; de ellos se desprende que los notarios carecen de fe pública fuera de los respectivos distritos notariales, salvo en los casos de habilitación especial.

Con respecto a los testigos, el artículo 694, en su anterior redacción, no sólo requería la intervención del notario para el otorgamiento del testamento abierto, sino también de tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador. La reforma introducida por la *Ley de 20 de diciembre de 1991* supuso la supresión de esta exigencia como regla general e incorporó en el nuevo artículo 697 la posibilidad de intervención de los testigos cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento; cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí mismo el testamento o cuando el testador o el notario lo soliciten.

Otra cuestión aplicable al testamento abierto es la responsabilidad del notario por no haber observado las solemnidades establecidas para cada caso. Éste responderá de los daños y perjuicios que sobrevengan si la falta procediese de su malicia, negligencia o ignorancia inexcusable.

Dentro del testamento abierto nos encontramos con varias modalidades, son aquellas en que, por concurrir determinadas circunstancias, son necesarias precauciones o formalidades adicionales con la finalidad de asegurar la veracidad de lo manifestado por el testador y su constancia en el testamento.

1. **Testamento del sordo.** El artículo 697 entiende que, además de las solemnidades comunes a los testamentos abiertos, el testamento otorga-

do por el “*enteramente sordo*” requiere que los testigos (ambos) lean el testamento en presencia del notario y deban declarar que coincide con la voluntad manifestada por el testador, ante la imposibilidad de que éste lo haga por sí mismo, por no saber o no poder leer. La jurisprudencia entiende que se refiere a personas carentes por completo del sentido del oído en el momento de otorgar el testamento; no se aplica, por tanto, a quien puede oír, hablándole o leyéndole, aunque sea en voz alta o utilizando aparatos acústicos (*Sentencia del Tribunal Supremo 13 de febrero de 1920; 27 de diciembre de 1930*).

2. **Testamento del ciego.** El artículo 697 también se refiere a este testamento en aquellos supuestos en los que el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego; requiere la concurrencia de dos testigos idóneos. Se refiere a la ceguera no sólo irreversible, sino también a la privación temporal de la visión por cualquier accidente o situación patológica; basta, por tanto, con que la lesión o defecto visual alcance el grado suficiente para impedir al testador la lectura y estampar su firma con la claridad de rasgos que le caracterizan, para evitar las dudas sobre su autenticidad (*Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1973*).

3. **Testamento en inminente peligro de muerte.** Los artículos 700 y 701 recogen dos supuestos excepcionales en los que permite el otorgamiento de testamento abierto sin la asistencia de notario, observando menores exigencias formales: son el otorgamiento en inminente peligro de muerte y el hecho en tiempo de epidemia. La primera modalidad se basa en una razón de urgencia que afecta al testador, mientras que la segunda se basa en una situación del entorno que puede dificultar el cumplimiento de las formalidades establecidas para los casos ordinarios.

4. **Testamento en caso de epidemia.** El artículo 701 confirma que “*en caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de 16 años*”. Se reduce el número de testigos y su edad respecto del testamento en inminente peligro de muerte. El testamento es válido al aplicarse al mismo todas y cada una de las demás exigencias del testamento en inminente peligro de muerte en cuanto a la forma. El cómputo comienza desde que haya cesado la epidemia (art. 703).

Una vez que hemos descrito las formalidades que rige el Código Civil para el otorgamiento de un testamento común abierto, así como las distintas modalidades que pueden existir, y teniendo muy en cuenta que todas ellas se exigen también en el testamento militar abierto, debemos hacer hincapié en las notas que diferencian estas dos modalidades y que

justifican la existencia no sólo de esta clase de testamento especial, sino también la regulación independiente que el Código le concede.

La persona que puede otorgar este tipo de testamento, al igual que en el caso del cerrado, tal y como manifiesta el artículo 716, son los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el Ejército o que sigan a sus fuerzas, ya se hallen en territorio nacional o extranjero.

El militar que quiera testar debe acudir a un oficial que tenga al menos el empleo de capitán, siempre acompañado de dos testigos. Si el testador estuviese enfermo o herido podrá otorgarlo ante el capellán o facultativo que le asista. Si estuviese en destacamento, acudirá ante el que mande dicho destacamento aislado, aunque tenga empleo inferior al de capitán, tal y como manifiesta el artículo 717 del Código Civil.

Así vemos cómo el Oficial Interventor no sólo puede intervenir en el testamento militar cerrado, sino en el resto de testamentos militares, ordinarios o extraordinarios, abiertos o cerrados, regulados en los artículos 716 a 721 del Código Civil, pero en estas formas actúa como un simple testigo; únicamente en la forma de testamento militar ordinario cerrado el Código Civil reserva al Interventor su identificación total con la función de Notario.

Si en el testamento común abierto se ha suprimido la necesidad de que comparezcan testigos para validar el otorgamiento, una de las características imprescindibles que se sigue manteniendo en el testamento militar abierto es la presencia obligatoria de dos testigos idóneos, es decir, los no comprendidos en el artículo 681 del Código Civil. Reiteramos en este momento que la limitación de dependencia no rige en este caso, pudiendo ser testigos compañeros, esto es, militares con empleo inferior al que está testando.

En cuanto a la actuación posterior al otorgamiento de testamentos abiertos, éstos deberán ser remitidos a la mayor brevedad posible al Cuartel General correspondiente por conducto reglamentario, y por éste al Ministerio de Defensa y a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Igual que ocurría en el testamento militar cerrado, si el testador falleciese, se remitirá el testamento al juez del último domicilio del difunto y, no siendo conocido, al Decano de los de Madrid, para que sea éste quien, de oficio, cite a los herederos y demás interesados en la sucesión. Éstos deberán solicitar se eleve a escritura pública y se protocolice en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 718).

El testamento militar abierto sí que posee un plazo expreso de caducidad, a los cuatro meses, contados a partir de la fecha en que el testador haya dejado de estar en campaña, como se desprende del artículo 719.

Como hemos visto, el testamento abierto permite testar sin estar en presencia del Notario Militar, esto es, el Interventor, sino que se podrá hacer ante cualquier Oficial, flexibilizando los requisitos para facilitar así el derecho a declarar su última voluntad.

Modelo de testamento militar abierto (Anexo II).

3. *Testamento militar ológrafo.*

Si el militar se encuentra en una situación de mayor riesgo y aislado completamente, sin la posibilidad de acceder al Notario Militar ni a ningún Oficial, el Código Civil ha establecido el testamento ológrafo.

Hay testamento ológrafo, como menciona el artículo 678 del Código Civil “... cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 688”. Y es este último precepto el que configura las notas que caracterizan esta forma testamentaria. Uniendo ambos artículos podemos elaborar un concepto de testamento ológrafo, entendiendo como tal al que se otorga con expresión del año, mes y día, por una persona mayor de edad y sin asistencia de ninguna otra, escribiéndolo por propia mano en su integridad y firmándolo. Esta vía también se abre para el testamento especial militar, siendo aquel en el que un militar redacta su testamento por escrito y firmado por él, sin intervención de notarios ni de testigos.

Su característica principal es la confección por el propio otorgante, la llamada autografía total, sin intervención ni de testigos ni de notario, al igual que el secreto de la última voluntad que recoge este tipo de testamento.

En cuanto a sus características, mantiene las genéricas para cualquier forma de testamento; sin embargo, incorpora algunas peculiaridades que se hacen patentes a lo largo del articulado que la regula, esto es, los artículos 688 a 692 del Código Civil.

- CAPACIDAD. En una primera redacción del Código Civil, esta forma testamentaria se regía por la misma regla general de capacidad, por lo que bastaba ser mayor de catorce años. Sin embargo, a partir de la *Ley de 30 de junio de 1889*, se introdujo la necesidad de tener dieciocho años para poder testar de esta forma. En el testamento militar, con independencia de la exigencia de la mayoría de edad, requisito indispensable también en él, lo pueden otorgar, al igual que en los dos testamentos anteriores, los militares que se encuentren en campaña.

— FORMA.

- **Autografía.** Para ser válido se requiere que todo el testamento esté escrito y firmado por el testador, tal y como dispone el artículo 688. Se descarta por tanto todo sistema de escritura mecánica, como la mecanografía. Igualmente requiere que se utilice el tipo de letra habitual del testador, para poder posteriormente garantizar la autenticidad. También se requiere que la autografía sea total, puesto que si existe alguna palabra o letra de persona extraña intercalada, el testamento será nulo.
- **Idioma.** Los extranjeros pueden otorgar testamento en su propio idioma. Al igual que a los españoles se les permite otorgarlo utilizando cualquiera de las lenguas cooficiales de España. Se puede redactar tanto en castellano como en cualquier otra lengua regional. La Dirección General de los Registros y del Notariado admitió que los españoles en el extranjero pudieran otorgar testamento en idioma extranjero.
- **Medio.** En un principio se requería que el testamento estuviese escrito en papel sellado del año correspondiente al de su otorgamiento, aunque este requisito se suprimió y en la actualidad puede utilizarse cualquier clase de papel.
- **Fecha.** Para su validez, el testamento debe contener “*expresión del año, mes y día en que se otorgue*”. El Tribunal Supremo considera que aquel testamento que no cumpla esta formalidad carece de validez, así lo manifiesta en *Sentencia de 13 de mayo de 1942*, añadiendo que se puede deducir la fecha a través de su referencia a una festividad o acontecimiento determinado, de manera que no pueda caber duda racional sobre el día del otorgamiento. Por otra parte, no es necesaria la mención al lugar ni a la hora del otorgamiento.
- **Firma.** Ha de estar firmado por el testador, siendo nulo si le falta este requisito. Se estima como firma admisible la que habitualmente use el testador, debiendo cerrar el testamento, por lo que no formarán parte de él las palabras escritas después. Sin embargo, como menciona el artículo 688, “*si el testamento contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma*”.

— ADVERACIÓN Y PROTOCOLIZACIÓN. Siguiendo lo estipulado por el artículo 689, “*el testamento ológrafo deberá protocolizarse presentándolo con este objeto al Juez de Primera Instancia del último domicilio del testador, o al del lugar en que éste hubiese fallecido, dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento. Sin este requisito no será válido*”. Se trata de un plazo de caducidad.

Los trámites a seguir, que son los mismos para el testamento común y para el especial militar, al no recoger este último en su regulación nada que los diferencia en este sentido, se inician con la presentación del testamento ante el juez competente, el de Primera Instancia del último domicilio del testador; a tal efecto, el artículo 690 afirma que *“la persona en cuyo poder se halle depositado dicho testamento deberá presentarlo al Juzgado luego que tenga noticia de la muerte del testador y, no verificándolo dentro de los diez días siguientes, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por la dilación”*, y añade que *“también podrá presentarlo cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea o en cualquier otro concepto”*.

Presentado el testamento y acreditado el fallecimiento del testador, el juez rubricará con el secretario todas las hojas y comprobará la identidad por medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador y declaren que no tienen duda de estar el testamento escrito y firmado de su propia mano. En caso necesario, el juez podrá recabar informe pericial caligráfico para la práctica de todas estas diligencias, serán citados el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y ascendientes del testador y, en su defecto, los hermanos, como ponen de relieve los artículos 691 y 692 del Código Civil.

Una vez que el juez considere suficiente la identidad del testador acordará la protocolización en los registros del notario correspondiente, denegándola en caso contrario. Siempre se permitirá la oposición de los interesados, reservándose su derecho a ejercitarlo en el juicio que corresponda (art. 693).

Modelo de testamento militar ológrafo (Anexo III).

4. *Testamento otorgado con ocasión de combate.*

Por último, el Código Civil tiene previsto otro tipo de testamento para el supuesto en que un militar quiera otorgarlo en mitad de una batalla o, en general, ante todo peligro inminente de acción de guerra. Surge así el testamento extraordinario con ocasión de combate.

Esta modalidad no deja de ser un subtipo del conocido como testamento en inminente peligro de muerte y que el artículo 700 recoge en los siguientes términos: *“Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario”*. Se requiere que el testador se encuentre realmente en una situación de peligro de próxima muerte y en circunstancias en las que no pueda esperarse la intervención del notario, por el riesgo de que el interesado fallezca antes de que éste acuda; se establece como exigencia que se otorgue el testamento ante cinco testigos idóneos que reconozcan al

testador. Será necesario que se escriba el testamento, siendo posible; no siéndolo, será válido, aunque los testigos no sepan escribir (art. 702), y posteriormente que se eleve a escritura pública y se protocolice en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 704). El Tribunal Supremo, en *Sentencias de 19 de diciembre de 1959 o de 3 de febrero de 1951*, menciona que este “*testamento no tendrá eficacia y virtualidad de verdadero testamento hasta que se protocolice en el expediente de jurisdicción voluntaria, donde se justifica que han concurrido todos los requisitos exigidos para su validez*”.

Sin embargo, y teniendo en cuenta la regulación específica que del testamento militar hace nuestro Código Civil, este testamento se otorga de palabra ante dos testigos, que quedan enterados de las últimas voluntades de la persona, estableciendo por tanto la diferencia sustancial entre ambas modalidades, común y especial. En la forma común se exigen cinco testigos idóneos, como requisito para dar validez al testamento y que, actuando de notario, sirven de sustitutos del mismo, en las circunstancias antes referidas. En la forma especial militar se exigen únicamente dos testigos también idóneos, por lo que el número es considerablemente inferior.

Si pasa el peligro y el testador se salva, ese testamento es ineficaz, es decir, si pasa la acción bélica y sobrevive, ese testamento no es válido, deberá formalizarlo por escrito ante cualquiera de las formas anteriormente explicadas: cerrado, abierto u ológrafo.

Otra diferencia entre el testamento común y el especial militar con ocasión de combate es la actuación posterior que deben realizar los testigos. Como hemos visto anteriormente, en el común basta con escribirlo y después elevarlo a escritura pública, mientras que en el militar, si el testador fallece en el combate, es un requisito esencial que los testigos deban formalizarlo de inmediato ante el Oficial del Cuerpo Jurídico Militar o funcionario de Justicia que acompañe al Ejército. A partir de ese momento se hará llegar al Cuartel General correspondiente y posteriormente al Ministerio de Defensa para la realización de los trámites necesarios.

Como vemos, este testamento es el único que se otorga de forma oral ante dos testigos, ya que tiene la situación de extrema peligrosidad que posee el militar. Su tramitación es también diferente, porque es el único que antes de ser tramitado al Cuartel General debe ser revisado por el asesor jurídico del jefe del contingente. Ello es debido porque este tipo de testamento puede dar lugar a problemas sobre su garantía, por ello deben ser supervisados previamente a su tramitación.

Sobre su posible caducidad, con carácter general, la doctrina manifiesta que los testamentos cerrados no se hallan sujetos a plazos de caducidad alguno, pero se discute si esta ausencia de plazo también afecta al testamento extraordinario cerrado debido a la ausencia de participación

del notario en el otorgamiento del mismo. Ante la ausencia de regulación acerca de esta cuestión, se aplicarían los plazos que se recogen en el artículo 703, puesto que no debemos olvidar que el testamento militar no deja de ser un testamento. Así, esta forma testamentaria está sujeta a caducidad; el artículo 703 entiende que quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte. Cuando el testador falleciere en ese plazo también quedará ineficaz si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al tribunal competente para que se eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito o verbalmente.

6. Conclusión

Ante la nueva situación internacional que ha surgido en el mundo, los Ejércitos han pasado a tener la nueva función de las misiones de apoyo a la paz, además de la defensa colectiva. En este marco se mueve España no sólo como Estado soberano, siguiendo el artículo 8 de la Constitución Española, que afirma: *“Las Fuerzas Armadas constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”*, sino como parte integrante de la Comunidad Internacional, interviniendo bajo la bandera de la ONU, OTAN y Unión Europea.

Existe, por tanto, una demanda creciente de personal militar, ante la necesaria presencia española en misiones internacionales, en zonas conflictivas fuera del territorio nacional. Se explica de esta forma el mayor protagonismo del Testamento Militar y no podemos olvidar que, aunque España no haya declarado expresamente la guerra a ningún Estado, la mera presencia de sus tropas en zonas de peligro puede dar lugar a bajas en el personal que integra estos contingentes. Esto último se ampara en los datos recientes sobre el despliegue de las tropas fuera del territorio español. España tiene actualmente desplegados alrededor de 3.000 soldados en nueve misiones de paz amparadas por la Organización de Naciones Unidas (ONU). El contingente más amplio está en el Líbano (1.100 militares), seguido de Afganistán (690), Kosovo (550) y Bosnia (450). Actualmente en el Chad hay dos aviones C-295 y cien efectivos del ALA 35 del Ejército del Aire, así como militares en calidad de observadores en Congo, Eritrea, Etiopía, Kosovo, Darfur, Montenegro, Serbia y Macedonia.

Desde 1999, según datos del Ministerio de Defensa, España ha enviado a 40.000 soldados al exterior en sucesivas tareas humanitarias y de observación. El Ejército español ha tenido 135 bajas desde que en 1989

comenzara su participación en misiones internacionales de paz. Ya han estado en 53 operaciones. Afganistán es la misión que más bajas ha costado al Ejército: 83, el mayor número de víctimas en la historia de las Fuerzas Armadas españolas se produjo el 26 de mayo de 2003, cuando perdieron la vida 62 militares españoles que regresaban de una misión de paz en Afganistán (ISAF, de la OTAN) en un avión ucraniano que se estrelló en Trebisonda, en el noreste de Turquía. A consecuencia de ataques armados, el hecho más grave se registró el 29 de noviembre de 2003, cuando siete militares españoles que pertenecían al Centro Nacional de Inteligencia (CNI) murieron en una emboscada en Latifiya (Irak).

Esta es la relación, por países, de muertes de militares españoles y causas que las provocaron:

- Afganistán: ochenta y tres muertos, de los que dos fueron por ataques, setenta y nueve en accidentes aéreos (sesenta y dos en el Yak-42 y diecisiete en el helicóptero Cougar) y uno por infarto de miocardio, y la primera soldado que murió en febrero de 2007.
- Bosnia-Herzegovina: dieciocho muertos, de los que seis fueron por ataques, uno por infarto de miocardio y once en accidente de tráfico.
- Irak: once muertos, de los que diez fueron por ataques y otro por un disparo fortuito.
- Kosovo: siete muertos, de los que tres fallecieron por accidente de avión, uno por accidente de tráfico, otro por disparo accidental y el sexto por infarto.
- Guinea: tres muertos, como consecuencia del accidente de un Aviocar.
- Abu Dhabi: un muerto, por un accidente de carro antimisil.
- Guatemala: un muerto, por un accidente de helicóptero.
- Albania: un muerto, por infarto de miocardio.
- Macedonia: un muerto, por accidente de tráfico.
- Kenia: un muerto, por infarto de miocardio.
- Indonesia: un muerto, mientras realizaba operaciones en el buque “Galicia”.
- Golfo Pérsico: un muerto, en la fragata “Victoria”, por infarto de miocardio.

Queremos también, para finalizar, apuntar la necesidad de modificación de la regulación que el Código Civil dedica al testamento militar. En primer lugar, los artículos 716 a 721, que regulan este acto de última voluntad, establecen un marco muy breve, es por ello que se debe acudir no sólo a las normas genéricas del testamento común, sino también a normas surgidas en el ámbito militar, para concretarlo aún más. Y en segundo lu-

gar, destacamos que dicha regulación contiene términos arcaicos, haciendo alusión a figuras inexistentes en la actualidad, como son el Comisario de Guerra, el Ministro de la Guerra, así como la *Gaceta de Madrid*. Es una tarea pendiente, tras numerosas modificaciones sufridas por el Código Civil, llevar estas figuras a sus equivalentes en la actualidad, siendo por tanto el Interventor Militar, el Ministro de Defensa y el *Boletín Oficial del Estado*.

Por encima de todo se encuentra el derecho a la última voluntad de cualquier persona, amparado en el derecho a la herencia, regulado en el artículo 33.1 de nuestra Constitución y, cómo no, en el derecho a la dignidad de la persona, que el artículo 10.1 de la Carta Magna formula en los siguientes términos: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”. Y qué mayor desarrollo de la dignidad que permitir a cualquier persona declarar su última voluntad cualquiera que sean las circunstancias que le rodeen, sin olvidar, por tanto, a los militares por la especial situación de peligro en la que se encuentran.

7. Legislación

- Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.
- Directiva de Defensa Nacional 1/2004.
- Código Civil, de 24 de julio de 1889.
- Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, que regula el Código Penal Militar.
- Ley Orgánica 5/2005, de la Defensa Nacional.
- Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000.
- Ley 17/99, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas.
- Ley de 15 de mayo de 1902, por la que se dispone la reorganización con el personal que actualmente constituye el Cuerpo Administrativo del Ejército de los Cuerpos de Intendencia e Intervención.
- Ley de 30 de junio de 1889.
- Ley de 20 de diciembre de 1991.
- Ley de 15 de mayo de 1902 del Ministerio de Guerra.
- Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862.
- Ley de 1 de abril de 1939.
- Decreto de 25 de septiembre de 1941, de fe pública notarial para las fuerzas expedicionarias.
- Decreto 2612/1963, de 21 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado.
- Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado.
- Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944.
- Real Decreto 207/2003, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Cuerpos, Escalas y Especialidades de las Fuerzas Armadas.
- Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944.
- Real Orden Circular de 19 de abril de 1895.
- La Real Orden Circular de 19 de mayo de 1913, por la que se aprobó el primer Reglamento Orgánico del Cuerpo de Intervención Militar.
- Instrucción número 2/2004, de 23 de marzo, del Interventor General de la Defensa, por la que se regula el ámbito competencial de la fe pública militar.
- Informes de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Anexo I

ACTA DE OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO MILITAR CERRADO

Número.....=====

En Ad Diwaniyah (Irak), en la Base España de la BMNPU, siendo las horas del día de de dos mil tres.-----

Ante mí: Don, (empleo) Interventor, encargado de la Notaría Militar de la Fuerza Española desplegada en la Zona de Operaciones (Irak).-----

Comparece Don, mayor de edad, casado, Brigada de Especialistas del Ejército de Tierra, con D. N. I., hijo de y de, natural, vecino de con domicilio en la calle y actualmente prestando sus servicios en Ad Diwaniyah (Irak).-----

Comparece el testador, presentando esta plica cerrada de diecisiete con cinco centímetros de ancho por veintitrés centímetros de largo, la cual se halla traspasada por una cinta color rojo, estando el centro y los cuatro lados de la cubierta sellados con un lacre rojo y en el que campean las iniciales “*BMPU IRAK*”, manifestando el dicho compareciente que dentro de ella se contiene su testamento, todo escrito por medio mecánico, estando firmado en todas sus hojas y al pie del mismo por el otorgante.-----

Que desea que no se proceda a su apertura hasta que llegue el día de su óbito.-----

Extendida la presente acta, se leyó, por mí, después de advertir al compareciente de su derecho a hacerlo.-----

Del conocimiento del testador y de hallarse, a mi juicio, con la capacidad legal necesaria para testar, doy fe, firmando la presente en unión del otorgante.---

EL TESTADOR

EL INTERVENTOR AUTORIZANTE

Anexo II

MODELO DE TESTAMENTO ABIERTO

En (ciudad, destacamento, posición, hospital, etc.), de (donde correspondan los anteriores puntos), siendo las (en letra) horas del día de

Ante mí, D. (nombre y apellidos desde General a Capitán, con expresión del empleo o profesión, si se trata de facultativos o capellanes, así como el Ejército y/o cuerpo al que pertenece), con destino en (unidad o establecimiento donde presta sus servicios) y presentes D. y D. (testigos), con residencia en (lugar, regimiento, unidad, etc.).

Comparece D. (nombre y apellidos del testador), de de edad, de estado, natural de, provincia de, hijo de (nombre del padre) y (nombre de la madre), de profesión (empleo, ejército y/o cuerpo, destino, etc.), y manifiesta que desea hacer su testamento en forma abierta.

A tal efecto, hago saber a los testigos antes mencionados las incapacidades que señalan los artículos 681 y siguientes del Código Civil, respondiéndome uno y otro que no les comprenden ninguna de las establecidas y, en su caso, que conocen al testador por (indicar las causas del conocimiento con el testador).

En virtud, y a presencia de los testigos citados, que lo ven, oyen y entienden perfectamente, el testador da comienzo a manifestar su última voluntad, como sigue, y a tenor de las siguientes cláusulas:

Primera; Segunda;; Última. Declara expresamente no haber otorgado antes de ahora testamento, ni otro acto alguno de última voluntad (o si lo ha otorgado, detallarlo), revocando y cancelando cualquier otra disposición análoga, que pueda aparecer con fecha anterior a la presente y hechas estas manifestaciones por parte del testador.

Yo, el autorizante, en presencia del testador y los testigos, leo íntegramente este testamento invitando al testador y a los testigos, para que lo lean por sí (lo que hacen o renuncian), y el testador manifiesta que el testamento redactado es fiel expresión de su última voluntad, conforme a sus instrucciones (verbales o escritas).

El testador ratifica (o presta su consentimiento) el testamento, por ser fiel y exacta expresión de su voluntad.

Del conocimiento, profesión y destino del testador, de haberse practicado en un solo acto y sin interrupción todas las formalidades y solemnidades prescritas por la ley, y de cuanto va contenido en este (pliego o el número de ellos que sean, que deben ir numerados y convenientemente firmados por todas las personas que intervienen en el mismo).

Yo, el autorizante, doy fe de conocer al testador (y, en su caso, a los testigos que aseguran conocerle), de que por manifestar que no sabe (o no puede) fir-

mar, se ha suplido su firma en la forma expresada y en prueba de todo ello, estampo mi firma.

Firma del testador

Un testigo

Un testigo

Firma del autorizante

NOTA.— En el mismo día de su otorgamiento remito este testamento al Ministerio de Defensa, a los fines legales.

Anexo III

MODELO DE TESTAMENTO OLÓGRAFO

El que suscribe, Don/a., mayor de edad, ... (empleo), ... (Cuerpo, Ejército, etc.), con destino en, calle de, número, en el pleno uso de mis facultades otorgo el presente testamento ológrafo, escrito todo él de mi puño y letra y a tal fin declaro:

Que me hallo actualmente casado con Don/a., mayor de edad y de igual vecindad y domicilio del dicente, con la que contraí matrimonio canónico en primeras nupcias el de 200..., en la Parroquia de de la ciudad de, provincia de, de cuyo matrimonio viven en esta fecha hijos: D.(a), D.(a) (otros dos, que también nacieron de dicho matrimonio y que fallecieron hace años en estado de solteros y sin descendientes).

Que instituyo herederos a mi citada esposa/o y a mis hijos, de la siguiente forma:

.....
.....
.....

Y siendo este testamento fiel reflejo de mi voluntad sobre la que han de distribuirse mis bienes después de mi fallecimiento, lo extiendo en papel común y en pliegos que firmo y rubrico en (1), provincia de, a de, 200.... Entre renglones, “heredero” y enmendada la palabra “nupcias”.

Vale

NOTA: (1) Si este testamento se otorgase estando embarcado se dirá “En la mar, a bordo del buque a de”

EL TESTAMENTO MANCOMUNADO

Reflexiones sobre su posibilidad teórica y su eventual utilidad práctica en Derecho civil común (Primera parte) (*)

JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO

*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla*

(*) Publicamos en este número de la Revista la primera parte de este trabajo (epígrafes I, II, III y IV), que completaremos en el próximo número (epígrafes V, VI, VII y bibliografía).

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I. EL TESTAMENTO MANCOMUNADO: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y NOTAS CARACTERÍSTICAS**
 - A)** UNIDAD DE NEGOCIO.
 - B)** UNIDAD DE INSTRUMENTO.
 - C)** ES UN MODO SINGULAR DE DISPONER LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA*, NO UNA FORMA ESPECIAL DE TESTAR.
 - D)** ES UN TESTAMENTO, NO UN CONTRATO SUCESORIO.
- II. LOS ARGUMENTOS EN CONTRA Y A FAVOR DE LOS TESTAMENTOS MANCOMUNADOS**
 - II.1. LOS ARGUMENTOS EN CONTRA: EXPOSICIÓN Y CRÍTICA DE LOS MISMOS.**
 - A)** Que contraviene la unilateralidad propia de todo testamento.
 - B)** Que contraviene el carácter personalísimo propio de todo negocio testamentario.
 - C)** Que presenta un grave riesgo de captación de la voluntad de uno de los otorgantes por el otro.
 - D)** Que incentiva las uniones desiguales, sin otro fin que el reprochable de un grosero interés: el de apropiarse un testador (se piensa normalmente en cónyuges) del patrimonio del otro.
 - E)** Que introduce un grado de incertidumbre excesivo y jurídicamente inasumible.
 - F)** Que exige limitar o excluir la facultad de disposición por actos *inter vivos* que en principio todo sujeto debe tener sobre sus propios bienes, siendo ésta una medida que en el caso no resulta justificada.
 - G)** Que plantea un conflicto insalvable entre la libre revocabilidad, que es nota esencial de todo testamento, y la irrevocabilidad que en el testamento mancomunado se hace preciso imponer, para impedir que las legítimas expectativas depositadas en él por el co-testador se vean defraudadas.
 - II.2. LAS RAZONES A FAVOR DE LOS TESTAMENTOS MANCOMUNADOS.**
- III. PERSONAS LEGITIMADAS PARA OTORGAR TESTAMENTOS MANCOMUNADOS**

IV. LIMITACIONES A LA FACULTAD DE DISPONER A TRAVÉS DE ACTOS *INTER VIVOS*

- IV.1.** SOBRE LA POSIBILIDAD Y CONVENIENCIA DE LIMITAR LA FACULTAD PARA DISPONER DE SUS BIENES POR ACTOS *INTER VIVOS* A QUIENES HAN OTORGADO PREVIAMENTE TESTAMENTO MANCOMUNADO.
- IV.2.** SOBRE EL VALOR DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN *INTER VIVOS* NO PERMITIDOS, PERO AUN ASÍ REALIZADOS, Y LAS MEDIDAS PARA IMPUGNARLOS.

V. TESTAMENTO MANCOMUNADO Y REVOCACIÓN

- V.1.** SOBRE LA POSIBILIDAD O IMPOSIBILIDAD, LÓGICA Y JURÍDICA, DE CONCILIAR LAS NOCIONES DE TESTAMENTO MANCOMUNADO Y REVOCACIÓN.
- V.2.** SOBRE LOS SUPUESTOS, LA FORMA Y LOS REQUISITOS EN QUE LA REVOCACIÓN DE LOS TESTAMENTOS MANCOMUNADOS ES POSIBLE.
 - A)** Conjunta, por ambos testadores.
 - B)** Unilateral, por uno solo de los testadores.
 - B.1.** *Unilateral, pero en vida de ambos testadores.*
 - a)** El acto revocatorio y su forma.
 - b)** El conocimiento, por parte del co-testador, del acto revocatorio otorgado unilateralmente por el otro testador, como requisito de eficacia del mismo. La notificación al co-testador.
 - * Objeto de la notificación.
 - * Contenido de la notificación.
 - * Forma de realizar la notificación.
 - * Plazo para notificar y consecuencias de no practicar oportunamente la notificación.
 - B.2.** *Unilateral, pero habiendo muerto ya uno de los testadores.*
 - a)** Regla.
 - b)** Excepciones a la regla (que realmente no son tales).
 - C)** Particular consideración de la revocación cuando el testamento mancomunado ha sido otorgado por cónyuges, en los casos de crisis matrimonial (nulidad, separación o divorcio).
- V.3.** ALCANCE DE LA REVOCACIÓN DE LOS TESTAMENTOS MANCOMUNADOS.

VI. LOS TESTAMENTOS MANCOMUNADOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DEL DERECHO INTER-REGIONAL ESPAÑOL

- A)** PLANTEAMIENTO.
- B)** TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN: CALIFICACIÓN DEL SUPUESTO, NORMAS DE CONFLICTO Y PUNTOS DE CONEXIÓN.
- C)** HIPÓTESIS QUE SE PUEDEN PLANTEAR.
- D)** LEY DEL TESTAMENTO Y LEY DE LA SUCESIÓN.

VII. SOBRE LA OPERATIVIDAD PRÁCTICA REAL QUE TENDRÍAN LOS TESTAMENTOS MANCOMUNADOS EN DERECHO CIVIL COMÚN, SI SE ADMITIERAN. REFLEXIONES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LOS TESTAMENTOS MANCOMUNADOS Y EL RÉGIMEN DE LIBERTAD DISPOSITIVA *MORTIS CAUSA*

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

En el ámbito del Derecho civil español común puede decirse, sin temor a faltar a la verdad, que el testamento mancomunado es una figura desconocida, o cuando menos recelada. Desconocida porque la gran mayoría de quienes viven y operan en este ámbito ignoran absolutamente de qué se trata, si por ella se les pregunta. Y recelada, por los pocos que sí tienen noticia de la misma, aunque no sepan bien por qué; si el Código la ha prohibido, cabe imaginar que piensan, por algo será.

Sin embargo, no resulta lógico creer que la misma constituya una realidad intrínsecamente perversa, ni existencialmente ajena a nuestra sociedad, en la que por consecuencia no merezca la pena siquiera pensar.

Pues esta figura existe en otros ordenamientos, y sería extraño que, si no tuviera razón de ser, utilidad ni ventajas, se hubiera empleado y se siguiera empleando en ellos.

Máxime cuando advertimos que esos ordenamientos a los que se ha hecho alusión son de nuestro entorno, y no ya sólo fuera de España (Alemania, Austria), sino incluso dentro de ella: así ocurre en Aragón, Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Galicia.

Lo que hace que no sea descabellado considerar que esta figura podría tal vez ser también operativa y útil en zona de Derecho civil común. Pues los intereses vitales y las pretensiones de los ciudadanos de esos otros ordenamientos, si no idénticos, con toda seguridad sí deben ser al menos sustancialmente semejantes a los de los ciudadanos de Derecho civil común. No cabe imaginar siquiera, en efecto, que la existencia de testamentos mancomunados en esos otros ordenamientos responda a necesidades vitales y sociales particulares de los españoles con vecindad civil en aquellos territorios cuyos Derechos admiten esta figura. Desde esta perspectiva, ninguna diferencia existe entre unas personas y otras.

Lo dicho podría bastar, por sí solo, para justificar el estudio de esos testamentos. Más aún si consideramos que, aunque estén proscritos en nuestro ordenamiento actualmente vigente, esos testamentos han existido y tenido presencia relevante en nuestro Derecho histórico.

Su origen, es verdad, no es bien conocido. Pues aunque algunos lo han tratado de situar en las Partidas del Rey don Alfonso X (Ley 33, Título XI, Partida V) y otros en el Fuero Real (Ley 9, Título VI, Libro III), en verdad no parece que eso pueda sostenerse, y así lo dice la doctrina más autorizada en ese campo. La opinión hoy más extendida en este tema es que su aparición aconteció en la Edad Media, por vía de costumbre. Tal vez por derivación de las atribuciones gratuitas por causa de muerte que de sus patrimonios se hacían mutuamente los cónyuges en numero-

sas ocasiones (*donationes mortis causa –post obitum y reservato usufructo–*), a cuyo otorgamiento, naturalmente, concurrían ambos juntamente. Lo que, cuando algún tiempo después –tras la Recepción– se recuperó la figura romana del testamento, podría haber dado lugar a que, junto al testamento individual, se configurara el testamento mancomunado.

Sea ello como fuere, lo cierto es que, desde finales de la época medieval, los testamentos mancomunados fueron conocidos en Castilla. Y no sólo conocidos, sino sobre todo empleados en la vida real, como instrumento negocial ordinario con el que las personas disponían su sucesión por causa de muerte. Aunque, a diferencia de otros territorios (Aragón, Navarra, Vizcaya), en el Derecho de Castilla siguió carente de reconocimiento y regulación a nivel legal positivo.

En todo caso, el hecho es que en el territorio de Castilla –lo que hoy es la zona de Derecho civil común– la figura existió y se utilizó, sin que los problemas que la misma sin duda plantearía –como cualquier otra– fueran suficientes para determinar su rechazo teórico ni su inaplicación práctica.

Y esa situación se mantuvo así hasta que en el siglo XIX la figura vino a adquirir mala fama. Lo que se produjo por influencia francesa, por la prohibición de los testamentos mancomunados establecida en la Ordenanza de 1735 y en el Código de Napoleón. Prohibición que a su vez vino determinada posiblemente por ceder a la combinación, que el momento histórico propició, de varios principios, romanos de un lado, y del individualismo liberal propio de la época, del otro. Los cuales apuntaban, por un lado, que los testamentos debían ser libremente revocables *usque ad supremum vitae exitum*, y por otro, que además debían ser obra de un solo sujeto.

Esto determinó, entre nuestros juristas del XIX, un sentimiento generalizado en contra de los testamentos mancomunados. Que llevó, antes incluso de que ese sentimiento contrario se plasmara en ley positiva, a interpretar, los que se otorgaban, con arreglo al modelo que más los desvalorizaba, esto es, permitiendo a ambos testadores su revocación libre y en cualquier momento. Y que desembocó finalmente en su prohibición en el Código Civil.

A partir del cual, lo que hasta entonces había sido una figura aceptada y utilizada durante siglos –prueba de ello es que el Código Civil, en su Disposición Transitoria 2.^a, establece expresamente que “serán válidos los testamentos, aunque sean mancomunados..., que se hubiesen otorgado... antes de regir el Código”–, pasó a quedar tajantemente proscrita.

Situación que se ha mantenido hasta nuestros días, con la única excepción, hoy ya no vigente, y que además era de alcance material muy limitado, del testamento mancomunado permitido a los cónyuges por la Ley

de 24 de diciembre de 1981, para ordenar la sucesión de la explotación familiar agraria.

En los últimos tiempos, sin embargo, se ha iniciado por algunos estudiosos, dentro del marco del Derecho civil común, un proceso de revisión de las razones que en su día determinaron la prohibición de los testamentos mancomunados y un análisis de la utilidad que los mismos podrían proporcionar en este ámbito.

Se trata de estudios serios, orientados a tratar de poner de manifiesto –cada uno desde su particular enfoque– que las razones y los peligros aducidos en su día para justificar la prohibición no son tan determinantes como entonces se consideraron. Y que están invirtiendo el sentimiento contrario a esta figura hasta ahora dominante, aunque más por inercia que por convicción fundada.

Esto es lo que nos ha llevado a interesarnos por los testamentos mancomunados y a estudiarlos. En primer lugar, para dilucidar si sería posible o no introducirlos en nuestro Derecho civil común (previa modificación, por supuesto, de las normas positivas del Código que hoy lo impiden). Y después, supuesta la respuesta afirmativa a lo anterior, para considerar, desde el punto de vista práctico o realista, si los mismos serían útiles en nuestro ordenamiento actual.

El resultado de ese estudio se plasma hoy en este trabajo, en el que hemos intentado realizar una investigación global de la figura desde todos sus ángulos. Esto es, no sólo desde la habitual perspectiva estática –conceptuación de la figura, exposición y valoración crítica de los argumentos tradicionalmente aducidos en contra de la misma, indagación de las razones a favor de su introducción en nuestro Derecho–, sino también desde la perspectiva dinámica, enfrentando las cuestiones y dificultades que estos testamentos, supuesta su admisión, plantearían en la vida práctica de nuestro Derecho civil común.

En relación con ese estudio dinámico, es importante destacar que en el trabajo proponemos una construcción *ex nihilo*. Pues, tomando como base la prohibición de la figura que el Derecho civil común tiene hoy establecida, el desarrollo del mismo supone que la situación fuera propiamente la contraria, esto es, que la figura fuera admitida. Y, como ésa no es la situación que desde 1889 tenemos, ello supone que al ocuparnos de esa perspectiva dinámica de la figura podemos proponer la regulación que nos parezca más acertada en línea teórica o de principio, pues no hay texto positivo que nos constriña o coarte. El no contar con tales normas ni existir una regulación que ya nos venga dada, si por un lado supone dificultades, por otro tiene también ventajas. Esta es una de ellas.

La anterior es, además, la razón por la que en este trabajo hemos soslayado –salvo excepciones– apuntes o desarrollos históricos, para ceñirnos

al Derecho actual. Pues el largo tiempo transcurrido desde que en Derecho civil común se prohibieron estos testamentos –casi ciento veinte años– hace hoy innecesario e inútil acudir a la realidad anterior (salvo para quienes tengan un afán exclusivamente historicista), en tanto que de la misma no queda ya vestigio alguno, ni entre los juristas ni entre los ciudadanos.

Por último, conviene aquí abundar en algo que ya ha sido apuntado antes: que, guiados por la pretensión de no realizar un trabajo “de puro laboratorio” (empleando esta expresión en su peor sentido), hemos tratado de no limitar el campo de estudio a la sola y estricta figura en cuestión, sino que hemos procurado conectarla con sus condicionantes previos o simultáneos, para así poder calibrar debidamente, no sólo la posibilidad teórica, sino también la utilidad real (o su falta) que la admisión de esta figura supondría en el ámbito del Derecho civil común. Pues posibilidad y operatividad práctica real son cualidades que no siempre van unidas.

El resultado de esta última indagación, aunque puede a primera vista resultar frustrante, creemos, sin embargo, que es de gran interés, pues viene a situar las cosas en su debido contexto, y esto es imprescindible para poder valorar cabalmente la figura de los testamentos mancomunados –su posibilidad, necesidad y utilidad, o la falta de ello– en la situación actual de nuestro Derecho civil común.

En este sentido, tal vez no sea inoportuno concluir esta introducción explicitando que éste no es un trabajo guiado por la idea preconcebida de propugnar la introducción de la figura de los testamentos mancomunados en Derecho civil común, sino de reflexionar sin prejuicios sobre la misma, sobre su posibilidad y utilidad.

I. EL TESTAMENTO MANCOMUNADO: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y NOTAS CARACTERÍSTICAS

Para iniciar con buen paso este estudio, conviene que empecemos fijando unas nociones generales sobre el testamento mancomunado –concepto de esta figura, notas características de la misma, naturaleza jurídica, etc.– que nos sirvan de base sobre la que asentar aquél.

Y esto no sólo por consideraciones de buen orden expositivo, sino porque de ello dependen en gran medida las soluciones que luego se hayan de adoptar, en relación con los aspectos controvertidos que estos testamentos presentan.

Tenemos, sin embargo, que los conceptos que de esta figura se formulan, en los distintos estudios que a este respecto existen, presentan diferencias sustanciales, en ocasiones incluso antinomias. Pues unos afirman que estos testamentos sólo pueden ser otorgados por dos personas, mientras que otros sostienen que pueden ser más; hay quienes dicen que los testadores deben ser cónyuges, cosa que otros no exigen; algunos consideran como nota esencial de estos testamentos la de ser revocables, carácter éste que otros niegan, etc. De tal modo que no resulta fácil encontrar un concepto de esta figura que sea de admisión general.

Esto es consecuencia, en buena medida, de haber integrado en tal concepto o definición notas que son propias de algún o algunos ordenamientos jurídicos concretos, pero que no valen para otros.

Esta es la primera dificultad a que nos enfrentamos en este trabajo. Pero, aunque pueda ser difícil, es necesario encontrar un concepto de la figura que sea preciso a la vez que de validez general.

Y en esta idea, creemos que se puede empezar describiendo la figura estudiada –que cabe denominar testamento mancomunado, común, conjunto, colectivo o de hermandad–, como el testamento otorgado por dos (o más) personas (1).

Se trata, evidentemente, de una noción formulada a nivel de mínimos, pero que refleja lo esencial, constante e indiscutido de esta figura en todos los ordenamientos. Por ello, nos sirve como punto de partida.

Ahora bien, sentado lo anterior, es necesario precisar más el concepto. Para lo cual nos parece que un buen camino es atender a las varias notas que habitualmente se consideran a este respecto, para, a partir de lo que a la vista de ellas extraigamos, formular nuestro propio concepto. A esto procedemos a continuación.

(1) Vid. ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo IX-1.º A, 1990, p. 103.

A) Unidad de negocio

Es una de las notas características de la figura que estudiamos que se acostumbra a destacar: el hecho de constituir, el testamento mancomunado, un solo y único negocio. Lo que significa que este testamento no se puede concebir como una suma o yuxtaposición de dos o más testamentos individuales, tantos como testadores haya.

Esta última interpretación, como ha sido acertadamente advertido en la doctrina (2), tiene su origen en la Baja Edad Media, por influencia de los textos romanos de la Recepción, y fue empleada por los autores del Derecho Común con el propósito de asegurar la revocabilidad de los testamentos, de todos, y por tanto también de los mancomunados, tratando de explicar la configuración de éstos como mera suma o yuxtaposición de varios testamentos individuales (por ser éstos, de suyo, libremente revocables).

Esta explicación, sin embargo, está hoy totalmente desprestigiada (3). De modo que, sea cual sea la solución que proceda en relación con el tema de la revocación de los testamentos mancomunados, que es cosa que veremos más adelante, lo que en todo caso debe quedar claro aquí es que los testamentos mancomunados constituyen un negocio jurídico único, y no una mera suma o acumulación de testamentos individuales.

Esta idea, sin perjuicio de lo que en el apartado siguiente de este mismo capítulo veremos, es hoy comúnmente aceptada como axioma o hipótesis de partida, cuando de testamentos mancomunados se trata.

Para lo cual no es óbice que en estos testamentos se puedan identificar las disposiciones atribuibles a cada testador individualmente considerado (4). Esto, además de que no siempre es así –porque a veces una misma cláusula, por su redacción, resulta referible a varios testadores–, es una cuestión de mero hecho, que no tiene mayor trascendencia.

Esta nota que acabamos de ver –unidad de negocio–, ahora bien, hay que distinguirla de otra, próxima pero distinta: la unidad de acto. Que aunque no se predica con especificidad de los testamentos mancomunados, sino de los testamentos en general, cuando se trata de aquéllos se plantea con especial incidencia, precisamente porque no están integrados por una sola voluntad, sino por dos (o más).

La pregunta que aquí se plantea es la siguiente: ¿están los testamen-

(2) GARCÍA-GRANERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXVII-1.º, 1998, pp. 705 y ss.

(3) *Vid.* GARCÍA-GRANERO: *op. et loc. cit.*

(4) En contra, MESSINEO: *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Milán, 8.ª edición, 1952, tomo III-2.º, § 181, 5 bis.

tos mancomunados sometidos a las exigencias que de esa nota –“unidad de acto”– se derivan?

La doctrina dominante afirma que sí (5), aunque la mayoría de las veces sea sin demasiada meditación al respecto (prueba de ello es que se mezcla a menudo, como si de una misma cosa se tratase, con la nota de unidad instrumental), sino simplemente estimando que, si la misma se predica sin discusión de los testamentos unipersonales, igual debe valer para los mancomunados (6). Algún autor, incluso, ha querido ver el fundamento de esa unidad de acto en que es ahí de donde surge el nexo que vincula a los co-otorgantes del testamento mancomunado (considerado éste, por su parte, como elemento esencial del mismo) (7).

No estamos nosotros, sin embargo, absolutamente seguros de lo anterior, al menos en un plano puramente teórico. Para explicarnos, conviene que planteemos las cosas ordenadamente.

¿Qué se quiere decir, cuando en sede de testamento se habla de “unidad de acto”? El profesor DíEZ-PICAZO entiende que, en nuestro Código Civil, “unidad de acto” es expresión que equivale a ausencia de interrupción (8). En apoyo de lo cual destaca la literalidad del propio artículo 699 CC, que dice “sin que sea lícita ninguna interrupción...”. Y, esto sentado, precisa DíEZ-PICAZO: “La ininterrupción que el Código exige –dice– es la continuidad en el otorgamiento, pero continuidad temporal, no la meramente lógica o ideal, que puede lograrse a pesar de la interrupción temporal” (9).

Lo cual puede parecer, a primera vista al menos, que reafirma la tesis dominante antes dicha. Seguimos nosotros, sin embargo, teniendo nuestras dudas.

Y las tenemos, no porque pensemos que tal nota ha de ser predicada únicamente del testamento unipersonal, ya que éste es el que el Código

(5) *Vid.*, a modo de ejemplo, ALBALADEJO: *op. cit.*, p. 104; GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, pp. 703 y ss.; MERINO HERNÁNDEZ: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXIV-1.º, 1997, p. 96; TEIXEIRA GRACIANETA: “El testamento mancomunado aragonés”, ADA, XII, pp. 83-84.

(6) “En materia de testamentifacción –dice TEIXEIRA: *op. cit.*, p. 83–, es un requisito esencial... la unidad de acto, requisito que se exige en el artículo 699 del Código Civil (...). La única especialidad que puede suponer esa unidad de acto –que no es tal especialidad, sino aplicación del principio general– respecto al testamento mancomunado, es que al acto de otorgamiento tienen que concurrir ambos testadores, sin que sea suficiente que uno de ellos firme con posterioridad el testamento.”

(7) GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, p. 703, que con referencia al Derecho navarro dice: “Aun cuando el testamento de hermandad contiene la voluntad sucesoria de dos o más personas, es un acto único e inescindible, no una pluralidad de actos distintos. Y es, precisamente, esa unidad propia del acto colectivo la que hace surgir el nexo que vincula a los otorgantes”.

(8) “La pluralidad de testamentos”, RDN, 1960, p. 69.

(9) *Op. et loc. cit.*

Civil prevé. Sino porque esa falta de interrupción la exige el Código sólo para el testamento notarial abierto –*vid.* art. 699 CC–, y además porque, como el mismo DÍEZ-PICAZO subraya, ese requisito no es exigido propiamente por el Código Civil para la realidad jurídica “testamento”, sino para la realidad jurídica “documento notarial” (10).

Así pues, podría tal vez no haber dificultad, al menos en un plano teórico, para admitir, al igual que ocurre por ejemplo con las donaciones (art. 633 CC), que cada una de las voluntades que integran el testamento mancomunado pudiera otorgarse ante notario en acto separado, aunque cada una de ellas, eso sí, en unidad de acto. O para admitir el otorgamiento de este testamento por un solo testador –que se volcaría, por tanto, en un único acto e instrumento–, supeditado a su posterior ratificación por el otro testador, recogida en diligencia de adhesión extendida luego en el mismo instrumento (11).

Lo que en definitiva sucede, y es lo que aquí más interesa destacar, es que unidad de negocio y unidad de acto son cosas distintas. Y que unidad de acto es nota que tal vez no deba predicarse del acto de otorgamiento o culminación del testamento mancomunado, considerado como negocio integrado por dos (o más) voluntades, sino del acto de manifestación de cada una de las voluntades que lo integran. Ahora bien, aunque eso fuera así, lo importante es que nada hay en esos casos señalados que lleve a negar que el testamento mancomunado es un único negocio.

La anterior, en todo caso, reconocemos que es una reflexión hecha en un plano eminentemente teórico y, por tanto, que cada legislador (así seguramente el nuestro), por consideraciones de política legislativa, podría no seguirla en su caso concreto.

B) Unidad de instrumento

Proclama esta nota que la figura que estudiamos, además de estar conformada por las voluntades testamentarias de dos (o más) sujetos, se caracteriza porque todas ellas se recogen en un único instrumento. Se trata sin duda, desde el punto de vista de su apreciabilidad, de la característi-

(10) “Obsérvese –apunta DÍEZ-PICAZO (*op. et loc. cit.*), con apoyo además en GIMÉNEZ ARNAU– que lo que el Código dice es que las formalidades expresadas en esta sección [sección 5.^a –Del testamento abierto–, del capítulo primero del título III del libro III] se practicarán en un solo acto, es decir, que la unidad de acto está referida a las formalidades del documento notarial más que a la unidad interna del negocio jurídico testamentario.”

(11) En contra de estas dos posibilidades, GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, p. 804. También se muestra en contra la STS 13-2-1984.

ca más evidente, y también la que más frecuentemente se suele señalar, al hablar del testamento mancomunado.

Ahora bien, esta nota, al decir de gran número de autores, no sirve sólo para reflejar una de las características formales de estos testamentos, sino también para algo más trascendente, como es contribuir a precisar el concepto de esta figura. Sirve, se dice, para indicar qué es necesario en esos testamentos y qué no lo es; para poder apreciar cuándo estamos ante uno de ellos.

Así, al decir de estos autores, de esta nota se deriva que lo determinante en este punto es el dato formal –que las varias voluntades testamentarias concurrentes se recojan en un solo y único instrumento–, sin que importe el contenido de las mismas, ni que haya o no relación entre ellas.

Ahora bien, aunque la expuesta es la concepción mayoritaria, no es posible tampoco ignorar que existen en la doctrina voces discrepantes a este respecto, que sostienen que no cabe hablar de testamento mancomunado si no hay, además de unidad instrumental, un cierto grado de conexión entre las dos (o más) ordenaciones sucesorias recogidas en el mismo instrumento. Aparece aquí la idea de conexión o vinculación de las disposiciones sucesorias otorgadas en mancomún, como nota distinta de la unidad instrumental.

Desde esta perspectiva, se puede distinguir entonces un tríptico de hipótesis posibles: testamento mancomunado meramente simultáneo, testamento mancomunado recíproco y testamento mancomunado correspectivo.

Se denomina testamento meramente simultáneo a aquél que recoge las voluntades testamentarias de dos o más personas, ordenando cada una su sucesión por causa de muerte, pero sin que entre una y otra (u otras) haya ningún vínculo o nexo de unión más allá del haber sido recogidas en un mismo instrumento.

Es testamento recíproco aquél en que varios testadores recogen sus voluntades sucesorias *mortis causa*, siendo así además que esas voluntades se orientan en el sentido de ordenar atribuciones recíprocas de uno a otro.

Finalmente, recibe el nombre de testamento correspectivo el que no sólo contiene las voluntades testamentarias de dos (o más) personas, sino que además se caracteriza porque las disposiciones ordenadas por cada uno de los testadores están causalmente vinculadas a las establecidas por el otro (u otros) (12).

(12) Dentro de esta hipótesis, se pueden a su vez distinguir varios tipos. Un primer tipo es el que contrapone correspectividad bilateral y correspectividad unilateral. Es bilateral cuando las disposiciones de ambos testadores están condicionadas entre sí, de modo que las de uno dependen de las del otro, y viceversa; es unilateral cuando sólo las de uno dependen de las del

Esta idea de la correspectividad, sea o no explícitamente utilizado el término, es conocida desde hace tiempo en los ordenamientos de nuestro entorno. Así, en Aragón, el artículo 97.1 de su Compilación de 1967 las definía como “aquellas disposiciones que... estén recíprocamente condicionadas”. Y el artículo 105.1 de la Ley aragonesa 1/1999, de Sucesiones por causa de muerte, dispone que “son correspectivas entre sí las disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia... estuviera recíprocamente condicionada, sean en beneficio mutuo o de un tercero”. Por su parte, la Ley 3/1992, de Derecho Civil del País Vasco, en su artículo 174 –Fuero de Guipúzcoa– califica como correspectivas a aquellas disposiciones “que tuvieren su causa en las disposiciones del otro”. En Galicia, el artículo 187.2 de la Ley de Derecho civil foral actualmente vigente (Ley 2/2006) establece que “son correspectivas las disposiciones de contenido patrimonial cuya eficacia estuviera recíprocamente condicionada”. En el Derecho navarro, aun sin emplear el término “correspectividad”, la idea subyacente es la misma (*vid.* Ley 201). Y en Alemania, el § 2270.1 BGB califica como tales a las disposiciones de uno que no se hubieran otorgado sin las disposiciones del otro (13).

Es, esta última, una hipótesis que responde a una aspiración sentida en muchos casos, y con relativa frecuencia, en la vida real. Así por ejemplo entre cónyuges, cuando cada uno de ellos quiere dejar todo al otro, pero sobre la premisa de que éste hará a su vez lo mismo con él. Lo mismo cabe plantear entre hermanos (u otros parientes, aunque la mayor distancia en el grado hace habitualmente más difícil esto) cuando son solteros y viven juntos y tienen una economía más o menos común. O en el caso de tíos sin descendencia, pero con varios sobrinos comunes, queriendo cada uno de los tíos dejar sus concretos bienes a un sobrino distinto, pero sobre la premisa de que el otro tío dejará a su vez los suyos al otro sobrino. Y los expuestos son, en todo caso, simplemente ejemplos, ya que los su-

otro. El segundo tipo contrapone correspectividad perfecta y correspectividad imperfecta. Es perfecta cuando la eficacia de las disposiciones de uno depende de que las del otro sean también eficaces, de modo que si no lo son, cualquiera que sea la causa, no lo serán tampoco aquellas; es imperfecta cuando la ineficacia de unas disposiciones no determina necesariamente la ineficacia de las otras, sino que depende de cuál sea la causa de esa ineficacia. Sobre estas subdistinciones, *vid.* TEIXEIRA: *op. cit.*, p. 111; MERINO HERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 125, y LETE DEL RÍO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXII-2.º, 1997, p. 1056.

(13) “Si los cónyuges han adoptado en un testamento mancomunado disposiciones de las cuales ha de deducirse que la disposición de uno no se habría adoptado sin la disposición del otro, la nulidad o la revocación de una disposición tiene como consecuencia la ineficacia de la otra” (“*Haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament Verfügungen getroffen, von denen anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde, so hat die Nichtigkeit oder die Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge*”).

puestos que pueden darse en la realidad son muchos más, y muy diversos, imposibles de someter a catalogación exhaustiva.

Ahora bien, una vez reseñados los varios tipos posibles de testamentos mancomunados, hemos de insistir en que, para nuestra doctrina mayoritaria, la distinción antes expuesta, aunque formalmente correcta, en todo caso tiene una virtualidad sólo dogmática, porque carece –se dice– de trascendencia práctica. Quienes así piensan consideran que cualquiera de esos tres tipos, incluso el meramente simultáneo, constituye un testamento mancomunado, y que debe por tanto ser tratado como tal a todos los efectos.

El sector minoritario, en cambio, disiente de ese planteamiento, sosteniendo que para poder hablar de testamento mancomunado es necesaria una cierta conexión, vinculación o interdependencia entre unas voluntades y otras, y que esto no es sólo una cuestión de mera clasificación teórica, sino que tiene (o puede tener) consecuencias prácticas.

Esta discrepancia de pareceres, en realidad, no es sino consecuencia del empleo de criterios distintos a la hora de definir el testamento mancomunado: criterio de forma, en un caso, y criterio de fondo en otro (14).

¿Cuál es, desde esta perspectiva, la orientación existente a nivel positivo dentro de España, en los ordenamientos forales que admiten la figura? Verdaderamente, no existe en la mayoría de ellos pronunciamiento claro a este respecto (15), lo que sin duda favorece la idea de la doctrina dominante, contraria a exigir requisitos de fondo en este sentido, antes bien, estimando suficiente el dato formal de concurrencia de varias voluntades en el mismo documento (16). Sólo en Aragón y en Galicia hay hoy previsión explícita en este punto, claramente orientada además en el sentido mayoritario dicho. Pues el artículo 91.3 de la Ley aragonesa de Sucesiones de 1999 dice que “el testamento mancomunado es el acto... por el cual dos personas ordenan en un mismo instrumento, para después de su muerte, *con o sin* liberalidades mutuas y *disposiciones correspectivas*, el

(14) Así lo aprecia también GARRIDO MELERO: “La agonía del testamento y de las formas testamentarias en el Derecho catalán actual”, RCDI, 1997, p. 487.

(15) *Vid.* Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil foral del País Vasco, cuyo artículo 49 –Fuero de Vizcaya– dice así: “Los cónyuges podrán disponer conjuntamente de sus bienes en un solo instrumento, mediante el testamento mancomunado o de hermandad...”. Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia –hoy no vigente–, cuyo artículo 137 decía escuetamente que: “Los cónyuges gallegos podrán otorgar testamento mancomunado, aun fuera de Galicia”. Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho Civil foral de Navarra, cuya Ley 199, al formular el concepto de esta figura, dice que: “Es testamento de hermandad el otorgado en un mismo instrumento por dos o más personas”.

(16) En relación con el Derecho navarro, sin embargo, GARCÍA-GRANERO (*op. cit.*, p. 699) considera que, a pesar del tenor literal de la Ley 199 de la Compilación, la necesaria interdependencia entre las voluntades de los co-testadores es cosa que se desprende luego de las Leyes 201, 202 y 204 de la misma.

destino de todos sus bienes o de parte de ellos”. Y el artículo 187 de la Ley gallega de 2006, de Derecho civil foral, dice que “es mancomunado el testamento cuando se otorga por dos o más personas en un único instrumento notarial”, y que “los otorgantes que fueran esposos *podrán, además, establecer en el testamento mancomunado disposiciones correspectivas*”.

¿Qué postura debemos entonces adoptar nosotros en este punto? A nuestro juicio, es necesario distinguir un doble plano: por un lado, el procedente *de lege lata*, en relación con nuestro Derecho civil común actual y, por otro lado, el procedente en una línea teórica o de principio.

b') En el primer plano nos parece más ajustada la tesis que sostiene la opinión mayoritaria. Los hitos normativos –legales y prelegales– habidos en este punto en el último siglo y medio así lo avalan. En este sentido, tenemos que en el Proyecto de Código Civil de 1851 (art. 557) se decía simplemente que “*no pueden dos o más personas testar en un mismo acto, sea recíprocamente en provecho suyo o de un tercero*”.

Y en el definitivo Código Civil, por su parte, el artículo 669 (17) dispone que “*no podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero*”. Es decir, cambia la fórmula literal empleada, por razón del inciso que, precedido de la partícula disyuntiva “o”, se introduce –*en un mismo instrumento*–, que la doctrina mayoritaria interpreta como puramente explicativo o aclaratorio de la frase previa, que prohíbe que dos o más personas testen mancomunadamente (18). Así fue entendido ya por los comentaristas coetáneos a la promulgación del Código Civil: esas palabras, decía Mucius SCAEVOLA, son “*la frase de aclaración, la equivalente a la de dos o más personas que testan mancomunadamente. De modo que aquélla es la que encierra el verdadero sentido del precepto*” (19).

De modo que, aunque a nuestro entender sea lingüísticamente discutible atribuir tal significación al inciso dicho, lo que en todo caso resulta claro es que el precepto que finalmente vino a aprobarse es de redacción más amplia que la de los antecedentes. Y esto, unido a lo expresivos que

(17) Literalmente calcado del precepto correlativo (art. 664) del Proyecto de 1882-88.

(18) ALBALADEJO: *op. cit.*, p. 104; TEIXEIRA: *op. cit.*, p. 18; MERINO HERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 95 y ss.; LETE DEL RÍO: *op. cit.*, pp. 1016-1017; KIPP: *op. cit.*, p. 349. También la jurisprudencia: *vid.* STS 29-1-1960, que decía que “característica del testamento mancomunado es la unidad de acto y documento”; y STS 13-2-1984: “el testamento mancomunado prohibido por el artículo 669 del Código Civil es aquél que contiene en un solo acto o instrumento las declaraciones de última voluntad de dos personas, y caracterizado por tanto por su unidad instrumental, no por su contenido”.

(19) *Código Civil*, XII, 2.^a edición, Madrid, 1950, pp. 150 y s. También SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, VI-1.^o, 2.^a edición, Madrid, 1910, p. 310.

en este sentido habían sido los Proyectos anteriores, hace que sea más que probable que el Código Civil comprenda bajo su prohibición todos los supuestos caracterizados por otorgarse en un único instrumento (documento), sin hacer distingos en función de cuál sea su contenido (20). Esto es, no sólo sin importar si se hacen en provecho recíproco o si en beneficio de un tercero, sino sin importar si tales ordenaciones sucesorias se vinculan o no unas con otras.

Así pues, en el plano dicho, *de lege lata*, hemos de reconocer que, hoy por hoy, la prohibición establecida en el artículo 669 CC “mete en un mismo saco” todos los testamentos otorgados por dos (o más) personas, sin distinguir entre los varios tipos posibles –testamentos meramente simultáneos, testamentos recíprocos y testamentos correspectivos–, sino prohibiéndolos todos (21).

b’’) Ahora bien, aunque la anterior sea la postura que en el plano *de lege lata* nos parezca más acertada, otra cosa es a nivel teórico o de principio. Aquí nos parece más ajustada la tesis que sostiene la opinión minoritaria, esto es, la que considera que el dato formal del instrumento único en que se recogen varias voluntades testamentarias, aunque necesario, no es sin embargo suficiente por sí solo para apreciar la existencia de un testamento verdaderamente mancomunado, sino que es preciso que exista además una cierta vinculación, conexión o interdependencia entre esas voluntades (22).

Pues de otro modo el testamento mancomunado queda reducido a una simple yuxtaposición de dos (o más) testamentos individuales, ciertamente recogidos en un mismo documento, pero en todo lo demás absolutamente inconexos e independientes entre sí. Y si así fuera, el testamento que estamos estudiando vendría a ser una figura jurídica absolutamente disminuida en su valor, pues ¿qué utilidad procuraría? Únicamente cabe pensar en razones de economía (de tiempo –las dos personas otorgan testamento en un mismo acto– o de dinero –al tratarse de un mismo instrumento, el coste del mismo, dividido entre los varios testadores concurrentes, puede resultar algo más barato que si cada uno testa por separado–), o de índole sentimental. Pero, como es más que evidente, ninguna de estas ra-

(20) Aunque a esto se podría todavía objetar que lo único que el Código Civil hace (art. 669) es prohibir en términos generales el otorgamiento de testamento mancomunado, y que eso, si bien es suficiente para negar o prohibir, puede no serlo a la hora de proceder en positivo, cuando se trata de indagar o elaborar el concepto de la figura.

(21) En este sentido también CUADRADO: *op. cit.*, p. 1096.

(22) Así lo entienden también GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, pp. 710 y 752; y SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL: “El testamento navarro de hermandad: su arraigo en las costumbres y su régimen en el Fuero”, *Anuario de Derecho Aragonés*, 1945, p. 187.

zones es en absoluto relevante ni digna de ser tomada en cuenta en orden a justificar hoy la introducción de este tipo de testamento (23).

Es preciso, por tanto, repetimos, que haya algo más. Algo más que, como ya se ha dicho, viene dado porque haya una cierta conexión o vinculación entre las dos (o más) voluntades testamentarias en presencia.

En este sentido, es un fenómeno conocido y frecuente en nuestra sociedad actual el que dos personas, normalmente cónyuges, acudan a la notaría con la intención de otorgar testamento juntos. Y que el notario haya entonces de informarles, con sorpresa y perplejidad de aquéllos, que eso no es viable en nuestro actual Derecho civil común. Lo que suele conducirse entonces al otorgamiento de dos testamentos unipersonales, de forma prácticamente simultánea en el tiempo –uno detrás de otro, con números sucesivos de protocolo–, y con un contenido idéntico entre sí o en todo caso ajustado a lo que previamente habían planeado juntos. Ahora bien, aunque ése sea, hoy, el expediente que se estima más cercano al que inicial y verdaderamente pretendían esos testadores, realmente no puede considerarse que sea igual o equivalente. Pues se trata de dos testamentos, cada uno de ellos jurídicamente autónomo e independiente, y cuya revocación puede más tarde hacer cada uno de los testadores, con absoluta libertad y desconocimiento del otro. El resultado, por tanto, no es el mismo que realmente buscaban quienes terminan resignándose a ese expediente. Lo que ellos querían era ordenar cada uno sus disposiciones sucesorias, pero conectándolas, vinculándolas o atándolas a las del otro, de modo que no tuvieran cada una vida independiente, ni pudieran por tanto ser cada una de ellas libremente revocadas.

Esa conexión o vinculación constituye un *plus* cualitativo, que no es posible lograr a través de la utilización de varios testamentos individuales separados, ni siquiera si se suprimiera la prohibición contenida en el artículo 794 CC. Ya que ésta es de índole meramente negativa –que la disposición ordenada por uno no sea eficaz si su destinatario no hace a su vez otra–, pero no proporciona un cauce positivo a través del cual alcanzar el resultado que verdaderamente se pretende.

La verdadera esencia de estos testamentos radica, por tanto, en la vinculación que se establece, dentro del mismo negocio, entre unas disposiciones y otras. Es más, es que, si no es así, resulta muy difícil pretender que el testamento mancomunado es un negocio único. A este efecto, y a pesar de estar formulada pensando fundamentalmente en el testamento unipersonal, nos parece plenamente aplicable aquí la tesis formulada por

(23) “El testamento mancomunado –dice BINDER: *Derecho de Sucesiones*, trad. de la 2.^a ed. alemana y anotado conforme al Derecho español por LACRUZ, Ed. Labor 1953, p. 121– ofrece un interés jurídico especial solamente cuando es correspectivo.”

DÍEZ-PICAZO (24), quien afirma que, para determinar cuándo estamos ante un testamento único aunque con pluralidad de voluntades, y cuándo ante varios testamentos, el criterio más adecuado, entre los varios teóricamente posibles –el de unidad documental, el de unidad temporal, el de unidad de acto, etc.– es el que atiende al dato de que haya o no unidad de propósito práctico entre todas las voluntades concurrentes. En otras palabras: que la piedra de toque en este sentido estriba en que exista o no una ordenación armónica de las varias sucesiones que en ese testamento se regulan; en que haya o no, entre esas varias voluntades, una ordenación unitaria y una unidad de trazado.

Lo cual, atendiendo al tríptico de posibilidades apuntado antes, nos lleva a dejar aparte el testamento denominado “meramente simultáneo”.

¿Y el testamento llamado recíproco? Éste, según ha quedado dicho antes, es aquel en el que los varios testadores intervinientes se hacen mutuas y recíprocas atribuciones. Lo que, a primera vista al menos, parece que supone una diferencia sustancial con el testamento meramente simultáneo. Pero es preciso mirar con mayor detenimiento. Pues una cosa es el contenido objetivo de las disposiciones, y otra su mutua conexión o vinculación. El hecho de que los testadores ordenen atribuciones recíprocas entre sí no supone necesariamente –aunque sí sea muy común– que estén mutuamente vinculadas, ya que cabe que sea firme voluntad de cada uno ordenar esa atribución a favor del otro con independencia de lo que éste ordene en su sucesión. En cuyo caso, y en puridad, ese testamento no debe calificarse como mancomunado (25).

La clave en este punto, como ya se ha dicho antes, radica en que las disposiciones de los varios testadores que confluyen en un mismo testamento estén o no causalmente vinculadas entre sí, con independencia de cuál sea su contenido. Pues bien, esto sólo se da, con arreglo a lo expuesto, en los testamentos mancomunados correspectivos.

Lo dicho, ahora bien, se sitúa en un plano marcadamente teórico, y conviene descender a uno más práctico: ¿cómo se puede determinar, en cada caso concreto, ante qué tipo de testamento –correspectivo o no– o de disposición –dentro de un mismo testamento, cada disposición puede tener una conexión distinta– nos encontramos? En el Derecho Comparado encontramos las siguientes respuestas.

(24) *Op. cit.*, pp. 61 y ss.

(25) En este sentido, tiene dicho CUADRADO que el testamento correspectivo “no ha de identificarse necesariamente con el recíproco, ya que si bien éste es difícilmente concebible sin ser correspectivo, puede haber, en cambio, un testamento correspectivo sin ser recíproco” (“El testamento mancomunado en el Ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981”, RDP, 1983, p. 1051).

En Aragón, el Apéndice de 1925 establecía una presunción –que algunos calificaban, incluso, como *iuris et de iure*– de correspectividad (26). En la Compilación de 1967, en cambio, para apreciar correspectividad se exigía que hubiera voluntad declarada en ese sentido de ambos testadores (27). Y en la actualmente vigente Ley de Sucesiones por causa de muerte de 1999, en línea con la regulación inmediata anterior, se sigue exigiendo para tal resultado que haya voluntad en ese sentido declarada por ambos testadores, añadiéndose además que “la correspectividad no se presume” (art. 105.1).

En Galicia, la Ley 4/1995 no establecía previsión ninguna en este sentido, por lo que había que estar a lo que los testadores manifestaran abiertamente en este punto, o en su defecto a lo que resultara de la interpretación de los testamentos, a la vista de sus disposiciones (28). La actualmente vigente Ley 2/2006, sin embargo, dispone que los otorgantes podrán establecer disposiciones correspectivas, pero que “la correspectividad no se presume” (art. 187.2).

El Derecho civil foral navarro, por su parte, no contiene una norma precisa a este respecto, pero los más autorizados comentaristas del mismo afirman que “en Navarra, por razones históricas de origen y evolución del testamento de hermandad, hay un fuerte predominio del principio o presunción a favor de la correspectividad o interdependencia” (29). Afirmación, ésta, a la que se encuentra sustento en la Ley 201.a).2 del Fuero Nuevo, que, al señalar los efectos de la revocación del testamento mancomunado por uno solo de los testadores, dice que “la revocación dejará sin efecto la totalidad de las disposiciones contenidas en el testamento, salvo que en éste se hubiere previsto otra cosa”.

En relación con el Derecho civil foral vasco (Ley 3/1992), hay que distinguir. El Fuero de Vizcaya adopta una solución enteramente semejante a la que acabamos de ver en Navarra (art. 51.2). Pero el Fuero de Guipúzcoa, dando un paso más, afirma rotundamente que, salvo prueba en contrario, se presumen correspectivas todas las disposiciones de carácter

(26) Artículo 19: “(...) Después de morir uno de los otorgantes, el sobreviviente no podrá modificar lo dispuesto en mancomún acerca de sus propios bienes si no renuncia enteramente los beneficios que le provengan de las disposiciones del finado. (...) La aceptación por el superviviente de liberalidad a su favor, contenida en el testamento mancomunado, hace irrevocablemente obligatorias para él todas las condiciones y disposiciones del testamento que sean originariamente lícitas”.

(27) Artículo 97.1: “La revocación o modificación unilateral, otorgada por un cónyuge en vida del otro, producirá la ineficacia total de aquellas disposiciones que, por voluntad declarada de ambos en el mismo testamento o en documento público, estén recíprocamente condicionadas”.

(28) Así lo afirma LETE DEL RÍO: *op. cit.*, p. 1057.

(29) La afirmación es de GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, p. 752.

patrimonial contenidas en el testamento mancomunado (arts. 174.3 y 176.2).

Y finalmente, en Alemania, el § 2270.2 BGB establece que “en la duda, ha de deducirse una tal relación [de correspectividad] de las disposiciones entre sí, si los cónyuges se designan mutuamente o si es hecha a un cónyuge por el otro una atribución y para el caso de sobrevivencia del designado es adoptada una disposición a favor de una persona que es pariente del otro cónyuge o que se relaciona con él de otra manera” (30).

Son, como puede verse, soluciones variadas, y no sólo distintas entre sí, sino incluso contrapuestas. ¿Cuál nos parece a nosotros preferible para adoptar, a nivel teórico o de principio?

Punto de partida a este respecto, conviene recordarlo, han de ser las voluntades de los testadores. De donde se deriva que las disposiciones contenidas en un testamento mancomunado serán correspectivas o no en función de cuál haya sido su voluntad.

El problema es que, en la práctica, el sentido de esas voluntades no acostumbrará a manifestarse de forma explícita. Será necesario entonces proceder a una tarea de interpretación de las mismas (31). La cual, como todo aquello que atañe al plano subjetivo o interno, no suele ser simple.

Para facilitar esta tarea, las reglas de interpretación y las presunciones pueden ser útiles. Pero, ¿qué sentido debería darse a las que en su día se quisieran establecer en este punto en Derecho civil común?

A nuestro juicio, salvo que los testadores se manifiesten claramente en contra, la respuesta correcta ha de pasar por presumir (*iuris tantum*) la correspectividad de las disposiciones de contenido patrimonial que se contengan en un testamento mancomunado.

Para justificar esta postura, creemos que basta simplemente con destacar el hecho de que dos personas hayan decidido ordenar su sucesión por causa de muerte a través del otorgamiento conjunto o mancomunado de testamento (32). ¿Para qué lo habrán hecho así, si no es porque han actuado movidos por la idea de establecer algún vínculo o conexión entre las disposiciones de uno y otro? Las razones de economía (de tiempo o de dinero) o sentimentales que se han dicho antes, si bien pueden

(30) 2270.2 BGB: “Ein solches Verhältniss der Verfügungen zueinander ist im Zweifel anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einem Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht”. Vid. también KIPP, en “Tratado de Derecho civil”, de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, tomo V.1.º, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona 1976, pp. 358 y ss.

(31) Así lo afirman también, para el Derecho alemán, KIPP: *op. cit.*, pp. 358 y ss.; y BINDER: *op. cit.*, pp. 121-122.

(32) Así lo entienden también TEIXEIRA: *op. cit.*, pp. 172-173; y CASTIELLA: “El testamento mancomunado, institución exportable al Código Civil”, *Revista Jurídica de Navarra*, 1993, número 15, p. 47, y SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL: *op. cit.*, p. 187.

servir para destruir en el caso concreto la presunción, no son válidas para no admitir de entrada la oportunidad de esta presunción.

Sin perjuicio de lo cual, y para evitar litigios, nos parece una medida de elemental prudencia hacer constar en el testamento si el mismo se otorga o no con carácter correspectivo y, en su caso, si éste afecta o no a todas sus disposiciones (y cuáles sean las concretamente afectadas).

En todo caso, con independencia de las dificultades de orden práctico que pueda haber para distinguir un caso de otro, volvemos a insistir en que, al menos en línea teórica o de principio, creemos que de testamento mancomunado debería hablarse sólo para hacer referencia al testamento que contiene las voluntades sucesorias de dos (o más) sujetos, siempre que además cada una de ellas se encuentre conexa o vinculada a la otra.

A ello no empece que en la situación actual de nuestro ordenamiento positivo, forzados por la letra de los preceptos del Código que a esta figura se refieren, hayan de ser calificados como testamentos mancomunados todos los tipos vistos (meramente simultáneos, recíprocos y correspectivos). Pues lo antes dicho se plantea a nivel teórico o de principio, en el que pueden y deben reconocerse las diferencias que entre unos (simultáneos y recíprocos) y otros (correspectivos) existen. Lo que tiene además consecuencias importantes en cuanto al régimen aplicable a los mismos, como a lo largo del trabajo tendremos ocasión de comprobar.

C) Es un modo singular de disponer la sucesión *mortis causa*, no una forma especial de testar

Aunque “modo” y “forma” son términos que utilizados en sentido amplio pueden resultar sinónimos, y de hecho así se hace en numerosas ocasiones en relación con la concreta figura que estamos estudiando, en un sentido más preciso y, sobre todo, más técnico-jurídico, pueden y deben diferenciarse.

La forma, en sentido estricto, no es un elemento del negocio, sino la vestidura exterior de los elementos que en el caso compongan el negocio, los ritos o solemnidades que se han de observar para su celebración. Lo cual supone que todos los negocios son formales en cierto sentido, pues todos han de celebrarse o realizarse de alguna manera (forma). Cuando se habla de negocios formales, sin embargo, se trata de cosa distinta. Lo que se plantea entonces es la diferencia que existe entre negocios que pueden celebrarse sin atenerse a una forma predeterminada, valiendo cualquiera, y aquellos otros negocios que necesariamente han de celebrarse de una forma prefijada, como requisito esencial para la existencia misma

del negocio. Se habla, en este segundo caso, de negocios solemnes, o formales en el sentido dicho.

Pues bien, los testamentos son negocios del segundo tipo, esto es, de los que para ser válidos han de celebrarse necesariamente en la forma que legalmente se determina (sea cual sea ésta). Esto es algo pacífico, tanto en Derecho civil común como en los Derechos civiles forales.

No es esto, sin embargo, a lo que a veces se hace referencia cuando se habla del testamento mancomunado como “forma especial de testar”. Lo que con esto se quiere a veces decir es que el testamento mancomunado no es un negocio jurídico singular en cuanto a su contenido y función, sino meramente una forma distinta de otorgar testamento, pero igual, en cuanto a su contenido y función, a la de los testamentos individuales.

Esto, ahora bien, no es correcto, y debe precisarse. Pues se mezclan ahí cuestiones que, al margen del nombre que se les dé –esto es, aunque en ambos casos pueda emplearse el término “forma”–, deben distinguirse.

De un lado está la cuestión formal en sentido propio y estricto. En relación con la cual tenemos que el testamento mancomunado es, ciertamente, un negocio formal. Pero tan formal como lo es el testamento individual, al margen de que en algunos ordenamientos las formas válidas no sean exactamente las mismas para uno y otro. Desde este punto de vista, el formalismo no confiere al testamento mancomunado ninguna singularidad con respecto al testamento individual. De hecho, en los ordenamientos donde ese testamento se admite, se regula también de modo preciso qué formas puede el mismo adoptar (33).

Y del otro lado está la cuestión relativa a la función que los testamentos mancomunados desempeñan. Éstos, como ya se ha dicho, son una figura negocial con un contenido y una función propios y específicos, distintos a los del testamento individual, en tanto que permiten que dos (o más) personas puedan disponer conjuntamente su sucesión *mortis causa*, con un alcance y con unos efectos de vinculación mutua, que los testamentos individuales no pueden conseguir.

A la vista de lo cual, hay que concluir afirmando que el testamento mancomunado, además de ser, como todos los testamentos, un negocio formal en el sentido propio y estricto dicho, es también un modo especí-

(33) Vid. así, por ejemplo, en Aragón, artículo 94.1 de la Ley 1/1999, que dice que: “El testamento mancomunado, en tanto sea compatible con los requisitos establecidos para cada una de ellas,... puede revestir cualquier forma, común, especial o excepcional, admitida por la Ley”, regulándose específicamente el testamento mancomunado cerrado (art. 95) y el testamento mancomunado ológrafo (art. 96). En Navarra, la Ley 199, bajo la rúbrica “Formas”, dispone que, “con excepción de la forma ológrafa, el testamento de hermandad puede revestir cualquier otra forma admitida en esta Compilación, en tanto se cumplan todos los requisitos establecidos para cada una de ellas”.

fico de organizar la sucesión por causa de muerte. Esto es lo que en este punto debe quedar claramente establecido.

D) Es un testamento, no un contrato sucesorio

Es, éste, un punto en el que conviene andar con cuidado y distinguir con precisión entre una figura –el testamento mancomunado– y otra –el contrato sucesorio–, pues la diferencia no es baladí y, aunque a primera vista pueda parecer otra cosa, no siempre es fácil.

Aun conociendo las dificultades que existen, también aquí, para formular un concepto de contrato sucesorio válido para cualquier ordenamiento jurídico –ya que el mismo varía en función de las notas que cada ordenamiento le atribuya, y de las funciones que se le quieran dar–, podemos decir que contrato sucesorio es el pacto o convenio celebrado entre dos sujetos, por medio del cual se regula y organiza la sucesión futura de uno de ellos, llamado heredante, a favor del otro, llamado heredero (aunque sus efectos, naturalmente, quedan diferidos en su realización práctica al tiempo de la muerte del heredante) (34).

Este concepto, aunque se refiere propiamente a uno solo de los varios tipos de contratos sucesorios que se suelen distinguir (el contrato institutivo), y aunque está formulado en términos de mínimos, sirve a los fines que aquí nos interesan, pues vale para poner de relieve las similitudes y las diferencias que existen entre testamentos mancomunados y contratos sucesorios.

Tenemos así que en ambas figuras intervienen dos sujetos, y además que ambas constituyen vías negociales que tienen como finalidad ordenar voluntariamente la sucesión *mortis causa*. Desde estas perspectivas no existen diferencias entre una y otra.

(34) Para la más precisa determinación de esta figura y de su alcance, *vid.* ESPEJO LERDO DE TEJADA: *La sucesión contractual en el Código Civil*, Sevilla, 1999. Desde esta perspectiva de la función que desempeñan, la doctrina distingue tres tipos genéricos de contratos sucesorios: el pacto institutivo, el renunciativo y el dispositivo. El primero de ellos –pacto sucesorio institutivo, también llamado positivo o adquisitivo– es aquél por medio del cual se dispone por causa de muerte de toda o de parte de la herencia futura de una persona, mediante la institución de heredero, o mediante la disposición de elementos singulares del patrimonio por vía de legado. Renunciativo, por su parte, es el pacto por medio del cual una persona renuncia a la herencia de otra, aún no deferida, de acuerdo con el futuro causante. Finalmente, dispositivo –también llamado pacto de *hereditate tertii*–, es el contrato a través del cual se realiza un acto transmisivo –sea a título gratuito u oneroso– a favor de un extraño, cuyo objeto son los bienes que procedan de la sucesión, aún no abierta, de un tercero no concurrente a la celebración de ese contrato. En realidad, el contrato sucesorio en sentido estricto es sólo el primero, pues el segundo es de carácter fundamentalmente negativo, y el tercero, al no intervenir en él el futuro causante, pertenece más propiamente al campo de las obligaciones que al de la sucesión por causa de muerte.

Pero, no obstante lo dicho, no hay –o no debe haber– confusión entre ellas, pues presentan también diferencias sustanciales. En particular, la posición que en cada caso ocupan los sujetos no es la misma. Así, en el testamento mancomunado todos los otorgantes disponen sobre la sucesión propia de cada uno (todos ellos actúan *uno latere*) (35); este dato es aquí premisa básica; frente a él, el sentido que cada testador dé a su ordenación sucesoria –atribución a favor del otro testador o de un tercero– y la vinculación o desvinculación que las disposiciones de uno tengan con las del otro son cuestiones secundarias. Mientras que en el contrato sucesorio es sólo uno de los intervinientes (el heredante) quien organiza y dispone su sucesión por causa de muerte, el otro (el heredero) no dispone nada con respecto a la suya, sino que básicamente se limita a aceptar la disposición establecida en su favor por aquél (aunque puede también asumir obligaciones en contraprestación, esto no es necesario, ni esencial).

La distinción entre testamentos mancomunados y pactos sucesorios se refleja en el hecho de que una y otra figura se regulan separadamente en los Derechos forales que los admiten (36).

Lo dicho vale para distinguir con claridad y facilidad entre el testamento mancomunado y el contrato sucesorio, en la gran mayoría de los casos. Pero no sirve para todos, pues existe un caso –que en la vida real es además uno de los más frecuentes e importantes– en el que el criterio discriminador apuntado no resulta eficaz. Nos referimos a aquél en que dos personas (normalmente cónyuges) se instituyen mutuamente, en un mismo acto, herederos el uno del otro. ¿Testamento mancomunado, o contrato sucesorio? La respuesta no es fácil.

Desde luego, si los intervinientes han manifestado claramente su voluntad en uno u otro sentido, a ello habrá que estar. Pero ¿y si no ha sido así?

En los Derechos forales no hay, en general, precisión en este punto. Sólo en Aragón, que sin embargo ha pasado, de asemejar lo en tal caso

(35) Se trata, pues, de un testamento pluripersonal: así, GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, p. 697. Consecuencia de lo cual, que señala también GARCÍA-GRANERO (p. 710, nota 30), es que “a los efectos del Registro General de Actos de Última Voluntad, las comunicaciones a que se refiere el artículo 4.º del Anexo Segundo al Reglamento Notarial deberán ser tantas como testadores”.

(36) País Vasco (Ley 3/1992): Fuero de Vizcaya: artículos 27 (De las sucesiones - Disposiciones generales), 49-53 (Del testamento mancomunado o de hermandad) 74-83 (De los pactos sucesorios); Fuero de Guipúzcoa: artículos 172-178 (Del testamento mancomunado), 179-188 (De los pactos sucesorios). Galicia [Ley 4/1995: artículos 117 (Disposición general), 118-135 (De los pactos sucesorios), 137-140 (Del testamento mancomunado); Ley 2/2006: artículos 181 (Disposiciones generales), 187-195 (Del testamento mancomunado), 209-227 (De los pactos sucesorios)]. Aragón (Ley de Sucesiones de 1999): artículos 2 (Modos de delación), 62-89 (De la sucesión paccionada), 102-107 (Testamento mancomunado). Navarra (Fuero Nuevo): Leyes 172-183 (De los pactos o contratos sucesorios), 199-205 (Del testamento de hermandad).

hecho a un pacto sucesorio, en la Compilación de 1967 (37), a contraponer un caso y otro en la Ley de Sucesiones de 1999 (38), lo que cabe tal vez entenderlo como un cambio del sentido de su regulación en este punto.

¿Qué solución nos parece a nosotros más acertada? La respuesta a esta cuestión, en caso de duda, creemos que debe orientarse en sentido contrario a la mayor atadura o limitación de los sujetos intervinientes. Lo que en definitiva supone que esa respuesta ha de derivarse de la posición que previamente se adopte en cuanto a la revocabilidad de una figura (testamento mancomunado) y otra (contrato sucesorio). Y esto, a nuestro entender, se traduce –anticipando aquí lo que se verá más adelante en el trabajo (39)– en resolver el dilema en el sentido de inclinarse por la figura del testamento mancomunado, pues el contrato sucesorio, por su propia índole de convenio entre dos partes con intereses contrapuestos, pensamos que debe tener un régimen revocatorio más restrictivo que el del testamento mancomunado.

Llegados a este punto, podemos ya apuntar cuál es, en nuestra opinión, el concepto más adecuado de la figura que estamos estudiando y también cuál es su naturaleza jurídica.

Y en este sentido decimos que constituye un negocio singular, que el ordenamiento jurídico pone –podría poner, en el caso del Derecho civil común– en manos de los particulares, para que éstos puedan servirse de él en orden a regular su sucesión por causa de muerte de un modo singular, conectando o vinculando entre sí las disposiciones de cada uno de los otorgantes. Esto es, un *tertium genus*, junto al testamento individual y al contrato sucesorio.

Pero, más concretamente, ¿qué tipo de negocio jurídico? Las notas que en las páginas anteriores se han ido viendo nos permiten decir que la calificación que mejor le cuadra es la de testamento, ya que no es un pacto sucesorio, sino que se trata de un negocio que tiene como finalidad principal ordenar voluntariamente la sucesión por causa de muerte de todos y cada uno de los sujetos que lo otorgan.

Se trata, por tanto, de un testamento, aunque un testamento distinto del tradicional unipersonal, por cuanto que tiene una función y un conte-

(37) Artículo 95: “Se entenderá, salvo declaración en contrario, que la institución mutua y recíproca entre cónyuges produce los mismos efectos que el pacto al más viviente regulado en esta Compilación”. Pacto al más viviente que se regulaba en el artículo 108 de la misma Compilación, y que, como su propio nombre indica, es un supuesto de pacto sucesorio.

(38) Artículo 104, que bajo la rúbrica “Institución recíproca entre otorgantes” establece en su número 1 que: “Si los testadores no establecen los efectos del pacto al más viviente, las disposiciones sucesorias recíprocas entre ellos producirán los que les son propios...”.

(39) *Vid. infra* capítulo V.

nido propios y específicos, que le permiten un alcance y unos efectos que los testamentos individuales no pueden conseguir.

Y ¿qué tipo de negocio jurídico es este testamento mancomunado? A nuestro entender, es un negocio jurídico colectivo. Pues siendo, por hipótesis, un negocio obra de varias personas, no contiene, sin embargo, voluntades e intereses contrapuestos de las mismas, sino una suma de voluntades coincidentes, que se aúnan para alcanzar un fin compartido por todas ellas.

Esta idea cuenta con varios sostenedores en la doctrina (40), también con algún reflejo jurisprudencial (41), y encaja plenamente en nuestro sistema civil, tanto común como foral.

II. LOS ARGUMENTOS EN CONTRA Y A FAVOR DE LOS TESTAMENTOS MANCOMUNADOS

Una vez expuesto, en el punto anterior, el concepto de testamento mancomunado que nos parece más acertado, es tiempo entonces de considerar cuáles son las razones por las que el mismo ha sido prohibido en el Código Civil, para valorar su atendibilidad y, en definitiva, para ponderar la conveniencia o no de una eventual modificación del Código, en el sentido de dar cabida al testamento mancomunado en el Derecho civil común.

En este sentido, procedemos a continuación a exponer los argumentos que en contra de su admisión se han planteado, junto con su correspondiente valoración crítica, para luego pasar a exponer las razones favorables a tales testamentos, que justificarían su conveniencia y propugnarían la reintroducción de esta figura en nuestro ordenamiento.

(40) La idea fue apuntada hace algún tiempo por Francesco MESSINEO (*Manuale di Diritto civile e commerciale*, Milán, 8.^a ed. 1952, t. III-2, § 181, 5 bis), y entre nosotros hoy es sostenida por MERINO HERNÁNDEZ (*op. cit.*, p. 100) y por GARCÍA-GRANERO (*op. cit.*, pp. 702-703).

(41) El exponente más claro en este sentido viene dado sin duda por la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza, de 30 de noviembre de 1967, en la que se afirma “que, abordado el problema de la naturaleza jurídica del testamento mancomunado desde el punto de vista doctrinal, pero con especial referencia al Derecho positivo..., el sector científico más autorizado ve en él un negocio colectivo o acto jurídico complejo constituido por dos declaraciones de voluntad, unitariamente conjuntas en el vínculo del consentimiento, que persiguen iguales intereses, se dirigen a un mismo fin y allí se funden en el asentimiento conjunto o mancomunado; de tal suerte que ambas declaraciones de voluntad se encuentran, al producirse el consentimiento, una al lado de la otra, y no una frente a la otra, como en el contrato sucede al perseguir las partes intereses opuestos o cuando menos distintos”.

II.1. Los argumentos en contra: exposición y crítica de los mismos

“La historia del testamento mancomunado –se ha dicho– es una historia de recelos y temores” (42). Recelos y temores que en su mayor parte tienen origen francés, y que por razones de todos conocidas fueron importados por nosotros en el siglo XIX (43), determinando en nuestra doctrina y jurisprudencia un estado de opinión que resultó determinante del sentido en que este tema se resolvió en nuestra codificación, y que ha llegado hasta nuestros días, aunque en buena medida por simple inercia.

Pero, ¿cuáles son esos recelos y temores? ¿Cuáles son las razones que están detrás de la prohibición de esa figura contenida en el artículo 669 CC? Aunque no hay, entre los detractores de la misma, absoluta coincidencia, vamos a continuación a elencar las distintas objeciones que entre todos se le han planteado.

A) Que contraviene la unilateralidad propia de todo testamento.

Es, ésta, una objeción que no se acompaña nunca de una argumentación extensa, sino que se plantea de forma breve y concisa, como si se tratara de una cuestión evidente que no necesita demostración (44).

Parten, quienes así piensan, de considerar esa nota como algo consustancial a la figura del testamento. Lo cual apoyan en el propio Código Civil, concretamente en su artículo 667, que dice que “*el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento*”.

Sobre esa base extraen una conclusión inmediata: tal nota –la unilateralidad– se vería inexorablemente contradicha si se admitiera la modalidad de testamento estudiada en este trabajo, por simple cuestión de concepto: el mancomunado implica dos (o más) personas.

No es ésta, sin embargo, una objeción de peso, ni puede sostenerse como argumento válido en contra del testamento mancomunado.

Pues como ya dijimos unas páginas más arriba, en el testamento mancomunado, aunque son varios los testadores-otorgantes, todos ellos actúan *uno latere*, incluso cuando en él se ordenan atribuciones recíprocas

(42) TEIXEIRA: *op. cit.*, p. 42.

(43) Muy ilustradoras en este sentido son las palabras de Benito GUTIÉRREZ: “Nosotros –dice– no podemos ser partidarios de un testamento sin origen conocido en la historia, sin motivo razonable en la ciencia. El artículo 968 del Código Civil francés le prohíbe: hace bien el Proyecto de Código en no darle cabida” (*Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Madrid, 1863, t. III, p. 165).

(44) En su día, MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, edición 1896, tomo V, p. 405; hoy, ALBALADEJO: *op. cit.*, p. 105.

entre los otorgantes (45). Esta es una de las características que permiten distinguir los testamentos mancomunados de los contratos sucesorios. Y que nos permite a nosotros concluir también, en lo que aquí nos interesa, que el testamento mancomunado no contraviene en absoluto la unilateralidad que se predica tradicionalmente como rasgo característico de todo negocio testamentario.

Lo que contradice es la unipersonalidad que también tradicionalmente se ha señalado como nota propia de todo testamento, de cualquier testamento. Esto, evidentemente, no casa con la figura del testamento mancomunado, pues éste implica, por hipótesis, dos (o más) personas.

Pero es que esta nota, aparte de confundirse en ocasiones con la unilateralidad, no creemos que sea inherente a la naturaleza propia del negocio testamentario, ni por tanto que sea válida la crítica (46). La unipersonalidad no es rasgo que se haya venido a colegir como inherente a la figura del testamento, a resultas de una reflexión sustentada en consideraciones y datos sólidos en sí mismos. La unipersonalidad es nota que la doctrina ha venido a afirmar a resultas de un error de generalización, al no advertir que dicha nota es válida sólo para el testamento individual, pero no para el mancomunado.

En concreto, entre nosotros, y en tiempos recientes, esa nota se ha extraído simplemente por derivación de la letra de los artículos 667 y 669 CC. Sin embargo, la interpretación literal no es aquí criterio hermenéutico adecuado. Pues nada significa en este sentido la referencia a “una persona”, en singular, que se hace en el artículo 667 CC. Se incurre en un cierto apriorismo, o en una petición de principio, al no advertir que dicha unipersonalidad es nota válida para el testamento individual –que es el que el Código regula–, pero no para el mancomunado.

Y no puede tampoco acudirse a lo dispuesto en el artículo 669 CC, para a partir de ahí concluir que, si el otorgado por dos o más está prohibido, es que el testamento –todo testamento– ha de ser necesariamente obra de una sola persona. Esta deducción *a contrario* no es procedimiento válido en este punto.

Prueba de lo dicho son, además, los ordenamientos que admiten, junto al testamento unipersonal, también el mancomunado, sin que esto haya supuesto quiebra lógica ninguna. Así ocurre en Alemania y, entre nosotros, en varios ordenamientos forales. Pero también en el Derecho civil común reciente, en el que este testamento ha sido admitido (aunque con alcan-

(45) En contra de esto último, MERINO: *op. cit.*, p. 102.

(46) Así lo entiende también AFONSO RODRÍGUEZ: “El testamento mancomunado”, RCDI, 1996, pp. 370 y ss.

ce limitado) por obra de la Ley de 24 de diciembre de 1981, reguladora del Estatuto de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores (art. 22).

En definitiva, de lo anterior se desprende con claridad que la unipersonalidad no es rasgo inherente al negocio testamentario considerado en sí mismo. Podrá ser tal vez –y decimos esto aquí solamente a efectos dialécticos– nota propia del testamento, tal como está hoy configurado en nuestro Código, pero desde luego no en términos generales y de principio.

B) Que contraviene el carácter personalísimo propio del negocio testamentario.

Al igual que en la objeción anterior, quienes esto sostienen, más se limitan a afirmar que a justificar (47). Pues procediendo sobre la premisa –que además consideran axiomática– de que el otorgamiento de testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC), vienen sin más a concluir que esto deviene en fatal contradicción con el testamento mancomunado, que debe por tanto rechazarse.

A esto, ahora bien, de modo semejante a lo hecho con la objeción anterior, puede responderse con gran facilidad (48).

De un lado, destacando que ese rasgo, aun admitiendo su vigencia general en nuestro Derecho civil común actual, en todo caso no es nota consustancial al negocio testamentario, considerado en general y en abstracto. Para demostrar lo cual puede hacerse referencia, dentro de España, a muchos Derechos forales, en los que el carácter personalísimo del testamento está inequívocamente excluido, pero también a supuestos puntuales que dentro del Derecho civil común constituyen excepción en este sentido [*vid.* arts. 831 y 671, 747 y 749 CC; también, aunque hoy esté derogado, el del art. 23 de la Ley de 1981, reguladora de la explotación familiar agraria (49)]. Sin que esto se haya considerado nunca como un absurdo lógico o una *contradictio in terminis*.

Del otro lado, y sobre todo, destacando que lo que el carácter personalísimo supone es solamente que el otorgamiento de testamento ha de hacerse directa o personalmente por el propio testador, sin poder delegar en nadie la manifestación de su voluntad. Y que esto no es en absoluto

(47) *Vid.* VALVERDE Y VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, 4.^a edición, Valladolid, 1939, tomo V, p. 78.

(48) *Vid.* AFONSO RODRÍGUEZ: *op. cit.*, pp. 371 y ss.

(49) “El testador podrá nombrar comisario a su cónyuge, al solo objeto de designar sucesor en la explotación familiar agraria.”

incompatible con la figura del testamento mancomunado, pues significa solamente que esa exigencia habrá de predicarse de todos y cada uno de los testadores concurrentes (50). Nada más (51).

C) Que presenta un grave riesgo de captación de la voluntad de uno de los otorgantes por el otro.

Lo que aquí se plantea es el peligro de que, al testar juntamente, uno de los co-testadores influya de manera ilegítima en la voluntad del otro, de tal forma que éste no se exprese ya con la libertad y espontaneidad que todo testamento requiere. Se trata de una de las objeciones que tradicionalmente se han considerado como de mayor consistencia en este tema.

El testamento mancomunado, en efecto, ha venido a ser considerado ocasión propicia para que uno de los co-testadores fuerce o violenta la voluntad del otro con quien concurre a su otorgamiento (el planteamiento se ha hecho normalmente tomando como referencia el testamento otorgado por cónyuges y, en él, suponiendo la presión por parte del marido sobre la mujer, pero es extensible a otros casos) (52). Hasta tal punto que se llegó a decir, en frase que ha venido a ser célebre, que el testamento mancomunado “es captatorio, o por lo menos vehementemente sospechoso de serlo” (53).

Y así, sobre esa base, se vino a zanjar la cuestión concluyendo que la solución pasaba por cortar de raíz el peligro, eliminando la figura de cuyo seno se consideraba que aquél brota naturalmente. Esto es, prohibiendo el testamento mancomunado.

Una vez expuesta la objeción, procede entonces ponderarla. Y nos preguntamos: ¿cuál es, en verdad, su valor?

(50) Argumento en apoyo de lo dicho es que, en el BGB, el testamento efectivamente aparece configurado como negocio personalísimo (§ 2064-2065), sin que esto obste a la admisión del testamento mancomunado, que se regula después (§ 2265 y ss.).

(51) Así también GARCÍA VICENTE: “El testamento mancomunado: razones para la derogación del artículo 669 del Código Civil”, en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2006, p. 291.

(52) JORDANO BAREA (*El testamento y su interpretación*, Granada 1999, pp. 38 y s.) afirma que “el carácter fundamental de la unipersonalidad del testamento tiene idéntico fundamento que el de su unilateralidad: garantizar la absoluta independencia en la formación libre y espontánea del querer”. Por ello, dice, el Código Civil prohíbe el testamento mancomunado, como posible fuente de disposiciones captatorias. Aunque a continuación matiza tal afirmación, al decir que “tratándose de cónyuges... la prohibición del testamento mancomunado tiene poca justificación”.

(53) “*Testamenta coniugum correspectiva captatoria, vel ad minus habent vehementem suspicionem*” (FRANCO DE VILLALBA: *Fororum ac Observantiarum Regni aragonum Codex*, Cesa-raugustae, 1727, p. 478, en el comentario a la *Observancia 1.ª De testamentis*).

De entrada podemos destacar, como dato que creemos significativo en este sentido, que esa objeción, si bien gozó de gran predicamento entre los autores de la época codificadora y pre-codificadora (54), con posterioridad a la promulgación del Código Civil, no sólo ha sido dada de lado por la gran mayoría de la doctrina, sino que además ha sido combatida y criticada, considerándose inatendible incluso por quienes en líneas generales se siguen mostrando contrarios a la admisión del testamento mancomunado. Esto solo es motivo, cuando menos, para dudar de la validez de la misma.

Otro dato a tener en cuenta también es que el peligro de captación, sugestión o influencia de uno de los testadores sobre el otro, en los términos en que se plantea, tiene sentido, no con respecto a los testamentos mancomunados en general, sino sólo con respecto a un tipo concreto de ellos: aquél en que los co-testadores ordenan atribuciones recíprocas entre sí o a favor de descendientes o parientes de uno u otro. Pues en efecto, si las disposiciones de cada uno tuvieran otros destinatarios, el peligro de captación de la voluntad de uno por otro, aunque posible, no tendría ninguna relevancia mayor que en cualquier testamento individual (55).

Pero, más que los apuntes anteriores, interesa aquí considerar la objeción en sus propios términos y en su propio valor. ¿Es atendible? La respuesta, claramente, tiene que ser negativa. Pues el peligro de captación que se aduce, aunque en un plano absoluto no puede negarse, en todo caso no es argumento suficiente para rechazar la figura del testamento mancomunado. Por lo siguiente.

Una primera razón es que ese peligro no puede en modo alguno considerarse derivado propiamente del hecho de que dos (o más) personas otorguen testamento conjuntamente. Tal vicio, cuando se dé, procederá de la voluntad y de la acción de personas singularmente consideradas, pero no del empleo de una concreta modalidad testamentaria.

En efecto, esa captación no es sino el resultado de haber cedido uno de los co-testadores a la sugestión del otro, bien por amor, bien por temor. Y si tal amor o temor existe, aun cuando esté prohibido el testamento mancomunado, poca dificultad habrá para llegar a un resultado enteramente semejante, simplemente presionando el inductor al otro testador

(54) Vid., entre otros, GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, tomo II, p. 14, y SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, 2.^a edición, Madrid, 1910, tomo VI-1, pp. 311 y 326. Entre los foralistas, MORALES Y GÓMEZ: *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho Civil de Navarra que deben quedar subsistentes como excepción del Código general; y los que pueden desaparecer viniendo a la unificación*, Pamplona, 1884, pp. 68 y s.

(55) Así lo dice también AFONSO: *op. cit.*, pp. 375 y ss.

para que otorgue un testamento individual, pero hecho al dictado de aquél (56). De tal manera, que el peligro de influjo de una voluntad sobre otra no desaparece con sólo prohibir el otorgamiento de testamento mancomunado, ni con imponer como única opción posible el testamento individual (57).

El testamento mancomunado, por tanto, no puede considerarse en modo alguno como causa originadora de tal peligro, ni siquiera incrementadora del mismo con respecto al que existe en un testamento individual (58).

En todo caso, una vez dicho lo anterior, creemos además que no debe despreciarse aquí la enseñanza que la experiencia proporciona en este sentido, extraída de aquellos ordenamientos en los que se admite el testamento mancomunado. Pues bien, en ellos se ve que el peligro denunciado, a pesar de la constante utilización de la figura referida, en absoluto se presenta con carácter general (59). Algo semejante se puede decir del ordenamiento civil común durante la vigencia del testamento mancomunado regulado en la Ley del Estatuto de la explotación familiar agraria, que si bien tuvo una utilización escasa y fue derogado años más tarde, consta que no fue por esta razón (60). Y entonces, si los casos de captación que se dan tienen sólo carácter excepcional, no parece lógico “pedir reglas generales a nombre de excepciones” (61).

(56) Así lo dicen TEIXEIRA: *op. cit.*, p. 47; SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL: *op. cit.*, p. 188; GARCÍA VICENTE: *op. cit.*, pp. 294-295; e incluso MANRESA: *op. cit.*, p. 440, quien, a pesar de ser contrario al testamento mancomunado, no deja de reconocer que el peligro considerado no desaparece “con sólo exigir que cada uno manifieste en papel distinto su disposición en las mismas condiciones y en idénticas circunstancias en que hubiera de llevarse a efecto el testamento de común”.

(57) También se ha planteado la cuestión a la inversa, esto es, destacando que, aunque se admita el testamento mancomunado, esa presión, violencia o captación, supuesta su existencia, en todo caso será fuera del acto de otorgamiento del testamento mancomunado cuando se presente, “porque no va a ser en presencia del notario” (ALBALADEJO: *op. cit.*, p. 108).

(58) En este sentido, apunta con razón CUADRADO (*op. cit.*, pp. 1094-1095) que “es totalmente improcedente... suprimir el testamento mancomunado por... tales defectos, pues hemos de tener en cuenta que las otras formas de testar también los tienen, e incluso hay modalidades admitidas, como la ológrafa, en las que tales defectos pueden magnificarse dada la ausencia de notario y testigos que comprueben la libertad de los otorgantes”.

(59) “Si en efecto fuesen tantas las sugerencias y violencias a que da lugar este testamento de hermandad —dice SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL: *op. cit.*, p. 189—, ¿no sería el pueblo el primero en mostrarse retraído hacia el uso de una institución tan embarazosa? Poco se corresponden —sentencia este autor— estas consideraciones científicas con la realidad jurídica.”

(60) La razón, según se dice en la EM (VII) de la Ley de Modernización de las explotaciones agrarias, de 4 de julio de 1995, que derogó la referida en el texto, fue la de no haber tenido apenas aplicación. Sobre la explicación de esto, *vid. infra* capítulo VII.

(61) TEIXEIRA: *op. cit.*, p. 47, quien añade: “Habría que prohibir, para ser lógicos con el propósito, toda forma de sucesión voluntaria, porque sobre la voluntad, y no sobre la ley, rígida e igual para todos, obra la sugestión”.

Aparte, un dato a tener en cuenta también en esta cuestión es la situación sociológica de la sociedad del siglo XIX, en particular en las relaciones entre cónyuges, y el cambio que con respecto a la misma se ha operado en la España actual, en la que no cabe sostener en términos generales que exista sometimiento y subordinación de la mujer al marido que exija la adopción, por parte del ordenamiento jurídico, de medidas tuitivas a favor de la esposa. Y así, el mantenimiento de tal prohibición como medida protectora de las mujeres casadas, que tan habitualmente se aducía –téngase en cuenta que el otorgado por cónyuges era, y sigue siendo, el supuesto mayoritario de testamentos mancomunados–, resulta evidente que ha perdido hoy su razón de ser (62).

La segunda razón para rechazar la objeción que aquí estamos considerando es que, si el vicio en cuestión efectivamente concurre en algún caso –cosa ésta que efectivamente hay que admitir como posible (63)–, ya existe en el Código Civil remedio para ello, sin necesidad de adoptar la drástica medida de prohibir tajantemente y en términos generales la figura. Ese remedio pasa, simplemente, por aplicar el régimen de tratamiento de los vicios de la voluntad testamentaria y de impugnación del testamento (64).

D) Que incentiva las uniones desiguales, sin otro fin que el reprochable de un grosero interés: el de apropiarse un testador (se piensa normalmente en cónyuges) del patrimonio del otro.

Este argumento, empleado sobre todo –que nosotros sepamos– por foralistas (65), aunque próximo al anterior, es, sin embargo, teóricamente distinguible.

(62) *Vid.*, en este sentido, AFONSO: *op. cit.*, p. 378.

(63) Pero en todo caso sin perder de vista el alcance real del problema y el *id quod plerumque accidit*. Desde este punto de vista, nos parece que se excede el notario CASTIELLA RODRÍGUEZ –por otro lado, claramente contrario al valor impeditivo de este argumento– cuando afirma que en todo caso “en esta cuestión es conveniente distinguir entre las sugerencias que pueden darse entre personas mayores de edad y sin limitación en su capacidad de obrar (...) y aquellas otras que pueden presumiblemente producirse como consecuencia de la inmadurez propia de la minoría de edad” (*op. cit.*, p. 38). Esto, aunque irreprochable en términos absolutos, en la práctica, y si se dice en el contexto de la discusión sobre los argumentos en contra del testamento mancomunado, nos parece escrupuloso en demasía y falto de realismo, pues ¿quién testa hoy con esa edad, máxime si además es en mancomún? Aparte de que en todo caso podría bastar con hacer igual que con el testamento ológrafo: exigir una cierta edad mínima para otorgar testamento mancomunado.

(64) Así también ALBALADEJO: *op. cit.*, p. 108, a pesar de ser contrario en términos generales a la figura del testamento mancomunado. Y, entre los partidarios de la figura, GARCÍA VICENTE: *op. cit.*, p. 294.

(65) MORALES Y GÓMEZ: *op. cit.*, pp. 68-69; y FRANCO Y LÓPEZ y NAVAL, que no hemos podido consultar, pero citados por CASTIELLA: *op. cit.*, p. 38.

Lo que aquí se plantea es la consideración del testamento mancomunado como instrumento idóneo para hacer efectivas las pretensiones de las personas que se unen en matrimonio única o principalmente con la finalidad de gozar y apropiarse del patrimonio de su cónyuge. Y, siendo éste un fin espurio y reprobable, se entiende que justifica la prohibición del instrumento utilizado para lograrlo, esto es, del testamento mancomunado.

La debilidad del argumento creemos que nos exime de extendernos en él, pero en todo caso algo sí debemos decir. En realidad, la refutación del mismo ya ha sido hecha en la doctrina (66), destacando que aun cuando es indudable que la desigualdad cuantitativa de partida puede generar expectativas cuantitativamente desiguales de heredar (pero sólo –téngase en cuenta además– expectativas), no lo es menos que, en el fondo, esa institución supone una mutua entrega total (en lo patrimonial) de cada uno de los testadores, lo que en definitiva supone igualdad cualitativa en cuanto al resultado perseguido. Y que esto en modo alguno puede considerarse reprobable, sino todo lo contrario.

Por tanto, si los co-testadores conocen esas diferencias de sus patrimonios, las asumen con plena conciencia, y sobre esa base resuelven libre y espontáneamente instituirse mutuamente herederos, nada parece que justifique la prohibición general del testamento mancomunado (al menos por esta causa). De hecho, la desigualdad en los patrimonios de los testadores que se instituyen herederos recíprocamente –algo que se produce, además, sólo en un subtipo de testamento mancomunado– no es, nunca lo ha sido, causa de incapacidad para heredar.

Más aún: a esa misma conclusión llegamos si tenemos en cuenta que, de modo semejante a lo que se dijo al considerar el argumento anterior, nada se logra en ese sentido por el mero hecho de prohibir los testamentos mancomunados, pues al mismo resultado –y por tanto al mismo “peligro”– se llega a través del otorgamiento de dos testamentos individuales, pero paralelos y recíprocos, que es el expediente comúnmente utilizado por los cónyuges de vecindad civil común para ordenar su sucesión por causa de muerte.

E) Que introduce un grado de incertidumbre excesivo y jurídicamente inasumible.

La objeción que aquí se plantea es que la incertidumbre inherente a toda disposición *mortis causa*, determinada por el evento al que su eficacia está supeditada –la muerte del testador: *certus an sed incertus quando*–, en el testamento mancomunado se duplica, al tenerse que tomar en

(66) CASTIELLA RODRÍGUEZ: *op. cit.*, pp. 38-39.

consideración, además, si la muerte de cada co-testador se produce antes o después de la del otro (67). Y que este resultado supone una incertidumbre excesiva e injustificable.

Expuesta la objeción, la crítica a la misma no necesita, tampoco aquí, de grandes razonamientos (68). Basta con apuntar la siguiente doble consideración.

Primero, que esta objeción se suele plantear –aunque nosotros aquí la hayamos despojado de tales aditamentos– mezclándola con la cuestión de la revocabilidad o irrevocabilidad unilateral del testamento mancomunado, y de su posibilidad y alcance según se haga antes o después de muerto el otro testador. Lo cual es tema distinto del que aquí estamos considerando, del que puede y debe separarse.

Y segundo, que, hecha la anterior precisión, y considerada por tanto la presente objeción en sus propios y estrictos términos, la misma se evidencia falta de toda consistencia, a poco que se piense.

Pues en realidad, al otorgarse testamento mancomunado, no se produce, como de contrario se pretende, una duplicación de la incertidumbre atinente a cada una de las sucesiones que en ese testamento se ordenan, sino simplemente una yuxtaposición de la incertidumbre propia de cada una de ellas. Pues la ordenación sucesoria establecida por cada uno de los otorgantes del testamento mancomunado sigue supeditada al mismo evento que si la misma se hubiera dispuesto en un testamento individual: la muerte de *ese* otorgante. Para nada incide en ello la muerte del otro, ni si la misma se produce antes o después que la de aquél. La incertidumbre con respecto al hecho de si se sobrevivirá o no al otro testador, aun siendo cierta, es de índole externa y circunstancial, y nada añade ni tiene que ver con la incertidumbre relativa a la propia muerte, que es el único requisito consustancial y necesario para la efectividad de la propia disposición testamentaria. Nada supone en este sentido, por tanto, que la ordenación voluntaria de la sucesión por causa de muerte de los sujetos se haga a través de testamento individual o mancomunado.

Cuestión aparte, pero en todo caso digna de ser tenida en consideración, es la que se deriva del resultado práctico que a través del testamento mancomunado se logra. Ese resultado (de índole subjetiva –psicológica y sociológica–) es el siguiente: que, aun siendo cierta la situación de incertidumbre antes descrita, en todo caso esa incertidumbre –mutua– de los co-testadores (en el caso general, cónyuges, que se instituyen además recíprocamente herederos, en el máximo legalmente posible) “se convierte,

(67) SÁNCHEZ ROMÁN: *op. cit.*, p. 326.

(68) Esta crítica ha sido hecha en lo esencial, muy rotunda y claramente, por CASTIELLA RODRÍGUEZ: *op. cit.*, p. 40.

en el fondo, en seguridad de que el otro quiere para ellos lo mejor y, dentro de lo limitado de las seguridades humanas, la incertidumbre... subsiguiente a esta disposición conjunta *mortis causa* es vivida por los protagonistas de la misma como seguridad en lo afectivo y en lo patrimonial” (69). Y esto, que no es sino constatación de una realidad social generalizada, no merece en modo alguno reprobación ni obstaculización por parte del legislador, sino todo lo contrario.

F) Que exige limitar o excluir la facultad de disposición por actos *inter vivos* que en principio todo sujeto debe tener sobre sus propios bienes, siendo ésta una medida que en el caso no resulta justificada.

Se trata de una cuestión de gran calado práctico, que sin embargo ha pasado prácticamente inadvertida entre los autores de Derecho civil común que se han ocupado de esta figura (70).

Lo que aquí se plantea es qué hacer con los actos de disposición *inter vivos* que los testadores puedan realizar sobre sus bienes después de haber otorgado testamento mancomunado, por el peligro de que vacíen de contenido patrimonial las disposiciones testamentarias previamente ordenadas, burlando así las expectativas que en ellas hubiera puesto el co-testador. La única solución para evitar esto pasa –se piensa– por excluir la facultad de disposición sobre sus bienes, del sujeto que haya otorgado testamento mancomunado, a partir del momento en que lo haya hecho. Pero esto es medida que se considera no resulta justificada ni compensada con las eventuales ventajas que esta modalidad testamentaria pueda suponer.

A la vista de lo cual, se concluye que, ante tal disyuntiva (o testamento mancomunado burlable a través de disposiciones posteriores *inter vivos*, o prohibición al testador de realizar tales actos de disposición sobre sus propios bienes), la mejor salida pasa por no permitir la figura que provoca tal tesitura.

¿Es eso, ahora bien, inexorable? La cuestión, ya decíamos antes que es de gran calado práctico. Pero, aparte de esa constatación, para valorarla debidamente nos parece que es necesario aquí hacer las dos precisiones siguientes.

La primera, que se trata de una dificultad predicable, en su caso, no de todos los testamentos mancomunados, sino sólo de uno de los tipos que entre nosotros hoy se comprenden bajo esa categoría: los testamen-

(69) CASTIELLA: *op. cit.*, p. 40.

(70) Que nosotros sepamos, sólo la apuntan –aunque no la consideran determinante: prueba de ello es que en general se muestran favorables al testamento mancomunado– CASTIELLA: *op. cit.*, pp. 43 y s., y SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL: *op. cit.*, pp. 190 y s.

tos mancomunados correspectivos. Esto es así porque en los demás casos (los testamentos mancomunados meramente simultáneos y los recíprocos), al no existir condicionamiento mutuo entre las disposiciones de cada testador, no habrá tampoco confianza que se pueda burlar o defraudar a través del procedimiento dicho, con lo que el problema no se dará. En estos dos casos, la situación que desde esta perspectiva se produciría es idéntica a la que se daría en los testamentos unipersonales. Esto corrobora lo que en un momento anterior ya se dijo: que no es posible “meter en un mismo saco” los distintos tipos de testamentos mancomunados que se distinguen, pues existen diferencias sustanciales entre unos y otros, que trascienden luego a su régimen.

Y la segunda, que no se trata de una dificultad conceptual e interna a la figura del testamento mancomunado, sino externa y circunstancial, de índole sobre todo práctica. Considérese, así, que igual dificultad se plantea en los casos en que la sucesión por causa de muerte se articula a través de contrato, sin que éstos se hayan visto por ello tajantemente rechazados. Lo cual nos hace pensar que la reacción que frente a esta dificultad se ha de adoptar, al menos de entrada, no debe ser la extrema de suprimir radicalmente la figura, sino la más templada de buscar soluciones a la misma. “No es razón suficiente –se ha dicho en este punto– combatir el uso por el abuso” (71).

Y entonces la pregunta es: ¿son, esas soluciones, imposibles de hallar? Los sistemas jurídicos que admiten hoy el testamento mancomunado –entre los cuales se encuentran, dentro de España, algunos de los ordenamientos forales– muestran que en todos ellos se han ideado fórmulas que permiten (con mayor o menor acierto, según el caso) solventar esta dificultad. En esos sistemas, en efecto, la dificultad que ahora estamos viendo no ha determinado la prohibición del testamento mancomunado, que no se ha considerado nunca un imposible lógico, precisamente porque se han arbitrado fórmulas para solventar tal dificultad. Lo cual nos permite concluir que los testamentos mancomunados no deben excluirse en Derecho civil común de forma tajante y apriorística, al menos por esta razón.

En cuanto a la concreción de esa solución, no vamos a establecerla en este momento. Nos limitamos aquí a dejar constancia de esta dificultad, pero también de su posible solución, remitiendo para más adelante su tratamiento desarrollado (72).

(71) SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL: *op. cit.*, p. 191.

(72) *Vid. infra* capítulo IV.

G) Que plantea un conflicto insalvable entre la libre revocabilidad, que es nota esencial de todo testamento, y la irrevocabilidad que en el testamento mancomunado se hace preciso imponer, para impedir que las legítimas expectativas depositadas en él por el co-testador se vean defraudadas.

Se trata del argumento más tradicional contra los testamentos mancomunados, el que sin duda resultó más determinante en su día para su prohibición en el Código Civil, y el reparo que principalmente sigue oponiéndose hoy a esta figura por la doctrina mayoritaria de Derecho civil común. Su planteamiento es el siguiente.

Se parte de la base de que constituye principio rector de nuestro ordenamiento civil común, en materia de sucesiones *mortis causa*, la necesaria preservación de la libertad de todo sujeto hasta el último instante, para que así pueda disponer su sucesión, o cambiarla si ya la ha ordenado con anterioridad, como mejor acomode a su última voluntad real. Esto, se dice, es lo que se refleja en la conocida máxima *ambulatoria est voluntas hominis usque ad supremum vitae exitum*. Y esto mismo, se añade, es también lo que se establece, a nivel positivo, en el artículo 737 CC, en el que se dice que “*todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas*”, precisando a continuación que “*se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no se hiciere con ciertas palabras o señales*”. A tenor de lo cual se concluye, sin concederse lugar ninguno a la duda, que la revocabilidad es característica esencial de todo testamento, que no puede por tanto excluirse bajo ningún concepto.

Pero, sentado lo anterior, se pasa luego a considerar la situación que resultaría en caso de empleo de un testamento mancomunado, si uno de los otorgantes, haciendo uso de la facultad dicha, lo revocara después. Afirmándose entonces que ello constituiría un fraude o burla a las legítimas e incuestionables expectativas depositadas por el otro otorgante en las disposiciones inicialmente hechas por aquél. Así sería si la revocación se hiciera, en vida de todos los otorgantes, por uno solo. Pero también, y de forma más clara aún, si se hiciera unilateralmente por el testador superviviente, después de muerto el otro (73).

(73) Esta idea nos parece que subyace en las siguientes palabras de Benito GUTIÉRREZ, a pesar de su literalidad aparentemente contraria, por razón de la ironía con que las emplea: “Este argumento –dice– es serio pero no incontestable: los que de esa manera arguyen, pecan contra la lógica, haciendo, según dirían los dialécticos, de la dificultad supuesto. ¿En qué sen-

Dicho lo cual, y combinando esas dos premisas, los autores tradicionales llegan a la conclusión de que el testamento mancomunado es figura que forzosamente desemboca en una alternativa jurídicamente inadmisibles: o declarar la irrevocabilidad de este testamento, lo que supondría cambiar la naturaleza jurídica de ese negocio, convirtiéndolo en un contrato, o asumir la posibilidad de fraude a los co-testadores, por la burla que se produciría a la legítima confianza depositada por ellos en el estado de sucesión inicialmente ordenado por todos los otorgantes, luego revocado por algunos (74). Lo que les lleva a considerar que no hay más solución que cortar el problema de raíz, prohibiendo la figura (75). “Lo mejor –decía GARCÍA GOYENA en este punto– es prohibir una forma incompatible con la buena fe o con la naturaleza de los testamentos” (76).

Ahora bien, una vez expuesta la objeción, es tiempo entonces de que pasemos nosotros a valorarla. Y nos preguntamos: ¿es tan cierta e inexorable como se pretende? Entendemos que no, por las siguientes razones.

En primer lugar –aunque propiamente no sea ésta una razón en contra de la objeción expuesta, sino una consideración para precisar su alcance (77)–, debe tenerse en cuenta que, si la razón para prohibir los testamentos mancomunados es evitar el fraude que se produciría a las expectativas de los demás co-testadores, en el supuesto de que uno de ellos revocara más tarde su disposición, ése es un resultado que en todo caso no se daría con carácter general para toda la categoría del testamento mancomunado, sino sólo en relación con uno de sus tipos (aunque éste sea el más típico y con mayor fundamento): el testamento mancomunado correspectivo. No, en cambio, en los demás tipos: meramente simultáneo y recíproco.

Sólo en el caso del testamento correspectivo, en efecto, puede darse el problema. En el meramente simultáneo, desde luego no, porque en él no existe, por hipótesis, confianza jurídicamente relevante, legítima y protegible depositada por ninguno de los otorgantes en las disposiciones de los demás, por lo que una posterior revocación de la suya hecha indivi-

tido se dice que la muerte de uno de los testadores confirma el testamento? ¿Qué razón hay para que el sobreviviente no use libremente y como quiera su voluntad? Si alterando su disposición causase injuria al difunto, no sería suya la culpa sino de éste, en no haber previsto que todo testamento es revocable” (*op. cit.*, p. 165).

(74) *Silogismus cornutus*, en la terminología escolástica.

(75) Esta es la idea que subyace también en la exposición de JORDANO en torno a la –a su juicio– necesaria unilateralidad y unipersonalidad de los testamentos (*op. cit.*, p. 38).

(76) GARCÍA GOYENA: *op. et loc. cit.* En sentido semejante, GUTIÉRREZ: *op. cit.*, pp. 164 y ss.; GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, 13 edición, Madrid, 1881, tomo II, pp. 23 y ss.; SÁNCHEZ ROMÁN: *op. cit.*, pp. 311 y s.; MANRESA: *op. cit.*, p. 437. No hacemos cita de doctrina reciente, por ser opinión dominante.

(77) La apunta AFONSO RODRÍGUEZ: *op. cit.*, pp. 384 y ss.

dualmente por cualquiera no podría suponer fraude ni burla para nadie. Pero ni siquiera en el caso del testamento mancomunado recíproco. Pues en éste, lo que cada testador dispone lo hace sin contemplación a lo que el otro testador ordena por su parte, aunque las disposiciones de uno y otro sean de hecho recíprocas. Por tanto, la eventual posterior revocación de las disposiciones de uno de esos co-testadores no puede en modo alguno decirse que frustre unas expectativas legítimas del otro, pues éstas no existen, o en todo caso no son jurídicamente relevantes. Sirve esta consideración para insistir en la necesaria distinción, dentro de la categoría general de los testamentos mancomunados, de los varios tipos que bajo ella se acostumbran a cobijar.

En segundo lugar, entendemos que la objeción ahora considerada no es determinante para rechazar la figura estudiada, porque la realidad muestra que el peligro que con ello se dice querer evitar —que con la revocación hecha unilateralmente, un testador pueda burlar las expectativas que ese testamento mancomunado haya suscitado en el otro testador—, no sólo no se erradica con la prohibición del testamento mancomunado, sino que incluso podría decirse que se potencia. Pues el hecho cierto y evidente, que no cabe por tanto discutir, es que los que tienen en mente testar en mancomún y no pueden hacerlo (normalmente cónyuges de vecindad civil común), tratan de articular formalmente tal pretensión a través de dos testamentos individuales, pero inmediatamente sucesivos y de contenido paralelo. Lo cual, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, tiene como resultado que cada testador queda en libertad jurídica absoluta para revocar su testamento, cuando y como quiera, sin consideración ninguna al otro testador, o al otro testamento, con el que, sin embargo, configuraba una operación materialmente unitaria, aunque externa y formalmente se hubiera articulado a través de dos negocios distintos (78). Esto, por tanto, no supone remedio ninguno al peligro denunciado, sino todo lo contrario. Y sostener tal construcción es sostener un planteamiento absolutamente formalista y externo, que no contempla las normas como algo que debe estar al servicio del hombre, sino que somete al hombre a exigencias de tipo jurídico-formal (79).

La tercera razón es un argumento que ya hemos empleado en relación con algunas de las objeciones anteriormente vistas. Que, sea cual sea la

(78) Así lo expresan también CASTIELLA: *op. cit.*, p. 41; AFONSO RODRÍGUEZ: *op. cit.*, pp. 385-386, y SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL: *op. cit.*, pp. 188 y s.

(79) Esta crítica se puede hacer, muy claramente, a MORALES Y GÓMEZ (*op. et loc. cit.*), quien abogaba por la supresión del testamento mancomunado al considerar, entre otras razones, que en todo caso “con su desaparición no se priva de poder disponer del mismo modo en el fondo, aunque con la diferencia en la forma de hacerse en dos testamentos, y la mayor facilidad en la revocación, lo cual debe favorecerse”.

tesis que cada uno tenga con respecto a la utilidad y conveniencia de los testamentos mancomunados, lo que en todo caso no cabe es presentarlos como un absurdo o un imposible lógico o jurídico –determinado, ahora, por la objeción que estamos viendo–, pues ha sido acogida en distintos ordenamientos jurídicos –extranjeros y, dentro de España, forales, e incluso en Derecho civil común en supuestos puntuales–, en los que de hecho funciona. En ellos, al enfrentarse a la cuestión que ahora estamos viendo, se han ideado fórmulas –mejores o peores, dependiendo del caso, pero esto es otra cuestión– que han permitido darles respuesta. La experiencia de esos sistemas, que muestra que no se trata de un imposible, debe tenerse muy en cuenta (80).

La última razón, y la más importante, es que la premisa de que se parte –que la revocabilidad *ad nutum* es característica esencial de todo testamento– no es tan cierta y general como se quiere presentar. Pues esa revocabilidad, aun siendo una idea que tiene una larguísima tradición histórica, no constituye una exigencia lógica predicable de todos los negocios a través de los cuales las personas ordenan voluntariamente su sucesión por causa de muerte, sino que es una opción de política legislativa. Nada menos, pero tampoco nada más. Prueba de lo dicho es que, si lo pretendido fuera realmente preservar en términos absolutos, a todo hombre y a toda costa, la libertad para poder cambiar su sucesión *mortis causa* hasta el último instante, esto llevaría a no admitir, bajo ningún concepto ni modalidad, los testamentos mancomunados ni los pactos sucesorios. Y esto, sin embargo, no ocurre ni ha ocurrido nunca así, y no ya en los ordenamientos civiles forales que los admiten con generalidad, sino incluso en Derecho civil común: ejemplo en este sentido, y reciente, es lo dispuesto en la Ley de 24 de diciembre de 1981, sobre el Estatuto de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores, en la que se admitía disponer *mortis causa* de tal explotación mediante contrato (arts. 16-20) y también mediante testamento mancomunado (art. 22), esto es, a través de negocios *mortis causa* cuya revocabilidad absoluta no se mantenía, sino que se recortaba o excluía (81). Esta norma de Derecho civil común, aun

(80) Así lo dice también CASTIELLA: *op. cit.*, p. 41; AFONSO RODRÍGUEZ: *op. cit.*, pp. 387-388; SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL: *op. cit.*, p. 189.

(81) En concreto, el artículo 22 decía así: “Testamento mancomunado. 1.– Los cónyuges podrán otorgar testamento mancomunado, a fin de ordenar la sucesión en la explotación familiar agraria en su integridad. 2.– Este testamento sólo podrá ser revocado o modificado en vida de ambos cónyuges y conjuntamente. Sin embargo, en caso de disolución en vida del matrimonio declarada judicialmente, o de separación efectiva de los cónyuges, será válida la revocación unilateral, que habrá de notificarse mediante documento fehaciente al otro cónyuge. 3.– La revocación y modificación del testamento habrá de hacerse con las mismas formalidades con que aquél se otorgó”.

cuando fuera posteriormente derogada (82), representa una clara demostración de que la posibilidad dicha no resulta contradictoria ni inconciliable con nuestro ordenamiento moderno.

Así pues, hay que concluir entonces que el mantenimiento hasta el último momento de la libertad para ordenar voluntariamente la sucesión por causa de muerte, o el establecimiento de recortes a la misma, es fundamentalmente una cuestión de política legislativa, no de esencia del negocio testamentario. Y que esta conclusión vale también para nuestro Derecho civil común.

Y por tanto, en lo que a nosotros ahora nos interesa, que aun cuando la revocabilidad absoluta sea característica típica del testamento unipersonal regulado en el Código Civil (art. 737), no tiene o no tendría por qué serlo de todo testamento, si se admitiera la modalidad mancomunada del mismo, cuya configuración y operatividad piden un tratamiento distinto en este punto (ya sea excluyendo, ya simplemente limitando o condicionando tal revocación (83)).

En realidad, cuando se plantea esta objeción contra el testamento mancomunado se está procediendo con una argumentación positivista en buena medida, pues se está pretendiendo resolver una cuestión *de lege ferenda* —si resultaría viable introducir en el sistema de Derecho civil común la figura del testamento mancomunado—, simplemente a través de aplicar tajantemente lo dispuesto en un precepto del Código Civil (art. 737). Y éste no es un buen planteamiento, pues al mismo se puede responder aduciendo que basta entonces con modificar la norma positiva para que las premisas cambien radicalmente.

En definitiva, lo hasta aquí dicho supone que la dificultad que en este apartado estamos viendo, aun siendo cierta, no es insuperable, pues se pueden arbitrar fórmulas varias para darle solución. En cuanto a la determinación de cuál sea la mejor fórmula a adoptar en este tema, habida cuenta que se trata de uno de los problemas principales de la figura, creemos que merece un tratamiento más extenso y detenido del que le podemos dedicar en este epígrafe, relativo a las objeciones planteadas en general a esta figura y a su refutación. Nos ocupamos de ello, pues, más adelante en el trabajo (84).

(82) Por la Ley de 4 de julio de 1995, de Modernización de las explotaciones agrarias: Disposición derogatoria única.

(83) Así se previó en la citada Ley de 24 de diciembre de 1981, sobre el Estatuto de la explotación familiar agraria (art. 22).

(84) *Vid. infra* capítulo V.

II.2. Las razones a favor de los testamentos mancomunados

Llegados aquí, damos por terminada la exposición de los distintos argumentos que contra la admisión del testamento mancomunado se han formulado, y también su crítica y rebatimiento, que en unos casos resulta suficiente para desvirtuarlos totalmente, y en otros al menos para relativizarlos y negarles el carácter inexorable con que se nos han presentado tradicionalmente.

¿Supone esto que abogemos entonces, ya aquí, por modificar el Derecho civil común en este punto, en el sentido de admitir los testamentos mancomunados? De momento al menos, no decimos tanto.

Su admisión es cosa que ha de resultar de un planteamiento más general, ponderando de forma global los argumentos que en pro y en contra de ellos existan. En otras palabras, que la decisión debe quedar supeeditada al resultado que se obtenga de la ponderación global de las ventajas y desventajas o dificultades que esta figura supone (85), así como de la utilidad práctica (o falta de ella) que su introducción en nuestro Derecho pueda suponer.

En este sentido, las dificultades, y por tanto los argumentos en contra, ya los hemos visto. Toca ahora ver las ventajas y los argumentos a favor. ¿Cuáles son éstos?

De entrada, cabe acudir al gran arraigo social que tiene en muchos casos la ordenación conjunta de la sucesión *mortis causa*. Así resulta claramente en los territorios forales cuyos Derechos civiles admiten esta modalidad testamentaria. Lo cual permite pensar que sería extraño que esta figura, si no tuviera razón de ser ni ventajas, se hubiera empleado y se siguiera empleando tanto (86). Y no cabe imaginar siquiera que ello responda a necesidades vitales y sociales particulares de los españoles de tales vecindades civiles forales. Pues, desde esta perspectiva, ninguna diferencia existe entre ellos y los de vecindad civil común.

En efecto, esa aspiración no es exclusiva de los españoles de vecindad foral a que se acaba de hacer referencia. Se da también entre los españo-

(85) En esta misma línea se manifiesta TEIXEIRA, quien, a pesar de defender la admisibilidad de esta figura, reconoce que “sería muy aventurado afirmar, frente a los argumentos esgrimidos contra el testamento mancomunado, que... éstos estén faltos de razón. La dificultad está precisamente en que, desde el respectivo punto de vista, unos y otros argumentan con estimables razones. Pero, ¿querrá eso decir que el testamento mancomunado implique, por naturaleza, tal suerte de inconvenientes que no sea posible prevenirse contra los unos sin incidir en los otros?” (*op. cit.*, p. 50).

(86) Así también TEIXEIRA, quien afirma que “sería ciertamente muy extraño que una institución sin razón de ser, sin posible justificación teórica, hubiera gozado de una larga vida en la práctica jurídica de muchos pueblos, y siguiera usándose y practicándose en algunos” (*op. cit.*, p. 50).

les de vecindad civil común. Prueba de esto último es la realidad existente hasta la entrada en vigor del Código Civil, que muestra sin lugar a dudas cómo el otorgamiento de estos testamentos, entre personas de vecindad civil común, era una realidad cotidiana. Y no se trata sólo de un dato histórico, sino que después de la promulgación del Código, y en el día a día actual, esa idea del otorgamiento conjunto sigue viva, sobre todo en las personas casadas que mantienen una relación conyugal normal, hasta el punto de que, aunque no pueden conseguir propiamente lo que desean (porque el Código Civil lo prohíbe), buscan la fórmula más próxima (dos testamentos unipersonales, uno cada testador, pero otorgados de forma sucesiva y con un contenido formalmente independiente, pero coordinado en el fondo) (87).

Pero, ¿cuál es el interés que estos testamentos comportan? Para responder a esta pregunta no es preciso esforzarse aquí por concretar las ventajas prácticas que a través de esa figura se puedan conseguir, ni siquiera por encuadrarlas en tipos más o menos homogéneos.

Basta, para zanjar esta cuestión, con acudir al principio de autonomía privada (88). Esto es, al principio general de nuestro ordenamiento que confiere a los particulares el poder necesario para celebrar negocios jurídicos, a través de los cuales atender al gobierno de sus intereses como en cada caso mejor estimen. Y así, si en un caso los particulares consideran que el testamento mancomunado, con las notas y características que antes le hemos dado, es el medio que mejor satisface sus intereses, ninguna razón de peso hay para rechazarlo.

Se trata de una razón positiva, de formulación escueta, pero de peso incuestionable, y de validez general para todos los sujetos (89).

(87) Así se puso de manifiesto en el Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Zaragoza en el año 1946, según relata LACRUZ BERDEJO ("El Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946", ADC, 1948, pp. 145-155). O en la encuesta, más reciente (1993), de CASTIELLA RODRÍGUEZ (*op. cit.*, pp. 48 y ss.). A la vista de las cuales, y empleando palabras del notario CASTIELLA, "puede deducirse con todo rigor que, si la legislación lo permitiese... otorgarían testamento mancomunado. Así lo corroboramos —dice— todos los profesionales que hemos ejercido en regiones en que está prohibido su otorgamiento" (*op. cit.*, p. 52). Vid. también AFONSO (*op. cit.*, pp. 400 y ss.) y GARCÍA GRANERO (*op. cit.*, pp. 631 y ss.). No es óbice para lo dicho la poca utilización que tuvo el testamento mancomunado regulado en la Ley de 24-12-1981, del Estatuto de la explotación familiar agraria (norma de Derecho civil común), pues ésta no fue debida a defectos técnicos del negocio, sino a la escasa utilidad práctica que reportaba una figura cuya operatividad se limitaba únicamente a un concreto bien: la explotación familiar agraria.

(88) Así lo apunta, aunque sin mucha insistencia, AFONSO: *op. cit.*, p. 400.

(89) Desde esta perspectiva, debemos aquí poner de relieve la limitación de que adolecen algunos estudios hechos sobre esta figura, que construyen esa justificación con referencia únicamente al caso del testamento mancomunado otorgado por cónyuges (vid. TEIXEIRA: *op. cit.*, pp. 51 y s.). Que ha sido y sigue siendo, sin duda, el supuesto estadísticamente mayoritario, pero no el único. Esto supone que la justificación que en esos estudios se propone, aun cuando pue-

Esos fines o intereses a los que se ha hecho alusión, que los particulares pueden pretender conseguir, se condensan en lo que se ha dado en llamar causa de los negocios (recuérdese que nuestro sistema es esencialmente causalista). Los concretos intereses que se pretendan conseguir, cuando se opta por testar en mancomún, no se pueden reducir a una lista cerrada, pues nuestro sistema causalista es de *numerus apertus*.

En otro plano podemos decir, desde el punto de vista de la causa típica o función, que si en el testamento unipersonal ese fin es ordenar la sucesión por causa de muerte de un solo sujeto, en el testamento mancomunado ese fin será el de ordenar la sucesión por causa de muerte de dos (o más) personas, y además, al menos en el subtipo más propio y fundado de testamento mancomunado (el correspectivo), con vinculación de las disposiciones testamentarias de cada uno de los otorgantes a las del otro (90).

da ser correcta, en todo caso será parcial. Ejemplo de lo dicho es el trabajo de AFONSO RODRÍGUEZ (*op. cit.*, pp. 399-414, 433-446 y 455-457), quien defiende la posibilidad del testamento mancomunado con base en un triple fundamento: a) Que el análisis de la realidad española pone de manifiesto que los cónyuges, en la inmensa mayoría de los matrimonios en situación de “normalidad”, acuden juntos a la notaría para otorgar testamento. Sobre esta base, y aplicando lo que considera un criterio sociológico de interpretación, sostiene que de la prohibición contenida en el artículo 669 CC debe entenderse excluido el testamento mancomunado otorgado por cónyuges; b) Que las reformas que desde el año 1975 se han hecho en el Código Civil (Leyes de 2-5-1975 y de 13-5-1981) han suprimido todas las demás prohibiciones de celebrar negocios entre cónyuges que hasta entonces existían (antiguos arts. 1.319, 1.320, 1.334, 1.458 y 1.677 CC), de tal modo que han dejado la prohibición contenida en el artículo 669 CC como una prohibición aislada dentro de un sistema general de libertad en ese sentido, y carente de justificación además, pues las prohibiciones suprimidas respondían en buena medida a las mismas “razones” –sobre todo, peligro de captación de la voluntad– que sustentan la prohibición del testamento mancomunado; y es que la mujer no tiene hoy un papel sometido al del marido como en otros tiempos, sino que existe entre ellos igualdad, y no sólo formal, sino real. Sobre esta base, y al igual que antes, considera la autora que este nuevo contexto normativo permite una interpretación sistemática del artículo 669 CC, tal que de la prohibición contenida en él deban entenderse excluidos los testamentos mancomunados otorgados por cónyuges; c) El argumento teleológico: el testamento mancomunado es el cauce más adecuado para dar solución a determinados problemas prácticos que el interés de la familia y el régimen del matrimonio plantea; en concreto, porque permite a los cónyuges instituirse herederos recíprocamente y además formar un cúmulo con todos sus bienes, de los que disponer conjuntamente. Resumida así la argumentación que a favor de los testamentos mancomunados presenta AFONSO, y aun reconociéndole su valor, podemos nosotros, eso no obstante, objetarle lo siguiente. Primero –ya se dijo antes–, que es una argumentación hecha fundamentalmente para testamentos mancomunados otorgados por cónyuges. Segundo, que algunas de esas razones –las señaladas sub a) y b)– no tienen validez *de lege lata*, como la autora pretende, sino únicamente *de lege ferenda*. Y tercero, que el argumento expuesto sub c) no nos parece acertado. Más adelante en el trabajo (cap. VII) diremos por qué.

(90) Esto supondría, ciertamente, dejar de lado lo dispuesto en el artículo 794 CC, que dice que “será nula la disposición hecha bajo condición de que el mismo heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición a favor del testador o de otra persona”. Pero es que este precepto, cuando de testamento mancomunado se trata, habría de ser excluido.

Dicho lo cual, conviene que subrayemos que no se trata de sustituir un tipo de testamento –el unipersonal– por otro –el mancomunado–, sino, manteniendo aquél, de añadir otra posibilidad más, poniéndola en manos de los particulares para que éstos elijan, en cada caso, la que mejor se acomode a sus intereses (91).

Se trata, en definitiva, de configurar un sistema de mayores posibilidades y libertad. Lo cual, una vez encontradas soluciones con que salvar las dificultades que esta figura –como cualquier otra– presenta, y vistas también las razones positivas que en pro de la misma existen, creemos que desvirtúa la tradicional postura de rechazo tajante de los testamentos mancomunados y justifica considerar la oportunidad de modificar el Código Civil y reintroducir esta figura en el Derecho civil común.

No basta, ahora bien, con lo dicho, para considerar que la figura en cuestión tiene franqueada de par en par la entrada a nuestro ordenamiento jurídico (Derecho civil común). Lo hasta aquí visto vale para sostener la atendibilidad de esta figura a nivel teórico o de principio, pero la introducción efectiva de la misma en nuestro ordenamiento requiere además un estudio detenido de sus elementos, de su funcionamiento y de su utilidad práctica real, pues éstas son cuestiones en las que no hay todavía hoy en la doctrina una idea clara y pacíficamente admitida, sino que se debate entre posibilidades diversas.

Al estudio de esos elementos y de su funcionamiento –qué personas pueden otorgar testamento mancomunado; qué limitaciones supone este testamento para quienes lo han otorgado, en orden a poder disponer de sus bienes por medio de actos *inter vivos*; si pueden o no revocarse estos testamentos, etc.–, así como al estudio de su utilidad práctica real, es a lo que procedemos a continuación en el trabajo.

(91) Transcribimos aquí unas palabras de CASTIELLA, quien, para compendiar su defensa del testamento mancomunado y evidenciar la utilidad que puede proporcionar a los co-otorgantes del mismo, dice lo siguiente: “El que formal y técnicamente presente esta forma de testar dificultades que no existen en el tradicional testamento unipersonal no quiere decir que no sean superables y, sobre todo, no quiere decir que no sea el traje a la medida de sus necesidades reales [de los particulares], aunque sea un traje más complejo de confeccionar” (*op. cit.*, p. 45).

III. PERSONAS LEGITIMADAS PARA OTORGAR TESTAMENTOS MANCOMUNADOS

Llegados aquí, es el momento oportuno para plantear el tema de a quién debe reconocerse testamentifacción activa, cuando de testamento mancomunado se trata. A este respecto, son varias las soluciones que en la realidad comparada existen:

- a) El testamento mancomunado sólo puede ser otorgado por dos personas, que además han de ser cónyuges.
- b) El testamento mancomunado sólo puede ser otorgado por dos personas, que, sin embargo, no necesariamente han de estar casadas entre sí.
- c) El testamento mancomunado puede ser otorgado por dos o por más personas, a las que no se exige en ningún caso estar ligadas entre sí por vínculo matrimonial.

Se trata, como fácilmente puede verse, de un tríptico de soluciones posibles, resultante de la combinación de dos criterios. Uno de orden cuantitativo, según que la testamentifacción activa se reconozca sólo a dos personas, o a más. El otro es un criterio de orden cualitativo, según que se exija o no que los otorgantes estén unidos entre sí por vínculo matrimonial.

Dicho lo cual, pasamos a ocuparnos, en primer lugar, del criterio cualitativo, pues su especial naturaleza lo hace más trascendente y de mayor calado que el otro.

Y la pregunta entonces es la siguiente: ¿debe el testamento mancomunado ser figura jurídica reservada en exclusiva a otorgantes unidos entre sí por vínculo matrimonial, o debe reconocerse la posibilidad de su uso también a otras personas? Para responder a esta cuestión, parece un buen principio exponer las respuestas que a esto se han dado en Derecho Comparado.

Y así vemos que no hay hoy en este tema una solución unánime, sino que coexisten ambas tesis.

Pues en el Derecho foral vasco (92), la legitimación en este sentido se

(92) Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil foral del País Vasco: artículo 49.1 (Fuero civil de Vizcaya): "Los cónyuges podrán disponer conjuntamente de sus bienes en un solo instrumento, mediante el testamento mancomunado o de hermandad", y artículo 172 (Fuero civil de Guipúzcoa): "1.- Mediante el testamento mancomunado los cónyuges podrán ordenar la sucesión... a través de un solo instrumento... 2.- Podrán testar mancomunadamente aquellos matrimonios en los que al menos uno de los consortes reuniere las condiciones que exige el presente Fuero para su aplicación". En el Derecho antiguo, la orientación parece que fue la

circunscribe sólo a los cónyuges (93). Lo mismo ocurre en Alemania (94). Y otro tanto se establecía, en el Derecho civil español común, en la hoy derogada Ley de 24 de diciembre de 1981 (95).

Mientras que en Navarra de forma tradicional (96), y hoy en Aragón (97) y en Galicia (98), modificando el criterio que en éstos había sido tradicional, se permite que puedan testar en mancomún todas las personas, estén o no casadas entre sí.

A favor de la primera solución se suele aducir que “este fenómeno testamentario se identifica plenamente con la institución matrimonial” (99); que es una de las manifestaciones más interesantes del espíritu y armonía que reina en las familias (100); que “esta forma de testar conjunta-

misma. Vid. así el Fuero Nuevo de Vizcaya, de 1527, que en su título XXI, Ley 1.^a, bajo la rúbrica “*Del testamento que Marido y Muger hacen juntos, y en qué casos el que quede vivo lo puede rebocar*”, decía así: “*Otrosí Dixeron: Que avían de Fuero, y establecían por Ley, que si el Marido en su fin, o enfermedad, o sanidad, y su Muger, hicieren Testamento, y mandas de un acuerdo o consejo; o el Testamento que hiciere el uno el otro lo loare, e aprobare por bueno, o ratificare en vida del Testador que muere, que el tal Testamento, o manda y institución, e instituciones en el tal Testamento contenidas, valgan, y sean valederas (...)*”.

(93) También en Galicia, en la hoy derogada Ley 4/1995, de 24 de mayo, cuyo artículo 137 decía que “Los cónyuges gallegos podrán otorgar testamento mancomunado...”.

(94) § 2265 BGB: “*Errichtung durch Ehegatten.— Ein gemeinschaftliches Testament kann nur von Ehegatten erreicht werden*”.

(95) Artículo 22, que en su número 1 decía que “los cónyuges podrán otorgar testamento abierto mancomunado...”.

(96) Fuero Nuevo de Navarra, de 1973, cuya Ley 199, al formular el concepto de la figura, se limita a decir que “es testamento de hermandad el otorgado en un mismo instrumento por dos o más personas”, sin exigir ningún requisito añadido del tipo que estamos ahora viendo. Parece, sin embargo, que inicialmente en Navarra el testamento de hermandad se otorgaba exclusivamente por cónyuges; así, el Fuero General de Navarra, en su libro II, título IV, capítulo IV, disponía en este sentido lo siguiente: “*Et si marido y muger fazen destin en uno, et enquara cerran aqueyll destyn...*”. Pero que después fue extendiéndose la costumbre de que esta forma de testar fuera usada también por otras personas, y que así se consignó en el pedimento de ley que las Cortes de Navarra formularon al Virrey el año 1765-66, recogiendo a partir de entonces tal posibilidad en la Ley 41 de las Cortes de Navarra (vid. GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, pp. 674 y ss.).

(97) En Aragón, hoy, la Ley de Sucesiones por causa de muerte de 1999, dice explícitamente en su artículo 102, bajo la rúbrica “Testadores”, que “los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún...”. Tradicionalmente, sin embargo, el Derecho civil aragonés reservó este testamento sólo a personas unidas por el vínculo del matrimonio. Así resultaba de la Observancia 1.^a *De testamentis*, en la que se decía lo siguiente: “*Si vir et uxor simul condiderint testamentum...*”. Siguiéndola, en el Apéndice foral de 1925 se lee, en su artículo 17, que “los cónyuges pueden testar de mancomún...”, y que “valdrá el testamento mancomunado que cónyuges aragoneses otorguen...”. Y en la Compilación de 1967, el artículo 94.1 decía: “Los cónyuges aragoneses pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón”.

(98) Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, cuyo artículo 187 dice así: “1.— Es mancomunado el testamento cuando se otorga por dos o más personas... 2.— Los otorgantes que fueran esposos podrán, además...”.

(99) AFONSO: *op. cit.*, p. 404.

(100) SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL: *op. cit.*, p. 187.

mente marido y mujer está reflejando claramente la idea de unidad familiar que preside las relaciones entre ambos" (101); y que "la necesidad de disponer mancomunadamente corresponde a la esencia del matrimonio como una comunidad total de vida y voluntades, que legítimamente trata de hacerse valer también para después de la muerte" (102).

Se trata de razones apoyadas en la realidad cotidiana de la figura, y en tal medida su valor es claro.

Pero sin perjuicio de ello, nos preguntamos: en un plano puramente teórico, ¿debe el otorgamiento de esta figura circunscribirse sólo a personas casadas entre sí, o debe, por el contrario, permitirse su utilización también a otras personas, aunque no estén unidas por vínculo ninguno, ni matrimonial ni de parentesco?

A nuestro modo de ver, la respuesta debe orientarse en sentido favorable a la solución apuntada en segundo lugar. Esto es, entendemos que, sea cual sea la postura que *de lege lata* se haya adoptado en esta cuestión en aquellos Ordenamientos que admiten la figura, al menos en un plano de principio o *de lege ferenda*, la legitimación en orden al otorgamiento de testamentos mancomunados no debe reducirse sólo a cónyuges, sino que debe extenderse a cualesquiera personas, estén o no casadas entre sí.

Es cierto que el otorgamiento de testamento mancomunado, en tanto que negocio obra de varias personas, exige, sobre todo si el testamento es correspectivo, una cierta coincidencia de propósitos, y es cierto también que el matrimonio es institución que crea normalmente entre los cónyuges una comunidad de vida tal, que procura con gran facilidad la base de la que puede nacer esa intención de ordenar de forma conjunta la sucesión por causa de muerte. Pero, sin perjuicio de que esto sea así de hecho, en términos teóricos nos parece que no debe llevar a excluir a otras personas de la posibilidad de utilizar también esta figura, pues cabe la posibilidad de que también para esas personas pueda ser útil y conveniente el otorgamiento de testamento mancomunado. Piénsese en este sentido, aunque meramente a título de ejemplo, en el caso, relativamente frecuente hoy, de las parejas no casadas, pero sí unidas por una relación de afectividad análoga a la conyugal. Sin perjuicio de la "especialidad" de esa situación, y sin perjuicio también de que la estabilidad de esas parejas pueda ser menor que las que están unidas por vínculo jurídico matrimonial, qué duda cabe que es posible que lleguen a un punto de inteligencia y de

(101) MERINO: *op. cit.*, p. 57; también TEIXEIRA: *op. cit.*, pp. 51 y s.; y AFONSO: *op. cit.*, pp. 406-407.

(102) BINDER: *op. cit.*, p. 120. "Sólo tratándose de [cónyuges] —dice KIPP, *op. cit.*, p. 356— pareció natural que, del mismo modo que tomaban en común todas las decisiones en materias importantes, también procedieran de común acuerdo en la ordenación *post mortem* de sus asuntos".

compenetración que justifique y propicie el otorgamiento mancomunado de testamento. Y considérese también el caso de testadores que sean hermanos o parientes próximos. ¿Debería negárseles? Creemos que no, y que no debe ser lo decisivo en este punto que exista o no vínculo jurídico entre ellos (103). La realidad y la historia muestran además que, aunque claramente minoritarios en términos estadísticos, casos de éstos también han existido y siguen existiendo (104).

En cuanto a la cuestión cuantitativa o numérica, podemos decir lo siguiente. De entrada, que la regla absolutamente dominante en Derecho Comparado es la que limita a dos el número de personas que pueden otorgar testamento mancomunado (105). ¿Está justificada esta solución? En pura teoría cabe pensar que no hay razón de peso para excluir la posibilidad de un testamento mancomunado otorgado por más de dos personas. Sin embargo, lo absolutamente inusual de tales casos, y la indudable complejidad que el mayor número de otorgantes introduciría, son las razones que han llevado a la mayoría de los legisladores a considerar preferible limitar la utilización de tales testamentos sólo a dos personas.

Por nuestra parte, y aun reconociendo que se trata sin duda de una cuestión de política legislativa, hemos de decir que esa limitación sólo a dos otorgantes nos parece acertada, por prudente, pues no creemos que existan en la realidad casos en número relevante y que respondan a intereses serios y legítimos, que justifiquen la extensión de esta posibilidad a más personas y compensen las dificultades que ello lleva aparejado. Aunque no dejamos de reconocer que no habría obstáculo teórico para admitir que pudieran ser otorgados por más de dos personas.

(103) En contra, al menos desde el punto de vista del Derecho foral gallego vigente bajo la Ley 4/1995, LETE DEL RÍO: *op.cit.*, p. 1029. En sentido semejante, nos resultan sorprendentes las palabras de KIPP, quien, tras tratar de justificar la limitación de la testamentifacción activa sólo a cónyuges, afirma que “para los prometidos se creyó suficiente el contrato sucesorio, el cual resultaba también más conveniente dada la juventud que por lo regular tienen las partes” (*op. cit.*, p. 356). Por nuestra parte, no apreciamos la diferencia sustancial para en un supuesto (cónyuges) permitir el otorgamiento de testamento mancomunado y en otro (prometidos) no. No entramos a considerar la mayor conveniencia que este autor estima tiene en ese caso el contrato sucesorio, pero sí apuntamos que no la compartimos en absoluto.

(104) Así, entre dos cónyuges y el hermano de uno de ellos, según sentencia de revista de 1-10-1856 citada por TEIXEIRA. O entre dos hermanos (STS 24-6-1892 y RDGRN de 28-10-1894). O entre madre e hija (STS 28-5-1912).

(105) Las únicas excepciones en este sentido la constituyen el Derecho navarro, cuya Ley 199 de su Compilación dispone que “es testamento de hermandad el otorgado en un mismo instrumento por dos o más personas”. Y hoy, al amparo de la Ley 2/2006, el Derecho gallego, cuyo artículo 187.1 dice que “es mancomunado el testamento cuando se otorga por dos o más personas...”.

IV. LIMITACIONES A LA FACULTAD DE DISPONER A TRAVÉS DE ACTOS *INTER VIVOS*

Con lo visto en los primeros capítulos de este trabajo, creemos que ha quedado suficientemente de manifiesto la atendibilidad teórica de los testamentos mancomunados.

Pero, como también ya dijimos entonces, no basta con eso para considerar que la figura que estudiamos tiene expedito el camino para pasar, directamente y sin más, a nuestro Derecho positivo, quedando solamente a la espera de que el legislador así lo quiera. En absoluto. Para posibilitar de forma realista esa eventual decisión del legislador es preciso que nos enfrentemos, de entre todos los argumentos aducidos contra la viabilidad jurídica de esta figura que elencamos en el capítulo II del trabajo, con los principales –señalados allí con las letras F) y G)–, cuyo tratamiento dejamos entonces simplemente apuntado, remitiéndolo para más adelante. Esos argumentos son, uno, las limitaciones que estos testamentos puedan conllevar para sus otorgantes en orden a realizar actos de disposición *inter vivos*, y otro, el régimen de revocabilidad o irrevocabilidad que a estos testamentos haya de aplicarse.

Pues de la respuesta que se dé a esas cuestiones concretas depende, en muy gran medida, la decisión que en su caso se pueda plantear el legislador con respecto a la figura. Éste es, pues, el momento de ocuparnos detenidamente de ello.

Y así, nos centramos aquí en el primero de esos argumentos apuntados, que en resumidas cuentas lo que plantea es que, aun si se admitiera la atendibilidad teórica de estos testamentos, serían consideraciones de orden práctico las que forzarían a excluirlos. Veamos por qué.

El argumento parte de la base de que los co-testadores, después de haber otorgado testamento mancomunado, pueden, cada uno de ellos, realizar actos de disposición *inter vivos* sobre los bienes a que en ese testamento se hayan referido, ya que esos bienes son todavía, y mientras no mueran, suyos. De donde resulta el peligro de que, por esta vía, vacíen de contenido real y de efectividad las disposiciones testamentarias previamente otorgadas y burlen así las expectativas que en ellas haya puesto el co-testador. Esto, afirman quienes emplean este argumento en contra de la figura que estudiamos, no es aceptable. Para poder admitir los testamentos mancomunados sería necesario impedir eso. Pero esto exigiría privar a quien ha otorgado testamento mancomunado, y desde el momento en que lo ha hecho, de la facultad de disponer de sus bienes por negocio *inter vivos*. Lo cual es medida que se estima no está justificada ni compensada con las eventuales ventajas que los testamentos mancomunados

puedan ofrecer. Esto, se concluye entonces, fuerza a rechazar estas figuras. Pues ambas alternativas –o testamento mancomunado burlable por cada co-testador a través de disposiciones *inter vivos* posteriores, o prohibición a los testadores de realizar tales actos de disposición sobre sus bienes– son inaceptables (106).

¿Es ésta, ahora bien, una dificultad insuperable, y por tanto una objeción determinante en este sentido? Ya avanzamos en su lugar que, a nuestro juicio, no. Ahora es el momento de explicar esto por extenso.

Y así, de entrada, hacemos las dos precisiones siguientes.

Una, que la objeción planteada, aun dando ahora por supuesta a efectos dialécticos su validez, en todo caso hay que decir que no tendría vigencia general para todos los testamentos mancomunados, sino sólo para los correspectivos. Pues sólo en ellos, en que las disposiciones de cada uno de los testadores se hacen en contemplación y consideración a las disposiciones del otro, puede existir fraude o burla a las expectativas del otro testador. En los testamentos mancomunados meramente simultáneos, y en los recíprocos pero no correspectivos, no existe tal peligro, dado que en ellos no hay vinculación causal entre las disposiciones de cada uno de los testadores. Por esta razón hacemos esta primera puntualización: para advertir del limitado alcance que la objeción que ahora estamos considerando tendría en caso de que se admitiera, y para insistir en que, aunque formalmente los tres tipos antes dichos sean considerados hoy como testamentos mancomunados, el régimen aplicable no puede, sin embargo, ser el mismo para todos. El asunto que aquí estamos viendo es una prueba más de ello. En todo caso, puesto que a nuestro juicio los testamentos mancomunados auténticos son los correspectivos, advertimos aquí que las reflexiones que hagamos en las páginas siguientes van a estar referidas fundamentalmente a ellos.

La segunda precisión es ésta: que el tema que aquí estamos considerando es distinto, y debe por tanto separarse –cosa que no siempre se hace (107)– del que trata acerca de las posibilidades de disposición que tenga el testador supérstite sobre los bienes que haya adquirido por disposición establecida en su favor, en el mismo testamento mancomunado, por el testador premuerto. Aquí no se plantea ningún problema particular en orden a la realización de actos de disposición sobre esos bienes. Pues éstos fueron en su día destinados a él, los ha adquirido después (cuando murió el testador que tal cosa dispuso), y ahora son por tanto suyos,

(106) Ejemplo muy claro de este razonamiento es el Proyecto de Apéndice de Derecho navarro al Código Civil elaborado por el Colegio Notarial de Pamplona, Pamplona, 1930, pp. 50 y s.

(107) *Vid.*, entre otros, GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, pp. 892 y ss.

de modo que puede disponer de ellos, *mortis causa* o *inter vivos*, sin otras limitaciones que las que eventualmente puedan resultar de la propia disposición mediante la cual se le atribuyeron (v. gr., sustituciones fideicomisarias). Lo que nosotros estamos viendo aquí, en cambio, son las posibilidades de disponer *inter vivos* que un testador tenga sobre sus propios bienes, cuando en un testamento mancomunado previamente otorgado los haya hecho, él mismo, objeto de disposiciones testamentarias correspondientes. En el primer caso, no cabe imaginar otras limitaciones aparte de las que eventualmente se deriven de la misma disposición testamentaria en que esos bienes adquiridos tienen su origen. En el caso que ahora estamos viendo, las limitaciones dispositivas que eventualmente puedan existir se derivan del haber hecho a los bienes en cuestión objeto de una previa disposición mancomunada correspondiente. Son, por tanto, casos distintos.

Hechas estas precisiones, pasamos al núcleo de la cuestión considerada.

IV.1. Sobre la posibilidad y conveniencia de limitar la facultad para disponer de sus bienes por actos *inter vivos* a quienes han otorgado previamente testamento mancomunado

Una vez llegados aquí, es oportuno y necesario empezar reconociendo la inquietud apuntada por la doctrina dominante, expuesta unas líneas más arriba. Pues coincidimos con ella en que efectivamente no es de recibo sostener la atendibilidad de los testamentos mancomunados, si luego su régimen, por la vía dicha de los actos de disposición *inter vivos*, permite burlar de hecho, y sin especial dificultad, su eficacia (108).

Por ello, como el peligro denunciado sin duda existe, y no como algo remoto, sino como posibilidad cierta y real, se hace imperativo buscarle remedio, si de verdad se quiere defender la figura y propugnar su incorporación al Derecho civil común. Remedios que pasan inexorablemente, como también ha advertido la doctrina dominante, por limitar o excluir la facultad de disposición *inter vivos* sobre sus propios bienes, de la persona que ha otorgado testamento mancomunado.

Lo cual es, ciertamente, una medida de gran trascendencia, teórica y práctica. Teórica, porque la facultad de disponer es una de las que inte-

(108) Por lo dicho, resultan excesivas las palabras de SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL, cuando para defender la atendibilidad de los testamentos mancomunados dice que “a la posibilidad de fraudes por actos de disposición *inter vivos* realizados por el sobreviviente no escapa ningún modo de sucesión contractual”, y que “no es razón suficiente combatir el uso por el abuso” (*op. cit.*, pp. 190-191). Pues, aunque efectivamente la mera existencia de peligros no sea suficiente para rechazar una figura, eso no puede significar tampoco que no haya que atajar éstos.

gran el contenido nuclear del dominio (art. 348 CC). Y práctica, porque las ventajas que a los propietarios proporcionan sus cosas, además de a través del uso y disfrute, también se extraen a través de actos de disposición.

Pero, aunque eso es así, entendemos nosotros que no debe tampoco magnificarse ni utilizarse sin más para escandalizar. Pues son muchos los casos en que la facultad de disposición se encuentra limitada o excluida, por precepto legal o por decisión voluntaria de los particulares afectados, sin que ello desvirtúe la esencia del derecho de propiedad a que afectan. Lo cual se explica, en el caso de las limitaciones o prohibiciones de disponer de origen voluntario, al considerar que eso no es sino el resultado de un acto de ejercicio de la autonomía privada de los sujetos, proyectado sobre sus cosas (siempre, por supuesto, dentro de los límites marcados en ese sentido por el Ordenamiento).

Pues bien, algo semejante puede ocurrir en el caso del testamento mancomunado, si consideramos que son los propios testadores los que, al otorgar ese testamento y no dos testamentos individuales, asumen y quieren –aunque sea de forma implícita– la limitación (auto-limitación) a la facultad de disponer *inter vivos* de sus propios bienes que eso ha de conllevar, como medio para asegurar la eficacia del testamento otorgado. Ninguna imposibilidad, lógica ni jurídica, se produce necesariamente por esta circunstancia, que no debe verse, por tanto, como un obstáculo insalvable.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, somos conscientes de que lo dicho supone un recorte, una limitación al poder del propietario sobre sus bienes. ¿Se encuentra justificado y compensado por las ventajas que el testamento mancomunado proporciona, o la respuesta a esta pregunta debe ser negativa, como la doctrina dominante sostiene para rechazar la figura? Pues que ese recorte sea teóricamente posible, como líneas más arriba hemos visto, no significa también que sea conveniente.

No es posible aquí dar una respuesta concreta a esa pregunta, que necesariamente exige valorar las circunstancias del caso singular que sea. Pero sí cabe decir que, configurado el testamento mancomunado, no como una imposición, ni como la única vía de ordenar voluntariamente la sucesión *mortis causa* de los sujetos, sino simplemente como una posibilidad negocial más, si los otorgantes lo han elegido libremente, la respuesta que a la cuestión planteada se ha de dar, al menos *a priori*, tiene que ser afirmativa, pues nadie mejor que ellos para valorar lo que conviene a sus intereses, y por tanto si la utilización de esta figura les resulta útil o no. Esto creemos que es aquí suficiente.

Quedan así puestas de manifiesto la justificación y la atendibilidad teóricas de las limitaciones que a la facultad de disposición se han de imponer en este sentido, en aras a lograr la efectividad de los testamentos

mancomunados (o en orden a evitar que puedan ser burlados por la vía dicha: es lo mismo).

Sentado lo cual, toca entonces descender en el tratamiento de este tema, para fijar cuál sea el concreto alcance de esa limitación.

Para ello resulta muy conveniente atender al Derecho Comparado, de fuera de España y también de dentro –nos referimos a los ordenamientos civiles forales que admiten los testamentos mancomunados–, para ver el tratamiento que han dado a esta cuestión.

Y así, tenemos que en Alemania el otorgamiento de testamento mancomunado, conforme a lo dispuesto en el § 2286 BGB (109), no limita en principio el derecho de los otorgantes para disponer posteriormente de sus bienes por acto *inter vivos*. Aunque hay que decir también que la jurisprudencia, consciente de que eso podría dar lugar a maniobras abusivas, ha ido luego creando –con apoyo en normas tales como los § 2287 y 2288 BGB– reglas en virtud de las cuales concede al perjudicado la facultad de impugnar tales enajenaciones, cuando hayan sido realizadas con intención fraudulenta (110).

Dentro de España, en Galicia, la Ley de Derecho civil foral de 2006 establece (arts. 193 y 194) que el testamento mancomunado, en vida de ambos testadores, no limita la libertad de ninguno de ellos para disponer por acto *inter vivos* –hay que suponer, puesto que nada se dice, que tanto a título oneroso como gratuito– de todos o de parte de sus bienes, aunque, si se trata de bienes comprendidos en una disposición correspectiva, la realización de tal acto producirá la ineficacia de la disposición correlativa del otro testador (salvo que se haya hecho de común acuerdo). Muerto uno de los testadores, el otro podrá todavía disponer de los bienes comprendidos en una cláusula correspectiva, si bien el beneficiario de esa cláusula podrá reclamar el valor actualizado de los bienes objeto de esa disposición con cargo a la herencia del disponente.

(109) § 2286 BGB.– *Verfügungen unter Lebenden*.– “Durch den Erbvertrag wird das Recht des Erblassers, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen, nicht beschränkt”. (“Por el contrato sucesorio no se limita el derecho del causante a disponer de su patrimonio por negocio jurídico entre vivos”; aplicado a los testamentos mancomunados por analogía: KIPP: *op. cit.*, p. 367).

(110) Vid. KIPP: *op. cit.*, pp. 367, 387 y ss. Entre esas maniobras fraudulentas se consideran las siguientes: a) donaciones hechas por el causante con ánimo de perjudicar; b) cuando el causante destruye, elimina o perjudica el bien objeto de la disposición, con ánimo de perjudicar; c) cuando el causante enajena o grava el bien objeto de la disposición, con esa misma intención. En estos casos, se entiende que el perjudicado puede impugnar tales actos por medio de una *actio doli* o una *hereditatis petitio*. Esta idea del “ánimo” o “intención de perjudicar”, como criterio con el que separar los actos dispositivos *inter vivos* que se pueden realizar y los que no, fue acogida por TEIXEIRA (*op. cit.*, p. 148). Por su carácter marcadamente interno y subjetivo, no nos parece a nosotros recomendable.

En Aragón, la Ley de Sucesiones por causa de muerte de 1999 establece a este respecto, en su artículo 107, que aunque el testamento mancomunado contenga cláusula en contrario, cualquiera de los testadores puede siempre disponer entre vivos de sus bienes, con las siguientes excepciones y efectos. En vida de ambos testadores, la disposición de bienes comprendidos en una disposición correspectiva que implique su revocación o modificación sustancial, produce la ineficacia total de la disposición correspectiva del otro. Muerto uno de los testadores, el otro puede también disponer de sus bienes por acto *inter vivos*, y tanto a título lucrativo como oneroso, aunque esos bienes estén comprendidos en una disposición correspectiva, con las siguientes consecuencias. Si es a título lucrativo, la persona a la que tales bienes iban destinados puede, una vez haya fallecido el disponente, pedir a los donatarios su valor actualizado. Y si la disposición es a título oneroso y supone la ineficacia de la disposición correspectiva, puede esa persona reclamar a los herederos del disponente, de igual forma, su valor actualizado.

En la Ley de Derecho civil foral del País Vasco de 1992, el artículo 178.1 –Fuero de Guipúzcoa– establece que el testador supérstite no puede disponer a título gratuito de los bienes que se hayan señalado como objeto de disposiciones correspectivas, salvo que sea a favor de la persona que en el testamento hubiera sido designada como beneficiaria de los mismos (111). Por lo que se puede deducir, como algo implícito en la regla, que sí puede realizar actos de disposición a título oneroso.

En Navarra, la cuestión se regula en las Leyes 203 y 204 de su Fuero Nuevo, de las que, en lo que aquí interesa, resulta lo siguiente. A título oneroso, cada testador puede siempre disponer de sus propios bienes, aun después del fallecimiento de los demás testadores (de todos o de alguno). Por el contrario, a título lucrativo no puede disponer de sus bienes, salvo que en el testamento de hermandad se hubiera dispuesto otra cosa, o que se disponga de conformidad con los demás testadores, o que se trate de bienes cuya disposición en el testamento no tuviera su causa en lo establecido por otro de los testadores.

Lo expuesto nos permite constatar que no existe en este punto una solución única seguida por todos los Ordenamientos, sino que cada uno presenta sus propias particularidades.

(111) La norma contenida en el artículo 52 de esa misma Ley –Fuero de Vizcaya–, que dispone que “*si uno de los cónyuges fallece dentro del año siguiente a la fecha en que otorgaron el testamento de hermandad, el sobreviviente no podrá revocar las disposiciones que recayeren sobre los bienes comunes*”, nada tiene que ver con lo que aquí estamos viendo. Se trata de una norma singular, que no tiene explicación lógica y que sólo puede ser vista y entendida en clave histórica, como un fósil procedente de otros tiempos.

Es tiempo entonces de que expongamos nuestra postura al respecto. ¿Cuál es, a nuestro juicio, la limitación que debe imponerse a los co-testadores para disponer de sus propios bienes por actos *inter vivos*, una vez han otorgado testamento mancomunado?

Para responder, podemos empezar diciendo que no nos parece aceptable la solución dada hoy en el Derecho foral aragonés (112) y en el gallego (113), que propugnan que la realización de estos actos, cuando son *inter vivos*, simplemente conllevará la ineficacia de la disposición correspondiente. Pues con ello realmente no se satisfacen los legítimos intereses del otro testador, ya que la ordenación sucesoria inicialmente diseñada queda deshecha (la ineficacia de la disposición correspondiente es solución meramente negativa). Es preciso, por tanto, poder impugnar el preciso acto dispositivo causante de ese resultado.

En esta última idea destaca entonces la distinción que en algunos de los ordenamientos antes vistos se hace en este punto, según que el acto de disposición sea realizado a título oneroso o a título gratuito, considerando que el segundo caso debe ser limitado en mayor medida que el primero (114). ¿Es esto correcto?

Se trata, a nuestro modo de ver, de una distinción atinada. Pero, sin negar el valor de ese dato, creemos nosotros que no es el único que debe tenerse en cuenta, y que además no se debe absolutivizar, sino que debe verse y ponderarse a la luz del supuesto globalmente considerado, y del resultado a que se quiere llegar. La determinación precisa de este resultado es, a nuestro juicio, algo capital.

Pues, una vez que tengamos éste bien sentado, lo demás vendrá dado por consecuencia, como algo subordinadamente necesario. La idea es el *prius*; la determinación de los concretos actos dispositivos cuya realización haya de limitarse (gratuitos, onerosos, u otros tipos) es el *posterius*.

En ese sentido, hemos dicho ya que el establecimiento de limitaciones a la facultad de disponer *inter vivos* es cosa que viene justificada por la

(112) Ley 1/1999, de Sucesiones por causa de muerte, artículo 107.2: “En vida de ambos otorgantes, la disposición de bienes comprendidos en una disposición correspondiente que implique su revocación o modificación sustancial produce la ineficacia total de la correspondiente del otro”.

(113) Ley 2/2006, de Derecho civil de Galicia, artículo 194.1: “... la disposición de bienes comprendidos en una cláusula testamentaria correspondiente, realizada en vida de los cónyuges, producirá la ineficacia de las recíprocamente condicionadas con ella, sin necesidad de notificación”.

(114) Esta misma idea se advierte en relación con los contratos sucesorios, que, aun siendo figuras distintas de los testamentos mancomunados, mantienen entre sí una indudable cercanía: *vid.* Ley de Derecho civil del País Vasco, artículos 78 y 182; Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, artículos 78, 80.4 y 83; Fuero Nuevo navarro, Ley 179; Ley 2/2006 de Galicia, artículo 217.

necesidad de asegurar la efectividad de este tipo de testamentos (115). Pues bien, esta es, a nuestro entender, la idea rectora que debe guiar al legislador al enfrentar esta cuestión: buscar un expediente cuyos efectos limitadores impidan –sin quedarse corto, pero también sin pasarse– que por esa vía de hecho se pueda producir fraude o burla al testamento mancomunado previamente otorgado.

Una vez sentado lo cual, es menester entonces concretar qué actos pueden realizarse y cuáles no. La alternativa primera que se plantea es la siguiente: ¿exclusión absoluta de esa facultad, que alcanzará por tanto a todo tipo de actos dispositivos *inter vivos*, o relativa, afectando únicamente a algunos?

La respuesta, repetimos, se ha de extraer de la finalidad que hemos visto se pretende conseguir, considerando que tal restricción no es sino una medida instrumental para impedir que los testadores (todos o algunos) puedan por esta vía de hecho burlar la eficacia del testamento man-

(115) Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta también lo que líneas más arriba quedó dicho sobre la conveniencia de limitar las restricciones a la facultad de disponer *inter vivos* sólo a los testamentos mancomunados correspectivos, debemos aquí criticar normas de algunos Derechos forales que reflejan la confusión de ideas que existe en este punto. Así ocurre, v. gr., en la vigente Ley de Derecho civil foral del País Vasco –Fuero de Guipúzcoa–, cuyo artículo 178, tras establecer en su número 1 que “el [testador] supérstite no podrá disponer a título gratuito de los bienes que se hayan señalado como objeto de las susodichas disposiciones correspectivas...”, añade a continuación, en el número 2 de ese mismo precepto, que “la limitación que se establece en el apartado anterior no tendrá efecto si en el propio testamento mancomunado se hubiere dispuesto otra cosa”. O en el Fuero Nuevo navarro, cuyas Leyes 203 y 204 establecen, la primera en relación con disposiciones a título oneroso, que “aunque el testamento de hermandad contuviere cláusula en contrario, cada uno de los testadores podrá disponer por título oneroso de sus propios bienes, aun después del fallecimiento de los demás...”, y la segunda en relación con disposiciones a título lucrativo, que los testadores podrán disponer de sus bienes por tal título, si en el testamento de hermandad se hubiera establecido otra cosa, o si se tratara de bienes cuya disposición en el testamento no tuviera su causa en lo establecido por otro de los testadores. Otro tanto ocurre en la vigente Ley aragonesa de Sucesiones por causa de muerte, cuyo artículo 107.1 establece que “aunque el testamento mancomunado contuviere cláusula en contrario, cada uno de los testadores podrá disponer entre vivos de sus bienes, a título oneroso o gratuito, aun después de fallecido el otro...”. En este mismo sentido, en la doctrina, *vid.* LORENTE SANZ: “El testamento mancomunado en la Compilación de Derecho civil de Aragón”, en *Anuario de Derecho Aragonés*, tomo XIV, 1968-1969, p. 54, y GARCÍA-GRANERO: *op. cit.*, pp. 902, 911 y s. Pero se trata, como decíamos antes, de preceptos que incurren en error, a resultas de no tener clara la idea de partida en este punto. Que es la siguiente: si dos sujetos deciden libremente otorgar testamento mancomunado correspectivo, hay que entender que no quieren sólo otorgarlo sin más, sino que quieren también todo aquello que para la efectividad del mismo es necesario, por lo cual en su voluntad debe entenderse incluida –sea explícitamente, sea implícitamente, como de hecho será lo normal– la auto-limitación a sus facultades de disponer a través de acto *inter vivos*. Es una consecuencia, y una exigencia, subordinadamente necesaria, es decir, inherente a la propia esencia del negocio que han querido celebrar. Y si no lo han querido así, porque lo han excluido, es porque han excluido también el carácter correspectivo de ese testamento. Con lo cual, como ya hemos dicho, estaremos entonces en otro campo.

comunado previamente otorgado. Y así, ante la alternativa planteada, nuestra respuesta es clara: sólo deben limitarse aquellos actos que lleven a ese resultado. Pero, ¿cuáles son esos actos?

Antes hemos destacado una idea, apuntada tanto entre la doctrina científica como a nivel positivo en Derecho comparado, que plantea que los actos dispositivos cuya realización debe excluirse son los que se hagan a título gratuito, no los que se hagan a título oneroso, pues aquéllos, y no éstos, son los que desembocan en el resultado que se pretende evitar.

Por nuestra parte, y sin negar el valor de esa distinción (ya lo dijimos antes), pensamos que para llegar a la solución óptima es menester introducir alguna matización más. En concreto, la solución que proponemos nosotros es la siguiente:

a) Actos realizados a título gratuito (116): en este caso coincidimos con la idea apuntada en que la solución pasa necesariamente por excluirlos de forma tajante. Salvo que sean a favor de la persona que en el testamento hubiera sido designada como beneficiaria de los mismos (117), o se hagan contando con el asentimiento y conformidad del co-testador (118). Sobre esto creemos que no es necesario insistir, porque se sustenta en razones evidentes.

b) Actos realizados a título oneroso: en este caso, y a diferencia de lo que se deduce de la idea antes apuntada, la solución creemos que no puede ser, simple y llanamente, la contraria a la sostenida para con los actos a título gratuito, esto es, permitir a cada co-testador realizar actos de disposición a título oneroso sin cortapisas ninguna.

Pues aunque aquí el peligro de fraude o burla resulta sin duda incomparablemente menor que en el caso anterior, no puede tampoco excluirse absolutamente. Y si eso es así, ese peligro debe neutralizarse, también en estos casos.

Para ello es menester distinguir según que el testador, que luego realiza el acto de disposición, en el testamento mancomunado previamente otorgado haya ordenado una atribución genérica (de cuota o de toda su herencia), o que por el contrario haya ordenado atribuciones de bienes concretos e individualizados.

En el primer caso entendemos que efectivamente no hay razón para impedir que quien ha otorgado testamento mancomunado pueda, después

(116) Quedan fuera de este grupo las liberalidades de uso.

(117) Esta excepción viene ya establecida en el vigente Derecho civil foral del País Vasco, artículo 178.1 (Fuero de Guipúzcoa).

(118) Esta excepción está ya contemplada en el Fuero Nuevo navarro, Ley 204.2.

de haberlo hecho, disponer de sus bienes –recuérdese que siguen todavía siendo suyos, pues el testamento mancomunado, como todo testamento, es un negocio cuya eficacia en ese sentido se produce *post mortem testatoris*– por medio de acto *inter vivos* a título oneroso. Pues, precisamente por ser oneroso y en virtud del principio de subrogación real, el resultado de tal acto será una modificación cualitativa de su patrimonio, pero no cuantitativa. Y así, en la medida en que sus disposiciones testamentarias respectivas eran de índole genérica, la realización de tales actos no puede suponer, bajo ningún prisma, burla o fraude, pues cuando llegue el momento la herencia o la cuota asignada se deferirá, y con el mismo contenido económico que tendría si tal acto no se hubiera realizado (119).

En el segundo caso las cosas ocurren, sin embargo, de manera distinta. Pues aquí, aunque el bien o derecho que sea se sustituye por otro económicamente equivalente, no cabe ignorar que, en cuanto que bien o derecho concreto e individualizado, desaparece. Y, puesto que el otro co-testador había ordenado su disposición sucesoria en contemplación a esa disposición precisa e individualizada, resulta entonces que la burla o el fraude se producen o se pueden producir. Por lo cual la realización de tales actos de disposición, aunque sean a título oneroso, en este caso creemos que no debe permitirse (120).

Y no cabe decir que esa disposición puede venir forzada o aconsejada por circunstancias sobrevenidas con posterioridad al otorgamiento del testamento mancomunado, y que en tal hipótesis resulta excesivo impedir al testador disponer de sus propios bienes, cuando es por acto a título oneroso. Éste no es un argumento válido. Al mismo se responde simplemente arguyendo que esa limitación no es sino consecuencia del sentido en que ese mismo sujeto ha ejercitado previamente su autonomía, al otorgar testamento mancomunado con una disposición de esa índole concreta e individualizada. El de autonomía privada es un principio general de nuestro ordenamiento, que da poder a los sujetos para que decidan libremente si actuar o no, celebrando o no negocios. Pero supone también que, una vez celebrados, los actantes quedan vinculados por esos negocios, y han de estar a ellos. Esta es la verdadera esencia de ese principio, no proporcionar a los sujetos una excusa para deshacer unilateralmente los negocios que previamente han celebrado, cuando ello afecta a otros sujetos

(119) No entramos aquí a considerar siquiera el caso de los negocios onerosos (generalmente compraventas) simulados, cuyo tratamiento se hará simplemente aplicando las reglas generales, a las que por tanto remitimos.

(120) Un cierto atisbo de esta idea puede verse en las Anotaciones de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER al *Tratado de Derecho Civil* de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, tomo V, 1.º, Barcelona, edición 1976, p. 392.

y a la confianza y a las legítimas expectativas que éstos han depositado en tales negocios.

Visto lo cual, lo único que puede hacerse entonces es, destacando lo dicho, advertir de la mayor limitación que supone el otorgamiento de un testamento mancomunado, cuando las disposiciones que en él se ordenan no tienen carácter genérico, sino concreto e individualizado. Para que, antes de otorgarlo, se reflexione mejor sobre ello.

IV.2. Sobre el valor de los actos de disposición *inter vivos* no permitidos, pero aun así realizados, y las medidas para impugnarlos

Las afirmaciones que acabamos de dejar establecidas creemos que constituyen un paso importante en este tema. Pero, eso sentado, es menester seguir adelante y determinar qué ocurrirá si, a pesar de lo dicho, el acto de disposición no permitido se produce. ¿Qué valor tendrá? ¿Se dará acción contra él? ¿Cuál será ésta?

De entrada, y a tenor de lo hasta aquí visto, parece fácil responder a las primeras cuestiones diciendo que un tal acto de disposición, por pura lógica, será jurídicamente inválido o ineficaz, y por tanto que el ordenamiento deberá proveer la oportuna acción para impugnarlo y así poner remedio a la situación creada. A esta proposición podría incluso encontrarse apoyo positivo en el artículo 826.2 CC, que en relación con la promesa de mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales –un contrato sucesorio, pero cuya analogía en este punto con los testamentos mancomunados es indudable– establece que “la disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto”.

Ahora bien, afirmar la procedencia de una acción de impugnación en tal supuesto, con ser incuestionable, es, sin embargo, decir poco, pues la invalidez o ineficacia de los actos o de los negocios jurídicos son categorías poco nítidas y definidas, en especial en nuestro Derecho, y esas mismas notas se trasladan luego a las acciones a través de las cuales aquéllas se articulan. Y el estudio que estamos llevando a cabo exige respuestas precisas.

Satisfacer esa exigencia, ahora bien, obliga a encararse con una materia –la invalidez o ineficacia de los negocios jurídicos– cuya enjundia y dificultad, de todos conocida, no permite en absoluto que nos ocupemos de ella aquí a fondo. Lo haremos, pues, sólo en la medida en que resulte estrictamente necesario para fijar las premisas que nos permitan resolver la cuestión que ahora nos ocupa, esto es, determinar cuál sea la precisa calificación jurídica que deba darse a los actos de disposición realizados contraviniendo la limitación derivada del previo otorgamiento de testamento

mancomunado y cuál el medio de impugnación para reaccionar frente a ellos.

En este sentido, podemos empezar diciendo que la invalidez o ineficacia de un acto jurídico –renunciamos aquí a distinguir entre uno y otro término, aun en caso de que eso sea posible– es una categoría conceptual elaborada para designar la situación en que se encuentran los actos jurídicos, cuando están aquejados de determinados vicios, defectos o irregularidades. O, si se quiere enfocar desde otra perspectiva, podemos decir que es expresión con la que se hace referencia al tratamiento que el ordenamiento aplica a los actos jurídicos, cuando adolecen de ciertos vicios, defectos o irregularidades. Aunque, en realidad, una y otra perspectiva son caras de la misma moneda.

Dicho esto, tenemos que se acostumbra a distinguir tres tipos fundamentales de invalidez o ineficacia: nulidad, anulabilidad y rescisión. ¿Cuál es el que mejor encaja en nuestro caso?

El recurso al Derecho Comparado, habitualmente tan ilustrador, no es aquí de gran ayuda, ya que en este punto incluso aquellos ordenamientos que admiten los testamentos mancomunados –tanto extranjeros como, dentro de España, forales– ofrecen poca o ninguna luz. Pues, o no dicen nada, o simplemente dicen que el sujeto no podrá realizar tales actos de disposición, limitándose a señalar que el acto realizado será inválido, o ineficaz, pero sin precisar más (121). Si acaso podemos apuntar que, dentro de la escasez, la postura que más apoyo parece tener –pero más a nivel doctrinal y jurisprudencial que positivo– es la que se orienta en el sentido de calificar tales actos como nulos (122).

¿Cuál es la calificación correcta? Para responder nos parece conveniente exponer antes los conceptos de esos tres tipos de ineficacia apuntados, así como las notas características de cada uno de ellos, a fin de establecer unas bases firmes sobre las que seguir. Tampoco esta cuestión, ahora bien, es cosa absolutamente clara, por lo que de nuevo hemos de decir

(121) Vid. el artículo 178 de la Ley 3/1992, de Derecho foral vasco; y la Ley 204 del Fuero Nuevo navarro. También el Código Civil en su artículo 826.2, en relación con el pacto sucesorio de promesa de mejorar.

(122) Vid. TEIXEIRA: *op. cit.*, p. 146, y LORENTE SANZ: *op. cit.*, p. 54. En el Tribunal Supremo, vid. S. de 23-10-1964, que con referencia al Derecho foral aragonés dice: “Que dispuesto por el artículo 19 del Apéndice Foral Aragonés, en su párrafo 2.º, que «después de morir uno de los otorgantes, el sobreviviente no podrá modificar lo dispuesto de mancomún acerca de sus propios bienes» (...), es indudable que el término «modificar» no puede entenderse circunscrito a los actos de disposición *mortis causa* (...) siendo nula la venta de la mitad de la casa por suponer una revocación de su voluntad testamentaria”. En la Jurisprudencia de las Audiencias, vid., en la Territorial de Zaragoza, las sentencias de fechas 28-9-1949, 10-4-1956, 18-2-1960 y 20-5-1967; y en la Territorial de Pamplona, vid. sentencia de 2-3-1987 –citadas éstas de las Audiencias por LORENTE SANZ (*op. et loc. cit.*) y GARCÍA-GRANERO (*op. cit.*, pp. 900 y s.).

que nos limitamos aquí a aquellas notas que resultan ampliamente dominantes en la doctrina, y que por tanto parecen suficientemente seguras (123). Y así tenemos lo siguiente.

La nulidad es un tipo de invalidez que presenta como notas características, en lo que aquí nos interesa, las siguientes: estructural, automática y no sanable (124). Es estructural porque las irregularidades determinantes de la misma radican en la propia estructura del acto afectado, y se producen en la fase de formación o realización del mismo. Es automática porque se produce *ipso iure*, esto es, por la fuerza misma del ordenamiento jurídico, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito adicional; el acto, por tanto, nace ya inválido desde el primer momento, sin estar esto supeditado a que nadie interponga reclamación ninguna en ese sentido (lo cual no quita que pueda ser necesario ejercitar una acción cuyo fin sea pedir que se declare esa nulidad, pero debe entonces considerarse que ésa será una acción declarativa, no constitutiva, y que tendrá efectos *ex tunc*; además, la nulidad puede incluso ser apreciada de oficio por los jueces). Y es insanable, porque el ordenamiento no permite corregir tales defectos *a posteriori*: *quod ab initio nullum est, non potest tracto tempore convalescere*.

Es, por tanto, el tipo de invalidez más extrema y radical, ya que supone considerar el acto en cuestión como jurídicamente no realizado: *nullum est negotium, nihil est actum*. Se reserva para aquellos casos en que el vicio, defecto o irregularidad de que el acto en cuestión está aquejado, afecta a intereses públicos y de trascendencia general (125). Las causas que en nuestro Derecho se consideran habitualmente como causas de nulidad, confirman lo dicho. Esas causas son principalmente –a los efectos ilustradores que aquí nos interesan– las siguientes: ser el acto contrario a ley imperativa o prohibitiva (art. 6.3 CC); traspasar, el acto en cuestión, los límites que el ordenamiento reconoce a la autonomía privada, esto es, la ley, la moral o el orden público (art. 1.255 CC); incumplir los requisitos formales exigidos por la ley al acto en cuestión, cuando tienen valor esencial o *ad solemnitatem* (126).

(123) Vid. CASTRO: *El negocio jurídico*, Madrid, 1997 (reimp.), pp. 461-531; Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, tomo I, Madrid, 1993, pp. 423-489, y GORDILLO CAÑAS: “Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda codificación)”, en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, pp. 935-982.

(124) No nos interesan aquí otras notas que frecuentemente se suelen señalar a la nulidad, tales como ser originaria y absoluta.

(125) Vid. GORDILLO CAÑAS: *op. cit.*, espec. pp. 966 y ss.

(126) Otras causas que habitualmente se incluyen como de nulidad, tales como la falta absoluta de determinación del objeto del acto realizado, o la ilicitud del objeto, tal vez encajan mejor en la categoría de la inexistencia.

La anulabilidad, por su parte, es un tipo de ineficacia cuyas notas características son las siguientes: estructural, provocada y sanable (127). Estructural, por las mismas razones que al considerar la nulidad han quedado ya expuestas. Provocada porque, a diferencia de lo dicho en el caso anterior, en éste la invalidez o ineficacia no se produce automáticamente por la fuerza misma del ordenamiento jurídico, sino que precisa de una reclamación de quienes están legitimados para ello, en el sentido de impugnar la validez de ese acto, pidiendo que se le apliquen las sanciones jurídicas previstas para tal caso. Y sanable, porque los vicios, defectos e irregularidades de que el acto adolece pueden ser salvados *a posteriori* —bien por un acto del propio sujeto afectado, bien por el transcurso del plazo legalmente señalado para el ejercicio de esta acción de impugnación—, de tal modo que ese acto queda entonces confirmado, deviniendo firme y definitivo.

Se trata de un tipo de invalidez o ineficacia menos extrema que la nulidad radical, ya que supone considerar inicialmente al acto en cuestión como jurídicamente existente y eficaz, aunque con una validez y eficacia no firme, sino claudicante, por el poder de impugnación del mismo que se concede a los sujetos afectados y perjudicados, en razón de los vicios, defectos e irregularidades de que adolece. Por lo dicho, se explica que este tipo de ineficacia se reserve para aquellos casos en que el vicio, defecto o irregularidad afecta a intereses privados y de trascendencia meramente particular (128). Aquí, de nuevo, las causas que tradicionalmente se consideran de anulabilidad confirman lo dicho. Son las siguientes: falta de capacidad de obrar suficiente en alguno de los sujetos que realizan el acto, y realización del acto adoleciendo alguna de las partes del mismo de vicio en su voluntad (error, intimidación, violencia, dolo).

La rescisión, por último, es un tipo de ineficacia cuyas notas características relevantes en este tema son las siguientes: funcional, provocada y sanable. Es funcional porque la irregularidad determinante de la misma no afecta a elementos esenciales o a la estructura propia del acto en cuestión, sino que se predica del resultado o consecuencia práctica que de ese acto se deriva, en tanto que supone perjuicio, lesión o fraude para alguien, siendo así que el Derecho estima no puede permitir ese resultado. Es provocada porque no se produce automáticamente, *ope legis*, sino que precisa ser instada por la parte perjudicada, lesionada o defraudada, impugnando el acto en cuestión mediante la acción de rescisión. Y es sanable porque sí el acto no se impugna en plazo, o incluso antes, si el afectado

(127) Además, pero sin especial trascendencia en el caso, se suele decir también que es una ineficacia relativa.

(128) En este punto, *vid.* de nuevo GORDILLO CAÑAS: *op. et loc. cit.*

muestra su conformidad al mismo y lo ratifica, deviene firme e inatacable.

Se trata de un tipo de ineficacia distinta a las dos anteriormente vistas, ya que se predica de actos estructuralmente perfectos que, sin embargo, fallan desde el punto de vista de los efectos que producen, en la medida en que causan daño, perjuicio o lesión a determinados sujetos –esto es, a intereses privados, de trascendencia particular–, que el Derecho estima no puede amparar, por lo que, aun considerando ese acto inicialmente válido y eficaz, permite al sujeto afectado su impugnación. Esto es lo que expresa el Código cuando dice que “los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley” (art. 1.290). Se trata, por tanto, claramente, de una opción singular de política legislativa. *Las causas de rescisión en el Código Civil se encuentran recogidas en el artículo 1.291, en cinco números que se pueden condensar en tres bloques: actos que causan lesión económica a un sujeto; actos que suponen fraude para los derechos de los acreedores; y, en una fórmula abierta y genérica, “cualesquiera otros [actos] en que especialmente lo determine la ley”.*

Expuesto lo anterior, es tiempo entonces de retomar el discurso desde donde lo dejamos. ¿Qué tipo de invalidez o ineficacia es la que mejor cuadra en nuestro caso? ¿Nulidad, anulabilidad o rescisión?

A la vista de lo que en los párrafos anteriores ha quedado dicho, y de que los que en nuestro caso están en juego son, sin duda, intereses privados, de trascendencia estrictamente particular, la hipótesis de la nulidad creemos que debe descartarse. La respuesta oscila entre la anulabilidad y la rescisión.

A favor de la anulabilidad se puede decir que, en el caso –sujeto que realiza un acto de disposición sobre bienes que son suyos, pero de los que no puede disponer, por estar afectados por lo establecido en un testamento mancomunado previamente otorgado–, lo que falla es el realizarse ese acto sin contar con la “conformidad” o “asentimiento” del co-testador (no es consentimiento en sentido propio, porque el co-testador no es dueño de esos bienes, y por tanto no puede ser parte en tal negocio). Que sería un defecto estructural, no meramente funcional.

No es ésa, ciertamente, una de las causas tradicionales de anulabilidad –defecto de capacidad en una de las partes del negocio, o vicio de la voluntad–. Pero a ello se puede responder arguyendo que no es menos cierta tampoco la tendencia expansiva de esas causas en los últimos tiempos, fruto destacado de la cual ha sido la incorporación entre las mismas del supuesto de actos dispositivos realizados por uno de los cónyuges sin contar con el asentimiento del otro, cuando éste se considera legalmente necesario (arts. 1.322-1 y 1.301, párrafo último, del Código Civil). Que puede ser –al menos en algunos casos lo es– un supuesto sustancialmente seme-

jante al que aquí estamos viendo, ya que se trata de que falta el “visto bueno” o “conformidad” de un cónyuge a actos dispositivos que el otro cónyuge va a realizar solo, pero sobre bienes que son suyos. Aunque la calificación de este caso como de anulabilidad ha sido, y sigue siendo, objeto de polémica doctrinal, hoy la misma parece consolidada entre nosotros (129).

Pero, frente a lo anterior, cabe también pensar en un supuesto de rescisión, si consideramos que, en el caso, el defecto o irregularidad no atañe a los elementos estructurales del acto dispositivo realizado –el acto, por tanto, es válido–, sino a su funcionalidad, es decir, a las consecuencias que produce, ya que según quedó dicho más arriba, la realización del mismo supone desbaratar la construcción erigida con el otorgamiento del testamento mancomunado, vaciando de contenido y de significado real las disposiciones en él contenidas y lesionando y defraudando por tanto las expectativas legítimas que en ellas había puesto el co-testador. Que son intereses de índole privada y trascendencia particular, pero legítimos, que el ordenamiento pueda considerar no debe desamparar.

No obsta a lo dicho que este supuesto no tenga encaje propio y perfecto en ninguna de las causas concretas de rescisión que se establecen en los cuatro primeros números del artículo 1.291 CC (el núm. 3.º habla de rescisión por fraude, pero de acreedores). Pues en el número 5.º de ese mismo precepto se establece una fórmula de cierre genérica, previendo la rescisión en cualquier otro caso que especialmente determine la ley, de tal modo que sería perfectamente posible introducir esta causa de rescisión cuando se modificara el Código Civil para dar entrada a los testamentos mancomunados, sin que esto supusiera problema ninguno.

¿Cuál solución debe preferirse? En realidad, si bien se mira, tenemos que ambas opciones coinciden en que el ordenamiento no debe permitir el acto dispositivo realizado. La diferencia está en dónde consideran producido el defecto, vicio o irregularidad que da pie para llegar a tal resultado: si en la estructura del acto realizado –anulabilidad– o si en su función o consecuencias –rescisión.

Aunque no nos atrevemos a pronunciarnos con rotundidad, nos inclinamos a favor de la consideración del supuesto como un caso de rescisión, por cuanto que encaja con mayor naturalidad en esta categoría, a

(129) Si bien conviene dejar aquí constancia de alguna de las dificultades que ese precepto supone, en particular que la sanción prevista en el artículo 1.322 CC para los actos que un cónyuge realiza sin el consentimiento del otro no es siempre la anulabilidad, sino que también está prevista para algunos casos la nulidad radical. A nuestro entender, la solución debe ser una sola y la misma, tanto si el acto dispositivo realizado es a título oneroso como si es a título gratuito. En concreto, anulabilidad, dado que los intereses en juego son estrictamente privados.

tenor del concepto y de las notas características de la misma que hemos dejado dichos, sin los forzamientos que por el contrario exigiría su inserción en la categoría de la anulabilidad (130). Aunque la anulabilidad sea categoría más general de ineficacia, y la rescisión un remedio singular introducido puntualmente por razones de política legislativa, las razones apuntadas creemos que justifican la solución dicha. Esta es, pues, la solución que proponemos, aunque señalando también que ningún obstáculo insalvable existe para poder calificar el caso como de anulabilidad.

Llegados aquí, debemos entonces analizar los distintos aspectos de esa acción en nuestro caso concreto. ¿Quién está legitimado para ejercitarla? ¿Cuál es su plazo? ¿Cuáles son sus efectos?

En cuanto al sujeto al que debe atribuirse legitimación para ejercitar la acción de rescisión, creemos hay que distinguir tres supuestos: si el co-testador no disponente tiene conocimiento, en vida de ambos testadores, de que ese acto se ha realizado; si tiene conocimiento del mismo cuando el que lo realizó ya ha muerto, y si el testador no disponente fallece sin enterarse del acto realizado por el otro.

En el primer supuesto, legitimado en este sentido sólo puede serlo el co-testador burlado. Pues conviene aquí advertir que el fraude, perjuicio o lesión que se producen a resultas de tales actos, no se infligen propiamente a aquél en cuyo favor se ha ordenado en el testamento mancomunado la atribución de la cosa de la que luego se dispone y que por tanto no va a recibir, sino al co-testador no disponente, ya que lo que se burla por el acto dispositivo del otro testador es la ordenación sucesoria previamente establecida de consuno por ambos, y por consiguiente la confianza que en ella había depositado aquél.

Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho debemos aquí apuntar que esa acción de impugnación, en el supuesto de que ambos testadores vivan todavía cuando el no disponente tenga conocimiento del acto realizado por el otro, en verdad es una hipótesis más teórica que real. Pues, en vida de ambos, los co-testadores, con los requisitos que en su momento veremos, tienen posibilidad de revocar unilateralmente el testamento mancomunado previamente otorgado. De donde resulta que en este caso, aun siendo procedente en el plano de principio la acción de impugnación, el co-testador cuyo interés ha sido burlado tiene en su mano una reacción mucho más fácil. Le basta simplemente con revocar ese testamento, para así cambiar sus disposiciones y adaptarlas a la nueva situación creada por el acto de disposición *inter vivos* realizado por el otro.

(130) GARCÍA-GRANERO, que inicialmente parece proclive a la nulidad (*op. cit.*, p. 905), luego se muestra, sin embargo, favorable a la anulabilidad (pp. 909-910).

En el segundo supuesto –el co-testador no disponente tiene conocimiento de ese acto cuando el que lo realizó ya ha muerto–, en cambio, la acción de impugnación no sólo es procedente, sino que es la única que cabe, pues como veremos en su momento, aquél, a pesar de estar todavía vivo, ya no puede revocar el testamento.

Del mismo modo, en el tercer supuesto antes apuntado –si el testador no disponente fallece sin enterarse del acto realizado por el otro–, la acción de impugnación es la única solución que cabe. Pues aquí, por hipótesis al estar muerto, aquél ya no tiene posibilidad ninguna de cambiar sus disposiciones testamentarias para adaptarlas a la nueva situación (131).

Ahora bien, aunque como decíamos antes el lesionado o defraudado en sentido propio sea el testador no disponente, resulta en este tercer supuesto que ese sujeto no puede ya accionar, porque está muerto. Por eso es natural entender entonces que, a partir del momento en que el testador no disponente muere, la legitimación para impugnar debe reconocerse al sujeto instituido heredero por el testador no disponente en el testamento mancomunado (sea o no ese heredero el mismo sujeto en cuyo favor se hubiera ordenado en el testamento mancomunado la atribución cuya efectividad se desvirtúa luego con el acto de disposición *inter vivos* del testador supérstite). Pues las acciones que competían a ese causante –entre otras, la que estamos viendo– pasan a aquél. Por ello, resulta adecuado conferir aquí legitimación al sujeto dicho, para actuar contra el acto dispositivo causante del resultado lesivo o defraudatorio para el testador premuerto (132). La idea, comúnmente admitida, de que el heredero “continúa la personalidad de su causante”, aunque no sea sino una forma de hablar, y no pueda por tanto tomarse al pie de la letra, ilustra bien lo dicho.

A esto último podría tal vez objetarse, en caso de que el heredero del testador premuerto fuera también el designado heredero en ese mismo testamento por el testador supérstite (autor del acto dispositivo *inter vivos*), que se incurriría en cierta contradicción, por cuanto que se estaría confiriendo legitimación a un sujeto para accionar contra quien lo ha designado heredero. El heredero –se podría decir aquí, retorciendo el argumento antes empleado–, en cuanto que continuador de la personalidad de su causante, hace suyos los actos de éste, y no puede por tanto ir contra ellos.

(131) GARCÍA-GRANERO (*op. cit.*, p. 910), sin embargo, parece limitar sólo a este supuesto la operatividad de la acción de impugnación.

(132) Lo dicho vale tanto si la acción es de rescisión como de anulabilidad. De hecho, en los supuestos a que más recientemente se ha extendido la sanción de anulabilidad –art. 1.322 CC–, se reconoce legitimación en este sentido al cónyuge no disponente, aunque no haya sido parte del acto que se impugna, en base al daño sufrido por causa del acto en cuestión.

Se trata, sin embargo, de una objeción a la que puede responderse destacando su carácter marcadamente formalista, y además, y sobre todo, que no resulta adecuada en este caso, por las circunstancias que en él concurren.

Por de pronto, hay que hacer notar que el problema no se producirá siquiera, si el acto en cuestión se impugna en vida del co-testador disponente, pues en este caso el designado no es todavía heredero suyo.

Además, hay que destacar que en ese caso el sujeto legitimado activamente para interponer la acción de rescisión, antes que en calidad de heredero del testador disponente, en realidad lo que hace es actuar (impugnar ese acto) como “continuador” del interés del testador premuerto.

Y por último, podemos decir también que no estamos aquí ante un testamento individual, en el que el testador designa al heredero y ordena las disposiciones en virtud de una decisión y de un acto de voluntad exclusivamente suyos. Aquí estamos ante un testamento mancomunado correspectivo, en el que, aunque cada parte ordena sus disposiciones, no lo hace, sin embargo, de forma propiamente autónoma, sino en contemplación también de las disposiciones del otro testador. Por ello, aunque evidentemente las disposiciones testamentarias sobre cada bien sólo pueden ser ordenadas por quien es titular de los mismos, esto no permite desconocer que esa voluntad viene determinada también por la voluntad del otro testador, pues cada una de esas disposiciones está causalmente conectada y funcionalmente vinculada a la otra. Por lo cual resulta perfectamente justificado sostener que la atribución ordenada a favor de un sujeto en un testamento mancomunado correspectivo es debida, en cierto modo, tanto al testador que formalmente la hace como al otro. Pues también fue voluntad de éste que aquel sujeto fuera destinatario de esa atribución *mortis causa*, ya que la disposición testamentaria correspectiva que ese testador ordenó la vinculó precisamente a que el otro testador ordenara ésa.

En el caso de los testamentos mancomunados no cabe pensar en el heredero al modo en que se suele hacer los testamentos individuales, esto es, como continuador de la personalidad de su causante individual, y por tanto no cabe pretender que eso imposibilita reconocerle legitimación para impugnar los actos de éste que aquí estamos viendo. En el caso de los testamentos mancomunados, conforme a lo dicho, las cosas son de manera distinta. Y por esta razón se puede entonces reconocer, a ese heredero, legitimación para interponer acción de rescisión contra los actos dispositivos del otro testador con los que burle y desbarate la construcción o la ordenación sucesoria elaborada con el testamento mancomunado previamente otorgado.

En cuanto al plazo de ejercicio de esta acción, aquí la cuestión parece clara a la vista del artículo 1.299 CC, que establece que “la acción para pedir la rescisión dura cuatro años” (133).

Pero, ¿cuál es el *dies a quo* de la misma? Aunque el Código Civil, en sede de rescisión, no se ocupa de este tema, entendemos suficientemente fundado considerar que el tiempo empezará a correr desde el día en que el testador no disponente (o su heredero) tengan conocimiento efectivo del acto dispositivo *inter vivos* realizado, o, en su defecto, desde la muerte del testador que realizó el acto de disposición en cuestión (ya que a partir de entonces el testamento mancomunado empieza a desplegar eficacia con respecto a él, y el otro testador, o su heredero, pueden conocer su contenido, en lo que les concierna). A esta misma solución conduce, y de forma explícita, el último párrafo del artículo 1.301 CC, que aunque situado en sede de nulidad (anulabilidad), no parece disparatado traerlo aquí a colación, habida cuenta de la coincidencia de resultados que ya hemos dicho procuran en este punto anulabilidad y rescisión.

¿Cuáles son las consecuencias que se derivan del ejercicio de esa acción, cuya naturaleza, legitimación y plazo han quedado ya vistos? El artículo 1.295 CC es muy claro en este sentido, estableciendo que “la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses” (134).

Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho, es muy importante en este punto considerar qué ocurrirá si, cuando la acción de impugnación se ejercite, las cosas objeto del contrato se hallan legalmente en poder de terceras personas que han procedido de buena fe. ¿Se podrán entonces reclamar eficazmente las cosas, en sí mismas consideradas o, por el contrario, lo único que cabrá reclamar, al causante de la lesión o el fraude, es la indemnización de daños y perjuicios?

Lo que ahí se plantea es la interferencia que en la operatividad de la

(133) Igual resultaría si adoptáramos la solución de la anulabilidad (art. 1.301 CC). En la Ley aragonesa de Sucesiones por causa de muerte, de 1999, en cambio, la acción que se contempla en este sentido tiene fijado un plazo de dos años (art. 107.3). Por su parte, y en relación con los actos dispositivos realizados por un testador después de fallecido el otro, la Ley de Derecho civil de Galicia de 2006 le señala un plazo de tres años (art. 194.2).

(134) La solución sería sustancialmente la misma si se optara por calificar el supuesto como un caso de anulabilidad, ya que entonces el artículo 1.303 CC establece que “los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses”. En la Ley aragonesa de Sucesiones por causa de muerte, de 1999, se opta, sin embargo, por una solución distinta, estableciéndose en su artículo 107.3 que la reclamación se cifra siempre y necesariamente en dinero (el valor de la cosa de que se dispuso, actualizado). En sentido semejante, también la Ley gallega de Derecho foral de 2006 (art. 194.2). No nos convence a nosotros esta solución, por lo que ya páginas más atrás quedó dicho, de modo que preferimos la sostenida aquí en el texto.

acción de rescisión puede tener la aparición de un tercero adquirente de buena fe y a título oneroso de la cosa cuya restitución se pretenda; esto es, en otras palabras, de un caso de adquisición *a non domino* o, dicho con mayor precisión, adquisición *a domino* pero con poder de disposición limitado.

Se trata de un problema importante desde el punto de vista práctico, pues la protección de los terceros que adquieren confiados en la apariencia y en determinadas condiciones es hoy principio general de nuestro ordenamiento. De tal modo que, cuando entre en juego, puede desvirtuar en gran medida la operatividad de la acción de rescisión, ya que en lugar de lograr la recuperación de la cosa quedará reducida a una indemnización pecuniaria, cuya exigibilidad en la práctica, además, puede no ser fácil, habida cuenta del carácter fácilmente distraíble del dinero.

Así resulta claramente establecido para el caso de la rescisión en el artículo 1.295, párrafos segundo y tercero, del Código Civil (135), que excluye la viabilidad de esta acción “cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe”, en cuyo caso lo único que cabrá reclamar, al causante de la lesión o el fraude, es la indemnización de daños y perjuicios (136).

A la vista de lo cual, se hace necesario entonces indagar cómo se puede evitar en este caso la aparición de terceros protegidos por el principio dicho, de tal modo que resulte posible interponer en su caso la acción de rescisión con éxito y así lograr la restitución de la cosa en sí misma considerada.

Se trata, ahora bien, de una cuestión que no es particular de este supuesto, sino común a otros muchos. La solución, por tanto, ha de ser la misma para todos ellos. Y ésta pasa, necesariamente, por impedir que se cree una apariencia en la que los terceros puedan confiar, de modo que no realicen luego actos de adquisición con base en ella.

¿Es posible eso en el caso del testamento mancomunado? Hay que partir de la base de que los co-testadores, después de haber otorgado ese testamento y hasta el momento de su muerte, siguen siendo dueños y poseedores de sus bienes, de todos, por tanto también de los que se vean afectados por las disposiciones correspectivas ordenadas en ese testamento.

(135) En relación con la anulabilidad, no existe previsión positiva literalmente tan clara, pero es cosa que resulta sin duda igual, partiendo de los principios generales de nuestro ordenamiento actual.

(136) Esta misma solución –indemnización pecuniaria– nos parece es la que hay que aplicar si el testador dueño de la cosa, aunque no por vía de enajenación, burla igualmente las expectativas del otro testador, destruyéndola o menoscabándola dolosamente. Así también KIPP: *op. cit.*, p. 389.

El único cambio producido es que, con respecto a esos bienes, su facultad de disposición se encuentra limitada o excluida. ¿Es posible dar publicidad a esa limitación, de tal modo que los terceros puedan tener conocimiento de ella cuando vayan a celebrar un acto de adquisición?

Los instrumentos de publicidad jurídico-real en nuestro ordenamiento, de todos conocidos, son la posesión –para bienes muebles– y el Registro de la Propiedad –para bienes inmuebles–. A ellos, por tanto, hay que acudir para responder a la pregunta formulada.

Y en este sentido tenemos que la posesión, por las limitaciones que le son inherentes, no resulta expediente hábil para el fin pretendido. Sí en cambio el Registro de la Propiedad, por su mayor capacidad para reflejar la situación exacta de los bienes inmuebles de que en él se da noticia. Esto, ahora bien, es en línea teórica o de principio. ¿Es factible lo dicho en el caso concreto de nuestro Derecho Hipotecario actual?

La respuesta tiene que venir dada de la mano de la Ley y del Reglamento Hipotecarios. Que no proporcionan, sin embargo, respuesta clara e inmediata. Pues cuando en esas normas se hace referencia a testamentos es pensando fundamentalmente en testamentos unipersonales, no mancomunados.

Lo cual, aunque no es de por sí obstáculo insalvable en orden a la admisión de nuestra figura –ya que esas normas se ocupan de los testamentos sólo desde una concreta perspectiva: la de su consideración como título hábil para acceder al Registro–, sí constituye evidentemente un inconveniente, pues supone que la cuestión que ahora estamos estudiando carece de respuesta directa a nivel positivo.

A la vista de lo cual, la solución a la cuestión planteada entendemos que ha de pasar por acudir a las previsiones contenidas en las normas hipotecarias sobre contratos sucesorios, cuyo acceso al Registro, antes de que el heredante fallezca y por tanto antes de que ese contrato sucesorio haya alcanzado su plenitud de efectos, está claramente admitido. Así resulta del artículo 77.1 RH, que habla de “*la inscripción de bienes... que hayan de adquirirse en el futuro en virtud de contrato sucesorio*”. Esto, aunque no referido propiamente a testamentos mancomunados, sino a contratos sucesorios, pensamos que podría bastar para resolver la cuestión que ahora nos ocupa, procediendo por analogía. La cual consideramos plenamente justificada por la sustancial identidad de razón que hay entre un caso (contrato sucesorio) y otro (testamento mancomunado).

Pero creemos que ese precepto puede dar incluso más juego, si advertimos que en él se dice que en la inscripción que se haga en el Registro de la Propiedad se consignarán, entre otras cosas, la denominación que en su caso tenga la institución en la regulación que la admita, las estipulaciones pertinentes de la escritura pública “*y las particularidades... [del] tes-*

tamento... en que aparezca la designación del heredero". Así pues, aunque inicialmente el precepto parece aludir sólo a los contratos sucesorios, luego amplía los supuestos comprendiendo también los testamentos. Y, dado que los testamentos individuales, por su propia naturaleza, no son inscribibles antes de la muerte de su único otorgante –ya que son libremente revocables, y hasta ese momento no otorgan ningún derecho ni expectativa legítima a nadie–, no queda otra solución que entender que los testamentos a que en ese precepto del Reglamento Hipotecario se está haciendo referencia son los mancomunados correspectivos. Que serán por tanto inscribibles, si lo piden los otorgantes.

De esta forma se consigue la meta que es propia del Registro de la Propiedad: dar publicidad a los derechos reales inmobiliarios y a la concreta configuración que los mismos presenten en cada momento, lo que sin duda incluye todo aquello que afecta a la facultad de disposición que sobre los mismos tengan sus titulares. Que es, precisamente, nuestro caso, pues los testadores en mancomún siguen siendo dueños de sus bienes mientras vivan, pero con una facultad de disposición sobre los mismos limitada o excluida.

Y se logra así el resultado apetecido: dar publicidad a esa limitación o exclusión a la facultad de disponer, procurándole oponibilidad *erga omnes*, y enervando por consecuencia la eventual entrada en juego del principio de fe pública registral.

**EL SISTEMA LEGITIMARIO
EN LA LEY 2/2006, DE 14 DE JUNIO,
DE DERECHO CIVIL DE GALICIA
(Segunda parte) (*)**

MARÍA MERCEDES BERMEJO PUMAR

Notario

Doctor en Derecho

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. SISTEMA LEGITIMARIO. **II.** ESTRUCTURA DE LA LEGÍTIMA. **A)** Legitimarios. Llamamiento: representación, acrecimiento, sustituciones en la legítima. **B)** Título, forma y medida. Intangibilidad. Gravamen permitido. Plazo. Otros gravámenes. **1.º** *Contenido económico del derecho del legitimario.* **2.º** *Determinación de la masa de reparto y de cálculo de la legítima.* **3.º** *Procedimiento para satisfacer la legítima* (arts. 221, 224 y ss., 246, 247, 248, 249, 250, 273, 278, 281, 282, 292, 305). **C)** La legítima del cónyuge viudo. **D)** Medios de defensa. **E)** Preterición. **F)** Desheredación (desheredamiento, arts. 262 y ss. de la Ley 2/2006; art. 218).

(*) La primera parte de este trabajo (apartado I y epígrafes A y B del apartado II) la hemos publicado en el número anterior de la Revista, el 65, enero-marzo 2008, pp. 9 a 128.

C) La legítima del cónyuge viudo (arts. 253, 254, 255, 256 y 257).

La legítima a favor del cónyuge viudo no recae sobre la legítima de los descendientes, por las razones que quedan expuestas anteriormente y que pueden resumirse así:

— El artículo 241 sólo permite imponer sobre la legítima el usufructo universal que puede ordenarse con arreglo a la Ley: Usufructo universal y familiar siendo los legitimarios los herederos. En este caso la nuda propiedad no pospone la atribución patrimonial: es un derecho con un valor patrimonial negociable; al recaer en bienes, éstos conservan el valor. La atribución de la herencia entre los herederos compensa la incertidumbre sobre la duración de la vida del usufructuario universal.

— El derecho del legitimario descendiente a un valor no forma parte de la masa de bienes y derechos relictos por el causante.

— No se puede gravar la legítima en valor con el usufructo sin mermar el propio valor.

— La ley permite gravar, pero no lesionar ni privar.

— La propia regulación de la legítima reserva a favor de los legitimarios el provecho de la cuota valor (los intereses se deben al legitimario descendiente, arts. 221, 250).

— La regulación que la LDCG hace de la legítima del cónyuge viudo confirma que el derecho no recae sobre la cuota de los legitimarios. La conmutación se reconoce como facultad de los herederos y no en beneficio de los legitimarios (art. 256).

— El artículo 253 se remite a las reglas del artículo 244 (aunque dice 245). Pero debe entenderse que el usufructo recae sobre el relicto. No se aplica al cónyuge viudo las reglas de imputación del artículo 245.

El testador puede imponer a los herederos voluntarios las cargas que se le antoje. Pero, según el artículo 256 de la LDCG, si el causante no lo prohibió, los herederos podrán conmutar la legítima del cónyuge viudo por alguna de las atribuciones expresadas en el artículo anterior (255) y optar por la modalidad de pago, pero habrán de acordar con la persona viuda los bienes o derechos en los que se concretará. Si no hubiera acuerdo entre los herederos y la persona viuda decidirá la autoridad judicial.

La opción es de los herederos y no del contador-partidor (arts. 292, 293).

No se prevé la afección del párrafo segundo del artículo 839 del Código Civil, pero, en todo caso, los bienes estarán afectos a la satisfacción de este derecho que recae sobre ellos. El procedimiento es de conmutación del derecho legal de usufructo por otro de los previstos en el artículo 255 de la ley. Es un procedimiento que deberá llevarse a cabo al tiempo de la partición; está integrado en ella (art. 305).

El artículo 256 no presupone la concurrencia del viudo con otros legitimarios, sino con los herederos. No es una conmutación que libere la legítima de los descendientes, sino que favorece a los herederos.

El artículo 229, párrafo segundo, al regular el usufructo voluntario, dice: Este usufructo es renunciable en todo o en parte y sólo redimible o conmutable por acuerdo del usufructuario y de los propietarios sin usufructo.

La enmienda que propuso una remisión en este artículo al anterior no prospera, por tratarse de dos supuestos distintos. “En relación coa emenda núm. 25 do GP do Bloque Nacionalista, ao apartado 2 do artigo 229, esta mantense para Comisión pola súa incidencia respecto do artigo 238, no que se permite conmutar o usufructo voluntario do cónxux vivo aos herdeiros, que non é o legal previsto no artigo 839 do Código Civil, senón o outorgado polo causante a través de pacto sucesorio”.

Artículo 257.

1. En tanto no exceda de su cuota usufructuaria, el cónyuge viudo podrá optar por hacerla efectiva sobre la vivienda habitual, el local en donde ejerciera su profesión o la empresa que viniera desarrollando con su trabajo.

2. Este derecho es preferente a la facultad de conmutar que atribuye a los herederos el artículo anterior.

La opción que regula este artículo es preferente a la facultad de conmutar que atribuye a los herederos el párrafo anterior, pero no al derecho a señalar del testador.

El exceso de la cuota puede entenderse en dos sentidos: 1) capitalizado es de mayor valor como consecuencia de la edad del usufructuario; 2) el usufructo sobre la vivienda supone que se extiende sobre la mayor parte o todo el caudal relicto.

La legítima en valor a favor de los legitimarios les defiende de los efectos de la extensión real: de la afección de la mayor parte del caudal.

La opción que se reconoce al viudo es un límite a la facultad de conmutar de herederos voluntarios. En este caso creo que la extensión debe entenderse en el primer sentido en consideración al fin al que responde el artículo 257 y de acuerdo con la fórmula aplicable en la conmutación y, por eso, capitalizando el usufructo (diferente del criterio transaccional del art. 820-3.º, que se interpreta en relación con el último párrafo del art. 819 y con el 813, todos del Código Civil).

El artículo 257 de la LDCG atribuye sobre la vivienda privativa del causante una opción a favor del viudo que completa la que regula el artículo 1.407 del Código Civil en la liquidación de los gananciales disuelta la sociedad por causa de muerte. La opción del artículo 257 puede ser sobre un bien privativo o ganancial.

La atribución de la vivienda es más ventajosa a efectos fiscales en la liquidación de la herencia que en la de gananciales. Si la vivienda no integra la herencia, no podrá aplicarse la reducción prevista en el artículo 20 de la Ley 29/1987 (después de la reforma por Ley 14/1996 como consecuencia del RD-L 7/1996). Interpretado por la Resolución 2/1999, de 23 de marzo: La reducción beneficia a todos los partícipes por igual cualquiera que sea el reparto que hagan entre ellos, a no ser que el testador asigne el bien de forma específica. Pero en esta interpretación deberá tenerse en cuenta el derecho legal del artículo 257 desde la entrada en vigor de la nueva LDCG.

D) Medios de defensa [art. 249 (94) y otros: 221, 231, 232, 244, 247, 248, 250, 251, 252, 258, 259, 262, 266, 278].

Según el artículo 249-1: el legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor. Esta afirmación de la LDCG es original.

De llevarse a su último extremo las medidas tradicionales de defensa de la legítima, que esta ley no olvida, deberían tener en cuenta la responsabilidad personal de quien tiene que satisfacer el derecho de este acreedor legitimario. En el caso de reducción, cualquiera de los afectados por ella podría llegar a exigir responsabilidad al heredero por su falta de diligencia.

La LDCG recoge en este artículo de nuevo expresiones plásticas de lenguaje de autor, que aproximan a una idea o impulsan una tendencia, pero que no son técnicas.

La clasificación doctrinal de las legítimas en *pars hereditatis*, *pars bonorum*, *pars valoris*, *pars valoris bonorum*, *pars valoris bonorum quia in specie heres solvere debet*, es útil se dice como desarrollo dogmático de ideas y aproximación al estudio de sistemas, pero no conceptúa de forma técnica ni presupone el contenido de una regulación que puede dejar fuera tal clasificación. Por ejemplo, si al partícipe en la comunidad se le reconocen la misma posición y derechos que al heredero (comunidad germánica: derechos de transmisión, derecho de retracto...); o si el legitimario en valor tiene derechos de cobro o decisión sobre los bienes.

(94) Artículo 249: 1. El legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor.

2. El legitimario podrá exigir que el heredero, el comisario o contador-partidor o el testamentario facultado para el pago de la legítima formalice inventario, con valoración de los bienes, y lo protocolice ante notario.

3. Podrá el legitimario solicitar también anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad sobre los bienes inmuebles de la herencia.

La equiparación entre legitimario y acreedor no puede ser categórica porque no pocas veces, en el desenvolvimiento del fenómeno sucesorio, es imposible. El alcance de una equiparación semejante no se extrae de la afirmación de un artículo (el art. 249), sino de la interpretación de las normas de Derecho sucesorio que rigen en Galicia y, en especial, las de la propia LDCG.

Por otra parte, aunque el acreedor puede no tener derechos como titular sobre los bienes, éstos pueden, sin embargo, estar afectos al pago de su derecho (arts. 81 y 82 de la ley balear; arts. 847/844-2.º y 839-2.º del Código Civil).

La LDCG no establece quién es el responsable del incumplimiento o mal cumplimiento de la obligación contraparte del crédito del legitimario. No existe en la LDCG un artículo como el 366 de la legislación catalana: “El heredero responde personalmente del pago de la legítima y del suplemento de ésta”; legislación en la que la legítima es carga contra la herencia.

En la LDCG no consta, por ejemplo, a quién debe dirigirse el legitimario preterido que aparece después de llevarse a efecto la liquidación.

Recordemos que lo correlativo al derecho del acreedor no es sólo la responsabilidad de un deudor, y menos reducida ésta, en caso de incumplimiento, a la indemnización material. Lo correlativo es el cumplimiento de la prestación en las condiciones debidas. Estas condiciones son las que establece el legislador gallego, dando al legitimario el trato de un interesado en la sucesión y en la partición, lo que no está contradicho por las normas estatales directamente aplicables en lo que la LDCG no regula (normas sobre la administración y liquidación de la herencia).

La afirmación del artículo 249: “Será considerado a todos los efectos como un acreedor” está contradicha por la propia LDCG. Los medios de defensa de un legitimario no se reducen en esta ley (ni en otras) a los del acreedor. El propio Código utiliza la expresión crédito en el artículo 847, sin que, por esto, los legitimarios perceptores de cantidad tengan una posición equiparable a la del acreedor contra la sucesión (art. 844-2.º).

La LDCG reconoce medios de defensa y garantías al legitimario que no se reducen a una oposición al reparto en tanto no se satisfaga su derecho (art. 1.082 Código Civil) a una acción revocatoria, subrogatoria, o a promover la declaración de concurso de la herencia. Ni la masa en la que puede hacer efectivo su derecho se limita al relicto, ni todas las acciones tienen como exclusivo fin garantizar un mínimo valor económico, ni carecen, incluso estas últimas, de eficacia real, según la misma LDCG.

Algunas acciones del legitimario suponen la reclamación de título (preterición) y cuota (representación 238/262). Y las que se dirigen a una re-

clamación económica, las de complemento, suplemento, reducción, suponen el interés en el legitimario en la formación de las bases para la liquidación de su derecho, es decir, para solicitar el inventario y el avalúo y tenerlos en ellos por parte, y en el reparto del remanente si se le paga en bienes (que deben ser hereditarios, art. 246). El legitimario es parte interesada en la relación del inventario, no como garantía de un derecho extraño y opuesto a la masa en función de garantía, sino que el inventario y también, en su caso, el avalúo son la base de la fijación del contenido económico de su derecho.

Además el legitimario gallego no es un ajeno al fenómeno sucesorio. En la LDCG, a diferencia de la ley catalana, el legitimario está llamado a la sucesión (art. 239), la forma en la que la sucesión se ordena le afecta; está llamado también a la liquidación (arts. 1.026, 1.030, 1.032 Código Civil), a la que debe prestar conformidad (art. 250 de la LDCG).

Por lo que es muy discutible que pueda prescindirse del legitimario en la adopción de las decisiones que pueden afectar al propio contenido de su derecho (ejercicio de derechos claudicantes, opciones, adquisiciones preferentes, derecho de transmisión –de carácter esencialmente patrimonial y no personal– ...). La relación de bienes y derechos, así como el reconocimiento de deudas, no afectan sólo a la solvencia del patrimonio, sujeto a una administración especial (art. 1.026 Código Civil), en el que el legitimario tiene que hacer efectivo su derecho, sino que alteran el propio contenido de éste. Por tanto, en la fijación de las bases, el legitimario no es tercero, es parte (art. 250 LDCG).

En resumen, entre las acciones y medios de defensa que la ley gallega atribuye al legitimario podemos señalar las siguientes:

— La de preterición, desheredación injusta (en el plazo de cinco años desde la muerte del causante –art. 266–), por las que se puede llegar a discutir título y cuota.

— La de reducción, suplemento, complemento en el plazo de quince años desde la muerte del causante.

Por la primera el legitimario no ve reducido al relicto la masa de bienes, contra la que puede hacer efectivo su derecho. La LDCG reconoce que “los afectados por la reducción podrán evitarla entregando en metálico su importe para el pago de las legítimas” (art. 251-3.º). La compensación en metálico es alternativa a la reducción *in natura*, por lo que en principio la reducción tiene un efecto real contra el bien objeto de la disposición inoficiosa. El legitimario gallego tiene derecho a recibir lo que le corresponda en plazo (art. 250 de la LDCG). También en el caso de que tenga derecho al complemento en metálico (hereditario o no).

— El legitimario puede exigir garantía del pago aplazado de la legítima en el supuesto de adjudicación de la explotación a un descendiente, cuando el adjudicatario opta por compensar en metálico a los demás interesados en la partición (art. 221).

— Puede solicitar las operaciones de liquidación de quien deba practicarla y, en su caso, judicialmente. Está facultado para requerir del liquidador la formación de inventario (art. 249). La LDCG no distingue, por lo que el liquidador puede ser testamentario, o no. El legitimario está facultado para pedir judicialmente la formación de inventario y la liquidación de la herencia. La satisfacción de su derecho tiene que formar parte del cuaderno particional (art. 305). Y el contador-partidor deberá hacer la partición total de la herencia (art. 292). El legitimario podrá exigir responsabilidad al contador que efectúe la entrega de legados tras el inventario antes de satisfacer la legítima (art. 292).

— Tiene interés en el ejercicio de todas las facultades, opciones, pretensiones... que alteren el contenido patrimonial de su derecho y que formen parte de la masa de bienes; por ejemplo, sobre el cumplimiento de obligaciones naturales, ejercicio de los derechos potestativos, claudicantes, condicionales, en el derecho a aceptar o repudiar como consecuencia del derecho de transmisión... Debe prestar consentimiento a los actos de disposición mientras no se satisface su derecho (arts. 1.026, 1.030, 1.032 del Código Civil). Nada de esto se encuentra excepcionado en el caso en el que exista comisario nombrado o en el de partija conjunta, supuestos en los que se dejan a salvo los derechos de los acreedores y legitimarios (196 y ss. y 278, 281).

— De todo esto se deduce que el legitimario hace número, cualquiera que sea su posición, al efecto de promover ante notario la partición de la herencia (arts. 295, 221, 305).

— Aun cuando se le atribuyan bienes está facultado para solicitar fianza (art. 231) y a que se extinga el usufructo universal del viudo en tanto le afecte, si se da causa legal.

En el sistema del Código Civil se reconocen al legitimario las siguientes acciones: contra la desheredación injusta, en caso de preterición, promover el juicio de división, por inoficiosidad de las disposiciones del causante, para exigir la colación, para exigir el complemento de legítima, para impugnar los actos en fraude de los derechos de los legitimarios en vida, al saneamiento por evicción, para pedir la nulidad, rescisión de partición lesiva (95).

(95) No es nula ni rescindible la partición por omisión de algún heredero a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo, pero habrá obligación de pagar al preterido (1.080).

La mayoría de estas acciones se mantienen en la LDCG: el legitimario gallego tiene acción contra la desheredación injusta, en el caso de preterición (no distingue a efectos procesales entre los dos supuestos que pueden reconocerse, sin embargo, en la nueva LDCG), puede solicitar inventario y avalúo y, en su caso, la división; podrá exigir el complemento de legítima, la reducción de disposiciones inoficiosas, impugnar los actos en fraude, el saneamiento por evicción por los vicios de lo adjudicado si se le paga en bienes, podrá pedir la nulidad de la partición, ya que el pago de la legítima es, en cualquier caso, complementaria de ésta en la medida que, por aquella nulidad en la partición, pueda verse afectado su derecho.

Además, en cualquier caso, el legitimario podrá pedir la ineficacia de la partición cuando la composición patrimonial base de la misma se altere de forma sustancial por enajenaciones voluntarias o forzosas (art. 281) a las que no prestó su consentimiento. La liquidación a la que presta su conformidad no es acto propio, por lo que podrá impugnarla sin necesidad de que el error sea sustancial; podrá exigir la adición de bienes.

El artículo 151 de la Ley 4/1995 se refiere, no a la reducción, sino a la acción de suplemento, y no recoge de forma expresa la acción de reclamación de legítima, sino que de forma más imprecisa se refiere al carácter real y al derecho a solicitar anotación preventiva de demanda.

La nueva LDCG se ocupa en el artículo 252 de la acción de reclamación de legítima y de reducción. En Derecho común no se regula la acción de reclamación de legítima, tampoco en la ley gallega anterior. Algún autor en Derecho común la califica de miniacción de petición de herencia. Sin embargo, la acción de petición de legítima (aunque se reduzca la del legitimario a la posición de titular de un derecho singular) no se convierte en una miniacción de petición de herencia ni al solo efecto de hacer efectivo su derecho, porque el derecho del legitimario no se reduce a los bienes de la herencia, a los relictos. Por eso, en el Código Civil, las concretas pretensiones que derivan de la condición de legitimario no están suficientemente protegidas con una acción de petición de herencia (acción universal de restitución de los bienes al caudal que corresponde al sucesor, que no lo es en bien concreto).

En Derecho común se regulan los efectos que se producen en el caso de que se ignore o niegue o lesione la condición o el derecho del legitimario, efectos que son distintos según las circunstancias.

La ley gallega también recoge distintos medios de defensa en atención a la distinta situación en la que se puede encontrar el legitimario:

— El causante puede ignorar la existencia del legitimario o negar su condición. El causante puede reconocerle como legitimario, pero no concretar su derecho. En cualquiera de estos casos, en los que no se conoce

el derecho del legitimario, está legitimado para ejercitar la acción de preterición; la medida de su derecho será la que fija la ley. El ejercicio de la acción de preterición no supone aceptación de herencia. El legitimario podrá aceptar o repudiar.

— El causante menciona y reconoce al legitimario como tal, pero le niega su derecho a la legítima. En este caso, el legitimario podrá ejercitar la acción de desheredación injusta, su derecho se fija con arreglo a la ley.

— El causante no niega la condición ni el derecho del legitimario, pero no hace a su favor ninguna atribución patrimonial en satisfacción de su derecho o la que le hace es insuficiente. El legitimario podrá pedir que se reduzcan las disposiciones ya realizadas, que no se hagan efectivos los legados, o que no se adjudiquen los bienes a los herederos mientras no se le pague o afiance su derecho. El de reducción no es un término adecuado para la institución de heredero, que es indivisible.

— Mientras el patrimonio hereditario esté indiviso y no liquidado tampoco parece que deba proceder la acción de reclamación de legítima.

¿En qué supuestos tendrá lugar la acción de reclamación de legítima? En el Código Civil, los medios de defensa de la legítima hacen innecesaria la acción de reclamación de la legítima. Yo creo que en la ley gallega también.

Acción de reducción: Acción material y transmisible. En Derecho común se considera que la inoficiosidad no hace nulo el acto inoficioso. La doctrina la considera rescisoria por lesión económica, personal, transmisible a los herederos y causahabientes del legitimario, subrogable por los acreedores, constitutiva y con efectos *ex nunc*, remedio subordinado a otros, ejercitable probada la inoficiosidad. En Derecho común hay que probar la inoficiosidad para ejercitarla —STS 13 de febrero de 1951—, por lo que será necesario el inventario, pero no haber aceptado a beneficio de inventario.

En el Código Civil, la acción es irrenunciable en vida del causante (art. 655-2 CC). En la ley gallega rige el mismo principio. Pero carece de ella el apartado como consecuencia de la apartación y en consideración al bien objeto del pacto.

El artículo 251 somete a los efectos de esta acción a la apartación, que en el orden que establece para la reducción la equipara a los pactos sucesorios sin hacer distinciones. Creo que la apartación merece, entre los pactos, un tratamiento especial (96), debiendo ser la última en reducirse

(96) La apartación no es liberalidad. Y lo debido es la legítima y no la liberalidad, de otra forma sería fácil impedir la reducción y burlar el derecho de los legitimarios. El orden de reducción no se prevé en perjuicio del legitimario.

y en caso de insolvencia de los afectos a la reducción antes que el apartado, ya que no puede volverse inoficiosa, por actos unilaterales y voluntarios del causante, la apartación, que no lo era al tiempo de pactarse. Sobre todo si se pretende agregar las donaciones y objeto de pactos a la herencia y no a la legítima (lo que deben repartirse los legitimarios) en la herencia. Esta reducción a prorrata de las apartaciones lo es en consideración a la lesión y en la medida del perjuicio, de acuerdo con el fin de la computación (momento y criterio objetivo para apreciar la lesión). Si el apartado concurre, queda expuesta mi opinión acerca de que podrá plantearse que debe ocupar el rango como si fuese una donación y por su fecha.

Los pactos que no conlleven entrega inmediata de bienes deben reducirse después que los legados y antes que las donaciones y otros pactos (97).

No rige el artículo 820-3.º Este artículo recoge una solución que no supone reducción necesariamente (solución transaccional) y está en función de una determinada legítima y parte libre.

Por lo que si un legado en usufructo (el 820-3.º del Código Civil no es sólo aplicable al del cónyuge viudo ni al universal), más que gravar, es previsible que prive, y no tiene ningún sentido como legado con finalidad familiar, podrá reducirse por inoficioso antes que las donaciones.

El artículo 251 se refiere a la reducción (o mejor, no entrega) de legados y reducción de las donaciones, pero no a la de la institución. Tal y como hace el artículo 820 CC. La razón es que en el Código los legitimarios eran los herederos [la referencia en el 819 a los descendientes lo es en atención a la mejora (98)]. Pero la doctrina que defiende que el legitimario no tiene por qué ser heredero (en base a los arts. 815, 821), tal y como parece que sucede hoy en la ley gallega, critica este artículo como absurdo e injusto (99) porque consideran que la reducción debe comenzar por la institución.

Este artículo copia el tenor del Código. Por lo que merece la misma crítica si los legitimarios no tienen por qué ser los herederos.

Por lo que creo que debe interpretarse en el sentido de que primero sufre las consecuencias de la inoficiosidad el instituido, al menos, con los

(97) VALLET DE GOYTISOLO defiende que las donaciones *mortis causa* se equiparen a las donaciones, y en el orden de éstas defiende que sean las primeras en reducirse; *Las limitaciones...*, tomo I, *Las legítimas*, volumen 2.º, pp. 1162 y 1163.

Criterio similar es el de la Ley catalana (art. 373).

(98) El artículo 819 del Código es argumento para quienes sostienen que, en este artículo, las donaciones de los descendientes no se asignan a la parte libre porque no se agregan para su cálculo como masa de reparto. Las donaciones no se agregan a la herencia, sino sólo a la legítima en ella.

(99) Por ejemplo, en este sentido, ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho civil*, V, p. 381.

legatarios de parte alícuota a prorrata, después los legatarios de cosa específica, o por el orden previsto por el testador; por último, las donaciones por orden cronológico, comenzando por la más reciente. El momento de la donación a este efecto es aquél en el que el causante realiza la disposición y no el de la aceptación durante su vida; el criterio es el del empobrecimiento del causante. Recordemos que las donaciones que no eran inoficiosas al tiempo de hacerlas no podían estimarse inoficiosas al tiempo de morir el causante por actos gratuitos y voluntarios de éste, el orden responde a este principio.

En el Código Civil expresamente se admite que el orden de reducción de los legados lo establezca el testador. La ley catalana expresamente prohíbe que el causante ordene que las donaciones sean reducidas antes que los legados o que se altere el orden de reducción de las donaciones (art. 374). La ley aragonesa admite (art. 180) que el orden de reducción sea el que establezca el causante.

Esto último es lo que parece resultar de la ley gallega en cuanto a los legados (“comenzando, salvo disposición en contra del testador, por los primeros a prorrato”).

Este artículo no resuelve cómo se calcula la proporción, si es por la suma de todos los que van a ser reducidos en primer lugar o por la suma de todos. Lo lógico es lo primero: inicialmente por la suma de todos los que van a ser reducidos efectivamente.

Entre los legados deben entenderse comprendidos los sublegados, cargas, modos y condiciones potestativas, según GARCÍA-BERNARDO LANDETA (100).

El apartado tercero del artículo 251: “Los afectados por la reducción podrán evitarla entregando en metálico su importe para el pago de las legítimas”.

Llama la atención esta advertencia en un sistema de legítima en valor. En cualquier caso, parece que es una facultad de los donatarios o legatarios afectados por la obligación al pago en bienes, que, en este caso, no pueden ser otros que aquellos que fueron objeto de la donación o de los legados.

La legítima en valor no impide el cumplimiento de la restitución a pesar de que hubiese tenido lugar la pérdida de la cosa objeto de la donación. Si es inoficioso el legado, podrá exigirse que no se entregue.

La falta de ejercicio de la acción no es renuncia. El no ejercicio o el ejercicio, ¿afecta o beneficia a todos? En la doctrina de Derecho común, LACRUZ BERDEJO (101) sostuvo que el ejercicio o el no ejercicio no pro-

(100) *La legítima en el Código Civil*, p. 146.

(101) *Derecho de Sucesiones*, II, p. 157.

duce un efecto automático en beneficio de todos, en contra de lo que puede resultar del tenor literal del Código Civil (arts. 817, 985-2.º). Idea que, como vimos, acoge la ley aragonesa. Esta solución va a depender, de hecho, del momento en el que se ejercite la acción.

La reducción es una acción en beneficio de los legitimarios, no lo es en beneficio de los acreedores del causante ni tampoco incrementa la masa de extracción de los legados o de las demás disposiciones testamentarias. También se computa en atención al derecho de los legitimarios. No es posible que se dé una confusión de masas de bienes (contable para apreciar la inoficiosidad y, por otra parte, la que es resultado de la agregación del valor de lo recibido por los legitimarios para el reparto entre ellos). Confusión que se produce en el caso de que, a todos los efectos, se apliquen en relación los artículos 244 y 245 y la masa que se forma con arreglo al artículo 244 es en la que se toma de menos (art. 245).

El artículo 252 establece el plazo de quince años, a contar desde el mismo momento, el del fallecimiento del causante, para dos acciones diferentes: reclamación de legítima y la de reducción por inoficiosidad.

Las pretensiones del legitimario están en relación de subordinación. Esta acción de reducción está subordinada a otras medidas de defensa del legitimario. Para solicitar la reducción se necesita la facultad de exigir la liquidación de las relaciones derivadas de la sucesión. La liquidación es previa a la reducción. En Derecho común, la doctrina reconoce interés en el juicio de división (que no es sólo de división material) a los legitimarios aún perceptores de cantidad, “el legitimario pagadero en metálico no puede promover un juicio divisorio, aunque sí para el aseguramiento del caudal y conocimiento de su importe” (102). La reducción es una acción que presupone que se llevó a cabo la liquidación.

En el caso de reducción, sí parece que los intereses se deban a un plazo desde la reclamación (art. 251). En Derecho común es así.

E) Preterición.

Artículo 258: La preterición intencional de un descendiente no afecta a la validez de las disposiciones por causa de muerte. El legitimario sólo tendrá derecho a percibir su legítima conforme a las reglas de la presente ley. Lo mismo se entenderá en el caso de preterición del cónyuge, sea intencional o no.

El artículo 258 de la ley gallega regula lo que llama “preterición intencional”. En Derecho común, esta expresión es doctrinal, pero no se utili-

(102) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, *Derecho de Sucesiones*, pp. 464, 499.

za en el Código Civil (103). La intención no es ley de la sucesión, ni en el artículo 658 del CC ni tampoco en la ley gallega, artículo 181. La omisión del legitimario en los títulos en los que se ordena la sucesión se interpreta de forma objetiva, en consideración al conocimiento del legitimario por el causante al tiempo en que ordena la sucesión. La ley foral aragonesa, que en la propia regulación de la preterición utiliza esta misma expresión, la define por referencia al conocimiento (104). Este criterio objetivo, que se funda en el conocimiento del legitimario por el causante al tiempo del otorgamiento, se considera el más seguro cuando se trata de fijar lo que debe servir de norma. El que atiende a otras circunstancias, o al tiempo del conocimiento al tiempo de morir, no integra la voluntad manifestada en el título por el que se ordena la sucesión.

En Derecho común se discute si la preterición es una institución en función de la legítima o de integración de la voluntad del causante (105).

(103) El artículo 258 acoge esta expresión, “intencional”, propia del lenguaje de los autores; de ella se hizo eco la legislación foral aragonesa para definirla de forma objetiva y, de manera incidental, otras legislaciones civiles del Estado.

(104) Artículo 190, Ley 1/1999, Parlamento de Aragón: “Es intencional la preterición cuando el disponente, al ordenar la sucesión, conocía la existencia del legitimario y su condición de tal. La preterición se presumirá intencional, salvo prueba en contrario”.

(105) En otros códigos civiles no se prevé ninguna regla de preterición en el título. El propio sistema da la solución, la posición de los legitimarios omitidos es como la de los demás mencionados o no, la determina la ley; es uniforme y a título de heredero.

En el Código Civil, la preterición es una regla especialmente necesaria como consecuencia de que existe la posibilidad de mejorar y la legítima no es necesariamente uniforme (es variable en la cuota). Éste es el sistema tradicional en el territorio del Estado: el de la legítima goda variable.

Cualquiera que sea el origen histórico de la preterición, la tradición de la legítima variable hace necesaria una regla de integración de la sucesión que esclarezca de qué manera se produce la compatibilidad de dos sucesiones: la testada e intestada. La regla resolvió a favor de la uniformidad legal: es nula la institución y prevalecen las mejoras y disposiciones del causante. La tradición de una legítima variable por autoridad del padre hace necesaria una regla que determine cuál es el derecho del legitimario cuando está omitido. Esta norma para el caso de omisión se puede interpretar, mantener y desarrollar como norma de integración de la voluntad del testador.

En caso de omisión entran en conflicto dos soluciones: la uniforme legal o la que pueda extraerse del propio testamento. La uniformidad de la posición del legitimario y la adopción de la medida más favorable al legitimario omitido conducen a la primera. Se justificó como sanción.

Pero se abre camino la solución contraria, la que hace prevalecer la voluntad del testador. Esta solución es la que adopta para el supuesto de preterición la reforma en 1981 del artículo 814 del Código Civil. La modificación del 814 era innecesaria por razones formales (era innecesario, en este artículo, dejar reflejo de la equiparación de filiaciones), obedeció al deseo de introducir en la letra de este artículo lo que la doctrina quiso incluir en su espíritu, romper la uniformidad para reflejar una desigualdad querida entre los legitimarios. De esta forma se trató de evitar situaciones no deseables, en especial, como consecuencia de la equiparación de filiaciones.

La reforma de 1981 se quedó corta en la previsión de supuestos, porque, al mismo tiempo, la doctrina y la ley adoptan otras soluciones que suponen una alteración de la uniformidad y

Sin que falte quien defienda que, desde la reforma de 1981, el Código Civil regula, bajo este nombre, dos instituciones distintas (106). En su momento defendí (107) que en el sistema de legítima, variable y de configuración voluntaria y en el sucesorio del Código Civil (compatibilidad de las sucesiones testada e intestada), las reglas de preterición son necesarias para conocer cuál es la posición del legitimario omitido en la sucesión (la “legítima que le corresponda”). La regla para el supuesto de preterición se necesita para integrar la voluntad del testador en la propia legítima (párrafo quinto del art. 814: “A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador”). El sistema del Código Civil (mejora, párrafo quinto del art. 814, conciliación de sucesión testada e intestada) sirve a esta idea (preterición, necesaria para integrar la voluntad en la legítima variable por voluntad del causante) y puede dar lugar a efectos iguales en los casos de preterición que regula el artículo 814 en el párrafo segundo y primero.

rebaja en el mínimo legitimario, por lo que cabe una mayor libertad en la configuración de la legítima. Pero la configuración individual de la legítima no quiebra la uniformidad en el contenido mínimo del derecho del legitimario y no altera el principio por el que se fija la adopción de la extensión de su derecho: no se presume desigualdad donde no está expresamente excepcionada, ni el derecho a participar en aquello que llegue a integrar el relicto (derecho de transmisión, en las disposiciones ineficaces...).

(106) BOLÁS ALFONSO: “La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981”, AAMN, 1982, pp. 198, 199.

(107) En su momento expuse (“La legítima”, en *Instituciones de Derecho Privado*, t. V, vol. 3.º, pp., entre otras, 324, 325) cómo el párrafo 5.º del artículo 814 no permite distinguir en efectos entre el párrafo primero y el número 2 del párrafo segundo del artículo 814 del Código Civil. Razón por la que no creo fundada la idea de que existen en el Código Civil dos instituciones diferentes en el artículo 814 (como defiende BOLÁS ALFONSO: “La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981”, AAMN, 1982, pp. 198, 199). Ni siquiera por razón del título, como defiende RIVERA FERNÁNDEZ (*La preterición en el Derecho común español*, pp. 98, 99, 100). En el Código Civil, el título del legitimario omitido es legal y, en todo caso, el mínimo legitimario (aun reducido a un conjunto de facultades de defensa y garantía de un mínimo económico) no da lugar a una gran diferencia de posiciones entre uno y otro supuesto (sin posible intención y con ella). Lo variable es la cuota, pero ésta va a depender de la voluntad del testador (párrafo quinto del art. 814). En consideración a esta voluntad, la cuota puede no ser distinta en el caso del párrafo primero y en el párrafo segundo del artículo 814.

En el Código Civil, si el preterido es un descendiente, puede resultar diferente la legítima como consecuencia de las disposiciones que efectúe el causante. Por ejemplo, instituye heredero a un extraño, omite al legitimario descendiente, en este caso la legítima es de dos tercios; lega en pago de legítima y no mejora a un hijo, instituye a un extraño y omite a un tercero, la legítima del omitido lo es en los dos tercios; instituye a un hijo, lega a otro y omite a un tercero, sigue siendo en dos tercios. La interpretación que reduce a la estricta la legítima del descendiente en todo caso tropieza con la necesidad de expresar la mejora de alguna forma. La defensa de la teoría de la mejora tácita, en caso de preterición del legitimario conocido por el causante, reduce la idea de legítima a la estricta, pero este mínimo depende de una circunstancia que el instituido sea un extraño. La regla no es aplicable con carácter general.

No puede dejar de olvidarse que el legislador introdujo la expresión de legítima estricta en las reformas de 2003 como límite a la lesión.

La legítima es un supuesto de conciliación de sucesiones. Las reglas de preterición son la manifestación de cómo se coordinan en este supuesto de omisión del legitimario el llamamiento voluntario, que existe y se mantiene válido pese a la omisión del legitimario, y el legal.

La nueva LDCG incluye el **pacto entre los títulos** aptos para ordenar la sucesión (arts. 181, 219-2.º). Pero no regula la prioridad ni conciliación de los llamamientos.

En la ley gallega hay los siguientes: voluntario por testamento (el testamento puede ser mancomunado, lo que complica cualquier interpretación subjetiva en la omisión); voluntario por pacto; legal universal (sucesión *ab intestato*); la vocación legal autónoma a la porción legitimaria en el caso de la que llama preterición intencional.

En la nueva LDCG, la posición del legitimario omitido conocido por el causante al tiempo en el que ordena la sucesión (art. 258) se singulariza y se hace, en el mínimo, menos dependiente de la voluntad del testador (se suprime la mejora). La legítima del excluido la determina la ley. Aunque, como sostengo, el significado jurídico de la mejora no se pierde en todas sus acepciones (la de cuota es consecuencia del régimen al que se somete determinado tipo de actos calificados así). Considero válido en Galicia el pacto vinculante de mejora, aquél por el que el causante se obliga a respetar un orden de imputación y a no aplicar en pago de legítima lo que es objeto del pacto de mejora. Lo permite el primer párrafo del artículo 209 de la LDCG. Una interpretación contraria daría lugar a una restricción de la esfera de actuación de la autonomía privada reconocida desde siempre en Galicia, por lo que semejante interpretación asfixia lo foral y es de dudosa constitucionalidad.

Llama la atención que la LDCG se haga eco de una opinión doctrinal (108) sin que la plasme en sus consecuencias. La vocación del artículo 258 a una posición singular en un caso de preterición no merece al legislador gallego el desarrollo de un tratamiento diferente. Por ejemplo, al fijar los plazos de la acción de preterición (art. 266); siendo que el plazo de este artículo es incoherente con la pretensión protegida en el supuesto del artículo 259.

Tanto en el sistema de Derecho común como en el gallego hay legítima en el cumplimiento voluntario y llamamiento voluntario a la legítima, que configura el testador y, en Galicia, el causante. Este llamamiento está integrado por el legal en lo no previsto y en la exclusión. La sucesión testada, pactada y legal son compatibles y la legítima, en lo imperativo, es el límite de la voluntad del testador.

(108) BOLÁS ALFONSO: "La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981", AAMN, 1982, pp. 198, 199.

En la introducción pusimos de manifiesto que la LDCG no se aparta del sistema del Código Civil y tradicional en Galicia y sigue la técnica del llamamiento. En ellos **el legal suple al voluntario; y el legal en la porción mínima legitimaria no excluye, necesariamente, el legal del *ab intestato*. Pero el legal *ab intestato* excluye la regla de preterición.**

En la ley gallega, las reglas de conciliación de sucesiones para el supuesto de omisión deberían ser menos rígidas (en lo que nos detendremos al comentar el art. 259) y más completas como consecuencia de la pactada y de la que singulariza como vocación en la que llama intencional, para evitar los efectos del llamamiento legal general.

Ejemplo: X testa e instituye en porciones desiguales a su hijo A y a su hermano B. Renuncia B sin lugar al acrecimiento con arreglo al artículo 982. El testador omitió al hijo C, a quien conocía al tiempo de testar. La voluntad del testador se integra con arreglo al artículo 986 en la porción vacante.

El llamamiento *ab intestato* hace innecesaria la preterición. En el Código Civil, para este supuesto se aplica el párrafo primero del artículo 814 y se defiende la mejora expresada de otra forma.

Pero el legislador gallego regula la preterición y, en este caso de preterición intencional, el hijo omitido es, sin embargo, heredero *ab intestato*. La ley gallega no resuelve este supuesto y es muy discutible, con arreglo a la propia ley, que sea necesaria la aplicación del artículo 258.

No sucede así en el Derecho catalán, en el que las sucesiones testada e intestada son incompatibles y la primera se integra en el caso de vacancia por las reglas de la sucesión testada.

Esta vocación a una cuota restringida (prevista en el art. 258 de la LDCG) legal y autónoma de las otras (la voluntaria desde luego, por no ser legal, y, en especial, de la legal del *ab intestato*) no siempre será de fácil conciliación con otras vocaciones a la sucesión. Habrá que tener presente que **la regla de preterición sólo sirve para conciliar el llamamiento legal con una vocación voluntaria no viciada por error.**

Este desajuste se da en menor medida en la regla para el supuesto de omisión del legitimario en el título prevista en el Código Civil (art. 814), en el que, a pesar de ser más fuerte la legítima, es más flexible la solución gracias a lo previsto en el párrafo quinto del artículo 814.

En Derecho común, a pesar de que la legítima es más fuerte y existe uniformidad en la posición de los legitimarios en el mínimo próxima a la del heredero, la regla del artículo 814 es flexible. El artículo 814 pasó de ser imperativo (sanción) a ser una norma de integración de la voluntad del testador. El párrafo quinto, que se aplica a los supuestos de todos los párrafos del artículo 814, obliga a tener presente esta voluntad en todo caso.

La ley gallega no hace esta salvedad del párrafo quinto del 814 ni en el supuesto del artículo 258 ni en los del artículo 259. La vocación autónoma a una cuota restringida sin consideración a la voluntad del testador da lugar a que la posibilidad de que la regla de la llamada preterición intencional coincida con la voluntad del causante sea menor.

El artículo 258 no sirve como regla de integración de voluntad para el supuesto de omisión de un legitimario. Es una institución al servicio de la legítima entendida como el derecho con un contenido mínimo legal y no “la que corresponda” del Código Civil, que puede determinarse de forma directa (la configura el testador) o indirecta (por los derechos atribuidos a otros por el testador).

El párrafo quinto del artículo 814 tiene la ventaja de facilitar la interpretación del testamento en todo supuesto de omisión y para todo tipo de legítima. Es de especial interés, sobre todo, cuando la legítima puede reconocerse de forma distinta en cada uno de los legitimarios.

Una norma con el fin al que responde el párrafo quinto del artículo 814 es también, no sólo de especial interés, sino necesaria, en el caso de que la sucesión se ordene en títulos de distinta eficacia, como puede darse en el Derecho gallego: testamento y pacto en el que cabe nombrar al heredero. Hubiese sido conveniente una norma que recoja la conciliación de la sucesión testamentaria, pactada y legal: vocación autónoma y *ab intestato*.

— En el Derecho gallego, como en el común, las legítimas son variables. Lo legal es el llamamiento a falta de reconocimiento voluntario. El derecho se modaliza en él (la forma influye en el contenido económico).

1. La técnica en las dos leyes (de Derecho común y gallego) es la del llamamiento. El voluntario es prioritario y el legal, supletorio.
2. El llamado puede aceptar o repudiar.

Pero en el Derecho gallego las variables aumentan: el llamamiento voluntario puede ser por pacto y se rebaja el mínimo legitimario. Por otra parte, esta ley regula la apartación de manera que, a pesar del pacto de exclusión, al apartado se le tiene como tal legitimario a algunos efectos, lo que debe entenderse únicamente respecto de los económicos, porque la condición de legitimario es legal, personal e indivisible.

Pacto:

Ejemplo: X celebra un pacto de labrar y poseer en el que se conviene que el adjudicatario abone las legítimas de A y B en metálico en el

plazo legal y con la garantía que sea. El hijo C vuelve a estar omitido, en este caso, en el pacto y el causante muere intestado.

¿Cómo se integra la omisión en el pacto? ¿Con la regla del artículo 258 o con la sucesión intestada?

Libre configuración:

Otro ejemplo. X testa y ordena a favor de sus legitimarios A y B una atribución patrimonial con la que deben darse por satisfechos de su legítima. El bien atribuido es superior en valor a la cuarta parte de la herencia. Omite a C, hijo cuya existencia conocía al tiempo de testar. El preterido ejercita la acción y acepta el derecho que le corresponde. ¿A quién se lo reclama y qué se le adjudica?

— En el Derecho gallego la legítima puede recibirse en la forma y medida que prevé la ley (art. 240). Pero la ley no impone una forma. Caben varias que atribuyen un contenido variado (art. 245), también, a la posición del legitimario. La ley no impone un límite máximo. Se impone un mínimo como medida del perjuicio. La legítima gallega no es ajena a las vicisitudes del fenómeno sucesorio.

El sistema gallego es de llamamiento, el legitimario tiene el derecho a ser llamado. El título por el que puede ser llamado es uno cualquiera de aquéllos por los que se ordena la sucesión.

Por lo que la simple atribución material imputable no es bastante para evitar la preterición si por ella no resulta clara la voluntad del testador o del causante respecto de la posición del legitimario en la sucesión por razón de la legítima (art. 245).

La apartación (arts. 224 y ss.) hace innecesaria la mención del apartado en el título por el que se ordena la sucesión. Pero como las sucesiones testada e intestada son compatibles, no deja de ser conveniente que el testador prevea la exclusión, o no, del legitimario en la sucesión intestada, si no se hizo en el pacto. Lo mismo en el caso del pacto de labrar y poseer.

La posición del legitimario no está definida en las donaciones. Por lo que la atribución imputable por medio de donación no excluye la necesidad de mención en el testamento, por lo que quede clara cuál es la voluntad del testador en relación a la posición del legitimario en la sucesión a la que es llamado (arts. 239 y 245). Lo mismo que en los pactos de mejora; no dan a conocer la posición del legitimario en relación a su legítima (aunque el objeto de la mejora sea imputable), por lo que no evitan la necesidad de mención esclarecedora de la posición del legitimario en el título en el que se ordena la sucesión.

Cuanto menor es el mínimo legitimario y mayor la posibilidad de con-

figurar libremente la posición del legitimario, la interpretación de lo que pudo querer el testador es más difícil. La regla que define la posición del legitimario debería ser más completa, en vez de más simple.

Ejemplos:

X menciona en el testamento a tres hijos: A, B y C. Instituye a sus hijos A, B, C. No menciona a otro hijo más, D, a quien conocía al tiempo de testar y con el que había celebrado en vida un pacto de mejora por el que le transmitió un bien a cambio de asistencia al testador, en el que consta que el testador sabía que era su hijo. D cumple el pacto. ¿El mejorado debe imputar en pago de legítima el objeto de mejora con contrapartida?

En este caso se hizo una atribución patrimonial, pero no en consideración al derecho legitimario. Y en el título por el que se ordena la sucesión no queda clara la voluntad del testador en relación al derecho de D como legitimario.

La atribución en este caso no es en contemplación a la legítima.

X dice que tiene cinco hijos. Instituye a sus cinco hijos y a cuatro sobrinos herederos por partes desiguales. Uno de los sobrinos es hijo y el testador no lo sabía al tiempo de testar. No está omitido, pero no está mencionado como legitimario. ¿Está preterido?

Hay mención, pero ésta no lo es en consideración a la condición de legitimario.

La ley gallega [a diferencia de otras autonómicas (109)] no define lo que es preterición. Se limita a regularla de forma insuficiente, sin tener en cuenta que, en el sistema legitimario vigente en Galicia, la legítima no es algo ajeno a las vicisitudes de la sucesión y sin tener en cuenta los diferentes títulos que se admiten en la LDCG para ordenar la sucesión.

En el Código Civil es más sencillo saber cuándo debe aplicarse la regla para el supuesto de preterición: cuando el legitimario no esté mencionado en el testamento (título por el que se ordena la sucesión) o cuando, aun mencionado, no lo está de manera que pueda llegar a saberse lo que le corresponde (el derecho del legitimario omitido en la sucesión).

En la nueva LDCG es necesario tener en cuenta varios actos y momentos para saber a ciencia cierta cuál debió ser la verdadera voluntad del causante al fijar el derecho del legitimario.

(109) 367 Ley catalana.

Ejemplo: X deshereda a un hijo (Z) e instituye a dos. No menciona a la estirpe del desheredado (Z) en el testamento. “X” celebra con uno de los miembros de la estirpe de Z un pacto de mejora y, con otro, desheredado su padre, celebra un pacto de apartación. Después el testador y el hijo desheredado se reconcilian. Momento en el que dona un bien a un tercer miembro de esta misma estirpe. El hijo incurre en una nueva causa de desheredación y el padre le deshereda por esta nueva causa en otro testamento.

El hijo desheredado tiene un cuarto hijo del que el abuelo no quiere oír hablar y no le menciona en el nuevo testamento, en el que, sin embargo, menciona a los demás legitimarios. Pero de la mención en el testamento no resulta clara cuál es la posición que reconoce a los miembros citados de esta estirpe.

“Y”, la esposa de “X” (la abuela), no sabe que tiene un cuarto nieto hijo de su hijo Z. Otorga con su esposo un testamento mancomunado con el único fin de atribuirse recíprocamente el poder comisorio, testamento que deja en vigor el anterior testamento de “X” en todo lo que no sea incompatible con lo que puedan llegar a disponer en ejercicio del poder que se atribuyen. En el testamento mencionan a sus hijos, incluido al desheredado por “X” en el testamento anterior y a casi toda su estirpe porque omiten al cuarto hijo del hijo desheredado.

¿Qué derecho tiene cada miembro de la estirpe del desheredado en las dos sucesiones teniendo en cuenta que uno de los hijos de X y uno de los hijos de Z renuncian a la herencia del abuelo y aceptan la de la abuela?

La mención puede hacerse sin atribución por ser innecesario: la atribución puede ser consecuencia de la mención (heredero).

Ejemplo: X instituye heredero a su hijo S, pero reparte sus bienes entre legatarios. La posición de “S” hace que su legítima funcione como falcidia.

La atribución puede hacer innecesaria la mención: por ejemplo, en el caso del pacto de mejora de labrar y poseer.

Pero si, a continuación del pacto, el causante testa y no menciona al mejorado, ¿está preterido? ¿Revoca este testamento la institución de heredero en el pacto?

Y si en el pacto no menciona a otros legitimarios, ¿se abre la sucesión intestada o rige el artículo 258?

En este artículo 258 de la LDCG hay llamamiento a la legítima (vocación legal autónoma) y no atribución del derecho. Este es el único supuesto de vocación legal en la LDCG. Lo legal es el llamamiento. No hay atribución legal del derecho. Por eso este artículo dice “tendrá”, y no dice

que tiene, el derecho a percibir su legítima conforme a las reglas de la presente ley.

En Derecho común el sistema vigente en Galicia, el ejercicio de la acción de preterición, no supone aceptación de herencia, ni la falta de ejercicio, renuncia. La preterición no puede ser apreciada de oficio. Y el legitimario no hace número. Tampoco hace número después de ejercitada la preterición, una vez reconocido como legitimario, mientras no acepte. La ley establece un llamamiento al derecho que el legitimario, una vez reconocido, puede aceptar o no. En caso de renuncia es cuando el acreedor podría hacer uso del mecanismo de subrogación (110).

Antes de la reforma del artículo 814, en 1981, la omisión del cónyuge legitimario no daba lugar a la regla de preterición. El artículo 814 del Código Civil, en su redacción originaria, decía que el viudo o viuda conservará (ésta sí era una legítima atribuida por ley) los derechos que le conceden los artículos 835, 836 y 837. No se refería al artículo 838 anterior, hoy 839, que regula la facultad de conmutar.

En el actual artículo 814 al cónyuge omitido se le aplica la regla del párrafo primero. Su derecho está definido por ley. En este caso, se podría defender la legítima como atribución legal.

Creo que en la LDCG la legítima del viudo no es atribuida por la ley. Según la misma LDCG, como legitimario tendrá el derecho cuando se le reconozca y lo acepte; desde el momento que, por él, se le imponen obligaciones o se le reconocen facultades. El artículo 258 se aplica a todos los legitimarios y dice “tendrá”. El cónyuge tendrá la facultad que reconoce al viudo el artículo 257 de la LDCG.

La preterición, como regla al servicio de una legítima de contenido invariable y conocido que se atribuye por ministerio de la ley y que en nada depende de la voluntad del causante, sería un instituto innecesario (111) y la mención un rito. Pero la necesidad de mención se valora también en estos sistemas e incluso en los que no existe legítima material.

En el sistema de legítima atribuida, la ley es el título de la legítima (define el derecho y su régimen), y el de la atribución patrimonial en concepto de legítima es el modo de hacerla efectiva. En la ley catalana, para evitar la preterición, basta cualquier mención en el testamento y cualquier atribución que pueda aplicarse en pago de la legítima; en este caso está al servicio de la legítima. Pero la preterición se regula en la ley catalana,

(110) *Vid.*, sin embargo, RIVERA FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 398.

(111) Por ejemplo, *vid.* opinión de GONZÁLEZ PALOMINO: “Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio”, tomo II, AAMN, 1950, pp. 525 y ss.

En otros ordenamientos de reserva legal de la posición de heredero, la del omitido está determinada por la Ley (sistema francés, italiano, portugués) y la preterición en el título no es un instituto autónomo.

también, como una causa de revocación del testamento (112) en el supuesto de error (113), aun así reconoce acción al preterido.

En los sistemas en los que la legítima no es ajena al fenómeno de la sucesión que afecta a la posición del legitimario, legítima de configuración voluntaria (en su contenido tanto jurídico como material, dependiendo éste de aquél -p. ej., colectivos electivos, sistema de mejoras, posición la del legitimario que resulta de cómo se ordena la sucesión-), sí es necesaria una regla de integración de la voluntad del causante en el caso de que se omita al/os legitimario/s, aunque se interprete esta regla en función de la legítima (114). Es el caso del Derecho común y de la tradición milenaria de origen visigodo, en la que el padre es quien reduce y configura la posición del hijo (con sus distintas variantes en el territorio del Estado). En éstos, la posición del legitimario se determina por voluntad del causante. Si el causante no dispuso, corresponde al legitimario la posición de un heredero legal, y en el caso de que disponga, pero no mencione al legitimario en el título por el que se ordena la sucesión, la ley le atribuye una posición respetando, hoy, al máximo las disposiciones que hubiese efectuado el causante. La preterición es una regla de conciliación de la sucesión testada e intestada por la que, en un primer momento de la evolución de este instituto en el Código Civil, se resolvió la incompatibilidad de títulos universales suprimiendo el voluntario y, más tarde, como consecuencia del proceso singularizador de la legítima en caso de lesión, la regla de conciliación cede a favor de la institución voluntaria y reconoce a favor del legitimario un mínimo en función a las demás disposiciones y en consideración a un comportamiento del causante que conoce al legitimario y no varía, a pesar de ello, su última voluntad; por tanto, una voluntad que no puede estar viciada por error (fundamento que da lugar a una regla distinta: para el caso de integración por omisión -la manifestación falta- y para la interpretación de la manifestación).

La mención no es un rito cuando del título depende el contenido del derecho del legitimario.

Se puede defender que, en el supuesto del artículo 258, no sería necesaria más que la mención porque la ley define el derecho del legitimario.

(112) Artículo 367 de la Ley catalana y artículo 451 del Proyecto de libro IV, relativo a las sucesiones, que regula la preterición al hacerlo de las legítimas. Es curioso que del artículo 451-9 del Proyecto del Libro cuarto catalán parezca que, salvo las donaciones que cita, las demás no son imputables, a no ser que se diga. Parece que se vuelve al sistema precodificador, en el que las donaciones eran mejora. A pesar de esto, el mismo artículo, para evitar la preterición, exige la mención.

(113) Era una causa de revocación de testamento en el Proyecto de Código Civil de 1836.

(114) BERMEJO PUMAR, M. M.: "La legítima", en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo V, Sucesiones, volumen 3.º, *Las atribuciones legales*, p. 234.

Sin embargo, no siempre será así. El derecho que en definitiva corresponda al legitimario, conocido que el testador quiso omitir, va a depender de cómo se interprete la conciliación de las sucesiones pactada, testamentaria y legales (todas compatibles), y de cómo se manifieste la voluntad en el título en el que se le efectúen atribuciones patrimoniales imputables.

En el Derecho gallego no se acogen, al regular la legítima, las soluciones propias de un desdoblamiento de posiciones. La manera en la que se mencione al legitimario en el testamento da a conocer la regla de imputación aplicable (como heredero, legatario, donación, mejora, apartación) y por ella el contenido económico del derecho del legitimario (LDCG, arts. 240 –se suprime la referencia al “modo” del antiguo 149–, 245, 282, 225, 226, 227, 282...).

La obligación de mención formal no es un rito cuando la voluntad debe ser clara, pues determina el derecho y la posición del legitimario y porque de ella depende el contenido económico de este derecho. Si falta la mención, la preterición responde a este fin de integrar la voluntad [incluso es necesaria la mención en los sistemas en los que no lo es respetar una legítima material (115)].

La mención que evita la preterición es la que resulte suficiente para determinar la posición del legitimario en la sucesión en un sistema como el gallego, vigente, en el que el legitimario es parte interesada en la liquidación, en el que se difuminan las posiciones de legitimario y heredero y los efectos de las sucesiones compatibles, en el que cabe mejora –pacto vinculante sobre un orden de imputación– y apartación y exclusión de la sucesión intestada e imputación de lo hasta ahora inaplicable en pago de la legítima...

No basta para aclarar la posición del llamado como legitimario (aun al mínimo) la sola mención, por ejemplo, a efectos de reconocerle como hijo, o de nombrarle tutor.

Es más, la regla del artículo 258 (como la del párrafo primero del art. 814 del Código Civil) se queda corta en previsión de los posibles supuestos en que puede encontrarse el legitimario y la variedad de vocaciones sucesorias y su deficiente regulación.

Artículo 259.

1. La preterición no intencional de un legitimario descendiente faculta a la persona preterida para obtener la declaración de nulidad de la institución de heredero hecha en testamento. Las demás disposiciones testamentarias y los pactos sucesorios serán válidos en cuanto su reducción no sea necesaria para el pago de las legítimas.

(115) Vid. MIQUEL, J. M.: “Preterición y argumento histórico”, en *Derecho y argumentación histórica*, Universidad de Lleida, 1999, p. 67.

2. La preterición no intencional de todos los legitimarios descendientes producirá, a instancia de cualquiera de ellos, la nulidad de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. Las apartaciones y los pactos de mejora sólo se reducirán si fuera necesario para el pago de las legítimas.

Este artículo se refiere a la preterición respecto de la que no pudo abrigarse intención. Interpretación objetiva que me parece más conforme a las reglas de interpretación del testamento que como ley de la sucesión, tiene un contenido normativo.

Las diferencias entre este artículo y el párrafo segundo del artículo 814 son notables.

— Lo primero que llama la atención es la relación de supuestos: preterición de un legitimario... de todos los legitimarios.

En el Código Civil: si resultaren preteridos todos... En otro caso...

Esta inversión del orden de supuestos da lugar a una absurda laguna legal en la LDCG.

En el Código Civil no quedan fuera los supuestos en que, preteridos más de uno, no lo sean todos.

— Este artículo es una consecuencia del sistema de Derecho común y gallego de conciliación de sucesiones testada e intestada, con o sin legítima. Resuelve la posición del legitimario omitido y no reduce a un mínimo la medida de su derecho. No es una regla de revocación del testamento. La acción es del preterido. No de otro, ni apreciable de oficio. La posición que al legitimario corresponde no es la legítima mínima legal. Amplía el contenido de la pretensión del legitimario. En cualquier caso, su redacción pone en evidencia que la posición que le reconoce el artículo le corresponde como tal legitimario y no como consecuencia de la ineficacia por vicio de la voluntad.

Tampoco hay atribución legal. La legítima que corresponda, en esta Ley 2/2006, tampoco está atribuida. El llamamiento es legal, pero el legitimario no tiene el derecho por ministerio de la ley. Es necesario que el preterido la reclame. Por lo que el derecho no se confiere por ministerio de la ley a la manera, por ejemplo, en que lo es (era) la reserva viudal, por lo que mientras no ejercite la acción no puede ser apreciada por el liquidador.

— Resulta llamativo que se mantenga en la posición de heredero al legitimario preterido no intencionalmente si se interpreta como propósito del legislador negar en el legitimario, por serlo, el reconocimiento de la posición de heredero (art. 249).

Esta solución no es anómala en Derecho común, donde, aunque se reconoce al testador la posibilidad de configurar la posición sucesoria del legitimario, éste tiene un mínimo de facultades (afección, gestión, liquidación, derecho de transmisión, reglas de integración...) que asimilan, por su estructura y derechos, la posición del legitimario a la de un heredero, como afirma la doctrina actual, aunque, en ocasiones, se le atribuya el calificativo de heredero especial, según algunos, porque su derecho está limitado a una concreta esfera (116) y, además, por las reglas a las que están sujetos, como por ejemplo la colación, aplicable, en el Código Civil, sólo entre legitimarios.

La regulación de la legítima en la actual LDCG parece responder al propósito de negar en el legitimario (art. 249), por serlo, el reconocimiento de la posición de heredero. Por lo que esta regla de integración de la voluntad para el caso de omisión no intencional puede estar en manifiesta contradicción con la expresada por el testador. Y es que el preterido puede ser el único legitimario heredero. Por ejemplo, instituyo heredera a mi esposa sin perjuicio de la legítima que corresponde a mis hijos. Y nombra tres, los que tiene al tiempo de hacer el testamento. Pero deja cuatro al morir.

A este supuesto se refiere el Código Civil en el caso de omisión de alguno o algunos de varios para mantener la validez de la institución a favor del cónyuge viudo a salvo las legítimas (*favor viduitatis*). Algún autor sostuvo la ampliación de este favor si el instituido es el cónyuge y los preteridos todos o el único (117). La LDCG prescinde del *favor viduitatis*, sin que, en mi opinión, exista motivo alguno.

Por otra parte, y como ya dije, en Derecho común, el párrafo quinto del artículo 814 del Código Civil (“A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador”) deja una salida para hacer valer la voluntad manifiesta del testador en cualquier caso de preterición. Párrafo quinto del que prescinde la LDCG, inexplicablemente en mi opinión. La doctrina se sirve de él para defender la validez de ciertas previsiones genéricas (que no siempre la evitan –art. 675-2.º–), para aplicar criterios de proporcionalidad y, sobre todo, determinar, por lo dispuesto, de forma indirecta, el derecho del omitido. Este párrafo participa de la interpretación flexible como norma dispositiva que animó la reforma del artículo 814. Por lo que para algún autor éste debiera ser el primer párrafo del artículo 814 (118).

(116) Por ejemplo, ESPEJO LERDO: *op. cit.*

(117) CÁMARA ÁLVAREZ: *Compendio de Derecho sucesorio*, pp. 198, 199.

(118) BOLÁS ALFONSO: “La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981”, AAMN, 1982, tomo XXVI, p. 195.

El concepto de legítima de configuración voluntaria o, sólo este párrafo quinto, es lo que hace imposible, en mi opinión, que en el Código Civil pueda afirmarse que existen dos tipos de preterición sujetas de dos regímenes y con dos efectos distintos (119). En el Código Civil no resulta tal dualidad si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo en su conjunto. Los efectos pueden ser los mismos en el caso de que sea preterido uno de varios de forma o no intencional. Todo depende de la voluntad manifiesta del testador.

En su momento sostuve que la dualidad de pretericiones y consecuencias procesales diferentes no era admisible si se hacía depender de algo tan subjetivo como la intención del testador (120).

— El párrafo segundo del artículo 259 deja viva la cuestión de qué se entiende, a este fin, como disposición de contenido patrimonial.

Esto es relevante por dos razones, por una parte, y como vimos, para saber qué tipo de mención hace falta. Aquéllas por las que se reconoce a un hijo como tal hijo, o se les menciona para nombrarles tutor, pero no se le confiere posición ni se le hace atribución alguna en la sucesión, no evitan la preterición, ni el acta de declaración de herederos *ab intestato*.

Por otra parte, es importante saber que es disposición patrimonial afectada a la nulidad que el preterido pueda exigir.

— De la nulidad en el caso de que sean preteridos todos, no se salva, tampoco en esta LDCG, el legado de usufructo universal a favor del cónyuge viudo. A pesar de las críticas que mereció este olvido. Crítica de la que ya se hizo eco la enmienda 119 de UCD en el Senado a la reforma del artículo 814 (“tampoco hay motivos suficientes que expliquen por qué subsiste la institución en su favor y no los legados”).

— La validez de la desheredación se mantiene. Por otra parte, no tiene sentido si a este efecto cuenta el desheredado y que se plantee el supuesto de desheredación de otro descendiente, ya que el desheredado no está preterido, por lo que ya no estaríamos en el supuesto del párrafo segundo del artículo 259 (preteridos todos).

— El nombramiento de albacea que tiene derecho a retribución es una disposición patrimonial. Pero este nombramiento tiene eficacia inminente, por lo que no se va a someter a impugnación.

— La subsistencia del nombramiento de contador-partidor es cuestionada por algún autor (121) cuando resulten otros los herederos designa-

(119) BOLÁS ALFONSO: “La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981”, AAMN, 1982, pp. 198, 199.

(120) BERMEJO PUMAR, M. M.: “La legítima”, *Instituciones de Derecho Privado*, tomo V, volumen 3.º, p. 324.

(121) BOLÁS ALFONSO: “La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981”, AAMN, 1982, p. 228.

dos. Sin embargo, a no ser que esté vinculado a la designación, no parece que tenga por qué estar afectado el nombramiento de contador por la nulidad, teniendo en cuenta que el nombramiento de contador-partidor no es necesariamente testamentario.

— En Derecho común, la preterición no deja sin efecto la delegación de la facultad de mejorar. Expresamente establece el artículo 831-4, párrafo segundo, del Código Civil que “cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido”. Por lo que el preterido estará en la posición que le corresponda, sin que pueda por el delegado alterarse en uso de la facultad ni el régimen de legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común (831-4, párrafo 1).

En Derecho común, sea el descendiente común, o no, el delegado ex artículo 831 no puede salvar la preterición con su actuación por sí solo. Necesita que el preterido reclame su derecho (122). Tampoco parece bastante el concurso del preterido y del delegado sin el de los demás afectados, ya que este reconocimiento les afecta y no es un mero acto de mejorar ni de partir.

En el Derecho gallego, el artículo 197 LDCG limita la eficacia del poder “entre los hijos o descendientes comunes”. Pero aun en el caso de que el descendiente sea común, tampoco creo que pueda salvar la preterición el apoderado por sí solo, ya que no está expresamente recogida esta facultad entre las que le puede atribuir el causante con arreglo al artículo 197 de la LDCG. Y, sobre todo, porque el reconocimiento de derechos en el preterido necesita el ejercicio de la acción por parte del preterido y el concurso de las personas que pueden verse afectadas por este reconocimiento.

En resumen, si el preterido es descendiente común, la actuación del comisario no salva la preterición sin necesidad del preterido, y me parece al menos discutible que pueda salvarla con su concurso, ya que su actuación se extralimita del contenido del poder y es un acuerdo que afecta al derecho de los demás legitimarios.

Y si el descendiente no es común creo que el que tenga poder testatorio no podrá salvar la preterición si el preterido no ejercita la acción para reclamar la legítima.

Si el poder se concedió en capitulaciones matrimoniales de forma recíproca, el nacimiento de un hijo no común por parte del poderdante no es causa de extinción del poder no revocado por el poderdante infiel.

(122) Me remito a lo expuesto en BERMEJO PUMAR, M. M.: “La legítima”, *Instituciones de Derecho Privado*, tomo V, volumen 3.º, pp. 296, 297.

Artículo 260: La preterición no intencional no producirá los efectos a que se refiere el artículo precedente si los preteridos concurren a la partición con los instituidos.

Acoge una solución para el supuesto de omisión en el título contemplado en el artículo 259, que es de Derecho común para cualquier supuesto de preterición (SSTS 20 de junio de 1903, 31 de enero de 1913, 7 de noviembre de 1935, RRDGRN de 20 de mayo de 1898, 30 de junio de 1910, 31 de enero de 1913, 22 de enero de 1941, 10 de mayo de 1950 y 14 de agosto de 1959).

Lo que plantea la duda de si no cabe solución similar en el del artículo 258, en la que los afectados aclaren de común acuerdo todo lo que se puede aclarar vigente esta ley. La respuesta es que sí.

De este artículo 260 no puede extraerse como conclusión que el contador-partidor pueda apreciar la preterición del artículo 258 por sí. La acción de preterición es del legitimario (aunque la LDCG no lo diga, art. 266). Ni tampoco la de que puede hacer el contador esta partición por sí solo (RDGRN 14 de agosto de 1959), reconociendo por su cuenta el derecho del legitimario omitido. La preterición no es apreciable por el contador-partidor. La preterición no es apreciable de oficio. En mi opinión es muy discutible que pueda hacerla sólo con el preterido, ya que ésta no es una simple partición, sino un acuerdo por el que una parte renuncia al ejercicio de una acción y otra reconoce un derecho en la sucesión.

El albacea contador-partidor está facultado para hacer valer el testamento (art. 902-3.º Código Civil), pero no para impugnarlo. Entre los límites a las facultades de interpretación que pueden reconocerse al contador-partidor se admiten las que esclarezcan la voluntad del testador, pero no la interpretación de aquello que en el testamento vulnere la ley ni la integración de la voluntad del testador o causante.

La partición del artículo 260 supone una transacción y se da entre el preterido y quienes tienen título para suceder.

Avanzamos que no compete al contador-partidor apreciar la preterición y que no puede salvarse con la actuación del que ostenta el poder testatorio. Es imprescindible la del preterido; a él corresponde reclamar su derecho (arts. 258 y 259 LDCG) y el ejercicio de las opciones en la partición que le atribuye la ley (art. 257 de ser preterido el cónyuge viudo). También es necesaria la actuación de los demás legitimarios. La aparición del preterido no deja de afectar a los legitimarios (colación, etc.). El contador-partidor sólo tiene la facultad de partir. Y el poder testatorio debe actuarse dentro de sus límites. El reconocimiento de derechos a favor de quien no está previsto en él es una extralimitación no recogida

entre las facultades que el artículo 197 permite en el cónyuge comisario.

Solución diferente resulta de la legislación aragonesa (art. 188.1), que expresamente contempla el supuesto.

El artículo 260 de la LDCG acepta la solución que acoge, que ya se admitía en el Derecho común (aplicable en Galicia), porque la ineficacia, en caso de preterición, no es la nulidad, sino la anulabilidad y por eso la regla no actúa automáticamente.

Otra manifestación más de que la legítima gallega supone un llamamiento legal a una posición en la sucesión, pero no una atribución legal de un derecho, que se tiene aunque no se reclame.

Si la preterición es del tipo que la LDCG llama intencional, la ley excluye esta solución pactada. Ya nos pronunciamos sobre la posibilidad real de transar también en este caso.

Parece que la falta de referencia obedece a que el legitimario que tiene una posición mínima, la de acreedor por su derecho, no va a participar en la partición. Sin embargo, la LDCG no lo considera así a lo largo de su articulado (art. 221, arts. 249, 250, 305). El legitimario tiene interés en las distintas fases de la liquidación de la herencia. La liquidación de la legítima no es de interés individual. Por eso esta nueva LDCG mantiene la necesidad de que el legitimario preste su conformidad a la liquidación. Se le tiene por parte en ella.

Otras cuestiones que plantea este artículo 260:

— El ejercicio o el no ejercicio de la acción de preterición no es aceptación de herencia. Por lo que el preterido que ejercita la acción, o no, en tanto no acepte, no hace número a efectos del artículo 239 LDCG.

— La transacción sí supone aceptación de herencia. Con ella se corrige el título sucesorio y se entiende aceptada la herencia.

— La partición a la que se refiere el artículo 260 no es un mero acto de partir, por lo que creo que deben cumplirse los requisitos de capacidad y legitimación exigibles para la transacción. Por esta razón, me parece discutible que pueda aplicarse la regla prevista en el artículo 271 LDCG (“si concurrieren a la sucesión menores o incapacitados legalmente representados no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial a efectos de aceptar o partir la herencia”).

Como decíamos al tratar de las disposiciones patrimoniales que pueden o no subsistir, el contador-partidor no puede apreciar la preterición ni sus consecuencias sin el concurso de los afectados por el derecho del preterido: los demás legitimarios y los beneficiados por las disposiciones patrimoniales que puedan verse afectadas. El propio artículo 260 respalda esta idea.

Artículo 261 (123).

Los descendientes de otro descendiente que no fuera preterido representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.

Este artículo reproduce el tenor del párrafo tercero del 814 del Código Civil (124), con lo que se mantienen las mismas dudas de interpretación que plantea este último sobre la norma que se aplica a la estirpe del no preterido: representación o preterición. A éstas se unen, en la nueva LDCG, aquellas a las que esta ley da lugar como consecuencia de la interpretación conjunta de los artículos 261 y 238-1.º (Son legitimarios: 1.º Los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos.)

En el Código Civil no es necesario recoger en el artículo 807 el principio de la preferencia de grado; a la sucesión legal, también a la legítima (supuesto de conciliación de la sucesión voluntaria y legal), se le aplican la norma del artículo 925. En el artículo 810 es necesaria la indicación de la preferencia, ya que no existe norma igual para los ascendientes (no se da representación para los ascendientes en la sucesión legal). En el Código Civil, la preferencia de grado se resuelve con las reglas del llamamiento legal; la legítima es uno de los supuestos en los que se manifiesta la compatibilidad de la sucesión testada y la intestada; se defiende la integración de la sucesión voluntaria, con o sin legítima, con las reglas de la intestada.

(123) Sobre el párrafo tercero del artículo 814 me remito a lo expuesto en BERMEJO PUMAR, M. M.: "La legítima", *Instituciones de Derecho Privado*, tomo V, volumen 3.º, pp. 300 a 319.

(124) El artículo 814,3.º trata de resolver la duda que se crea cuando empieza a forjarse, por cierto sector de la doctrina de Derecho común, la idea de una legítima limitada a una porción en determinados casos (preterición, derecho de la estirpe del desheredado o del indigno). Lo que da lugar a que surjan dudas que no se planteaban con la doctrina legal y tradicional: la idea de que los tercios son una ficción legal que responden a la facultad que se atribuye al testador para disponer dentro de ciertos límites; la posición del legitimario no tiene por qué limitarse a ellos si el testador no hizo uso de esta facultad; la del legitimario es una posición abstracta que el testador puede configurar dentro de ciertos límites: sistema de la legítima como límite o freno legal a la voluntad del causante.

La idea de cierto sector de la doctrina de que en la legítima se da un llamamiento autónomo limitado a una porción distinta al de la sucesión testada e intestada, se defendió en ciertos casos. Se rechaza por unos, ya que esta vocación no es bastante como legal, si no se traduce, en esos mismos casos, en el judicial —consecuencia del ejercicio de acciones— o voluntario. Mientras que algún autor la defiende en Derecho común, con carácter general, y sostiene que hay legítima en la sucesión *ab intestato*, lo que para otros muchos es impensable.

Esta tendencia a una singularización del derecho del legitimario hace que el mecanismo de la representación se considere, en principio, sólo aplicable a esta legítima entendida como porción legal. No se considera la solución ideal en el caso en los que tiene lugar el mecanismo legal de representación.

En este caso, el esfuerzo de la doctrina se centra en extender el derecho a toda la cuota y ampliar los derechos del legitimario no preterido, cabeza de la estirpe, que sí lo está.

Se discute, al interpretar el párrafo tercero del artículo 814, la medida de la participación, y para esto la regla aplicable al determinar la posición y derechos de la estirpe preterida del no preterido, dado lo ambiguo de la redacción; el artículo se refiere tanto a la representación como a la preterición. Redacción que reproduce el artículo 261.

Ninguno de los dos artículos (art. 814-3 CC y art. 261 LDCG) hacen referencia a las circunstancias por las que el legitimario no preterido no llega a heredar. Por lo que se defiende el que puede ser aplicado a la estirpe del desheredado y del indigno. La amplitud de los términos del artículo 814-3.º, que reproduce el artículo 261, da cabida a la estirpe incluso del renunciante. Pero en el Código Civil no cabe la representación en caso de renuncia, expresamente la excluye el artículo 929. Regla de la intestada que se aplica también a la legítima (como supuesto de conciliación de las dos vocaciones a las que se refiere el Código Civil en el art. 658).

Aunque la nueva LDCG, cuando trastoca el sistema, tampoco dice nada sobre este extremo, considero que el mismo principio sigue siendo de aplicación en Galicia. El razonamiento puede ser el mismo: no se dan a favor de una misma estirpe dos llamamientos consecutivos legales por representación que permitan dos veces el ejercicio del *ius delationis* (a diferencia de la sustitución voluntaria).

La aplicación de la norma contenida en este artículo 261 a la estirpe del desheredado (por serlo, no preterido) es más necesaria si se tiene en cuenta que en esta nueva ley gallega no hay regla que reproduzca el contenido del artículo 857 del Código Civil.

Otro supuesto de cabida dudosa que la LDCG, a pesar de ser reciente, no resuelve: hijo premuerto omitido en el testamento; preterible, pero no preterido porque muere antes que el testador que lo omite. ¿A su estirpe se le aplica el párrafo tercero? En este caso (en el que se plantea incluso la solución de la representación en la preterición) creo que se le debe aplicar la regla de la preterición en consideración a la propia estirpe.

Me parece conveniente recordar, para saber quién está o no preterido, lo que decíamos sobre cómo debe ser la mención que excluye por innecesaria la regla de la preterición: la mención debe ser aquélla por la que se pueda llegar a saber cuál es la posición y cuota del mencionado.

El mecanismo pleno de la sucesión por representación es posible cuando puedan hacerse coincidir el llamamiento, posición y cuota del cabeza en su estirpe. Si sólo se da representación en el llamamiento, será necesaria la regla de la preterición para conocer posición y cuota. Cuando la mención no facilita el conocimiento de la posición que el testador quiso atribuir al no preterido, por ejemplo, en el caso de desheredación (mención negativa), se aplican las reglas de la preterición referidas a la propia estirpe omitida del desheredado. Cuando la mención lo facilita, premo-

riencia o indignidad, se aplica el mecanismo pleno de la representación, pero, en mi opinión, en relación a la cuota íntegra reconocida voluntariamente, de acuerdo con el sistema en el que la legítima está en la sucesión que se ordena por voluntad del causante (ley de la sucesión), lo que afecta a la posición y derecho del legitimario (configuración voluntaria).

Personalmente me inclino por entender que, a no ser que sea manifestamente contraria la voluntad del testador, el derecho del hijo no preterido debe pasar a su estirpe tal y como el testador lo configuró.

Ejemplo: instituyo herederos a mis tres hijos, José, Francisco y Elena. Si Elena tiene hijos al tiempo en que su padre testa y fallece antes que el testador, los derechos que el padre reconoce a esta hija en el testamento deben ser para los hijos de ésta y no creo que deban reducirse a la legítima, pese a ser conocidos y no haberse previsto la sustitución.

Este es un ejemplo muy claro porque reproduce la situación que se daría en el *ab intestato*.

Una interpretación reduccionista del derecho del legitimario (a la que conduce la vocación legal autónoma) llevaría, en cualquier caso (también en éste de llamamiento legal), a que el conocimiento de la estirpe del no preterido (porque premuere) reduzca el derecho de ésta a la porción mínima legitimaria. Lo que no siempre puede ser conforme con la voluntad manifiesta del causante.

Si esta LDCG pretendió una singularización del régimen legitimario respecto del vigente hasta su entrada en vigor, o incluso un cambio de sistema, sorprende el deficiente resultado. No se resuelve ni regula. La LDCG consigue provocar confusión incluso sobre aspectos tan claros como la preferencia de grado en la regulación de la legítima y la aplicación plena o limitada (sucesión por estirpes, colación), según los casos, del mecanismo de la representación.

Las redacciones de los artículos 261 (que reproduce una norma ya vigente), 238 (reproducción en parte, alterada en solitario), son contradictorias e incompletas. La estatal supletoria (arts. 761, 857, 925, 929...) mantiene sustancialmente el mismo sistema anterior a la Ley 2/2006 en Galicia (el del Código Civil), sistemas que no excluyen una solución más flexible que atiende a la voluntad manifiesta, como en el ejemplo antes expuesto, lo que da lugar a una solución más favorable (la legítima no necesita expresarse, la mejora sí; la legítima resulta determinada de forma indirecta por lo dispuesto –art. 814-5.º).

Resumen: El artículo 261 se refiere a la omisión de la estirpe del no preterido. Se discute si el derecho de la estirpe se debe fijar en consideración al cabeza de la estirpe (representación) o en consideración a la propia estirpe (preterición), en este último caso tiene interés el que la estirpe sea, o no, conocida por el testador al tiempo de otorgar el testamento.

La ambigüedad de la redacción del artículo 814-3.º (representación/preterición) que reproduce el artículo 261 de la nueva LDCG no da solución a la razón expuesta que motiva la discusión en Derecho común sobre la regla aplicable.

La discusión es el resultado de una teoría reduccionista del derecho del legitimario, teoría que no siempre conduce al resultado deseado. Si se aplica el mecanismo de la representación, y éste, a su vez, no se refiere a toda la cuota a favor del legitimario que puede resultar de lo no dispuesto por el causante, sino a una legítima que se concibe estereotipada y que se fija en un mínimo, se obtiene un resultado distinto al que se produce si la norma que se tiene en cuenta es la regla de preterición del Código Civil que deja a salvo en cualquier caso la voluntad manifiesta del testador (art. 814-5.º).

En la ley de Derecho Civil de Galicia, la duda se complica, ya que el artículo 261 se extiende con mayor motivo a la estirpe omitida del desheredado (no existe en la gallega una norma como el art. 857, sin embargo vigente el art. 761) y el artículo 238 no tiene en cuenta la preferencia de grado y sitúa a la estirpe del desheredado como si fuese legitimario llamado en primer lugar, sin referencia alguna al mecanismo de la representación. Si esta estirpe de un desheredado (por serlo, no preterido) no fuese conocida por el testador, su derecho encaja en el supuesto del artículo 259; solución que refuerza la redacción del artículo 238 de la nueva LDCG.

F) Desheredación (desheredamiento, arts. 262 y ss. de la Ley 2/2006; artículo 218).

La LDCG 4/1995 no contiene ninguna norma especial sobre desheredación. La regulación que hace la Ley 2/2006 introduce alteraciones, algunas lógicas (como consecuencia de la supresión de la legítima a favor de los ascendientes), otras más difíciles de explicar, como la afirmación del artículo 262, párrafo primero, o que la desheredación no esté prevista como causa de extinción de la mejora de labrar y poseer. Pero las causas de desheredación son aplicables a este mejorado, si se relaciona el artículo 219 con los que van a ser objeto de estudio (262 y ss.). Llama también la atención que esta ley trate de las causas de las legítimas de descendientes y del viudo en una única norma. Son supuestos de sanción doméstica. Existen en Galicia otras causas por las que se pone fin al derecho del legitimario (adopción consentida por el mayor de edad, por ejemplo), pero, a diferencia de la desheredación, no constituyen un acto de disposición del derecho del legitimario por parte del causante.

Artículo 262.

1. El desheredamiento justo de un legitimario priva a éste de su legítima.

2. Para que sea justo, el desheredamiento habrá de hacerse en testamento, con expresión de la causa del mismo. Si la persona desheredada la negara, corresponde al heredero del testador la carga de probarla.

Artículo 263.

Son justas causas para desheredar a cualquier legitimario:

1.º Haberle negado alimentos a la persona testadora.

2.º Haberla maltratado de obra o injuriado gravemente.

3.º El incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales.

4.º Las causas de indignidad expresadas en el artículo 756 del Código Civil.

Artículo 264.

La persona desheredada injustamente conserva su derecho a la legítima.

Artículo 265.

La reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva a éste del derecho a desheredar, dejando sin efecto el desheredamiento ya hecho.

La ley gallega hace uso de la expresión castellana “desheredamiento”, utilizada en el Fuero Real y en las Partidas (125).

El heredero forzoso sólo puede ser excluido por voluntad del causante, con invocación de una de las causas que establece la ley.

La desheredación, por un acto voluntario del testador, neutraliza la vocación legal. La desheredación priva de aquello que cada sistema reconoce a favor del legitimario.

Históricamente, la desheredación priva del derecho a la herencia (126). En el Código Civil (aplicable en esta materia en Galicia antes de la entrada en vigor de esta ley) no se considera necesario aclarar de qué priva

(125) Esta expresión la utiliza también la Ley catalana 40/1991. Esta Ley catalana regula el desheredamiento, en sede de legítima, cuando menos necesario parece, acogiendo este término del castellano (que utilizan el Fuero Real y las Partidas), siendo que, en aquella ley catalana, el legitimario, como tal, no es heredero y el heredamiento es una institución definida en la misma ley como institución contractual de heredero que sólo puede otorgarse en capitulaciones matrimoniales personalmente o mediante poder. Esto, sin mucho sentido en una ley foránea, también pasa de ella a la Ley gallega.

(126) LALINDE ABADÍA, J.: *Derecho histórico español*, p. 489; VALLET DE GOYTISOLO: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, tomo XI, p. 518.

la desheredación. En Derecho común se entiende que priva de lo que el legitimario tenga derecho a pedir en la sucesión. Si tiene derecho en la sucesión intestada, que es compatible en Derecho común con la testada, priva de la condición de heredero en la intestada. La idea de partes y tercios está unida a la de disposición voluntaria; en la medida que se dispone válidamente se reduce el derecho a la legítima. Por lo que en el Derecho común, en el que no puede hablarse de atribución legal del derecho ni de vocación a una posición singular con carácter general, la legítima se regula entre las reglas de la sucesión voluntaria (en el capítulo II del título III –sucesiones– del libro III –modos de adquirir– dedicado a las herencias, antes del III dedicado a la sucesión intestada). Por tanto, en Derecho común, la desheredación priva de la sucesión testada y de los derechos que puedan llegar a tenerse en la intestada compatible con el testamento por el que se deshereda (127).

En definitiva, en el Código Civil priva de la condición de heredero cualquiera que sea el llamamiento; condición que corresponde al legitimario por ley a falta de otra voluntaria, heredero especial por ser forzoso, según entiende la mayor parte de la doctrina (128). De la condición de heredero voluntario se puede privar sin necesidad de desheredar.

Quienes sostienen que la legítima es de contenido negativo, como límite a la voluntad del testador, la desheredación supone la supresión de este límite a la voluntad del causante; esta interpretación tiene consecuencias prácticas.

Mientras que, por ejemplo, en la ley aragonesa en la que existe el reconocimiento de una vocación legal autónoma a la legítima distinta del llamamiento por ley en el caso de sucesión intestada en más supuestos que en el Derecho gallego, es necesario afirmar que la desheredación priva de la condición de legitimario y de las atribuciones sucesorias que le correspondan por cualquier título, excepto de las voluntarias posteriores a la desheredación (art. 196, Ley 1/1999 de Aragón).

La legítima catalana se regula como una atribución legal. Se mantiene el atavismo diferenciador de la incompatibilidad de la sucesión testada e intestada. Esto no facilita las cosas. La ley catalana dice que el desheredamiento priva de la legítima que se distingue de la sucesión universal

(127) STS de 20 de mayo de 1931. La doctrina mayoritaria considera que el desheredado justamente queda privado de la sucesión intestada compatible con la testada; entre otros, VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones...*, *Las legítimas*, I, p. 709 y en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, p. 589; MENA-BERNAL ESCOBAR: *La indignidad para suceder*, p. 221; ALGABA ROS: *Efectos de la desheredación*, p. 443.

(128) *Vid.* por los demás y en relación a este tema ALGABA ROS: *Efectos de la desheredación*, pp. 95 y 101.

como una atribución legal. Lo que plantea problemas, ya que no se puede desheredar en codicilo, lo prohíbe la ley; por lo que, al no ser compatibles la sucesión testada e intestada, el desheredado puede aparecer por la puerta de atrás. El testamento ineficaz, por serlo la institución de heredero, vale como codicilo en lo que pueda ser objeto de él, por esta razón el Proyecto de Libro IV expresamente prevé la admisión del desheredamiento en codicilo (art. 451-20).

La nueva LDCG regula la desheredación para decir que la desheredación priva de la legítima (art. 262). Por la desheredación quedan, también, sin efecto los pactos de mejora (art. 218).

Esta afirmación no es coherente con un sistema en el que la sucesión intestada y testada son compatibles.

Ejemplo: X deshereda a su esposa e instituye a un amigo. El heredero instituido repudia la herencia y es llamada a ella, como heredera intestada, la esposa.

Se podría tratar de defender la redacción de la nueva LDCG cuando se limita a decir que la desheredación priva de la legítima si se considera ésta como porción limitada, argumentando que, en virtud de la regla de imputación, la legítima priva de lo que se reciba por cualquier título. Sin embargo, en la LDCG no está previsto que el desheredado sin estirpe haga número (art. 239) y lo que a él se le atribuye, de acuerdo con la LDCG, no es imputable.

Además la cuota valor legítima cuota íntegra del *ab intestato* no coinciden.

Si se defiende un concepto restrictivo de legítima y que hay legítima en la sucesión intestada, lo que no comparto (129), habrá que discurrir para obtener una interpretación del artículo 262 por el que la desheredación prive de todo lo demás.

Por lo que creo que la interpretación coherente es la que facilita el sistema sucesorio gallego y la tradición hispánica, la de que no siempre puede concebirse el derecho del legitimario reducido a una cuota limitada; al menos, a este efecto de desheredación no es una porción limitada

(129) Vid., sin embargo, ESPEJO LERDO DE TEJADA defiende en *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*. Creo que incurre en petición de principio cuando sostiene que hay legítima en la sucesión intestada (ley contra ley).

Se arguye que el desheredado recibe sólo la legítima en la sucesión intestada, luego hay legítima en la sucesión intestada. Se colaciona en la intestada, luego hay legítima en la intestada. Pero eso supone partir de la conclusión. Y se puede afirmar, por lo mismo, lo contrario. En la intestada, compatible con la testada, la cuota no es la legitimaria, porque no hay legítima en la intestada. La colación tampoco es argumento, ya que es la agregación de las donaciones a la legítima y no a la herencia, pero en la intestada la legítima es la herencia.

La conclusión depende del presupuesto inicial sobre cuál es la cuota del legitimario en la sucesión intestada.

del haber hereditario. Así interpretado el artículo 262 conduce a que la legítima (= derecho del legitimario) es a lo que esté llamado el legitimario a la sucesión que puede ser por la voluntad del causante o por la ley, en sus dos manifestaciones.

Hay otro supuesto de exclusión del legitimario, ésta sin causa y bilateral. En la LDCG, la apartación (pacto entre causante y legitimario) priva de la condición de heredero forzoso (art. 224) y en él puede pactarse que el legitimario quede excluido del llamamiento *intestato* (art. 226).

Sin embargo, la apartación no es causa propiamente de exclusión ni de la condición de legitimario ni de la legítima: ésta se atribuye porque se tiene aquélla.

Si en la apartación no se previó la exclusión de la sucesión intestada, la manifestación del testador puede ser necesaria para que no se produzca este efecto en el caso de que, por cualquier circunstancia, se abra la sucesión legal por vacancia o ineficacia en los supuestos previstos en la ley.

Por otra parte, legítima y condición de legitimario no son una misma cosa. La condición de legitimario es personal e indivisible; ella sola atribuye una posición en la misma sucesión, que no se reduce a la percepción de una atribución patrimonial. Se pone de manifiesto en el mismo fenómeno sucesorio: en la computación no son computables para fijar la legítima los alimentos ya prestados y no negados antes de que tenga lugar la causa que motiva la desheredación; o en la imputación, la condición se debe tener en cuenta para fijar lo imputable, sobre todo si hay estirpe del desheredado, algo que no regula la LDCG. Tampoco en el artículo 245; el párrafo tercero de este artículo se refiere al premuerto y deja la cuestión abierta, argumento más de que en Galicia rige la colación del Código Civil, artículo 1.038 (que también se refiere al premuerto).

La misma relación en la que se funda la legítima justifica otros derechos y obligaciones, como el derecho a alimentos (del que se priva por incurrir en las causas de desheredación –art. 152-4.º del CC–), la legitimación de la acción por prodigalidad, legitimación en las acciones de filiación...

La desheredación en Derecho gallego es acto de disposición de la legítima por el que se priva de un derecho a ella (la legítima) y no a la condición de legitimario, aunque prive de otros derechos, como el derecho a reclamar alimentos, pero se refiere a los futuros, no a los pasados.

En el Derecho gallego, como en Derecho común, lo que es de libre configuración por parte del testador o del causante es la legítima, no la condición de legitimario, que es legal.

La desheredación no priva de la condición de legitimario y no se le puede obligar a la computación de lo que fue debido.

Por otra parte, si se sostiene que el legitimario desheredado es un legitimario, que, desheredado, no pierde su condición, podría sostenerse que lo que recibió, y que no es revocable, es imputable al pago del derecho de legítima del que se le priva, y debe disminuir la porción de legítima y aumentar la libre disposición del testador (130).

Pero frente a esto puede sostenerse que: 1.º, esta solución que se defiende de forma aislada en Derecho común presupone una formación de la masa de extracción de la legítima por la que el anticipo deja de ser verdadero anticipo de legítima al serlo en provecho de quien no es legitimario; 2.º, la condición de legitimario no es partible y esta imputación sin derecho a cuota la fraccionaría; 3.º, se complicaría aún más la solución en la LDCG para la estirpe del desheredado si en lugar del mecanismo de la representación (857, que no existe en la LDCG) se le aplica las reglas de la preterición (solución que también cabe en el art. 261 de la LDCG); 4.º, con esta imputabilidad de lo ya recibido por el que es desheredado, se somete esta atribución a reglas que impiden otras, como las de reducción por inoficiosidad; 5.º, es una solución contraria a la tradición (cuando no hay estirpe) compartida en Galicia (131) y a la ley gallega, en la que el desheredado sin estirpe no hace número (art. 239), por lo que, en Derecho gallego, la desheredación acrece la porción ideal de los demás y no aumenta la libertad de disponer del causante, convirtiendo el anticipo en herencia en provecho de quien no es legitimario.

En el Código Civil, las causas para revocar las donaciones (art. 648) son más graves que las de desheredación. Tiene que haber una conducta de ingratitud grave (aunque no se interprete como delito en sentido técnico) o incumplimiento de la obligación de alimentos.

Mientras que las causas de desheredación son conductas reprobables en el ámbito doméstico, la desheredación es la sanción doméstica al incumplimiento de obligaciones domésticas también.

Por lo que se refiere a la obligación de alimentos, habría que preguntarse si hoy puede exigirse con el rigor que se viene haciendo. Desde que los derechos exigibles entre los familiares son menores, las obligaciones deben ser interpretadas de forma menos exigente.

El prototipo de diligente padre de familia de hoy en día no es el mismo que el de no hace muchos años. Supuestos como el del progenitor que pasa una pensión mínima a sus hijos, y testa instituyendo heredero a un

(130) ALGABA ROS (quien sigue a VALLET DE GOYTISOLO): *Efectos de la desheredación*, p. 223.

(131) Tradición que pone de manifiesto el artículo 162 del primer borrador del Proyecto de 1851: “el descendiente desheredado o el que repudia la herencia puede retener o reclamar las donaciones y legados que le hayan sido hechos por el difunto, en cuanto no mengüen la legítima de los herederos forzosos”.

vecino; deshereda a sus hijos invocando como causa el que no le presten atención (alimentos en sus amplios términos) y para el caso de que no prospere la desheredación reduce el derecho de éstos a la legítima que les corresponde, sugiere un replanteamiento de la apreciación de esta causa de desheredar; de ser rigurosa la apreciación, se favorece a este tipo de progenitor que cuando de él dependió no mantuvo contacto alguno con sus hijos. ¿Cómo se debe valorar la obligación de alimentos que estos hijos deben a su padre? ¿Cuál es la extensión de la obligación de alimentos hacia este padre a la hora de interpretar el artículo 263 de la nueva LDCG? Lo cierto es que, como las relaciones familiares no se rigen por un principio conmutativo, será la de siempre.

Una de las cuestiones que provoca más dudas en la nueva LDCG es el alcance de la disposición adicional tercera, en sus dos redacciones. Entre los miembros de una **pareja de hecho**, la exclusión de la sucesión no tiene que fundarse en las causas de desheredación que obedecen a obligaciones inexistentes entre los miembros de una pareja de hecho (inscrita o no). No existen entre los miembros de una pareja de hecho ni obligación de alimentos ni deberes conyugales (éstas son efectos del matrimonio –art. 149 de la Constitución–). Por lo mismo no tiene lugar hablar de preterición.

La desheredación estará formalmente hecha si se hace en testamento con invocación cierta de causa legal.

La desheredación es una pena privada, por lo que puede ser injusta. Es injusta la causa que no se expresa, la que aunque sea grave no sea una de las recogidas en la ley, o la que contradicha fuese falsa.

La desheredación prospera mientras el desheredado no la impugne. Eso está bastante más claro en la redacción del artículo 851 del Código Civil (si fuere contradicha) que en la LDCG. Las causas son de interpretación objetiva y restrictiva.

Al valorar la prueba se debe tener en cuenta el contenido del artículo 262-2.º Sobre el heredero (132) pesa la carga de probar la causa concreta (si la invocación es genérica) y su certeza.

El efecto, en caso de que la desheredación no prospere, lo establece el artículo 265 de la LDCG: el desheredado injustamente conserva su derecho a la legítima.

Este efecto no siempre será justo si se sigue un concepto de legítima reduccionista. La desheredación pudo hacerse con la invocación consciente de una causa falsa, pero también puede deberse a error.

(132) En el texto de la proposición de Ley, en el artículo que resultó ser el 263, se imponía la carga de la prueba al desheredado. Lo que con razón se invierte por enmienda del grupo parlamentario Socialistas de Galicia.

En Derecho común, la tendencia en la doctrina es reconocer en el desheredado injustamente la legítima estricta como una solución más conforme con la voluntad del testador. Se quiso ver en el caso de la desheredación injusta un supuesto de mejora tácita, distinguiendo ésta de la que se calificó doctrinalmente de presunta (como la proscrita). Creo que en el caso de que la desheredación no hiciese imposible la sucesión intestada, no hay voluntad manifiesta y es difícil o imposible ver voluntades tácitas de mejora en quien es llamado por la ley. Por esta razón criticaba LACRUZ BERDEJO esta teoría y se inclinó por defender en nuestro Derecho la idea de la vocación legal autónoma en determinados casos, entre ellos en los de desheredación injusta.

Pero esto quiebra según las circunstancias, como es en el caso de legítimo único o sucesión intestada compatible con el testamento con desheredación declarada injusta y, por tanto, no sirve como regla.

En otros ordenamientos, como en Cataluña o Baleares, se equiparan los efectos de la desheredación injusta, a la se conoce como preterición intencional, la que se califica como errónea en el primero. En Aragón (art. 199) se establecen los efectos en función de que la causa de la exclusión o de la desheredación fuesen o no determinantes de ellas; si lo son, las reglas son las de la preterición no intencional.

La estirpe del desheredado.

No existe en la nueva LDCG un artículo con el contenido del artículo 857 del Código Civil (novedad en el Proyecto de 1851 –en él, art. 673–) (133).

La cuestión es si, para determinar el derecho de la estirpe omitida del desheredado, ya no puede entenderse aplicable el artículo 857 y, en todo caso, el derecho de esta estirpe de estar omitida (el art. 761, relativo al indigno, está vigente en Galicia) será el que resulte del artículo 261 como regla de preterición. Me remito a la interpretación que de este artículo ya queda expuesta.

El artículo 238 de la ley gallega menciona como legitimarios, entre los de primer grado, a la estirpe del desheredado y la del indigno (134). El artículo 238 no hace referencia a la representación que tiene como manifestaciones la sucesión por estirpes y la regla de colación basados en el principio una legítima, una estirpe. En esto se diferencia, por ejemplo, de la ley catalana (135).

(133) 857: Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto de la legítima.

(134) *Vid.*, sin embargo, artículo 352 de la Ley catalana, o artículos 24 y 25 Ley aragonesa.

(135) La ley catalana califica abiertamente la legítima de individual, y menciona a los des-

Defendí que en la Ley de Derecho Civil de Galicia no se exceptiona esta forma de suceder por representación. En Galicia rige el 925 y con el alcance que tiene en Derecho común: norma de la sucesión intestada que integra la testada con o sin legítima.

En el caso de llamamiento legal a la estirpe, si de las dos posibilidades que caben en la interpretación del artículo 261, se opta por la representación (de manera que la posición de la estirpe se determina por el cabeza de ella) deberá tenerse en cuenta lo que debiera tener en cuenta el padre en pago de su legítima (colación).

En el caso de que el justamente desheredado carezca de estirpe, su cuota individual en la colectiva no se extingue, sino que aprovecha a los demás legitimarios. El artículo 239 no exceptiona el acrecimiento legítimo, salvo en caso de repudiación y apartación.

Otros ordenamientos son de legítima individual porque así lo proclaman. Por ejemplo, en Cataluña, la legítima se califica de individual y el artículo 357 específicamente señala lo que sucede con la cuota vacante (art. 376). En el Derecho gallego, el sistema es de legítima mixta, como en Derecho común (la regla general vigente es la que recuerda la RDGRN de 11 de octubre de 2002). Este es el sistema que proclamó la ley anterior de forma expresa. En la nueva no se califica la legítima de individual. Se recogen, como excepción, los supuestos del artículo 239, lo que reafirma la idea de que existe como regla el sistema de siempre: legítima mixta, colectiva y en ella individual. La LDCG tampoco regula el destino de la cuota vacante en el supuesto de repudiación. Me remito al comentario del artículo 239.

Efectos de la desheredación respecto de los pactos sucesorios y de las donaciones.

El artículo 218 dice: Además de por las causas que se convinieren, los pactos de mejora quedarán sin efecto: 3.º Por incurrir el mejorado en causa de desheredación o indignidad, por su conducta gravemente injuriosa o vejatoria y, si hubiera entrega de bienes, por ingratitud.

La ley gallega distingue la mejora con y sin entrega de bienes.

En el Código Civil, la distinción fundamental es la que se reconoce por los efectos entre la mejora revocable e irrevocable. Esta última, para serlo, exige determinación del objeto y contrapartida (la contemplación de

heredados, etc., entre los que hacen número para su cálculo. Tanto en el artículo 357 como en el 352 *no se olvida del mecanismo de la representación*.

En el Derecho catalán no colacionan ni la estirpe del desheredado ni la del indigno (arts. 43, 359).

un interés digno de protección en un tercero o por razón de matrimonio). No es necesaria la entrega inmediata del bien para que se dé irrevocabilidad. En el genuino pacto sucesorio no es necesario la entrega actual del bien: cabe dar y no dar, lo contrario que en la donación; el vínculo hace actual el derecho.

Puede haber contrapartida que impida que se tenga la mejora por revocable en todo caso. Por lo que la mejora no tiene que ser para el causante un acto de mera liberalidad. Y el momento de la disminución patrimonial puede estar pospuesto, por lo que no hubo un empobrecimiento del causante en vida.

En la regulación que de los pactos de mejora hace la nueva ley gallega habrá que interpretar cuándo estamos ante una atribución entre vivos con efectos por causa de muerte y cuándo ante un verdadero pacto sucesorio que verse sobre materia sucesoria o produzca sólo efectos para el momento de morir o altere en algo la ordenación de la sucesión o atribuya una posición en la sucesión o un derecho que sólo tiene razón de ser de abrirse la sucesión.

Esta distinción es importante a todos los efectos. Entre otros, para conocer la competencia territorial a efectos del cobro del impuesto, que puede ser distinta (en consideración al lugar en el que se encuentre el bien o, en otro caso, el del domicilio del causante). Por lo que en el que se tenga por pacto sucesorio con entrega de bienes habrá que saber qué tiene de contenido propio como tal pacto sucesorio.

La revocación de la mejora no necesita ser expresa si es revocable. En el caso de las irrevocables, para tenerla por revocable se puede tener en cuenta la doctrina forjada al amparo del Código Civil y sus efectos (art. 37 de la Ley Hipotecaria, por ejemplo).

Las causas de revocación de las donaciones son más graves que las de la desheredación y son eficaces de forma diferente. Por tanto, la desheredación no revoca las donaciones necesariamente, y menos de forma automática.

En Derecho común, las donaciones se sujetan a las reglas de la inoficiosidad. Como ya quedó expuesto, algún autor defiende la atribución de lo donado al desheredado, a la cuota que recibe su estirpe. Interpretación que la LDCG no favorece (arts. 238, 239, 261).

Artículo 265. La reconciliación es un acto bilateral, no requiere forma solemne. Priva de efectos a la desheredación ya hecha y priva también del derecho a desheredar por la misma causa objeto de reconciliación. Aunque puede hacerse bajo condición.

La reconciliación puede ser condicional y éste es un supuesto de pacto sucesorio admitido en Derecho común.

El perdón es acto unilateral, priva de efectos a la desheredación ya hecha, pero no del derecho a desheredar; el perdón, al ser unilateral, no compromete.

Este artículo 265 se refiere al ofensor y al ofendido, no al desheredado y desheredante. En el artículo 856 del Código Civil, la referencia al ofensor y ofendido tiene sentido por la causa de desheredar 3.^a del artículo 854, en la que se priva por la ofensa entre personas distintas del causante y legitimario (al padre/madre por el daño al otro progenitor). Pero esta causa tercera del artículo 854 no existe en el Derecho gallego al suprimirse la legítima de los ascendientes.

¿Quiénes son el ofensor y ofendido del artículo 265 como personas distintas a la del desheredado y desheredante? Esta incongruencia puede servir de apoyo a otra que se produce en la nueva LDCG, la que resulta del número 3.º del artículo 263, consecuencia de que en un único artículo se recojan las causas de desheredar a los descendientes y al cónyuge. Este número 3.º hace posible la interpretación, por la letra de la ley, que encuentre justificada la desheredación que haga el padre del hijo que incumpla los deberes conyugales con su esposa, nuera del testador. En este caso, el ofendido no sería el desheredante.

A pesar de todo, no parece posible que la causa tercera del artículo 263 de la nueva LDCG pueda darse entre personas distintas al legitimario y causante.

Acción de preterición y de desheredamiento.

Artículo 266.

Las acciones a causa de preterición o desheredamiento injusto se extinguen por caducidad a los cinco años de la muerte del causante.

Llama la atención que esta ley, que distingue claramente dos supuestos de preterición en dos artículos distintos, sometiéndolos a consecuencias diferentes, no tenga en cuenta esta diferencia a la hora de establecer los plazos de la acción para el caso de preterición. El de cinco años para el supuesto de la preterición no intencional es absolutamente insuficiente y poco técnico.

Para el ejercicio de la acción de desheredación está legitimado (como en Derecho común) el desheredado. Sus herederos sólo pueden continuar con el procedimiento iniciado. En Derecho común, la desheredación debe ser contradicha judicialmente para que la desheredación no prospere. Si la invocación es genérica por referencia, por ejemplo, al número de un artículo, debe probarse su concreción y certeza.

Mientras no recaiga sentencia los legitimarios son los descendientes, la estirpe del desheredado, de haberla. En otro caso, no tiene lugar lo previsto en el artículo 239, excepcional en el sistema gallego de cuota mixta, de ahí su necesidad. La cuota vacante del desheredado acrece a los demás legitimarios.

Conclusión:

La nueva LDCG no cambia lo fundamental del sistema legítimo vigente en Galicia (llamamiento a la sucesión, carácter supletorio de la sucesión testada, con o sin legítima, colación entre herederos forzosos...), pero lo altera de manera que dota a esta institución (aunque reduce la cuota) de una rigidez impropia de la tradición gallega de mejoras (por esta última se reconoce al causante la facultad de configurar libremente la posición del legítimo dentro de unos límites que varían en su evolución), sistema opuesto al del derecho atribuido y, por esto, definido en la ley.

**ARANCEL NOTARIAL
Y CONCENTRACIÓN PARCELARIA.
COMENTARIO A LAS SENTENCIAS
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE CASTILLA Y LEÓN (BURGOS)
DE 30 DE MARZO Y 4 DE MAYO DE 2007**

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

*Profesor Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Castilla-La Mancha*

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo.
Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO: **1.** PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LOS SUPUESTOS DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA, APLICACIÓN DEL ARANCEL Y CÁLCULO DE LAS MINUTAS. **2.** ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN ARANCELARIO ESPAÑOL. **2.1.** Antecedentes históricos del arancel notarial. **2.2.** Contexto y contenido del Arancel Especial en materia de Concentración Parcelaria (Decreto 2079/1971). **2.3.** El arancel notarial tras la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos. La proclamación del principio de cobertura de gastos.

3. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL A QUO: LA VIGENCIA DEL DECRETO DE 1971. 4. UNA LECTURA ARMONIZADORA: LAS SSTSJ DE CASTILLA Y LEÓN (BURGOS) DE 30 DE MARZO DE 2007 Y 4 DE MAYO DE 2007. 5. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL ARANCEL NOTARIAL EN LOS SUPUESTOS DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA.

1. Planteamiento de la cuestión: la intervención notarial en los supuestos de concentración parcelaria, aplicación del arancel y cálculo de las minutas

En las zonas donde el parcelamiento de la propiedad rústica reviste caracteres de acusada gravedad, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (Decreto 118/1973, de 12 de enero; en adelante, LRYDA) permite a la Administración que lleve a cabo actuaciones de concentración parcelaria. Esta competencia está hoy atribuida a las Consejerías de agricultura de las Comunidades Autónomas. Se trata, en cualquier caso, de una operación extremadamente compleja desde el punto de vista jurídico –así lo reconoce el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de julio de 1988 (RJ 1988/4605)–. La finalidad de esta forma de reorganización de la propiedad es la constitución de explotaciones agrícolas de estructura y dimensiones adecuadas (1) y su regulación se contiene en los artículos 171 a 240 LRYDA.

(1) Según el artículo 171 LRYDA, la concentración parcelaria tendrá como finalidad primordial la constitución de explotaciones de estructura y dimensiones adecuadas, a cuyo efecto, y realizando las compensaciones entre clases de tierras que resulten necesarias, se procurará:

a) Adjudicar a cada propietario, en coto redondo o en el menor número posible de fincas de reemplazo, una superficie de la misma clase de cultivo y cuyo valor, según las bases de la concentración, sea igual al que en las mismas hubiera sido asignado a las parcelas que anteriormente poseía.

b) Adjudicar contiguas las fincas integradas en una misma explotación, aunque pertenezcan a distintos propietarios.

c) Suprimir las explotaciones que resulten antieconómicas o aumentar en lo posible su superficie.

d) Emplazar las nuevas fincas de forma que pueda ser atendida del mejor modo su explotación desde el lugar en que radique la casa de labor, o la vivienda del interesado, o su finca más importante.

e) Dar a las nuevas fincas acceso directo a las vías de comunicación, para lo que se modificarán o crearán los caminos precisos.

El estudio del régimen jurídico de la concentración parcelaria no es, obviamente, el objeto de este trabajo, centrado en las dificultades que en ocasiones puede entrañar la determinación del arancel y el cálculo de las minutas de los notarios que intervienen en estas operaciones. La reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) de 30 de marzo de 2007 proporciona una excelente oportunidad para realizar una serie de reflexiones que traten de arrojar luz sobre una cuestión respecto a la que ha comenzado a surgir una incipiente litigiosidad (2).

Antes de concretar los términos del debate, conviene recordar que el procedimiento de concentración parcelaria culmina con un acuerdo de concentración, emanado hoy por las Administraciones agrarias autonómicas. Una vez firme, la Administración autonómica extiende y autoriza el Acta de Reorganización de la Propiedad (art. 222 LRYDA), donde se relacionan y describen las fincas resultantes de la concentración o fincas de reemplazo, con las circunstancias necesarias para la inscripción de las mismas en el Registro de la Propiedad. Es en este punto donde se produce la intervención notarial pues, tal y como establece el artículo 223 LRYDA, el Acta de Reorganización de la Propiedad será protocolizada por el notario que haya formado parte de la Comisión Local o por el que le haya sustituido, y las copias parciales que expida, que podrán ser impresas, servirán de título de dominio a los participantes en la concentración, correspondiendo al Instituto promover la inscripción de dichos títulos en el Registro de la Propiedad.

En relación con la regulación de los honorarios notariales, del artículo 239 LRYDA se desprende que los derechos de los notarios y registradores que se devenguen por los trabajos realizados para llevar a cabo la concentración o como consecuencia de ella y para la titulación e inscripción de las fincas de reemplazo serán pagados por las Comunidades Autónomas. Y se añade que “unos y otros se regularán según un Arancel especial para las zonas de concentración, que será propuesto al Consejo de Ministros por el de Justicia, previo informe del de Agricultura”. Pese a esta previsión, continúa vigente el Arancel fijado por el Decreto 2079/1971, de 23 de julio, por el que se aprueba el Arancel especial de los derechos de los registradores y notarios devengados por la prestación de funciones a instancia de los Organismos de la Concentración. Este Arancel fue dictado al amparo del artículo 78 de la Ley de Concentración Parcelaria,

(2) Según nuestras informaciones, en la actualidad está pendiente de recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha al menos una sentencia del Juzgado número 2 de lo Contencioso-Administrativo de Albacete (sentencia núm. 249/2007, de 15 de junio), que versa sobre esta materia, sobre la que se ha dictado, igualmente, la SJCA número 1 de Albacete, de 7 de diciembre de 2007. Ambas desestiman los recursos interpuestos por la Administración autonómica contra las minutas notariales.

texto refundido aprobado por Decreto de 8 de noviembre de 1962 –norma que fue derogada por la LRYDA.

Pues bien, el interesante problema jurídico que resuelve la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León (Burgos) de 30 de marzo de 2007 (rec. núm. 30/03/2007, ponente: González García) versa sobre la forma de aplicar este Arancel especial. La sentencia objeto de este comentario tiene su origen en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Burgos de 24 de julio de 2006, que había estimado el recurso interpuesto por la Junta de Castilla y León contra la resolución de la DGRN relativa a la minuta elaborada en una concentración parcelaria. Posteriormente, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León (Burgos) de 4 de mayo de 2007 (rec. 71/2007, ponente: Rebilla Rebilla) ha reiterado de forma literal la doctrina establecida por la sentencia de 30 de marzo.

En síntesis, el problema interpretativo que se resuelve es el relativo a dilucidar si la aplicación del Arancel especial fijado en el Decreto 2079/1971 excluye la aplicación de cualquier otro concepto retributivo. En concreto, se trataba de determinar si este Arancel es compatible con el concepto de “folio de matriz” que establece actualmente el RD 1426/1989. Cuestión que tiene una repercusión práctica de primer orden, habida cuenta de que en estos casos, por la cantidad de propietarios y parcelas afectadas, las actas suelen ser muy voluminosas, incluyendo en algunos casos miles de folios a dos caras.

Por ello, antes de entrar en el examen detallado de la argumentación de la sentencia y en su valoración, conviene hacer una serie de consideraciones sobre la evolución del régimen arancelario español y conocer cuál fue el criterio de las sentencias de instancia, criterio que ha sido corregido, como ya hemos adelantado, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Burgos.

2. Algunas consideraciones sobre la evolución del régimen arancelario español

2.1. Antecedentes históricos del arancel notarial.

La retribución por arancel del trabajo de los notarios es casi tan antigua como la propia institución y está vinculada al concepto que de la misma se tiene en nuestro país y en la mayoría de nuestro entorno. El modelo de notariado latino, de tradición romano-germánica, se contrapone a otros, como el notariado anglosajón, y al modelo de corte administrativo,

propio de los regímenes comunistas, en el que los miembros del notariado se integran en la Administración pública. Lo cual tiene una incidencia directa tanto en su concepción jurídica como en la financiación de la institución (3).

El notario español presenta la doble condición de profesional del Derecho que ejerce una función que es pública (art. 1 del Decreto de 2 de junio de 1944, que aprueba el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado –en adelante, RN–). La notarial es de una parte función pública, que consiste en la dación de fe pública en sentido estricto y se predica del instrumento otorgado por el notario. Tanto en la esfera de los hechos como del Derecho, esto es, como presunción de veracidad de lo narrado en el documento público o autenticidad de fondo, del contenido negocial del instrumento público. Pero la función notarial no se agota en una mera dación de fe, sino que comporta un auténtico control o examen de la legalidad del instrumento público. El notario verifica la adecuación a la legalidad de los requisitos de forma y de fondo que afectan a la operación que se somete a su intervención.

El doble soporte en que descansa la función notarial, mezcla de rasgos públicos y privados, se refleja en las normas que informan su organización y funcionamiento. También, por lo que ahora nos interesa, en el arancel previsto por el artículo 45 de la Ley de Notariado de 28 de mayo de 1862 (en adelante, LN). Aunque es todavía más expresivo el artículo 63 RN, cuando establece que “la retribución de los notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el arancel notarial”. Esta configuración normativa del arancel es uno de los rasgos semiprivados que más aproxima al notario a su caracterización como profesional (4), refrendado incluso en la jurisprudencia (STS de 25 de mayo de 1976). Aunque, a diferencia de los honorarios profesionales, se fijan por la Administración, sustrayéndose de las reglas del mercado para cohonestar dos finalidades: la suficiencia del sistema (sus costes y la retribución individual del notario) y los intereses generales del conjunto de la sociedad.

La primera y única ley que hasta el momento ha regulado un arancel notarial ha sido la Ley de 11 de junio de 1870, sobre Reforma de Aranceles Notariales, que diseñó una estructura sistemática de treinta y cuatro conceptos que recogen las distintas actuaciones notariales –denominados “números”–, distribuidos sistemáticamente en cuatro partes: escrituras matrices, copias, testimonios y demás actos notariales y archivos. Para proceder a su cuantificación, la Ley optaba alternativamente por tres sistemas de cobro: cuantías fijas por operación (v. gr., por expedición de poderes

(3) Vid. NAVARRO GÓMEZ, R.: *El arancel de los funcionarios públicos*, Marcial Pons, 2008.

(4) Vid. NAVARRO GÓMEZ, R.: *El arancel de los funcionarios...*, *op. cit.*, pp. 76 y ss.

para pleitos o legalización de documentos), cuantías proporcionales al valor del contrato (caso de las escrituras matrices que documenten contratos en que intervenga entrega de dinero efectivo o equivalente) y, por último, el cobro de derechos por hoja, como en las escrituras matrices y las copias de escritura matriz en las que no se expresara el valor del acto o contrato documentado. Asimismo, bajo la rúbrica de disposiciones generales, sentaba una serie de normas generales que regían su aplicación, conformando así el esquema central que sustentaba el arancel sobre el que paulatinamente se adicionarán nuevas reglas de aplicación y sus ulteriores modificaciones.

En efecto, la disposición general sexta de la Ley de 1870 levantó la inicial reserva de ley establecida por la LN, autorizando al Gobierno para realizar las reformas del arancel “que aconseje la experiencia”. De ahí que los sucesivos aranceles se aprobasen *ex novo* mediante decreto.

2.2. Contexto y contenido del Arancel Especial en materia de Concentración Parcelaria (Decreto 2079/1971).

Al estudiar la evolución histórica del arancel posterior a 1870 (RRDD de 11 marzo 1880, 8 septiembre 1885, 25 junio 1916, etc.) se comprueba cómo, mediante sucesivos decretos, se ha dado entrada a auténticas innovaciones en el régimen jurídico del arancel de muy diversa índole. Desde la aprobación y derogación sucesiva de las cuantías y conceptos arancelarios, hasta la modificación de materias relativas al régimen sustantivo del arancel contenido en sus normas generales de aplicación, conocidas como disposiciones generales.

Hasta el punto de que, desconectando con la concepción jurídica del arancel establecido en la Ley de 1870, el Decreto 644/1971, de 25 de marzo, “por el que se revisan los aranceles notariales”, dispuso un sistema retributivo paralelo, distinguiendo los derechos que se devengan con arreglo al arancel —que son los inherentes a la función de fedatario público—, y los honorarios puramente profesionales exigibles por dictámenes, asesoramientos, redacción de cuadernos particionales, estatutos y conceptos análogos, que podían ser fijados discrecionalmente según las circunstancias de cada caso y para cuyo cobro no podía ser instado el procedimiento de apremio sino mediante el juicio declarativo correspondiente a su cuantía. En la cuenta que los notarios devengasen con arreglo a dichos aranceles podrían figurar, además de dichos “honorarios profesionales”, las cantidades suplidas con relación a impuestos, folios, transportes y gestiones llevadas a cabo por encargo o cuenta de los interesados. Con una salvedad, pues los notarios no podían exigir al Estado honorarios en concep-

to de profesionales del Derecho cuando su intervención fuera consecuencia de un expediente administrativo o hubiese sido precedida de la actuación del abogado del Estado (disposiciones generales primera, séptima y octava, resolución de la DGRN de 4 de noviembre de 1971).

Por lo que se refiere al arancel propiamente dicho (“derechos que deben percibir los notarios como funcionarios públicos”), el Decreto 644/1971 dispuso dieciocho números, que podemos resumir del siguiente modo: 1) autorización de instrumentos públicos sin cuantía: 200 pesetas por folio; 2) instrumentos de cuantía determinada o determinable: una escala regresiva en función de la cuantía; 3) reducción del 50 por 100 en el caso de escrituras o actas cuyos derechos hayan de satisfacer el Estado, la Provincia, el Municipio, el Instituto Nacional de la Vivienda, la Institución de Caballeros Mutilados por la Patria, etc.; 4) referencia fiscal para la valoración de las operaciones; 5) testamentos; 6) poderes; 7) examen de antecedentes para la redacción y autorización de actas o escrituras, protocolización de documentos que formen parte de un acta o escritura; 8) copias, cédulas o insertos literales; 9) testimonios notariales; 10) copias de documentos, actas o escrituras obrantes en el Archivo Histórico; 11) actas de protesto; 12) sellos de legitimar y legalizar; 13) legitimación de firmas; 14) notas en la escritura matriz; 15) subastas, concursos, Juntas; 16) cotejo de copias, cédulas o testimonios; 17) salidas dentro del término municipal de residencia; 18) salidas fuera del término de residencia del notario.

Este intento por parte del Decreto 644/1971 de dualizar la faceta retributiva del notariado, que le diferencia de sus predecesores, no encontrará respaldo posteriormente en el Arancel de 1989, como señalaremos *infra*. En cualquier caso, importa resaltar que dicho Arancel general, establecido por Decreto 644/1971, de 25 de marzo, era la referencia en vigor que tenía ante sí el regulador que estableció el Decreto 2079/1971, de 23 de julio, esto es, el Arancel especial en materia de concentración parcelaria. Y aun así, el Arancel especial no desplazaba al Arancel general entonces vigente, pues el Decreto de 1971, que establece el Arancel especial en materia de concentración parcelaria, se remite a las disposiciones generales de los Aranceles ordinarios (*vid.* disposición general tercera, reproducida seguidamente).

En efecto, los aranceles notariales que fija el Decreto 2079/1971, de 23 de julio, se establecen en dos números y tres disposiciones generales. En el número uno, literalmente se dispone que “por la protocolización del acta de reorganización de la propiedad autorizada por el Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural y examen previo del tipo regulador de los derechos del Notario será, en todo caso, quince pesetas folio [0,090152 euros]”. A ello se añade, según el número dos del

Arancel especial, que “por la expedición de las copias que deban servir de títulos a los participantes en la concentración con los testimonios contenidos en ellas, cuatro pesetas por hoja [0,024040 euros]”.

Como ya hemos anticipado, la regulación se acompaña de tres disposiciones generales. La segunda versa sobre la detracción de determinadas cantidades del Arancel notarial y no tiene trascendencia para resolver el supuesto que nos ocupa. Según la primera disposición general, “el Notario no podrá incluir en la cuenta cantidad alguna en concepto de suplidos o cualquier otro no determinado en este Arancel especial, pero tendrá derecho a que el Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural le suministre gratuitamente los impresos necesarios para las copias en los que se reproduzcan exactamente los particulares de cada finca”.

Finalmente, la disposición general tercera establece que “por lo demás, rigen las disposiciones generales de los Aranceles ordinarios”. Interesa destacar, por tanto, que las excepciones, reducciones o bonificaciones que establecía el Decreto 2079/1971 se ponían en relación con el Arancel general entonces vigente. Y no para desplazarlo por completo, sino sólo respecto de aquellas cuestiones que él regula de modo específico y diferente.

2.3. El arancel notarial tras la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos. La proclamación del principio de cobertura de gastos.

El marco general que acabamos de exponer de modo sucinto ha cambiado sustancialmente.

En este sentido, constituye un importante punto de inflexión la Ley 8/1989, de 13 de abril, “de Tasas y Precios Públicos”, norma que restablece, con acierto, la intervención de la ley en el régimen jurídico del arancel notarial, poniendo coto así a la absoluta deslegalización en la que había caído esta materia. Tal y como establece en su disposición adicional tercera, “a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las percepciones fijadas en Arancel... se sujetarán en su establecimiento, modificación y exacción a los preceptos contenidos en esta disposición adicional y en sus normas reguladoras que no resulten contrarias a lo previsto en la misma”.

La intervención del legislador en este punto es especialmente relevante en orden a garantizar la fijación de unos principios materiales y formales. Por mor del principio constitucional de jerarquía normativa, estos principios legales se proyectan sobre cualesquiera normas reglamentarias atinentes al régimen arancelario, cuya interpretación y aplicación ha de adaptarse a la Ley –ya sean posteriores o anteriores a ella– y no al contrario. Esta afirmación merece ser subrayada, por cuanto uno de los prin-

cipios proclamados en la Ley, en concreto el de cobertura de gastos, será un argumento decisivo de la sentencia objeto de este comentario.

En efecto, la Ley 8/1989 proclama con rotundidad el principio de cobertura de gastos. En su disposición adicional tercera, punto dos, establece que los Aranceles se determinarán a un nivel que permita la cobertura de los gastos de funcionamiento y conservación de las oficinas en que se realicen las actividades o servicios y sus empleados, incluida su retribución profesional. Hasta el punto ello es así que el importe de los Aranceles queda afectado a la cobertura directa de dichos gastos y retribuciones (disposición adicional tercera, punto siete).

Como no podía ser de otro modo, este principio de cobertura de gastos es uno de los que presiden el vigente Arancel de los Notarios, aprobado por RD 1426/1989, de 17 de noviembre.

Esta norma introduce además una serie de cambios sustantivos que afectan a la determinación de las bases sobre las cuales se aplican los derechos de los notarios. Antes de la entrada en vigor de la Ley 8/1989, se determinaban sobre la base de los valores reales, obtenidos mediante los procedimientos previstos en el RN. Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley, únicamente pueden tenerse en cuenta como base los valores comprobados fiscalmente de los hechos, actos o negocios jurídicos y, a falta de aquéllos, los valores consignados por las partes en el documento.

Otro cambio relevante ha sido la simplificación de la estructura y del contenido del Arancel, que de dieciocho números ha quedado reducido a siete, eliminando conceptos minutables que ya no podrán ser objeto de retribución separada. En la misma línea, el RD 1426/1989 ha clarificado los conceptos minutables. Pues bien, estos conceptos que devengan actualmente arancel son los siguientes: “documentos sin cuantía” (núm. 1), “documentos de cuantía” (núm. 2), “protestos” (núm. 3), “copias” (núm. 4), “testimonios y legalizaciones” (núm. 5), “depósitos, salidas y otros” (núm. 6) y “folios de matriz” (núm. 7).

Dentro del nuevo sistema arancelario aparece así un concepto nuevo con el número 7, “folios de matriz”. Un concepto horizontal que se aplica a partir de un coste mínimo, que cada instrumento público tiene establecido en virtud de los conceptos establecidos en los números 1 a 6.

El concepto de “folios de matriz” es, por tanto, acumulativo a los conceptos minutables derivados de los números anteriores. Se calcula sobre la base de los folios que exceden de cuatro, ya sean documentos sin cuantía o con cuantía. Su importe es de 500 pesetas por cara escrita, es decir, 1.000 pesetas por folio, a partir del quinto folio inclusive. Conforme a la instrucción de 22 de mayo de 2002, de conversión al euro, los folios de matriz, a partir del quinto folio inclusive, devengarán 3,005061 euros por cara escrita.

El RD 1426/1989 establece, por tanto, un método sencillo y claro de cálculo de honorarios, muy diferente del introducido por el Decreto 644/1971. El Arancel de 1989 resulta más fácil de aplicar y de entender que aquel que deroga, pues se vincula a un elemento objetivo como es la extensión de la escritura matriz u original que se protocoliza, esto es, que el notario incorpora a su protocolo para su conservación. Y aunque pueda ser mejorable –pues en este tipo de cuestiones no existen las fórmulas magistrales–, es indudable que es proporcionado al “volumen” de trabajo que la intervención notarial en cuestión origina.

Pues bien, la duda que resuelve la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 30 de marzo de 2007 es la relativa a determinar si el Arancel especial en los supuestos de concentración parcelaria se limita a los efectos de extensión del acta de protocolización y concluye que sería posible aplicar el número 7 del Arancel de 1989, a los efectos de exceso de folios, lo que había sido negado por los dos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Burgos.

3. La argumentación del Tribunal *a quo*: la vigencia del Decreto de 1971

Como ya hemos adelantado, las dos sentencias que son objeto de este comentario tienen su origen en sendas sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo número 1 y número 2 de Burgos. En dichas sentencias se mantiene que el Arancel notarial aplicable a la protocolización de la concentración parcelaria es, exclusivamente, el regulado en el Decreto de 1971. Y, en consecuencia, se anulan las resoluciones de la DGRN, que habían desestimado los recursos de alzada interpuestos frente a los respectivos acuerdos del Ilustre Colegio Notarial de Burgos, resolutorios de las impugnaciones de las minutas de derechos notariales.

La argumentación de estas sentencias no es excesivamente prolija. Se basa en una lectura lineal del Decreto de 1971, utilizándose como único argumento su permanencia en vigor. Esta vigencia se confirmaría, por un lado, en la propia aplicación de la norma por parte de los notarios y, por otro, en la ausencia de derogación expresa. Además, en la sentencia de 25 de octubre de 2006 se da gran importancia al hecho de que la instrucción de 22 de mayo de 2002 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se convierten a euros los aranceles de los notarios y de los registradores de la propiedad y mercantiles, ha convertido a la nueva moneda las cuantías del controvertido Decreto preconstitucional.

En efecto, la vacilante sentencia de 24 de julio de 2006 del JCA, número 2 de Burgos (sentencia núm. 78/06), contiene una concepción del Decreto de 1971, o lo que es lo mismo, del Arancel especial, según la cual

éste constituye una norma que desplaza totalmente la aplicación del Arancel general, sin que en ningún caso se pueda hacer una lectura complementaria de ambas disposiciones. En esta resolución, el argumento de fondo es entender que la utilización, aún parcial, del Arancel especial supone una especie de acto propio del notario que le impide aplicar simultáneamente el Arancel de 1989. Según los términos de dicha sentencia (FJ 4.º):

“Es el notario que realiza la minuta quien sostiene la aplicación del Decreto de 1971 y ello invalida cualquier razonamiento acerca de la consideración del acta de protocolización como documento sin cuantía a efectos de aplicar el arancel 7 correspondiente a la regulación de 1989, ya que ello supondría la utilización de dos criterios distintos en la aplicación del arancel, manteniendo sólo la categoría de documento sin cuantía del acta a los efectos de uno de los criterios.

Por todo ello y sin perjuicio de que los razonamientos expuestos por la demanda pudieran ser aplicables en otros supuestos, lo cierto es que en el presente caso, dada la consideración inicial de la minuta, la aplicación del Decreto de 1971 como base de la misma, dicho Decreto ha de ser aplicado a su totalidad.”

Ahora bien, lo que no aclara la sentencia, que reduce los derechos arancelarios a 131,62 €, es por qué se aplica exclusivamente el Arancel especial, y no el general, ya que el notario, insistimos, había aplicado los dos de forma complementaria. En ningún caso se había discutido la vigencia de la bonificación fijada en 1971, sino sólo su alcance.

Por su parte, como hemos adelantado, la sentencia de 25 de octubre de 2006 del JCA, número 1 de Burgos (sentencia núm. 222/06), otorga una importancia decisiva a la falta de derogación del Decreto 1079/1971. Según esta última sentencia (5):

“II. La cuestión jurídica se ciñe, en realidad, a determinar la normativa arancelaria aplicable en los supuestos de intervención notarial para protocolizar actas de concentración parcelaria. Así las cosas, en primer lugar hay que acudir al Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de Notarios (...) por cuya Disposición Derogatoria se precisó que «queda derogado el Decreto 644/1971, de 25 de marzo, por el que se aprueban los aranceles notariales», única y exclusivamente. Es decir, no afectó al Decreto 2079/1971 (...).

Por lo tanto, dicha norma especial ha de entenderse en vigor, sobre todo porque así se previó en la Instrucción de 22 de mayo de 2002, de la DGRN, por la que se convierten a euros los Aranceles de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles (...).

(5) La cursiva es nuestra.

III. La cuestión relativa que el importe cuantificable conforme al cuestionado Decreto 2079/1971 no alcanzaría siquiera para subvenir los gastos materiales de reprografía, aún dando por buena dicha versión a los meros efectos dialécticos, excede del objeto del recurso, *que quedaba ceñido a dilucidar qué norma era aplicable al caso.*”

En cualquier caso, y como conclusión parcial, la argumentación de las dos sentencias de los Tribunales *a quo* es excesivamente pobre. Late en ambas una visión demasiado simple del problema, ya que se limitan a determinar cuál es la normativa reguladora del Arancel, sin tener en cuenta que no es nada descabellado que la aplicación del Derecho por parte del operador jurídico conlleve la utilización simultánea de dos normas de distinta procedencia con un ámbito de aplicación concurrente.

4. Una lectura armonizadora: las SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 30 de marzo de 2007 y 4 de mayo de 2007

Las dos sentencias cuya argumentación acabamos de reseñar han sido anuladas por sendas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Se trata de la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 30 de marzo de 2007 y 4 de mayo de 2007. El Tribunal *a quem*, por tanto, ha confirmado la validez de las liquidaciones notariales.

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 30 de marzo de 2007 parte de destruir la premisa de la SJCA de Burgos según la cual la aplicación del Arancel especial excluye la aplicación del Arancel general. Y son tres los argumentos que se utilizan.

En primer lugar, la Sala de lo Contencioso-Administrativo parte de la propia lectura literal del Decreto de 1971, cuya disposición general tercera, como ya hemos señalado, establece que “por lo demás rigen las disposiciones generales de los Aranceles ordinarios”. De esta norma se derivaría que, por otros conceptos minutables distintos a la protocolización del acta, se aplicarían los Aranceles ordinarios. En los términos de la sentencia:

“Esta primera aproximación al tema nos permite considerar que los argumentos recogidos en la sentencia de instancia (...) no son conformes a la normativa aplicable, ya que el propio Decreto de 23 de julio de 1971 está previendo la aplicación conjunta en lo demás de los Aranceles ordinarios, lo que permite avalar la tesis del Colegio Notarial respecto a que, por un lado, los conceptos minutables relativos a la protocolización del Acta y copia para los interesados se aplicará el Decreto 2079/1971 (...).

Pero por otro lado ello no impide considerar que el propio Arancel especial establecida (*sic*) la aplicación en lo demás de los Aranceles Ordinarios y que éstos actualmente son los regulados en el Real Decreto 1426/1989,

de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios y que establecen como concepto minutable en su número 7 relativo a los «Folios de matriz», que los folios de matriz, a partir del quinto folio inclusive, devengarán 500 pesetas por cara escrita.”

Como segundo argumento, aunque quizá en el cuerpo de la sentencia no se le otorga la relevancia que pudiera tener, se utiliza un criterio interpretativo de tipo sistemático derivado de la propia lectura del Decreto de 1989. Y es que en el Arancel general se hace expresa previsión de la aplicación del Arancel especial en materia de concentraciones parcelarias. Ahora bien, ello no se hace con carácter general, sino que se circunscribe al concepto minutable número 2, relativo a los “documentos de cuantía”. Así, si bien en el apartado primero de dicho número se establece una escala aplicable al valor de los bienes por los instrumentos de cuantía, en su apartado tercero se establece que “quedan a salvo, además, las exenciones o bonificaciones en materia de concentración parcelaria, Viviendas de Protección Oficial, explotaciones familiares y demás establecidas por la Ley”. Por ello, la alusión expresa que la citada disposición hace a la concentración parcelaria debe circunscribirse a las operaciones notariales que regula el número dos del Arancel notarial vigente –a saber, “documentos de cuantía”– y no a otros derechos arancelarios derivados del mismo, como el de folios de matriz (núm. 7 del Arancel general). En relación con este último rubro, no existiría exención alguna.

Según la STSJ de Castilla y León:

“Y este concepto por el que se puede y debe minutar no guarda relación alguna con que se trate de documento de cuantía o sin cuantía, especificación ésta sólo prevista para el concepto de minuta correspondiente al acta de protocolización y respecto al cual, el número 7 no está prevista expresamente la salvedad relativa a las exenciones o bonificaciones en materia de concentración parcelaria, Viviendas de Protección Oficial, explotaciones familiares y demás establecidas por la Ley, que en el apartado 3 del número 2 de los Aranceles sí se prescribe expresamente, pero no así en relación con el concepto minutable del número 7.”

Por último, la interpretación que permite la aplicación del concepto minutable establecido en el número 7 del Arancel general no es más que una consecuencia del principio legal de cobertura de gastos, al que hicimos cumplida referencia en el epígrafe anterior. Sobre este punto insiste la Sala al afirmar que:

“[La aplicación de los aranceles ordinarios es] adecuada y coherente con lo que se ha invocado por el Colegio Notarial y viene expresamente recogido en la Exposición de Motivos del RD 1426/1989 al indicar en su aparta-

do 1 en relación con la Cobertura de gastos, que de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición adicional tercera de la Ley de Tasas y Precios Públicos, según el cual «los Aranceles se determinarán a un nivel que permita la cobertura de los gastos de funcionamiento y conservación de las oficinas en que se realicen las actividades o servicios de los funcionarios, incluida su retribución profesional», se han adaptado los derechos arancelarios a los incrementos experimentados por los costes de personal y material desde la fecha de entrada en vigor del anterior arancel.”

Sobre este principio ya había tenido ocasión de pronunciarse el TS en su sentencia de 16 de junio de 1993 (rec. núm. 417/1993), por la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el RD 1426/1989, sobre establecimiento de los Aranceles de los Notarios. En este sentido, la sentencia que ahora reseñamos recoge la afirmación del alto Tribunal según la cual “la literalidad del número 2 de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 8/1989 no pasa de decir algo obvio (y, por lo tanto, escasamente ordenador), porque lo que sería absurdo es que los Aranceles se calcularan de forma que no permitieran la cobertura de todos los gastos; el precepto, si algo ordena, es precisamente que se calculen los Aranceles de forma que estos profesionales y sus oficinas no necesiten de otras fuentes de financiación; ese es el sentido del precepto”.

La doctrina contenida en la sentencia de 30 de marzo de 2007 es reiterada por la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 4 de mayo de ese mismo año, cuyo fundamento jurídico sexto es una transcripción literal del fundamento jurídico segundo de la resolución que acabamos de analizar.

En definitiva, estas sentencias son técnicamente más correctas que las anuladas resoluciones de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Burgos, ya que se encuadra el problema de un modo más acabado: no se trata tanto de determinar cuál es la norma aplicable, sino de decidir si es posible la aplicación complementaria de las dos disposiciones controvertidas. Y aunque los argumentos de la Sala derivados de una interpretación sistemática de los Decretos, a la luz del principio legal de cobertura de gastos, pudieran ser lo suficientemente sólidos para justificar la decisión tomada, ello no impide que en el debate puedan ser empleados otros razonamientos de igual valor, de los que damos cuenta, junto con la valoración que nos merecen las sentencias analizadas, en el último epígrafe de este trabajo.

5. Reflexiones finales sobre la determinación del arancel notarial en los supuestos de concentración parcelaria

La convivencia de dos normas de distinta procedencia hace que se reproduzcan los problemas interpretativos que hemos tenido ocasión de relatar y que son origen de las sentencias objeto de este comentario. Por ello, la primera conclusión que se puede alcanzar en este punto es que no estaría de más una intervención normativa que eliminase las dudas surgidas en torno a la cuestión del cálculo del arancel notarial en los supuestos de concentración parcelaria.

De hecho, una lectura literal y asistemática del Decreto de 1971 justificaría la solución mantenida en las sentencias de instancia. Y es que, aunque hemos criticado dichas resoluciones por su pobreza argumental y por su entendimiento sumamente limitado del problema, no hemos de ocultar que existen razones que permitirían justificar que la exención fijada en 1971 alcanza a todos los rubros del Arancel general.

En efecto, desde el punto de vista de los posibles argumentos que abogarían por la aplicación exclusiva y excluyente del Arancel previsto en el Decreto 2079/1971, se encontraría, en primer lugar, el propio tenor de la norma. Y es que recordemos que el número uno del arancel especial establece que “por la protocolización del acta de reorganización de la propiedad autorizada y examen previo de los documentos, el tipo regulador de los derechos del Notario, será, en todo caso, quince pesetas [0,090152 euros]”. La expresión “en todo caso” excluiría la adición en la minuta de cualquier otra partida.

Por lo demás, el artículo 239 LRYDA establece que los derechos de los notarios y registradores que se devenguen por los trabajos realizados para llevar a cabo la concentración o como consecuencia de ella “se regularán según un Arancel especial”. Ello pudiera hacer pensar que todos los derechos notariales devengados en este tipo de actuación debieran proceder de un mismo texto normativo, aquel que discipline el Arancel especial. Ahora bien, este criterio tan formal no es en modo alguno convincente en tanto en cuanto, como destaca la Sala de Burgos, el propio Arancel especial contempla la aplicación del Arancel general.

Por otro lado, y haciendo una argumentación mucho más sutil que la de las sentencias de instancia, podría señalarse que el RD 1426/1989, al reconocer expresamente la vigencia de la norma, confirma su adecuación al principio de cobertura de gastos. Así, se podría alegar que si el Real Decreto mantuvo vigente el Arancel especial de aplicación a los procesos de concentración parcelaria es porque ya tuvo en cuenta, para fijar la cuantía de nuevos aranceles generales, el criterio de cobertura de gastos. De

este modo, este principio no se aplicaría a cada intervención notarial concreta –que en el caso de la concentración parcelaria sería claramente deficitaria–, sino de forma global a todas las actuaciones notariales. No obstante, este argumento queda desvirtuado porque en la sistemática del Arancel general la bonificación en los supuestos de concentración parcelaria se limita a uno de los rubros, recordemos, al relativo a “documentos de cuantía”.

Finalmente, y como criterio interpretativo ciertamente controvertido, se podría señalar que el principio de cobertura de gastos queda garantizado en estos procesos especiales de protocolización del acta de reorganización de la propiedad, ya que la actuación de la oficina de notarios sería mínima, pues todos los documentos administrativos, incluida el acta que se eleva a protocolo, planos y descripción de las fincas de reemplazo, son elaborados por la Administración en su propio papel oficial, limitándose la oficina notarial a protocolizar el acta, quedando legalmente exentos estos documentos del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Incluso se podría mantener que la intervención de los notarios en estos casos es mínima, ya que el procedimiento de concentración parcelaria está legalmente reglado y los actos que se protocolizan son actuaciones administrativas que, cuando llegan al notario, ya han adquirido firmeza por haber sido consentidas las bases definitivas del proceso o por haber sido revisadas o confirmadas por la jurisdicción contencioso-administrativa.

No obstante, pese a que podrían esgrimirse unos razonamientos de este tipo, debemos concluir que la solución adoptada por las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León, con sede en Burgos, es la que más se adecua al ordenamiento jurídico, no sólo por las razones que se contienen en ambas resoluciones judiciales –que hacían referencia, recordemos, a una interpretación sistemática de las dos normas, reforzada por la aplicación del principio de cobertura de gastos–, sino también por los argumentos que exponemos seguidamente.

En primer lugar, la solución de entender aplicable el concepto número 7 del Arancel general no vulnera en modo alguno el vigente régimen arancelario. Obviamente, el importe de Arancel es inferior a lo que resultaría de no tener en cuenta el Decreto de 1971. Si no fuera por él, además del número 7 se aplicarían los que correspondiesen del resto de números previstos en el RD 1426/1989.

Por otro lado, la interpretación mantenida por los dos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Burgos supone una flagrante vulneración del principio de cobertura de gastos. Baste como muestra para acreditar esta afirmación que sólo el coste de cada sello de seguridad es de 0,15 euros. Este sello es expedido por el Consejo General del Notariado

Español y, en virtud de la normativa sobre el notariado europeo, ha de colocarse en cada copia que se vaya a entregar a los nuevos titulares de las fincas de reemplazo. Por tanto, ya sólo el coste del sello es superior a lo que el Arancel especial prevé en su número dos (es decir, 0,024040 euros por hoja), lo que determina que prácticamente resulte costoso al notario este tipo de actas. Todo ello sin tener en cuenta otros gastos indispensables, como es la encuadernación y el propio trabajo del notario, sobre el que haremos unas reflexiones finales. En definitiva, una interpretación teleológica de este Real Decreto no permite pensar que su finalidad haya sido dar cumplimiento a la Ley de Tasas y Precios Públicos para todos los casos, menos la concentración parcelaria.

Además, la propia naturaleza de las cosas desmiente la solución según la cual el Decreto de 1971 es de aplicación exclusiva y excluyente. Pretender que los honorarios profesionales que han de recibir los notarios con ocasión de su intervención en los procedimientos de concentración parcelaria han quedado petrificados en 1971, sin más actualización que su conversión a euros, supone ignorar la profundísima evolución económica habida en estos treinta y siete años que, por resumirla en un significativo dato, supone que el Índice de Precios al Consumo ha subido más de un 1.700 por 100, según las fuentes del Instituto Nacional de Estadística. Como afirma de forma certera la SJCA número 1 de Albacete, de 7 de diciembre de 2007, dictada en un supuesto similar a los que estamos analizando:

“Si el criterio sociológico de interpretación es predicable en cualquier caso, con mayor razón si cabe cuando estamos ante normas que regulan derechos económicos, susceptibles más que ninguna de quedar desfasadas por el mero transcurso del tiempo, lo que facilita que su aplicación estricta y literal origine una injusticia no deseada por el legislador de su época. Tal es nuestro supuesto, pues fácil es colegir que si la alternativa a aplicar el Real Decreto que sigue la notaria minudente conduce a percibir poco más de 100 € por su trabajo, el resultado es injusto y desproporcionado.”

Finalmente, en la interpretación más restrictiva de los aranceles notariales late un profundo desconocimiento del trabajo desempeñado por el notario. Ello nos obliga a recordar que la actividad documental del notario, en la que ejerce la fe pública, conlleva anudada una labor de estudio jurídico que sólo conceptualmente resulta escindible. Como establece el artículo 1 del Reglamento Notarial (Decreto de 2 de junio de 1944; en adelante, RN), la fe pública notarial tiene y ampara un doble contenido: “a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos; b) En la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las Leyes”.

La intervención del notario, al autorizar los documentos (escrituras públicas, actas de protocolización, testimonios y, en general, todo documento que autoriza el notario, art. 144 RN), los convierte en públicos y les da una especial fuerza probatoria, aún contra tercero (arts. 143.3 RN y 1.218-2 del Código Civil). La intervención notarial no se limita a “dar fe” en sentido estricto, sino que realiza una función jurídica de examen de la legalidad.

Esa función jurídica forma parte de su función fedataria y contribuye a la paz jurídica, al velar porque el negocio jurídico revista los requisitos de forma y de fondo para que alcance su finalidad legítima. También al dar firmeza a ciertos hechos, actos y negocios. Lo cual contribuye a eliminar posibles controversias judiciales o, en su defecto, proporciona una prueba que facilita su resolución. Para ello es necesaria una gran preparación profesional y actuar desde una perspectiva jurídica que asegure la independencia y la imparcialidad en el ejercicio de la profesión (art. 1 *in fine* RN). También respecto del poder público, puesto que el notario en el ejercicio de su función sólo está sometido al ordenamiento jurídico (6).

El notario debe siempre examinar la concurrencia de los requisitos jurídicos de las operaciones en que interviene, pues está legalmente obligado a excusarse de intervenir y negar la autorización notarial cuando no se cumplen las normas legales. El notario sólo puede intervenir tras cerciorarse de que se cumplen todos los requisitos necesarios para la plena validez de las operaciones y ello tanto si se trata de negocios de particulares como de actos de las Administraciones públicas (art. 1.45.2 RN).

Con el instrumento de protocolización, como antes dijimos, el notario, al ejercer la fe pública, debe realizar un juicio de legalidad del Acta de Reorganización de la Propiedad, cerciorándose de la competencia del organismo administrativo, de la regularidad del procedimiento, de que la documentación está completa, etc., pues, por definición, tiene prohibida una actuación de puro autómatas. Esta función de interpretación, asesoramiento y dictamen jurídico está necesariamente implícita en toda intervención notarial, se manifieste de modo independiente o no al instrumento público en sí, en sentido favorable o contrario al mismo. Requiere forzosamente una labor de estudio, de reflexión, en definitiva, de trabajo intelectual que está en estrecha relación con la trascendencia jurídica del acto o negocio de que se trate. A lo que, puestos a medir o valorar, tampoco es ajena la extensión de los documentos que quedan amparados por la fe pública. Por ello, pretender que en estos casos no se aplique el concepto minutable “folios de matriz” del Arancel general vigente resulta carente

(6) Sobre todo ello, *vid.* FERNÁNDEZ, T.-R., y SÁINZ MORENO, F.: *El notario, la función notarial y las garantías constitucionales*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 86 y ss.

de sentido. Y es que no hay que olvidar que, en los procedimientos de concentración parcelaria, los documentos a protocolizar suelen abarcar miles de folios, por lo que el trabajo intelectual requerido no es en modo alguno desdeñable y ha de ser retribuido en consecuencia.

Para concluir, las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Burgos) de 30 de marzo de 2007 y 4 de mayo de 2007 no vinculan obviamente a otros Tribunales Superiores de Justicia. No obstante, resuelven con acierto un problema jurídico que, como señalamos en la introducción, está comenzando a tener cierta relevancia práctica. No sólo en virtud de los argumentos expuestos con mayor o menor nitidez por la Sala, sino también en base a otros razonamientos que hemos intentado explicar. En suma, la aplicación conjunta del Arancel general de 1989 y del especial de 1971 en materia de concentración parcelaria, integrando de forma sistemática el segundo dentro del primero, es la más lógica, atendiendo a razones históricas, a los antecedentes legislativos, a la realidad social y a la finalidad de las normas, tal y como exige el artículo 3 de nuestro Código Civil.

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

**ESTUDIO DE LOS TÍTULOS XVIII-XX
DE LA *TERCERA PARTIDA*
DE ALFONSO X EL SABIO
(Parte 3.^a) (*)**

SUMARIO: PARTE 3.^a ESTUDIO DE LOS TÍTULOS XVIII-XX. **CAPÍTULO I:** INTRODUCCIÓN. CIENCIA NOTARIAL Y SISTEMA DOCUMENTAL. **1.** ESCRITURA Y ESCRIBANOS. EL DERECHO NOTARIAL. **1.1.** Subsidios retóricos y formulaicos: las *Artes dictaminis* y los formularios. **1.2.** Las *Artes notariae*. **2.** LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA EN CASTILLA. **2.1.** Adopción de la ciencia notarial. **CAPÍTULO II:** PROCESO COMPOSITIVO DE LOS TÍTULOS XVIII-XX. **1.** PRIMERA REGULACIÓN DE LA DOCTRINA NOTARIAL Y DEL INSTRUMENTO PÚBLICO EN ALFONSO X. EL *FUERO REAL*. **2.** LA DOCTRINA NOTARIAL Y EL INSTRUMENTO PÚBLICO EN EL *ESPÉCULO*. **3.** LA DOCTRINA EN LAS *PARTIDAS*: LOS TÍTULOS XVIII-XX DE LA *TERCERA PARTIDA*. **3.1.** Organización general del *Arte de escrivanía*. **3.1.1.** Organización general del título XVIII. **3.1.2.** Organización general del título XIX. **3.1.3.** Organización general del título XX. **3.2.** Las fuentes. **3.2.1.** Tratamiento de las fuentes del título XVIII. **3.2.2.** Tratamiento de las fuentes de los títulos XIX-XX. **3.2.3.** El *Espéculo*. **3.2.4.** El *Dotrinal* de los pleytos. **3.2.5.** Nuevas fuentes. **3.2.5.1.** El *Ars notariae* de SALATIEL. **3.2.5.1.1.** Modelo salatielino y modelo alfonsí. **3.2.5.2.** El *Speculum iudiciale* de DURANTE. **3.2.5.3.** La *Oliva de Buoncompagno* DA SIGNA. **3.2.5.4.** Las *Decretales*. **3.3.** Conclusión. **CAPÍTULO III:** DATACIÓN. LUGAR O LUGARES DE REDACCIÓN. **1.** DATACIÓN. **1.1.** Personajes y lugares en el título XVIII. **1.1.1.** *Alcaldes de Toledo*: Gonçalo Iváñez (o Juanes) y Gonçalo Ruiz. **1.1.2.** Don Marín Pérez, *alcalde de Burgos*. **1.1.3.** Los *alcaldes sevillanos*. **1.1.4.** *Terminus ante quem*.

(*) En este número de la Revista incluimos la parte 3.^a de este estudio, cuya publicación iniciamos en el número 64, octubre-diciembre 2007.

2. LUGAR(ES) DE COMPOSICIÓN DEL TEXTO. 3. MODELOS ALFONSINOS Y PRÁCTICA COTIDIANA. 4. CONCLUSIONES. **CAPÍTULO IV: EL DOCUMENTO COMO LEY.** 1. DERECHO GENERAL Y DERECHO PARTICULAR: EL DOCUMENTO COMO LEY FUERA DEL LIBRO DEL REY. 2. LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS. 2.1. Tipos de cartas selladas. 2.2. El rey, único emisor de las cartas. 2.3. Limitaciones al derecho privilegiado. 2.4. Tipos de destinatario. 3. ESCRIBANOS Y SELLADORES. 4. CONCLUSIÓN. **APÉNDICES I-V.** BIBLIOGRAFÍA: FUENTES DOCUMENTALES Y ESTUDIOS. ABREVIATURAS.

Parte 3.^a

ESTUDIO DE LOS TÍTULOS XVIII-XX

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN.

CIENCIA NOTARIAL Y SISTEMA DOCUMENTAL

1. Escritura y escribanos. El Derecho notarial (1)

La renovación del Derecho justiniano se llevó a cabo mediante la labor de los glosadores italianos, los legistas franceses y a través de la recopilación del Derecho eclesiástico: el *Decreto* de Graciano y el «*ius novum*» (las *Decretales* posteriores). Esta renovación generó la transformación de la institución notarial, que pasó del antiguo *scriptor* al *notarius publicus*, titular de una función pública que confiere autenticidad legal al documento, transformándose así en *instrumentum publicum*: un documento *per se fehaciente*. Paralelamente a la renovación de la institución notarial se renovó la técnica documental, debido a la necesidad de adaptación del documento a los nuevos planteamientos jurídicos.

Las glosas de los doctores Martín, Búlgaro, Jacobo y Hugo a partir de la segunda mitad del siglo XII, más la actividad de los glosadores de la

(1) Esta sección entronca directamente con la que dedicamos al Derecho procesal en Parte II, capítulo I. *Vid.* BONO: 1979, I (único, y magnífico estudio monográfico dedicado en exclusiva a la historia del notariado); con respecto a la Diplomática y al documento, *vid.* RIESCO TERRERO: 2000 y NÚÑEZ LAGOS: 1951. Ediciones y otros estudios se especifican en las notas.

generación posterior como Alberico o Rogerio, representan los primeros pasos de la nueva doctrina notarial que quedará finalmente recogida y refundida en la glosa accursiana. La doctrina de los glosadores se puede resumir en varios puntos fundamentales. El *tabellio* o *tabularius* es una persona pública, ya que desempeña una función pública (*ad publicam utilitatem pertinens*). Dicho oficio público proporciona autoridad a los documentos, tanto judiciales como extrajudiciales, considerados ambos como *instrumenta publica*. El documento, como objeto de la función pública, ha de obedecer a una forma regulada, forma pública, que será a su vez la que le confiere la validez, esto es, *instrumentum in publicam formam confectum* (2). Con respecto a la garantía de autenticidad tanto material como de fondo del instrumento público se establece cierto principio de matrizidad: el documento definitivo debe confeccionarse a partir de una *scheda* o *imbreviatura* (3), proyecto o borrador sumario del acto o negocio que pretende escribirse. Esta prevención será útil a la hora de rectificar errores o subsanar lagunas en el documento definitivo. Por otro lado, el notario, como autoridad y autorizante del documento, debe ser creído sin necesidad de corroboración por parte de testigos; éstos sólo serán necesarios en el caso de que se impugne el documento por falsedad de fondo. Por último, el notario ha de extender el documento en limpio, el *mundum*, y proceder a la *recognitio* o revisión; la redacción definitiva debe producirse con la concurrencia de los contratantes y con la autorización personal de aquél. Cierra el proceso la *validatio* o *completio*, donde se procede a introducir las marcas que garantizan la autenticidad del documento, como son la suscripción y el signado del rogatario o de las partes, de los testigos y, fundamentalmente, del notario. Éstas pueden ser efectivamente autógrafas o ser sustituidas por formulismos aceptados o por una simple lista de participantes certificada por el notario.

La canonística elaboró una doctrina notarial propia también asimilando no pocos principios de los glosadores. Se conoce un anónimo *Ordo iudiciarius*, compuesto en París hacia 1170, en el que ya se marca el contraste entre el *instrumentum publicum* y el *instrumentum privatum*: la diferencia radica principalmente en que el autor del documento posea o no

(2) Así lo recoge Rolandino en su *Tractatus notularum*: no toda escritura pública es auténtica, sino solamente aquella que se redacta de acuerdo a ciertas reglas (*vid.* NÚÑEZ LAGOS: 1951, 119).

(3) En principio, estas anotaciones previas se hacían al margen o al dorso –nota dorsal– del pergamino sobre el que se extendería el documento definitivo; a partir del siglo XII esta redacción previa pasa del margen o el dorso a una hoja independiente, la *minuta* (RIESCO TERRERO: 2000, 238-239). Según NÚÑEZ LAGOS (1951, 94), *scheda* e *imbreviatura* no son formas puramente sinónimas: la *imbreviatura* es una transcripción cronológica de la *scheda*, que adquiere así rango oficial.

el oficio de notario. Para el redactor de este *Ordo*, los documentos públicos se dividían, por un lado, en *publica et forensia*, redactados por un escribano por mandato de juez y, por otro, *publica et non forensia*, documentos contractuales suscritos por testigos y sin licencia judicial. Ambos tipos son creíbles por sí mismos como tales escrituras públicas. La doctrina canónica del documento era la que se venía aplicando en la curia papal. Rolando Bandinelli había sido, entre 1153 y 1159, antes de alcanzar el solio pontificio con el nombre de Alejandro III, el cardenal *cancellarius* en la curia papal. Este papa decretista promulgó la doctrina curial en su decretal *Scripta authentica* en una fecha indeterminada entre 1167 y 1169. La decretal, que recoge la doctrina de los glosadores y la teoría del documento sigilado, declara la invalidez e ineficacia (*robur firmitatis*) de los documentos no realizados por un notario (*manum publicam*), que carecieran del sello auténtico (*sigillum authenticum*) y cuyos testigos intervinientes hubieran ya muerto. Otro de los requisitos exigidos por la decretal para la validez del documento es que éste se ajuste a la forma pública establecida. Sólo los documentos públicos o autorizados por notario y aquellos no autorizados por notario, pero autenticados por un sello (eclesiástico, señorial o municipal) son válidos y plenamente eficaces; en consecuencia, carecen de esta validez y eficacia los documentos privados (no autorizados ni por notario ni por sello) cuyos testigos ya hubieran fallecido (4).

La renaciente ciencia jurídica comienza a asumir los nuevos conceptos en torno al instrumento público de glosadores y canonistas. Así se recoge la doctrina, por ejemplo, en el *Ordo iudiciarius* de Ricardo ANGLICO (1196) o en el *Ordo Invocatio Christi nomine* de Bencivene DE SIENA (1198), que desarrollan la teoría del documento fehaciente desde el punto de vista procesal, distinguiendo los documentos judiciales (*forensia*), los notariales (*instrumenta publica*), los sellados son sellos auténticos (*instrumenta sigillo authentico munita*) y los documentos privados (*instrumenta privata*), de valor probatorio menor.

A pesar de este importante desarrollo de la materia en el siglo XII, será el siglo XIII el que se consagre como la época clásica de la ciencia notarial. Es la época de las primeras ordenaciones legales del oficio y el nacimiento de la disciplina con nombre propio, el Derecho notarial. Fue la ordenación canonística la que mayor y más intenso influjo ejerció sobre la notaría, alcanzando a todo el occidente. Ésta quedó finalmente constituida en el título *De fide instrumentorum* de la compilación gregoriana (X: 2, XXII), que recogía un texto de Gregorio I (X: 2, XXII, 1) y diver-

(4) "Scripta vero autentica si testes inscripti decesserint nisi per manum publicam facta fuerint ita quod appareant publica aut authenticum sigillum habuerint per quod possint probari non videntur nobis alicuius firmitatis robur habere" (X: 124ra).

sas decretales: de Alejandro III, fundamentalmente la ya aludida *Scripta authentica* (X: 2, xxii, 2-4), de Celestino III (X: 2, xxii, 5), de Honorio III (X: 2, xxii, 6-11), de Gregorio IX (X: 2, xxii, 12-16), de las que hay que destacar principalmente la *Si instrumenta* (16) (5) y también la *Quoniam contra falsam* del canon conciliar lateranense IV (X: 2, xix, 11) (6). Con la adición del *Liber Extra* a las normas de la ordenación notarial gregoriana (que no sólo instruía sobre el documento notarial y el sellado con sello auténtico, sino también sobre los documentos de la cancellería papal) y, por ende, de la Iglesia, se conforma una doctrina notarial en la que el notario o *tabellio* se constituye en una persona pública que confiere autoridad al documento, que se consagra como *instrumentum publicum*. Sólo el notario posee la autoridad para ejercer el oficio, obligado a ello, además, mediante el juramento. El oficio de notario engloba tanto los negocios particulares como la escrituración del negocio jurídico (*acta iudicii*), función esta última que, según disponía el *Quoniam contra falsam* del IV Concilio de Letrán, sólo podía llevarse a cabo por un notario o, en su defecto, por dos *viri idonei*; el juramento prestado no hacía necesaria la aportación de ningún testigo en materia de escrituración procesal o jurídica.

Todo instrumento público adquiere su forma definitiva a partir de una nota o redacción previa; el traslado de la nota debe ser realizado únicamente por el notario. En el caso de que éste falleciese antes de la extensión del instrumento, el encargado de realizar dicha tarea sería el notario que se hiciera cargo de las notas del finado, siempre a petición de las partes y con aprobación judicial (Gregorio IX, X: 2, xxii, 15 *Cum P. tabellio* y la glosa al texto). Similar es el caso de los documentos resultantes de

(5) "Si instrumenta propter vetustatem vel propter aliam iustam causam exemplari petant Coram ordinario iudice vel delegato ab eo specialiter praesentetur: qui si ea diligenter inspecta in nulla sui parte viciata repererit per publicam personam illa praecipiat exemplari: eandem auctoritatem per hoc cum originalibus habitura" (X: 126va).

(6) "Quoniam contra falsam assertionem iniqui iudicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare: cum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio: ne falsitas veritati praeiudicet aut iniquitas praeualeat aequitati. Statuimus: vt tam in ordinario iudicio quam extraordinario iudex semper adhibeat aut publicam si potest habere personam aut duos viros idoneos qui fideliter vniuersa iudicii acta confribant videlicet citationes: dilationes: recusationes exceptiones: petitiones: responsiones: interrogationes ⁊ confessiones testium depositiones: instrumentorum productiones: interlocutiones: appellationes: recusationes vel renunciationes: conclusiones ⁊ cetera quae occurrerint competenti ordine conscribenda: loca designando tempora et personas ⁊ omnia sic conscripta partibus tribuantur ita quod originalia penes scriptores remaneant vt si super processu iudicis fuerit suborta contentio per hoc possit veritas declarari quatenus hoc adhibito moderamine sic honestis ⁊ discretis deferatur iudicibus quod per improvidos et iniquos innocentium iustitia non laedatur. Iudex autem qui constitutionem ipsam neglexerit observare si propter eius negligentiam quid difficultatis emergerit: per superiorem iudicem animadversione debita castigetur: nec pro ipsius praesumatur processu nisi quatenus in causa legitimis constiterit documentis" (X: 113ra).

los procesos judiciales: se redactan a partir de la base que ofrecen las actas originales, que, al igual que las notas, sirven para corroborar, comprobar o corregir el instrumento en caso de dudas, errores o deficiencias.

Cualquier documento no notarial, aunque sí auténtico, puede alcanzar la *forma publica* que le confiere autoridad y fe cuando es extendido como tal instrumento por un notario con aprobación del juez (Gregorio I, X: 2, XXII) (7).

Un instrumento falso o falseado carece de toda validez probatoria; se exige, pues, que el instrumento sea *sine vitia*, tales como raspados, reescrituras, etc., y evidentemente la suscripción del notario debe ser autógrafa (Honorio III, X: 2, XXII, 6 *Inter dilectos*) (8). Es importante destacar que los defectos del documento sólo lo vician si aparecen en las partes fundamentales del texto (Alejandro III, X: 2, XXII, 3 y glosa). La falsedad documental se puede probar mediante un mínimo de cuatro testigos, y atacado de falsedad, el documento debe ser inspeccionado en juicio (Alejandro III, X: 2, XXII, 3) (9).

La renovación de un documento deturpado por el tiempo es posible siempre a través de un notario, solicitando al juez la extensión de un nuevo ejemplar y siempre que éste no acuse ningún defecto de gravedad (Gregorio IX, X: 2, XXII, 16 *Si instrumenta*).

Paralelamente a la ordenación notarial de la Iglesia comienzan a aparecer por entonces las ordenaciones reales del oficio notarial. Si la ordenación de la Iglesia se centró más en el aspecto de la *fide instrumentorum*, las ordenaciones reales y señoriales harán especial énfasis en el aspecto de la *creatione notariorum*, aspecto directamente relacionado con el *ius regaliū*. La dieta de Roncaglia ya contemplaba para el Imperio el concepto de la *potestas constituendum magistratuum ad iustitiam expediendam* (jueces y notarios integrados), en consonancia con el nuevo Derecho de corte legal y no consuetudinario, el *Ius commune*, generador de principios como el *leges condere soli imperatori concessum est* o el *quod principit placuit legis habet vigorem* que, como veíamos más arriba (Parte I, cap. I, § 1.5. *Imperium vs. Regni*), desemboca, siguiendo a Azón y Alanus Angli-

(7) “Si scripturam autenticam non videmus ad exemplaria nihil facere possumus” (X: 124ra).

(8) “... Instrumentum quoque sententiae multis modis inveniebatur suspectum, tum quia in ipso quaedam apparebant liturae, tum quia subscriptio notarii videbatur manus alterius fuisse, quam subscriptio instrumenti; quum tamen notarius in subscriptione profiteretur, se instrumentum manu propria conscripsisse...” (X: 124vb).

(9) “Ex literis vestris accepimus quod cum causam quae inter magistrum A et R super capella de ambitoria vertitur de mandato nostro suscepitis terminandam: prefatus R literarum sibi copiam fieri postulavit. Qui cum eas argueret falsitatis: quia in narratione facti abrase sunt: vbi scriptum est: «iura parochialia»: et infra. Dicimus quod propter abrasionem illam iudicari false non possunt: nec etiam haberi suspecte praesertim et cum privilegia in possessionibus abradantur: et litere in narratione facti si erratum est: possunt incunctanter abradi” (X: 124ra-b).

cus, en los *rex in regno suo est imperator y rex in temporalibus superiores non recognoscens* (10).

Por tanto, el nombrar jueces y notarios pasa a ser, en palabras de Alfonso X, uno de los ramos del reino, una regalía. Así, pues, puestos en relación la autonomía legislativa del rey y el *ius regaliū* de la creación de notarios (y jueces), surgen numerosas ordenaciones al respecto, de las que son buena muestra la ordenación contenida en las *Constitutiones de Melfi* o *Liber Augustalis* de Federico II de 1231 para el reino de Sicilia; la *Ordonnace* del duque Mateo II de Lorena de 1232; la ordenación de Jaime I contenida en los *Fori regni Valentiae* de 1240 y la contenida en la *Compilación de Huesca* de 1247; la ordenación contenida en los *Statuta* sobre el proceso y el notariado de Pedro II de Saboya de entre 1263 y 1267, y la ordenación notarial contenida en la *Declaratio statutorum regionum* de Johannis Cabassole para la Provenza de 1306, que se adicionó a la ya ordenada por Carlos II de Anjou, rey de Sicilia. La regulación que Alfonso X incluye en la *Tercera Partida* no es sino una más de las ordenaciones de inspiración regia que existieron en el siglo XIII europeo.

1.1. Subsidios retóricos y formulaicos: las *Artes dictaminis* y los formularios (11).

Fundamental será para el desarrollo de la Institución y el desarrollo de las funciones notariales una literatura acorde con la nueva concepción del Derecho. Las exigencias son ahora otras y otras han de ser, pues, la atenciones del notario a la forma y al fondo del asunto procesal, tanto jurídico como extrajurídico. Se generaliza, en consecuencia, el estudio, el comentario y la transmisión de las obras más representativas ligadas a la actividad notarial, como son los *ordines iudicarii* y las *artes notariae*, conjunto que dota a la doctrina de una terminología y formalización específica. Paralelamente al desarrollo y promoción de estas obras de indudable carácter jurídico, se genera un creciente interés por las *artes dictandi*, un género ajeno al ámbito legal, pero cuyos contenidos estilísticos y retóricos, tales como el *ordo* y la *compositio*, influyeron de manera decisiva en la confección del documento notarial. En ellas se buscaba la corrección estilístico-gramatical. Por otro lado, la exactitud formulística del documento se obtenía de formularios.

(10) Vid. Parte I, capítulo I, § 1.5. *Imperium vs. Regni* con respecto la decretal *Per venerabilem* de Inocencio III (1213), X: IV, xvii, 13.

(11) Para la definición del género y un interesante estado de la cuestión en torno a las *Artes dictaminis*, pueden consultarse: CAMARGO, 1991; MURPHY, 1974, 194-268; ALBERTE, 2003. Para el estado de la bibliografía, MURPHY, 1989. Para el desarrollo de la disciplina en España, vid. FAULHABER, 1973 y 1979.

El *ars dictaminis* fue una disciplina que fijó su atención principalmente en la prosa y sobre todo en la epístola, que acabó por constituirse en el objeto de principal interés. No obstante, los tratadistas del género de dictamen, ya desde el siglo XII, comenzaron a interesarse también por textos no epistolares, como eran los textos legales, que finalmente acabarían conformando también parte de la disciplina. La combinación de varios factores de orden teórico y práctico dio lugar a que los documentos legales acabaran integrándose en una disciplina cuyo principal interés era, como hemos dicho, la epístola. Por un lado, los *dictatores* consideraban que el campo de su especialidad era más la composición en prosa en un sentido amplio que simplemente la carta. Por otro lado, no ha de pasarse por alto que la actual diferencia conceptual entre epístola y escrito legal era mucho menos estricta entonces. Tampoco podemos dejar de considerar que la mayor parte de los que se instruían en las *artes dictaminis* –secretarios, *scriptores* y demás– eran requeridos en las diversas cancillerías para abordar tanto la composición de documentos oficiales como de cartas privadas; el carácter cuasipúblico de éstas diluía en muchas ocasiones las diferencias entre la correspondencia personal y la oficial, especialmente en las llevadas a cabo por profesionales cultivados en las *artes dictaminis*. Los maestros de las *artes dictaminis* elaboraron, desde su experiencia práctica en lides formularias, los modelos documentales más habituales que, en muchas ocasiones, acabarían siendo recogidos por diversas curias y convirtiéndose en fórmulas sancionadas por ley.

La documentación de un negocio o acto jurídico implica dos tareas diferentes: la redacción del texto y la formulación del negocio jurídico. Actuación y documentación constituyen, pues, los dos momentos fundamentales del documento: la primera se consume al llevarse a cabo la *imbreviatura*, y la segunda tiene lugar con la confección y expedición del *instrumentum publicum in publica forma*. Los problemas que surgen en la redacción *in publica forma* y en la formulación de la *imbreviatura* son los acicates que empujaban a los notarios hacia estas obras de enfoque estilístico-literario y a otras obras de carácter más técnico-jurídico que les proporcionasen los formularios necesarios como subsidio.

Las *artes dictaminis* ignoran por completo cualquier aspecto relativo a la doctrina notarial o jurídica: no exponen lo ya establecido en las *Decretales* sobre el instrumento público y los documentos auténticos (X: II, XXII). Pero tan bien armadas de conceptos retóricos y literarios proporcionaban, en cambio, la base teórica para la corrección gramatical, la precisión lógica y la propiedad de estilo de cualquier tipo de escrito, ateniéndose fundamentalmente a los principios *gramaticae regulas non excedere, a logica discernere verum a falso y rhetoricam eloquentia servare*.

Son varios los tratados de dictamen que conocemos desde que se inaugurase el género terciado el siglo XI en Bolonia con las obras de Alberico, monje del benedictino monasterio de Montecasino, como las *Flores rhetorici* (12), conocida también como *Dictaminum radii*, y el *Breviarium de dictamine* (13). En las *Flores* se divide la epístola, siguiendo el esquema retórico clásico, en “prologus”, “narratio”, “argumentatio” y “conclusio”. Alberico añade al prólogo la “salutatio”, que habrá de desarrollarse “ex re, ex persona, ex intentione” de la epístola; de forma general, la obra trata conceptos fundamentales como “auditorio” y el binomio “redactor-lector”. El *Breviarium* se centra más en la enseñanza oral, más vinculada a la predicación. Son varios los que estiman que la obra de Alberico no podía ser aún considerada como *ars dictaminis* en el sentido más convencional y, por tanto, no valoran a su autor como iniciador de la disciplina (Licitra 1977). La temática tratada por Alberico no deja de ser la retórica más tradicional, tal como proponían las artes liberales. No hay duda de que fue el primer autor medieval conocido que dio cabida a la carta o epístola como género al que aplicar los conceptos retóricos tradicionales, pero no debe considerarse el iniciador del *ars dictaminis* (CAMARGO: 1991, 30-31).

En el siglo XII, la literatura de dictamen conoce un buen número de producciones importantes y de momentos de interesante debate. Entre las obras más trascendentes podemos destacar los *Praecepta dictaminum* del boloñés Adalberto DE SAMARIA (14), obra fechable hacia 1120, que nace con cierto afán crítico hacia la obra de Alberico. Los *Praecepta* serían en teoría el punto de partida del género de dictamen: mientras que se puede considerar que Alberico fue el primero en escribir en torno a las normas de redacción de la epístola, fue Adalberto el primero en dedicar a esas reglas todo un tratado. En cuanto al contenido, estos *Praecepta* se centran en epístolas en prosa, que se clasifican según el estatus del destinatario (BERISTÁIN: 2001, 492; BOUREAU: 1991, 142-144). Otra obra digna de mención son las *Rationes dictandi prosaice* del canónigo Hugo DE BOLONIA, de entre 1119 y 1124, que proporciona ya modelos epistolares (15). Hugo DE BOLONIA también se vio inmerso en una polémica con Adalberto DE SAMARIA, la cual no giraba en torno a cuestiones teórico-prácticas sobre la composición de la epístola, sino alrededor del contexto en que el *ars dictaminis* debería ser enseñado: Hugo consideraba que el *ars* debería subyacer a la retórica y servirle de herramienta; en cambio, para Adalberto de-

(12) INGUANEZ y WILLARD: 1938.

(13) ROCKINGER: 1863, I, 29-49; *vid.* también LARMON PETERSON: 2003, 27-50.

(14) SCHMALE: 1961.

(15) Puede verse la edición del texto ROCKINGER: 1863, I 52-94.

bía constituirse en una disciplina independiente (CAMARGO: 1991, 32-33).

Es también digna de reconocimiento por su trascendencia otra anónima, las *Rationes dictandi* de hacia 1135 (16), en la que, modificando un tanto el esquema de las *Flores rhetorici* de Alberico, aparece la división de la epístola en cinco partes –“salutatio”, “captatio benevolentiae”, “narratio”, “petitio” y “conclusio”–, que se mantendrán en todos los tratados posteriores de escuela italiana.

Tours y Orléans fueron en Francia los dos centros capitales de producción de obras de dictamen, de las que cabe destacar, por contener ya una breve “doctrina privilegiorum”, la *Summa dictaminis* o *Ars dictandi aurelianensis* de Rodolphus DE ORLÉANS, compuesta hacia 1180.

Pero, como todas las disciplinas relacionadas de una forma u otra con la ciencia jurídica, es durante el siglo XIII cuando las *artes dictandi* experimentan un notable desarrollo y, además, comienzan a dar acogida a temas de cierto carácter jurídico. Uno de los más tempranos compiladores de obras de dictamen en Italia fue el Magister BOUNCOMPAGNUS DE SIGNA, quien entre 1215 y 1235 compuso un importante conjunto de tratados, entre los que cabe destacar la *Rhetorica antiqua* (o *Boncompagnus*) (17), el *Cedrus* (18), la *Palma* (19), la *Oliva* (20) y la *Rhetorica novissima* (21), obras que tratan temas de carácter jurídico: sobre los “statuta” diserta el *Cedrus*, sobre los privilegios y los documentos notariales la *Oliva* o sobre escritos procesales el libro V de la *Rethorica novissima*, aunque siempre desde un enfoque estrictamente retórico. Otro prolífico productor de obras de dictamen fue Guido FABA, capellán de Bolonia y posiblemente notario, cuya *Summa dictaminis* (22) de 1229 alcanzó una gran difusión (FAULHABER: 1978 b); también fue autor de varias e importantes obras menores, como los *Dictamina rhetoricae* (23) de 1227, la *Doctrina inveniendas, incipiendas et formandas materias* de 1237 y la *Doctrina privilegiorum*, obras todas de un carácter eminente práctico y con un tratamiento menos retórico que las de BONCOMPAGNO.

Al margen de las *artes dictaminis*, se desarrollan los formularios estrictamente jurídicos, despreocupados por aspectos estilísticos, pero que pro-

(16) ROCKINGER: 1863, I, 29-46; el editor atribuye la obra a Alberico DE MONTE CASINO.

(17) ROCKINGER editó algunos fragmentos: 1863, I, 128-174.

(18) ROCKINGER: 1863, I, 121-127.

(19) C. SUTTER: 1894, 105-127. Existe también una edición de toda la obra de BONCOMPAGNUS en S. M. WIGHT, ed. *Rhetorica antiqua, Rhetorica novissima, Cedrus, Palma, Oliva, Mirra, Isagogé, Rota Veneris*, etc.; en edición electrónica: *Scrineum*, Universidad de Pavía, 1999.

(20) CORTIJO OCAÑA: 2004.

(21) GAUDENZI: 1892 b, 249-297.

(22) GAUDENZI: 1890.

(23) GAUDENZI: 1892 a.

porcionan la propiedad de la formulación documental. Otra diferencia con respecto a las *artes dictaminis* es que este tipo de formularios van destinados sobre todo a los notarios, que específicamente se encargan de la escrituración procesal. Los primeros formularios aparecen en los tratados de los *ordines iudiciourum*. Las obras procesales anteriores a la decretal *Si quoniam contra falsam* no contienen formularios. Pero las obras posteriores de escuela boloñesa suelen aducir modelos de los diversos escritos procesales que se insertan como parte del procedimiento judicial. Ejemplos son el *Ordo iudiciarius* de Aegidius FUSCARARIUS, compuesto entre 1260 y 1266 (24) y la *Summa Aurea* de Wilhelmus DE DROKEDA, de entre 1239 y 1245 (25), aunque la mayoría de los formularios eran más interesantes y apropiados para los abogados que para los notarios. También de escuela boloñesa es el *Formularium super contractibus et libellis de facto saepius accidentibus* compuesto por Martín DE FANO en 1232 (26), formulario de orientación más procesalística y que daba cabida tanto a fórmulas procesales como extrajudiciales. Dedicó su parte final a las *securitates* y las *renuntiationes* y se caracteriza por identificar claramente sus fuentes.

En el entorno francés también se escribieron algunos *ordines* con formularios, algunos de ellos destinados a los notarios de las curias episcopales, como la suma *Ut nos minoris* de Arnulfo DE PARÍS (27), de hacia mediados del siglo XIII, o la *Summa libellorum* del provenzal Bernardus DORNA, de entre 1213 y 1217 (28), que incluye un importante formulario procesal. Otra obra digna de mención por su enciclopedismo es el *Speculum iudiciale* (ca. 1272) de Guillermo DURANTE (29), conjunto que resume toda la literatura procesal, incorporándola más o menos literalmente y que recoge también buena parte de la literatura notarial; expone, además, en su cuarta parte una extensa teoría del documento y contiene un amplio formulario de escritos tanto judiciales como extrajudiciales. Tendremos ocasión de volver sobre la suma durantina cuando tratemos sobre las fuentes de los títulos XVIII-XX de la *Tercera partida*.

1.2. Las Artes notariae.

La activísima vida en las ciudades propicia un tráfico jurídico muy intenso que exigía, sobre todo en las transacciones comerciales, unos docu-

(24) Vid. *supra* Parte II, capítulo I, § 1.3.1. WAHRMUND: 1912 [1962].

(25) WAHRMUND: 1914 [1962].

(26) WAHRMUND: 1906 [1962].

(27) Vid. *supra* Parte II, capítulo I, § 1.3.1.

(28) WAHRMUND: 1905 [1962].

(29) Puede consultarse la edición de 1574, versión del *Speculum "illustratum et repurgatum a Giovanni Andrea et Baldo Degli Ubaldi"*, reeditada en edición facsímil en 1975.

mentos cada vez más especializados. Las obras de dictamen retórico-estilísticas, los formularios y la literatura de los *ordines* no satisfacían las necesidades de redacción y formulación de estos documentos, cada vez más complejos, ni tampoco ofrecían la base teórica ni práctica para ejercer cabalmente el oficio de notario. Ante estas necesidades surge desde el propio ámbito notarial una literatura específica enfocada a resolver todos aquellos problemas que planteaba la redacción y formalización de los diversos documentos notariales: las *Artes notariae*. A través de estas *Artes* se propusieron múltiples modelos de escrituras privadas, tales como contratos, donaciones, poderes, testamentos, etc.

La literatura de las *artes notariae* es un producto de época posaccursiana que se inicia con la obra de Rainero DE PERUSIA, principalmente su *Ars notariae* (1224-1234), cuyo precedente fue el *Liber formularius* (1214) (30). Como iniciador del género, fue el *Ars notariae* de Rainero DE PERUSIA el que primero divide la materia documental en consonancia con la actividad del notario, distinguiendo tres grupos: 1) contratos y pactos, 2) juicios y 3) últimas voluntades. También fue Rainero DE PERUSIA pionero en definir la disciplina como una ciencia de la formulación de los negocios legales, con dos dimensiones, una teórica, que implicaba el estudio del Derecho material (la escrituración de los contratos, los juicios y las últimas voluntades), y a la vez, otra práctica, orientada al estudio de los aspectos técnicos de la documentación.

Pero si Rainero DE PERUSIA destacó por ser el iniciador del género del *Ars notariae*, son igualmente dignas de resaltar las figuras de SALATIEL y Rolandino, tanto por su contribución al desarrollo del género como por un especial interés nuestro, ya que la obra de ambos está vinculada a la *Tercera Partida* con diferentes niveles de intensidad.

Las figuras fundamentales para el desarrollo de la disciplina notarial y la renovación documental de SALATIEL y Rolandino surgen en el ámbito de Bolonia. La obra de SALATIEL, conocida como *Ars notariae*, para unos su única obra –para otros junto a una *Summula de libellis formandis* (ORLANDELLI: 1961, XVI-XVII)–, conoció dos recensiones. La primera, de hacia finales de 1242, se ha conservado incompleta en un solo manuscrito (31), en el que sólo queda el primer libro, *De personarum iure, rerum divisione et actionum varietatibus*, y el cuarto, que conserva el formulario documental. La segunda redacción, de entre 1252-1253, se ha conservado completa en dos manuscritos (32). Consta ésta de un *Prohemium* y cuatro libros: I *De personis et divisionibus personarum*, II *De generali divi-*

(30) WAHRMUND: 1917 [1962].

(31) Ms. B 1484 de la Biblioteca del Archigimnasio de Bolonia.

(32) Ms. lat. 14622 y Ms. lat. 4593 de la Bibliothèque Nationale de France, en París.

sione omnium contractuum, III *De testamentis et voluntatibus ultimis* y IV *De instrumentis contractuum ultimarum voluntatum et iudiciorum conscribendis refitiendis et exemplandis*, así como un exhaustivo aparato de glosas debido al propio SALATIEL (33). Aunque el formulario ha aumentado considerablemente con respecto a la primera redacción, carece sin embargo de lo procesal y lo referente a la *exemplatio* y la *refectio*, que, según ORLANDELLI (1961: XI, XIV-XVI y XIX), habrían sido tratados en la *Summula de libellis formandi*. Algunas secciones en fondo y forma y ciertas fórmulas son herederas de la obra de Rainero DE PERUSIA, pero el tratado es absolutamente original en otros aspectos. Es destacable el principio teórico concerniente a la institución notarial expuesto en el *Prohemium* de la obra: la notaría es una ciencia compuesta por un saber teórico y un saber práctico que forma parte del Derecho.

Técnicamente superior y con un formulario más moderno que la obra de Rainero DE PERUSIA, el *Ars notariae* de SALATIEL acabó, sin embargo, siendo desplazada por la más didáctica *Summa artis notariae* de Rolandino, quizá porque su excesivo nivel teórico y densidad lo hacían poco manejable en la práctica.

Rolandino, coetáneo de SALATIEL –posiblemente enemigos políticos (34)–, fue más prolífico. Se le conocen al menos cuatro obras. El *Tractatus notularum*, la *Flos testamentorum* y la *Aurora* son obras que de un modo u otro giran en torno a su obra fundamental, la *Summa artis notariae* (35). A pesar de la escasa originalidad de ésta, ya que sigue a Rainero en la división tripartita de la documentación y al *Ars notariae* de SALATIEL en no pocos conceptos, se convirtió en la obra más importante del género por excelencia. Se compone de tres partes dispositivas y una parte general al final: I *De contractibus et pactibus*, II *De testamentis et ultimis voluntatibus*, III *De ordine iudiciorum* y *Pars generalis: De exemplificatione et refectionibus scripturarum* (36); cada una de estas partes, salvo la primera, está dividida en varias subpartes y éstas, a su vez, en capítu-

(33) Sólo conservado en el Ms. lat. 4593.

(34) En las luchas políticas de la Bolonia del siglo XIII estos dos notarios se hallaban en bandos contrarios: SALATIEL tomó partido por el aristocrático bando gibelino (o de los *lambertazzi*), mientras que Rolandino era un acérrimo partidario de los burgueses güelfos (o *geremei*). Una vez se hace con el poder político el bando güelfo, muchos gibelinos debieron exiliarse o fueron desterrados; SALATIEL se encontró entre estos últimos y fue privado, además, de la enseñanza entre 1275 y 1277 (NÚÑEZ LAGOS: 1951, 25-34; BONO: 1979, I, 213).

(35) Se edita toda su obra, junto con los comentarios y adiciones del propio Rolandino y de sus principales comentaristas, en Rolandino DE PASSAGGERI, *Summa totius artis notariae Rolandini Rodulphini Bononiensis*, Venezia, 1546: Ristampa anastática a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Bologna, 1977.

(36) De esta parte final dice Rolandino: “El décimo y último capítulo no se refiere a ninguna parte notarial y, no obstante, sienta cierta doctrina general sobre las reproducciones, por ejemplo, sobre las copias de las escrituras que tienen lugar en cualquier parte del oficio nota-

los que suman un total de diez. Como complemento a este texto escribió Rolandino, ya en su vejez, el *Apparatus super Summa notariae*, generalmente conocido como *Aurora*, que consiste en un comentario a la *Summa artis notariae*. Rolandino dejó inacabada esta obra de comentario (sólo llegó hasta el inicio del capítulo 5.º, *De locationibus et conductionibus*, de la primera parte). Así, la importancia de la obra se debe realmente a la labor de Pedro DE UNZOLA, notario desde 1275 y profesor de notariado desde 1301 († 1312), quien posteriormente adicionó y comentó la *Aurora* de su maestro, que, así ampliada, se conoce como *Meridiana*. Por otro lado, UNZOLA completó este *apparatus* hasta finalizar la primera parte, obra que se conoció como *Aurora Novissima* (NÚÑEZ LAGOS: 1951, 50-52). A esta labor de adición y comentario de la obra rolandina se unió más tarde el maestro Pedro DE BOATERIIS, notario desde 1285 y maestro del *ars* desde 1292 (BONO: 1979, 219).

Tanto con el *Tractatus notularum* como con la *Flos testamentorum*, Rolandino pretendió corregir ciertos aspectos de su *Summa artis notariae*. Así, el *Tractatus*, pensado para que sirviera de introducción a la *Summa*, pretendía reforzar la insuficiencia teórica de los contratos y los pactos expuestos en ésta; el texto es un breve y poco ambicioso tratado de Derecho romano, del que quizá cabe destacar el proemio y su parte tercera y última, cuyos contenidos son estrictamente notariales. El proemio plantea cuestiones como qué se entiende por notaría, la creación y nombramiento de notarios, las incompatibilidades, las obligaciones y las penas a que éstos están sujetos, así como otras partes esenciales del arte notarial; la tercera parte, conocida como tratado de las publicaciones de los instrumentos, define lo que se entiende por publicaciones y las enumera. Por otro lado, la *Flos testamentorum* se concibió para sustituir el capítulo 8 (sobre testamentos y codicilos) de la *Summa*, recurriendo a las obras de Azón, Accursio y Odofredo, como el mismo Rolandino afirma en el prólogo (NÚÑEZ LAGOS: 1951, 47-49). La obra de Rolandino tuvo una gran fortuna en Italia y fuera de ella, suerte en la que tuvieron mucho que ver las adiciones y comentarios de los maestros posteriores.

A lo largo de la Edad Media, y a través de la teoría y práctica notariales, se fue consolidando desde el punto de vista diplomático un modelo canónico de documento con unas características intrínsecas que pueden considerarse generales y que se mantienen hasta nuestros días (RIESCO

rial" (NÚÑEZ LAGOS: 1951, 47). Consideramos que el hecho de que este capítulo 10 haya podido ser considerado como un simple excursus de la *Summa* rolandina bien pudo provocar que no se encuentre en alguno de los testimonios que contienen la obra, como por ejemplo el manuscrito N.ii.19 (s. XIV) de la Real Biblioteca de El Escorial (cf. DOMÍNGUEZ APARICIO, 1992, donde no se hace mención de la ausencia del capítulo).

TERRERO: 1999, 271). El documento se organiza en una estructura tripartita: protocolo, cuerpo o núcleo documental y el escatocolo. Estas partes se subdividen, a su vez, en otras.

El protocolo consta de *invocatio*: alusión o referencia a Dios; *intitulatio*: identificación del emisor con mayor o menor especificidad; y *directio*: identificación del destinatario, a la que se aplican los mismos criterios que en la *intitulatio*.

El cuerpo documental es el núcleo del mensaje o negocio que se transmite y es, por tanto, de contenido y estructura variable. Pero ha de constar como mínimo de *notificatio*: anuncio al destinatario de la exposición de las razones que han propiciado la redacción del documento; *expositio*: exposición de las razones y antecedentes que justifican el documento; *dispositio*: el objeto central, el negocio del documento; *sanctio*: sanción mediante la cual el emisor busca garantizar que el contenido jurídico del documento se cumpla; y la *corroboratio*: formalidades que otorgan validez al escrito. En la *corroboratio* se pueden integrar diferentes tipos de cláusulas, tales como cláusulas preceptivas, derogativas, reservativas, renunciativas, penales, corroborativas, de emplazamiento, de cumplimiento, etc.

Finalmente, el documento se cierra con el escatocolo o protocolo final, que se estructura en dos partes diferenciadas: lugar y fecha de expedición y *validatio* o *autenticatio*, mediante la que se autentifica jurídicamente el documento. El grado de correspondencia o de respuesta a la normalización documental descrita difiere dependiendo del tipo de documento, público o privado, también del acto o negocio que se escrete y del entorno o ambiente cultural en donde se lleve a cabo y la época. Así, pueden darse los casos extremos desde las cancillerías más burocratizadas, cuyos documentos se mostrarán más atentos a la norma, hasta los documentos privados más libres y en los que la norma puede reinterpretarse a gusto, por comodidad o por desconocimiento (RIESCO TERRERO: 1999, 270).

2. La recepción de la doctrina en Castilla

La penetración de todo este caudal técnico y jurídico, proveniente principalmente de Italia y Francia, y de los más importantes tratados procesales y formularios procedentes de la curia papal, se realizó a través de las sedes episcopales.

En España, el alcance de estas obras y su influencia fue diverso a la hora de la creación de una literatura notarial propia. Escaso y meramente instrumental fue el influjo de las *artes dictandi*. No obstante, la implantación europea de este tipo de obras de dictamen generó algunos intentos propios y originales en Castilla (*vid.* FAULHABER: 1973, 1979). Uno de

los colaboradores extranjeros del rey Alfonso X, Galfridus ANGLICUS (37), a la sazón clérigo del rey de Inglaterra y notario de Alfonso X, le dedica a este último (con el apelativo de *invictissimus rex Castelle*) su *Ars epistolaris ornatus* (Bertolucci PIZZORUSSO: 1968) (38), también conocido como *Ars scribendi epistolas* (PROCTER: 2002, 138). La obra, escrita hacia 1270, está compuesta por cinco libros, de los cuales el último, hoy perdido, constituía una colección de modelos documentales. Otro tratado de dictamen surgido también en la corte de Alfonso X fue el *Dictaminis epithalamium* (FAULHABER: 1978 a) (39) de fray Juan GIL DE ZAMORA, escrito hacia 1277. Dividido en seis capítulos, el último se dedica a los modelos epistolares, y sus dos últimas rúbricas giran en torno a las *litterae testamentoria* y a las *litterae venditoriae*.

Más evidente y trascendental fue la influencia de los *ordines iudicarii* (vid. CERDÁ: 1950 y PÉREZ MARTÍN: 1999). Pero si su legado es apreciable en la escrituración procesal, no fueron, sin embargo, obras recogidas directamente en las recopilaciones y manuales notariales, debido principalmente a que la materia *De iudiciis* ya era tratada por las principales *Artes notariae*, como eran el *Ars notariae* de Rainero DE PERUSIA, la *Summa artis notariae* de Rolandino o en la *Summa de libellis* de SALATIEL. No obstante, es de recordar la gran difusión que alcanzó entre los tratados procesales el *Speculum iudiciale* de Guillermo DURANTE, suma magistral indispensable en la *audientia*, y el *Ad summariam notitiam* de Pedro HISPANO, que tanta fortuna tendría para la procesalística en España, como ya tuvimos ocasión de ver anteriormente (cf. *supra*, Parte II, cap. I § 1.1 y 1.2).

El factor lingüístico también puede explicar la escasa influencia de los *ordenes iudicarii* latinos en la Península. La literatura foránea, la literatura recibida, no era la única por la cual se podía acceder al conocimiento del nuevo *iudicium*; la tradición de escrituración documental en romance supuso también la necesidad de disponer de obras procesales en lengua vernácula que, sin embargo, no dejaban de ser herederas de los *ordines iudicarii*. Recordamos aquí las obras de Jacobo DE LAS LEYES, Fernando MARTÍNEZ DE ZAMORA o Rodrigo DE PALENCIA, ya examinadas más arriba al hablar de la literatura procesal hispánica (cf. *supra*, Parte II, cap. I, § 1.3).

(37) Este Galfridus ANGLICUS ha sido identificado por DENHOLM-YOUNG con el clérigo inglés Geoffrey de Eversley, notario del rey Sabio que sirvió entre 1276 y 1282 de embajador entre la corte castellana, Inglaterra y Roma (PROCTER: 2002, 138 cita a N. DENHOLM-YOUNG: "The Cursus in England", *Oxford Essays in Medieval History presented to H. Salter*, 1934, pp. 76-79).

(38) En este trabajo la autora italiana ofrece la edición de algunos fragmentos de la obra.

(39) Vid. también DE CASTRO, 1979, y LÖFSTEDT, 1991, quien expone e intenta enmendar muchos de los errores de la edición de FAULHABER y añade algunas fuentes no encontradas por el editor. A su vez, R. MCNAAB 2003 argumenta que la idea retórica de fray Juan Gil se apoya en los textos y en las tradiciones retóricas de las escuelas francesa e italiana.

Sin embargo, mucho mayor fue la influencia de las *Artes notariae*, verdadero pilar de la literatura notarial española. En la corona de Aragón, el influjo ejercido en la producción documental fue determinante, debido a que se mantuvo en gran parte del territorio la tradición escrituraria latina hasta el siglo XIV. En Castilla, la influencia directa del *ars notariae* fue menor en lo que respecta a los formularios; no obstante, la tipología formularia y documental fue asimilada en Castilla a través de la amplia recensión del *Ars notariae* de SALATIEL, que tiene lugar en el título XVIII de la *Tercera Partida*. Así, los formularios castellanos, si bien vinculados a las transformaciones que se imponían para adaptarse a la formulación del Derecho común (base ya del Derecho castellano), representan un principio de Derecho notarial nacional.

2.1. Adopción de la ciencia notarial.

Las dos herramientas fundamentales en la actividad del notario, el *instrumentum* y el *iudicium*, se renuevan a partir del siglo XIII a la luz de la procesalística y de las *Artes notariae* de la nueva corriente. Puesto que entonces tiene lugar el nacimiento de un nuevo orden judicial, el sistema documental conoce en consecuencia una nueva regulación formal basada en los conceptos *publicum* y *fides*, originados, como ya señalábamos, en la canonística. Los notarios que pretendían una mayor formación o poseer los conocimientos que los afianzasen en las novedades relativas a su oficio debieron recurrir, por un lado, a los tratados y manuales de la procesalística y la canonística para profundizar en el *iudicium* y, por otro, en consonancia a este nuevo *iudicium*, a las *Artes notariae*, exponentes del nuevo concepto de la doctrina notarial y de un renovado sistema documental. El proceso de asimilación y adaptación comprende todo el siglo XIII, durante el cual, en debate con las viejas cláusulas y formulismos, los notarios van introduciendo las modernas formas que exigen las nuevas necesidades jurídicas.

Las obras de *Ars notariae* tuvieron una pronta acogida en la Península hispánica, especialmente en Cataluña, donde obtuvieron una gran difusión la *Summa artis notariae* y el *Tractatus notularum* de Rolandino; también debieron de ser conocidas tempranamente el *Ars notariae* inserto en el *Liber formularius* de Rainero DE PERUSIA y el *Ars Notariae* y la *Summula de libellis formandis* de SALATIEL. La difusión de las *Artes notariae* en Castilla debió de ser mucho menor, aunque tampoco puede afirmarse que algunas de las principales obras fueran desconocidas en las más importantes sedes episcopales castellanas. La recepción principal de la teoría notarial en Castilla se produjo a través de la recensión del *Ars notariae* salatielino que Alfonso X llevó a cabo en la *Tercera Partida*. La renova-

ción documental no se produjo tampoco de manera uniforme en los reinos hispánicos, siendo más lenta en León, Galicia, Asturias, Aragón o Castilla, regiones más aferradas al Derecho más tradicional, y más rápida en otras zonas, como Cataluña, que, como ya hemos señalado, había asimilado desde muy temprano el Derecho común, o Valencia, donde el documento notarial respondió desde un principio a los postulados del *Ars notariae*. La asimilación del *Ars notariae* y la adaptación del sistema documental a ese modelo se irá conformando progresivamente, tanto en la tipología y la estructuración como en la terminología, a lo largo de los siglos XIV y XV, y más literalmente en Cataluña que en Aragón y Castilla.

Es de destacar que la necesidad del dominio de la literatura procesal fue menor en Navarra, Aragón y Castilla debido a que adoptaron muy pronto la escrituración romance. Así, en el eje de escrituración latina, constituido por Cataluña, Valencia y Mallorca, debía dominarse la literatura técnica que permitiese la perfecta redacción del negocio jurídico, por lo que sus documentos y su literatura notarial quedaron más sujetos al canon rolandino. Frente a este ámbito, la práctica y la literatura notariales en Castilla y Aragón discurrieron más libremente. Contaban éstos, además, con una muy importante literatura legal en romance de base romana, como eran las *Partidas* y el *Vidal mayor*.

CAPÍTULO II

PROCESO COMPOSITIVO DE LOS TÍTULOS XVIII-XX

La adecuada comprensión de los títulos XVIII-XX de la *Tercera Partida*, objeto de nuestro estudio y edición crítica, exige contextualizarlos en el conjunto de producciones alfonsíes previas sobre la materia. Aunque sin alcanzar el desarrollo que presentan en la *Tercera Partida*, ya el *Fuero Real* y el *Espéculo* se habían ocupado de regular la institución notarial y los documentos públicos.

1. Primera regulación de la doctrina notarial y del instrumento público en Alfonso X. El *Fuero Real*

La estructura que plantea el *Fuero Real* respecto a la institución notarial y el sistema documental responde claramente a los postulados de la

doctrina de la Decretalística y a la labor de los glosadores, aunque también conserva ciertas formas de la práctica documental castellana. En cambio, el *Fuero Real* carece de la influencia de la doctrina de las *Artes notariae*. Los asuntos relativos a la institución notarial y al sistema documental se encuentran repartidos entre el título VIII, “De los escribanos públicos”, del Libro I, dedicado por tanto a la institución, y el título IX, “De las cartas e de los traslados”, del Libro II, dedicado al documento público. Se completan algunos aspectos documentales en el título XII del Libro IV, “De los falsarios e de las escrituras falsas”.

El título VIII del Libro I sobre los escribanos públicos consta de siete leyes que vienen a desarrollarse en los siguientes términos. *FR* I, VIII, 1: para evitar cualquier conflicto o duda tanto en las sentencias judiciales como en las transacciones comerciales o en cualquier otra “postura” entre particulares (lo judicial y lo extrajudicial), el rey, o algún otro por su mandato, establece en las ciudades “escribanos públicos e jurados”, cuyo número es estimado por el rey según las necesidades de la ciudad. Esta ley acaba estableciendo los aranceles que han de percibir por la ejecución de su oficio. *FR* I, VIII, 2 recoge ya el principio del documento matriz: el escribano ha de conservar las “notas primeras” sobre las que se extienden las cartas con el objetivo de recuperar cartas perdidas, deturpadas, o certificar su falsedad o legitimidad, en caso de ser atacado a través de aquéllas. La nota no puede ser mostrada a ninguna de las partes ni se debe extender una segunda carta en caso de pérdida de la primera sin licencia judicial. La emisión de esta segunda copia debe hacerse después de que el juez mantenga una audiencia con las dos partes, y debe comportar la suscripción de que se trata de una copia. La pérdida de la nota conlleva una sanción para el escribano. *FR* I, VIII, 3: El “oficio de los escribanos es público” y, como tal función pública, es obligatoria y no se puede negar a ningún demandante. El escribano debe introducir su firma (“señal conocida”) en todas las cartas que redacte, de modo que siempre quede constancia de quién la escribió. *FR* I, VIII, 4: si se produce la muerte del escribano entre la redacción de la nota y la extensión de la carta, el juez debe designar a otro para que complete la labor a partir de aquella misma nota. Los alcaldes deben recoger el registro de todas las cartas que el escribano finado hubiera escrito y entregarlas al sustituto. *FR* I, VIII, 5: queda prohibido que el escribano introduzca en la nómina de testigos más nombres de aquéllos presentes ante él en el momento en que las partes le mandasen redactar carta de avenencia. *FR* I, VIII, 6: el escribano tiene la obligación de entregar a la parte que le corresponda la carta extendida sobre la nota; si la otra parte no está de acuerdo en la redacción, debe acudir al juez a que dirima el asunto. *FR* I, VIII, 7: en último lugar, el escribano debe conocer a aquellos sobre cuyos pleitos o posturas ex-

tiende las cartas; si éstos no son conocidos o “de la tierra”, deben serlo los testigos. El oficio es intransferible: ningún escribano puede poner a otro en su lugar, sino que cada escribano debe escribir los documentos de su propia mano. En caso de que el escribano se vea impedido por enfermedad u otra razón, debe ser siempre otro escribano público el que se ocupe de ello.

Con respecto a la institución notarial, es ya observable cierta renovación en la doctrina. Se toma de la Decretalística la figura del escribano público y jurado, ostentador de un oficio público o comunal que le viene dado por el rey, frente al antiguo escribiente o *scriptor*. Las fuentes donde el *Fuero Real* inspira sus disposiciones son las *Decretales* de Gregorio IX, X: 2, XXII, 2 para la seguridad del documento escrito por mano pública (40); el X: 2, XIX, 11, que prescribe la escrituración de la materia procesal por parte del escribano público (41); y el X: 2, XXVI, 13, que argumenta la credibilidad del escribano en el juramento de su cargo (42). El notario debe, además, como prescribe *FR* I, VIII, 2, conservar las notas sobre las que se redactará el documento tras mandato judicial y también a efectos probatorios, disposición tomada de X: 2, XIX, 11 (43), y también de X: 2, XXII, 15 (44) y de la glosa accursiana de la *imbreuiatura*. En *FR* I, VIII, 3 se exige “su señal conocida” del escribano, prescripción inspirada en lo recogido en X: 2, XXII, 6 a propósito del falseamiento de la *subscriptio* notarial (45). En cambio, las prescripciones respecto a la obligatoriedad del oficio y la firma de la nota a través de la que se extendió la carta son aportaciones originales del *Fuero Real* (46). La teoría de la *confectio* o

(40) “Scripta vero autentica si testes inscripti decesserint nisi per manum publicam facta fuerint ita quod appareant publica aut autenticum sigillum habuerint et quod possint probari non vident nobis alicuius firmitatis robur habere” (X: 124ra).

(41) “Iudex debet habere notarium vel duos viros idoneos qui scribant acta iudicii... Statuimus: ut tam in ordinario iudicio quam extraordinario iudex semper adhibeat aut publicam si potest habere personam aut duos viros idoneos qui fideliter uniuersa iudicii acta conscribant ...” (X: 113ra).

(42) “... [scrinarius] cum iuratus sit officium suum fideliter exequi...” (X: 138va).

(43) “... originalia penes scriptores remaneant: ut si super processu iudicis suborta contentio per hoc possit veritas declarari...” (X: 113rb); “Pos escriuanos públicos tengan las notas primeras de las cartas que fizieren, quier de los iudizios, quier de las vendidas, quier de otro pleito qualquier, por que si la carta fuere perdida o uiniere sobrella alguna dubda que pueda seer prouada por la nota de que fue fecha...” (*FR*: 212).

(44) “Cum P. tabellio morte preuentus quidam non prefecerit instrumenta que in nota redacta fuerant ab eodem Ad petitione eorum ad quos pertinent auctoritae ordinarii iudicis poteris ea fideliter in publicam formam redigere habitura per hoc perpetuam firmitatem” (X: 126r).

(45) “... Instrumentum quoque sententie multis modis inueniebatur suspectum: tum quia quondam apperebant liture: tum quia subscriptio notarii uidebant manus alterius fuisse quam subscriptio instrumenti: cum tamen notarius in subscriptione profiteretur se instrumentum manu propria conscripsisse...” (X: 125 ra).

(46) Según opinión de BONO (1979, I, 240).

redacción de la carta (cuando hubiera muerto el escribano, según se expone en *FR* I, VIII, 4) está tomada de X: 2, XXII, 15 (47). Por el contrario, hechos como la intervención de las notas del notario fallecido por parte de los jueces (*FR* I, VIII, 4) y lo prescrito en las Leyes 5, 6 y 7 responden a la práctica tradicional castellana.

La doctrina del sistema documental se recoge, como decíamos, en las ocho leyes de *Fuero Real* II, IX, cuyo contenido resumimos a continuación. La primera ley prescribe que las cartas hechas por escribano público, de cualquier naturaleza que sean, deben estar suscritas por un mínimo de tres testigos, sin tener en cuenta el redactor; tras la muerte de los testigos, las cartas siguen manteniendo su validez. En *FR* II, IX, 2 se estipula que si alguna de las partes aduce una carta en juicio para justificar su postura, debe mostrarla a la otra parte ante el juez y darle una copia de ella, de modo que pueda rebatirla si quisiera. *FR* II, IX, 3: el escribano debe introducir en la carta el año y el día en que extiende la carta y su firma. Se le advierte, además, que debe hacerlas “derechas en todas las otras cosas, así como mandan las leyes”; de no ser así, carecerán de toda validez. *FR* II, IX, 4: si existe alguna duda sobre la suscripción de la carta y tanto el escribano que la redactó como los testigos hubieran muerto, debe acudir el juez a otros escritos del mismo escribano para comparar escrituras y firmas; de estimarse coincidentes, la carta se considerará válida. *FR* II, IX, 5: las cartas que se quieren renovar por deturpación o vejez deben ser llevadas ante el juez, quien debe constatar que está hecha ajustándose a la forma y escrita por mano de escribano público. El traslado debe llevarse a cabo por otro escribano público; en caso contrario, estas copias sólo valdrán si la parte contra la que se dirige la carta admite su validez. *FR* II, IX, 6: en relación con la ley anterior, se advierte que la carta trasladada no tiene valor probatorio, salvo si se trata de un “traslado renovado”. *FR* II, IX, 7: dos cartas contradictorias aducidas en juicio se anulan entre sí. *FR* II, IX, 8: cualquier carta privada que contenga un sello, ya sea de rey, arzobispo, obispo, abad o concejo, es válida; es igualmente válida la carta de deuda o de pleito escrita por un particular y sellada con su sello.

La renovación del sistema documental se percibe ya en el uso de las fuentes, de nuevo, en gran medida las *Decretales* de Gregorio IX. El requerimiento de los testigos y el hecho de que el documento mantenga su valor tras la muerte de éstos se toma de X: 2, XXII, 2 (48); la *editio instrumenti*, el traslado a la parte de la carta aducida en el juicio, se inspira

(47) Vid. número 44.

(48) Vid. número 1.

en X: 2, XXII, 5 (49). Con respecto a lo que “mandan las leyes” (50), parece que la remisión debe de referirse a los preceptos del Derecho común, concretamente a C: 8, XVII, 11 (51), ya que en el *Fuero Real* no hay preceptiva relativa a la forma del documento y nada similar se encuentra en las *Decretales* (cf. BONO: 1979, I, 241). Por lo que hace a la validez o valor probatorio del documento, las fuentes siguen en la misma línea. Se toma de X: 2, XXII, 16 que la renovación ha de efectuarse con licencia judicial (*FR* II, IX, 5) (52); la carencia de validez probatoria del traslado simple frente al traslado renovado con licencia del juez (*FR* II, IX, 6) proviene de la glosa a X: 2, XXII, 1 (glosa a *Exemplaria... ipsa exemplaria sumpta τ publicata sint iudicis auctoritate...*) (53); la derogación del valor de cartas contradictorias (*FR* II, IX, 7) está claramente tomado de X: 2, XXII, 13 (54); lo que respecta a la validez de las cartas sigiladas (*FR* II, IX, 8) procede de X: 2, XXII, 2 (55). Pero no siempre son las *Decretales* la fuente en lo que concierne al sistema documental del *Fuero Real*: el atacamiento a la

(49) “Contingit interdum dicitis quod quandocunque cum aliquo litem habetis priuilegiis vestrum aduerse parti cogimini plenius exhibere... solum modum rescribat τ aduerse parti copia eius fiat” (X: 124v); “Quando algún omne aduxiere carta en iudizio por prouar aquello que demanda, muéstrela a su contendor ante el alcalde e délen [*sic*] traslado della...” (*FR*: 268).

(50) “Los escriuanos públicos pongan en las cartas que fizieren el anno e el día en que las fizieren e su sennal e fáganlas derechas en todas las otras cosas assí como mandan las leyes; e si dotra guisa las fizieren non ualan” (*FR*: 269).

(51) “Scripturas, quae saepe adsolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi vel paciscendi seu fenerandi vel societatis coeundae gratia seu de aliis quibuscumque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiochira graece appellantur, sive tota series eorum manu contrahentium vel notarii aut alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non, licet condicionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice scriptas, si personalis actio exerceatur, s uum robur habere decernimus. 1. Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur praeponi, etiamsi posterior dies his contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones isdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur”.

(52) “Si instrumenta propter vetustatem vel propter aliam iustam causam exemplari peccant Coram ordinario iudice vel delegato ab eo specialiter praesentetur: qui si ea diligenter inspecta in nulla sui parte viciata repererit per publicam personam illa praecipiat exemplari: eandem auctoritatem per hoc cum originalibus habitura” (X: 126va); “Si algunos omnes ouieren cartas que quieran renouar por uieias o por otra cosa g[u]isada, tráyanlas antel alcalde, e si el alcalde las fallare derechas e fechas por mano de escriuano público e uiere que lo an mester por alguna de las razones sobredichas, fágalas renouar a otro escriuano público, e que las que assí fueren renouadas ualan tan bien como las primeras...” (*FR*: 270).

(53) “Si scripturam autenticam non videmus ad exemplaria nihil facere possumus”, y la glosa (X: 124ra).

(54) “Imputari ei potest qui contrarias inter se scripturas in iudicio protulit fidem sibi adinuicem derogantes Cum in ipfius fuerit potestate quam voluerat non proferre” (X: 126rb); “Quien aduxiere cartas algunas antel alcalde pora prouar su demanda e las cartas se contradixeren la una a la otra, ninguna dellas non uala; ca en su poder era de demostrar aquella carta que aiudaua a so pleyto e non otra” (*FR*: 271).

(55) *Vid.* número 1.

legitimidad o validez de una carta y la consiguiente comprobación del juez a través del examen de la letra y la suscripción (*FR* II, IX, 8) parece provenir del *Fuero Juzgo* II, v, 14 (56).

Con el *Fuero Real* irrumpe por vez primera en la legislación castellana la figura del escribano público dejando atrás al antiguo *scriptor*, y se pasa de la simple carta o *scriptura* al instrumento público con todas sus características y requisitos formales. El *Fuero Real* muestra, respecto a la materia notarial y documental, haber asimilado la doctrina expuesta por la decretalística y los glosadores, como se deduce de su contenido y del uso de las fuentes. Sin embargo, permanece en un estado anterior a la recepción de las *artes notariae* y de los *ordines iudiciorum* frente a las posteriores obras jurídicas alfonsíes. El *Espéculo*, más conceptual, sistemática y completa al respecto, ya ha asimilado la literatura de los *ordines*, según veremos inmediatamente. El retraso científico en la materia en el *Fuero Real* nos devuelve al debate –planteado más arriba– en torno a la prelación de las redacciones de *Fuero Real* y *Espéculo* y nos sugiere nuevamente la idea de que el *Fuero Real* fue anterior al *Espéculo*.

2. La doctrina notarial y el instrumento público en el *Espéculo*

El remozamiento de la doctrina y del documento notarial iniciado en el *Fuero Real* se desarrolla formidablemente en las obras legales posteriores del rey Alfonso X. El *Espéculo* supone una importante labor que precede a la definitiva ordenación de la *Tercera Partida*. Todo lo relativo al sistema documental y la doctrina notarial se recoge en *Espéculo* IV, VI y XII-XIII. En *Espéculo* IV, VI se establece la clasificación de las cartas regias, *Espéculo* IV, XII contiene una regulación completa de la institución notarial y ofrece varios modelos documentales, aunque sin formulario (siempre en regesta) y *Espéculo* IV, XIII torna sobre la cancellería para tratar sobre la función de los selladores (57).

(56) “... [el obispo o el juez] Tomen otros tres escriptos que fussen fechos por sua mano d’aquel que fizo la manda e por aquellos escriptos: se semeyaren la letra de la manda, sea confirmada la manda et pues que todo esto fur conosciado, el obispo ho el iuyz et otras testimonias confirmen el escripto de la manda outra uez et en esta manera uala ela manda” (*F. juz.*: 106).

(57) Dado que la mayor parte de la materia que se expone en estos títulos del *Espéculo* se recoge en los títulos XVIII-XX de la *Tercera Partida*, será allí (§ 3) y especialmente en nuestra Parte III, capítulo IV, donde comentaremos su texto con más detalle. Ya que estos títulos son el objeto central de nuestro estudio, no tiene sentido doblar comentarios y argumentos. Procederemos, pues, aquí a un examen rápido de estas prescripciones. Por el contrario, como es lógico, el comentario será más detallado en aquellas leyes y disposiciones relativas a los documentos privados que las *Partidas* no tomaron del *Espéculo*.

Anunciando la definición del término “querella” y la diferencia que guarda con el concepto de “demanda”, el prólogo de *Espéculo* IV, VI presenta las cartas que salen de la casa del rey argumentando “que las más dellas son dadas sobre las querellas que los omnes fazen en la corte. Et después fablaremos de las cartas tan bien de los privilegios como de las otras abiertas e cerradas o de cualquier manera que sea”. Así, la primera ley del título se ocupa de matizar la diferencia entre querella y demanda, cuya distinción estriba en último término en que la demanda nunca se puede realizar sin la presencia de la parte contra la que se dirige, en tanto que en las querellas sí cabe esta posibilidad. Este último hecho –la querella en ausencia del *contendor*– es lo que genera la necesidad de las cartas expendidas en la corte del rey por él mismo o por sus funcionarios:

... Pero de las querellas que dixiemos que sse fazen «non» ssiendo los contendores delante queremos en ellas ffablar, mas porque naçen dellas las cartas que ssallen de la casa del rrey, que manda él missmo dar, o las que dan aquéllos a qui da poder que iudguen ý et libre[n] los pleitos, e de las otras cartas que dan los que an poder de iudgar por las tierras. (*Espéculo*: 287.)

La ley segunda funciona en realidad como prólogo introductorio a las cartas regias, donde se especifican los temas que se desarrollan en las leyes siguientes. La tercera ley estipula que sólo el rey puede conceder los privilegios, pero las demás cartas también pueden ser entregadas por algunos de sus oficiales. La cuarta ley establece que los privilegios sólo pueden ser interpretados por el monarca concedente o sus sucesores, salvo aquellos privilegios en que se haga la mención “salvos los derechos de los privilegios”, que pueden ser interpretados por los alcaldes de la zona; las cartas foreras o de gracia también pueden ser presentadas ante los jueces. La ley quinta delimita la fuerza que tienen las cartas y establece que éstas pueden darse “segunt fuero”, “contra fuero” y otras “que non se ganen segunt fuero empero non son contra el”, tipología que se desarrolla en las Leyes 5-8: las cartas que se otorgan “segunt fuero” tienen valor de ley, mientras que no valen las cartas “contra fuero”: esto es, contra la fe, contra el pro comunal o contra el derecho de algún individuo (salvo en los pleitos de deuda o de alargamiento de plazo judicial donde el rey puede conceder alguna gracia). La Ley 9 establece la duración que pueden tener los privilegios y otras cartas. Las Leyes 10-11 aducen los motivos por los que se produce la anulación de las cartas: si se ganan mediante engaño; si existe una segunda carta que haga mención expresa de otra, ésta queda anulada; o si dos cartas sobre un mismo pleito se presentan ante dos jueces, ambas pierden su valor. Según la Ley 12, tampoco vale la carta que obtienen los descomulgados ni las que se ganan mediante obrep-

ción o subrepción (58). Las leyes siguientes establecen el valor de las cartas de merced (13) y de los privilegios (14-15). Mediante la Ley 16 se presentan las cartas generales, “que caboprenden muchas cosas”, y las especiales, que se dan “sobre cosas señaladas”, que se ejemplifican en las Leyes 17-19. Las Leyes 20-22 definen las cartas de gracia: éstas se conceden por beneficio general de la tierra (“pro que ende nace”), por necesidad u obligación (“por que a mester que sean dadas”) y por mérito (“mercimiento de servicio o bondat”. Sobre las cartas foreras o de justicia trata la Ley 23, que se entregan para hacer cumplir disposiciones legales. La Ley 24 establece que algunas cartas debe cumplirse sin posibilidad de discusión, tales como las que ordenan la detención de criminales, el derribo de ciertos edificios, etc. Las disposiciones de estas cartas deben ser cumplidas tanto por el que recibe la orden de ejecutarlas como por los afectados; sólo es posible apelar la carta en que se manda cumplir sentencia para demostrar que en el juicio hubo falso testimonio y, en este caso, ha de informarse al rey. La última ley del título (25) vuelve a tratar sobre el engaño para especificar las penas que han de recibir las que obtienen las cartas con mala fe.

El título XII, “De los escribanos”, se abre con un prólogo que incide en la importancia del hallazgo de la escritura, ya que mediante ésta queda constancia fidedigna de los hechos pasados, se confirman los presentes y se orientan los futuros. Así queda justificada la necesidad de que se trate en el texto de los documentos regios, los que se efectúan en las ciudades y villas (esto es, las escrituras públicas), y de los contratos entre particulares (los documentos privados). En primer lugar, el *Espéculo* diserta sobre los escribanos, que son los encargados de confeccionar todos estos documentos. Las Leyes 1-4 establecen el nombramiento regio del escribano y definen cómo han de ser sus cualidades personales y profesionales. Las Leyes 5-6 orientan sobre el modo de proceder cotidiano del escribano: discreción, autografía, escritura clara y sin abreviaturas. La Ley 7 trata de la figura del escribano registrador, el encargado de copiar en el registro toda carta que se expide en la corte; en el caso de las cartas públicas, es el mismo escribano el que debe llevar su registro. Las Leyes 9-10 definen los términos en que debe llevarse a cabo la renovación de una carta perdida o deturpada, la *refectio* y *renovatio scripturarum*. La Ley 11 establece ciertas obligaciones del escribano, como el conocimiento perso-

(58) Falsificación de hechos narrados o su ocultación con la intención de medrar. “Perder se pueden las cartas de que dixiemos en muchas maneras de guisa que non valdrien [...] E dezimos assy que si carta fuere ganada diziendo mentira e encubriendo la verdat que non se pierde e non deve valer...”.

nal de los demandantes del documento, la inserción de la firma y la autografía. Esta ley es una copia casi literal de *Fuero Real* I, VIII, 7 y 4. La Ley 12 funciona a manera de prólogo que marca el tránsito temático del escribano a las cartas:

Trabaio podemos auer en demostrar de cuántas maneras se deuen ffazer las cartas; pero porque entendemos que es pro communal de todos, que-rémolossoffrir de grado... (*Espéculo*: 373.)

y expone rápidamente la tipología:

... las vnas sson mayores, assý commo priuilegios; e otras cartas ý á que sson promadas, pero non las llaman priuilegios; e á ý otras abiertas e ssee-lladas con sello de çera, e éstas son de muchas maneras; e otras ý á que son çerradas: e d éstas las vnas sson fforeras e las otras de menssaiería e dotras cosas muchas... (*Espéculo*: 373.)

La Ley 13 define el privilegio y cómo debe ser confeccionado. En la Ley 14 se expone cómo se completa la validación del privilegio: examen, registro y sellado con sello de plomo. La Ley 15 trata sobre cartas plomadas distintas de los privilegios. En la Ley 16 se definen cuáles son las cartas selladas con sello de cera, y las Leyes 17-34 exponen diversos ejemplos de concesiones que se han de hacer mediante carta sellada con cera (constitución de cargo público, exención de “pecho” o “portadgo”, carta de perdón, de arrendamiento o cuentas del rey, etc.) y cómo deben ser confeccionadas. A partir de la Ley 35 y hasta la Ley 46 se trata de las cartas que el escribano público ha de realizar sobre las transacciones y los acuerdos privados: carta de compraventa (35), de intercambio de bienes muebles o raíces (36), de préstamos (37), de donaciones (38), de entrega de dote o arras de matrimonio (39), de “porfijamiento” o adopción (40), de exención de servicio a un individuo por parte de concejo (41), de liberación de siervos (42), de encomienda de bienes (43), de testamento (44) y de alzada de juicio o de sentencia firme (45). Las Leyes 46-51 muestran algunos ejemplos de falsificación, principalmente material, en las cartas, tanto regias como de escribano público, por las que deben ser rechazadas o consideradas falsas. Fundamentalmente se trata de casos de manipulación sobre el documento, ya sea sobrescribiendo, ya falsificando la firma del escribano o la suscripción de los testigos; también se considera falsa la carta enviada al rey o a otro señor en nombre de un concejo o de alguna sociedad, gremio, etc., sin conocimiento de éste o de la mayoría de sus miembros (46-47). Se desecha también toda carta regia cuyo sello se sospeche falso o manipulado, así como son inválidas las cartas raspadas o sopuntadas, aunque esto último sólo afecta a las cartas abiertas (48).

En prevención de engaños, la Ley 49 advierte al juez que, siempre cuando en juicio se presenta una carta como demanda, debe hacer conocer su contenido a la otra parte y dar a ésta un plazo de tres días para prepararse. La Ley 50 retoma lo dicho en las Leyes 46-49 respecto a la falsedad documental, pero desde la perspectiva del juez ante quien se pueden presentar este tipo de cartas. En la Ley 51 se estipulan las cartas que, no siendo rechazadas por falsedad, tienen valor testifical en un juicio: las cartas selladas o hechas por escribano público o suscritas por dos testigos que aún vivan. La Ley 52 establece el estipendio de los escribanos de corte y de los públicos. La Ley 53 define qué es la cancillería y cuál es responsabilidad ante los documentos. Las Leyes 54-59 regulan el montante que se abona a la cancillería según los tipos documentales expedidos: privilegio o carta plomada de donación nueva o de confirmación y de establecimiento de cargos reales: alférez, mayordomo, merino, alcalde, canciller, etc.; carta de confirmación de acuerdo entre partes; carta de exportación o de arrendamiento de puertos y salinas, etc.; carta de sentencia judicial y diversos tipos de cartas de deuda, y, finalmente, cartas cerradas. La Ley 60 estipula lo que han de percibir los escribanos públicos por su labor. El título se cierra con la Ley 61, donde se establece la pena que recibirá el que no respete al escribano público o atente contra él.

El título XIII se centra en la figura del sellador, tanto de corte como de villa o ciudad. Sus cuatro leyes se ocupan de definir todo lo relativo al cargo de sellador, a su nombramiento regio, número, calidad y virtudes personales, cómo debe proceder en su oficio y lo que han de percibir en función de su trabajo.

Aunque la materia se expone de forma más sistemática que el *Fuero Real*, sin embargo, como puede observarse en la distribución de las leyes, resulta algo confusa al mezclar normas referentes a la administración de la cancillería con otras disposiciones relativas a la institución notarial. La obra ya muestra la influencia de los *ordines iudiciorum*, a la vez que un uso más amplio de la Decretalística y también de la práctica notarial castellana. No obstante, el grado de elaboración de estas fuentes es tan alto que se hace muy difícil precisar las fuentes concretas (a diferencia de lo que sucedía en el *Fuero Real*).

3. La doctrina en las *Partidas*: los títulos XVIII-XX de la *Tercera Partida*

El proceso de recepción, asimilación y desarrollo de la doctrina llegan a su culmen, como en tantos otros aspectos, en las *Siete Partidas*. Los títulos XVIII-XX de la *Tercera Partida* encierran la teoría en torno al docu-

mento real o cancellesco y al público o “comunal”, la reglamentación y la uniformización de la práctica y el ordenamiento legal de la cancelería real y de la institución notarial más desarrollado hasta entonces. Se da por primera vez una doctrina unificada de ambas instituciones (cancelería y notariado público) y sus documentos respectivos. La definición y reglamentación del sistema documental se llevó a cabo desde un concepto unitario del documento, lo que ya se nos anuncia desde el prólogo del título XVIII (“queremos aquí dezir de todas las escripturas de cual manera quier que sean”), en el que se tienen igualmente en cuenta tanto el punto de vista jurídico como los criterios diplomáticos. Esta práctica documental, válida tanto para la cancelería como para el notariado público, representa un hito en la evolución diplomática por haber formulado un ordenamiento legal de estas instituciones en el que se fijaron las normas que dotaban de valor sus documentos como formas auténticas.

3.1. Organización general del *Arte de escrivanía*.

Toda la teoría doctrinal relativa a las instituciones y a la teoría y práctica documental, que había experimentado un notable desarrollo en el *Espéculo*, queda superada definitivamente por las *Partidas* gracias a la asimilación de algunas nuevas fuentes. Estas fuentes son principalmente el *Ars notariae* de SALATIEL y el *Speculum iudiciale* de Guillermo DURANTE, cuyo carácter de suma proporciona a los compiladores alfonsíes el conocimiento de las doctrinas de Rolandino, Tancredo y Bártolo, entre otros muchos. Así, la doctrina para el notariado público de que SALATIEL hace gala en el *Prohemium* de su *Ars notariae* inspira los trazos con que en la *Partida* se diseña la figura del escribano público; del mismo modo, un buen número de los modelos documentales expuestos en su *Liber Quartus* fueron aprovechados en el ordenamiento del documento público de las *Partidas*. Por otro lado, el título *De rescriptis* del *Speculum* durantino, que recoge la doctrina del documento papal, se aplicó al documento regio sin mayores problemas y el título de *De fide instrumentorum* renovó parte de la teoría del documento público. También llegan a las *Partidas*, aunque a través de la elaboración que se efectuó en el *Espéculo*, nuevos materiales de la compilación gregoriana, especialmente *Decretales* I, III y *Decretales* II, XXII.

En definitiva, la novedad en las *Partidas*, como venimos señalando, está en una nueva estructuración de la materia y la reelaboración de ciertos aspectos doctrinales con una base teórica nueva que desconocieron los compiladores del *Fuero Real* y el *Espéculo*.

3.1.1. Organización general del título XVIII.

El título XVIII se abre con un prólogo que incide en la idea del hallazgo de la escritura para la “remembrança” de las cosas acaecidas y la reafirmación de lo presente. La escritura se convierte en el terrero jurídico en una prueba testifical de los negocios en calidad de “voz muerta”, en paralelismo y contraste con la “voz viva” del testigo, concepto extraído de DURANTE (*vid. infra* § 3.2.5.2). Se cierra el prólogo anunciando todo lo que va a ser tratado en su largo centenar de leyes. La primera ley se encarga de presentarnos la tipología documental:

... privilegio de papa o de emperador o de rey seellado con seello d'oro o de plomo, o firmado con signo antigo que aya acostumbrado en aquella sazón, o carta d'estos señores o d'alguna otra persona que aya dignidad con sello de cera... (59).

... E á y otra escriptura que llaman estrumento público que es fecho por mano de escrivano público de concejo.

... E otra escriptura y á que omne faze con su mano e sin seello que es como manera de prueba, assí como adelante se muestra...

Así, a lo largo del título se procede a la descripción y normalización del documento público en su doble vertiente, la de la escritura real o cancelleresca (Leyes 2-53) (60) y del documento notarial (56-110) (61), y la del documento privado, si bien este último se aborda brevemente y sólo desde el punto de vista jurídico y no diplomático (119-121) (62).

Los documentos que salen de la casa del rey son variados en su intención y en su forma, lo que afecta a cuestiones como el estilo, la emisión, la legitimidad y el valor probatorio, e incluso a su soporte físico, el material sobre el que se extienden. En primer lugar, se trata sobre el privilegio, el más importante de los documentos reales, ya que lo en él dispuesto se constituye en una ley “dada apartadamente”; se define, se establecen los requisitos formulaicos, el *cursus* formal y el formato (Ley 2), y se fija el procedimiento para su sellado con el sello de plomo (Ley 3). Existen también otras cartas reales selladas con plomo, cartas plomadas, con un *cursus* específico, fórmulas, cláusulas y formato particulares que dependen

(59) Las citas de la *Tercera Partida* se hacen por nuestra edición.

(60) Profundizamos en la diplomática regia en Parte III, capítulo IV.

(61) Tratamos sobre estas escrituras notariales y privadas, especialmente al tratar de la fuente de esta sección, el *Ars Notariae* de SALATIEL (§ 3.2.4.1).

(62) Profundizamos sobre el valor y sentido de algunas de estas disposiciones en Parte III, capítulo IV.

siempre del tipo de disposiciones o de contenido (Ley 4). Tanto los privilegios como las cartas plomadas han de ser entregadas por mano del rey a aquel que solicita la gracia. Además de estas cartas plomadas, existe otro tipo de cartas selladas, pero cuyo sello ya no es de plomo, sino de cera (Ley 5). Estas cartas menores pueden ser extendidas sobre pergamino de cuero o de papel (“pergamino de paño”) en función del contenido: así, títulos de cargos tales como el de alcalde, alguacil, jurado, merino, etc., exención de “pecho o de portadgo”, acuerdos entre el rey y particulares relativos a la labores de tierras del señorío regio, etc., se extienden sobre pergamino; en cambio, las cartas que se expiden a los concejos para la recaudación de impuestos o de hombres, o la concesión para sacar del reino cosas *vedadas*, se hacen en pergamino de paño (Ley 5). Se ofrecen no pocos ejemplos (la mayor parte en regesta) de estas cartas menores (Leyes 6-25). Para la confección de esta sección debió de acudir al material del archivo cancilleresco. Son dignas de mención las Leyes 7 y 8, verdaderas cartas insertadas, sin introducción ni preámbulos, de nombramiento de los cargos públicos de alcalde y escribano, respectivamente. El título prosigue exponiendo a quién corresponde la emisión de privilegios y cartas reales (26) y a quién cabe su interpretación (27).

Con respecto a la fuerza de obligar a los destinatarios, estos documentos se clasifican como “segund fuero”, “contra fuero” y “otras cartas que no se ganan segund fuero, pero non son contra él” (28). Entre las cartas o privilegios que se dan “contra fuero” están las que se ganan contra los principios de la fe (29) y las que se ganan contra el derecho de un particular o de algún pueblo (30) o bien contra el derecho natural (31). No deben valer en ninguna manera las cartas que atentan contra las leyes de la fe; en el caso de las cartas contra derechos personales, no son válidas las primeras enviadas, debiendo esperar a la “segunda jución” o segundo mandato (30-31); tampoco son válidas las cartas que el rey se ve obligado a entregar a alguien contra los derechos de otro (32). Se define en qué manera deben valer las cartas en que el rey aplaza el pago de deudas (33); se establece la validez temporal y la fuerza legal de las cartas de gracia (34) y de justicia (35). Pierden su validez las cartas reales que pequen de *obreptio* o *subreptio* (36); son igualmente inválidas las cartas obtenidas mediante cualquier otro tipo de engaño (37) ni valen las que gana el excomulgado (38) ni las que se ganan contra menesterosos (41). Se pierden o se declaran inválidos los privilegios por no ser utilizados durante el tiempo establecido para cada tipo de concesión (42), extralimitación de lo estipulado (43) o algún tipo de ilegitimidad formal (44).

En atención a la especificidad del destinatario o del negocio, se distingue entre cartas generales o “que comprehenden muchas cosas non seña-

lando ninguna” (45-46) y especiales o “dadas sobre cosas señaladas” (47), entre las que se destaca la carta forera o de justicia (48). En relación a la función cumplida por la carta (y no a su forma), están las cartas de gracia que pueden dar “los reyes e los otros señores por razón de su poderío”, que se conceden por tres motivos: beneficiar al destinatario con algún tipo de exención o perdón (49), por necesidad de evitar un mal ulterior (50) y por agradecimiento o recompensa por servicios prestados (51). Un último tipo de carta real es la de mandato directo o “cartas que deven seer cumplidas sin pleito e sin juizio” (52).

La sección dedicada a las cartas reales se cierra enumerando los males que se pueden derivar de una carta obtenida por engaño o falsedad y estipulando la pena para aquel que así la obtenga (53).

Una vez definida la tipología del documento cancilleresco o señorial, la Ley 54 marca el tránsito a la exposición relativa al documento notarial. Así, se define el proceso desde la escrituración de la nota previa hasta la extensión de la *scriptura originalis* o documento definitivo. La Ley 55 describe el procedimiento que debe seguir el escribano que, habiendo escrito la nota, no puede proceder a la emisión del documento definitivo “por enfermedades o otros embargos”, o en caso de muerte del escribano, cómo han de proceder los alcaldes con las notas o registros del finado. A partir de la Ley 56 y hasta la 110 se procede a la exposición de los modelos formulaicos para la escrituración de todo tipo de documentos notariales, tanto judiciales como extrajudiciales, siendo éstos los más numerosos (63). Éstos son los contratos traslativos de dominio: ventas, cesión, permuta, donación, infeudación y censo (56-69); contratos reales: préstamo y depósito (70-72); contratos locativos: alquiler, arriendo, locación de servicios y de semimovientes (73-76); contratos de asociación: afletamiento, compañía, aparcería y partición de elemento común (77-80); negocios de remisión: cancelación de deuda, paz y tregua (81-83); contratos matrimoniales: promesa esponsalicia, esponsales, dote, donación y arras (84-87); fórmulas de encomendación religiosa (88) y vasallática (89); fórmulas de relaciones personales: manumisión, adopción, arrogación y emancipación y tutela (90-96); fórmulas de apoderamiento (97-98); inventario de bienes de la tutela y de bienes relictos (99-100); fórmulas de repudiación de herencia y de liquidación de cuentas tutelares (101-102); fórmulas de últimas voluntades: testamento, codicilo y donación *mortis causa* (103-105); fórmulas de compromiso y de sentencia arbitral (106-107), y, finalmente, tres ejemplos de fórmulas judiciales: incautación judicial de los bienes del demandado rebelde, sentencia definitiva yalzada (108-110).

(63) Para la terminología, *vid.* BONO: 1979, I, 249-250.

Prosigue el título XVIII con otro bloque de leyes en las que se examina la validez de los privilegios y las escrituras notariales. Aquí se integran leyes sobre los defectos formales y materiales que afectan a la legitimidad documental (111), sobre el valor probatorio que en juicio poseen las copias o “traslados” (112-113), sobre los requisitos necesarios que confieren validez a las cartas de pleito (114), y sobre la impugnación de las cartas presentadas en juicio que se tienen por sospechosas o falsas (115-118).

Por último, el título se cierra con un breve examen a las cartas privadas atendiendo a su validez, como ya hemos advertido, desde un criterio exclusivamente jurídico (119-121).

3.1.2. Organización general del título XIX.

El título XIX se ocupa en su prólogo y dieciséis leyes de la institución notarial cancelleresca y pública, la tipología de los escribanos (regios y públicos), sus funciones y obligaciones, su retribución y el castigo derivado de la deslealtad y la falsificación.

El título comienza, como es habitual, con un prólogo introductorio que enlaza con la materia del título anterior. Continúa estableciendo los requisitos y las cualidades que debe poseer el candidato de acuerdo con la doctrina de las *artes notariae*: bondad, lealtad y entendimiento; por supuesto, saber escribir; ser libre y cristiano, ser discreto en los secretos, y también ha de ser vecino del lugar donde ejerce su oficio, de modo que conozca a aquellos a quienes hace las cartas; y, además, debe ser lego, ya que no es apropiado al clérigo tratar asuntos judiciales en que se dan sentencias de muerte, amén de que al clérigo no podría castigársele por sus yerros (Ley 2). Se prescribe el nombramiento de los notarios por el rey como un *ius regalium* con base en la Dieta de Roncaglia (“porque es uno de los ramos del señorío del regno”, Ley 3). Como condición para ser admitido, se exige que su calidad profesional sea probada por el rey, en el caso de los escribanos aúlicos, y por el concejo, en el caso del escribano público. Además, deben jurar el cargo y la lealtad al rey y a su casa, al igual que al concejo al que sirven, respectivamente (Ley 4). El notario es, pues, según esta ordenación, una persona pública que ostenta un título público otorgado por el rey, que debe responder a ciertos requisitos y obligado al cumplimiento cabal de su oficio por un juramento. Se establecen después varias disposiciones respecto al modo de proceder del escribano. Dada la lealtad tantas veces aducida, son prescripciones en torno a la confección de los documentos emanados de casa del rey y los públicos: nunca mostrar, revelar ni dar a entender el contenido de las cartas de poridad del rey, salvo al canciller, al juez o al sellador; tampoco debe nunca delegar la redacción del documento a otro escribano, salvo en caso

de enfermedad u otra imposibilidad, en que se debe recurrir a otro escribano, quien, aun así, debe especificar que lo hace en nombre del otro (Ley 5); también se prescribe cómo deben proceder en las cartas llamadas de simple justicia (Ley 6) y se prohíbe el uso abreviaturas (Ley 7). Otras disposiciones establecen la necesidad del documento matriz y la obligatoriedad del uso del registro (Leyes 8-9). A continuación se define la figura del escribano registrador, quien se ocupa de copiar en el registro todas las cartas expedidas en la corte (8); también deben ser registradas las cartas públicas, pero en este caso la tarea corresponde a los mismos escribanos públicos. Se reglamenta la *refectio scripturarum*, con especial relevancia y novedad en el caso de las cartas de deuda (Leyes 10-11) y la *renovatio scripturarum* por deturpación o vejez (Ley 12). Finalmente, se estipula la retribución del escribano real (Ley 13) y se fijan los aranceles del escribano público, al tiempo que se advierte acerca de su guarda y la honra de su persona (Leyes 14-15). El título se cierra estableciendo la pena de muerte por deslealtad o falsificación para el escribano real y castigo de abscisión de la mano y difamación para el escribano público (Ley 16).

3.1.3. Organización general del título XX.

El título XX se compone del prólogo y doce leyes. Las cinco primeras leyes se ocupan de definir todo lo relativo a la calidad del cargo de sellador y en las siete últimas se describe el procedimiento de control que ha de ejercer la cancellería sobre las cartas y se estipulan los aranceles y estipendios que debe recibir por la expedición de las mismas. La Ley 1 define el sello como el signo que dota de firmeza, seguridad y fe a lo escrito en las cartas, ya sean concesiones o mandas, que garantiza el secreto del contenido en las cartas cerradas y que valida al documento como prueba *per se* en juicio; por todo ello, el sellador del rey y de las otras dignidades poseedoras de sello deben usarlo con lealtad y cuidar de no sellar nunca una carta falsa. La segunda ley establece que tanto los selladores de la corte como los de las ciudades son de nombramiento regio; los primeros reciben los sellos de manos del canciller o del notario real, y el número de ellos en la cancellería varía en función de lo que el rey estime apropiado para el correcto funcionamiento del proceso; los selladores de las ciudades y villas acceden a su cargo mediante juramento y han de mostrar ser bondadosos, leales y de buenas costumbres; finalmente, se aduce que, para evitar el uso fraudulento del sello, los selladores de las villas han de ser dos, de modo que cada uno sólo posea una de las tablas necesarias para el sellado. En las leyes tercera y cuarta se define el oficio de sellador como un cargo jurado en función de la verdad, la lealtad

y la legitimidad; así, no deben sellar cartas que no provengan del rey (o de alguno de sus oficiales) o del concejo, en el caso de las ciudades, ni que sean perjudiciales para los derechos de éstos; además, no deben sellar ninguna carta que no se ajuste al *cursus* específico, ni las defectuosas ni las que no hayan sido previamente registradas, y deben corroborar que las copias se ajustan a los originales. La ley quinta establece lo que los selladores han de percibir por su oficio y las penas impuestas a los que los deshonoran, agreden o matan. La ley sexta define la cancellería como el organismo que vela por la legitimidad documental, en el que se someten a control las cartas, se enmiendan o rehacen y, finalmente, donde son selladas si son correctas. Como prolongación de la Ley 6, las Leyes 7-12 establecen lo que la cancellería ha de percibir por cada tipo de carta expedida: privilegio o carta plomada de donación nueva o de confirmación (Ley 7) y de establecimiento de cargos reales: alférez, mayordomo, merino, alcalde, canceller, etc. (Ley 8); carta de avenencia entre partes que piden que se confirme mediante carta real (Ley 9); carta de gracia para la exportación de “cosas vedadas” o arrendamiento de puertos o salinas, etcétera (Ley 10); carta de sentencia y diversas cartas de deuda (Ley 11), y cartas cerradas (Ley 12).

Con el sello y el sellador como últimos garantes de la legitimidad documental se cierra el proceso relativo a la institución notarial que se iniciaba con la escrituración de la nota. Como bien se advierte en el incipit, el título trata dos materias distintas pero íntimamente relacionadas: sello y selladores y la cancellería. Salvo el prólogo y la primera ley, absolutamente nuevas en la *Tercera Partida*, la fuente de todo el título son algunas leyes de *Espéculo* IV, XII (“De los escrivanos”) y *Espéculo* IV, XIII (“De los seelladores e que cosas deven fazer e guardar”). La novedad en las *Partidas* se produce por la integración en un mismo título de la definición de la figura del sellador (regio o no), la descripción de su oficio y el establecimiento de sus obligaciones y retribuciones (Leyes 1-5 tomadas de *Espéculo* IV, XIII, 1-5), junto a la regulación de los aranceles cancellerescos por el sellado y expedición de las cartas reales (Leyes 6-12 procedentes de *Espéculo* IV, XII, 53-59, cuyo incipit nada anuncia relativo a la cancellería).

La redistribución de estas leyes está en consonancia con la concepción general de la *Tercera Partida* que –recordemos– se atiene a la descripción del desarrollo del proceso judicial integrando en él a los intervinientes. La secuenciación otorgada a la materia en la *Partida* se debe, como decimos, al diferente sistema de exposición de los hechos: después de haber descrito la elaboración del documento y quiénes pueden intervenir en su confección, se da cuenta de la parte final del proceso (el sellado) y de aquellos que pueden acometerlo (los selladores) para pasar a tratar de la

labor de la cancillería. La integración de los dos conjuntos (64) halla su punto de inflexión en la ley sexta, donde se dice:

... chancelería es lugar ó deven aduzir todas las cartas pora seellar. E aquellos que lo ovieren de veer dévenlas catar, e las que non fueren bien fechas dévenlas romper e quebrantar e las que fueren fechas derechamiente dévenlas mandar seellar. E por esto la llaman chancelería, porque en ella se deven quebrantar e cancelar las cartas que fueren mal fechas... (XX, 6)

Fuera de la reordenación, es evidente la correspondencia literal entre el texto fuente y las leyes del título XX, salvando algunas omisiones y los lógicos y necesarios ajustes en las referencias internas o remisiones al título o a otras secciones de las *Partidas* (vid. *infra* Apéndice III).

3.2. Las fuentes.

¡Qué diferente habría sido para la historia del Derecho y para la historia jurídico-política de Alfonso X en particular si los compiladores de los textos legales hubieran sido tan explícitos –o aun la mitad– en citas y referencias a sus fuentes como lo fueron aquellos que trabajaban en los talleres historiográficos del rey! La obra jurídica alfonsí en general y el conjunto textual de las *Siete Partidas* en particular se caracteriza por la más exasperante asepsia al respecto; bastaría con haber sustituido las referencias a los “sabios antiguos” por los nombres de Gregorio IX, Inocencio III, SALATIEL, DURANTE y, quizá, el maestro Jacobo. Hoy sabemos que el importante empeño de universalidad y las características propias del género jurídico –mucho más hermético aún en lo procesal–, en que la ley emanaba de la figura real, como única autoridad (MARTIN: 2000), no permitía una autoridad “compartida” con otros *auctores*: de ahí probablemente que se ocultasen las fuentes.

No partimos, sin embargo, desde cero. Sabemos que los libros IV y V del *Espéculo* constituyen la gran base textual de la *Tercera Partida*, por lo que se ha considerado a veces como una segunda redacción de ese texto. Y vimos cómo el *Dotrinal de los pleytos* del maestro Jacobo es otra de las obras señaladas como posible fuente, aunque su relación con nuestro texto sigue siendo aún objeto de intenso debate (vid. *supra* Parte II, cap. II § 1.2 e *infra* § 3.2.3).

(64) No obstante, en la reestructuración pueden apreciarse algunos fallos, quizá achacables a la falta de trabajo compilatorio. Indicamos, por ejemplo, el caso de las leyes cuatro y seis: “e otrossí deven guardar que non seellen carta ninguna a menos de seer registrada” (Ley 4) y “e an de guardar otrossí que non seellen las cartas ante que sean registradas” (Ley 6). Ambas leyes se encontraban en el *Espéculo* en títulos diferentes (por tanto, sus cláusulas no poseían el mismo nivel de redundancia).

Ante la falta de otras noticias relativas a las fuentes, se nos imponía recurrir a la labor del que mejor podía conocer el texto alfonsino, uno de sus editores y creador de la “magna glosa” a las *Partidas*, Gregorio LÓPEZ. En sus glosas al texto, en los eruditos comentarios doctrinales y las copiosísimas referencias culturales e históricas que enriquecen la lectura del texto, se explicitan muchas concordancias con otros tratados. La mayoría de estas concordancias son argumentos puramente doctrinales; sin embargo, acudiendo en ciertas ocasiones al examen de varios de los textos apuntados por Gregorio LÓPEZ, alguno ha terminado por revelarse (cual tabla de salvación para el editor) como fuente textual, si no directa, de sospechosa proximidad en secciones considerables del texto alfonsino. Tal ha sido el caso del *Speculum iudiciale* de DURANTE –o *Speculator* como alude a él Gregorio LÓPEZ–, la suma procesal más extendida e influyente en la Edad Media y cuyos contenidos parecen reflejarse de manera muy clara en algunas partes de nuestro texto, como tendremos ocasión de ver. Otras veces, el aviso de la existencia de otras fuentes ha llegado a través de especialistas en la historia del Derecho. Nos referimos al caso del *Ars notariae* de SALATIEL (absolutamente desconocido para Gregorio LÓPEZ), texto identificado por el notario José BONO (1979: I, 246-251) como fuente doctrinal y textual de una parte muy importante de los títulos que editamos.

Partiendo de este estado de la cuestión, podemos establecer dos conjuntos diferentes de textos a los que compiladores acudieron para confeccionar los títulos XVIII, XIX y XX de la *Tercera Partida*. Según el grado de identificación textual, el primer grupo lo componen el libro IV del *Espéculo* y el *Dotrinal de los pleytos*. Aunque más que una fuente, hemos de considerar al *Espéculo* como el gran almacén de materiales jurídicos que se constituyó en el punto de partida para la redacción de la *Tercera Partida*. Es, pues, a nuestro juicio, mucho más interesante llamar la atención sobre lo que tomaron, dejaron y modificaron los compiladores de la *Tercera Partida* respecto al *Espéculo* que simplemente señalar las coincidencias más o menos literales entre ambos textos. En cuanto al *Dotrinal*, como ya hemos tenido ocasión de ver, son aún muchas las dudas que despierta relativas a su condición de texto original o de copia de la *Tercera Partida*. No obstante, junto a los datos que inducen a pensar que el *Dotrinal* copia de la *Partida*, es posible señalar también que son muchos los indicios que apuntan a la elaboración original del texto.

En segundo lugar, los compiladores alfonsíes acudieron a dos de las más importantes obras de la disciplina notarial y de la procesalística de la época, que debieron de llegar a Castilla por entonces, quién sabe si traídas por alguno de los compiladores alfonsíes que trabajaron en las *Par-*

tidas: el *Ars notariae* de SALATIEL y probablemente el *Speculum iudiciale* de DURANTE. El pensamiento recogido de ambas obras explica en gran parte la reestructuración de las materias llevada a cabo en la *Tercera Partida* con respecto a su antecesor, el *Espéculo*.

3.2.1. Tratamiento de las fuentes del título XVIII.

En función de las fuentes directas, el título se divide en tres núcleos diferenciados. El primero lo componen las Leyes 1-53, cuya fuente es principalmente el *Espéculo*; el segundo, las Leyes 56-110, cuya fuente es el *Ars notariae* de SALATIEL, y el último está integrado por algunas leyes dispersas a lo largo de las otras dos secciones (Leyes 7, 8, 9, 31, 32, 33, 40, 41, 44 y 111-121), cuyas fuentes son varias y fuertemente reelaboradas.

El primer núcleo es susceptible de una ulterior división en dos series: Leyes 1-25 y Leyes 26-53. El prólogo y las Leyes 2-25 se han tomado del *Espéculo* IV, XII, 12 a 34 (salvo la Ley 33). Se trata de instrucciones para redactar documentos que han de ser expedidos por la cancillería real: se indican las cláusulas que han de utilizarse y cuál es su alcance; no se indican nombres ni lugares, sino que aparecen expresiones como “fulán” y “en tal lugar”; lo más probable es que estos modelos estén inspirados en documentos de la cancillería. Como Ley 1, la *Tercera Partida* ha copiado literalmente del *Dotrinal* IV, I, 1 “De las escrituras”, y ha añadido también las Leyes 7, 8 y 9, que no son del *Espéculo* ni del *Dotrinal*, y que más que modelos parecen verdaderos documentos, ya que conservan las indicaciones de lugar, nombres, etc., salvo la fecha.

La serie de Leyes 26-53 mantiene las características de la primera. Se ha copiado literalmente del *Espéculo* IV, VI, 3 a 25 (salvo la Ley 22) y se han interpolado las Leyes 40, 41 y 44, que tratan sobre el valor de las escrituras, y las Leyes 31, 32 y parte de la 33, sobre la invalidez de las mismas. No sabemos hasta qué punto ambas series, esto es, *Espéculo* IV, XII, 12 a 34 y *Espéculo* IV, VI, 3 a 25, formaban un solo tratado antes de ser recogidos en el *Espéculo*.

Del segundo bloque (Leyes 56-110) trataremos extensamente más abajo. Por el momento diremos que recoge formularios para la redacción de las escrituras sobre materias de derecho privado tomados o inspirados en el *Ars notariae* de SALATIEL. Este conjunto de leyes difiere completamente de *Espéculo* IV, XII, 31 a 51, aunque trata de una materia similar. De las sesenta y cinco leyes de que consta este segundo bloque, sólo trece encuentran paralelo temático en el *Espéculo*. El *Espéculo* anuncia que, después de tratar de las cartas de la corte del rey, se va a ocupar de “las otras que se ffazen por las tierras τ por las cibdades τ por las villas en ffecho de

los omnes...” (*Espéculo* IV, XII, 35); sin embargo, en la *Tercera Partida* se omite esta sección y, para enlazar la materia dedicada a la cancillería real con la destinada a la elaboración de documentos por parte del escribano público, se inserta la Ley 54, que coincide fielmente con *Dotrinal* IV, IV, 2 (“como deven ser fechas las notas de las cartas de los escribanos publicos”). En resumen, el *Espéculo* (IV, XII, 35-51) contiene un tratado sobre escrituras de materia privada que la *Tercera Partida* no recoge, como ya hemos dicho. No obstante, el *Espéculo* es fuente directa para las Leyes 111 y 112 y vuelve a darse correspondencia literal con el *Dotrinal* en las Leyes 118 y 120, disposiciones todas ellas sobre los documentos que pueden ser desechados por los jueces.

A este respecto, hemos de manifestar nuestro desacuerdo con el proceso de confección descrito por GARCÍA-GALLO (1951-1952: 439-442) del título XVIII. Así, para GARCÍA-GALLO, las leyes introducidas en sustitución de las del *Espéculo* tienen un origen diverso, lo que permite dividir las en tres subgrupos (que vamos a denominar 1, 2 y 3 para facilitar su identificación): El subgrupo 1 abarca las Leyes 55-69, excepto la 64, y consiste en un formulario sobre derecho privado en el que se reproducen modelos de escrituras muy detallados. No aparecen aquí nombres de personas ni de lugares, ni hay indicación externa que pueda aproximarnos a su fecha de composición. Los subgrupos 2 y 3 son más difíciles de deslindar. Éstos siguen siendo un formulario de derecho privado, pero incluyen más tipos y nuevos modelos de escritura. Muchos de estos nuevos modelos son documentos auténticos que, atendiendo a sus diferentes características, podemos dividir en los mencionados subgrupos 2 y 3. En el grupo 2 se integran algunos documentos que conservan nombres y apellidos, aunque en otros se sustituyen por “fulano”, etc.; en todos ellos los nombres de los escribanos y las fechas han desaparecido. Podemos decir que se trata de un formulario muy poco elaborado, reflejo del cual son las Leyes 64, 71-76, 81-85, 88, 90, 96, 99, 100 y 103. Para GARCÍA-GALLO, el hecho de que estas leyes se encuentren próximas o juntas revela que ya formaban una colección antes de ser introducidas aquí. El subgrupo 3 está integrado por copias de documentos originales que mantienen nombres, apellidos, lugares, etc.; sólo se han eliminado la fecha y las cláusulas finales. Las leyes que los recogen se encuentran repartidas a lo largo de todo el título XVIII: las Leyes 7, 8 y 9 de lo que denominábamos un “Arte de cancillería copiado del *Espéculo*” y las Leyes 77-80, 84, 86, 87, 89, 91-96, 97, 98, 101, 102 y 105-110 de este subgrupo 3. El hecho de que se encuentren dispersas sería señal quizá de que han sido introducidas en una última etapa, rompiendo así la unidad de otras series. Finalmente, el último gran núcleo del título XVIII estaría compuesto por una serie de

leyes dispersas que poseen un carácter diferente con respecto a los bloques anteriores. Son las Leyes 31, 32 y 33 y 40, 41 y 44, interpoladas en el primer bloque que hemos caracterizado como “Arte de cancillería”, y las Leyes 111-121 integradas en el segundo bloque de este título, de las que ya hemos hablado. Todas ellas forman un tratado sobre la validez y la invalidez de las escrituras. Según la opinión de GARCÍA-GALLO, este conjunto de leyes sería la continuación de *Partidas* III, XVIII, 26-53 (o *Espéculo* IV, VI, 3-25), que habrían quedado separadas por la inserción de los formularios y documentos referidos.

Nuestra discrepancia surge en dos cuestiones. En primer lugar, las Leyes 31-33, 40, 41 y 44 no formarían un bloque original con 111-121. Fundamos nuestra opinión en que, si bien la sistemática no se corresponde con lo anunciado en el prólogo y la Ley 1 –muy posiblemente los compiladores se vieron superados por la temática–, las Leyes 31-33 dependen directamente de las leyes precedentes en torno a las cartas que se ganan “contra fuero” y es ahí donde mejor pueden ubicarse. Las Leyes 40-41 se relacionan directamente con las leyes inmediatamente anteriores que tratan sobre la validez de *cartas de gracia*. La Ley 44 depende también de las cartas de gracia, concretamente de los privilegios (42-43) y, aunque la materia expuesta en la Ley 44 (indicios de falsedad del privilegio) debía tratarse al final, como de hecho sucede en la Ley 111, parece bien traída quizá motivada por la lejanía de aquella Ley 111. Finalmente, el conjunto 111-121 responde a lo anunciado (“e qué fuerça an, e cuáles deven valer e cuáles non”) y es esperable, por tanto, su ubicación. La segunda cuestión en que no coincidimos con GARCÍA-GALLO, es que, como ya hemos advertido en más ocasiones y tendremos ocasión de ver enseguida, los modelos formulaicos que él cree copia de documentos originales no son tales, salvo quizá los que se hallan en las Leyes 7 y 8. Por ello, no es posible argumentar que el formulario alfonsí tenga orígenes diversos, ni que las Leyes 7, 8 y 9 y las Leyes 77-80, 84, 86, 87, 89, 91-96, 97, 98, 101, 102 y 105-110 originariamente formaban un grupo único y que estas últimas se introdujeron rompiendo la unidad también existente entre 64, 71-76, 81-85, 88, 90, 96, 99, 100 y 103. Esa reconstrucción no es posible, ya que todas ellas, salvo 7, 8 y 9, encuentran correspondencia muy clara con el *Ars notariae* de SALATIEL.

3.2.2. Tratamiento de las fuentes de los títulos XIX-XX.

Al igual que el título XVIII, el título XIX maneja como fuente básica el *Espéculo*, que se completó en ocasiones recurriendo al *Ars notariae* de SALATIEL y quizá al *Speculum* de DURANTE.

Fuera de la novedad que supone toda la reorganización de la materia notarial en las *Partidas*, de la que ya hemos tratado, son dignas de notar algunas diferencias bien doctrinales, bien relativas a la práctica, introducidas en las *Partidas* con respecto a lo expuesto en el *Espéculo* como principal punto de partida.

La Ley 7 modifica con respecto a su fuente (*Espéculo* IV, XII, 6) la pena en que incurre el escribano que contravenga sus disposiciones, esto es, la prohibición del uso de cierto tipo de abreviaturas. Así, el *Espéculo* establece una pena para el escribano real y el público que consistía en el pago al rey de una multa de cien maravedíes, en el caso del escribano de la cancellería, y de cien maravedíes o menor cuantía, a criterio del rey, para el escribano público. La correspondiente ley de las *Partidas* se limita a declarar la nulidad de las cartas que no se atienen a la norma prescrita y que el escribano (sin especificar real o público) debe hacerse cargo de los perjuicios que por su negligencia sufra la parte afectada. Las razones por las que se evitó prescribir una pena pecuniaria concreta quizá tengan que ver con el hecho, tanta veces señalado, de que las *Partidas* aspiraban a tener un carácter jurídico general y teórico, mientras que el *Espéculo*, al igual que el *Fuero real*, estaba concebido como un código de aplicación inmediata. Otro cambio importante con respecto a la fuente lo encontramos en la descripción del proceso de escrituración notarial. La escrituración del documento notarial medieval se compone de dos momentos o fases que son la redacción abreviada del negocio en *nota* y la fase de extensión del documento definitivo, la *scriptura originalis*, que desarrolla las indicaciones previas de la nota. La confección de la nota es un proceso que comprende a su vez varios momentos imprescindibles, como son la declaración de voluntad negocial (unilateral o bilateral), la *rogatio* o solicitud de la escritura (por imprecación, reclamación o mandato), la redacción de la nota, la lectura (en romance en las zonas de escrituración latina) y el otorgamiento de la(s) parte(s), la corroboración testifical y, finalmente, su registro. La nota debe contener la data, la reseña de los testigos y los *negotii essentialia* o *accidentalia* (“la sustancia del fecho”), obviando las cláusulas de estilo, etc. En la segunda fase se procede a la fijación del texto, desarrollando lo formulado en la nota con las cláusulas de estilo apropiadas y la mención de los elementos formales (testigos, data y autorización notarial), con lo que el documento alcanza la *sollemnitas* requerida.

En este contexto se produce una diferencia entre ambos textos. Tanto en *Espéculo* IV, XII, 8 como en *Partidas* III, XIX, 9 se obliga a los escribanos públicos al uso del registro “en el que escriban las notas de todas las cartas” como seguro de la fidelidad documental; ambas describen también los momentos de escrituración del documento:

... primera mjente que deuen auer vn libro para rregistro en que escriuan las notas de todas las cartas. **Enpero desta manera. assi que quando mandaren ffazer carta a algun escriuano de juyzio o de otra manera qual quier deue ffazer primera mjente la nota. & pues que ffuere Acordada ante aquellos que la mandaren ffazer. deue la escriujr en el rregistro & rronper la nota & ffazer la carta & dar la a aquel que la a de auer. maguer que la otra parte ge la deffendiesse. ffueras ssi el alcale ge lo deffendiesse por alguna rrazon derecha que el otro muestre...**

... Primeramientre, que deven aver un libro por registro en que escrivan las notas de todas las cartas **en aquella manera que el juiz le mandare o que las partes que-l mandan fazer la carta se acordaren ant'ellos. E después d'esto deven fazer las cartas guardando la forma de cada una d'ellas segund dicho es de suso en el título de las escripturas non mudando nin camiendo ninguna cosa de la sustancia del fecho assí como en el registro fuer puesto e desí an la de dar a aquel que la ha de aver, maguer que la otra parte gelo defienda, fueras ende si el alcalde gelo defendier por alguna razón derecha que el otro demuestre.**

La ley de las *Partidas* es una copia literal de *Espéculo* IV, XII, 8, exceptuando una significativa diferencia entre ambos textos. El *Espéculo* describe claramente en el proceso la triple redacción, esto es, nota primitiva, nota consignada en el registro y redacción definitiva según la nota registrada. Este proceso de triple redacción surge de la práctica notarial en Italia y sur de Francia, principalmente, y es recogido en España en el *Espéculo* (65). El objetivo era la aligeración textual de la primera redacción que debía hacerse en breve tiempo, en el mismo acto de la recepción de la voluntad negocial; una vez leída esta primera nota y, habiéndola otorgado la(s) parte(s), se procedía a la copia en el registro. En estos casos se copiaba completamente el *tenor negotii*, aunque suspendiendo las cláusulas mediante etcéteras. En principio, el dominio de los notarios de sus propios modelos estilísticos no impedía que se extendiera el documento definitivo a partir de una nota breve, pero el problema surgía cuando el notario que debía extender la *scriptura originalis* era otro del que formalizó la nota; esto acabó por imponer la obligación legal de la nota extensa del tenor negocial en el registro. Finalmente, sobre la nota de este registro se escribía *in extenso* la *scriptura originalis* o documento definitivo desarrollando las cláusulas y añadiendo las *publicationes* o *validatio* (data, *nomina testium* y la autorización notarial) (66).

(65) Parece ser que el uso del registro ya era una práctica común antes de las regulaciones alfonsíes. Vid. LUCAS ÁLVAREZ: 1975, 230.

(66) Vid. BONO: 1990, 39-44.

Frente a la claridad de estos tres pasos, la ley de las *Partidas* es algo confusa: parece prescribir la escrituración de la nota directamente en el registro para después proceder a la extensión del documento definitivo que se entrega al interesado. No se estipula claramente la triple redacción. Pero concuerda con lo reflejado al respecto en *Partidas* III, XVIII, 54. No conocemos el porqué de la simplificación del proceso del registrado de documentos en el paso del *Espéculo* a las *Partidas*. Podría argumentarse que muy posiblemente la relajación en el proceso de registro entre el *Espéculo* y las *Partidas* se debe a que la *Partida* se dejó influir más por la práctica cotidiana, ya que es sabido que el sistema de triple redacción se practicó poco o nunca. Se podría decir más: al parecer, el registro simple o de la nota tampoco se cumplió en Castilla de manera habitual. Sólo solían darse al registro aquellas notas realmente importantes, como podía ser en el caso de los testamentos o aquellas notas que podían presentar alguna complicación técnica (67).

Otras novedades que presenta el título XIX respecto al *Espéculo* tienen que ver con la consulta del *Speculum* de DURANTE, desconocido para los compiladores de ese código alfonsí. Sin duda, una de las más notables en la doctrina notarial en las *Partidas* es la que afecta a la *refectio scripturarum* (Leyes 10-11), inspirada en esa nueva fuente. El *Espéculo* (IV, XII, 9) establece que la *refectio* de una carta perdida de cualquier naturaleza que sea (venta, cambio, donación, etc., siempre que sea dada ante el concejo) no puede ser rehecha por el escribano público sin que el caso sea examinado por el juez, quien debe otorgar o no la reescritura del documento en función del testimonio de seis representantes del concejo. Sin embargo, la ley de las *Partidas* modifica la doctrina presentando un elemento nuevo: el caso de las cartas de deuda. Así, si la carta perdida es de venta, cambio, donación, testamento o personería, el escribano puede proceder sin más a la copia del documento, sacándola de su registro, y entregarla a la parte que la reclama. El argumento que se aduce es que este tipo de cartas son tales que “maguer pareciessen dobladas non pudiesse venir daño por ellas a la otra parte”. Sin embargo, cuando las cartas son de deuda “quier fuesse de dineros o d’otra cosa”, el escribano no puede proceder por su propia iniciativa a la reescrituración, sino que el caso debe ir a parar a manos de un juez que debe emplazar al deudor. En este punto, en el emplazamiento, se puede producir la no comparecencia o “rebeldía” del deudor, lo que legitima al juez a autorizar la *refectio* del documento, tomando la jura de la veracidad de la carta al demandante; del mismo modo se obra en el caso de que el deudor compareciente admita la existencia de la deuda. Como novedad se introduce también que

(67) BONO: 1990, 40.

el propio escribano suscriba en la carta rehecha una cláusula de fe, tanto si se rehízo la carta con otorgamiento del deudor:

Yo, fulán escribano público, fui presente en todas las cosas que dize en esta carta, e por ruego de las partes la escriví e pus en ella mio signo. E esta carta fiz yo mismo otra vez e agora la refiz de nuevo por mandado de tal juez, porque el debdor que es nombrado en ella fue emplaçado e otorgó ante este mismo judgador la debda e que no quirié él contradezir que se refiziesse; e otrossí porque aquel que la demanda juró que verdaderamiente perdió la primera e no por engaño que él oviesse fecho.

o por la no comparecencia de éste:

... Si este atal [el deudor] fuere rebelle que non quiera venir o embiar personero que la [carta] contradiga ... E depués que esta jura oviere recebuda d'él deve [el juez] mandar al escribano que-l refaga e que gela dé, e el escribano dévelo fazer. Però en el logar de la carta ó escriviere su nombre deve tener aquella misma forma que dixiemos en la ley sobredicha, salvo que faga mención de cómo el debdor fue emplaçado e non quiso venir nin embiar a contradezir la carta...

En el caso de que el deudor comparezca y argumente que la carta no debe ser rehecha porque la deuda ya fue satisfecha, debe el juez establecer un plazo para que el deudor lo pruebe; si no lo demuestra, se procede a la *refectio*.

Por lo pronto, la ley de la *Partida* tiene un ámbito más amplio, ya que no afecta sólo a las cartas dadas por el concejo, sino a cualquier donante y demandante. Además, el nivel de exposición de la materia en la ley de *Partidas* es superior, mucho más razonado y concreto. Pues bien, la novedad doctrinal (la comparecencia o rebeldía del deudor al emplazamiento, la jura del demandante y la cláusula testimonial de fe del escribano) se debe a la utilización del *Speculum iudiciale* por parte de los compiladores alfonsíes (68). En esta sección ha recogido DURANTE la teoría relativa al documento expuesta por Rolandino en su *Summa artis notariae*, fechada en 1255 (*vid. infra* § 3.2.5.2).

Las modificaciones en cuanto a la *refectio* afectan también a la ley de *renovatio scripturarum* (Ley 12), cuyo texto tampoco se corresponde con el del *Espéculo*, sino vagamente. La modificación con respecto a la ley del *Espéculo* se debe principalmente al hecho de que esta 12 recoge los novedosos argumentos de la nueva doctrina de la *refectio* relativa a las cartas de deuda introducidos en las leyes precedentes (10 y 11).

(68) Remitimos a lo dicho en el apartado § 3.2.5.2, especialmente respecto a su influencia en *Partidas* III, XIX, 10-11.

La Ley 16 no tiene una fuente directa conocida. Es posible que la ley sea fruto de la reelaboración de diversas fuentes por parte del compilador. Por lo que respecta a la pena que habría de recibir el escribano público en caso de falsificación documental o al proceder engañosamente en juicio, parece hacerse eco de una de las glosas que adornan el texto del *Prohemium* del *Ars notariae* de SALATIEL. Dice el texto bajo la rúbrica *A quibus debeat notarius abstinere et que pena notarii delinquentes*:

Si vero notarii vetita instrumenta conscripserint inrevocabilis exilii animadversione plectentur vel forte vicenarum librarum auri mulcta vel alia gravissima pena pro motu iudicis feriuntur... (SALATIEL: 17.)

y comenta en la glosa (j) a *gravissima*:

Putat corporalis, ut est abscisio membri, puta manus, ut in Lombarda de tabellione qui falsificandi causa scripsit l. .i. et .ij., item nota quod si tabellio in suo delinquit officio falsarius quasi dolose versatur et interdicatur geri tabellionatus officium est in infamis, ut C. de testamentis l. iubemus in fine et C. de susceptoribus et arca libro .x. l. si aliquid. (SALATIEL: 17-18.)

No obstante, no hemos de ignorar que dichas penas ya se estipulan para los escribanos falsarios en *Fuero Real* IV, XII, 1, quizá igualmente influido por la ley longobarda:

Si el escriuano público que es dado para fazer las cartas assí como dice la ley, fiziere carta falsa en pleyto de C morabedís o dent ayuso, pierda la mano e el oficio; si fuere de C morabedís o dent a ariba, muerra por ello (*FR*: 447).

Otras novedades respecto al *Espéculo* son el Prólogo y las leyes primera, segunda y sexta, obra del compilador. De forma general, se puede decir que el Prólogo y la primera ley son novedosas con respecto al *Espéculo* debido a que –como ya hemos señalado en alguna ocasión– la sistemática expositiva de estas tres materias (escrituras, escribanos y selladores en nuestro caso concreto) es muy diferente entre ambas obras –afirmación que no sólo afecta a estos tres títulos, sino a la mayoría de los títulos de las *Siete Partidas* que tienen paralelo con los libros el *Espéculo*–. Así, el Prólogo del título, por un lado, responde generalmente a la exposición de la importancia, las virtudes o el beneficio de la materia y, por otro, funciona como elemento relacionante entre el contenido que se va a exponer en las leyes del título y el del título anterior o de otras secciones de la *Partida*. La ley primera es en realidad un subprólogo que procede a una definición más técnica y precisa, pero aún general. Este es el motivo por el que, como se puede observar, en los títulos XVIII-XX,

en nuestro caso, Prólogo y Ley 1 nunca tienen correspondencia en ninguna fuente, sino que son elementos estructurales del libro, obra del compilador.

La Ley 2 tampoco tiene paralelo literal en ninguna de las fuentes conocidas, pero parece reflejar cierto influjo del planteamiento estructural que se expone en el *Prohemium* del *Ars notariae*, algo que también parece dejarse notar en la ley primera:

Quid sit notarius, unde dicatur et quibus nominibus appelletur de iure.

Quis possit esse notarius et cuius auctoritate constitui possit et quid debeat observare.

Ley 1. *Qué quier dezir escrivano e cuántas maneras son d'ellos e qué pro nace de su oficio.*

Ley 2. *Cuáles deven seer los escrivanos de casa del rey e de las villas e de las cibdades.*

De modo que estas leyes parecen orientadas por el planteamiento fundamental de la doctrina del notario público establecida por SALATIEL. No obstante, la Ley 2 acaba conectando con *Espéculo* IV, XII, 3 a partir de las cláusulas referentes a la vecindad y laicidad del escribano (*Partidas* III, XIX, 2) (11-15) tomadas literalmente de *Espéculo* IV, XII, 3.

Finalmente, con respecto a la ley sexta, diremos que nos produce cierta extrañeza su inclusión en el título XIX. Si se observa el tenor doctrinal del título XIX, éste se nos revela enseguida más eminentemente centrado en la formalidad del procedimiento notarial más general que no la descripción de detalles estrictamente formulaicos. Por ello, una prescripción puramente formulística tan específica y concreta como la de la ley sexta resulta un tanto discordante. La ley, sin duda, incluso desde el punto de vista formal del enunciado del texto (“De simple justicia son llamadas las cartas que el rey o sus alcaldes mandan fazer a querellas de algunos que quieren alcançar derecho...”), parecería más apropiada en el título XVIII, y más concretamente, integrada entre los modelos de documentos judiciales.

Por lo que respecta al título XX, ha de decirse que la correspondencia con las leyes del *Espéculo* de las que procede es literal, salvo algunas variantes debidas a errores en la transmisión textual en el texto del *Espéculo* que hemos conservado (remitimos de nuevo a § 3.1.3 y Apéndices III).

3.2.3. *El Espéculo.*

Los libros IV y V del *Espéculo* son el material textual principal del que partieron los compiladores alfonsíes de la *Tercera Partida*. Según acabamos de exponer, para la elaboración de la materia notarial y documental se aprovecharon los títulos VI, XII y XIII del libro IV. La materia posee en el *Espéculo* una distribución diferente debido principalmente a una diver-

sa concepción. Todas estas cuestiones (escrituras, escribanos y selladores) están mejor dispuestas y organizadas en la *Tercera Partida*: cada núcleo temático se trata en un título diferente, sin interferencias. En el *Espéculo*, en cambio, se mezclan querellas, demandas y cartas a la hora de tratar sobre estas últimas; se expone el valor probatorio y la fuerza legal de los documentos antes de proceder a una clasificación tipológica completa: los privilegios, las cartas de generales y especiales y las cartas de gracia se tratan en el título VI para volver de nuevo sobre los privilegios y demás cartas regias, ahora desde el punto de vista formal, en el título XII, que, en principio, se había consagrado al escribano, pero que también acabará tratando sobre los aranceles que ha de percibir la cancillería por la expedición de documentos.

Por lo general, las leyes de las *Partidas* que están tomadas del *Espéculo* suelen coincidir a la letra, si exceptuamos la lógica adaptación de las remisiones o referencias a otras leyes o a otras partes del conjunto de la obra, que se producen con cierta asiduidad. Así, las divergencias se limitan a mutaciones debidas a la reformulación y adición (por lo general de corto alcance) de algunas cláusulas y oraciones con el objetivo de incidir en algunos aspectos poco matizados en el modelo a juicio del compilador, o bien provocadas por la omisión de elementos repetitivos o redundantes que en nada modifican el tenor de lo dicho.

No obstante, se producen en ocasiones puntuales algunas divergencias más trascendentes entre ambos textos.

Unas están originadas por la reestructuración que experimenta la materia en la *Tercera Partida* a la luz de nuevas fuentes que aportan nuevas doctrinas. Así, por ejemplo, el caso de *Partidas* III, XVIII, Prólogo, cuyo modelo inicial basado en el *Espéculo* se va diluyendo al articularse con nuevos conceptos tomados en este caso del *Speculum* de DURANTE, del mismo modo que sucedía con *Partidas* III, XIX, 10-11, como acabamos de ver. En otras ocasiones, la quiebra con la literalidad de la fuente se produce no tanto por la inserción de nuevos conceptos doctrinales, sino por la de incisos o apreciaciones de carácter político o moral. Así, en la Ley 26 se rompe bruscamente con el discurso de *Espéculo* IV, VI, 3 para incidir en lo necesario y justo de la potestad interpretativa regia, que previene de los yerros y los engaños, e insistir en la afirmación de que las concesiones en privilegio son una gracia del rey (potestad legislativa por tanto) que le debe ser agradecida en su justa medida. Paradójicamente, en este empeño la ley pierde en especificidad descriptiva reguladora. Obsérvese cómo parece oírse en la reclamación la voz del propio Alfonso:

... Otrossí los privilegios dezimos que
otro ninguno non los deve mandar fazer

... Mas de los priuilegios dezimos que
otro njnguno no los deue de mandar ffa-

de nuevo nin confirmar si no el rey mismo ni, aun maguer sean fechos por su mandado, no los deve otro dar si no el rey de su mano. E esto tovieron por bien los sabios antigos porque no pudiesse y seer fecho yerro ni engaño e otrossí porque los que recebiessen los privilegios e las gracias del rey lo gradeciessen a aquel que es poderoso de los dar, e de cuyas manos los reciben. Las cartas foreras o los juicios que judgaren dezimos otros-sí... (*Partidas* III, XVIII, 26.)

zer de nuevo njn conffirmar ssi non el Rey mjssmo njn avn maguer que los mande ffazer el chançeller o notario non los deve dar njnguno destos. mas despues que ffueren escriptos & plomados deuen adozir los Ante el Rey. Et ssi el entendiende que sson ffechos & derechamjentre deve los dar de su mano. Et esto dezimos de los priujllegios que el Rey da nueva mjentre de grraça o de mercet que ffaga A algunos o de los otros que manda conffirmar ssin entredicho njnguno. Mas otros priujllegios en que dize en la conffirmaçion que valan assi como valieron en tiempo de los otros rreys o en el tiempo de aquel quel conffirma. o en los que dize saluo ssus derechos de los priujllegios de los otros estos tales bien los pueden dar los chançelleres o los notarios. las cartas fforeras o de los juyzios que judgaren. dezimos... (*Espéculo* IV, VI, 3.)

En la misma ley de las *Partidas* se omite el pasaje inmediatamente posterior (marcado en cursiva en el *Espéculo*), lo que en principio parece deberse al deseo de evitar la repetición, ya que el pasaje se expone en los mismos términos en la ley siguiente (69) (al igual que en *Espéculo* y, por tanto, repetido en esta obra, si bien en la primera ocasión es referido a la emisión y en la otra a la interpretación de los privilegios).

Otras divergencias respecto al *Espéculo* se deben, en cambio, a errores u omisiones, bien en la fuente, bien en la tradición de las *Partidas*. Son muchos los errores (principalmente *omissiones ex homoiotéleuton*) que contiene el testimonio del *Espéculo* que conservamos, pero que no han trascendido en las *Partidas* (no estaría de más recordar que el ejemplar que conservamos del *Espéculo*, ms. 10123 BNM, del siglo XIV, no pudo ser el modelo sobre que los compiladores alfonsíes trabajaron para confeccionar las *Partidas*). No obstante, este manuscrito posee algunas lecciones que parecen mejores que las conservadas en las *Partidas*. Así parece que ocurre en la Ley 35 del título XVIII:

(69) “En los otros privilegios de confirmación en que diga cómo valieron fasta aquel tiempo en que fueron confirmados o fasta otro tiempo señalado o cómo valieron en tiempo de los otros reyes o en los que dizen salvos los derechos de los privilegios de los otros atales, bien los pueden judgar aquellos que son puestos para judgar aquellas tierras ó los privilegios fueron mostrados...” (*Partidas* III, XVIII, 27.)

... E dezimos que las cartas foreras que son dadas para mover pleito, assí como de demanda que quiera alguno fazer de nuevo o d'otra que sea començada de que non puede aver derecho, que tales cartas como éstas an tiempo de durar fasta diez años seyendo bivo aquel que la mandó dar e el que la gañó e aquel contra quien fue ganada. Ca muriendo alguno d'éstos non deve valer la carta si el pleito non fuere començado a lo menos por emplaçamiento. Ca pues que començado fuere d'esta manera, deve valer la carta pora librarse el pleito dende adelante por ella entre aquellos cuyos es el pleito o sus herederos... (*Partidas* III, XVIII, 35.)

... Et dezimos primera mjentre que las cartas que sson dadas por mouer pleito assí como demanda que quiera fazer alguno de nuevo o dotra que ssea començada de que non pueda auer derecho. tales cartas como estas an tiempo de durar ffasta dies annos ssiendo biuos aquel que la mando dar τ el que la gano τ aquel contra quien ffue ganada. Ca muriendo alguno destos non deue valer la carta ssi el pleito non ffuere començado al menos por emplazamjento. **Ca las cartas de los pleitos desta manera sson que non an ffuerça ssi non entre aquellos que sson nonbrados en ellas.** Mas pues que començado ffuere desta manera deue valer la carta para librar sse el pleito dende adelante por ella entre aquellos cuyo es el pleito e sus herederos... (*Especulo* IV, VI, 9.)

Desde luego, el error no se manifiesta tan evidente como el caso de XI, 19 (70), cuyo contenido queda suspendido y confuso por la pequeña omisión. En el caso que ahora examinamos, lo omitido no resta coherencia ni oscurece el sentido de lo que se pretende decir. Sin embargo, el hecho de que la presunta omisión de la Ley 35 se haya podido producir por *homoiotéleuton* (Ca... Mas...) es en nuestra opinión sintomático de que, más que a la voluntad del compilador, se debería a un error involuntario que ya se encontraba en el testimonio que le servía de modelo. Es más, creemos que muy posiblemente el copista del manuscrito 10.123 BNM estuvo a punto de incurrir en el mismo error, pero supo rectificarlo a tiempo, aunque no sin dejar evidencias. Fundamos nuestra opinión en que “Ca las cartas de los pleitos desta manera sson que non an ffuerça ssi non entre aquellos que sson nonbrados en ellas” se entiende mejor si se ubica tras “durar ffasta dies annos ssiendo biuos aquel que la mando dar τ el que la gano τ aquel contra quien ffue ganada” que donde ahora aparece inserta; además, esta localización original justificaría mejor una omisión por *homoiotéleuton* (Ca... Ca) (71).

(70) *Vid. infra* Parte IV, capítulo II, § 3.2.

(71) Para éste y muchos otros casos relativos al manejo y a la transformación de las fuentes directas remitimos a los Apéndices I-III, donde señalamos las correspondencias y diferencias entre cada una de las leyes de los títulos XVIII-XX y sus fuentes.

3.2.4. El *Dotrinal* de los pleytos.

La polémica en torno al *Dotrinal* ya ha sido comentada en el estado de la cuestión respecto a las fuentes de la *Tercera Partida* (cf. *supra* Parte II, cap. II § 1.2). No obstante, nos parece oportuno discutir el problema desde un examen pormenorizado del fragmento de la *Tercera Partida* que es objeto de nuestro estudio. En efecto, el título XVIII permite añadir alguna observación más al respecto centrada en las correspondencias que entre ambas obras se dan en el tratamiento de las escrituras. Vaya por delante que lo único que recoge el *Dotrinal* relativo a la ciencia notarial son ciertos aspectos del sistema documental (*Dotrinal* IV, iv, 1-5), pero nada relativo a la ordenación y reglamentación notarial. Esos aspectos del sistema documental coinciden casi literalmente con leyes del título XVIII de la *Tercera Partida*. Así, el texto del *Dotrinal de los pleytos* IV, iv, 1-5 se corresponde con el de *Partidas* III, xviii, 1, 54, 112, 118 y 121. La ley sexta y última de *Dotrinal* IV, iv también coincide con la *Tercera Partida*, pero se ubica en ésta fuera del título XVIII, en la primera ley del título IX.

Las diferencias responden a leves modificaciones fraseológicas, pero es aquí donde creemos ver clara manifestación de la originalidad del texto. Además de alguna omisión de referencias de cierto carácter legal (72), queremos referirnos a las diferencias que ambas obras muestran en cuanto a las remisiones y reenvíos a otras partes del texto. Así, cuando en *Partidas* III, xviii, 54 se dice “en los testamentos deven seer escriptos más testigos, assí como adelante mostraremos en el título de los testamentos”, el *Dotrinal* reza “en los testamentos deuen ser escritos mas testigos, asy commo de suso dixiemos” y, efectivamente, en *Dotrinal* IV, ii, 11 (*Partidas* III, xvi, 34) se dice: “Otrosy dezjmos, que el plejto de testamento en que alguno fuese establecido por heredero quese deue fazer por siete testigos rogados”. Los textos parecen responder a planteamientos diferentes: mientras la ley de *Partidas* remite al título de los testamentos, la ley del *Dotrinal* remite al de los testigos. Pero más interesante que la remisión a partes diferentes es que la ley a la que remite el *Dotrinal* (IV, ii, 11) difiere de su correspondiente en las *Partidas* (III, xvi, 34) en algunas cuestiones importantes de forma, pero también de contenido, como el número total de testigos que el juez debe admitir en juicio: doce según las *Partidas* y cuarenta según el *Dotrinal*.

Bajo nuestro punto de vista, cabe la posibilidad de considerar que la ejecución del *Dotrinal* es aún original en esta sección; no parece haber

(72) Véase, por ejemplo, en *Partidas* III, xviii, 54 (n. 12 *in fine* de nuestra edición): “tomen por testigos tres omnes buenos que escriuan y sus nombres [*según es costunbre del lugar*]”.

una copia de la *Partida*, no al menos en la forma pasiva e irreflexiva que se observa en el libro VI. Más bien parece que el *Dotrinal* es una compilación independiente, tal como la *Tercera Partida*. Lo difícil es determinar cuál de los dos textos es el que se constituyó en fuente del otro. ¿Seleccionó el *Dotrinal* aquellas leyes de las *Partidas* que le interesaban para crear una compilación independiente o completaron los colaboradores alfonsíes el *Espéculo* con nuevas fuentes, entre las que se encuentra el *Dotrinal*? El hecho de que *Espéculo* y *Dotrinal* nunca coincidan literalmente (salvo, al parecer, en la Ley 112) parece más bien avalar esta segunda hipótesis, ya que, de haber sido el *Dotrinal* un compendio de leyes extraído de la *Tercera Partida*, resulta muy extraño que nunca herede de ésta alguna ley procedente del *Espéculo*. Pero, por otro lado, es evidente que el libro sexto es una copia pasiva e irreflexiva de la *Tercera Partida* y que existen varios casos –comentados varias veces en páginas precedentes– en el libro cuarto y quinto que remiten a secciones que se encuentran en las *Partidas* y no en el *Dotrinal*. Sobre el texto sigue planeando la sospecha y, por el momento, a falta de una edición y estudios nuevos, no podemos levantarle el entredicho.

Concluimos finalmente (en consonancia con *supra* Parte II, cap. II, 1.2) que la actitud contradictoria del *Dotrinal*, los datos contradictorios que muestran en el texto tanto la independencia compilatoria como la copia literal de la *Tercera Partida*, pueden alcanzar equilibrio y se harían más explicables si consideramos que ambos textos podrían haberse estado realizando a un mismo tiempo y, claro está, por un mismo autor, el maestro Jacobo, o lo que es lo mismo, que en el origen se trataría de un mismo texto, borrador que se habría reelaborado bajo dos criterios diferentes: como el *Dotrinal* viene a convertirse en un texto escolar que Jacobo envía a su hijo para ayudarle en sus estudios procesales, mientras que como la *Partida* sirve para formar la ley del rey y parte de su proyecto político, diferencias que pueden justificar las diferencias textuales. El proceso compilatorio fue quizá paralelo durante el comienzo de redacción de ambos textos, pero finalmente el *Dotrinal* acabó recurriendo a la *Partida*, cuya redacción podía estar más avanzada, lo que, a nuestro parecer, permiten explicar las mencionadas citas o referencias en los libros IV y V a materias no tratadas en el *Dotrinal* y sí en la *Partida* y la copia general que tiene lugar en el libro VI.

No obstante, a la hora de abordar la edición de nuestro texto crítico, el problema queda en cierta forma soslayado. Independientemente de la valoración que hagamos de la calidad textual del *Dotrinal*, esto es, tanto si lo consideramos fuente como si lo consideramos una compilación derivada de la *Tercera Partida*, la identidad absoluta entre ambos textos en

los pasajes del título XVIII (salvo lo apuntado) elimina en la práctica la necesidad de tomar decisiones editoriales importantes en el establecimiento del texto crítico en relación con el *Dotrinal* como posible fuente.

3.2.5. Nuevas fuentes.

Como venimos diciendo, el *Dotrinal de los pleytos* y los libros IV y V del *Espéculo* no son las únicas fuentes empleadas en la composición de la *Tercera Partida*. Los títulos XVIII y XIX integran otros elementos identificados. Para las Leyes 56-110 del título XVIII la fuente exclusiva seguida por los talleres alfonsíes fue la segunda redacción del *Ars notariae* de SALATIEL, fechada en 1253-1254; por tanto, la teoría aducida por GARCÍA-GALLO, según la cual los documentos que aparecen en estas leyes, al menos muchos de los que se incluyen entre las Leyes 71-110, reproducirían textos originales no resulta válida (*vid. supra* § 3.2.1) (73). Por otro lado, la primera recensión del *Speculum iudiciale* de Guillermo DURANTE, fechable hacia 1272, pudo haber inspirado también ciertos aspectos del Prólogo, de la primera ley y posiblemente de la penúltima (120) del título XVIII y las Leyes 10 y 11 del título XIX.

Otro núcleo importante de fuentes, aunque su manejo no es novedoso en la obra jurídica alfonsí, es el formado por la Decretalística, principalmente los títulos *De rescriptis* y *De fide instrumentorum* de la compilación gregoriana. A diferencia del *Ars* y en menor medida del *Speculum iudiciale*, el conjunto de las *Decretales* ejerce por lo general una influencia eminentemente más doctrinal que textual, que es ya patente desde la primera legislación alfonsí de la materia. Se trata por lo general de contenidos que llegan a las *Partidas* ya muy reelaborados a través del *Espéculo*.

3.2.5.1. El *Ars notariae* de SALATIEL.

Con respecto a la reproducción de los modelos documentales latinos del *Ars notarie* que tenían ante sus ojos, los compiladores alfonsíes no procedieron siempre de la misma forma, sino que se observan diferentes actitudes. En primer lugar, algunas de las leyes alfonsíes siguen de cerca el modelo latino, desde el *tenor negotii* a los diversos *capitula*, *renuntiationes* y demás cláusulas:

(73) GARCÍA-GALLO (1951-1952, 439) encaminaba bien sus pasos cuando consideraba que los modelos insertos en las Leyes 55-69 (salvo 64) y algunos otros como los de 71-76, 81-83, 83, 85, 88, 90, 96, 99, 100, 103 procedían de algún formulario, pero los nombres de personajes históricamente constatables y los lugares conocidos que aparecen en el resto de las leyes le llevaron a considerar que se trataba de documentos auténticos mediante los que intentó fechar la redacción de la *Tercera Partida*. *Vid. infra* Parte III, capítulo III, §§ 1 y 2.

Instrumentum societatis

Yvanus Azolinus et Marchus contraxerunt et fecerunt simul societatis usque ad .x. annos ad emendum et vendendum pannos ultramontanos et ad faciendum omniaque ipsi mercature pertinere noscuntur, in qua quidem societatis uniusquisque eorum posuit .m. libras bononorum, cum quibus denariis sibi invicem promiserunt negotiari et mercari et singula facere que in ipsa mercatura fuerint oportuna et totum lucrum et dampnum inter se communiter dividere ac partiri, que omnia... (SALATIEL: 278-280.)

En otras ocasiones, en cambio, aunque las leyes de la *Partida* mantienen la estructura e incluso los casos aducidos como ejemplos, muestran una tendencia a desarrollar extensamente las fórmulas apuntadas en el modelo:

Instrumentum compromissi

Labeo ex una parte et Gilius ex altera compromiserunt in dominum Accursium tamquam in arbitrum electum concorditer et nominatum ab eisdem super lite et de lite seu discordia que vertebatur et erat inter eos in hunc modum, petebat, etcetera, qui per stipulationem promiserunt sibi invicem dicto arbitro stare parere et non contravenire omni audo et arbitrio eius quod laudaverit vel fuerit arbitratus cum scriptura vel sine semel aut pluries presentibus partibus et a bsentibus dum tamen citatis et diebus feriatis vel non feriatis ubicumque et quandocumque sedendo aut stando et ipsum obedire in pignoribus dandos terminis constituendis et in omnibus et singulis que huius arbitrio videbuntur expedire nullo pretermisso obstante, que omnia, etcetera, ut in instrumento arrarum usque in finem. (SALATIEL: 306.)

Ley LXXVIII. Cómo deve seer fecha la carta de compañía que algunos quieren fazer entre sí

“... Pero de La Rochella e don Albaric, mercadores de Sivilla, fizieron entre sí compañía por diez años pora comprar paños de color de consuno e venderlos a retallo en la rúa de Francos de Sevilla, e pora fazer todas aquellas cosas que pertenecen a mercadería, en la cual compañía metió cada uno d’ellos mil maravedís alfonsís, con los cuales prometieron entre sí el uno al otro de fazer esta mercadería bien e lealmientre e de compartir entre sí toda ganancia o daño o pérdida que oviessen por esta razón d’esta mercadería. E todas estas cosas sobredichas...”

Ley ciento e vi. En qué manera deven fazer la carta de compromiso cuando algunos ponen la contienda que han entre sí en mano de abenidores

“... Garcí Ferrández, de la una parte, e Gil Pérez, de la otra, acordadamientre fizieron e escogieron a Ferrand Mateos por su abenidor e por árbitro e por arbitrador e por comunal amigo sobre tal contienda e pleito que era entre ellos”. E dévelo el escrivano escribir en la carta en la manera que es, los cuales Garcí Pérez e Gil Pérez prometieron el uno al otro e amos ayuntadamientre al árbitro sobredicho de estar e de obedecer e de complir todo cuanto el árbitro fiziesse o judgare o mandare en el pleito sobredicho. E otrossí-l otorgaron poderío que pueda yudgar e mandar una vez e más si quisiere, en escripto o sin escripto e en día feriado o no feriado, estando las partes delante o no, o guardando la orden del derecho o no la guardando, e en cualquier logar en cualquier tiempo, e que pueda pendrar las partes e fazer complir

su juicio e su mandamiento, e otrossí que pueda declarar e entrepetar las palabras de su juicio si fuessen oscuras o naciesse alguna duda sobre ella. E sobre todo le otorgaron libre e llenero poder de fazer e de mandar e de judgar entr'ellos assí como juiz abenidor o comunal amigo. E prometieron que todas las cosas que son escriptas en esta carta e cada una d'ellas obedecerán e avrán por firmes por siempre e non vernán contra ellas, por sí nin por otri, en ningún tiempo por ninguna manera so pena de mill maravedís, la cual pena tantas vegadas sea tenuta de la pagar la parte que non obedeciere al árbitro a la otra cuantas vegadas fiziere o viniere contra lo que el abenidor sobredicho yudgare e mandare. E la pena pagada o no, siempre sea firme e valedero todo cuanto en esta carta dize e otrossí todo lo que judgare o mandare el abenidor. E por que todas estas cosas fuessen más firmes e más estables, obligáronse Garcí Ferrández e Gil Pérez los sobredichos el uno al otro a sí mismos e a sus herederos e a sus bienes, e renunciaron e quitáronse de toda ley e de todo fuero e *caetera*". Però si las partes quisieren poner su pleito en otra manera, el escrivano lo deve poner en la guisa que las partes se abenieren.

Es, pues, remarcable que el contenido de cada formulario salatielino no ha sido introducido en las leyes alfonsinas sin cierto grado de elaboración. El *Ars notariae* propone unos modelos documentales que son reelaborados en mayor o menor medida y posteriormente integrados por los compiladores del formulario castellano como el elemento central, pero no el único, de la estructura de la ley correspondiente. En esa integración se sigue una técnica compositiva y una retórica propias mediante la adición de preámbulos y cláusulas de cierre alrededor del modelo italiano. Generalmente, las leyes de este conjunto de formularios de la *Tercera Partida* responden a un esquema fijo que se fundamenta en los siguientes puntos principales:

- Cláusula definitoria o expositiva de apertura:

Emancipar quier tanto dezir como sacar el fijo del poder de su padre, e la carta de tal emancipación deve seer fecha en esta guisa: (XVIII, 93).

A medias dan a labrar los omnes sus heredades, e la carta deve ser fecha en esta manera: (XVIII, 79).

- Cláusula o fórmula protocolaria introductoria al modelo documental ofrecido, que en la práctica notarial se conoce como *notificatio*: “Sepan cuantos esta carta vieren cómo...”. Insistimos en que esta cláusula no forma parte del modelo salatielino, sino que es introducida por el compilador alfonsí:

Egidius constituit et ordinavit suum procuratorem sive castaldum ad emendum...

(*Instrumentum mandati et castaldarie*, SALATIEL: 291.)

Panfilus sui patris suppositus potestatis quia lege vatante non potest facere testamentum etiam patre volente... (*Instrumentum donationis facte a causa mortis patre consentiente*, Salatiel: 309.)

Sepan cuantos esta carta vieren cómo Ferrand García estableció e fizo a Pero Martínez su personero o su mayordomo, dando-l e otorgando-l poderío que compre (XVIII, 97).

Sepan cuantos esta carta vieren cómo Nicolás Ferrández, estando en poderío de su padre, Ferrand Pérez, porque segund dizen las leyes d’este nuestro libro, que el fijo que está en poder de su padre non puede fazer testamento magar su padre gelo consentiesse... (XVIII, 105).

- Modelo documental salatielino (en versión más o menos reelaborada o adaptada) con la inserción del *tenor negotii* con sus *capitula* adyacentes (propios de cada transacción) y parte de las *publicationes*:

... fulán abad de tal monesterio con otorgamiento e con plazer de su convento, estando delante fulán e fulán, los mayores freires d’aquel monesterio, dio e otorgó, a encienso e por nombre de cienso, a fulán recibiente por sí e por sus herederos tal cosa que es en tal logar con todos sus edificios e á tales linderos. E esta cosa sobredicha le dó con todos sus derechos e con todas sus pertenecias e con todos sus usos que á e deve aver de derecho e de fecho de manera que él e los que d’él descendieren fata tercera ge-

Dominus Andreas abbas Sancti Proculi cum consensu et voluntate suorum fratrum eiusdem ecclesie monachorum scilicet domini Petri Boni etcetera et tallium conversorum ibidem presentium dedit et concessit in emphiteosim Iacobo domum unam cum solo et edificatio toto positam in tali loco cuius hii sunt confines,

etcetera,

neración puedan aver e tener la cosa sobredicha e fazer d'ella e en ella lo que quisieren bien assí como de lo suyo, salvo que si él quisiesse vender el derecho que oviesse en esta cosa a otras personas, que lo fagan saber primeramente al abad d'aquel monesterio donde la él ovo, e si el quisiere dar tanto por ella como otri-ll diere, que sea tenuta de gela dar. E esta casa le da e-l otorga a ciensso por tantos maravedíes, los cuales maravedíes dio e pagó aquel que recibió la casa a fulán que los avié de aver de monesterio por que los avié prestados al abad por pro del monesterio, assí como parece por la carta de la debda que fue fecha por mano de tal escrivano público. E esta paga fue fecha con mandado del abad e con plazer de los freires sobredichos que eran presentes ante mí, fulán escrivano público e los testigos que son escriptos en esta carta... (XVIII, 69).

usque in sui Iacobi tertiam generationem et hanc et dedit et concessit ad habendum tenendum,

etcetera,

pro .c. libris bononenorum quas ipse Iacobus mandato dicti abbatis et dictorum monachorum ibidem solvit numeravit et dedit Mateo coram me notario et testibus infrascriptis... (*Instrumentum emphiteosis renovationis et venditionis emphiteotice rei*, SALATIEL: 246-251.)

- Cláusulas de cierre que funcionan a modo de las diversas fórmulas corroborativas que habrían de aparecer en el núcleo documental:

... E todas estas cosas dichas, deve dezir en final de la carta que esta emancipación e el donadío sobredicho que fue fecho con otorgamiento del alcalde de suso nombrado e con plazer d'amas las partes (XVIII, 93).

... E el escrivano deve dezir en el lugar ó escribe su nombre en tal carta como ésta que la fizo por mandado del juiz e con consintimiento de las partes (XVIII, 91).

En otras ocasiones, estas cláusulas que concluyen la ley parecen informar sobre la posibilidad de acordar otro tipo de redacción o escrituración documental. Esto vendría a evidenciar que el formulario de las *Partidas* para la redacción de documentos notariales es sólo orientativo, una propuesta:

... O si otras posturas pusiessen entre sí el comprador e el vendedor dévelas el escrivano escribir en la carta en la manera que las pusieren (XVIII, 65).

... E quando el que diesse la donación pusiesse alguna condición en ella e retoviesse y algún derecho pora sí e a sus herederos, estonce deve el escrivano seer anviso pora fazer la carta en la manera que fue dado el donadío (XVIII, 67).

... deven seer fechas las cartas de los arrendamientos de las otras heredades poniendo en ellas todas las posturas que las partes pusieren entre sí en la manera que se acordaren en ellas ante el escrivano público (xviii, 74).

3.2.5.1.1. *Modelo salatielino y modelo alfonsí.*

El examen de ambos modelos documentales nos revela la absoluta dependencia estructural, retórica y terminológica del modelo alfonsí respecto del texto italiano en la mayor parte de los casos. La disposición retórica propia de los modelos instaurados en los tratados de *ars notariae* y muy especialmente en SALATIEL divide el texto en *tenor negotii* y en *publicationes*. El tenor negocial se subdivide a su vez en diversos *capitula* que varían en función de la especificidad del tipo de negocio escriturado (compraventa, donación, locación o arrendamiento, compromiso, apoderamiento, etc.). Por ejemplo, los documentos contractuales –los más generales– encabezan el negocio con una serie de disposiciones que constan principalmente del *capitulum contrahentes*, que inicia el documento con la intitulación de intervinientes (que suelen comportar a veces circunstancias personales de éstos, tales como oficios, vecindad o filiación, etc.), las disposiciones negociales y, en ocasiones, también sus antecedentes, y los términos propios del negocio expresados *cum verbis aptis* o fórmulas dispositivas apropiadas (que encierran los verba dispositiva: *dono, cedo, transfero, permuto*, etc.) (74):

... Macrobius filius quondam Martini donavit et tradidit Iacobo pure libere et simpliciter inter vivos talem rem positam in tali loco iuxta tales ad habendum possidendum et quicquid sibi et suis heredibus deinceps placuerit perpetuo faciendum... (*Instrumentum pure et libere donationis facte inter vivos et de insinuatione*, SALATIEL: 260-261).

... fulán da e otorga por juro de hereditat a fulán recipiente por sí e por sus herederos tal cosa que es en tal logar e á tales linderos. E esta donación la faze puramente sin ninguna condición de su buena voluntad e sin ninguna premia otorgando-l que esta cosa que-l da pueden aver e tener él e sus herederos pora siempre jamás pora fazer d'ella e en ella todo lo que quisieren assí como de lo suyo mismo... (xviii, 67).

Se siguen el *capitulum traditionis* o cláusula de transferencia de dominio y el *capitulum promissionis legitimae defensionis*, mediante el cual se promete el cumplimiento de lo pactado y la defensa de los derechos del receptor o receptores de lo traspasado:

(74) Para la compleja tipología, diversos estilos, tradiciones formulaicas y sus variantes en la práctica escrituraria de los documentos notariales, remitimos al estudio introductorio de OSTOS Y PRADO (1989, 89-193).

... qui permutatores promisserunt sibi ad invicem dictis rebus nec litem nec controversiam movere sed ipsas res permutatas ab omne homine universitate ecclesia et persona defendere legitime sibi et eorum heredibus et cui dederint autorizare ac disbrigare, que omnia, etcetera, ut supra in instrumento arrarum usque in finem (*Instrumentum permutationis rerum*, SALATIEL: 257).

... E prometieron e otorgaron estos de suso nombradas que fazen el camio el uno al otro que en ningún tiempo non moverán pleito entre sí nin contienda sobre aquellas cosas que camiaron nin sobre ninguna de las cosas que les pertenecen, ante los emparare el uno al otro en juizio de todo omne que las quisiese embargar. E todas estas cosas e cada una d'ellas prometieron e otorgaron entre sí el uno al otro de las complir e de las guardar e de nunca venir contra ninguna d'ellas... (XVIII, 66).

Otros *capitula* o cláusulas están constituidos por las fórmulas de obligación y de renuncia. Así, se extienden la *conclusio* o promesa recíproca de cumplimiento de lo pactado:

... que omnia pro suisque heredibus sibi invecem promiserunt tenere et observare et non contravenire aliquo ingenio sive causa... (*Instrumentum receptionis et donationis arrarum sponsolitarum*, SALATIEL: 256.)

... E todas estas cosas sobredichas e cada una d'ellas en la manera que sobredichas son prometieron amas las partes de tenerlas e de complirlas e de guardarlas a buena fe sin mal engaño e de non venir contra ninguna d'ellas por ninguna razón, obligando el uno al otro a sí mismo e a sus herederos e a sus bienes... (XVIII, 84).

y las *renuntiationes* (75), “est autem renuntiatio remissio auxilii vel defensionis sibi competentis” (76), esto es, las renunciaciones a los derechos o beneficios legales que se pudieran alegar en defecto del cumplimiento de lo escriturado. Las renunciaciones pueden aparecer asociadas a cada uno de los *capitula* del negocio o constituirse en elementos independientes. En las *Partidas*, las renunciaciones tienden a adquirir ese carácter independiente que relega su aparición al final de la formulación negocial. La fórmula de renuncia se presenta en el *Ars notariae* de diversas formas; los modelos alfonsinos responden generalmente a la formulación paradigmática “renunció e quitóse de toda ley e de todo fuero o costumbre”:

... E sobre todo esto renunció e quitóse cada uno d'ellos de toda ley e de todo fuero o costumbre de que se pudiesse ayudar pora desatar o defazer este camio que non valiesse e señaladamiente d'aquella por que se pudiesse emparar pora non pechar esta pena (XVIII, 66).

(75) Vid. la rúbrica *De renuntatinibus in generali*, tratado sobre las renunciaciones que SALATIEL incluyó en el segundo libro del *Ars notariae* (SALATIEL: II, 147-165).

(76) SALATIEL: I, 147.

Generalmente, las leyes de las *Partidas* poseen un formulismo más desarrollado que el modelo latino. Ya señalábamos más arriba que ello es debido a que suelen explicitar por extenso este tipo de cláusulas de renuncia y garantía a las que, debido a su recurrencia y habiendo sido ya expuestas en los modelos de *instrumenta arrarum* y *venditionis*, el *Ars notariae* sólo remite con “etcetera” o con la fórmula “etcetera, ut supra in instrumento... (arrarum o venditionis)”. A partir de la Ley 70, los compiladores de las *Partidas* también tienden con cierta asiduidad al recurso del *e caetera ut supra* con mayor o menor grado de remisión a la cláusula completa:

... e renunció e quitóse de toda ley e de todo fuero e *caetera ut supra*, e señaladamiente de la ley d'este nuestro libro que dize que aquel que recibe tal emprestado como éste, que non es tenuto de pechar la cosa si se empeorare o se muriesse sin su culpa o sin su engaño (XVIII, 71).

... E sobre todo renunció e quitóse de toda ley e *caetera*, assí como sobredicho es en las otras cartas (XVIII, 67).

... renunciando e quitándose de toda ley e de todo fuero e *caetera* (XVIII, 84).

El modelo documental se cierra con las *publicationes* o menciones necesarias que le otorgan la *validatio* o *autenticatio* negocial y su legitimidad como escritura pública en el escatocolo; se trata, pues, de las inserciones de la data completa, la reseña de los testigos y la conformidad del escribano o notario (77). En el *Ars Notariae* sólo se da ejemplo desarrollado de estas fórmulas en el primer modelo, para después remitir a ellas mediante *caetera ut supra*. En cambio, en la *Partida* se repite en alguna ocasión. Al tratarse de modelos ideales de escrituración, no se introducen en la *Partida* menciones reales, a diferencia del formulario de SALATIEL, que ejemplificaba mediante menciones concretas:

... Actum Bononie in hora Sancte Marie sub porticu mei notarii in presentia Petri Martini et Iohannis vocatorum testium et rogatorum. Ego Salatiel quondam Martini Pape filius imperiali auctoritate notarius his omnibus interfui et ut

... Fecha la carta en tal lugar fue fulán día, en tal mes e en tal era, testigos llamados e rogados fulán e fulán. Yo, fulán escrivano de tal lugar, fui presente a todas estas cosas que son escriptas en esta carta, e por ruego de fulán vende-

(77) Véase una rápida exposición de la estructura canónica y más formal del documento *supra* Parte III, capítulo I § 1.2. Para la compleja tipología, diversos estilos, tradiciones formulaicas y sus variantes en la práctica escrituraria de los documentos notariales, remitimos al estudio introductorio de OSTOS Y PRADO (1989, 89-193).

supra legitur rogatus subscripti. (*Instrumentum arrarum*, SALATIEL: 218.)

dor e de fulán comprador los sobredichos, escriví esta carta pública e pus en ella mio signo (XVIII, 56).

No obstante, la dependencia respecto del *Ars notariae* se refleja a veces en que, en algunas de las matrices alfonsíes, los compiladores mantuvieron los nombres de los intervinientes e incluso los lugares y referencias temporales del modelo italiano. Así, por ejemplo, en la Ley 64, donde los (Alfonso) Pérez y (García) Iváñez se corresponden con las funciones que en el modelo italiano cumplen los *Petrus* y *Johannes*; la Ley 73 conserva intacta la referencia temporal y la periodización “a festo sancti Michaelis usque ad unum annum continuum” del modelo como “desde el día de San Miguel fata un año”; o la Ley 88, en la que “secundum regulam beati Benedicti” se mantiene en “la regla de la orden sobredicha”, que no es otra que la de San Benito, quien poco más arriba ha sido mencionado. En este sentido, también es destacable cómo los modelos alfonsinos tienden a repetir personajes cuando en dos de los modelos de SALATIEL reproducidos reaparecen los mismos personajes. Así sucede, por ejemplo, en las Leyes 95-96 y 106-107:

... doña Hurraca, queriendo tener su fijo huérfano e los bienes d'él en su guarda, vino delante de Gonçalvo Iváñez, alcalde de Toledo... (XVIII, 95).

... doña Hurraca, guardador de su fijo huérfano, seyendo embargada de manera que non puede entender a procurar por sí misma los bienes e los derechos que pertenecen a su fijo... (XVIII, 96).

... Garcí Ferrández, de la una parte, e Gil Pérez, de la otra, acordadamiente fizieron e escogieron a Ferrand Mateos por su abenidor e por árbitro e por arbitrador... (Ley 106).

... yo, Ferrand Mateos, escogido por árbitro e por abenidor e por comunal amigo de Garcí Ferrández, de la una parte, e de Gil Pérez, de la otra... (XVIII, 107).

Bolnisia volens subire tutelam sui filii Petrini accessit coram me domino tale iudice... (*Instrumentum tutele materne*, SALATIEL: 302).

Domina Bolnisia tutrix filii Petri negotia genere impeditur sui tutricis... (*Instrumentum auctoris*, SALATIEL: 302-303.)

Labeo ex una parte et Gilius ex altera compromiserunt in dominum Accursium tamquam in arbitrum electum concorditer... (*Instrumentum compromissi*, SALATIEL: 306.)

Ego Accursius electus arbiter a Labeone ex una parte et Gilio ex altera... (*Instrumentum laudi*, SALATIEL: 306.)

Todo ello nos revela, pues, que los documentos insertos en el título XVIII no fueron reproducción de documentos auténticos, aunque se citen nombres y lugares.

No podemos dejar de señalar algunos de los paralelismos terminológicos entre ambos textos (fuera de los términos equivalentes más tradicionales): *Vendere et tradere*: vender e dar por juro de heredad; *Posessio rei corporalis*: tenencia de la cosa; *Conferre litentiam e liberam potestatem*: otorgar libre e llenero poder; *In iudicio vel extra*: en juizio e fuera de juizio; *Soluta pena vel non*: pagada la pena o no; *Movere litem vel controversiam*: mover pleito e contienda; *Rata habere*: aver por firme; *Donare pure, libere et simpliciter*: fazer donación puramientre, sin ninguna condición, de su buena voluntad; *Consentire... per verba de presente*: consentir... por palabras de presente; *Procurator sive castaldum*: personero o mayordomo, etc.

No obstante, como decíamos más arriba, los modelos documentales de las *Partidas* tienden a adaptar en muchas ocasiones las indicaciones del modelo italiano con el objetivo de ofrecer la práctica más propia de la tradición castellana. Así sucede, por ejemplo, en la Ley 91, que parte del modelo del *Instrumentum adoptionis*:

Terentius auctoritate domini Ricardi de Villa potestatis Bononiae et iudiciaria cognitione domini Iacobi sui iudicis et assessoris Ambrosium filium Petri presentis et huic adoptioni consentientis in suum filium adoptavi. (*Instrumentum adoptionis*, SALATIEL: 300.)

Porfijan los omnes a las vegadas fijos agenos que están en poder de sus padres, e la carta de tal porfijamiento deve seer fecha en esta manera: “Sepan quantos esta carta vieren cómo García Pérez, con otorgamiento de Gonçalvo Iváñez, juiz de Toledo, porfijó a Ferrando, fijo de García Pérez, con plazer d’este García Pérez su padre, que estava delante quando este porfija-miento fue fecho. E tomó este García Pérez a su fijo Ferrando por la mano e metiólo en mano de Ruy Pérez; e otrossí Ruy Pérez recibiólo por su fijo. E el juez sobredicho otorgó este porfijamiento catando todas las cosas que deven seer catadas, assí como dizen las leyes d’este nuestro libro que fablan en esta razón. E mandó a mí, fulán escrivano público, que fiziesse ende carta”. E el escrivano deve dezir en el logar ó escribe su nombre en tal carta como ésta que la fizo por mandado del juiz e con consintimiento de las partes.

Los modelos coinciden en sus prescripciones más generales; sin embargo, la ley de la *Partida* desarrolla su exposición describiendo todo el ritual de “porfijamiento” a la manera castellana, no sólo con la presencia del juez, sino con su supervisión y licencia. De nuevo parece que nos encontramos ante el extraño maridaje entre el “antiguo y buen derecho” tradi-

cional y el “*utrumque ius*”. La ley siguiente es una variación de esta misma, pero en este caso el adoptando no se encuentra bajo la tutela paterna.

Por otro lado, algunas leyes no se ajustan al modelo latino, como es el caso de la ley del testamento:

Neratius volens per nuncupationem et sine scriptis condere testamentum inter heredes et legatorios bona sui disposuit in hunc modum, in primus quidem pro anima sua reliquit .c. libras bononiorum distribuen das inter pauperes et sacerdotes priores et hospitalia constituens ad hos Petrum et Martinum suos fideicommissarios quibus concessit liberam potestatem vendendi tantum de bonis suis quod inde .c. libras bononiorum faciat antedictas, de quibus denariis reliquit tali pauperi tantum, item tali hospitali tantum, de reliquis vero vult honorifice sepeliri apud talem ecclesiam ad quam sibi sepulturam elegit, item legavit Titio vineam suam positam in tali loco, item iure legati reliquit Seio .x. libras sibi solvendas a dicto Titio, item legavit Iohanni .x. libras solvendas sibi ad herede filii sui Iacobini, filiam vero suam Margaritam in dotem quam ei dedit et in super in .c. solidos bononiorum sibi heredem instituit ivens in his eam esse contentam, item uxori sue B. legavit .c. libras quas ad ea habuit in dotem et ipsam reliquit dominam et usuarium hominum bonorum suorum donec cum filiis suis caste vixerit, item Thomassinam filiam suam instituit sibi heredem in .c. libras bononiorum quas ipsam voluit habere cum nupserit et interim victum et vestitum condecenter ipsam habere precepit, in omnibus aliis bonis suis mobilibus et immobilibus iuribus et actionibus filium suum Iacobinum et ventrem sue uxoris sibi heredes instituit decesserit vel post pupilarem etatem quandocumque sine liberis decesserit ventrem dicte sue uxoris, si erit masculus unus vel plures, instituit, aliquin dictum ventrem sibi substituit, si vero filius suus nasciturus vel nascitu-

Testamentos fazem los omnes muchas vegadas, e la carta del testamento deve seer fecha en esta guisa: “Sepan cuantos esta carta vieren cómo yo, Estevan Ferrández, seyendo enfermo del cuerpo e sano de la vol untad, fago este mi testamento e esta manda en que muestro la mi postrema voluntad. Primeramente mando a tal eglesia tantos maravedís por mi alma”. E dessí deve escribir el escrivano todas las mandas que él fiziere por su alma e las otras que faze por razón de su sepultura e las debdas que deve e los tuertos que fizo a otri que manda endereçar, en la manerade su sepultura e las debdas que deve e los tuertos que fizo a otri que manda endereçar, en la manera que las dixiere el que faze el testamento. E después d’esso deve dezir cómo establece por sus herederos a fulán e a fulán, e escribir y las condiciones e las maneras en que los establece por sus herederos, non camiendo ende ninguna cosa. E si por aventura mandasse escribir de cómo desheredava a algún su fijo, deve el escrivano escribir las razones por que lo deshereda. E sobre todo deve escribir cuáles son aquellos que establece por sus cabeçales que ayan poderío de pagar sus mandas. E si sus fijos non fueren de edat, deve dezir quién es aquel en cuya guarda los dexa. E después d’esto deve dezir en fin del testamento: “Yo, Estevan Ferrández el sobredicho, quiero e mando que este mio testamento e esta mi postrema voluntad sean valederos por siempre jamás, e otorgo e quiero que todo este testamento o manda que yo oviesse fecha ante d’este sea cancellada e non vala; e si otra manda o testamento pareciesse d’aquí adelante, que fuesse fecho después d’és-

ra non pervernerit ad lucem vel si pervernerit et heres non erit vel si eres erit et in pupillari etate decesserit vel post pupillarem etatem quodcumque sine liberis in dictu Iacobum et suos filios omnia que nascituro vel nasciture derelinquerat vult devenire iure substitutionis et fideicommissi, quod si dicti filii sui nati et nascituri heredes non erunt vel si heredes erunt et in pupillari etate decesserit vel post pupillarem etatem quodcumque sine liberis legitimis decesserit substitutis eis in vincem Petrum et Martinum suos fratres, item M. filium suum in gratum quia ipsum verberius affecit ab omnibus gradibus exheredavit iuvens eum sue hereditatis esse penitus alienum, item filio suo Iacobino et nascituro vel nascituris Sempronium tutorem constituit atque dedit vetans ipsum inventarium facere et administrationis sue reddere rationem, si vero aliquis heredum vel legatariorum suorum contra hanc suam voluntatem venerit vel eam contempserit observare bonorum suorum expertem esse precepit, et hanc suam ultimam voluntatem et suum nuncupativum testamentum specialiter esse iussit, quod si iure testamenti non valet vel valevit valeat saltem iure codicillorum vel ratione cuius libet ultime voluntatis quam ad omni herede bonorumve possessore qui extestamento vel ab intestato sibi successor extiterit precepit perpetualiter observari. (*Instrumentum testamenti sine scriptis et nuncupativi*, SALATIEL: 307-308.)

te, quiero otrossí e mando que non vala, fueras ende si en él fiziesse señalada-miente mención d'este testamento, diciendo que-l revocava todo o alguna partida d'él". E dessí deve escribir el escrivano en qué logar fue fecho el testamento, e ante cuáles testigos, e el día e el mes e el era. E mientre que fuere vivo aquel que lo fizo, que no lo deve mostrar a omne ninguno, si no a él. E después de su muerte deve dar traslado de todo a sus herederos e a los que an de aver las mandas en las sus cosas tan solamente que les pertenecieren. E tal testamento deve seer fecho e leído ante siete testigos; e si por aventura el que-l faze no quisiesse que los testigos sopiessen lo que es fecho en él, puédolo mandar fazer al escrivano en poridat e fazerlo sobre-escribir a tantos testigos e seellarlo de su seellos, assí como dizen en las leyes d'este nuestro libro en el título de los testamentos (XVIII, 103) (78).

(78) Según nota PÉREZ-PRENDES al hablar de la *Sexta Partida*: "Si en la materia económico-matrimonial se advierte en *Partidas* un esfuerzo por aglutinar y explicar (en el contexto de una coherencia algo forzada con los criterios romano-justinianeos), otras tradiciones jurídicas muy diferentes de ellos, lo mismo se advierte en otros pasajes como ocurre, por ejemplo, en ciertos aspectos de la sucesión. Así sucede con la institución (que es algo así como una bisagra entre los sistemas de filiación y de sucesión) a la que, siguiendo la tradición, llaman las *Partidas* «porfijamiento». Se trata, en origen de adoptar para hacer heredero a alguien que no podía recibir bienes por vía sucesoria al no pertenecer a la familia de quien le adopta, pues no pueden aquéllos salir de ésta de acuerdo con la costumbre de las gentes que viven en cierto modo a tópicos derivados de la cultura germánica. Abundantemente practicada, incluso como forma de encubrir donaciones de las que se lucraban hasta los miembros de la familia real, la propia

No todos los modelos de escrituración del formulario alfonsí tienen, pues, paralelo en el *Ars notariae* de SALATIEL. A su vez, la ausencia en el *Ars* de algunos tipos documentales impulsó a colmar dichas lagunas con casuística o modelos *ex profeso* propios con tal fin. Véase, por ejemplo, la Ley 77: no existe ninguna fórmula de afletamiento en el *Ars notariae* de SALATIEL. La ley de la *Partida* responde a la *forma nauli* o contrato de afletamiento tradicional; por este motivo y por las alusiones a la ciudad de Sevilla nos inclinamos a pensar que la ley se inspira en la práctica notarial sevillana. La Ley 101, dedicada al instrumento de renuncia a la herencia, tampoco tiene paralelo en el *Ars Notariae*. Los modelos para la redacción de documentos judiciales de las leyes finales del título (Leyes 108-110) también son desconocidos en la obra de SALATIEL (79). Esto nos plantea la duda de si realmente estos otros modelos podrían proceder o no de verdaderos documentos notariales. No se puede dar una respuesta negativa. Lo que parece desprenderse de su examen es que estos modelos son artificiales o *ex profeso* en su forma e intención. Pongamos como ejemplo de esto la Ley 110, en la que se ofrecen las fórmulas necesarias para la escrituración de la sentencia de alzada: se muestran varias posibilidades de resolución de los hechos con el fin de ofrecer a los escribanos una mayor casuística, varios casos a los que ajustar el tenor negocial y la redacción del documento:

Sepan cuantos esta carta vieren cómo sobre contienda que era entr'el abad de Oña, de la una parte, e Gonçalvo Roíz, de la otra, en razón de una sentencia que dio don Marín, alcalde de Burgos, por el abad contra Gonçalvo Roíz, de que Gonçalvo Roíz se tovo por agraviado e alçóse al rey amas las partes vinieron en juizio ante nós, Ferrand Iváñez el gallego e Domingo Iváñez, oidores e juezes de las alçadas de casa del rey. Onde nós, visto el juizio de don Marín que dio en esta manera: "Conocida cosa sea a cuantos esta carta vieren como nós, don Marín e *caetera*". E deve seer escripto todo el juizio de que se alçó; e después d'esso deve dezir: "E otrossí, vista el alçada e las actas del pleito de cómo pasó ante don Marín, el alcalde, e oídas todas las razones que la una parte e la otra quisieron mostrar e razonar ante nós, e avido consejo con omnes buenos e sabidores de derecho, judgando dezimos que don Marín judgó bien e Gonçalvo Roíz se alçó mal, e confirmamos la sentencia sobredicha de don Marín.

Cr. de Alfonso X recoge el malestar de algunos nobles que se sentían perjudicados por esta particular desviación. Ahora, las *Partidas* remodelarán esa tradición arreglándola a los modos, requisitos y efectos que el Derecho romano les atribuía. Principios que son en ese Derecho, eje del sistema sucesorio, pasarán a *Partidas*, como el que hace imprescindible instituir heredero, que además éste acepte («adición», en el tecnicismo de los juristas), y que nadie pueda morir en parte testado y en parte intestado" (PÉREZ-PRENDES: 2004, II, 850-851).

(79) Según ORLANDELLI (1961: XI, XIV-XVI y XIX), SALATIEL se habría encargado de los formularios procesales –*materia de iudiciis*– (al igual que los referentes a la *exemplatio* y la *refectio*) en la *Summula de libellis formandi*.

Pero también se contempla el supuesto contrario:

... si por aventura fuesse dada la sentencia en razón de muchas cosas e en algunas d'ellas judgasse el juiz bien e en algunas mal, estonce deven assí dezir los juizes que judgaren el alçada: "Porque fallamos que en tal razón el alcalde don Marín judgó bien como devió, por ende dezimos que Gonçalvo Roíz se alçó mal e el juiz sobredicho judgó bien. E otrossí porque fallamos que sobre tal cosa se agravio Gonçalvo Roíz en su derecho, por ende judgando dezimos que quanto en aquella cosa judgó mal el alcalde e Gonçalvo Roíz se alçó bien".

Aunque posiblemente inspirado en alguna sentencia, no parece haber detrás una sentencia firme real, y si la hubo, el texto se manipuló con este fin didáctico. La presencia de personajes documentados en estas leyes no implica que estas fórmulas tengan origen en documentos auténticos, aun en el caso de que no provengan de SALATIEL. En otros casos, como los nombramientos del alcalde de Sevilla Ferrand Mateos y de Velasco Iváñez, escribano de Segovia (Leyes 7 y 8), en cambio, es bastante probable que los documentos fueran efectivamente tomados del archivo cancilleresco:

Ley VII. Cómo deven fazer la carta quando el rey envía a alguno adelantado o judgador a alguna tierra

"Don Alfonso, por la gracia de Dios, rey de Castiella e *caetera*, al conçejo e a los alcaides e a los omnes buenos de Sevilla, salut e gracia. Sepades que yo vos envío por vuestro alcalde a Ferrand Mateos, que es omne bueno e sabidor e de que me fío, e otorgué-l libre poderío pora oír e delibrar e judgar, segund fuere derecho, todos lo pleitos e las contiendas que acaecieren entre los omnes en Sevilla e en su término, quier que sean pleitos de herencia o de debda o de libertad o de servidumbre o de justicia de sangre o d'otra razón cual quier que sea. Onde vos mando que vos que-l recibades por vuestro juiz e que-l obedezcades en todas las cosas que pertenecen a su oficio. Ca cual quier que contra esta cosa fiziesse, al cuerpo e a quanto oviesse me tornaría por ello. E por que esto sea firme e no venga en dubda, di-l esta mi carta seellada con mi seello."

Ley VIII. Cómo deven fazer la carta quando el rey otorga a alguno por escrivano público d'alguna villa

"Sepan quantos esta carta vieren cómo nós don Alfonso, por la gracia de Dios, rey de Castiella e *caetera*, otorgamos a Velasco Iváñez por escrivano público de Segovia, e aviéndonos él jurado de fazer e de complir este oficio bien e lealmiente, tan bien en las posturas que los omnes fiziesen entre sí como en los testamentos e en las actas de los pleitos que oviesse a fazer ante algún juiz, e en todas las otras cosas que pertenecen a este oficio, e otrossí en guardar nuestro señorío sobre todas las cosas del mundo. E em-

bistiémosle en este oficio público con la escrivanía e la péñola, e dámosle poderío para usar d'él pública-mientre. E mandamos que las cartas que escriviere d'aquí adelante en pública forma que sean valederas e creídas por todo nuestro señorío, assí como deven seer cartas fechas por mano de escrivano público. E por que ésta no venga en dubda, dímosle esta carta seellada con nuestro seello de cera.”

A efectos de valorar la importancia que pueden tener las alusiones a situaciones aparentemente reales y los personajes nombrados en el título XVIII para fechar la *Tercera Partida*, es necesario distinguir aquellas referencias “heredadas” o adaptadas de SALATIEL de aquellas sin modelo directo en el formulario italiano, según veremos (cf. *infra* Parte III, cap. III § 1.1 y ss.).

3.2.5.2. *El Speculum iudiciale de DURANTE.*

El *Speculum iudiciale* o *Summa iuris* de Guillermo DURANTE es un compendio de literatura procesal que recoge todo lo necesario para la intervención en el proceso. Es, por tanto, una obra no original que aprovecha las doctrinas expuestas en autores como Tancredo, Rofredo, Aegidius FUSCARARIUS o Alberto GALEOTO, a los que en ocasiones copia literalmente, y también se vale de la jurisprudencia de la *audientia sacri palatii*, conocida posteriormente como Rota Romana. El *Speculum iudiciale* se compone de cuatro partes fundamentales: a) personas que intervienen en el proceso, b) el proceso civil, c) el proceso criminal y, finalmente, d) una amplia y variada colección de fórmulas. Esta obra representa el punto culminante del Derecho procesal y fue la que mayor difusión consiguió durante la Edad Media (PÉREZ MARTÍN: 1999, 24).

Al igual que la obra de SALATIEL, el *Speculum iudiciale* de Guillermo DURANTE conoció al menos dos redacciones. Fue la primera –a la que se viene atribuyendo una datación en torno a 1272– la que pudo haber influido en ciertas secciones de nuestro texto. Ello es seguro porque la segunda se llevó a cabo entre 1287 y 1291.

Desde el Prólogo del título XVIII se perciben ya ciertos retazos de la doctrina del *Speculum iudiciale* e incluso de su terminología. Así, es observable cómo el texto del Prólogo del *Espéculo* IV, XII va diluyéndose en el trasvase al nuevo prólogo en aras de una estrategia novedosa, de una exposición diferente que vincula el mundo de las escrituras al de los testigos y las pruebas. De este modo, el texto de la *Tercera Partida* se va distanciando del *Espéculo* hasta llegar a asumir parte de la terminología de la nueva fuente, al distinguir entre los testigos, voz viva, y los documentos, voz muerta de las pruebas en un pleito:

[E]l Antiguëdat del tienpo es cosa que ffaze olujdar a los omnes los ffechos passados. Et por ende era mester que ffeziesen escriptura por que lo que ante ffuera ffecho non sse olujdasse & ssopiessen los omnes las cosas que eran escaecidas bien como sse nueua mjente ffuessen ffechas. Et pues que de las escripturas tanto bien viene que en todos los tienpos tiene pro como que ffaze menbrar las cosas olujdadas & affirma las que sson de nuevo ffechas & muestra carrera por o sse endereçen las que an de sseer. Derecho es que sse fagan leal mjente & guardado. muy mas es derecho que lo ssea en aquellas de que podrie nasçer contienda entre los omnes. assy como en las cartas que sse ffazen en la corte del Rey de qual manera quier que ssean de que deuemos ffablar primero por que sson ssobre todas las otras. Et despues ffablaremos de las otras que sse ffazen en las tierras & en las çibdades & en las villas. Assi como en las cartas de las vendidas & de las conpras & de camjos & de enpresitados & de casamjentos & de porffijamjentos & de Acomendamjentos & de testamentos & de pleitos & de juyzios o de otros escriptos de qual manera quier que ssean Et por ende

El antigüedat de los tienpos es cosa que faze a los omnes olvidar los fechos passados, e por ende fue mester que fuesse fallada escriptura, porque lo que ante fuera fecho no se olvidasse e sopiessen los omnes por ella las cosas que eran acaecidas bien como si de nuevo fuessen fechas, **e mayormiente porque los pleitos e las posturas e las otras cosas que fazen e ponen los omnes cada día entre sí unos con otros no pudiessen venir en dubda e fuessen guardados en la manera que fuessen puestos.** E pues que de las escripturas tanto bien viene que en todos los tiempos tienen pro como que fazen mienbrar lo olvidado e afirman lo que es de nuevo fecho e muestran carreras por ó se enderece lo que á de seer, derecho es que se faga[n] lealmiente e sin engaño, **de manera que se puedan entender bien e sean complidas,** e señaladamiente en aquello de que podrié nacer contienda entre los omnes. **Onde pues que en los títulos ante d' éste fablamos de los testigos e de las pesquisas que es una de las maneras de prueba que se fazen por voz biva, queremos aquí dezir de todas las escripturas de qual manera quier que sean de que puede nacer prueba o averiguamiento en juicio que**

queremos dezir quien puede poner estos escriuanos que estos escriptos ffezieren. Et quales ellos deuen sseer. Et de que manera deuen sseer puestos. Et que es lo que deuen guardar & ffazer. Et como deuen sseer ffechas las cartas que ellos ffezieren Et quales deuen valer Et quales non. Et que galardón deuen auer por cada vna carta. Et como deuen ellos sseer guardados & onrrados. Et todas estas cosas mostraremos. adelante en las leys deste titulo. (Ms. 10.123 BNM.)

es otra manera de prueba a que llaman voz muerta. E primeramente mostraremos qué cosa es tal escritura, e que pro nace d'ella. E en cuántas maneras se departe, e cómo deuen seer fechas. E quién las puede dar e judgar. E qué fuerça an e cuáles deuen valer e cuáles non (80).

Speculum iudiciale

Dicto de probatione uiuae uocis, quae fit per se testes, dicendum est de probatione mortuae uocis, quae fit per instrumenta... (81).

La influencia del *Speculum* también es detectable en la Ley 1. En la glosa a esa Ley 1 sobre la “Escriptura”, Gregorio LÓPEZ nos dice “... per Inno. in .c. 2. de fid. instrum. & per Spec. tit. de instru. editio. § nunc dicendum...”. Las referencias son la Decretal de Inocencio III *Scripta vero autentica* (X: II, XXII, 2) y el capítulo *Nunc dicendum* del título *De instrumento editione* del *Speculum iudiciale*. El contenido de la Decretal se mueve en un terreno diferente al de esta ley de las *Partidas*, ya que se centra en lo probatorio de los documentos una vez muertos los testigos confirmantes y, salvo el “manum publicam”, no existe otra identidad textual. Sin embargo, respecto al *Speculum* –y aunque Gregorio LÓPEZ nos remitía a la sección *Nunc dicendum* como complemento de lo expuesto en la ley de las *Partidas*–, en el examen del capítulo *Instrumentum* hallamos enseguida una clara vinculación del texto durantino con esta ley de las *Partidas*. Así, en *Partidas* III, XVIII, 1:

Escritura de que nace averiguamiento de prueba es toda carta que sea fecha por mano de escrivano público de concejo o seellada con seello de rey o d'otra

Instrumentum est scriptura ad assertionem seu probationem alicuius rei facta. Vel sic: Publicum instrumentum est solennis & rite ordinata scriptura per

(80) Señalamos en negrita los cambios introducidos por la *Tercera Partida*.

(81) *Speculum*, lib. II., Partic. II *De instrumento editione*, Prólogo: 632. Continúa el texto: ... dicentes: Quid fit instrumentum, & unde dicatur: Qualiter publicetur, & fiat: Qualiter propria scriptura exemplat publicetur, seu reficiatur: E qualiter aliena, & quid iuris fit de publicatione, seu exemplatione instrumentorum: Quando sint exhibenda instrumenta, & qualiter: Quot sunt eorum species: Quibus instrumentis fides adhibeatur, & quanta: Quibus modus diuersae scripturae in iudicio productae, ualeant impugnari, uel contra eas excipi.

persona auténtica que sea de creer. Nace d'ella muy grand pro, ca es testimonio de las cosas passadas e averiguamiento del pleito sobre que es fecha... (III, XVIII, 1.)

authenticae personae manum, publice causa memoriae facta... (*Speculum*: 632.)

Del mismo modo, la doctrina de la impugnación documental, tal como se estipula en las Leyes 116-118 y 120 del mismo título XVIII, parece deberse a la influencia del *Speculum* (82), aunque aquí el texto durantino habría sufrido una profunda reelaboración (83). Es cierto que podemos encontrar alguna semejanza entre los textos, como, por ejemplo, en la Ley 117:

Mostrando algún omne carta en juicio contra otro con que quisiessse provar e averiguar que-l devió lo que-l demandava, si aquel contra quien usava de la carta dixiessse que non devió valer nin seer creída contra él porque él querió provar que en todo aquel día que dize la carta en que él fizo el pleito era él tan lueñe d'aquel lugar ó dizen que fue fecho, que omne del mundo por ninguna manera esse día non se podrié acertar en aquel lugar ó dizen que fue fecha la carta... (XVIII, 117.)

Hinc est, quod iudex, si in sua narrat. sententia, qualiter in causa, in quia pronunciat., lis fuit contestata, iuratum est de calumnia, testes recepti, partium confessiones factae eos, uel procuratores a fuisse & similia: non tamen haec probantur per instrumentum sententiae, quia haec narratio est non enim fuerunt acta die & loco, quibus instrumentum ipsum factum fuit... (*Speculum*: 664.)

En nuestra opinión, si bien pueden establecerse este tipo de paralelismos entre los textos, se hace muy difícil demostrar el hecho de que estas leyes se hayan formado indiscutiblemente a partir del *Speculum* de forma directa.

Pero es en ciertos aspectos del título XIX donde la influencia de la obra de DURANTE es más clara. La fuente básica del título siguen siendo los materiales del *Espéculo*, concretamente *Espéculo* IV, XII; sin embargo, no todas las leyes de *Partidas* III, XIX hallan aquí correspondencia. Tal es el caso de las Leyes 10 y 11, relativas a la *refectio* de cartas de deudas con comparecencia y consentimiento del deudor (10), sin comparecencia de éste (11) o con comparecencia y la oposición del deudor (11), en las que se observa una importante evolución doctrinal y un desarrollo de la

(82) Gregorio LÓPEZ, glosa a *queria*, Ley 116 y glosa a *dezimos*, Ley 118: "... Spec. tit. de instru. editi. § Postremo"; glosa a *Omes*, Ley 117: "... Spe. attribuēs Azo. in ti. de instru. § res-tat...", y en la glosa a *El guardador* de la Ley 120: "vide quae notat Speculatori tit. de instru. editio. § fi." Para el texto durantino *Speculum iudiciale*, lib. II., Partic. II *De instrumento editio-ne*, *Speculum*: 632 y ss.

(83) En opinión de BONO (1979, I, 255).

casuística que procede directamente del *Speculum iudiciale*. Ya las glosas de Gregorio LÓPEZ remitían única y exclusivamente al *Speculator*; y las similitudes entre ambos textos no dejan lugar a la duda:

Ley x. Cómo el escrivano deve refazer la carta otra vez quando aquel a quien la dio dixiere que la á perdida

... e si el debdor otorga delante del judgador que deve aquella debda sobre que fue fecha la carta e no quiere contradizir que se non faga otra vez, estonce deve tomar el juez la jura al que la pide en esta manera: “Tú juras que aquella carta que demandas que te fagan otra vez, que es verdat que es perduda e que non sabes ó es nin quién la á, e que por tu engaño nin por tu malicia non fue perdida e que si en algún tiempo la podieres cobrar, que la adugas al escrivano que la fizo rota o cancelada, e que nunca usarás d’ella en daño de tu contendor”. E quando el judgador oviere recebudo la jura d’él en esta manera, deve mandar al escrivano que refaga la carta otra vez bien assí como la fallare escripta en su registro, e que la dé a aquel que la demanda, e el escrivano dévelo fazer...

Ley xi. Cómo el escrivano deve fazer la carta quando aquel contra quien fue fecha fuesse emplaçado e non quisiesse venir, o si viniesse, la contradixiesse

Emplaçado seyendo alguno que fuese debdor... Si este atal fuere rebelde que non quiera venir o embiar personero que la contradiga, estonce deve el judgador tomar la jura a aquel que pide la carta en aquella misma manera que de suso dixiemos. E demás deve-l conjurar que non es pagado de aquella debda de que-l pide que-l refaga la carta. E después que

Speculum iudiciale, lib. II., Partic. II
De instrumento editione: Ubi autem: 638

... Qui si ueniens confiteatur debitum, et dicat se adhuc creditori teneri in re vel in pecunia in instrumento debiti contenta quodque non vult contradicere vel se instrumenti perditu refectiōni opponere, tunc iudex tale creditore exigeat iuramentum: Tu iurabis que instrumentum illud quod refeci petis nullo dolo a te uel alio nomine tuo vel te sciente adhibito perdidisti; quodque nescis ubi uel apud uel penes quem sit quodque dolo vel fraude illud habere uel possidere non desiisti; quodque si quocumque tempore illud ad manus tuas pervenerit uel habere poteris restitutes tabellioni qui illud confici vel iudici, cancellatum et adnihilatum, nec eo amplius uteris in praeiudicium debitoris, sed isto publicatio, seu exemplato: quodque nunc uellis cassum & initium haberi, & nullius esse momenti, c. de fide instr. l. fi. ff. de eden. si quis. §. exigit. & j. § prox. uer. qualiter. Prestio autem huiusmodi sacramento, iudex iubeat tabellioni qui illud scripserat que ipsum reficiat et reffectum exhibeat creditori.

Speculum iudiciale, lib. II., Partic. II
De instrumento editione:
Si vero: 638

Si vero debitor legitime uocatus minime compareat nolens ipse uel alius refectiōni contradicere instrumenti, idem creditor iurabit ut supra hoc additio que iurabit sibi non esse de predicto debito satisfactum uel que adhuc tamen ex eo percipere debet, et postmodum precipitur notario qui illud scripserat ut et supra, his mutato que in instrumento predicto dicetur ipso debi-

esta jura oviere recebuda d'él, deve mandar el escrivano que-l refaga e que gela dé, e el escrivano dévelo fazer, pero en el logar de la carta ó escriviere su nombre deve tener aquella misma forma que diximos en la ley sobredicha, salvo que faga mención de cómo el debdor fue emplaçado e non quiso venir nin embiar a contradezir la carta. Mas si el debdor que fuesse emplaçado assí como de suso diximos viniesse ant'el judgador e negasse que non era debdor d'aquel que demandava la carta e contradixiesse que non la refiziessen, estonce deve el judgador darle plazo a que prueve cómo pagó aquella debda. E si non lo pudiere provar, deve recibir la jura d'aquel que demanda la carta en la manera que de suso diximos e mandar al escrivano que la refaga e que gela dé, e el escrivano dévelo fazer assí como de suso es dicho. Mas si el debdor provasse que avié fecho paga, estonce non deve refazer la carta al otro que la demandava. Otrossí dezimos que si el debdor contradixiesse que non refiziessen la carta por esta razón deziendo que aquella carta que dezié que era perdida, que él mismo contra quien era la tenié en su poder e que el otro gela tomara queriendo quitar la debda; si él pudiere averiguar esto que dize, non deve refazer la carta, ante dezimos que-l deve dar por quito d'aquella debda. E esto á logar quando esta carta sobre que es la contienda non fuesse rota ni cancellada. Mas si la carta que pidiessen al escrivano que la fiziesse otra vez e fuesse cancellada en poder d'aquel contra quien fue fecha, e por esta razón contradixiesse que non gela refiziessen, si la otra parte respondiesse que la avié perdida o que-l fuera furtada o robada e que sin su plazer viniera en poder de su debdor, estonce si pudiere provar que por algunas d'estas razones la perdió, deve el judgador mandar al escrivano que la refaga e que gela dé, e el escrivano dévelo fazer. E si por aventura non lo

tore legitime citato et non comparente, et hoc idem est in sucryptione notarii dicetur.

Speculum iudiciale, lib. II., Partic. II

De instrumento editione:

Quod si forte: 638

Quod si forte debitor ueniens neget se debitorem esse et instrumenti refectiōi opponat dicens simpliter se solvisse, non tamen ostendens principale instrumento debiti cancellatum penes se esse, tunc iudex statuet ipsi debitori terminum iusta quem probet se soluisse, quod nisi fecerit, recepto prefato iuramento a creditore, precipiet ut fiat refectio instrumenti. Si uero probauerit solutionem, refectio non fiet.

Speculum iudiciale, lib. II., Partic. II

De instrumento editione: Porro: 638-639

Porro si debitor principale instrumentum debiti cancellatum penes se forte ostendat, tum etiam incumbit ei onus probandi, qui affirmatiuam proponit: & affirmantis, non negantis, aliqua est probatio: ut s. de proba. §. j. in princ. Si ergo debitor dicit, ecce habeo instrumentum debiti cancellatum, quod quidem mihi redditum est: quare cum per redditionem chirographitolatur naturalis obligatio, sum a debitore liberatus: creditor uero id neget, dicens instrumentum redditum non fuisse: debitori, ut probet redditionem instrumenti: super quod uide, quod no. ff. de pactis, postquam. Si uero creditor dicat se perdisse instrumentum, & illud ad debitorem sine causa peruinisse, tunc imponetur probatio creditori, ut probet se perdidisse, ut. ex. de priuil. cum olim. j. cum suis concor. Vnde in his non est tutum affirmatiue proponere, presertim iustam causam souentibus, & de sufficientia probationis haesitantibus, cum plerumque probationis onus implicitum sit, & graue,

pudiesse provar, e la carta rota e cancelada se fallare en poder de aquel contra quien fue fecha assí como sobredicho es, estonce non la deve mandar refazer, porque sospecharon los sabíos antiguos que en tal razón como ésta que el debdor era quito de la debda.

ut ij. q. vij. plerique & saepe deficiat. ff. de test. tut. l. duo.

El texto de las leyes de la *Partida* no coincide con lo expuesto en el *Espéculo*, pues la teoría de la *refectio scripturarum* en las *Partidas* fue reelaborada a través de la consulta de la gran suma durantina.

Sin embargo, como ya hemos señalado, hay que ser muy prudentes en atribuir la calidad de fuente directa al *Speculum iudiciale* de todas estas secciones de la teoría y práctica notariales de la *Tercera Partida*. A pesar del “Habet ortum” preconizado por Gregorio LÓPEZ, DURANTE recogió en el *Speculum iudiciale* de forma abierta conceptos y teorías desarrollados en otras obras clásicas de la procesalística, como el *Ordo iudiciarius* de Tancredo o de la teoría del instrumento público expuesta por Rolandino en su *Summa artis notariae*, de donde DURANTE toma literalmente la materia para *Partidas* III, XIX, 10-11 (concretamente del capítulo 10 de la III.^a pars). No es descartable que los compiladores alfonsíes pudiesen conocer con anterioridad a la obra de DURANTE dichos textos. Así, aunque existe la posibilidad de que el *Speculum* sirva parcialmente de fuente a *Partidas* III, XVIII, Prólogo; XVIII, 1, 116-118 y 120, y título XIX, 10-11, sin embargo, insistimos en que es muy difícil determinar que la fuente haya sido el *Speculum* de forma directa en casi todos estos casos. Por ejemplo, la definición de la escritura como “Instrumentum est scriptura ad assertionem seu probationem alicuius rei facta” está tomada en DURANTE del *Ordo iudiciarius* de Tancredo (3, XIII, 1). Del mismo modo, la falta de literalidad entre los textos de las Leyes 116-118 y 120, quizá debida al alto grado de elaboración que se habría operado, impide afirmar que DURANTE haya sido la fuente directa de esas leyes –como quiere José BONO (1979: I, 255)–. También se hace muy difícil dilucidar si la fuente de *Partidas* III, XIX, 10-11 fue el capítulo 10 de la III.^a pars de la *Summa artis notariae* de Rolandino de manera directa o a través de la recopilación de DURANTE, en la que Rolandino es copiado a la letra.

Por el contrario, la combinación de los conceptos “vox viva” y “vox morta”, a partir de los cuales las escrituras reciben un nuevo enfoque encuadrándolas en el terreno de lo testifical –lo que aleja la *Partida* del *Espéculo*– sí parece tomado de una aportación propia y original de DURANTE. Más que en el uso de estos términos “voz viva” y “voz muerta”, que puede ser considerado algo más o menos anecdótico, nos interesa insistir en cómo se articula el prólogo del título XVIII sobre estos con-

ceptos en función de las pruebas y los testigos. No en vano la materia *De proationibus* es la inmediatamente anterior a la *De edictio instrumentorum* en el *Speculum*, al igual que los títulos XVI y XVII de la *Partida* se dedican a las pruebas. Éste podría ser el único indicio fiable de la utilización del *Speculum iudiciale* de forma directa por parte de los compiladores alfonsíes. A esto creemos interesante añadir, por un lado, que el conocimiento (y no sólo el jurídico) solía transmitirse en la Edad Media más por obras recopilatorias del estilo *specula, summae*, etc., tan caras a este tiempo, que por obras originales, y el *Speculum* durantino era la suma de Derecho procesal más importante de su tiempo. Por todo ello, nos parece bastante significativo el hecho de que en un tramo textual de la *Tercera Partida* tan relativamente corto, como es el de los títulos XVIII y XIX, se concentren como fuentes textos que, si bien pudieron ser aprovechados de manera independiente, coinciden agrupados en el capítulo que DURANTE dedica a la *editio instrumentorum*.

Como conclusión al respecto, sólo cabe añadir que este grave problema implica la responsabilidad de asumir que no podemos afirmar con seguridad que la redacción de estas secciones de la *Tercera Partida* hayan de posponerse después de 1272, como sería lógico pensar si consideramos que DURANTE fue aprovechado como fuente. Se necesita de manera urgente un estudio integral de las fuentes de las *Siete Partidas* que permita dilucidar si la obra de DURANTE —como sin duda ha de suceder con otras *summas* y obras recopilatorias— fue utilizada en otras ocasiones o si se emplearon directamente los textos que en ésta se recopilan.

Pero por lo que respecta a la constitución doctrinal del texto alfonsí, hemos visto cómo sobre la base textual fundamental de la *Tercera Partida*, esto es, el *Espéculo*, se superpuso una nueva visión a través de la integración de estas nuevas fuentes. Los compiladores consiguieron plantear el texto de forma diferente y dotarlo de un mejorado y más moderno armazón teórico de la institución notarial y del instrumento público, así como renovar la práctica documental, siempre en dirección a la doctrina del *utrumque ius*.

3.2.5.3. *La Oliva de Buoncompagno DA SIGNA.*

También son observables ciertos paralelos en algunos pasajes del texto alfonsino que nos ocupa y un tratado —más teórico que práctico— de Buoncompagno DE SIGNA que conocemos como la *Oliva* y que, como señalábamos anteriormente, está integrado en la *Rhetorica antiqua* (1215-1227). La concordancias se producen especialmente en varios aspectos relativos al privilegio y en los términos en que se pretende destacar la importante labor del notario y definir sus esenciales funciones. Sin embargo,

como viene siendo habitual, aquí tampoco nos vemos libres de dudas a la hora de afirmar si los juristas alfonsíes conocían la *Oliva* de primera mano y, en consecuencia, utilizaron el texto de Buoncompagno de forma directa en esta sección de la *Tercera Partida*, o si bien estos compiladores simplemente habrían manejado un tratado de similares características. Tampoco es descartable la posibilidad de que ambos textos compartieran fuentes.

En todo caso, de haber sido la *Oliva* una fuente textual directa en ciertas partes de los títulos XVIII y XIX de la *Tercera Partida*, la fecha de composición de *Oliva* no plantearía problemas con respecto al problema de la datación de estos títulos, puesto que la *Rhetorica antiqua* parece haber estado ya redactada en 1227.

3.2.5.4. Las Decretales.

No podíamos dejar de lado la gran base doctrinal y conceptual (no tanto textual) de la materia notarial en la obra alfonsina, la Decretalística. La utilización de las fuentes canonísticas no es original de las *Partidas*, ya que había sido asumida y elaborada desde el *Fuero Real* y, especialmente, a partir del *Espéculo*. Así, a diferencia de las obras de SALATIEL y de DURANTE, que son fuentes seguidas literalmente en algunos pasajes, la doctrina eclesiástica que encontramos en las *Partidas* es, en esencia, la misma que se halla en las dos primeras compilaciones jurídicas alfonsíes: fundamentalmente los títulos *De fide instrumentorum* (X: 2, XXII) y *De rescriptis* (X: 1, III) de la compilación gregoriana, amén de la labor de los glosadores.

La literalidad es menos evidente que en el caso de las otras fuentes examinadas; no obstante, se puede observar en ciertas leyes de la *Partida* la influencia directa, cuando menos terminológica, de alguna de las prescripciones gregorianas. De aquí toman los compiladores alfonsíes los conceptos y el fondo doctrinal de *rescripta secundum ius*, *contra ius* y *praeter ius* (“segund fuero”, “contra fuero” y “non... segund fuero, pero non... contra él”, *Partidas* III, XVIII, 28-31); *litterae gratiae* y *litterae iustitiae* (“cartas de gracia” y “cartas foreras”, XVIII, 34-35); *scripta generalia* y *scripta specialia* (“cartas generales” y “cartas especiales” XVIII, 45-47). Reseñamos también que lo relativo al valor probatorio y validez o falsedad de los documentos reales proviene de la práctica de la curia papal y se plasma en conceptos como la *obreptio* (Inocencio III, X: I, III, 20, recogido en *Partidas* III, XVIII, 36) y *subreptio* (Inocencio III, X: I, III, 3, 16, 20, 28, 40, recogido en *Partidas* III, XVIII, 38); las imperfecciones o *vitia* de los documentos reales, según se exponen en *Partidas* III, XVIII, 54, guardan estre-

cha relación con Inocencio III, X: V, xx, 5-6, y para los documentos notariales X: II, xxii, 6 y X: V, xx, 5 y 9 (84).

3.3. Conclusión.

La verdadera personalidad de la *Partida* respecto a sus fuentes se define en lo que la *Partida* difiere, modifica o se separa de ellas, y no tanto en lo que coincide. Las divergencias textuales que podemos considerar menores entre ambos textos, que tienen que ver principalmente con variantes o errores de copista o adaptaciones internas del texto del *Espéculo* para acomodarlo a la estructura de las *Partidas*, se señalan *infra* Parte III, Apéndices I-III. Ahora nos centraremos en las transformaciones y variantes de importancia que afectan al contenido y a la estructura de los títulos XVIII-XX de la *Tercera Partida*.

Como ya se ha advertido, el título XX no difiere de su fuente directa, siendo prácticamente un traslado literal de *Espéculo* IV, XII, 53-59 y XIII, 1-4. Con respecto al título XIX, podemos decir que, aparte de las ya comentadas Leyes 2 y 6, se producen dos modificaciones realmente importantes: 1) el cambio en lo relativo a la *refectio* y *renovatio scripturarum*, Leyes 10-12, aspecto que también hemos tratado al hablar de la utilización de las fuentes del título XIX (§ 3.2.5.2); 2) la modificación del sistema de registro de las cartas regias, Ley 3 (*Espéculo* IV, XII, 8) (expuesto en § 3.2.3).

Frente a la relativamente escasa innovación que muestran los títulos XIX y XX, el proceso compositivo del título XVIII se revela mucho más interesante. Debemos, pues, prestar especial atención a todos aquellos casos en que la *Partida* se aleja de la versión de sus fuentes. Ya hemos tratado antes de algunos de ellos, que recordamos aquí al tiempo que añadimos otros nuevos con el propósito de alcanzar una visión global.

Algunas divergencias que las leyes de las *Partidas* muestran respecto al *Espéculo*, como sucede, por ejemplo, en las Leyes 2, 4, 5, 16, 20, 26, 29, 30, 36, 38, 42, 48 y 51, se deben principalmente a variantes y errores de copista, a los que no se les puede conceder demasiada importancia, ya que —es necesario insistir en ello— estas variantes o errores son propios del manuscrito 10.123 de la BNM, pero no es de suponer que se hallaran en el modelo utilizado en la confección de las *Partidas*, y viceversa, algunas de las posibles omisiones de las leyes de las *Partidas*, cuando no se deben a correcciones estilísticas, bien podrían proceder del modelo utilizado del *Espéculo*, ya que el texto se conserva en el Ms. 10.123 (§ 3.2.3). Por otra

(84) Vid. BONO: 1984, 36 y ss.

parte, las variantes relativas a los reenvíos y remisiones están justificados por la diferente organización de la materia en ambos textos. Los casos más relevantes respecto a este tipo de variación se comentan ley por ley en Parte III, Apéndices I-III.

Más interesante se revela, en cambio, el caso de aquellas leyes que no tienen correspondencia (o muy leve) con las fuentes conocidas, aquellas leyes que son creación del compilador: Leyes 31-33, 40-41, 44, 55, 62-63, 101, 108-110, 113-116, 119 y 120 (85).

Por lo que respecta a la relación con el *Espéculo*, hemos de destacar la aparición en las *Partidas* de modelos de documento que revelan importante novedades doctrinales. Éste es el caso de las Leyes 31-33 y 41. Estas leyes integran un conjunto que gira en torno al alcance legal y la invalidez de algunas de las cartas expedidas por la cancillería real.

Las Leyes 31-33 son una amplificación ejemplar de las cartas dadas “contra fuero” vinculadas a los conceptos de *ius naturale* y *ius gentium*. La Ley 31 establece que ninguna carta vale contra el derecho natural, concepto que aparece por vez primera en Alfonso X en *Partidas* I, 1, 2:

Ivs naturale en latin, tanto quiere dezir en romance, como derecho natural, que han en fi lo omes naturalmente, e aun las otras animalias, que han fentido. Ca segund el mouimiento deste derecho, el masculo se ayunta con la fembra, a que nos llamamos cafamiento, e por el crian los omes sus fijos, e todas las animalias... (Gregorio LÓPEZ, fol. 5r.)

El “iusnaturalismo” concibe las normas que contravengan estos “principios naturales” como injustas y por ello carecen de valor legal, aun cuando hayan sido promulgadas por la autoridad competente cumpliendo los requisitos formales exigibles. Así se prescribe en el comienzo de la Ley 31:

Contra derecho natural no deve dar privilegio ni carta emperador ni rey ni otro señor, e si lo diere, non deve valer. Contra derecho natural serié si diessen por privilegio las cosas de un omne a otro, no aviendo fecho cosa por que las deviesse perder aquel cuyas eran... (xviii, 31.)

Pero el concepto aparece (en *Partidas* I, 1, 2) vinculado y contrapuesto al *ius gentium*, más estrictamente humano y en cierto modo más positivo:

... Otrofi ius gentium en latin: tanto quiere dezir, como derecho comunal de todas las gentes, e non a las otras animalias. E este fue hallado con

(85) Ya hemos tratado más arriba de las Leyes 77, 91-92, 98, 101 y 103 (§ 3.2.5.1).

razon, e otrofi por fuerça, porque los omes non podrian bien biuir entrefi en concordia, e en paz fi todos non vñaffen del. Ca por tal derecho como este cada vn ome conofce los fuyo apartadamente. E fon departidos los campos, e los terminos de las villas, E otrofi fon tenudos lo omes de loar a Dios, e obedescer a fus padres, e a fus madres, e a fu tierra que dizen en latin patria. Otrofi confiente este derecho que cada vno fe pueda amparar contra aquellos que deshonrra, o fuerça le quifieren fazer, E aun mas, que toda cofa que faga por amparamento de fuerça que le quieran fazer contra fu persona que fe entiende que lo faze con derecho... (Gregorio LÓPEZ, fol. 5v) (86).

Es éste un tema jurídico muy complejo, fuera por completo de los límites de este trabajo (87), por lo que sólo diremos aquí que las Leyes 31 y 33 posibilitan, en función de ese derecho de gentes, la derogabilidad del derecho natural de un individuo en beneficio o pro de la comunidad o de otro individuo:

... fueras ende si el rey las oviesse mester por fazer d'ellas o en ellas alguna lavor o alguna cosa que fuesse a pro comunal del regno... (xviii, 31.)

... E porque acaece a las vegadas que el rey á mester su servicio d'estos atales en hueste o d'otra manera, o por sabor que á de les fazer bien en merced ... E tal carta como ésta mandamos que vala, ca comoquier que reciba por ella algún agravamiento aquel a quien deben el debdo... (xviii, 33.)

Nada relativo al derecho natural aparecía en el *Espéculo* (ni aún en el *Fuero de las Leyes*), pero, como resultado de la inclusión de la doctrina en la *Primera Partida*, no podía dejar de legislarse sobre ello en materia de escrituras. Por otro lado, la Ley 32 sólo prescribe la nulidad de la carta que exima de responder a las deudas en perjuicio de la otra parte, porque esa exención va contra el derecho natural.

La inserción de la Ley 41 entra en relación directa con *Partidas* III, iii, 5, donde se regulan los famosos casos de corte, aquellos casos que sólo son de competencia regia y donde se instituye la defensa y protección de los menesterosos, situación que se remonta a las leyes de los emperadores:

(86) Concluye la ley: "... e de los mandamientos destas cofas, e destas dos maneras de derecho que de fufo diximos, e de los otros grandes faberes facamos, e ayuntamos todas las leyes deste nuestro libro segun que las fallamos escriptas en los libros delos sabios antiguos poniendo cada ley en su lugar segund el ordenamiento porque las fizimos".

(87) Se puede decir que el derecho natural expuesto en esta ley de la *Partida* I está concebido bajo el apoyo de los principios de la Iglesia (frente a otros enfoques, como el que funda la naturaleza de este derecho en la naturaleza divina o, en cambio, de acuerdo con la naturaleza humana: el hombre refleja su propia naturaleza en ese derecho para que sus normas tengan suprema calidad humana). Esto parece evidente, ya que el *ius naturale* se trae a colación en la *Partida* I, dedicada al derecho canónico, además de que se afirma de forma expresa en *Partidas* I, i, 6.

Contiendas e pleitos y á [...] que son de tal natura, que segund fuero de España, por razón d'ellos son tenudos los demandados de responder ante el rey, maguer non les demandasse primeramente por su fuero. E son éstos: quebrantamiento de camino o de tregua, riepto, de muerte segura, muger forçada, ladrón conocido o ome dado por encartado de algund concejo o por mandamiento de los juezes que an a judgar las tierras, o por seello del rey que alguno oviesse falsado o su moneda, o oro o plata o algund metal, o por razón de otro grand yerro de traición que quisiessen fazer al rey o al regno, o por pleyto que demandasse huérfano o omne pobre o muy cuitado contra algund poderoso de que no podiesse tan bien alcançar derecho por el fuero de la tierra... (III, 5)

Nada similar aparecía en las obras jurídicas alfonsíes precedentes, ni en el *Fuero Real* ni en el *Espéculo*. Si ese derecho de recurrir directamente al monarca se introduce por vez primera en las *Partidas*, es lógico que se regule en materia de escrituras, de forma que los menesterosos queden también protegidos de cualquier tipo de acción dirigida contra ellos mediante carta.

Resulta un tanto extraña la inserción de la Ley 40 en el lugar que aparece. La Ley, que trata sobre las cartas que se dan respecto a la posesión múltiple, está más en consonancia con la preceptiva en torno a las leyes que se encargan de definir y exponer ejemplos de cartas generales (45 y ss.) que con las leyes cuyo objetivo es delimitar el valor de las cartas de gracia (35 y ss.).

La Ley 44 es un añadido al grupo de leyes que tratan sobre los motivos que pueden invalidar los privilegios (42-43). Esta ley no aporta ninguna novedad, pero recuerda de manera explícita, aunque sumariamente, los requisitos formales imprescindibles para que el privilegio y la carta plomada alcancen su legitimidad (Leyes 2-4) y avisa sobre los indicios más comunes de manipulación material de estos documentos, señales por las que los documentos habrían de ser rechazados (adelantando contenidos de 111). La adición de la Ley 44 provoca que el contenido de la Ley 111 (basada muy directamente en la Ley 46 de *Espéculo* IV, XII) resulte en parte redundante, ya que ésta vuelve a tratar sobre el mismo aspecto, si bien es cierto que la Ley 111 no sólo se ocupa de los privilegios. En realidad, la ley redundante, producto de la compilación de contenidos que figuran en otras secciones, es más bien la 44, la añadida respecto al *Especulo*. El motivo de esta operación parece meramente estructural y puede obedecer a que la Ley 111 queda muy alejada de las Leyes 42-43, y a que muchos y muy diversos son los elementos que aparecen entre ambas.

La inserción de todas estas leyes da la impresión de cierta falta de sistematicidad en la exposición de la materia, lo que en cierto modo es cierto, ya que, como quiere la lógica y se expone en el prólogo, el valor proba-

torio de todo tipo de documentos ha de tratarse al final, anuncio que se consuma de hecho con las Leyes 111, 114 y siguientes.

La Ley 55 no es ciertamente una novedad, sino que se trata en realidad de un desarrollo pormenorizado de *Espéculo* IV, XII, 11 (que a su vez sigue muy de cerca *Fuero Real* I, VIII, 7 y 4). No obstante, la ley parece más propia del título XIX (como complemento quizá de la Ley 5) que del XVIII, ya que se centra en la institución del escribano sustituto y el modo en que éste ha de proceder con los registros del anterior escribano. La idea de emplazar esta ley aquí también parece tener un propósito claramente estructural, ya que junto a la Ley 54 marca el tránsito de las escrituras regias a las realizadas por escribano público.

Dejando atrás aquellas novedades que tienen que ver con la evolución del texto del *Espéculo*, hablaremos ahora de las modificaciones que se introdujeron sobre el *Ars notariae* de SALATIEL. Son varias las ocasiones en que los casos-modelo que presenta el formulario de SALATIEL son modificados por casos o realidades más próximos o habituales al mundo castellano. Estas modificaciones pueden considerarse estrictamente paralelas a la adaptación a las instituciones típicamente españolas y a la introducción de nombres de personajes y de lugares hispanos con el fin de dar color local. Vuélvase sobre las ya comentadas leyes en § 3.2.5.1. En definitiva, en estos casos no se produce un cambio respecto al modelo, a la fórmula como tal; no se trata de un alejamiento normativo o doctrinal con respecto al formulario de SALATIEL, con el que la relación de dependencia es innegable, como hemos tenido ocasión de demostrar suficientemente, sino que se procede a una adaptación que quiere hacer verosímil y operativo el documento en un contexto hispánico.

Así, la Ley 60 amplifica su modelo para dar cabida a la institución de la “puesta en almoneda”, ajustándose a la manera castellana de la subasta o venta de los bienes del huérfano. Las Leyes 62-63 son una ampliación de la casuística del prototipo de carta de venta en la que de un modo u otro interviene un tercero, o en que la venta se produce a través de algún intermediario. La Ley 62 recoge la figura del albacea que procede a la venta de los bienes del fallecido. En la Ley 63 la venta de los bienes de un monasterio han de hacerse siempre con el otorgamiento del prelado, ya que se trata de bienes de la Iglesia.

El *Instrumentum pacis et concordie atque tregue* (SALATIEL: 305) aparece segmentado en dos leyes diferentes en la *Partida*. La Ley 82 ofrece el modelo para el establecimiento de la paz o concordia y la 83 (ya algo más simplificada) se encarga de la tregua. Esta marcada diferencia puede deberse a la importancia que la tregua tiene en las leyes de las *Partidas*, ya que la ruptura o “quebrantamiento” de la tregua es uno de los supuestos de los casos de corte, los que caen bajo la jurisdicción exclusiva del rey.

El modelo de la Ley 84 corresponde claramente al modelo salatielino (*Instrumentum receptionis et donationis arrarum sponsalitarum*, SALATIEL: 263-266); sin embargo, el caso presentado es algo diferente: en SALATIEL la transacción se efectúa entre los padres de ambos prometidos, en tanto que en las *Partidas* tiene lugar entre el padre de la desposada y el futuro marido.

La Ley 98 de las *Partidas* sólo toma la primera parte del formulario de SALATIEL (*Instrumentum syndici ordinandi vel actoris*). Nótese como hecho curioso cómo el título de nuestra ley se corresponde mejor con el contenido del modelo de SALATIEL que con el de la ley que intitula: *Cómo deve seer fecha la carta de concejo o de eglesia conventual*, ya que sólo se aborda el caso concejil y no el de la iglesia conventual. En las *Partidas* se optó por introducir como trasfondo de respaldo del ejemplo formulaico un posible caso real sevillano. Es igualmente curioso cómo la descripción de la reunión del concejo sevillano (“seyendo ayuntado el concejo d’esse mismo logar en tal iglesia”) se corresponde con lo que sabemos acerca de esta costumbre, y es que el recién creado concejo de Sevilla se reunía en las gradas de la iglesia de Santa María (88).

Las Leyes 113-120 constituyen, finalmente, una última sección original con respecto a cualquiera de las fuentes identificadas. Están encaminadas a determinar el valor probatorio (junto con las Leyes 111 y 121) de las diversas cartas desde un enfoque judicial y procesal. Esta materia no se había tratado anteriormente, por lo que es lógico que se reglamentase sobre ella. La Ley 113 es un apéndice a la Ley 112: ésta prescribe el proceso de *traslado* o copia a la parte contraria de una carta que se presenta como prueba en juicio, en tanto que la Ley 113 especifica un caso concreto, cómo proceder a la copia de una *carta general* en que se abordan diferentes elementos, pero de la que judicialmente sólo interesa uno de ellos. En la Ley 114 vuelven a aparecer los requisitos formales necesarios (sellos, *cursus*, etc.) que confieren validez, enfocados, como corresponde al conjunto, desde el punto de vista probatorio en los pleitos. Las Leyes 115-118 tratan el procedimiento de la impugnación de las cartas presentadas en juicio que se tienen por sospechosas o falsas. Por último, las Leyes 119-121 examinan las cartas privadas atendiendo a su validez, como ya hemos advertido, desde el punto de vista jurídico.

Se puede decir, en conclusión, que las más de estas variaciones, adiciones, amplificaciones, reelaboraciones y reubicaciones de algunas leyes, principalmente en el título XVIII, pero también en el XIX, demuestran, por un lado, un claro afán del compilador de asegurarse el control del proceso de confección del documento en función de su legitimación y, por

(88) Vid. TENORIO Y CEREZO: 1901, 63, y BALLESTEROS-BERETTA: 1913, 27.

otro, un claro interés por delimitar el alcance legal y las posibles consecuencias que se podían derivar de una perversa aplicación del documento público, ya fuera expedido por la cancillería regia o por el escribano público (89). Es evidente que muchas de estas leyes que se presentan re-elaboradas y reubicadas poseen un enfoque novedoso gracias a la nueva estructuración y presentación de la materia documental y de la institución notarial que se construye en la *Tercera Partida* a partir de la doctrina de las nuevas fuentes, muy especialmente de las *artes notariae*. En cambio, como hemos señalado, la inclusión de otras leyes (y más concretamente los modelos formulaicos) responde a un interés específico por integrar algunas situaciones, instituciones, costumbres, etc., hispánicas que no se recogen en los modelos y a las que se quiere dar cabida y reconocimiento. Magistral combinación, pues, del derecho europeo y el derecho hispánico.

CAPÍTULO III

DATACIÓN. LUGAR O LUGARES DE REDACCIÓN

1. Datación

Considerábamos más arriba la notable diferencia que habría supuesto para la historia del derecho y del reinado alfonsí la existencia de alusiones a las fuentes aprovechadas por los compiladores de los textos jurídicos. Lo mismo valdría decir respecto a las referencias externas al texto, ya fueran meros apuntes cronológicos, sociales o culturales. Nada aparece en las *Partidas* que permita relacionar o vincular de forma definitiva la redacción con algún aspecto externo al texto, alusión que nos aproximaría a una fecha de redacción o redacciones con mínima firmeza y garantía.

Dejando a un lado la complejidad de la *Primera Partida*, veíamos en las líneas que dedicábamos a la *Segunda* cómo la versión interpolada permitía al profesor CRADDOCK, a través de un complejo proceso de interpretaciones y deducciones, intuir muy verosímilmente (pero no asegurar) cuándo podría haber estado redactada la versión no interpolada. Por nuestra parte, hemos intentado aproximarnos a la datación aproximada del texto por otros medios, como, por ejemplo, el estudio de las referencias nu-

(89) Insistimos en ello y creemos justificar estas conclusiones en *infra* Parte III, capítulo IV.

mismáticas que aparecen a lo largo de las *Siete Partidas*, pero lo vago y descontextualizado de éstas nos han obligado a abandonar el intento sin resultado digno de comentario (90). El punto de partida ha de ser otro.

El estudio de las fuentes de esta *Tercera Partida* permite concluir que la obra más moderna manejada por los compiladores alfonsíes de que tenemos conocimiento fue probablemente la primera redacción del *Speculum iudiciale* de DURANTE, datable en torno a 1272. Puesto que el *Speculum* no puede ser anterior a esa fecha, el año 1272 puede juzgarse un *terminus post quem* fiable para la obra. Además, hay otro dato nada desdeñable, en este caso una referencia textual, que fijaría también el *post quem* en torno a 1270: se trata de la mención de unos personajes inmersos en una circunstancia concreta acaecida en 1270 (*vid.* § 1.1.2). La conclusión es, pues, inmediata: antes de los años 1270-1272 la *Tercera Partida* no estaba redactada, al menos como ahora la conocemos. Por el contrario, no se ha dado hasta la fecha un *terminus ante quem* satisfactorio, una fecha en la que la sepamos ya concluida. Así, aunque muy pocos dudamos de que la obra fuera conocida por el rey Alfonso X tal como nos ha llegado, la falta de pruebas o indicios fiables de una datación mantiene aún vivas en cierto modo las sospechas que al respecto introdujo GARCÍA-GALLO.

1.1. Personajes y lugares en el título XVIII.

Aunque no hay seguridad sobre el valor que debemos conferirles, existen en la *Tercera Partida* referencias a elementos externos que podrían orientar la fijación de una posible datación del texto, confirmar el posible *post quem* que fijábamos después de 1272 y quizá también guiar tímidamente nuestros pasos hacia un *terminus ante quem*.

(90) Partimos de un problema fundamental: la datación de la mayoría de las monedas no es clara ni unánime entre los especialistas; además, las referencias numismáticas que figuran en las *Partidas* (blancas alfonsíes, marcos, doblas, de oro, de plata, de vellón, etc.) son, como hemos dicho, demasiado poco específicas como para establecer coordenadas cronológicas. Sólo un caso hallado en *Partidas* VII, xxxiii, 2 ha llamado nuestra atención:

... Esto sería como si algund ome comprasse de otro alguna cosa, por precio de mil maravedis: e el vendedor dixiesse que su entendimiento era, que estos maravedis fuesen delos negros, e el comprador dixiesse que eran de las blancos: si tal dubda como esta non se pudiesse aueriguar por carta...

Según CASTÁN (2000, 52-55), la moneda prieta se documenta por vez primera en 1270 [aunque para FARRÉS (1976) también se acuñaron prietas en 1258] y fue válida hasta 1279. Si tenemos en cuenta este dato, la noticia de *Partidas* VII, xxxiii, 2, sólo podría haberse dado a partir de 1270. El hecho no era intrascendente debido a que el maravedí de cuenta poseía diferente valor: el dinero prieto valía seis veces el precio del blanco.

El título XVIII de la *Tercera Partida* es el único de la obra en que se nos ofrece un buen número de nombres conocidos, de lugares concretos y de alusiones a alguna que otra situación al menos susceptible de ser interpretada como verosímil. ¿Podríamos a través de todo ello determinar un momento más o menos concreto del siglo XIII en el que podría estar confeccionándose el texto? Ésa fue la idea de GARCÍA-GALLO, idea que juzgamos enteramente razonable. Pero aunque este investigador estaba bien encaminado por los datos relativos a personajes y lugares, su conclusión final respecto a la datación del texto no es convincente (*vid. supra* Parte II, cap. II, § 2).

Los nombres de estos lugares y personajes identificables aparecen en varios de los documentos insertados como modelos de escrituración notarial en algunas leyes del título XVIII. Pero, frente a lo que creyó GARCÍA-GALLO y según hemos mostrado antes, la mayoría de los documentos aludidos, tal como figuran en estas leyes de la *Tercera Partida*, no son documentos auténticos, sino que, salvo excepciones, son una adaptación (literal en muchos casos) de los modelos salatielinos. En consecuencia, ningún provecho se puede obtener de interpretar como cierta una realidad que es sólo aparente en estas posturas, pleitos o avenencias por y entre personajes conocidos.

Es cierto también que algunos de los modelos documentales de estas leyes no están tomados del *Ars notariae* de SALATIEL; por ejemplo, los seguidos para la redacción de documentos judiciales. Esto podría plantear la duda de si realmente estas otras fórmulas podrían proceder de verdaderos documentos notariales (91). No se puede dar una respuesta negativa. No obstante, hemos de destacar que, a partir de lo que parece desprenderse de su examen, todo sugiere que estos patrones son artificiales o *ex profeso* en su forma e intención. Valga de ejemplo la Ley 110, en la que se ofrecen las fórmulas necesarias para la escrituración de la sentencia dealzada: se muestran varias posibilidades en la resolución de los hechos con el fin de ofrecer a los escribanos una mayor casuística, un mayor número de ejemplos o simplemente casos contrarios a los que ajustar el tenor y la redacción del documento (*vid. supra* Parte III, cap. II, § 3.2.5.1 e *infra* § 1.1.2).

Sin embargo, en otros casos —como los nombramientos del alcalde sevillano Ferrand Mateos (Ley 7) y del escribano de Segovia Velasco Ibáñez (Ley 8)—, es bastante probable que los documentos fueran efectivamente reales, tomados del archivo cancilleresco. No resulta extraño pensar que los compiladores del texto hubieran acudido a documentos de la cancille-

(91) Otro caso es el de *Partidas* III, XVIII, 77. La fórmula de afletamiento no encuentra semejante en el *Ars notariae* de SALATIEL; parece responder a la *forma nauli* más tradicional, proveniente quizá de la práctica notarial sevillana.

ría o a documentos o registros notariales privados relativamente recientes, lo que no sería nada extraño en una corte itinerante.

Pero sean transcripciones de documentos auténticos, modelos tomados de SALATIEL o patrones confeccionados *ex profeso*, lo que ha de llamar-nos la atención es el hecho de que hayan sido introducidos en estos modelos como intervinientes personajes reales e identificados cuyas vidas convergen fundamentalmente en torno a la década de los setenta del siglo XIII.

Las referencias a nombres y lugares son variadas; se puede establecer una jerarquía basada en el nivel de especificidad de estas referencias. Así, en un primer lugar, aparecen alusiones indefinidas como “fulán” y “en tal lugar” (Leyes 56-58, 60-63 y 65-69). Un segundo grupo lo constituyen referencias más explícitas en las que se dan nombres propios, en ocasiones acompañados de apellido, pero que, a falta de otras coordenadas, carecen de valor y no podemos considerarlas más que una mera sustitución de las referencias indefinidas (Leyes 64, 70, 71-74, 76, 79-87, 89, 90, 92, 99 y 100-104). Un tercer grupo contiene referencias a nombres propios y la adscripción a algún lugar, lo que no es suficiente en un primer momento para su localización, pero con la confluencia de otros elementos externos podemos llegar a contextualizarlos (Leyes 75, 88, 97 y 105). Y en un cuarto y último grupo podemos agrupar las referencias más específicas: nombres de personajes adscritos a una actividad realizada en un lugar concreto. En alguna ocasión, uno o varios de estos personajes aparecen inmersos en un contexto, si no real, al menos susceptible de ser interpretado como tal. Estas últimas referencias son las que mejor nos informan acerca del posible marco cronológico de la *Tercera Partida* (vid. Leyes 77, 78, 91, 93-96, 98 y 106-110). Nos centraremos principalmente en las referencias a los alcaldes mayores de Toledo, Sevilla y Burgos, que sabemos activos durante el reinado alfonsí y de los que nos han llegado algunas pocas (aunque no siempre claras) noticias relativas a su labor y a sus personas.

1.1.1. *Alcaldes de Toledo: Gonçalvo Iváñez (o Juanes) y Gonçalo Ruiz.*

No es mucho lo que se conoce acerca del alcalde de Toledo Gonzalo Ibáñez o Juanes (citado en las Leyes 91, 93, 95 y 101). Sabemos que perteneció a una de las más importantes familias mozárabes de la ciudad de Toledo. Aunque desconocemos las fechas exactas en que comenzó y en que cesó en su cargo, hay documentos judiciales que confirman su actividad entre 1220 y 1270 (HERNÁNDEZ Y LINEHAN: 2004, 14) (92).

(92) Sin embargo, González Palencia (1926-1928) recoge documentos que aluden a Gonçalvo Iváñez entre 1267 y 1294: *Mozárabes*: II, 200-201, doc. 602 (12 abril 1257); 219-220, doc. 619 (26 mayo 1264); 310-312, doc. 701 (17 marzo 1290); 331, doc. 716 (19 oct. 1294); III, 268-272, doc. 958 (23 dic. 1262); 276-279, doc. 960 (11 marzo 1269); 454-455, doc. 1044 (21 nov. 1272).

Gonzalo Juanes fue tío paterno del que llegaría a ser arzobispo de Toledo, Gonzalo Pérez o –con el apelativo con el que se le conoció desde el siglo XVI– “Gudiel” (93), figura que, como su familia, perteneció al ambiente íntimo del rey Alfonso. Así, su hermano Garcí Pérez fue notario del rey en Andalucía entre 1253 y 1259. Otro tío de “Gudiel”, también llamado Gonzalo Juanes, obispo de Cuenca hacia 1228, acompañó a Fernando III en la toma de Córdoba y a Alfonso X en la de Murcia, recibiendo de ambos importantes beneficios. El propio “Gudiel” consiguió ser arcediano de Toledo en 1269 y notario de Castilla en 1270, gracias a Alfonso X, y participó en el cuarto y quinto repartimiento de Murcia entre 1268 y 1271, tras la revuelta mudéjar, con sus colegas Gil García de Azagra y Maestro Jacobo de las Leyes.

Varios autores (TORRES FONTES: 1964, HERNÁNDEZ Y LINEHAN: 2004) han relacionado la presencia del alcalde toledano Gonzalo Ibáñez en estas leyes con la intervención de su sobrino Gonzalo Pérez en el proceso de confección de la *Tercera Partida*. Del mismo modo se ha supuesto que el deán de Toledo mencionado en la Ley 75 podría ser el propio Gonzalo Pérez “Gudiel”, gran bibliófilo y deán de Toledo en la década de los sesenta (antes de hacerse con el arcedianato gracias a Alfonso X), lo que se acomodaría perfectamente al tenor del modelo inserto en la mencionada ley (94). “Gudiel” fue estudiante en París entre 1252 y 1258. A su regreso obtuvo el arcedianato de Moya (Cuenca) de otro de sus tíos, Rodrigo Juanes, hermano de Gonzalo Juanes y como él obispo de Cuenca desde 1257. Pero en lugar de incorporarse, “Gudiel” consiguió una licencia para estudios de leyes en Italia entre 1259 y 1263 (95), lo que debió de convertirlo en experto jurista y quizá le permitió establecer relaciones con italianos que luego vemos en la corte alfonsí o traer consigo textos jurídicos entonces desconocidos en España, como el *Ars notariae* de SALATIEL.

Juan TORRES FONTES (1964: 531-545), seguido por HERNÁNDEZ Y LINEHAN (2004: 136-140), supuso por ello que la redacción de las *Partidas* se habría llevado a cabo en esos años del repartimiento de Murcia (entre 1268 y 1271), donde significativamente “Gudiel” coincidió con Jacobo de

(93) Para aspectos biográficos de “Gudiel”, *vid.* HERNÁNDEZ Y LINEHAN: 2004, y *cfr.* GONZÁLEZ RUIZ: 1997, 299-657.

(94) Tanto la posible intervención de “Gudiel” en la composición de la *Partida*, como la relación de éste con la aparición en el texto del alcalde Gonzalo Ibáñez, no son ideas originales en ninguno de estos autores modernos: las encuentro documentadas por primera vez en MARTÍNEZ MARINA [1808 (1966): 192 y 196].

(95) Para GONZÁLEZ RUIZ (1997, 307-309), “Gudiel” habría decidido entonces continuar sus estudios en la rama civilística, ya que el Derecho civil era una de las ramas más cotizadas en la Iglesia y en Castilla y una disciplina fundamental para acometer importantes carreras.

las Leyes y Pedro Gallego, dos de las figuras que tradicionalmente han sido vinculadas con la elaboración de las *Partidas*.

No obstante, no hemos de olvidar –algo que desconocen todos los que han aducido esta hipótesis– que el documento inserto en la Ley 75 es una copia fiel del *Instrumentum locationis operarum* del *Ars notariae* salatielino y que, por tanto, si bien tal tipo de servicio estaba a la orden del día, no cabe duda de que el caso presentado no es real. Pero esto no es óbice para preguntarse quién y por qué se acordaría del deán de Toledo en el momento de hispanizar el modelo italiano, ¿habría sido a instancias de “Gudiel”, deán de Toledo hasta 1266 ó 1269? (96). ¿Cuántas veces no habría solicitado la copia de los libros que colmaban los anaqueles de su magnífica biblioteca? Y ¿por qué no, a fin de dar color local, sustituir el *iudex* del modelo de SALATIEL por su tío, el famoso juez de Toledo? (97). Aunque estas coincidencias nada aseguran, indudablemente muestran la familiaridad de los autores de la *Tercera Partida* con estos personajes, aludiendo a una situación que poseían, además, antes de 1270, pero no después. Sin duda que los grandes juristas del entorno alfonsino, como Fernando MARTÍNEZ DE ZAMORA, el maestro Roldán o Jacobo DE LAS LEYES, hubieron de intervenir de un modo u otro en el proceso de confección de esta sección procesal del gran código alfonsino, y es que no serían muchos los hombres por entonces con la capacidad y la formación necesarias para ello. A diferencia de éstos, no conocemos ninguna obra legal de Gonzalo Pérez “Gudiel”, pero es indudable que sus conocimientos jurídicos adquiridos en Italia, su proximidad al ambiente íntimo del rey, su actividad en la corte como notario al menos desde 1270 y el hecho de que fuera designado por el propio Alfonso como dirimente en el repartimiento de Murcia lo convierte en un digno candidato a integrante del equipo que proyectó o confeccionó la *Tercera Partida* o, al menos, a persona que tuvo que estar muy cercana a los autores del proyecto.

Por lo que respecta al alcalde Gonçalo Ruiz (Ley 91) (98), sabemos que en 1264 (99) está en ejercicio de la función de su oficio público en

(96) Cf. HERNÁNDEZ Y LINEHAN: 2004, 88-95, y GONZÁLEZ RUIZ: 1997, 317.

(97) *Vid.* § 2.

(98) No hay ningún alcalde Gonzalo Ruiz en la Ley 91, como dice GARCÍA-GALLO (1951-1952, 441). La confusión parece provenir de una lectura particular de la ley en las ediciones de DÍAZ MONTALVO y Gregorio LÓPEZ, que han sustituido Iváñez por Ruiz, lección no corroborada en ninguno de los testimonios manuscritos. Por otro lado, en la Ley 96 se alude a un tal Gonzalo Ruiz, pero, en realidad, la alusión hace referencia al *contendor* en el pleito y no necesariamente se trataría de ningún alcalde. Además, es significativo el hecho de que esta Ley 96 esté relacionada con la ley inmediatamente anterior; ambas forman parte de un mismo “caso”, con los mismos intervinientes y, evidentemente, el alcalde es don Gonçalvo Iváñez y no Gonçalo Ruiz.

(99) *Mozárabes*: II, 219-220, doc. 619 (mayo 1264).

Toledo; sin embargo, en las referencias que conocemos de él ya entre 1278 y 1287 no aparece citado como alcalde (100).

1.1.2. *Don Marín Pérez, alcalde de Burgos.*

Hacíamos mención más arriba a que la concurrencia de determinados personajes en una situación casi sin duda ficticia, bien por haber sido tomada de SALATIEL, bien por demasiado orientada a la exposición de las fórmulas precisas para la redacción de una determinada tipología documental, podría, sin embargo, ayudar a delimitar la fecha del texto o, al menos, a confirmar nuestra hipótesis que aboga por que la redacción se llevó a cabo en la década de los setenta. Tal es el caso de la Ley 110, “Cómo deve seer fecha la carta de la sentencia que dan los juezes de las alçadas”. Aquí se nos habla de un recurso de alzada a propósito de un pleito dirimido por don Marín, alcalde de Burgos, entre el abad de Oña y un tal Gonzalvo Ruiz, ante cuya sentencia este último se alza al rey. El modelo no está tomado del *Ars notariae* de SALATIEL, ya que, como hemos dicho, éste no trata documentos de causas judiciales en su formulario, pero muy probablemente la situación descrita en el texto de la ley es ficticia, o en todo caso inspirada de un caso real, pero adaptada y presentada al modo del formulario italiano. Prueba de ello es la presentación en forma de disyuntiva de la resolución de la alzada descrita, algo impensable en una sentencia verdadera y firme. Pero fuera de este hecho interesa destacar la existencia real de un don Marín, alcalde de Burgos, que hemos podido localizar a través de algunos documentos y cuya actividad parece desarrollarse muy intensamente en la década de los setenta (101).

La primera referencia a este alcalde burgalés se encuentra en un documento del Archivo Municipal de Burgos, en el que Alfonso X confirma el traslado notarial de las ordenanzas de los zapateros de Burgos, fechado en 26 de mayo de 1270. Entre los testigos aparece un tal “Mar(t)in Perez alcalde” (102). También entre la documentación del monasterio de San Salvador de Oña encontramos varias cartas en las que aparece el mismo alcalde. Así, en una carta fechada en Valladolid el 18 de julio de 1271, dirigida por el infante don Fernando a los alcaldes de Burgos y, entre ellos, a un tal “Marin Perez” (103); en otra carta fechada en Valladolid el

(100) *Mozárabes*: II, 259-260, doc. 658 (23 nov. 1278); 276-279, doc. 674 (3 agosto 1283); 300-302, doc. 692 (21 ene. 1287) y 302-304, doc. 693 (18 mayo 1287).

(101) Don Marín aún no era conocido como personaje real por BALLESTEROS-BERETTA (1984, 360), aunque unos cientos de páginas más adelante el autor reproduce un documento en el que aparece citado (1984, 933).

(102) Archivo Municipal de Burgos, sec. hca., número 683. *Vid. DEDAL*, ACV, 40v.

(103) Oña: 189-192, doc. 195.

30 de abril de 1278 en que el propio rey Alfonso se dirige a “don Marin” para solicitarle la copia de una pesquisa llevada a cabo con respecto al pleito que por entonces mantienen el monasterio de San Salvador de Oña y el concejo de Frías (104); y en un documento fechado el 20 de mayo de 1280 también relativo al pleito entre el monasterio de Oña y el concejo de Frías en el que se cita claramente a “don Marin, alcalde dela çipdat de Castiella” (105); por último, don Marín vuelve a ser citado en las actas del mismo pleito fechadas el 13 de julio de 1280 (106). Tenemos, pues, a otro alcalde de los citados en la *Tercera Partida* localizado en la década de los setenta, activo aún en mayo de 1280.

Pero nuestra sorpresa aumenta cuando entre los documentos del monasterio de Oña aparece uno que, sin ser definitivo para nuestros intereses, goza de mayor relevancia. Se trata de un documento del rey Alfonso fechado en Miranda de Ebro el 20 de septiembre de 1270, en el que el rey conmina a un tal “Gonçaluo Royz de Atiença” a devolver a San Salvador de Oña algunos bienes que le había arrebatado impropriamente en monasterio de Rodilla y en Henosa:

Sepan quantos esta carta vieren commo ante nos, don Alfonso, por la gracia de Dios rey de Castiella, de Toledo, de Leon, de Galizia, de Seuilla, de Cordova, de Murçia, de Iauen e del Algarve, venieron en iuizio don Pedro, abbad de Onna, por sy e con carta de personeria del conuento, de la vna parte, e Gonçaluo Royz de Atiença, de la vtra, en razon de las demandas quel fazien el abbad y el conuento sobre la casa de Sancta Maria de Monesterio de Rodiella e sobre la teneçia de Fenosa, que dezie el abbad e el conuento quel entro Gonçaluo Royz, commo non devie... (Oña: 185-187, doc. 192.)

El documento nada tiene que ver en principio, al menos directamente, con lo descrito en la Ley 110 de nuestra *Partida*: ni se trata de un caso de alzada ni se alude en él al alcalde don Marín. Insistimos en que no ha de perseguirse la identificación legal o procesal del modelo de la ley de la *Partida* con algún evento acaecido realmente, pues la ley no presenta más que varias fórmulas de escrituración judicial para casos hipotéticos, pero la “coincidencia” de la existencia histórica de un pleito entre Gonzalo Ruiz y el abad de Oña en 1270, en perfecta coincidencia con la fecha de la primera documentación conocida de don Marín, es cuando menos sorprendente.

(104) Oña: 219-220, doc. 219.

(105) Oña: 231-234, doc. 229.

(106) Oña: 234-236, doc. 231.

1.1.3. Los alcaldes sevillanos.

Pero es Sevilla la que se lleva la palma en este tipo de alusiones y referencias. Nada menos que tres de sus alcaldes son claramente aludidos en numerosas leyes del título XVIII: Ferrand Mateos, que ya hemos mencionado un poco más arriba, Rodrigo Esteban y Alfonso Díaz; a ellos hay que añadir, quizá, el alcalde Gonzalo Vicente (107). Nos dice ORTIZ DE ZÚÑIGA en el año 1250 de sus *Anales* que “los cuatro primeros alcaldes mayores fueron Rodrigo Esteban, Gonzalo Vicente, Fernan Mateos, Rui Fernandez de Safagun, que todos estan heredados entre los alcaldes del rey en el Repartimiento de la alqueria *Vesahit*, o Alcaldia” (108).

El primero que se cita en las leyes de la *Tercera Partida* es Fernán Mateos (Leyes 7 y 106-109). La Ley 7 es nada menos que la carta regia de su nombramiento como alcalde mayor de Sevilla. Es poco lo que se sabe con seguridad en torno a este alcalde sevillano: es nombrado en el repartimiento de Sevilla de 1253, donde recibió algunas tierras (109). Existe para otros la posibilidad de que fuera el mismo Ferrán Mateos, que fue alcalde en Toledo desde 1248, también en 1267 (110) y 1271 (111); a partir de diciembre de 1275 (112) los documentos aluden a él como fallecido. Se hace ciertamente difícil, con la escasa información que poseemos, explicar cómo podría haber compatibilizado ambos cargos, la alcaldía de Toledo y la de Sevilla. También es posible –quizá la teoría más probable– que el Ferrán Mateos de las *Partidas* fuese el hijo del almirante Juan

(107) No existe ningún elemento ni circunstancia que realmente indique que el alcalde Fernán Iváñez de la Ley 110 sea el alcalde sevillano Fernán Iváñez, como ha aducido GARCÍA-GALLO (1951-1952, 440-442). Este es el motivo por el que no vamos a considerar en esta sección al alcalde de Sevilla Fernán Iváñez. Podríamos decir lo mismo acerca del “Gonçalo” que se nombra en la Ley 70. Según GARCÍA-GALLO, éste es el alcalde sevillano Gonzalo Vicente. En principio, no podemos negar tal hecho, pero es necesario señalar dos detalles importantes: 1) en ninguno de los testimonios manuscritos el personaje se cita como Gonzalo Vicente, sino simplemente como Gonzalo; el apellido Vicente sólo aparece en las ediciones de DÍAZ DE MONTALVO y Gregorio LÓPEZ, y 2) en ningún lugar de la ley se dice que este Gonzalo sea alcalde. No obstante –con todas las reservas, y ya que tampoco se puede negar su identidad de forma absoluta–, hemos tenido en cuenta para el propósito que perseguimos en este apartado a este alcalde sevillano y las referencias que sobre él hemos hallado.

(108) ORTIZ DE ZÚÑIGA, D.: *Anales eclesiásticos y seculares de la muy noble y muy leal ciudad de Sevilla*, 1795. Cito a través de CEREZO TENORIO: 1901, 82.

(109) *Repartimiento*: I, 277; II, 64, 176, 238 y 263. Las donaciones consistieron (al igual que para los demás alcaldes de Sevilla que aparecen en la *Tercera Partida*) en sesenta aranzadas y dos yugadas en el Vesvachit o Alcaldía y heredad de pan en Utrera; una huerta en la Macarena; sesenta aranzadas de olivar y seis yugadas en el Rasnachit y heredad de pan en Sibol.

(110) *Mozárabes*: III, 989 y 1031 (19 sep.).

(111) *Mozárabes*: II, 961 (1 dic.).

(112) *Mozárabes*: II, 647 (20 agos. 1275); 650 (2 dic. 1275); 655 (ene. 1278); 674 (agos. 1283); 692 (ene. 1287); III, 829 (dic. 1287); 1045 (mayo 1281); 1064 (mar. 1276).

Mathé de Luna, que acabó casándose con Mayor de Mendoza, bisnieta de Ruy López, ricohombre alcalde mayor de Sevilla y señor de Huelva, el primer Almirante Mayor de la mar (PÉREZ-EMBID: 1944, 78, y TORRES SANZ: 1982, 238).

Un tal Gonzalo aparece citado en la Ley 70 y se ha sugerido su identificación con el alcalde sevillano Gonzalo Vicente, la cual dista de ser segura (113). El alcalde Gonzalo Vicente recibió tierras en el repartimiento de 1253 (114). Además, conocemos por algunos documentos la actividad del alcalde don Gonzalo desde 1254 (115); en este año actúa por mandato del rey Alfonso X como mediador con los moros de Morón, hecho que se ratifica en un documento de 1255 (116). Existen, además, otros documentos que aluden a él con título de alcalde en 1256 (117), 1257 (118) y 1268 (119). Poco más podemos aducir con respecto a este alcalde sevillano.

Rodrigo Esteban (Leyes 94 y 98) es el alcalde sevillano de quien más referencias nos han llegado. También es recompensado en el repartimiento de 1253 (120). Lo encontramos citado como alcalde ya en 1255 (121) y 1256 (122), también en 1272 (123), 1274 (124), 1280 (125) y 1282 (126), pero en dos documentos del 13 de enero de 1300 aparece como fallecido (127). No conocemos la fecha de su nombramiento como alcalde, pero debió tener lugar a principios del reinado de Alfonso X; en cuanto a su cese, si hemos de creer lo que nos dice la *Crónica de Alfonso X*, este Rodrigo Esteban habría sido alcalde mayor de Sevilla hasta que fue asesinado en 1283 por los partidarios del infante don Sancho (128). Parece ha-

(113) *Vid.* número 18.

(114) *Repartimiento*: I, 70-72, 75, 278; II, 64, 176, 238, 263. Para otras concesiones después de 1253: 323, 324, 329 y 330.

(115) *Diplomatario*: 151, doc. 139 (24 mayo); y 151-152, doc. 141 (17 dic.).

(116) TENORIO Y CEREZO: 1901, 264-266, que se reproduce en *Diplomatario*: 158-160, doc. 147 (3 abr.), texto que confirma un acuerdo de 1254 entre Gonzalo Vicente y los moros de Morón: *Diplomatario*: 161-162, doc. 150 (25 mayo).

(117) *Diplomatario*: 198-200, doc. 179 (10 jun.); 203, doc. 183 (8 sep.); 203-204, doc. 184 (13 sep.); 207, doc. 187 (19 mar.).

(118) *Diplomatario*: 210-211, doc. 189 (11 mar.).

(119) *Diplomatario*: 374, doc. 347 (27 mar.).

(120) *Repartimiento*: II, 65, 175, 239, 263. Otras concesiones posteriores a 1253: 325, 356, 358, 363.

(121) *DEDAL*, AAN, 33v (17 jun. 1255); ídem, *Diplomatario*: 168, doc. 155.

(122) *Diplomatario*: 207, doc. 187 (6 nov.) y *Diplomatario*: 532-535, doc. 503 bis (9 nov.): Sentencia de Alfonso X contra el infante don Sancho.

(123) Notar. Sevilla: 277-278, doc. 53 (2 mayo).

(124) *DEDAL*, AAN, 84v (6 jun.); ídem, *Diplomatario*: 435-436, doc. 411.

(125) *Diplomatario*: 491, doc. 463 (31 mayo).

(126) *Diplomatario*: 522, doc. 491 (22 feb.).

(127) Notar. Sevilla: 405-409, docs. 127 y 128.

(128) *Cr. Alfonso X*: 232. Cap. LXXVII: De las cosas que acescieron en el regno sobre la voz que tomó el infante don Sancho.

ber sido, pues, un personaje que permaneció leal y próximo al rey hasta su muerte.

El último de los alcaldes sevillanos que se nombra en las *Partidas* es Alfonso Díaz (Ley 98). Este alcalde no recibe tierras en 1253, pero sí en 1267 (129), lo que induce a pensar que su nombramiento fue tardío. Sólo hemos hallado tres documentos que aluden a Alfonso Díaz como alcalde en 1272 (130), 1273 (131) y 1274 (132), curiosamente actuando en ambas ocasiones junto a Rodrigo Esteban (al igual que en la ley de las *Partidas*).

Con respecto al hipotético pleito planteado en esta Ley 98 entre el cabildo de Santa María y el concejo de Sevilla, aducía GARCÍA-GALLO (1951-1952: 440-441), siguiendo a GONZÁLEZ (1951: I, 347, 376), que tal hecho debió de producirse entre el 21 de noviembre de 1260 (133), momento en que el rey concede a la Iglesia de Sevilla la alquería de Umbrete, la aldea de Tercia y las villas de Brenes y Cazalla, y 1278 cuando estas donaciones se modifican (GONZÁLEZ: 1951, I, 337, 350) (134). No sabemos si el pleito aludido (y el documento correspondiente) existió realmente —probablemente sí, y vagamente se alude a ello en esta ley—, pero de lo que no nos cabe duda es de que el contexto histórico referido es el apropiado para la inclusión del tenor de la Ley 98 en el título XVIII.

1.1.4. *Terminus ante quem.*

Si establecer un *post quem* seguro es tarea complicada por la poca precisión en las coordenadas temporales que podemos trazar, también se revela difícil fijar un *terminus ante quem*. Hacíamos referencia arriba a

(129) *Repartimiento*: II, 347.

(130) Notar. Sevilla: 277-278, doc. 53 (2 mayo).

(131) *Diplomatario*: 427-428, doc. 402 (1 jul.).

(132) *DEDAL*, AAN, 84v (6 jun.); ídem, *Diplomatario*: 435-436, doc. 411.

(133) En *Repartimiento*: 347 (*vid.* nota siguiente) J. GONZÁLEZ da la fecha de noviembre de 1261 (lo que parece sin duda una errata). Más adelante (1951: 376) alude correctamente al 21 de noviembre de 1260.

(134) *Vid.* también la noticia en *Repartimiento*: II, 347 y 376. Dice J. GONZÁLEZ a propósito de los conflictos entre los varios señoríos del alfoz sevillano: “Así, en un principio la Iglesia tuvo rentas asignadas sobre las del rey. Pronto se modificó eso y en su lugar aparecen las concesiones de los pueblos: Cantillana (20 marzo 1252), las alquerías de Umbrete, Tercia y los pueblos de Cazalla y Brenes (21 de noviembre 1261 [1260]), con la facultad y condición de poblarlo por fuero de Sevilla; lo de Cantillana era poco peligroso, pues se hallaba fuera del territorio; lo de Brenes y Tercia podía serlo, pues se unían a lo anterior abarcando una extensión considerable de terreno; además se complicó por la repoblación de Villaverde, de donde el concejo temía el pleito con la Iglesia sevillana, y por eso sus alcaldes Rodrigo Esteban y Alfonso Díaz nombraron a Diego Alfonso por personero para tratar ese asunto ante el rey (1951: 347)”. El documento de la donación de 1260 puede leerse en *MHE* I, 166-169 y *Diplomatario*: 255, doc. 233.

ciertos hechos que narraba la *Crónica de Alfonso X* sobre la muerte del alcalde Rodrigo Esteban:

... Et quando Sancho Martínez [de Leyua] e don Ferrant Andríquez et los que estauan en Córdoua por el infante don Sancho [lo] sopieron, sallieron a ellos e lidiaron con ellos de guisa que don Ferrant Pérez Ponçe e los otros que venían con él uençieron a los de Córdoua. E mataron y este día Ferrant Munnoz, alguacil mayor de Córdoua, et cortáronle la cabeça et leváronla al rey don Alfonso en presente. Et el rey mandóla colgar del tablado de Sevilla en garfios [de fierro]. Et otrosí mataron ese día á Rodrigo Estéuanez, alcalde mayor de Seuilla, et pesó mucho al rey don Alfonso. Et entonçe dio el alcaldía de Seuilla á Diego Alfonso... (*Cr. Alfonso X*: 232.)

¿Podría ser este Diego Alfonso el mismo que aparece citado (como personero del concejo) junto a Rodrigo Esteban y Alfonso Díaz en la Ley 98? De ser así, ello ofrecería un claro indicio de que cuando se introducían sus nombres en la ley de la *Partida* Rodrigo Esteban aún vivía y Diego Alfonso no había sido nombrado alcalde. Todo apunta a que nuestra *Partida* podría ser anterior a 1283: porque ¿qué sentido podría tener resucitar a este alcalde tantos años después de su muerte y en unas referencias tan marginales?

2. Lugar(es) de composición del texto

Decíamos anteriormente que la coincidencia en Murcia de las figuras de Pedro GALLEGO, Jacobo DE LAS LEYES y Gonzalo PÉREZ “Gudiel” ha propiciado la idea de que bien pudieron concebirse las *Partidas* (especialmente la *Tercera*) en aquel entorno de los repartimientos (TORRES FONTES: 1964). Nos parece verosímil que en aquel ambiente jurídico tan particular como propicio pudieran acumularse algunos materiales y, en definitiva, que se trazasen las primeras líneas para la composición del texto, pero es poco probable que se efectuase entonces la redacción. Recordemos que habíamos fijado un posible *post quem* en 1272 en atención a la utilización del *Speculum* de DURANTE. Pero, para entonces, Pedro GALLEGO ya había muerto (1267); “Gudiel”, por su parte, no residía allí, ya que, nombrado como notario de Castilla desde 1270, no intervino ya en el quinto repartimiento de Murcia entre 1272 y 1273. Sólo mantiene entonces su residencia en Murcia el maestro Jacobo, aunque tampoco participa en el repartimiento de 1272-1273.

La hipótesis murciana tampoco resulta muy verosímil si consideramos la absoluta falta de mención a lugares, personajes o circunstancias del ambiente murciano, que debió de ser sin duda notarialmente activísimo como consecuencia de los repartimientos, entre otros muchos aspectos.

Frente a esta ausencia de alusiones a Murcia destacan las numerosas referencias a Sevilla, a su actividad, a ciertos cargos públicos y a varios de sus habitantes. Este importante número de referencias a personajes y lugares sevillanos es, en nuestra opinión, serio indicio de que la mayor parte del trabajo compilatorio y, acaso, su fase final debieron llevarse a cabo en Sevilla.

Muy posiblemente la *Tercera Partida* aún se redactaba en 1279, cuando la corte llegó a Sevilla y quizá allí, ya en los años de reclusión del rey, se le dio fin. ¿Se inspiraron en personajes y lugares sevillanos los compiladores para sustituir algunos de los nombres y lugares de los modelos salatielinos? Parecería lógico. De la práctica notarial sevillana se tomó el modelo para la *forma nauli* o de afletamiento que reproduce la Ley 77. Con respecto a esta ley, sabemos que desde 1251 vivía en Sevilla el mercader don Alemán Andeguer (135), que afletó la *Buenaventura*. Sería también entonces cuando se sustituyeron los “Yvanus Azolinus et Marchus”, comerciantes boloñeses del modelo de SALATIEL (136) por los “Pero de la Rochella e don Albaric, mercadores” de la calle Francos (Ley 78); sería entonces cuando se tradujo “ad gerendum omnia sua negotia quas et que habet vel habebit in curia Castri Franchi ut possit ipsas locare dislocare colere et coli facere fructus percipere pensiones et reddidus...” (137) por “recabdar todas las cosas tan bien muebles como raíz cuantas á en Sevilla e que las pueda logar e alquilar e arrendar e recibir los fructos e los logueros d’ellas...” (Ley 97); sería allí donde el “dominum Accursium tamquam in arbitrum electum concorditer...” (138) fue hispanizado con “Ferrand Mateos por su abenidor e por árbitro e por arbitrador e por comunal amigo” (Ley 106); donde “Philipus de Ugonibus Bononie potestas in consilio generali congregato more solito ad sonm campanarum in palacio veteri communis Bononie [...] Petri et Pauli procuratorum et Iohannis massarii dicti communis et talium electorum de consilio sine fraude constituit et ordenavit Petrum notarium syndicum et actorem et defensorem communis Bononie spetialiter in causa” (139), adaptándose a la institución sevillana, se transformó en “Rodrigo Estevan e Alfonso Díaz, alcalles de Si-villa, seyendo ayuntado el concejo d’esse mismo logar en tal iglesia con plazer e con otorgamiento de todos, fizieron a Diago Alfonso su persone-

(135) Para J. GONZÁLEZ (*Repartimiento* I: 314, 335, 342) es sin duda el “Aleman el mercader” de *Partidas* III, XVIII, 77. Se tiene la primera noticia de él el 21 nov. 1251 (*Repartimiento*: II, 300) y en un documento del 19 sep. 1291 (II, 365) se habla de sus casas, aunque no sabemos si aún vive.

(136) SALATIEL: 278.

(137) SALATIEL: 291.

(138) SALATIEL: 306.

(139) SALATIEL: 292.

ro pora demandar e pora responder ante nuestro señor el rey o sus juezes en el pleito que an o esperan aver con el arçobispo e el cabildo de la iglesia de Santa María de Sivilla en razón de Villa Verde o en otra cosa cualquier que la iglesia de Sivilla moviesse pleito contra el concejo d'es-se mismo logar" (Ley 98). Otras alusiones a Sevilla se encuentran también en otras *Partidas* como, por ejemplo, *Partidas* V, XI, 12: "... prometo a fulan de dar o de fazer tal cosa, si tal nave de Marruecos a Sevilla..." y *Partidas* V, XIV, 32: "... prometo de pagar tantos maravedis: si tal nave viniere a Sevilla...".

Creemos que el hecho de que Sevilla fuera la ciudad en que la corte alfonsí residió durante más tiempo a lo largo del reinado tuvo una indudable influencia en la composición de la *Tercera Partida*, palpable en la prominente posición de la ciudad en las alusiones documentales, frente a otras como Toledo o Burgos, que también son mencionadas, pero con menos frecuencia.

3. Modelos alfonsinos y práctica cotidiana

Con respecto a la escrituración de los documentos auténticos, parece que la práctica precedió a la teoría formulada en las *Partidas*, pero a la vez éstas dejaron también su influencia en la práctica cotidiana (140). No obstante, la abundante documentación aún por exhumar y estudiar, la variadísima tipología documental y sus variantes formulaicas y estilísticas hacen de este campo (especialmente el de la influencia de las *Partidas* sobre los hábitos notariales, que es lo que nos interesa) un terreno en el que las afirmaciones han de ser muy cautelosas.

Nos parece, sin embargo, que tuvieran o no vigencia general las *Partidas*, fueron sin duda ampliamente utilizadas en los tribunales reales y por los diferentes oficiales administrativos de la corte. Es más que probable que los hábitos cancillerescos de la corte itinerante alfonsí influyeran en la práctica de las oficinas notariales públicas de las ciudades, siendo así conocidos y asimilados tempranamente los diversos modelos documentales alfonsíes, tanto públicos y como privados.

Constancia de esa influencia se encuentra por doquier al estudiar la documentación contemporánea. Así, en la búsqueda de diversa documentación de datos que nos pudieran ayudar a saber algo más sobre los alcaldes sevillanos antes mencionados, nos hemos percatado de la existencia de varios documentos privados cuya disposición clausular y formulismo

(140) Aunque no existe ningún trabajo concluyente a este particular, remitimos a BONO, 1979, y OSTOS Y PARDO, 1989.

parece derivarse de forma directa de los modelos del código alfonsí. Ello sugiere que en cierta forma estos modelos ya tenían asiento en la práctica cotidiana cuando esos documentos fueron elaborados.

Uno de ellos está fechado en Sevilla el 22 de noviembre de 1285 (141); en él una tal Pascuala de Talavera, vecina de la colación de Santa Lucía, toma hábitos en el monasterio de Santa Clara de Sevilla. El documento se corresponde punto por punto con el modelo que se ofrece en *Partidas* III, XVIII, 88 tomado, a su vez, sin duda alguna, del *Instrumentum oblationis sui et suarum rerum alicui religioso* del *Ars notariae* de SALATIEL. El otro documento, más tardío, está fechado en Sevilla el 28 de julio de 1295 (142); su exposición responde a *Partidas* III, XVIII, 75 tomado del *Instrumentum locationis operarum* de SALATIEL. Remitimos a los Apéndices IV y V.

Estos documentos testimonian, pues, que ya en 1285, recién fallecido el rey Sabio, su formulario notarial estaba plausiblemente completo, hasta el punto de haber comenzado a ser tenido en cuenta en la práctica documental cotidiana en Sevilla.

4. Conclusiones

El problema de la datación del texto se deriva de las múltiples hipótesis en torno al momento de la confección del conjunto y de sus múltiples reelaboraciones. Así sucede que aún la mayoría de manuales de Historia de la Literatura, Historia de la lengua e incluso de Historia del Derecho se considera que las *Siete Partidas* fueron realizadas entre 1256 y 1265 (o bien 1263). GARCÍA-GALLO introdujo –siempre con titubeos y matizaciones– la idea de que, planificadas por Alfonso X, las *Partidas* fueron acabadas en los reinados subsiguientes al del rey Sabio. Ya ha quedado sobradamente demostrado, y no podemos volver sobre ello, que estos razonamientos sólo serían parcialmente válidos para la *Primera Partida*, única de la que conservamos testimonios de haber sido reelaborada sucesivamente, pero, contra lo supuesto por GARCÍA-GALLO, siempre en tiempos del rey Alfonso y bajo su iniciativa y supervisión. No hay duda, pues, que el texto conocido de las *Partidas* es enteramente alfonsí. Pero ¿cuándo alcanzó la forma en que hoy lo conocemos? El hecho de que la redacción primitiva, conocida como *Libro del fuero de las leyes*, fijara su ela-

(141) BALLESTEROS BERETTA: 1913, 262-263, doc. 239, reproducido en *Notar. Sevilla*: 322-324, doc. 85. *Vid.* Apéndice IV.

(142) MENÉNDEZ PIDAL: 1919, 470-471, doc. 356, reproducido en *Notar. Sevilla*: 371-372, doc. 109. *Vid.* Apéndice V.

boración entre 1256 y 1265 no es un dato que pueda saltarse a la ligera a la vista de prácticas de datación semejantes en muchas otras obras de la producción alfonsí, que no ponemos en duda. A favor de la existencia de esta redacción primitiva contamos con el testimonio de la *Segunda partida*, de la que conservamos una versión posterior retocada tras la muerte de Fernando de la Cerda en 1275 (cf. *supra* Parte I, cap. II § 3.6.1).

Sin embargo, los datos extraídos del análisis de la *Tercera Partida*, según acabamos de ver, sugieren que la transformación de los libros IV y V del *Espéculo* en la *Tercera Partida*, tal como la conocemos hoy, sin versiones diferenciales, probablemente no se realizase antes de 1270-1272 y no fuera más allá de 1283. Los argumentos que se desprenden en torno a los personajes citados en las leyes del título XVIII no nos parecen lo suficientemente satisfactorios como para establecer con seguridad ninguna fecha concreta, aunque sí son ciertamente orientativos.

En este sentido llama nuestra atención la evidente utilización del referido documento de septiembre de 1270 que alude al pleito entre el abad de San Salvador de Oña y “Gonçaluo Royz de Atiença”, aprovechamiento que aproxima, a nuestro entender, la fecha de redacción de la Ley 110 del título XVIII a muy poco tiempo después de 1270. Del mismo modo es significativo que se aluda al alcalde sevillano Alfonso Díaz, alcalde tardío, que no es nombrado por ZÚÑIGA entre los primeros alcaldes de Sevilla, que no recibe tierras en el repartimiento de 1253, pero sí en 1267 (143), y cuyo cargo sólo se ha podido documentar entre 1272 y 1274, y no a otros alcaldes de nombramiento posterior. En relación a esto último destacamos también que la alusión a Diego Alfonso que figura en la Ley 98 no lo identifica aún como alcalde de Sevilla, a pesar de que fue nombrado para ese puesto desde 1283 (en sustitución del fallecido Rodrigo Esteban).

Como ya hemos señalado, los argumentos más puramente textuales nos permiten también acotar un período de redacción de entre 1272 y 1285, muy aproximado al que sugieren las alusiones extratextuales. El posible *terminus post quem* parece fijado en 1272, fecha de redacción de la primera recensión del *Speculum iudiciale* de Guillermo DURANTE, muy probablemente utilizado de forma directa en la confección del título XIX, y el *terminus ante quem* en 1285, año en el que se data un documento sevillano que muestra a las claras no sólo que la doctrina notarial de las *Partidas* ya era conocida –lo que siempre puede ser más difícil de evidenciar, pues dependía del grado de formación, edad y hábitos de los notarios, tradiciones locales, etc., y a que la penetración de la doctrina propugnada por las *Partidas* no fue asimilada con la misma presteza en las

(143) *Repartimiento*: II, 347.

diferentes regiones y reinos—, sino que el sistema documental estaba siendo asimilado y se utilizaban sus modelos.

De haber sido un texto confeccionado con posterioridad a la muerte del rey Alfonso, ¿por qué citar a personajes de su época y ninguno de los tiempos de Sancho IV o Fernando IV? (144) ¿Por qué sustituir, por ejemplo, al “iudex Bononie” del modelo salatielino por Rodrigo Esteban y no por Juan Fernández o Martín Pérez, alcaldes de Sevilla en 1289 (145) y 1299 (146), respectivamente? La localización de la mayor parte de los personajes aludidos en la *Tercera Partida* entre las dos décadas que transcurren de 1260 a 1280 fuerza a ubicar en ese período los trabajos de preparación del texto. Probablemente la *Tercera Partida* fue elaborándose por entonces en aquella corte itinerante —acudiendo a nombres importantes del momento, como lo fueron los alcaldes de la ferviente Sevilla, el toledano Gonzalo Ibáñez o el alcalde don Marín de Burgos, participante en un sonado pleito entre el monasterio de Oña y el concejo de Frías que duró cerca de diez años. La coincidencia de la mayor parte de ellos en la década que transcurre de 1270 a 1280, así como en las leyes finales del título XVIII, en las que se recurrió a SALATIEL y quizá a DURANTE, parecen señalar a esa época como la de culminación del texto.

CAPÍTULO IV

EL DOCUMENTO COMO LEY

1. Derecho general y derecho particular: el documento como ley fuera del libro del rey

Uno de los aspectos fundamentales del título XVIII es el establecimiento, la definición y la reglamentación de un derecho privilegiado o particular junto al derecho general de la ley del rey. Pese a los deseos del rey Sabio de construir un nuevo ordenamiento jurídico general, las *Partidas* recogen todavía el derecho altomedieval fundamentado en la des-

(144) Recordemos que GARCÍA-GALLO (1977, I, 398) afirma que es en tiempos de Fernando IV (1295-1312) cuando la obra se divide en siete partes y, por tanto, es entonces cuando se produce la reelaboración de los libros IV y V del *Espéculo* en la *Tercera Partida*.

(145) Notar. Sevilla: 332-337, doc. 90.

(146) Notar. Sevilla: 399-400, doc. 123.

igualdad de los hombres. La base que subyace en este conflicto entre los dos tipos de derecho es la concepción medieval de la sociedad, cimentada en la creencia de que cada hombre ha sido colocado en un lugar concreto dentro del orden divino. Bajo este principio se abre la *Tercera Partida*, que, no olvidemos, trata sobre la justicia de y para los hombres y de cómo ha de llevarse a cabo:

Fizo nuestro señor Dios todas las cosas muy complidamiente por el su grand saber e después que las ovo fechas, mantovo a cada una en su estado... (147) (*Partidas* III, Prólogo.)

La desigualdad de los hombres implica directamente un conflicto entre derecho general y derecho particular, conflicto que Alfonso pretende armonizar a través del papel preeminente concedido a la figura regia en la creación y administración del derecho. El derecho privilegiado se presenta como la solución efectiva a la diferencia jurídica entre los individuos. Según establece el derecho general regio, la ley “apartada e dada señaladamiente” o, lo que es lo mismo, el derecho privilegiado vendría a determinar la situación particular de cada uno de los súbditos, pero, al tiempo, la garantía de que ese derecho privilegiado se concede sólo en pro del interés común viene avalada por el hecho de sólo puede ser concedido por el rey a través de sus cartas:

Privilegio tanto quier dezir como ley que es dada e otorgada del rey apartadamiente a algún logar o algún omne pora fazerle bien e merced... (*Partidas* III, XVIII, 2.)

... e por ende tales cartas dezimos que an fuerça de ley, e dévense entender e judgar sin escatima e sin engaño, así como ley. E los privilegios dezimos otrossí que an fuerça de ley sobre aquellas cosas que son dados. Ca privilegio tanto quiere dezir como ley dada apartada e dada señaladamiente a pro de alguno... (*Partidas* III, XVIII, 28.)

Pero esta solución en pro de la armonía social no está exenta de peligros. Lo más grave, sin duda, es que en muchas ocasiones el rey no puede atenerse siempre a su voluntad a la hora de conceder privilegios cuando reconoce que, más por obligación que por voluntad, se ve forzado a expedir cartas y privilegios (leyes, por tanto), contra el derecho, en perjuicio de sí mismo o del común de los súbditos:

(147) Todos los pasajes de la *Tercera Partida* se citan por nuestra propia reconstrucción crítica.

Tan afincadamiente demandan omnes y á a las vegadas a los reyes que les den privilegios o cartas sobre cosas que les piden que gelas an a otorgar maguer que entienden que son contra derecho. E esto an a fazer más por enoyo grande que d'ellos reciben que por sabor que an de lo fazer. E los que esta carta ganan muévense maliciosamiente a demandar su pro con daño d'otri... (*Partidas* III, XVIII, 32.)

Se manifiesta abiertamente así la posibilidad de un enfrentamiento entre la voluntad del rey y el derecho concedido en privilegio. De este modo, el derecho general puede quedar terriblemente expuesto ante el derecho particular. Y, como veremos, no sólo pelagra el derecho general asociado al “pro comunal”, sino también queda expuesto el derecho más afecto a lo estrictamente regio, las regalías. Por todo ello, Alfonso precisa activar todos los mecanismos de control posibles sobre los documentos en que se establece ese derecho privilegiado. Estos recursos complicaron el entramado del sistema documental cancilleresco, generando en ocasiones desajustes, redundancias o contradicciones, lo que es exponente, de algún modo, de los temores del rey. Además, esta actividad de control no sólo afecta a las formalidades estrictamente documentales, sino que está conectada con todo un procedimiento protocolario de vigilancia del proceso de confección y de validación del documento por parte de la administración.

2. Los documentos públicos

Por lo que respecta a los documentos públicos, la labor de control ejercida por el rey se manifiesta en cada uno de los pasos que se dan a la hora de definir y clasificar los tipos documentales, de preceptuar sus formas y de establecer su validez temporal y fuerza probatoria.

Las cartas públicas se definen, en primer lugar, como aquellas que proceden de una persona auténtica –entiéndase que posee un título de “dignidad”–, selladas con su sello auténtico. Estas dignidades son, como se dice en la primera ley del título, el papa, el emperador y el rey, que poseen sellos de oro y de plomo; pero también se reconoce en la Ley 114 que otras dignidades como arzobispos, obispos, condes y otros señores autentifican sus cartas con el sello de cera. Un segundo tipo de escritura pública es la que se conoce como “instrumento público” y son realizadas por el escribano público de algún concejo:

Escritura de que nace averiguamiento de prueba es toda carta que sea fecha por mano de escrivano público de concejo o seellada con seello de rey o d'otra persona auténtica que sea de creer [...] E son muchas maneras d'ella, ca o será privilegio de papa o de emperador o de rey seellado con seello

d'oro o de plomo, o firmado con signo antigo que aya acostumbrado en aquella sazón, o carta d'estos señores o d'alguna otra persona que aya dignidad con sello de cera. E aun á y otra manera de cartas que cada uno otro omne puede mandar fazer e seellar con su seello. (*Partidas* III, XVIII, 1.)

... Onde dezimos que toda carta que fuere seellada con sello del rey —o de arçobispo o de obispo o de cabillo o de abad benito o de maestro de orden de cavallerías— que deve valer contra aquel que la mandó seellar e pora provar aquello que en ella fuere escripto. E en essa misma manera dezimos que deve valer la carta que fuere seellada de seello de conde o de rico omne que aya seña o de concejo. E aun dezimos que toda carta que sea fecha por mano de escrivano público en que aya escriptos los nombres de dos testigos a lo menos, e el día e el mes e el era, e el logar en que fuere fecha, assí como de suso mostramos, que vale pora provar lo que en ella dixiere... (*Partidas* III, XVIII, 114.)

Según el ordenamiento alfonsí, las escrituras que salen de la casa del rey se clasifican en privilegios, cartas plumadas (selladas con plomo) y cartas selladas con sello de cera. Como vemos, las cartas que emanan de la casa real se diferencian, en primer lugar, a través del tipo de sello utilizado.

2.1. Tipos de cartas selladas.

No obstante, a la hora de definir y clasificar los tipos de escrituras regias son varios los sistemas que se entremezclan. Si las distinguimos por el tipo de sello con que se autentican, el rey expide, como hemos dicho, dos tipos de carta: selladas con sello de plomo y selladas con sello de cera. Dentro de las primeras se distinguen el privilegio y la carta plumada propiamente dicha. Lo que las diferencia es, en esencia, el formato de redacción o *cursus*: la carta plumada carece de la mención de la mujer y los hijos del rey (salvo en caso de acuerdo entre reyes o un particular y el rey), ni tampoco debe portar ni rueda ni otra señal. También existe diferencia respecto al contenido que ambos documentos pueden albergar, tal y como se establece en las Leyes 2 y 3 para el privilegio y en la Ley 4 para la carta plumada:

... cómo [el rey] da a aquel, o a aquellos que en el privilejo fueren nombrados, aquel donadío de heredamiento o de otra cosa, o otorga aquella franqueza, o da aquel fuero, o faze aquel quitamiento, o parte aquellos términos, o confirma algunas cosas de las que los otros dieron que fueron ante que él o que mantovieron en sus tiempos. E si fuere donadío de heredamiento [...] E si fuere d'otra franqueza [...] E si fuere de fuero [...] E si fuere de quitamiento [...] E si fuere de partir términos [...] E si fuere de confirmamiento... (*Partidas* III, XVIII, 2.)

... cómo aquel rey que la manda fazer da tal heredamiento o otorga tal cosa o que faze tal quitamiento o franqueza; o si fiziere pustura o abenencia... (*Partidas* III, XVIII, 4.)

La distinción entre privilegio y carta plomada también radica en el hecho de que la carta plomada no se denomina privilegio: “Seello de plomo e cuerda de seda pueden poner en otras cartas que no llaman privilegios...”. A este respecto, comenta Gregorio LÓPEZ en su glosa que la diferencia estaría no tanto en la intención o el contenido como en la forma: cuando el rey califica expresamente a una de sus cartas plomadas como privilegio asume que está infringiendo el derecho general: “*ipso facto quod princeps vult infringere ius commune*” (148).

Por otro lado, existe otra forma de carta real por la que se efectuaría otro tipo de concesiones concretas; se trata de la carta sellada con sello de cera (Ley 5). Dentro de este tipo de carta es crucial la distinción del tipo de soporte material utilizado, pergamino de cuero o “pergamino de paño” (‘papel’), ya que el empleo de cada material viene determinado por un tipo de concesión o un contenido específicos. La Ley 5 prescribe que el pergamino de cuero se requiere en los nombramientos de merino, alcalde, alguacil, juez, en las exenciones de pechos, portazgos, en los perdones, en los permisos de paso, etc.:

... en pergamino de cuero cuando el rey da alguna merindat o alcaldía o alguaziladgo o judgado o juradía o quitamiento de pecho o de portadgo pora en su bida, o si perdona el rey a alguno por que-l aya a dar carta, o de arrendamiento que faga con él o con otro por su mandado, o de cuenta que-l ayan dada, o de posturas de pleitos o de abenencias de contiendas o de otras cosas que an ricos omnes entre sí o otros omnes, o de pleitos que fazen algunos con el rey de lavores o d’otras cosas que-l ayan de guardar en su tierra o en su señorío, o de las que da el rey a algunos que anden salvos e seguros por su tierra con sus ganados e con sus cosas, o de peticiones que anden por sus regnos. Todas éstas o otras que las semejen deven seer escriptas en pergamino de cuero assí como diximos... (*Partidas* III, XVIII, 5.)

El pergamino de paño es prescrito para los mandatos enviados a múltiples concejos, en las levas, en las colectas de impuestos, etc.:

(148) Gregorio LÓPEZ: fol 88vb, glosa f *Llaman priuilegios*: Stat ergo vis an conficiātur sub forma, & nomine priuilegiorum, & non in effectu: nã vt vides etiã illa quae ponūtur in. l. 2. supra eo. punūtur & hic respectu concessionis. Pñt ergo duplr in instrumēta fieri, vel per viã priuilegij, vt chartae plūbatae: vt dic, quod qñ Rex vocat, qd^s concedit priuilegiū & bullatur bulla priuilegiorum, appareat ipso facto quod Princeps vult infringere ius cōmune l. consulebāt. ff. de re iudi. & non est necesse apponere clausulã: non obſtātibus legibus contrarijs: quia fatis apparet ipso facto (vt dixi) ita Bal. in. l. inter lapilli. col. 3. ff. de rerū diui. ſequitur Feli. in ru. de reſcript. col. 2. & ſic iſta quę hñtur hic erunt magni effectus.

... E las que deven seer en pergamino de paño son éstas: assí como las que dan pora sacar cosas vedadas del regno, o las otras que van de mandamientos a muchos concejos que les embía mandar el rey o de recabdar algunos omnes o de cogechas de maravedís del rey o de guiamiento. Todas estas deven seer en pergamino de paño o otras de cual manera quier que sean semejantes d'ellas. (*Partidas* III, XVIII, 5.)

Parece, pues, que la diferencia estriba en la cantidad de destinatarios, único o más restringido para el pergamino y múltiple para el papel. No obstante, esta sistematización basada en lo formal no es tan perfecta como a primera vista se presenta en la exposición de estas primeras leyes del título XVIII. Según se desprende de su lectura, es posible conceder una misma gracia mediante diversos tipos de carta, y viceversa, una tipología documental concreta puede emplearse con diversos fines. Sirva como simple muestra de lo dicho la comparación de lo expuesto en las Leyes 5, 10, 11 ó 20 con las Leyes 2, 3, 42 y 43. Estas últimas se dedican a definir varios aspectos de los privilegios, mientras que las Leyes 5 y siguientes conforman el apartado de las cartas selladas con sello de cera.

Así, la Ley 2 define cómo ha de ser el formato apropiado en el que redactar un privilegio y también expone algunas de las gracias que se conceden a través de él como donadíos, exenciones y daciones o confirmaciones de fueros. La Ley 3 certifica que el privilegio debe ser sellado con sello de plomo. Y en la Ley 42, al hablar del valor de los privilegios, se insiste en que se otorgan por privilegio la exención de pecho o de portazgo o de cualquier otro servicio o cosa debida al rey, así como la confirmación de “posturas” entre particulares, regulada en la Ley 43:

... Onde dezimos que los privilegios de la franqueza, que son de quitamiento de pecho del rey o de portadgo que non den por sus regnos, o los quitasse de otro servicio o d'otra cosa que deviessen fazer al rey señaladamente, que tales privilegios valen por siempre... (*Partidas* III, XVIII, 42.)

... E dezimos que si ricos omnes o concejos o otros fiziessen alguna postura entre sí que plega al rey e aquella postura les confirmare por su privilegio, tal privilegio como éste deve valer por siempre... (*Partidas* III, XVIII, 43.)

A pesar de estas claras disposiciones, surge la contradicción cuando estos mismos contenidos se incluyen en otra tipología documental. La Ley 5, como ya indicamos anteriormente, recoge el tipo de concesiones que se hacen mediante las cartas selladas con cera (149), entre ellas, “el quitamiento de pecho”, “de portazgo” o “posturas de pleitos o de abenencias de contiendas o de otras cosas que an ricos omnes entre sí o otros

(149) Cuyos supuestos se ejemplifican en las Leyes 6-8 y 10-25.

omnes” y que, como acabamos de ver, también se incluyen entre los privilegios en las Leyes 42 y 43. En coherencia con la Ley 5, la Ley 10 establece cómo se ha de hacer la carta de “quitamiento de pecho” dentro de la tipología de las cartas selladas con cera: “E porque esto sea firme e non venga en dubda, que le manda aquella carta sellada con su sello de cera”; y del mismo modo, la Ley 11 define cómo se hace la carta de “quitamiento de portadgo”, y la Ley 20 cómo ha de ser la carta que permite sacar cosas prohibidas del reino. La contradicción aparece, pues, en el momento en que estas concesiones pueden ser dadas a través de dos tipos de carta diferentes: privilegios (que son cartas plomadas) y cartas selladas con cera. Valga también como dato interesante de la falta de sistemática el caso de *Partidas* III, XVIII, 9, ley de confirmación incluida dentro del grupo de las selladas con cera a pesar de que no se menciona entre los supuestos de carta sellada con cera de la Ley 5, ya que, en realidad, se trata sorprendentemente de un ejemplo de carta “seellada con nuestro seello de plomo”.

A pesar de que las Leyes 2-25 intentan definir y establecer la tipología documental regia y de introducir varios modelos, todo lo que hemos señalado hasta aquí muestra el carácter relativo de las indicaciones referentes al *cursus*, al soporte y al sello utilizados. Ninguna de las normas de redacción que se preceptúan servirían para separar por completo privilegios de cartas plomadas y éstas de las selladas con sello de cera.

2.2. El rey, único emisor de las cartas.

De forma transversal a esta clasificación formal de las cartas regias aparece otra en tesitura del control de las posibles falsificaciones de los documentos regios:

En casa del rey ni en su corte ninguno non deve dar cartas, si no éstas que aquí diremos luego. Primeramente dezimos que carta ninguna que sea de gracia o de merced que el rey faga a alguno, que otro non la puede dar si no el rey o otro por su mandado d'aquellos que la deven fazer, assí como chanceler o notario o alguno de los otros que han de judgar en la corte, assí como adelantados o alcalles. Otrossí los privilegios dezimos que otro ninguno non los deve mandar fazer de nuevo nin confirmar si no el rey mismo, ni aun maguer sean fechos por su mandado, no los deve otro dar si no el rey de su mano. E esto tovieron por bien los sabios antigos por que no pudiesse y seer fecho yerro ni engaño, e otrossí por que los que recebiesen los privilegios e las gracias del rey lo gradeciessen a aquel que es poderoso de los dar, e de cuyas manos los reciben. Las cartas foreras o los juicios que judgaren dezimos otrossí que los pueden dar los adelantados o los alcalles en casa del rey. E las otras cartas que son en razón de las cosas que el rey manda fazer o recabdar, también en fecho de justicia como de rendas o de

cogechas o de cuentas, e otrossí de mandaderías, o en las otras cosas que tangan en fecho del rey o de su corte o de su casa, o de las otras cosas que son suyas conocidamientre por el regno, ninguno no las deve mandar dar si no rey o aquellos oficiales a qui las él mandare dar señaladamientre... (*Partidas* III, XVIII, 26.)

En este caso, las cartas se clasifican en atención a: 1) quién puede darlas, 2) con respecto a los fines que se pretenden lograr con ellas (“cartas foreras” o de justicia, cartas “en razón de las cosas que el rey manda fazer o recabdar” o de mandado y cartas de gracia propiamente dichas), y 3) en razón a los motivos de concesión.

1-2) Así, en la Ley 26, las cartas se dividen en foreras o de justicia, dadas por los oficiales encargados de la administración de justicia; las cartas de mandado, entregadas por el rey y también por sus oficiales con su expreso mandado de recado o “mandadería”, y las más importantes, las cartas de gracia o merced. Dentro de estas últimas encontramos las cartas de gracia propiamente dichas (cartas selladas con sello de cera), las cartas plomadas y los privilegios. Como vemos, ninguna de las cartas que salen de la casa del rey puede ser otorgada por otro que por el monarca, aunque deben incluirse también sus autorizados como el notario, canceller, adelantados o alcaldes de corte. Todas las cartas tienen en última instancia y como último garante al rey.

3) Las cartas de gracia se dan por razón del beneficio que se deriva de su concesión (Ley 49), por verse el rey obligado (Ley 50) o por mérito o bondad del destinatario (Ley 51):

De gracia y á otras cartas que dan los reyes e los otros señores que por razón de su poderío las pueden dar. E éstas se dan por alguna d'estas tres razones. La primera, por pro que ende nace; la segunda, porque acaecen cosas por que á mester que sean dadas, e si assí non fuesse, que se podrié tornar en daño; la tercera, por merecimiento de servicio que aya alguno fecho o por bondat que aya en sí... (*Partidas* III, XVIII, 49.)

Pero es importante reseñar que, como bien advierte la Ley 49 en el segundo supuesto de concesión, en ocasiones el rey ha de entregar cartas de gracia (entre las que se encuentran los privilegios que –insistimos por la importancia que ello representa– el rey reconoce como leyes en *Partidas* III, XVIII, 28) que no nacen de su voluntad, sino de la obligación de prevenir ulteriores problemas. Algo que se reitera en la Ley 50:

Otra gracia y á que pueden fazer los reyes pora sus cartas quando acaecen cosas por que conviene que la fagan, e si no la fiziessen, que se podrié tornar en daño... (*Partidas* III, XVIII, 50.)

Sin duda, esto puede suponer un importante menoscabo de su autoridad política. Para evitar ese efecto interpone el rey una limitación en torno a las cartas de gracia (Ley 50): el rey accede a dar estas cartas siempre que no perjudiquen demasiado ni a él ni a sus súbditos:

... En estas cosas les puede el rey fazer gracia quando quisiere e en otras semejantes d'ellas, guardando que non pudiessen venir por ende grand daño a él nin a los del regno (*Partidas* III, XVIII, 50).

El trasfondo posible a estas vacilaciones reguladoras es el conflicto que se produce entre el derecho general escrito en el libro del rey y el derecho particular concedido en cartas y privilegios, las leyes “dadas apartadamientre”, ambas leyes emanadas de su voluntad y a las que debe someterse como a cualquier otra ley. Controlar la interacción entre ambos derechos parece ser pues el principal empeño del rey Alfonso.

2.3. Limitaciones al derecho privilegiado.

Es por ello que también se introduce en el título XVIII un conjunto de leyes encaminadas a delimitar el alcance y el valor de privilegios y cartas emanadas de la casa real.

En primer lugar, la Ley 27 establece quién y cómo ha de interpretar el contenido de privilegios y otras cartas como las de gracia y de justicia. Según el derecho justiniano, sólo al rey cabe la interpretación de la ley, por tanto, del privilegio como ley. Así, en las *Partidas* se atribuye al rey la interpretación exclusiva de los privilegios de donadío. En cuanto a los de confirmación, si las dudas parten del uso de privilegios enfrentados, son los jueces del lugar los encargados de dirimir el asunto, pero siempre se puede acudir al rey en caso de desacuerdo o de dudas que imposibiliten la resolución. Lo mismo se estipula en el caso de cartas de gracia o justicia.

En segundo lugar, la Ley 28 trata de delimitar el valor de toda carta que salga de la casa del rey. En este caso, el conflicto entre ambos derechos genera una clasificación de las cartas:

La fuerza que an los privilegios e las cartas de cual manera quier que sean querémosla mostrar por estas leyes, e departir en cuántas guisas son e en qué manera se ganan. Onde dezimos assí, que las unas se ganan segund fuero e las otras contra fuero. E la tercera manera es d'otras cartas que no se ganan segund fuero, però non son contra él... (*Partidas* III, XVIII, 28.)

El contenido de las cartas puede obtenerse “según fuero”, “contra fuero” y “fuera de fuero” (Leyes 28-34). Las cartas según fuero se otorgan –dice

Alfonso— para “cumplir alguna cosa señalada según fuero”; por tanto, se identifican con la ley y tienen la fuerza de tales:

... E dezimos que estas que son assí ganadas son aquellas en que manda el rey, o los otros que dan las cartas por él, pora cumplir alguna cosa señalada segund fuero. E por ende tales cartas dezimos que an fuerça de ley e dévense entender e judgar sin escatima e sin punto, assí como ley... (*Partidas* III, XVIII, 28.)

Aprovecha Alfonso en este punto para recordarnos que los privilegios también se constituyen en ley sobre aquellas cosas para las que son dados.

Pero se nos advierte que no todas las concesiones insertas en cartas o privilegios están en concordancia con la ley general:

Cartas o privilegios y á d’otra manera, que son contra fuero o contra derecho, e éstas pueden seer ganadas en muchas guisas. Ca o son contra derecho de nuestra fe, de que fablamos en el primero libro, o son contra los derechos del rey, o son contra derecho del pueblo comunalmiente, o contra derecho d’algún omne señalado. E de cada una d’éstas diremos qué fuerça an e cuáles deven valer e cuáles non... (*Partidas* III, XVIII, 29.)

Las cartas o privilegios “contra fuero” se conceden por descuido, por prisa o por evitar un mal mayor. Si son dadas contra los derechos de la fe (expuestos en la *Primera Partida*), son nulas desde el principio. Si se dan contra el derecho del rey, la primera no se debe cumplir hasta que no sea dada una segunda carta que confirme lo dispuesto en la primera:

... E dezimos que si son contra nuestra fe, no an fuerça ninguna ni deven seer recebudas en ninguna manera ni deven valer. E si fueren contra los derechos del rey, no deven luego seer las primeras complidas, ca no an fuerça ninguna porque pueden seer dadas con priessa de afincamiento o con grand cuita, no pudiendo ál fazer por desviar grand su daño, o aviendo de veer otras cosas por que no podiessen parar mientes... (*Partidas* III, XVIII, 29.)

También puede ocurrir que estas cartas de gracia se otorguen en perjuicio del pueblo, del “derecho comunal”:

Si contra derecho comunal d’algún pueblo o a daño d’él fueren dadas algunas cartas, non deven seer complidas las primeras, ca no an fuerça porque son a daño de muchos. Mas dévenlo mostrar al rey rogando-l e pidiendo-l merced sobre aquello que les embía mandar en aquella carta. Empero si después el rey quisiere en todas guisas que sea, deven cumplir lo que él mandare... (*Partidas* III, XVIII, 30.)

En este caso, la primera carta no debe cumplirse hasta que se confirme en la segunda. Este tipo de carta puede perjudicar también a un indivi-

duo en particular; en este supuesto, cuando se expide una carta que perjudica en los bienes o en el cuerpo a un individuo concreto tampoco se ha de cumplir la primera carta, sino que se debe esperar hasta que el rey justifique la razón de tal emisión –es curioso cómo en este caso concreto parece confiarse la resolución del asunto al entendimiento y buena voluntad del rey, pero sin llegar a especificarlo:

... tales cartas non tienen fuerça ninguna, nin se deven cumplir fasta que lo fagan saber al rey aquellos a quien fueron enviadas que les embíe dezir la razón por que lo manda fazer. Ca todo omne deve sospechar que pues que el rey entendiere el fecho que les non mandara cumplir la carta (*Partidas* III, XVIII, 30).

Por último, en la Ley 31 se estipula que no debe darse ninguna carta ni privilegio que vaya contra el derecho natural, en virtud de la cual un particular se vea perjudicado en sus bienes sin razón en favor de otro. No obstante, en caso de necesidad o en beneficio del reino o de algún lugar concreto (construcción de torres, fortificaciones, puentes, etc.), esos bienes pueden ser enajenados, pero siendo compensados con una permuta o con la compra de los mismos. El rey se veía limitado así en la disposición de su derecho de propiedad.

Las cartas “fuera de fuero” (Ley 34) se definen como un tipo de cartas de gracia por las que se pueden donar territorios, eximir de pecho o de reclutamiento para la guerra, entre otras cosas (notamos aquí que los mismos contenidos parecen reservarse a los privilegios y a algunas cartas selladas con sello de cera):

Pueden seer ganadas otras cartas que non son segund fuero, empero non son contra él. E éstas son las que da el rey queriendo fazer gracia e merced a los omnes assí como en dar heredamientos o quitarles de pecho o de hueste o de fonsadera o d’otras cosas señaladas por fazerles bien e merced... (*Partidas* III, XVIII, 34.)

Las disposiciones de tales cartas deben ser obedecidas como leyes, pero el rey ha de asegurar los límites de esta validez; así, a diferencia del privilegio y la carta plomada (que en principio duran para siempre), la validez de las cartas “fuera de fuero” se limita a la vida del monarca otorgante por pertenecer aquellas prebendas al señorío inalienable e indivisible del reino:

... E dezimos que tales cartas como éstas an fuerça de ley e deven seer guardadas como ley. Però la carta que fuesse dada de quitamiento de hueste o de fonsadera non deve valer si non en vida d’aquel rey que la da, porque éstas son cosas que están ajuntadas siempre al señorío del regno... (*Partidas* III, XVIII, 34.)

Sólo de los privilegios se afirma expresamente que sus contenidos se constituyen en leyes, aunque hemos visto que esta fuerza vinculante se hace extensible a todas las cartas reales que establecen relaciones entre el derecho general y el particular –si bien no toda carta real ni todo privilegio se constituyen en derecho particular que entre en conflicto con el derecho general–. Los diversos valores atribuidos al privilegio oscurecen el sistema: el privilegio es al mismo tiempo una carta plomada proclamada expresamente como tal privilegio, un tipo especial de carta de gracia y una ley dada apartadamente a beneficio de un lugar o de un particular.

A esta regulación sobre los tipos de documentos regios sigue un conjunto de leyes (35-41) en que el monarca pretende delimitar los principios de validez, alcance y nulidad de sus propias cartas, centrando su preocupación principalmente en los engaños para conseguirlas. Ya la Ley 34 advierte claramente, como acabamos de señalar, que las concesiones “de quitamiento de hueste o de fonsadera no deve valer si no en vida d’aquel rey que la da, porque éstas son cosas que están ajuntadas siempre al señorío del regno”. La Ley 35 estipula el tiempo que pueden valer las cartas foreras o de justicia y las relativas a los pleitos:

Cuánto tiempo dura la fuerza de las cartas querémoslo mostrar por esta ley. E dezimos que las cartas foreras que son dadas para mover pleito, assí como de demanda que quiera alguno fazer de nuevo o d’otra que sea comenzada de que non puede aver derecho, que tales cartas como éstas an tiempo de durar fasta diez años... (*Partidas* III, XVIII, 35.)

La Ley 36 trata sobre las causas por las que las cartas pierden su validez y también quién tiene capacidad para interpretarlas en caso de duda. Se establece que no es válida la carta ganada mediante engaño, ya sea por obrepción o subrepción (falsificación de hechos narrados o su ocultación con la intención de medrar); también se anula una primera carta si se da una segunda sobre el mismo asunto, sujeto o hecho que modifique o revoque lo dispuesto en la primera; en el caso de existir dos cartas contrarias sobre un mismo pleito, ambas deben ser dirimidas por los jueces (tanto si las cartas se han ganado ante un mismo alcalde como si se presentan ante alcaldes diferentes) y si hubiera falta de acuerdo, o no se llegasen a resolver las dudas, el caso debe ser remitido al rey. La Ley 37 vuelve sobre las cartas que se ganan con engaño o mala intención y estipula que si alguien logra obtener dos cartas sobre un mismo pleito ante dos jueces diferentes con el objetivo de “fazer trabajar su contendor”, ambas pierden el valor que poseyeran; del mismo modo se invalida la carta obtenida en un pleito de alzada si el demandante la obtiene al haberse presentado fuera del plazo establecido, antes que la otra parte interesada. Según la Ley 38, la carta que gane el descomulgado para iniciar un nuevo pleito no

tiene valor; del mismo modo es inválida la carta ganada por subrepción u ocultación de un hecho o parte de él para obtener algún beneficio derivado de la carta. La Ley 39 estipula cómo carece de toda validez una segunda carta contra una carta de gracia o merced dada previamente (incluido el privilegio de heredamiento y de franqueza); tampoco es válida la carta de pleito que se gana sin personería. La Ley 41 anula las cartas que se ganan contra los menesterosos (huérfanos, viudas, ancianos, enfermos o pobres), cuya protección es señalada obligación de los emperadores y los reyes (150). Dentro de este cuerpo de leyes relativas a la validez, alcance y duración de las cartas regias, se vuelve específicamente sobre los privilegios (y cartas plomadas) en las Leyes 42-44. Aunque los privilegios se conceden para siempre, se establecen los supuestos por los que se pueden llegar a perder. Así, Alfonso dispone que las franquezas adquiridas mediante los privilegios son imperecederas, aunque se pueden perder si no se usan durante los primeros treinta años desde su concesión, y lo mismo se establece, aunque restringido a un período de diez años, para los privilegios en que se conceden licencias de feria o mercado o permisos para sacar del reino cosas vedadas. También se pierden los privilegios si se usan mal o si se extralimita lo estipulado en ellos (Ley 42). Del mismo modo, los acuerdos alcanzados entre particulares confirmados por privilegio real son duraderos de por vida; se añade a lo anterior que pierden su validez los privilegios que en su momento se dieron según derecho, pero que han devenido con el tiempo perjudiciales para el señorío o el bien común (Ley 43). La Ley 44 recoge los principios formales cuya ausencia causaría la invalidez del documento (según las especificaciones de la Ley 2), así como otras causas como deturpaciones en el material o sospechas de haber sido manipulado; se vuelve sobre ello de manera más detallada en la Ley 111, aunque en este caso las prescripciones se extienden tanto al privilegio como a las otras cartas regias y a las de escribano público, esto es, a toda escritura pública.

La diferencia que se observa respecto a la validez temporal de los privilegios y la atribuida a las demás cartas regias reside en que aquéllos valen para siempre, mientras que éstas no sobrepasan la vida del monarca concedente. No obstante, según parece desprenderse de *Partidas* II, xv, 2, las regalías, aunque ocasionalmente se concedan mediante privilegios, sólo pueden valer durante la vida del monarca concedente o confirmante:

(150) La Ley 40 parece no encajar bien en este grupo de leyes (35-41) que giran en torno a la pérdida de validez de las cartas regias. Más bien parece tratar de un caso concreto de concesión de carta señalada o especial.

... E aun por mayor guarda del señorío, establecieron los sabios antiguos que cuando el rey quisiessse dar eredamientos a algunos, que non lo podiesse fazer de derecho a menos que non retoviesse y aquellas cosas que pertenecen al señorío, assí como que faga d'ellos guerra e paz por su mandado e que le vayan en hueste e que corra y su moneda e gela den ende cuando gela dieren en otros lugares de su señorío e que le finque y justicia enteramente e las alzadas de los pleytos e mineras si las y oviere. E maguer en el privilegio del donadío non dixiesse que retenía el rey estas cosas sobredichas para sí, non deve por esso entender aquel a quien lo da que gana derecho en ellas. E esto es porque son de tal natura que ninguno non las puede ganar nin usar derechamente d'ellas, fueras ende si el rey gelas otorgasse todas, o algunas d'ellas, en el privilegio de donadío. E aun non las puede aver nin deve usar d'ellas si non solamente en la vida d'aquel rey que gelas otorgó o del otro que gelas quisiere confirmar...

Como vemos, incluso a riesgo de caer de nuevo en contradicción, se insiste continuamente en los intentos de amarrar al máximo las posibles consecuencias derivadas de las múltiples eventualidades generadas por la concesión de las diversas cartas regias y, muy especialmente, de los privilegios.

2.4. Tipos de destinatario.

Pero aún se añade una última clasificación de las cartas en el título XVIII de esta *Tercera Partida*. En este caso, las cartas se clasifican en atención al destinatario y se establece una diferencia entre cartas generales:

Generales son llamadas las cartas que comprenden muchas cosas non señalando ninguna, assí como las cartas en que dize “a todos los que esta carta vieren”; o en las que dize “mándovos que recabdedes o emplacedes o fagades tal cosa señalada a todos aquellos que tal fecho fizieren”; o “a los que vos dixiere este que lieve la carta”; e otrossí las otras que el rey enviasse por sí en esta manera misma sobre alguna cosa que acaeciesse [...] E todas estas cartas sobredichas en esta ley an nombre generales porque caboprenden en sí muchas cosas. (*Partidas* III, XVIII, 45.)

Y cartas especiales o “señaladas”:

... carta señalada es aquella en que nombra ciertas cosas por sus nombres, assí como si dixiesse tal omne o atal muger, e otrossí aquellas en que nombra ciertas cosas, assí como tal viña o tal casa o tal heredit o otra cosa semejante d'esto que fuesse raíz. E esso mismo dezimos en las cosas que son muebles, assí como si dixiesse tal cavallo o tanto ganado o tantos maravedís o algunas otras cosas que son d'esta manera, no bolviendo en la carta alguna de las palabras que caboprenden muchas cosas, assí como dixiemos en las dos leyes ante d'ésta... (*Partidas* III, XVIII, 47.)

Pero de nuevo el rey teme el mal uso que se le pueda dar a estas cartas que salen de su corte, ya que mediante este tipo de documento “señalado” puede perjudicarse a los demás, de nuevo, a través del engaño:

Los entendimientos de los omnes son departidos en muchas maneras, assí como dixiemos en el comienço d'este libro, e por ende algunos y á que quieren usar en las cosas más segund su voluntad que por derecho. Onde nós, temiendo que algunos querién sacar entendimiento de la ley ante d'és-ta por ganar cartas con engaño por fazer mal a otros con ellas, queremos mostrar todos estos engaños cómo se deven entender e cómo non deven valer... (*Partidas* III, XVIII, 46.)

De las otras cartas que son dadas sobre cosas señaladas e ciertas queremos dezir e fazer entender por esta ley en qué manera son e cómo non deven valer los engaños que fueren fechos por ellas... (*Partidas* III, XVIII, 47.)

Así, las Leyes 46-48 funcionan a manera de ejemplos y advertencias sobre los posibles engaños mediante los cuales se pervierten las cartas generales y especiales y, a la vez, forman un breve manual de instrucciones de uso e interpretación de estos documentos regios.

El rey Alfonso procuró, pues, limitar los efectos del derecho privilegiado que él mismo se veía obligado a emitir. A través de la regulación del título XVIII, el rey propuso un sistema documental que restringió las fórmulas, el soporte, los contenidos, el emisor, los destinatarios, los intérpretes y el valor de sus documentos, de forma que la práctica de gobierno menoscabase lo mínimo el modelo de autoridad regia presentado en las *Partidas*.

3. Escribanos y selladores (151)

Pero, como decíamos al inicio del capítulo, establecer unas pautas para la composición de privilegios y demás documentos regios, estipular estrictamente las condiciones para su validez y alcance legal y temporal y monopolizar su interpretación puede perder toda su efectividad si carece de una absoluta observancia por parte de los profesionales de la escritura y de la estricta vigilancia y control del proceso formal de confección y validación de los documentos por parte de la administración real. Regular, pues, el oficio de los escribanos y demás oficiales de la cancellería fue otro de los mecanismos esenciales de control documental.

(151) Este apartado 3 retoma brevemente lo ya estudiado en el capítulo anterior. Remitimos *supra* Parte III, capítulo II § 3.1.2 y 3.1.3.

Alfonso tiene en muy alta consideración la labor de los escribanos, y es que, como vimos antes, éstos son considerados junto a los jueces la otra suerte de “defensores” de que dispone el rey para luchar contra aquellos que quieren forzar la justicia y eludir el derecho: en este caso, contra los que quieren traicionar la ley mediante cartas y privilegios:

... otro tal posieron de las ganancias que fazen los juezes e los escribanos en razón de las soldadas que ganan en las cortes de los señores o en las cibdades o en las villas. E bien assí como otorgaron esto a las ganancias que fazen los cavalleros por onra de cavallería e porque guerreen con los enemigos, otrossí tovieron por derecho que oviessen estos oficiales sobredichos, que son como guerreros contralladores a los que embargan la justicia, que es otra manera de muy grand guerra que usan los omnes en todo tiempo... (*Partidas* III, II, 2.)

La importancia de la figura del escribano ya es puesta de manifiesto en el título IX de la *Segunda Partida*, que se ocupa de describir cargos y funciones de los oficiales de la casa del rey. A este respecto llama nuestra atención el orden en que estos oficiales van apareciendo en el mencionado título. Si este orden implica valor de responsabilidad de mayor a menor —como así parece ser—, es curioso observar que los escribanos priman sobre los jueces.

Como en el caso de éstos, el nombramiento de los escribanos y los selladores es un punto de vital importancia en la vida jurídica. Ya el *Fuero Real* disponía —como cabría esperar— que sólo el rey tiene la potestad para nombrar a los escribanos; así se afirma de nuevo en el *Espéculo*, y en las *Partidas* se dice explícitamente en la ley tercera del título XIX que este poder “es tanto como uno de los ramos del señorío del regno”. Sin embargo, como ya pudimos constatar en el caso de los jueces (152) y según se deduce de otras referencias acerca de la posibilidad de ceder parte del señorío real, en el *Espéculo* y las *Partidas* se reconoce que esta potestad de nombrar escribanos puede ser cedida siempre que se haga constar expresamente por carta o privilegio. Y, en efecto, sabemos que así sucedió en muchos casos, en que el rey la cedió a concejos y nobles.

Dentro del sistema institucional del notariado que Alfonso X comienza a desarrollar en el *Fuero Real* y que queda desarrollado ejemplarmente en las *Partidas*, el protocolo de seguridad relativo a los documentos comienza, pues, con la elección de los escribanos y su aleccionamiento (*Partidas* III, XIX, 5 y 7): las cartas han de ser escritas por su propia mano, ciñéndose al *cursus* preestablecido, sin abreviaturas, ajustándose rigurosamente a las notas previas dadas por el canciller o el notario y evitando

(152) Vid. *supra* Parte I, capítulo III.

signos o señales que puedan descubrir el contenido de la carta; en definitiva, con la lealtad que antes mencionábamos. El notario ejercerá un primer control examinando la carta. Después éstas pasan por la cancillería, donde son de nuevo revisadas antes de acudir al sellador, que de nuevo las examinará antes de certificarlas con el sello. Al hablar de los selladores en el título XX (Ley 4), se renueva la mención al punto de control esencial en el proceso de validación de las cartas: el registro (153). La carta debe ser copiada en un registro, lo que, entre otras cosas, evitará conflictos posteriores a la primera emisión de los documentos y facilitará la *refectio* o el cotejo de la primera forma con ejemplares dudosos o deturpados. Este registro es una novedad que incorporaron el *Espéculo* y las *Partidas*, pues no existía en el *Fuero Real*, si bien se alude a un registro (*FR* I, VIII, 4) que no parece ser más que al conjunto de las primeras notas de donde se redactan las cartas.

4. Conclusión

Como hemos visto, en el título XVIII se refleja parte del conflicto existente entre la voluntad regia de establecer el derecho general al reino y la práctica habitual del ejercicio de gobierno, que obligaba a la emisión de documentos atenidos al derecho privilegiado, con valor de ley. La forma de mantener en armonía ambos tipos de derecho fue la introducción de restricciones a la validez de los documentos que generaba el derecho especial y el establecimiento de una red de puntos de control para su expedición, por medio de los cuales se reconducían en cualquier instancia al rey, como máxima figura garante del derecho general.

El privilegio como ley “dada apartadamientre” posee el mismo valor legal que las leyes incluidas en los libros, lo que también se aplica, como hemos señalado, a otras cartas. Sin embargo, puesto que no todas estas manifestaciones del rey a través de privilegios y cartas son absolutamente voluntarias (Leyes 29, 32, 49-50), ello entrañaba un grave peligro para el gobierno del reino, máxime cuando el rey se basaba en unos principios que le otorgaban el poder de hacer leyes, pero también le obligaban a someterse a ellas (154). Alfonso, por tanto, necesitó ejercer el máximo control sobre sus cartas, que, al fin y al cabo, no son otra cosa que la expresión de su voluntad (quiera o no, paradójicamente), la cual debía prevalecer sin ser falseada ni manipulada bajo ninguna circunstancia.

(153) *Vid. supra* Parte III, capítulo II § 3.2.2.

(154) “... Otro fi dezimos que esta bien al fazedor de las leyes en querer beuir segund las leyes como quier que por premia non fea tenuto de los fazer” (*Partidas* I, I, 15).

Se pretende que los documentos regios no menoscaben el derecho de la persona del rey o su señorío, ni vayan contra el procomunal ni generen mal al conjunto del reino. Con este propósito se traza en el título XVIII un entramado de clasificaciones, definiciones y dependencias de los diferentes tipos de escrituras, de su alcance y de su valor probatorio. Ese conjunto de estipulaciones provoca sin duda la oscuridad del sistema de las escrituras públicas, especialmente de las cartas regias, y que se observen en el título ciertos desajustes, interacciones, redundancias e incongruencias –cuyos ejemplos más palmarios hemos querido poner de relevancia.

Como hemos visto, la compleja sistemática documental no responde realmente a lo que se anuncia en el prólogo del título. Las leyes dedicadas a evitar la perversión en el uso de las cartas regias, su fuerza legal y su valor probatorio centran mayoritariamente la atención de los compiladores alfonsíes.

La lucha entre ambos derechos no esconde otra cosa que la tensión política con los otros poderes operativos en el reino. Esa tensión existente en la actividad regia se revela en la justificación y defensa del derecho o procomunal, por un lado, y, por otro, del propio derecho del rey, sus regalías, el control de lo que se considera “el señorío” –del que, como hemos visto, según teoriza Alfonso en varias ocasiones, jamás debería desprenderse un rey (155)–. No ya en la profundidad de la doctrina del texto, sino en la estructura más superficial del título XVIII, es palpable la fuerte tensión que vive el rey entre el mantenimiento de su autoridad y la posibilidad de que las concesiones privilegiadas acaben afectando de manera negativa al derecho general y al suyo propio (156).

(155) Como hemos visto, son varias las ocasiones en que Alfonso X nos recuerda lo trascendente e intransferible del “señorío”. *Vid.* un nuevo ejemplo de esto en *Partidas* II, xv, 4: “... Pero esto [el heredamiento regio] deue ser fecho, de manera, que non mengue el señorio, aſi como vendiendo, o enajenando los bienes del que ſon como rayzes del reyno, mas puede lo fazer delas otras coſas muebles que ouiere...”.

(156) Vuélvase sobre la *Primera Partida* y sus redacciones (*vid. supra* Parte I, cap. II § 3). Esta lucha y tensión ya es apreciable a lo largo de las sucesivas reelaboraciones del texto.

APÉNDICES

Apéndices I-III.

Análisis de las fuentes particulares de cada ley de los títulos XVIII-XX

A continuación señalamos detalladamente las correspondencias entre las leyes del título XVIII (y que ha de servir igualmente para los títulos XIX y XX) de la *Tercera Partida* y los textos concretos que están en la base de sus leyes directa e indirectamente, esto es, tanto textual como doctrinalmente. Ponemos también de relieve, cuando lo consideramos procedente, bien con breve indicación, bien extendiéndonos en comentario, algunos aspectos relativos al carácter y uso de las fuentes, a las modificaciones sufridas en el trasvase del texto: en definitiva, aspectos que revelen pautas significativas o relevantes respecto a la labor de construcción de la materia notarial por parte de los compiladores de la *Tercera Partida* a la luz de las fuentes que tuvieron ante sus ojos.

Aunque para el cotejo de texto y fuentes hemos recurrido a los manuscritos en el caso del *Espéculo* (Ms. 10.123 de la BNM) y del *Dotrinal de los pleytos* (Ms. HC 411/533 de la HSA), referiremos los pasajes comentados a través de las ediciones –más accesibles que los manuscritos– para facilitar su consulta e identificación. Así, para el *Espéculo*, remitimos a la edición de MARTÍNEZ DÍEZ (1985); los pasajes del *Dotrinal de los Pleytos* los referimos a través de la edición de UREÑA Y BONILLA (1924); con respecto al *Ars Notariae* de SALATIEL, hemos recurrido a la edición de G. ORLANDELLI (1961) (157); para el *Speculum iudiciale* de DURANTE nos hemos servido de la edición renacentista comentada por Giovanni ANDREA y Baldo DEGLI UBALDI (1574); para las *Decretales* hemos utilizado la edición veneciana de Baptista DE TORTIS de 1496. Finalmente, las referencias al *Forum iudicum* van por la edición de la RAE de 1815, el *Fuero Juzgo* por la edición de V. ORAZI (1997) y al *Fuero Real* van por la edición de MARTÍNEZ DÍEZ (1988). Remitimos las fuentes documentales en la bibliografía.

(157) Existe una edición más moderna que no hemos tenido ocasión de consultar: *Ars Notariae (Técnica notarial) de Salatiel Bonaniense*. Edición facsímil. Transcripción de N. Téllez. Traducción de P. E. de Barreda. 2 vols., Anaya Beltrán, 1996.

Apéndice I

Fuentes directas del título XVIII

Prólogo - *Espéculo* IV, XII, Prólogo; la correspondencia con el *Espéculo* es prácticamente literal hasta n. 3; se dan ciertas correspondencias literales hasta n. 12. Desde este punto, la fuente es el *Speculum iudiciale* de Durante.

Espéculo: p. 366; *Speculum*: p. 632.

Ley 1 - *Dotrinal de los pleytos* IV, IV, 1; la correspondencia es literal. El arranque de la ley se inspira en *Speculum iudiciale*, lib. II., Partic. II *De instrumento editione*, cap. *Instrumetum*.

Dotrinal: 291; *Speculum*: 632

Ley 2 - *Espéculo* IV, XII, 13; la correspondencia es literal, salvo la introducción de la ley (nn. 1-2), donde *Esp.* especifica que la confección del privilegio será “segunt costunbre de Espanna”, y omisiones debidas a reajustes textuales (nn. 16-17, 58-59).

Ed. Martínez Díez, pp. 373-375.

Ley 3 - *Espéculo* IV, XII, 14; la correspondencia es literal, salvo remisiones internas (n. 11).

Espéculo: 375.

Ley 4 - *Espéculo* IV, XII, 15; la correspondencia es literal, salvo una omisión en *Partidas* (n. 15), que parece deberse a una depuración del texto respecto de la fuente.

Espéculo: 375-376.

Ley 5 - *Espéculo* IV, XII, 16; la correspondencia es literal, salvo leves innovaciones.

Espéculo: 376.

Ley 6 - *Espéculo* IV, XII, 17; la correspondencia es literal.

Espéculo: 376-377.

Leyes 7-8 - Compilador. Posiblemente basadas en material del archivo cancilleresco.

Ley 9 - Posiblemente basada en material del archivo cancilleresco. Quizá sea posible también *Ars notariae* IV, *Instrumento legitimationis*. *Salatiel*: 300.

Ley 10 - *Espéculo* IV, XII, 18; la correspondencia es literal.

Espéculo: 377.

Ley 11 - *Espéculo* IV, XII, 19 [18, según el ms.]; la correspondencia es literal.

Espéculo: 377-378.

Ley 12 - *Espéculo* IV, XII, 20 [19, según el ms.]; la correspondencia es literal.

Espéculo: 378.

Ley 13 - *Espéculo* IV, XII, 21 [20, según el ms.]; la correspondencia es literal.

Espéculo: 378.

Ley 14 - *Espéculo* IV, XII, 22; la correspondencia es literal, salvo leves innovaciones léxicas (n. 6). Breve adición al final de *Partidas* “e de lo que dio verdadera cuenta” (n. 14).

Espéculo: 379.

Ley 15 - *Espéculo* IV, XII, 23; la correspondencia es literal, salvo leves innovaciones léxicas (n. 2).

Espéculo: 379.

Ley 16 - *Espéculo* IV, XII, 24; la correspondencia es literal, salvo una omisión en *Espéculo*, quizá debida a un homotéluton “carta... carta” (nn. 11-12).

Espéculo: 379-380.

Ley 17 - *Espéculo* IV, XII, 25; la correspondencia es literal.

Espéculo: 380.

Ley 18 - *Espéculo* IV, XII, 26; la correspondencia es literal, salvo una omisión de una remisión interna del *Espéculo* (nn. 1-2).

Espéculo: 380-381.

Ley 19 - *Espéculo* IV, XII, 27; la correspondencia es literal.

Espéculo: 381.

Ley 20 - *Espéculo* IV, XII, 28; la correspondencia es literal, salvo un claro error de la ley del *Espéculo* (porteros *Part.*] portadgueros *Esp.* n. 4).

Espéculo: 381.

Ley 21 - *Espéculo* IV, XII, 29; la correspondencia es literal.

Espéculo: 382.

Ley 22 - *Espéculo* IV, XII, 30; la correspondencia es literal.

Espéculo: 382.

Ley 23 - *Espéculo* IV, XII, 31; la correspondencia es literal.

Espéculo: 382-383.

Ley 24 - *Espéculo* IV, XII, 32; la correspondencia es literal, salvo leves diferencias fraseológicas (n. 18).

Espéculo: 383.

Ley 25 - *Espéculo* IV, XII, 34.

Espéculo: 384.

Ley 26 - *Espéculo* IV, VI, 3; la correspondencia es literal, salvo en entre nn. 9-13: la ley de *Partidas* incide con cierta vehemencia en reclamar la potestad del regia con respecto a la emisión de cartas reales y privilegios.

Espéculo: 288-289.

Ley 27 - *Espéculo* IV, VI, 4; la correspondencia es literal, salvo un par de sustituciones en nn. 8 y 18, y la aparente omisión de n. 13 en *Espéculo* (en realidad, en el ms. 10.123, porque al tratarse de un homoiotéuton, la omisión no se hallaría en el original).

Espéculo: 289.

Ley 28 - *Espéculo* IV, VI, 5; la correspondencia es literal.

Espéculo: 289-290

Ley 29 - *Espéculo* IV, VI, 6; la correspondencia es literal, salvo leves modificaciones en nn. 5, 14 y 17.

Espéculo: 290.

Ley 30 - *Espéculo* IV, VI, 7; la correspondencia es literal, pero sólo se da hasta n. 10 *in fine*. Las *Partidas* omiten un amplio párrafo que trata sobre las cartas de alongamiento de los plazos (que se retoma en la ley 33).

Espéculo: 290-291.

Ley 31 - Compilador.

Ley 32 - Compilador.

Ley 33 - Compilador. Inspirada en *Espéculo* IV, VI, 7 (segunda parte).

Espéculo: 290-291.

Ley 34 - *Espéculo* IV, VI, 8; la correspondencia es literal, salvo la diferente ubicación de algunos sintagmas.

Espéculo: 291.

Ley 35 - *Espéculo* IV, VI, 9; la correspondencia es literal. Existe una omisión de la ley de *Partidas* que podría considerarse voluntaria; sin embargo, no es descartable que se produjera un homoiotéuton ("Ca... Ca") en el modelo de la *Partida* que trascendiera a toda la tradición.

Espéculo: 292.

Ley 36 - *Espéculo* IV, VI, 10; hay en la ley de las *Partidas* una omisión con respecto a la fuente (entre nn.11-12). En este caso se ha eliminado un período completo; no parece posible achacarla a un error en el proceso de copia; lo más probable es que a juicio del compilador se considerara repetitivo el contenido de esta cláusula, a la vista de lo dicho más arriba; sin embargo, con la omisión se pierde en especificidad.

Espéculo: 293.

Ley 37 - *Espéculo* IV, VI, 11; se produce un homoiotéuton en la ley del *Espéculo*.

Espéculo: 293-294.

Ley 38 - *Espéculo* IV, VI, 12; la correspondencia es literal, salvo una sustitución en n. 13 (negándola *Esp.*] callándola *Part.*).

Espéculo: 294-295.

Ley 39 - *Espéculo* IV, VI, 13; parece producirse un inciso aclaratorio (nn. 4-5) en la ley de *Partidas* con respecto a la fuente. No es descartable una omisión por homoiotéuton en el *Espéculo* ("de la otra... que la otra").

Espéculo: 295.

Leyes 40-41 - Compilador.

Ley 42 - *Espéculo* IV, VI, 14; la correspondencia es literal, salvo dos omisiones respecto a la fuente (nn. 6-7 y 17).

Espéculo: 296.

Ley 43 - *Espéculo* IV, VI, 15; la correspondencia es literal.

Espéculo: 296-297.

Ley 44 - Compilador

Ley 45 - *Espéculo* IV, VI, 16; la correspondencia es literal; en las *Partidas* se ha suprimido la introducción de la ley del *Espéculo* porque funciona como una referencia interna que retoma lo dicho en IV, VI, 2 y las *Partidas* no recogen dicha ley.

Espéculo: 297.

Ley 46 - *Espéculo* IV, VI, 17; la correspondencia es literal; no obstante, el *Espéculo* (según el ms. 10.123) omite un importante "non" en nn. 17, fundamental para la comprensión cabal del texto. El hecho puede deberse al hecho de la palabra siguiente, comienza por *non* (*nombre*).

Espéculo: 297-298.

Ley 47 - *Espéculo* IV, VI, 18; la correspondencia es literal. En la ley de las *Partidas* se hacen más explícitos algunos sintagmas en un par de frases (nn. 28-29, 33 y 34) que hacen más claras e inequívocas las referencias ("testimonias + que las partes nombraren que vegán a dezir verdat ante'él"; "alguno" por "juiz d'algun otro lugar o a otro omne que toviessse algún oficio señalado", y "su nombre" por "el nombre d'aquel a quien la envía").

Espéculo: 298-299.

Ley 48 - *Espéculo* IV, VI, 19 y 23; la ley de *Partidas* refunde en una dos leyes del *Espéculo*. La refundición conlleva, por un lado, una exposición más sistemática al reunir contenidos ("cartas foreras") y, por otro, la elisión de las cláusulas introductorias que sólo tienen sentido dentro del *Espéculo* ("et maguer ementamos en la quinta ley ante desta... queremoslo mostrar aun en esta ley mas abiertamente...").

Espéculo: 300 y 302.

Ley 49 - *Espéculo* IV, VI, 20; la correspondencia es literal, salvo dos leves variaciones (nn. 1 y 2).

Espéculo: 300.

Ley 50 - *Espéculo* IV, VI, 21; la correspondencia es literal. En *Partidas* “algunos del regno” se transforma en “algunos de fuera del regno”, lo que parece ser un error en el ms. conservado del *Espéculo*.

Espéculo: 301.

Ley 51 - *Espéculo* IV, VI, 22; la correspondencia es literal. En el manuscrito 10123 BNM del *Espéculo* se ha producido un homoiotéleuton (n. 6) que no ha trascendido a la ley de las *Partidas*.

Espéculo: 301.

Ley 52 - *Espéculo* IV, VI, 24; la correspondencia es literal.

Espéculo: 302.

Ley 53 - *Espéculo* IV, VI, 25; la correspondencia es literal.

Espéculo: 302.

Ley 54 - *Dotrinal de los pleytos* IV, IV, 2; la correspondencia es literal, salvo en las referencias internas a otras partes del texto. Se omite en las *Partidas* la referencia “según es costumbre del logar” (n. 12 *in fine*).

Dotrinal: 291-292.

Ley 55 - Desarrollo pormenorizado de la exposición de *Espéculo* IV, XII, 11.

Espéculo: 372.

Ley 56 - *Ars Notariae* IV, *Instrumentum venditionis rei date iure proprio*; toma las *publicationes* del *Instrumentum arrarum*.

Salatiel: 218-224.

Ley 57 - *Ars Notariae* IV, *Instrumentum fideiussorie cautionis*.

Salatiel: 225-226.

Ley 58 - *Ars Notariae* IV, *Instrumentum uxoris consentientis et iuri ypothece renuntiantis*.

Salatiel: 226-228.

Ley 59 - *Ars Notariae* IV, *Sacramentum minoris*.

Salatiel: 231-232.

Ley 60 - *Ars notariae* IV, *Instrumentum tutoris vendentis rem pupillarem cum decreto*. La ley castellana modifica considerablemente el contenido del modelo italiano e introduce instituciones como “el almoneda”.

Salatiel: 239-242.

Ley 61 - *Ars notariae* IV, *Instrumentum venditionis sine conditione et procuratorio nomine*.

Salatiel: 243-245

Leyes 62-63 - Compilador. Amplificación de la casuística del prototipo de carta de venta en la que de un modo u otro interviene un tercero, o la venta se produce a través de algún intermediario que se expone en la ley anterior.

Ley 64 - *Ars Notariae* IV, *Instrumentum cessionis facte titulo venditionis vel alio titulo*.

Salatiel: 237-239.

Ley 65 - *Ars Notariae* IV, *Instrumentum venditionis equorum*.

Salatiel: 234-236.

Ley 66 - *Ars Notariae* IV, *Instrumentum permutationis rerum*.

Salatiel: 255-257.

Ley 67 - *Ars Notariae* IV, *Instrumentum pure et libere donationis facte inter vivos et de insinuatione*.

Salatiel: 260-263.

Ley 68 - *Ars Notariae* IV, *Instrumentum feudi et fidelitatis et investiture*.

Salatiel: 257-260.

Ley 69 - *Ars Notariae* IV, *Instrumentum emphyteosis renovationis et venditionis emphyteotice rei*.

Salatiel: 246-251.

Ley 70 - *Ars Notariae* IV, *Instrumentum mutui et pignoratitiae cautionis mutui*.

Salatiel: 292-293.

Ley 71 - *Ars Notariae* IV, *Instrumentum locationis equorum et aliarum rerum et animalium*.

Salatiel: 275-277; vid. también *Ars Notariae* IV, *Instrumentum commodati*.

Salatiel: 293.

Ley 72 - *Ars Notariae* IV, *Instrumentum depositi*.

Salatiel: 293-294.

Ley 73 - *Ars Notariae* IV, *Instrumentum locationis domorum*.

Salatiel: 273-275.

Ley 74 - *Ars Notariae* IV, *Instrumentum terre date ad laborandum*.

Salatiel: 280-281.

Ley 75 - *Ars Notariae* IV, *Instrumentum locationis operarum*.

Salatiel: 277.

Ley 76 - *Ars Notariae* IV, *Instrumentum bouum datorum ad laborandum ad partem lucri et dampni*. El tenor es idéntico, aunque el ejemplo presentado varía levemente.

Salatiel: 281-283.

Ley 77 - Compilador. Esta ley perfila la *forma nauli* o fórmula de afletamiento que no encuentra paralelo en el *Ars Notariae*. Probablemente se inspira en la práctica notarial sevillana.

Ley 78 - *Ars Notariae* IV, *Instrumentum societatis*.

Salatiel: 278-280.

Ley 79 - *Ars Notariae* IV, *Instrumentum terre date ad laborandum*.

Salatiel: 280-281.

Ley 80 - *Ars Notariae IV, Instrumentum divisionis rerum communium.*

Salatiel: 286-288.

Ley 81 - *Ars Notariae IV, Instrumentum transactionis finis et remissionis.*

Salatiel: 305.

Ley 82 - *Ars Notariae IV, Instrumentum pacis et concordie atque tregue.*

Salatiel: 305.

Ley 83 - *Ars Notariae IV, Instrumentum pacis et concordie atque tregue.* Es la ampliación del instrumento anterior, la ley 83 expone la “concordia” y ésta la “tregua”.

Salatiel: 305.

Ley 84 - *Ars Notariae IV, Instrumentum receptionis et donationis arrarum sponsalitarum;* el caso presentado es algo diferente: en Salatiel la transacción se efectúa entre los padres de ambos prometidos, en tanto que en las *Partidas* tiene lugar entre el padre de la desposada y el futuro marido.

Salatiel: 263-266.

Ley 85 - *Ars Notariae IV, Instrumentum matrimonii contrahendi per verba de presenti.*

Salatiel: 266-267.

Ley 86 - *Ars Notariae IV, Instrumentum receptionis dotis.*

Salatiel: 267-268.

Ley 87 - *Ars Notariae IV, Instrumentum donationis facte propter nuptias.*

Salatiel: 269-270.

Ley 88 - *Ars Notariae IV, Instrumentum oblationis sui et suarum rerum alicui loco religioso.*

Salatiel: 297.

Ley 89 - *Ars Notariae IV, Instrumentum homagii seu collonorum et adscriptorum.*

Salatiel: 298.

Ley 90 - *Ars Notariae IV, Instrumentum manumissionis.*

Salatiel: 299.

Ley 91 - *Ars Notariae IV, Instrumentum adoptionis.* La ley de *Partidas* desarrolla el modelo salatielino ampliándolo con la descripción de todo el ritual del “porfijamiento” castellano.

Salatiel: 300.

Ley 92 - Variación del instrumento modelo anterior. En este caso, el adoptando no está previamente bajo la tutela paterna.

Ley 93 - *Ars Notariae IV, Instrumentum emancipationis.*

Salatiel: 300-301.

Ley 94 - *Ars Notariae IV, Instrumentum dacionis [sic] tutoris legitimi.*

Salatiel: 301.

Ley 95 - *Ars Notariae IV, Instrumentum tutelae maternelae.*

Salatiel: 302.

Ley 96 - *Ars Notariae IV, Instrumentum auctoritatis.*

Salatiel: 302-303.

Ley 97 - *Ars Notariae IV, Instrumentum mandati et castaldarie.*

Salatiel: 291.

Ley 98 - *Ars Notariae IV, Instrumentum syndici ordinandi vel actoris.* La ley de las *Partidas* sólo toma la primera parte del modelo de Salatiel. Nótese como hecho curioso cómo el título de nuestra ley se corresponde mejor con el contenido del modelo de Salatiel que el de la ley que intitula: *Cómo deve seer fecha la carta de concejo o de iglesia conventual*; sin embargo, sólo se trata el caso concejil y no el de la iglesia conventual. Por otro lado, en las *Partidas* se optó por introducir un posible caso real sevillano. Es igualmente curioso cómo la descripción de la reunión del concejo sevillano (“seyendo ayuntado el concejo d’esse mismo lugar en tal iglesia”) se corresponde con lo que sabemos, y es que el recién creado concejo de Sevilla se reunía en las gradas de la iglesia de Santa María (vid. N. Tenorio y Cerezo, *El Concejo de Sevilla 1248-1312*, Sevilla, 1901).

Salatiel: 292.

Ley 99 - *Ars Notariae IV, Instrumentum inventarii faciendum.*

Salatiel: 303.

Ley 100 - *Ars Notariae IV, Corroboratio inventarii.*

Salatiel: 309-310.

Ley 101 - Compilador. El instrumento de renuncia a la herencia no tiene paralelo en *Ars Notariae*.

Ley 102 - *Ars Notariae IV, Instrumentum liberationis administrationis tutorie seu curatione.*

Salatiel: 303-304.

Ley 103 - *Ars Notariae IV, Instrumentum testamentum sine scriptis et nuncupativi.* El modelo de las *Partidas* es mucho más extenso y redactado en regesta.

Salatiel: 307-308.

Ley 104 - *Ars Notariae IV, Instrumentum codicillorum post testamentum factorum.*

Salatiel: 309.

Ley 105 - *Ars Notariae IV, Instrumentum donationis facte a minore causa mortis patre consentiente.*

Salatiel: 309.

Ley 106 - *Ars Notariae* IV, *Instrumentum compromissi*.

Salatiel: 306.

Ley 107 - *Ars Notariae* IV, *Instrumentum laudi*.
Salatiel: 306.

Leyes 108-110 - Compilador. Este tipo de fórmulas judiciales no tienen paralelo en el *Ars Notariae*.

Ley 111 - *Espéculo* IV, XII, 46.

Espéculo: 400.

Ley 112 - *Espéculo* IV, XII, 49. La coincidencia es casi literal hasta la nota 11. A partir de este punto, la ley de las *Partidas* amplifica los casos en los que debe ser entregado un “traslado” íntegro a la parte contraria: carta de personería o guarda en pleito y cartas sentencia o actas de pleito. La identidad es total con el *Dotrinal* IV, IV, 3.

Espéculo: 392; *Dotrinal*: 293-294.

Ley 113 - Compilador.

Ley 114 - Compilador.

Ley 115 - Compilador.

Ley 116 - Compilador. Muy reelaborado *Speculum iudiciale*, lib. II., Partic. II *De instrumento editione*: § *Postremo* (?).

Speculum: 639.

Ley 117 - Compilador. Muy reelaborado *Speculum iudiciale*, lib. II., Partic. II *De instrumento editione*: § *Postremo* (?).

Speculum: 639.

Ley 118 - *Dotrinal de los pleytos* IV, IV, 4; Muy reelaborado *Speculum iudiciale*, lib. II., Partic. II *De instrumento editione*: § *Postremo* (?).

Dotrinal: 294-295; *Speculum*: 639.

Ley 119 - Compilador.

Ley 120 - Compilador. Muy reelaborado *Speculum iudiciale*, lib. II., Partic. II *De instrumento editione*: § *Postremo* (?).

Speculum: 639.

Ley 121 - *Dotrinal de los pleytos* IV, IV, 5. La correspondencia es literal.

Dotrinal: 295-296.

Apéndice II

Fuentes directas del título XIX

Prólogo - Coincide (aunque no a la letra) en parte con el contenido de *Espéculo* IV, XII, Prólogo *in fine* a partir de la n. 7 de nuestra edición debido a la correspondencia temática.

Espéculo: 366.

Ley 1 - Compilador.

Ley 2 - *Ars Notariae*, *Prohemium* (rúbricas: *Quid sit notarius, unde dicatur et quibus nominibus appelletur de iure* y *Quis possit esse notarius et cuius auctoritate constitui possit et quid debeat observare*); la doctrina parece inspirada en la doctrina del notario público establecida por Salatiel.

Espéculo IV, XII, 2-3; la correspondencia no es literal, salvo en las cláusulas referentes a la vecindad y laicidad (nn. 11-15) del escribano, que sí están tomadas directamente de *Espéculo* IV, XII, 3.

Salatiel: 4-16; *Espéculo*: 367-368.

Ley 3 - *Espéculo* IV, XII, 1; sólo coinciden en la primera mitad, hasta la n. 11 *in fine* de nuestra edición.

Espéculo: 366-367.

Ley 4 - *Espéculo* IV, XII, 4; la coincidencia es literal, salvo la frase introductoria de la ley.

Espéculo: 368-369.

Ley 5 - *Espéculo* IV, XII, 5; coincide literalmente, salvo alguna adición en *Partida* (nn. 11 y 13).

Espéculo: 369.

Ley 6 - Compilador.

Ley 7 - *Espéculo* IV, XII, 6; coincide literalmente salvo nn. 9-10 de nuestra edición. En este punto, la ley de *Partidas* deja de estipular la pena concreta (“cient maravedíes”) establecida en el *Espéculo* al escribano que contraviniera lo estipulado en la ley con respecto al uso de abreviaturas en nombres y cifras. Se advierte una omisión en la ley de la *Partida* (entre nn. 7-8: “nin escriuan ninguna destas cosas entellinadas mas todas las letras conprida mjentre”).

Espéculo: 369-370.

Ley 8 - *Espéculo* IV, XII, 7; coincide literalmente. Vid. la diferente lectura “pora seer raída” de *Partidas* y “para seer creyda” de *Espéculo* (n. 8).

Espéculo: 370.

Ley 9 - *Espéculo* IV, XII, 8; la coincidencia es prácticamente literal. No obstante, se ha producido una importante modificación que afecta a la descripción del proceso de registrado de la nota (n. 3).

Espéculo: 370-371.

Ley 10 - *Summa artis notariae*, cap. 10; Rolandino: 398r (> *Speculum iudiciale*, lib. II., Partic. II *De instrumento editione*: § *Ubi autem* (?)); *Speculum*: 638.

Recuerda vagamente *Espéculo* IV, XII, 9; *Espéculo*: 371.

Ley 11 - *Summa artis notariae*, cap. 10; Rolandino: 398r (> *Speculum iudiciale*, lib. II., Partic. II *De instrumento editione*: § *Si vero*, § *Quod si forte* y § *Porro* (?)); *Speculum*: 638-639.

Ley 12 - Compilador. Intensa reelaboración de fuentes: Decretal *Si intrumenta* (*De fide instrumentorum*: X: 2, XXII, 16); *Decretales*: 126va; *Fuero Real* II, IX, 5; *FR*: 270. Muy vagamente *Espéculo* IV, XII, 10; *Espéculo*: 371-372.

Apéndice III

Fuentes directas del título XX

Prólogo - Compilador.

Ley 1 - Compilador.

Ley 2 - *Espéculo* IV, XIII, 1; la correspondencia es literal, salvo leves sustituciones y omisiones (n. 4). El texto de la *Partida* se hace más explícito en lo moral (nn. 8-9: “deuen sser dos en cada logar” *Esp.* + “que amen pro de su tierra e sean sin bandería”).

Espéculo: 402.

Ley 3 - *Espéculo* IV, XIII, 2; la correspondencia es literal.

Espéculo: 403.

Ley 4 - *Espéculo* IV, XIII, 3; la correspondencia es literal, salvo las variaciones debidas a las remisiones internas, algo diferentes en cada texto (nn. 2 y 15); homoiotéleuton en *Espéculo* (n. 14). *Espéculo*: 403-404.

Ley 5 - *Espéculo* IV, XIII, 4; la correspondencia es literal, salvo las omisiones en la *Partida* a las remisiones internas del *Espéculo* (nn. 9 y 15). Texto más explícito en las *Partidas* (n. 8: “mone-da comunal” *Esp.*], “moneda que comunalmi-entre husan e despienden por la tierra” *Partidas*). *Espéculo*: 404.

Ley 6 - *Espéculo* IV, XII, 53; la correspondencia es literal, salvo dos breves omisiones del *Espéculo* (nn. 2 y 7).

Espéculo: 395.

Ley 7 - *Espéculo* IV, XII, 54; la correspondencia es literal, salvo algunas omisiones (nn. 18, 20, 23, 29 y 30).

Espéculo: 395-396.

Ley 13 - *Espéculo* IV, XII, 52; la correspondencia es literal.

Espéculo: 399.

Ley 14 - *Espéculo* IV, XII, 61; la correspondencia es literal.

Espéculo: 400-401.

Ley 15 - *Espéculo* IV, XII, 60; la correspondencia es literal.

Espéculo: 400.

Ley 16 - La ley no se corresponde con ninguna otra del *Espéculo*. Se hace eco en parte del *Ars Notariae*, *Prohemium*: rúbrica *A quibus debeat notarius abstinere et que pena notarii delinquentes*; glosa a “gravissima”.

Salatiel: 17-18.

Ley 8 - *Espéculo* IV, XII, 55; la correspondencia es literal, salvo un homoiotéleuton en el *Espéculo* (n. 27) y la elisión en *Partidas* de la cláusula final “mas si non las leuaren deuen auer dello el mayordomo mayor & dello los officiales assi como departiremos adelante en este libro”. *Vid.* n. 5, la lección “cinco” de *Partidas* es peor que “çiento” de *Espéculo*. La variante es un error, por lo que no implica cambio de contenido entre la fuente y la *Partida*. El error es también habitual en varios manuscritos de las *Partidas* en diversos lugares.

Espéculo: 397-398.

Ley 9 - *Espéculo* IV, XII, 56; la correspondencia es literal.

Espéculo: 398.

Ley 10 - *Espéculo* IV, XII, 57; la correspondencia es literal. *Vid.* n. 13, de nuevo la lección “çiento” del *Espéculo* es mejor que el “cinco” de *Partidas*.

Espéculo: 398.

Ley 11 - *Espéculo* IV, XII, 58; la correspondencia es literal. *Vid.* n. 5, “cinco sueldos” de *Partidas* es mejor que “çiento suelos” de *Espéculo*. *Espéculo*: 399.

Ley 12 - *Espéculo* IV, XII, 59; la correspondencia es literal, salvo el importante homoiotéleuton en el *Espéculo* (nn. 5-8).

Espéculo: 399-400.

Apéndice IV

En el nombre del padre, τ del ffijo, τ del espíritu Santo que sson tres perssonas τ un dios uerdadero, τ de la uirgen Santa, Madre de nuestro Sennor ihu xpo. Sepan quantos esta carta uieren, Cómo yo donna Pasquala de Talauera muger que ffui de Fortún péres, uezina dela collación de Santa Lucía de Seuilla, Estando sana, τ con salud, τ con mi complida memoria, τ sin premia, τ sin constrennimiento ninguno, τ de mi buena uoluntad Queriendo uenir a seruiçio de dios, τ a salud de mi alma Offresco mi persona, τ mi alma adios, τ a Santa María, τ de toda la Corte Çelestial, τ a Sennora santa Clara, τ ayuntadas mis manos me meto en poder, τ en las manos de uso donna María gómez por la gracia de dios abadesa del Monesterio de Santa Clara de Seuilla, que me Reçebides en nombre de uestra iglesia por uso, τ por uestros ssucepssores. Et prometo yo donna Pasquala la sobredicha, auos donna María la abadesa nonbrada, obediencia, τ Reuerençia, τ de guardar, τ de tener la Regla dela orden sobredicha, τ de uenir en Castidat. Et Renunçio los bienes deste mundo. Et doy día que esta carta es ffecha en adelante, non quiero auer ninguna cosa propria, Mas dolo todo, τ ofréscolo a escribir donna María gómez abadesa sobredicha, que Reçebides pora escribir, τ pora las freyras que sson, τ serán en este monesterio de Santa Clara, τ para siempre yamás, Et los bienes que yo do a escribir la abadesa sobredicha, τ alas freyras nonbradas sson éstos [...] Et esta donaçión, τ offresión escribir fago yo por que me Reçebides en vuestra orden, τ me feches porçionera en los uestros bienes temporales, τ espirituales. Et nos donna María gómez, por la gracia de dios abadesa del monesterio de Santa Clara de Seuilla, en uno con donna María yennegues, τ con donna María de Córdoua, τ con donna Eluira gonçález, τ con donna María Dágreda, con plazer τ con conffirmamiento dellas por nos, τ por todas las duennas del Conuento deste monesterio sobredicho, Reçebimos por ffreyra deste monesterio Sobredicho a escribir donna Pasquala con todos los uestros bienes que dessuso son nombrados, τ en uestimos uso de los bienes temporales, τ espirtuales deste monesterio sobredicho con beso de paz [...] (Sevilla, 22 de noviembre de 1285).

Entran en orden de religión algunos omnes que an algo e acaece algunas vezes que fazen ende carta, e escribir seer fecha en esta guisa: “Sepan cuantos esta carta vieren cómo Domingo Vicente, aviendo fecho su testamento e ordenamiento de sus cosas assí como parece por la carta del testamento que fue fecha por mano de tal escrivano público,

queriendo venir a servicio de Dios e a salut de su alma, salvas todas las cosas que estableció en su testamento, ofrecio su persona a Dios e a Sant Benito, e ayuntadas las manos se metió en las manos del abad de tal monesterio,

recibiéndolo el abad en nombre de su iglesia por sí e por sus successores. E prometió Domingo Vincente, el sobredicho, al abad obediencia e reverencia

e de guardar e tener la regla de la orden sobredicha e de vevir en castidat;

e renunció a los bienes d’este mundo deziendo que d’esse día en adelante non querié aver ninguna cosa propria.

E por ende, el abad de suso dicho,

estando delante fulán e fulán monges,

con plazer e con consintimiento d’ellos,

recibiólo por monge d’aquel monesterio

e investiolo de los bienes temporales e espirituales d’aquella iglesia con beso de paz».

(*Partidas* III, XVIII, 88.)

INSTRUMENTUM OBLATIONIS SUI ET SUARUM RERUM ALICUI RELIGIOSO

Prosper nomine conversionis et oblationis sui et suarum rerum obtulit librum et stolam super altare Sancti Proculi deditque se et suas res omnes Deo et Sancto Proculo et domino R. Abbati pro ipsa ecclesia recipienti dando eidem abbati licentiam intrandi e accipiendi nomine iamdicte ecclesie sua auctoritate possessionem et quasi possessionem omnium suarum rerum, et promittens dicto abbati pro se suisque sucesoribus obedientiam et reverentiam loci stabilitatem et morum conversationem renuntiavit propriis et continentiam secundum regulam beati Benedicti promisit, quare dictus abbas in continenti presentibus et volentibus omnibus monachis dicte ecclesie scilicet domino Petro domino Martino, et cetera, recepit eundem Prosperum in conversum et fratrem ecclesie supradicte et eundem beneficiis omnibus spiritualibus et temporalibus dicti monasterii cum pacis osculo sollempniter investivit. (Salatiel: 297.)

Apéndice V

Sepan quantos esta carta uieren, como yo, Johan Pérez Gallego, τ yo María Johan su muger, uezinos de la collación de Sancta Anna, otorgamos a uso Fferrant Martínez, capellán de las monias del monesterio de sant Criment de Seuilla, en nombre de donna Teresa Ffrrenández, ffija de don Fferrant Pérez dArgaz, que escribir ffagamos escriuir a nuestro ffijo Jacomo un breuiario monial desta orden de sant Criment, que ssea bien cumplido, de bona letra, segunt el padron quel dierdes, por preçio nombrado çiento τ [çin]quenta de los dineros blancos coronados, τ que nos los paguedes desta guisa: [los ç]inquenta morauedis luego, τ los otros çinquenta morauedis quando al mitad del li[bro ff]uere escripto, τ los otros çinquenta morauedis quando quando ffuere todo escripto τ acabado [...] (Sevilla, 28 de julio de 1295).

Lavores prometen a las vezes los omnes de fazer unos a otros, e la carta escribir seer fecha en esta guisa: “Sepan quantos esta carta vieren cómo Pero Martínez el escrivano prometió e otorgó e obligóse al deán de Toledo de escribirle el testo de tal libro deziendo señaladamente su nombre e que gelo escriviríe e que gelo continuarié fasta que fuesse acabado de tal letra cual escrivió e mostró en la primera foja d’este libro ante mí, escrivano público que fiz esta carta, e los testigos que son escriptos en ella. E otrossí prometió el sobredicho escrivano de no trebajarse de escribir otra obra fasta que sea acabado este libro. E esto prometió de fazer por precio de treínta maravedíes de los cuales otorgó e vino manifiesto que avié recibido diez del deán sobredicho e los otros maravedíes que fincan deven seer pagados en esta manera: los diez quando fuesse escripta la meatad del libro e los otros diez quando fuere acabado. E “todas estas cosas e cada una de ellas e *caetera*” deven seer puestas en esta carta, assí como de suso dixiemos en la fin de la carta de alquile de las casas. (*Partidas* III, xviii, 75.)

INSTRUMENTUM LOCATIONIS OPERARUM

Virgilius conduxit et accepit a Gaio unum Decretum faciendum quod promisit eidem scribere manu propria continue sine interpositione alterius operaris de tali littera ut incepit et ostendit in primo quaderno michi notario et testibus infraescriptis pro .xxx. libris bononenorum sibi mercedis noine tribuendis de quibus ipse Gaius dicto Virgilio numeravit et solvit ibidem .x. libras bononenorum alias vero .x. eidem dare promisit facta medietate Decreti et alias .x. cum dictum Decretum fuerit terminatum et dare sibi cartas edinas necessarias operis supradicto et eidem facere habere copiam exemplaris, que omnia, etcetera, ut supra in instrumento arrarum. (Salatiel: 277.)

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 tafurerías*, 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.
- Oliva* = A. CORTIJO OCAÑA, "El tratado *Oliva* de Boncompagno da Signa (edición y traducción)", *Revista de poética medieval*, 13, 2004, pp. 75-212.
- 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 Alcala 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* = Rolandino 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].
- Tafurerías* = *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. 211-231.
- Vcrít* = 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.
- 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.
- ASKINS, A.; G. AVENZOÁ; 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.
- 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 Skok o 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 Lingüística 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 correspondence: 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.
- CORTIJO OCAÑA, A.: “El tratado *Oliva de Boncompagno da Signa* (edición y traducción)”, *Revista de poética medieval*, 13, 2004, pp. 75-212.
- 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.

- CRADDOCK, J. R.: "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 medievais", *Bracara Augusta*, 2, 1950, pp. 50-52.
- DAUMET, H.: *Mémoire sur les relations de la France et de la Castille de 1255 á 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 la 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 Annua*, II, pp. 239-248.
- “San Raimundo de Peñafort y las *Partidas* de Alfonso X el Sabio”, *Antologica Annua*, 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, 1999².
- 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 ALCÁINE, 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-EMBED, 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.

- PÉREZ MARTÍN, A.: "El *Fuero Real* y Murcia", *AHDE* LIV, 1984.
- "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 Castella"*, 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 eilften 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 Ruiz, 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. MONTAÑA 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 Drokedda*, 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.

Abreviaturas

<i>AA</i>	= <i>Antológica Annua</i> .
<i>ABCT</i>	= Archivo y Biblioteca Capitulares de la Catedral de Toledo.
<i>AHDE</i>	= <i>Anuario de Historia del Derecho Español</i> .
<i>ANTT</i>	= Arquivo Nacional da Torre do Tombo.
<i>BA</i>	= <i>Bracara Augusta</i> .
<i>BAC</i>	= Biblioteca de Autores Cristianos.
<i>BAE</i>	= Biblioteca de Autores Españoles.
<i>BNM</i>	= Biblioteca Nacional de Madrid.
<i>BOOST</i>	= <i>Bibliography Of Old Spanish Texts</i> (Literary Texts, Edition-2). Comp. by Antonio Cárdenas, J. Gilkison, J. Nitti, E. Anderson, Bibliographical Series n. 1; Madison, Wis., 1977.
<i>CARLYC</i>	= Cortes de los Antiguos Reinos de León y Castilla.
<i>CLCHM</i>	= <i>Cahiers de linguistique et civilisation hispaniques médiévales</i> .
<i>CLHM</i>	= <i>Cahiers de linguistique hispanique médiévale</i> .
<i>CPPV</i>	= Convento de Padres Predicadores de Valencia.
<i>Glossae</i>	= <i>Glossae. Revista de Historia de Derecho Europeo</i> .
<i>HDNE</i>	= J. Bono, <i>Historia del Derecho Notarial Español</i> , I-II, Madrid, 1979.
<i>HS</i>	= <i>Hispania Sacra</i> .
<i>HSA</i>	= Hispanic Society of America de Nueva York.
<i>Inventario</i>	= <i>Inventario de los manuscritos de la Biblioteca Nacional</i> .
<i>MHE</i>	= <i>Memorial Histórico Español</i> .
<i>NEJS</i>	= <i>Nueva Enciclopedia Jurídica Seix</i> .
<i>RABM</i>	= <i>Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos</i> .
<i>RAH</i>	= Real Academia de la Historia.
<i>RBME</i>	= Real Biblioteca del Monasterio de El Escorial.
<i>RCSI</i>	= Real Colegiata de San Isidoro de León.
<i>ROc</i>	= <i>Revista de Occidente</i> .
<i>Zarco</i>	= J. Zarco Cuevas, <i>Catálogo de los manuscritos castellanos de la Real Biblioteca de El Escorial</i> , 1-3, Madrid, 1924, 1926 y El Escorial, 1929.

LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL SENO DE LAS ASOCIACIONES

ANTONIO JOSÉ QUESADA SÁNCHEZ

*Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Málaga*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA CUESTIÓN. **II.1.** Sentencias del Tribunal Constitucional. **II.2.** Sentencias del Tribunal Supremo. **III.** LA OPERATIVIDAD DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL SENO DE LAS ASOCIACIONES. **III.1.** El orden público como límite de la autonomía de la voluntad. **III.2.** La Ley como límite a la autonomía de la voluntad: la organización interna y el funcionamiento democráticos. **IV.** BIBLIOGRAFÍA SUMARIA.

I. Introducción

El derecho de asociación en general está reconocido constitucionalmente en el artículo 22 CE, precepto en el que, además, se aportan las pinceladas básicas configurativas del mismo. Así, el segundo apartado de dicho precepto señala que las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. Continúa, el tercer apartado, estableciendo que las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. El cuarto apartado indica que las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada, mientras que en el quinto se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar (1).

No es necesario profundizar demasiado, por tanto, para concluir que el citado artículo 22 reconoce el derecho fundamental de asociación y determina lo que considera una serie de aspectos básicos de su regulación. Tampoco es necesario dedicar excesiva atención a la cuestión para concluir, con la doctrina y la jurisprudencia más destacada, que este derecho comprende no sólo el derecho a asociarse, sino también el de establecer la propia organización del ente creado por el pacto asociativo, pues se deriva de la propia lógica del derecho.

Este artículo de la CE ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación (en adelante, LODA), que sustituye al preconstitucional texto de 1964. En su Exposición de Motivos (párr. III), se extiende respecto de la proyección del propio derecho, en palabras que nos resultan bastante sugerentes:

“El derecho de asociación proyecta su protección desde una doble perspectiva; por un lado, como derecho de las personas en el ámbito de la vida social, y, por otro lado, como *capacidad de las propias asociaciones para su funcionamiento*.

La Ley, a lo largo de su articulado y sistemáticamente ubicadas, expresamente desarrolla las dos facetas.

En cuanto a la primera, aparecen los aspectos positivos, como la libertad y la voluntariedad en la constitución de las asociaciones, paralelamente a la contemplación de la titularidad del derecho a constituir asociaciones, sin perjuicio de las condiciones que

(1) Sobre las asociaciones directamente inconstitucionales, *vid.* VÍRGALA FORURIA, E.: “Las asociaciones inconstitucionales”, en *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, tomo III, México-Madrid, 2001, pp. 1991-2019. *Vid.* también las SSTs 23-10-2006 (M. A. 8105) y 19-1-2007 (M. A. 1771).

para su ejercicio establece la legislación vigente, y los derechos inherentes a la condición de asociado; y los negativos, que implican que nadie pueda ser obligado a ingresar en una asociación o a permanecer en su seno.

La segunda recoge la capacidad de las asociaciones para inscribirse en el Registro correspondiente; para establecer su propia organización en el marco de la Ley; para la realización de actividades dirigidas al cumplimiento de sus fines en el marco de la legislación sectorial específica; y, finalmente, para no sufrir interferencia alguna de las Administraciones, como tan rotundamente plasma el apartado 4 del artículo 22 de la Constitución, salvo la que pudiera venir determinada por la concurrencia de otros valores, derechos o libertades constitucionales que deban ser objeto de protección al mismo tiempo y nivel que el derecho de asociación.”

Comenzamos a ir determinando, por tanto, que en el seno de las asociaciones existe el derecho a regularse como parezca a los asociados más oportuno. Sin embargo, nada se establece en la CE respecto de si existe algún límite a esa capacidad de autoorganización, como sucede en el caso de otros grupos asociativos. Será el artículo 2.4 LODA el que señale que “la constitución de asociaciones y el establecimiento de su organización y funcionamiento se llevarán a cabo dentro del marco de la Constitución, de la presente Ley Orgánica y del resto del ordenamiento jurídico”. El apartado 5, por su parte, completa: “La organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo. Serán nulos de pleno derecho los pactos, disposiciones estatutarias y acuerdos que desconozcan cualquiera de los aspectos del derecho fundamental de asociación” (2).

Se evita con esta regulación toda aquella serie de dudas que se planteaba desde la entrada en vigor de la CE acerca de la exigencia de organización interna democrática, que sí estaba constitucionalmente establecida en el caso de otros grupos (arts. 6, 7, 36 ó 52): en el caso de las asocia-

(2) El artículo 4.2 de la Ley 4/2006, de 23 de junio, de Asociaciones de Andalucía, acertadamente, no establece novedad alguna a este respecto e indica que “la organización y el funcionamiento internos de las asociaciones se rigen por sus propios estatutos, siempre que no estén en contradicción con los preceptos de directa aplicación de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, con la presente Ley y con las disposiciones reglamentarias que se dicten en desarrollo de las mismas y resulten aplicables”. Acierta el texto: ya la STC 173/1998, de 23 de julio, que se ocupó de valorar la constitucionalidad de la Ley Vasca de Asociaciones, concluyó que el establecimiento de la organización democrática de las asociaciones no podía hacerse por ley autonómica (Fundamento de Derecho 13).

ciones, en general no estaba claramente establecido y era, por tanto, objeto de polémica doctrinal (3). La necesidad de organización democrática interna en las asociaciones no es un imperativo constitucional, como en el caso de los partidos políticos o los sindicatos, sino legal (4), aunque esto sembrará también ciertas dudas, como tendremos ocasión de estudiar en su momento.

El artículo 11.2 LODA perfila que “En cuanto a su régimen interno, las asociaciones habrán de ajustar su funcionamiento a lo establecido en sus propios Estatutos, siempre que no estén en contradicción con las normas de la presente Ley Orgánica y con las disposiciones reglamentarias que se dicten para la aplicación de la misma”.

Por tanto, parece que la libertad de autoorganización, reflejada en la redacción del contenido de los estatutos, es básica y debe excluir una intervención judicial injustificada durante la vida de la asociación, sin perjuicio de los límites en los casos de ciertos conflictos endoasociativos. No parece correcto, sin embargo, que esa capacidad de autoorganización sea ilimitada y escape a todo control (5).

Es nuestra intención matizar en este trabajo la cuestión de la autonomía de la voluntad en el seno de las asociaciones, repasando qué pronunciamientos han existido al respecto por parte de nuestros tribunales antes de la entrada en vigor de la LODA, así como aportar ideas sugerentes sobre cómo opera dicha autonomía de la voluntad a la hora de configurar el funcionamiento de las asociaciones y cómo operan éstas efectivamente.

II. Sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la cuestión

En diferentes ocasiones tanto nuestro TC como nuestro TS han tenido oportunidad de “revisar” decisiones tomadas en el seno de concretas asociaciones, en sentencias que en algunos casos han sido comentadas con detalle por prestigiosos autores, y que conectan con la cuestión que nos

(3) Sobre el tema, con detalle, *vid.* BILBAO UBILLOS, J. M.: *Libertad de asociación y derechos de los socios*, Universidad de Valladolid, 1997, pp. 12-22 (donde manifestaba su posición contraria a admitir esa necesidad en las asociaciones) y SALAS MURILLO, S. de: *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, CER, 1999, pp. 494-500.

(4) Sobre estos casos, *vid.* BILBAO UBILLOS, J. M.: *Libertad de asociación y derechos de los socios*, cit., pp. 97-130 (relativo a los partidos políticos) y 167-177 (relativo a sindicatos).

(5) Pensemos en el polémico caso de las federaciones deportivas, que tocaremos en su momento y sobre las que se ha pronunciado con detalle ESPARTERO CASADO (“La necesaria ilicitud de las cláusulas estatutarias federativas prohibitivas del derecho a la tutela judicial”, *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, núm. 14, 2005-2, pp. 47-71).

preocupa en este trabajo. Debido a que nuestro interés es relativo, así como a que han sido estudiadas con detalle en algunos casos, no vamos ahora a dedicarnos a ellas con gran extensión, sino que nos limitaremos a citarlas y a conocer someramente lo que en ellas se ha indicado, con la intención de acoger ideas de posible interés en nuestro estudio posterior.

II.1. Sentencias del Tribunal Constitucional.

A la hora de ocuparnos de nuestro tema en cuestión, existen tres grandes sentencias del TC que han marcado el cauce argumental principal, así como alguna otra decisión de menor relevancia. Dichas sentencias son las que siguen:

— **STC 218/1988, de 22 de noviembre** (6). En esta sentencia, el TC trata sobre la impugnación de acuerdos sociales por parte de socios (un socio es privado de su condición de tal como consecuencia de un procedimiento sancionador interno). En el Fundamento de Derecho Primero, el TC comienza recordando que “el derecho de asociación, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, comprende no sólo el derecho a asociarse, sino también el de establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo dentro del marco de la Constitución y de las leyes que, respetando el contenido esencial de tal derecho, lo desarrollen o lo regulen (art. 53.1)” para después continuar reflexionando sobre la constitucionalidad de dicha capacidad de autoorganización. “El problema –continúa la argumentación del TC– surge cuando se impugna un Acuerdo que no es contrario a la ley ni a los estatutos en cuanto se han cumplido los trámites previstos en ellos, pero que los socios afectados consideren que ha sido tomado aplicando erróneamente la norma estatutaria correspondiente (...). La potestad de organización que comprende el derecho de asociación se extiende con toda evidencia a regular en los Estatutos las causas y procedimientos de la expulsión de socios. La asociación tiene como fundamento la libre voluntad de los socios de unirse y de permanecer unidos para cumplir los fines sociales, y quienes ingresan en ella se entiende que conocen y aceptan en bloque las normas estatutarias a las que quedan sometidos. Y en cuanto la asociación crea no sólo un vínculo jurídico entre los socios, sino también una solidaridad moral basada en la confianza recíproca y en la adhesión a los fines asociativos, no puede descartarse que los estatutos puedan establecer como causa de expulsión una conducta que la propia asociación, cuya voluntad se expresa por los Acuerdos de sus órganos rectores, valore como lesiva a los intereses sociales”.

(6) BOE número 306, 22 de diciembre de 1988.

Para terminar el Fundamento de Derecho Primero, el TC se introduce en la cuestión clave y sienta el criterio de la “base razonable” para el control judicial oportuno: *“la actividad de las asociaciones no forma naturalmente una zona exenta del control judicial, pero los Tribunales, como todos los poderes públicos, deben respetar el derecho fundamental de asociación y, en consecuencia, deben respetar el derecho de autoorganización de las asociaciones que, como antes se ha dicho, forma parte del derecho de asociación. Ello supone que las normas aplicables por el Juez eran, en primer término, las contenidas en los estatutos de la asociación, siempre que no fuesen contrarias a la Constitución y a la ley. Y nada impide que esos estatutos establezcan que un socio puede perder la calidad de tal en virtud de un Acuerdo de los órganos competentes de la asociación basado en que, a juicio de esos órganos, el socio ha tenido una determinada conducta que vaya en contra del buen nombre de la asociación o que sea contraria a los fines que ésta persigue. Cuando esto ocurre, el control judicial sigue existiendo, pero su alcance no consiste en que el Juez pueda entrar a valorar, con independencia del juicio que ya han realizado los órganos de la asociación, la conducta del socio, sino en comprobar si existió una **base razonable** para que los órganos de las asociaciones tomaran la correspondiente decisión. Aplicando estos criterios al caso presente resulta que la sentencia impugnada entiende que los socios expulsados no cometieron falta «grave» que supusiera poner en duda la honorabilidad de los miembros de la Junta Directiva. Pero, como admite la misma sentencia, el artículo de los estatutos que finalmente se aplicó fue el 19, como ya se ha dicho, que recoge como causa de expulsión haber cometido falta que lastime el buen nombre de la entidad. Y la concurrencia de esta causa de expulsión es la que se deja al juicio de la Directiva y, en último término, de la Asamblea General de socios. El respeto al derecho de asociación exige que la apreciación judicial se limite en este punto a verificar si se han dado circunstancias que puedan servir de base a la decisión de los socios, como son declaraciones o actitudes públicas que trasciendan del interior de la entidad y puedan lesionar su buen nombre, dejando el juicio sobre esas circunstancias a los órganos directivos de la asociación tal y como prescriben sus estatutos”* (7). El Voto Particular a la sentencia también resulta de interés a la hora de estudiarla, pues incide en el hecho

(7) Esta visión ha sido seguida por los autos del TC 213/1991, de 4 de julio, y 2/1993, de 11 de enero [sobre ellos, *vid.* FERRER I RIBA, J., y SALVADOR CODERCH, P.: “Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*”, en SALVADOR CODERCH, P. (coord.): *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada, Cuadernos Civitas*, 1997, pp. 114-116, y ESPARTERO CASADO, J.: “La necesaria ilicitud de las cláusulas estatutarias federativas...”, *cit.*, pp. 57-58].

de que el derecho de autonomía de la asociación se vería vulnerado por la intervención judicial si dicha intervención supusiera sustituir “el arbitrio prudente del órgano asociativo por el del Juez, cuando la razonabilidad del primero sea patente, no arbitraria”.

El acuerdo de expulsión de un socio, siempre que todo sea conforme a Derecho, es realmente una manifestación del derecho de asociación, tal y como se concluye en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia (8).

— **STC 96/1994, de 21 de marzo (9)**. Sentencia dedicada a resolver el problema suscitado en el seno de una sociedad cooperativa de viviendas por la expulsión de un miembro a causa de una serie de declaraciones que descalificaban a componentes de la Junta Rectora. Tras recordar la doctrina de la STC 218/1988, ya citada, entra en el estudio del caso en cuestión, caso que no es totalmente equiparable al anterior, pues no estamos ante una asociación en sentido estricto, sino ante una cooperativa (10), y concluye que no se lesiona el derecho fundamental de autoorganización porque el juez revise los acuerdos sociales de que se trate. En el Fundamento de Derecho Tercero incluye, además, una argumentación un tanto pintoresca, al vincular perjuicio económico con posible intervención judicial en su caso: “Es claro, pues, que el Acuerdo de expulsión del señor P. P., así como el correlativo de la adjudicación del piso a otro socio, entrañaban un *perjuicio económico significativo* para el primero. Lo que justifica que en el presente caso los Tribunales ostenten una plena *cognitio* de los referidos Acuerdos sociales, como garantía última de la conformidad a los Estatutos y a la Ley de los acuerdos de la Sociedad Cooperativa. Habiendo sido aplicados aquéllos —y en particular su art. 14, sobre la gradación de faltas— por los órganos judiciales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional para considerar que las expresiones vertidas por el señor P. P. en la Asamblea General de Socios de la Cooperativa del 30 de octubre de 1984 no tenían la suficiente entidad para ser reputadas como faltas graves. Y es evidente, por último, que el control de dichos acuerdos por los órganos judiciales no se halla limitado por lo dispuesto en la Ley específica de esta modalidad de Asociaciones, la General de Cooperati-

(8) Esta sentencia es comentada por MARÍN LÓPEZ, J. J.: “La intervención judicial en los conflictos endoasociativos: el caso de la expulsión de asociados”, PJ, número 14, 1989, pp. 151-161, por FERRER I RIBA, J., y SALVADOR CODERCH, P.: “Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*”, cit., pp. 55-66, así como por BILBAO UBILLOS, J. M.: *Libertad de asociación y derechos de los socios*, cit., pp. 46-63 (conectando las tres sentencias del TC indicadas).

(9) BOE número 99, 26 de abril de 1994.

(10) Una cooperativa es una asociación, pero en sentido extenso (*vid.* MARÍN LÓPEZ, J. J.: “Comentario a la STC 96/1994, de 21 de marzo”, CCJC núm. 35, 1994, ref. 949, pp. 775-776).

vas de 1987, como antes se ha dicho”. Es un modo de destacar que estamos ante un supuesto un tanto particular (11).

— **STC 56/1995, de 6 de marzo** (12). La tercera de las grandes sentencias del TC se ocupa de la formación de un partido político como consecuencia de la salida del seno de otro partido político de un grupo concreto de militantes. Después de reflexionar sobre la posible lesión del derecho a la libertad de expresión, se centra en el estudio de la posible vulneración del derecho de asociación, aunque teniendo en cuenta la especialidad de que estamos ante un partido político, por lo que tampoco es un ejemplo de asociación en sentido estricto y puro (13).

Indica en el Fundamento de Derecho Tercero que “el derecho de asociación en partidos políticos es, esencialmente, un derecho frente a los poderes públicos en el que sobresale el derecho a la *autoorganización sin ingerencias públicas*; sin embargo, a diferencia de lo que suele suceder en otros tipos de asociación, en el caso de los partidos políticos y dada su especial posición constitucional, ese derecho de autoorganización tiene un límite en el derecho de los propios afiliados a la participación en su organización y funcionamiento. La tensión entre ambos derechos, que cobra especial relieve en el ámbito de las garantías jurisdiccionales, estará presente a lo largo de los próximos fundamentos jurídicos ya que ésta es, sin duda, una de las cuestiones capitales que subyacen al problema aquí en-

(11) Esta sentencia fue comentada por MARÍN LÓPEZ, J. J.: “Comentario a la STC 96/1994...”, cit., pp. 771-787. Vid. también FERRER I RIBA, J., y SALVADOR CODERCH, P.: “Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*”, cit., pp. 66-73.

(12) BOE número 77, 31 de marzo de 1995.

(13) Sobre el deber de funcionamiento interno democrático, con base en el artículo 6 CE, vid. Fundamento de Derecho 3: “Los partidos políticos son, sin duda, asociaciones que poseen unas características e incluso una naturaleza propias y específicas. Sin embargo, esta indudable especificidad no es incompatible con la constatación reiterada por este Tribunal desde la STC 3/1981 en el sentido de que «un partido político es una forma particular de asociación y el citado artículo 22 no excluye las asociaciones que tengan una finalidad política, ni hay base alguna en él para deducir tal exclusión». «Los partidos políticos se incluyen bajo la protección de este artículo 22 cuyo contenido conforma también el núcleo básico del régimen constitucional de los partidos políticos» (STC 85/1986). De estas premisas se ha deducido, por ejemplo, que las condiciones exigibles para la creación de los partidos políticos son las mismas que el artículo 22 requiere para todas las asociaciones y se ha añadido que «el hecho de que el artículo 6 imponga a los partidos la condición, que no se impone a las asociaciones en general, de que su estructura interna y funcionamiento (deban) ser democráticos (...) no se deriva que los ciudadanos no puedan invocar el derecho general de asociación para constituirlos, y que no puedan acudir en amparo ante este Tribunal Constitucional, por la violación del artículo 22 si entienden que se les vulnera tal derecho» (STC 3/1981). En suma, se ha dicho que las previsiones contenidas en los apartados 2 y siguientes del artículo 22, en tanto que «garantía común» del derecho de asociación (STC 67/1985), son aplicables a todo tipo de asociaciones, incluidos los partidos políticos”.

juiciado”. La clave reside en saber la naturaleza de los derechos estatutarios vulnerados: “el contenido de esos derechos de participación democrática incluidos en el derecho fundamental de asociación son los que el legislador ha establecido y que, aunque preconstitucionales, integran el artículo 6 CE y la concreción que de los mismos hayan podido hacer los estatutos de los partidos por remisión de dichas leyes; en cambio, como también hemos avanzado, no forman parte de ese derecho constitucional otros derechos o facultades que esos estatutos hayan podido añadir a los anteriormente aludidos, ya que, aunque los estatutos pueden reconocer derechos y facultades a los asociados, estos derechos son de rango meramente estatutario o negocial. Esta constatación tiene una notable trascendencia respecto al tipo e intensidad de las garantías jurisdiccionales. Ciertamente, el hecho de tratarse de derechos estatutarios no lleva a negarles toda garantía judicial. La vida interna de las asociaciones no constituye un ámbito exento de todo control judicial (SSTC 218/1988, 96/1994). Concretamente, si la vulneración de los derechos estatutarios no afecta a otros derechos de los asociados, esa garantía deberá ser dispensada por la jurisdicción ordinaria a través de los procedimientos ordinarios; si conlleva la infracción de otros derechos podrá, en principio, residenciarse en el cauce procesal correspondiente a esos derechos afectados, incluida la vía de protección de los derechos fundamentales cuando de este tipo de derechos se trate. Así lo ha reconocido este Tribunal en varias ocasiones, relacionadas sobre todo con la conculcación de reglas y derechos estatutarios —especialmente los relativos a sanciones y, muy particularmente, a las que pueden suponer, como en el caso aquí enjuiciado, la expulsión de un asociado—. Se ha advertido que esa actividad sancionadora llevada a cabo «contra los procedimientos y garantías que regulan los estatutos pueden (...) vulnerar derechos fundamentales de los afectados» (STC 185/1993), como el acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos (STC 155/1993), el derecho al honor (STC 218/1988) u otros derechos de contenido económico (STC 96/1994). En estos casos se ha admitido la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente estas infracciones (SSTC 185/1993, 96/1994 y ATC 213/1991) y nada se opone a que cuando no se vean afectados otros derechos también las infracciones referidas únicamente a los derechos estatutarios sean susceptibles de una cierta garantía jurisdiccional. Sin embargo, deberá tenerse en cuenta, en todo caso, que se trata de derechos de carácter meramente estatutario, que encuentran siempre un límite o contrapunto en los derechos, esos sí constitucionales, de los demás asociados y de la propia asociación, especialmente el derecho de autoorganización, cuyo objetivo fundamental reside, como hemos apuntado anteriormente, en evitar interferencias de los poderes públicos, incluido el judicial, en

la organización y funcionamiento de las asociaciones. La intensidad –e incluso la posibilidad– del control judicial dependerá de múltiples circunstancias –como la afectación o no de otros derechos no estatutarios– y exigirá en cada caso una cuidadosa labor de ponderación, respecto de la que este Tribunal ya ha sentado algunas pautas que no es necesario reiterar ahora (SSTC 218/1988, 96/1994 y ATC 213/1991)”.

En el Fundamento de Derecho Cuarto resuelve la cuestión al aplicar los conceptos genéricos al caso concreto: no existe un derecho de los afiliados a participar por medio de una organización confederal, derecho que, en caso de existir, no afectaría al derecho de asociación en cuanto tal, y el procedimiento sancionatorio se desarrolló conforme a los Estatutos. Además, establece la muy matizable opinión de que el mandato de democracia interna del artículo 6 CE está incluido en el ámbito de protección del derecho de asociación (14).

Antes de estas tres sentencias, simplemente cabe destacar el **Auto 162/1982** y la **Sentencia 71/1984, de 12 de junio** (15), y después de ellas podemos encontrar alguna otra de cierta relevancia sobre la cuestión, pero sin argumentos lo suficientemente novedosos como para dedicarles mayor atención, como pueden ser la **STC 5/1996, de 16 de enero** (16), la compleja **STC 173/1998, de 23 de julio** (17), la **STC 104/1999, de 14 de junio** (18) y, por último, las **SSTC 133, 134 y 135/2006, de 27 de abril**, la **STC 225/2006, de 17 de julio** o el **ATC 183/2007, de 12 de marzo** (19).

(14) Esta sentencia es comentada por GALLARDO MOYA, R.: “Derecho de asociación y exigencia de democracia interna en los partidos políticos (Comentario a la STC 56/1995, de 6 de marzo)”, *Derecho Privado y Constitución*, número 8, 1996, pp. 237-250, y por FERRER I RIBA, J., y SALVADOR CODERCH, P.: “Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*”, cit., pp. 74-88.

(15) BOE número 165, de 11 de julio. Sobre ambos, *vid.* GARCÍA TORRES, J., y JIMÉNEZ-BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Civitas, 1986, pp. 129-130.

(16) BOE número 43, de 19 de febrero.

(17) BOE número 197, de 18 de agosto. Como apuntamos en su momento, esta sentencia estudió la constitucionalidad de la Ley Vasca de Asociaciones, y determinó en su Fundamento de Derecho 13 que el establecimiento de la organización democrática de las asociaciones no podía hacerse por ley autonómica.

(18) BOE número 162, de 8 de julio. Incide esta sentencia en la libertad de autoorganización de las asociaciones como contenido del derecho de asociación, así como en la necesidad de que los Estatutos se amolden a la Constitución y a las leyes, según sus Fundamentos de Derecho Segundo y Cuarto.

(19) En general, sobre los pronunciamientos del TC, *vid.* también ESPARTERO CASADO, J.: “La necesaria ilicitud de las cláusulas estatutarias federativas...”, cit., pp. 52-62 y NAVARRO MÉNDEZ, J. I.: “¿Pueden los partidos políticos expulsar «libremente» a sus afiliados?”, REP, número 107, 2000, pp. 275-282.

II.2. Sentencias del Tribunal Supremo.

Una vez repasadas las sentencias del TC de interés, recorreremos brevemente diferentes sentencias del TS también relevantes, excluyendo de nuestra exposición otras sentencias que no aportan argumentaciones excesivamente destacables para nuestra exposición (20).

— **STS 9-4-1969** (21). Esta sentencia es un interesante precedente para futuras decisiones, y se ocupa de la expulsión de un socio-propietario por el *Círculo de Bellas Artes de Madrid*. En ella se legitima la intervención judicial, que siempre debe estar basada en los Estatutos de la Asociación.

— **STS 19-12-1985** (22). Breve sentencia en la que se trata de la impugnación de un acuerdo de Junta General Extraordinaria de una Cooperativa, destacándose la relevancia de los Estatutos a la hora de prever las sanciones oportunas y la necesidad de estar a dicha regulación (especialmente, Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto) (23).

— **STS 30-10-1989** (24). Esta sentencia se ocupa de la expulsión de un socio de un club deportivo, asociación privada al fin y al cabo, y vuelve a incidir en que serán los Estatutos la base para tomar cualquier decisión respecto de la bondad de la decisión (Fundamento de Derecho Tercero).

— **STS 30-11-1989** (25). Realiza en su Fundamento de Derecho Cuarto la siguiente e interesante declaración: “atendiendo al amplio reconocimiento del derecho de Asociación que consagra el artículo 22 de la Constitución así como el de libre sindicación, recogido en el artículo 28 de nuestra Carta Magna, no puede por menos de entenderse que la expul-

(20) En este sentido, por ejemplo SSTs 18-11-1991 (M. A. 8245, Sala de lo Social) y 20-5-1995 (M. A. 3900, Sala de lo Social), sobre esa especial asociación que es un sindicato, así como otras como las SSTs 10-3-1992 (M. A. 2015), 7-6-1997 (M. A. 4726), 2-3-1999 (M. A. 1399), 18-11-2000 (M. A. 9345), 22-10-2001 (M. A. 8654), 16-6-2003 (M. A. 5640), 2-2-2006 (M. A. 2698), 30-3-2006 (M. A. 1870), 20-4-2006 (M. A. 10066) y 13-7-2007 (M. A. 5069).

(21) M. A. 1930. Comentada por MARÍN LÓPEZ, J. J.: “La intervención judicial en los conflictos endoasociativos...”, cit., p. 157.

(22) M. A. 6602.

(23) También se ocupan de similar cuestión, aunque con argumentación falta de interés para nosotros (pues no aportan novedad alguna), las SSTs 30-4-1982 (M. A. 1968), 27-1-1984 (M. A. 455), 14-7-1987 (M. A. 5491), 29-11-1990 (M. A. 9058) y 31-1-1992 (M. A. 536).

(24) M. A. 6975. Sentencia comentada por MARÍN LÓPEZ, J. J.: “Comentario a la STS 30-11-1989”, CCJC número 21, 1989, ref. 561, pp. 1021-1030, donde aclara que estamos ante una argumentación difícilmente armonizable con la de la STC 218/1988.

(25) M. A. 7928.

sión de un socio por pertenecer a otra asociación diferente tan sólo podrá justificarse cuando así lo prevea la Ley, los Estatutos de una de ellas, o cuando su permanencia en ambas resulte incompatible con la subsistencia del vínculo asociativo”.

— **STS 17-12-1990 (26)**. En esta sentencia se resuelve la expulsión de un socio de la Agrupación Empresarial de Auto-Taxi y Auto-Turismo de Baleares. En su Fundamento de Derecho Tercero destaca la relevancia del Estatuto a la hora de sancionar a los miembros, aunque también la necesidad de que el procedimiento sancionador previsto respete las garantías del artículo 24 CE (27) [y de que la asociación se estructure democráticamente (28)].

— **STS 16-12-1991 (29)**. Estamos ante la resolución del caso de la “Lliga de Catalunya de Mutilats i Viudes de la Guerra de Espanya”, nuevamente un supuesto de impugnación de acuerdo de expulsión de socios. Tras aclarar que tanto la libertad positiva de asociarse o crear asociaciones y la libertad negativa de no ser obligado a pertenecer a asociación alguna son parte del derecho de asociación, indica el TS que también la

(26). M. A. 10280.

(27) En el Fundamento de Derecho Cuarto se indica que “la indefensión se produce porque no es suficiente la pasiva presencia o intervención de los actores en la susodicha Junta General Extraordinaria, sino por la inexistencia de ese expediente que, a todas luces, debía haberseles tramitado en razón a la máxima gravedad de la sanción que se les imponía, como era la de su expulsión y, asimismo, por no haber tenido antes conocimiento de la celebración de la Junta de los cargos que al respecto se les imputaban, por lo que, naturalmente, **la defensa que, como se ha dicho, emana del principio constitucional del artículo 24, ha de proyectarse en cualquier actividad privada societaria o colectiva que tienda a la privación de los derechos que hasta entonces asisten a los miembros de dichas entidades**”.

(28) “En el último motivo, el 10.º, por igual vía, se denuncia la infracción de los artículos 22-1 y 28-1 en relación con el 7 de la CE, por cuanto al ser la participación en dicha Agrupación totalmente voluntaria, los interesados, en cualquier momento, pueden separarse y constituir otra y que teniendo en cuenta **la estructura democrática de dicha Asociación** no es posible que la misma se vea mediatizada por prácticas claramente desestabilizadoras y atentatorias a su unidad e integridad: con independencia de que las circunstancias que se imputan sobre la conducta, más o menos irregular, de los actores en punto a su objetivo sobre la disolución de la Agrupación sea el aspecto material que subyace y que fue la causa del acuerdo de su expulsión, el rehúse del motivo proviene porque, como se dice, al margen del acaecimiento de dichas circunstancias, ello no obsta a que se prive a los posibles afectados de esos legítimos derechos de defensa y de audiencia correspondientes y que derivan en la más elemental exigencia de que, antes de adoptar la sanción máxima de aceptación y gravedad como lo es la de la expulsión a los mismos, se les hubiese tramitado el preceptivo expediente en el cual hubieran podido defenderse mediante la práctica de las pruebas correspondientes, tal y como acontece en incidencias afines que se plantean en cualquier realidad societaria-comunitaria-cooperativa al respecto...”.

(29) M. A. 491 (colección 1992).

expulsión de una asociación afecta a tal derecho, y considera nulo el acuerdo social porque no se tomó conforme a los Estatutos. Por tanto, nuevamente se resalta la relevancia de los Estatutos sociales a estos efectos.

— **STS 6-3-1992 (30)**. Se valora la legalidad de un acuerdo de expulsión de socios en el seno de una sociedad. Resulta de interés esta sentencia por la aplicación de los preceptos genéricos sobre contratación a la sociedad, así como por su defensa del valor de los Estatutos de la sociedad.

— **STS 24-3-1992 (31)**. Nueva sentencia que se ocupa de la validez de los acuerdos de expulsión en el seno de una asociación (32). En su Fundamento de Derecho Quinto señala expresamente que “dado, además, el carácter de asociación oficial que la sociedad demandada proclama en sus estatutos y la utilidad pública de la misma, se hace sumamente necesario, que las actividades asociativas se desenvuelvan dentro de un marco de mutua aceptación de las discrepancias sociales respecto del mejor cumplimiento de sus fines y con posibilidades reales de acceso de todos sus miembros por mecanismos democráticos a los cargos de gobierno, según reglas estatutarias que, en todo caso, deben ser consecuentes con los valores que informan la Constitución” (33).

— **STS 21-5-1992 (34)**. El caso de que se ocupa esta sentencia es el que resolverá el TC en la ya citada STC 56/1995, de 6 de marzo, y en ella

(30) M. A. 2398.

(31) M. A. 2283.

(32) Del Fundamento de Derecho Tercero parece deducirse cierto prejuicio hacia la autoorganización de la asociación: “El problema planteado, además, tiene singular trascendencia porque afecta a la valoración jurídica que merecen determinadas actuaciones de asociaciones que, bajo el manto de sus normas de «justicia interna», según algunas denominaciones o de «jurisdicción privada» –nombres llamativos y erróneos conceptualmente, pero gráficos, respecto de la idea que expresan, a veces revestidas de un lenguaje pseudoprocesal (tribunales, recursos)—, imponen, como *juez y parte*, decisiones de consecuencias graves para los interesados, tal pueden ser las que son objeto de examen; no se controvierten los poderes de autorregulación y de ejercicio disciplinario, que las asociaciones en cuestión, dentro de la libertad de pactos que permite el principio de autonomía de la voluntad, puedan estatutariamente dictarse, sino los límites del ejercicio de estas facultades, que, desde luego, nunca pueden suplantar el derecho a la tutela judicial efectiva ni obstaculizarlo, con mecanismos complicados, ni eludirlo con plenitud, de donde se sigue que sus acuerdos no sólo están sometidos al examen de su regularidad para la determinación del cumplimiento de las formalidades estatutarias que establezcan, en cuanto admisibles y lícitas, según el procedimiento interno para su adopción, y su respeto a las normas legales, sino también el mérito del acuerdo, esto es, si el juicio interno de interpretación y de aplicación de las reglas estatutarias es o no adecuado”.

(33) Esta sentencia fue comentada por MARÍN LÓPEZ, J. J.: “Comentario a la STS 24-3-1992”, CCJC número 28, 1992, ref. 750, pp. 285-302.

(34) M. A. 4273.

se destacaba tanto la incardinación de los partidos políticos en el seno de las asociaciones como la bondad jurídica de conducirse en todo momento conforme a Estatutos.

— **STS 7-10-1993** (35). En esta sentencia se trata de la solicitud de nulidad del acuerdo de expulsión de socio del Club Náutico Salou. Se dio en el caso la falta de notificación de la expulsión al interesado, algo que contravenía el Estatuto del club y provocó la falta de legalidad del acuerdo. Curiosa resulta la referencia al artículo 1.255 CC e, incluso, al 1.124, para argumentar sobre la baja del socio (Fundamento de Derecho Cuarto).

— **STS 22-10-1994** (36). Conocida sentencia ésta, pues conoce del caso de la organización interna del partido político Falange Española de las JONS. Como partido político, no es más que un tipo de asociación, con lo que ello implica, y en el caso en cuestión se cuestionaba la falta de democracia interna en el seno del grupo. Después de recordar la necesidad del control judicial de los partidos políticos en tanto en cuanto son asociaciones, y la necesidad de respeto de los mismos a la Constitución y a la legalidad en su estructura democrática, incide el TS en que “en los Estatutos de Falange Española de las JONS aparece regulado el procedimiento para modificación de los mismos (arts. 97 y ss.) y se confiere a los afiliados el derecho a la presentación de iniciativas para impulsar y contribuir al cumplimiento de los fines de la Asociación (art. 11.1)” (Fundamento de Derecho Tercero).

— **STS 26-10-1995** (37). Nueva sentencia del TS que trata sobre la posible nulidad de un artículo del Estatuto del Casino de Madrid. Tras ocuparse de los acuerdos sociales contrarios a la Ley y a los Estatutos (Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero), y de reiterar argumentaciones de la citada STS 24-3-1992, a partir del Fundamento de Derecho Sexto se ocupa de la posible lesión del artículo 22 CE, apoyándose en los argumentos de la STC 218/1988. Defiende la capacidad de autoorganización y la posibilidad de expulsar a algún miembro del grupo, siempre mediante la incoación del oportuno expediente disciplinario y escuchando al mismo. Además, se introduce el interesante *principio de proporcionalidad*: la decisión debe ser proporcionada, y en el caso que nos ocupa, el TS entendió que no lo era (38).

(35) M. A. 7312.

(36) M. A. 8125.

(37) M. A. 7849.

(38) “OCTAVO. (...) - en segundo término y en coincidencia plena con los juicios de valor de la Sala «a quo», que la crítica a la Junta Directiva por el socio actor y sus manifestaciones

— **STS 2-2-1996** (39). Se cuestiona en esta sentencia la legalidad del acuerdo de expulsión de dos socios en el Círculo Mercantil de Las Palmas. Además de reflexionar sobre los límites de la analogía y de la buena fe a la hora de ejercitar los derechos (Fundamento de Derecho Segundo), lo interesante de esta sentencia es la consideración de que no es admisible la falta de proporcionalidad a la hora de sancionar a los socios (si no existe la “base razonable” para imponer una sanción de mayor gravedad, conforme a los Estatutos, no puede ser impuesta).

— **STS 13-6-1996** (40). La expulsión del PSOE de dos militantes por participar en una plataforma social provoca el supuesto que se trata en la presente sentencia. Aplica las garantías del artículo 24 CE en el seno de la asociación, a la hora de tramitarse el procedimiento sancionador, y considera que de no cumplirse las mismas dicho acuerdo no es legalmente admisible (Fundamento de Derecho Segundo).

— **STS 24-9-1996** (41). Se plantea esta sentencia interesantes cuestiones procesales, pues estamos ante la reclamación de un comunero contra la Comunidad de Regantes (corporación de Derecho Público que ejercitaba facultades administrativas, con lo que ello conlleva).

— **STS 23-3-2000** (42). En la presente sentencia se trata de la nulidad de acuerdos del Centro Asturiano de Barcelona. En el Fundamento de Derecho Primero realiza curiosas reflexiones acerca del derecho a la intimidad de los socios, alegado para negar al candidato derrotado en la elec-

carecen de mayor trascendencia que la de expresar que hubo una insuficiente o deficiente convocatoria para tratar del tema y que era necesario un concurso público para la adjudicación de los servicios del Casino y no el sistema de adjudicación directa, con lo cual, no cabe negar que el acuerdo de expulsión incurrió en *arbitrariedad* y representó una *sanción notoriamente desproporcionada a la crítica y discrepancia* exteriorizada por el socio, máxime, cuando esa conducta o actuación no tiene cabida en las causas previstas en el artículo 13 de los Estatutos para producir la baja en la sociedad, y, por ello, la reacción de la Directiva y el acuerdo impugnado no puede justificarse por el derecho de auto-organización que se reconoce a las Asociaciones privadas, ni resultar beneficiario de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la sentencia reseñada en el motivo, y dado que el acuerdo en cuestión vino a suponer una violación de los derechos fundamentales de libertad de expresión y de asociación, derecho el segundo que comprende, entre sus diversos matices, la facultad de permanecer en una asociación de no mediar causa justificada en contrario, es por lo que la sentencia recurrida no infringió, en ningún concepto, el artículo 22.1 de la Constitución, originándose así la claudicación del último motivo del recurso”. Sobre ello, *vid.* MARÍN LÓPEZ, J. J.: “Comentario a la STS 26-10-1995”, CCJC número 41, 1996, ref. 1097, p. 495.

(39) M. A. 1081.

(40) M. A. 4761.

(41) M. A. 6640.

(42) M. A. 1499.

ción de Presidente, los domicilios de los socios. No se puede llegar a ese extremo, entiende el TS, y utiliza como criterio interpretativo la Ley Electoral. Posteriormente, considera nulo por contrario a los Estatutos otro acuerdo social.

— **STS 18-4-2001** (43). Interesantes resultan en esta sentencia tanto la remisión a la órbita civil de las expulsiones en el seno de las asociaciones (Fundamento de Derecho Tercero), como la utilización de los artículos dedicados a la interpretación de los contratos para interpretar los Estatutos de la sociedad (Fundamento de Derecho Cuarto).

— **STS 11-7-2002** (44). Esta sentencia se ocupa de la posible ilegalidad de dos preceptos de cierto Reglamento de Régimen Interno de la Asociación Burgalesa del Taxi, así como de la nulidad de varios acuerdos basados en los mismos, aunque es destacable la deficiente formulación de la demanda. Es interesante, en cualquier caso, que se argumente la vulneración basándose en el posible choque con el artículo 1.255 CC (Fundamento de Derecho Tercero) (45).

— **STS 5-7-2004** (46). Sugerente argumentación la realizada por el TS en el Fundamento de Derecho Tercero de la presente sentencia, pues ilustra la aplicación del artículo 24 CE al procedimiento sancionador en el seno de una asociación: “En primer lugar, no se aprecia que el recurrente haya sufrido indefensión en el procedimiento que acabó con la resolución de expulsión; tal como detalla la sentencia objeto de este recurso, aquél no sufrió indefensión, sino que *conoció el expediente, se le dio audiencia, formuló alegaciones y, en todo caso, tuvo posibilidad de defenderse*; por lo cual, no hay infracción del artículo 24 en relación con el 9.3 y 22.1 de la Constitución Española. En segundo lugar, no es cierto, como se dice en el recurso, que la falta de una norma sobre el procedimiento sancionador, lleve consigo la indefensión. Basta comprobar que el procedimiento reúna los caracteres de *contradicción y defensa* para estimarlo válido y que no hay indefensión: esto es lo ocurrido en el presente caso, que, por tanto, no hay infracción del artículo 24.1 en relación con el 22.1 de la Constitución Española”.

(43) M. A. 6678.

(44) M. A. 6240.

(45) Esta sentencia fue comentada por MARÍN LÓPEZ, J. J.: “Comentario a la STS 11-7-2002”, CCJC número 60, 2002, ref. 1636, pp. 1255-1277, donde dedicó prácticamente toda su atención a la cuestión del plazo de impugnación del acuerdo.

(46) M. A. 4997.

— **STS 31-3-2005** (47). En el Fundamento de Derecho Tercero de esta sentencia se aplica el criterio de la “base razonable” defendido por el TC: “Para decidir acerca del acogimiento de la tesis de la recurrente ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional, en sus sentencias de 22 de noviembre de 1988 y de 21 de marzo de 1994 ha declarado que la mencionada potestad de organización de las personas jurídicas de tipo asociativo no capitalista se extiende a regular las causas y procedimiento de expulsión de los socios, pudiendo establecer en sus estatutos –que quienes ingresan en una asociación conocen y aceptan en bloque– como causa de expulsión una conducta que la propia entidad considere que lesiona los intereses sociales. / Añade el Alto Tribunal que cuanto antecede no significa que la actividad de las asociaciones se halle *exenta* de control jurisdiccional, pero que éste no alcanza a valorar la conducta del socio cuya expulsión se ha decretado, debiendo limitarse a la comprobación de la *existencia de una base razonable* para la adopción de dicha decisión. Aplicada al supuesto que nos ocupa, dicha doctrina (que ha sido recordada recientemente por la sentencia de esta Sala de 5 de julio de 2004), nos encontramos con que el Tribunal de apelación, tras manifestar que no eran procedentes las objeciones formales del demandante y declarar probada la certeza de los tres cargos al mismo imputados, emitió un juicio de valor acerca del adecuado encuadre de los mismos en el elenco de faltas sociales que contiene el artículo 16 de los Estatutos, que le llevó a rechazar la calificación de la Asamblea General de que los hechos constituían faltas muy graves, y a establecer que se trataba solamente de faltas graves, con olvido de que, como se señala por la recurrente, en dichos Estatutos se considera igualmente falta muy grave la acumulación de dos o más faltas graves en un período no superior a doce meses. / En consecuencia, ha de entenderse que en la sentencia recurrida se ha rebasado el alcance del control jurisdiccional sobre la potestad de organización de la Asociación demandada, lo que comporta el acogimiento del motivo estudiado y hace innecesario entrar en la consideración de los dos restantes”.

— **STS 23-6-2006** (48). Muy sugerentes resultan los Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto de esta sentencia. Después de realizar un completo repaso a la doctrina constitucional y del TS sobre la cuestión, se centra en las cuatro facetas o dimensiones del derecho fundamental de asociación: “libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; liber-

(47) M. A. 2737.

(48) M. A. 3743.

tad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas y, como dimensión *inter privados*, garantía de un haz de facultades a los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretenden incorporarse”. “De lo antedicho se desprende que la jurisprudencia de esta Sala ha venido evolucionando hacia una restricción del ámbito del control judicial sobre las decisiones asociativas de expulsión de socios hasta coincidir totalmente con el Tribunal Constitucional en que dicho control debe limitarse, si se han respetado todas las reglas de competencia y forma en el expediente sancionador, a la existencia o no de una «base razonable» para el acuerdo de expulsión. / Pues bien, los tres motivos ahora examinados deben ser estimados porque la razón causal del fallo recurrido infringe las citadas normas de la Ley de Asociaciones del País Vasco en relación con el artículo 22 CE interpretado según la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala. / Indiscutido que *se respetaron escrupulosamente las reglas estatutarias sobre competencia y garantías procedimentales, especialmente sobre audiencia del interesado y recursos*, esta Sala considera que el tribunal sentenciador, al apreciar ausencia de una mínima actividad probatoria y defecto de motivación en el acuerdo de expulsión, *traspasó los límites del control judicial sobre la vida asociativa*. En realidad lo sucedido fue más bien lo contrario, pues la demandante expulsada, como por demás se declara probado desde la sentencia de primera instancia, no quiso comparecer ante la Junta Rectora para responder al pliego de cargos, prefiriendo contestar por escrito, y tampoco quiso hacerlo ante la Asamblea General que acabó desestimando su recurso. Frente a esta actitud resulta que el pliego de cargos especificaba hasta nueve hechos y los calificaba de sendas faltas muy graves, con cita de los correspondientes preceptos estatutarios, siendo algunas de las imputaciones tan claras como haberse autocontratado laboralmente la expedientada pese a estar prohibido por los estatutos, haberse manifestado públicamente en diversos medios de comunicación en contra de los intereses de la Asociación, no tener aprobados los presupuestos, haber efectuado llamadas a cobro revertido desde el extranjero o la desaparición de un aparato valorado en 150.000 ptas. A tales imputaciones respondió la luego demandante de forma muy vaga, protestando contra la falta de concreción de las mismas, negando su responsabilidad en la desaparición del aparato y negando también los hechos de forma genérica. La Junta Rectora acordó imponer la sanción de expulsión y la ratificó casi un mes después; y la Asamblea General, a la que voluntariamente no asistió la sancionada, desestimó su recurso después de que varios socios intervinieran a su favor, preguntaran por las pruebas y se les respondiera que estaban a su disposición. Así las cosas,

dado que algunos de los hechos eran evidentes por sí mismos, como la autocontratación laboral de la luego demandante, sus manifestaciones a los medios de comunicación, la falta de aprobación de los presupuestos 1995-96 o las llamadas a cobro revertido; dado que el artículo 16 de los estatutos de la Asociación tipificaba como faltas muy graves, entre otras, acumular dos o más faltas graves en un período igual o inferior a doce meses, realizar actividades perjudiciales para los intereses materiales o el prestigio social de la Asociación y las tipificadas como falta grave cuando por su reiteración y modo de producción o circunstancias denotaran una especial mala fe o una voluntad decididamente reacia al acatamiento de las reglas asociativas, y tipificaba como falta grave, entre otras, no desempeñar diligentemente los cargos sociales; y dado, en fin, que el artículo 48.3 de los estatutos prohibía el percibo de salario alguno por los miembros de la Junta Rectora, «dada la no existencia de relación laboral», y el artículo 11g), citado como el anterior en el pliego de cargos, establecía como deber de los socios el de «no realizar actividades perjudiciales ni contrarias al objeto social de la Asociación, ni colaborar con quien las realiza», debe concluirse que en el caso examinado *sí existía una base razonable para imponer la sanción de expulsión* y que la sentencia impugnada, al exigir tanto una actividad probatoria sobre hechos evidentes por sí mismos como una motivación más allá de la expresión de los hechos y su incardinación en normas estatutarias, traspasó los límites del control judicial sobre la actividad de la Asociación, como igualmente lo hizo al valorar por su cuenta la trascendencia de las conductas de la demandante que sí consideró acreditadas en virtud de la prueba practicada no en el expediente sancionador pero sí en el propio proceso judicial”.

III. La operatividad de la autonomía de la voluntad en el seno de las asociaciones

Repasadas las diferentes sentencias relevantes, y teniendo siempre en mente que se dedican al capítulo sancionatorio en el seno del grupo asociativo, es el momento de centrarnos en la sugerente cuestión, más general, de la operatividad de la autonomía de la voluntad en el seno del derecho de asociación.

Como comentario inicial de interés a la hora de afrontar nuestro estudio, resulta sugerente destacar las inquietantes palabras textuales de SALVADOR CODERCH, cuando generalizaba indicando que “el ámbito de lo público se rige por la democracia y el de lo privado por la libertad”, y que “en un país libre, la democracia no tiene por qué llegar a todas par-

tes” (49). Estas palabras, que representarían una peligrosa inexactitud si quedaran sin matización alguna, son moduladas por el propio autor, que alude a los posibles límites que puede tener el ejercicio del derecho de asociación, de entre los que cabe destacar el respeto a los derechos fundamentales (50). Es básico, para entender la cuestión que nos ocupa, tener en cuenta que los derechos fundamentales también operan en las relaciones entre particulares, no debemos olvidar esta cuestión en ningún momento (51).

Si se obviara esa aplicabilidad y se llevara la cuestión a sus últimas consecuencias argumentativas, nos podemos llegar a encontrar ante el dilema a que aludiera BILBAO UBILLOS: abrir las puertas a la intervención judicial en el seno de las asociaciones (con el consiguiente riesgo de intromisiones en la vida interna de dichas asociaciones) o condenar al socio a un estado de indefensión frente a las posibles arbitrariedades de los órganos directivos (52).

Excelente comienzo que nos ubica en el centro del gran pilar inicial: en el ámbito de lo privado, siempre dentro de los márgenes legales, la libertad de los particulares para autorregularse goza de gran operatividad. Dentro del más concreto ámbito contractual, esto se plasma en el artículo 1.255 CC: “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”. En cualquier caso, hoy día es innegable, además, el entronque constitucional de la regulación, pues la autonomía de la voluntad es plasmación “de un principio general de libertad que la Constitución, como es obvio, no ha podido sino reforzar” (art. 10.1 CE) (53).

(49) SALVADOR CODERCH, P.: “Introducción” a SALVADOR CODERCH, P. (coord.): *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Cuadernos Civitas, 1997, p. 15.

(50) SALVADOR CODERCH, P.: “Introducción”, cit., p. 19.

(51) Sobre este tema, vid. BILBAO UBILLOS, J. M.: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, BOE-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 233-394 y FERRER I RIBA, J., y SALVADOR CODERCH, P.: “Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*”, cit., pp. 89-100. Desde un punto de vista filosófico-jurídico, vid. VENEGAS GRAU, M.: *Derechos fundamentales y Derecho Privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, 2004.

(52) BILBAO UBILLOS, J. M.: *Libertad de asociación y derechos de los socios*, cit., p. 63.

(53) En este sentido, GARCÍA TORRES, J., y JIMÉNEZ-BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares...*, cit., p. 14. A este respecto, vid. especialmente REVERTE NAVARRO, A.: “Comentario al artículo 1.255”, en ALBALADEJO-DÍAZ ALABART: *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, 1-A, Édersa, 1993, pp. 121-127. Una visión histórica sobre el principio de libertad contractual y sus límites en VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 23-63.

Y como ejercicio de esa autonomía contractual a la que aludimos, los particulares pueden, además de formalizar toda clase de contratos, constituir asociaciones. El derecho fundamental de asociación incluye tanto el derecho a constituir asociaciones como los derechos de ingresar y participar en asociaciones ya constituidas, el derecho a no asociarse y a abandonar la asociación de la que se es miembro y, finalmente, el derecho de autoorganizarse y desarrollar la vida asociativa, de acuerdo con la Ley y los estatutos (54).

El acto constitutivo de una asociación es de naturaleza contractual (55), así como los estatutos de la asociación, con todo lo que ello conlleva de aplicación al caso de los preceptos dedicados a la regulación general del contrato (arts. 1.254 y ss. CC) (56). En contra de esta opinión se han mostrado GONZÁLEZ PÉREZ y FERNÁNDEZ FARRERES, con argumentos que no parecen correctos: no es acertado considerar que no existe contraposición de intereses entre los celebrantes del pacto pues ello conllevaría negar la consideración contractual a los contratos asociativos, que se caracterizan por la coexistencia de una finalidad común a los contratantes y de intereses particulares (57).

(54) En este sentido, FERRER I RIBA, J., y SALVADOR CODERCH, P.: "Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*", cit., pp. 100-101. Vid. también la visión que aporta al respecto DÍAZ DÍAZ, cuando alude a la autonomía interna de las asociaciones y lo presenta como una gama de poderes jurídicos: poder de confeccionar los Estatutos, poder de reglamentación, poder decisorio en asuntos de gobierno interno, poder de obligar a la asociación frente a terceros y poder disciplinar (*Derecho fundamental de asociación en la Iglesia*, EUNSA, 1972, p. 235).

(55) Su carácter negocial está fuera de toda duda, como ya indicara DE LOS MOZOS, J. L.: *Derecho Civil (Método, sistemas y categorías jurídicas)*, Ed. Civitas, 1988, p. 280. MARÍN LÓPEZ, por su parte, incide también en esa naturaleza contractual ("o por lo menos negocial") y critica que la Ley Vasca de Asociaciones, Ley 3/1988, de 12 de febrero, dedicara tan relativa escasa importancia a la vertiente contractual (MARÍN LÓPEZ, J. J.: "Sobre la Ley Vasca de Asociaciones: reparto competencial y principios generales", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 16, 1992, apart. 9, pp. 146-147). Por nuestra parte, hemos incidido en la existencia y definición de los contratos asociativos en QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: *La sociedad civil sin personalidad en el Derecho español: Concepto y Régimen*, Ed. Comares, 2007, pp. 13-16.

(56) Así, la STS 6-3-1992 aplica los preceptos genéricos sobre contratación a la sociedad; la STS 7-10-1993 alude al artículo 1.255 para destacar la baja del socio, y la STS 18-4-2001, por ejemplo, aplica acertadamente las normas sobre interpretación de los contratos a la interpretación de los Estatutos del grupo (Fundamento de Derecho Cuarto). Además, la STS 11-7-2002 también acude al artículo 1.255 CC para resolver su problema jurídico, aunque, por otra parte, alguna otra sentencia, como la de 7-6-1997, matiza la aplicación de los preceptos genéricos sobre contratación a nuestro caso. Vid. la extensa reflexión al respecto de GARRIGOU-LAGRANGE, J. M.: *Asociaciones y poderes públicos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974, pp. 48-54.

(57) GONZÁLEZ PÉREZ, J., y FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *Derecho de asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 180-182. Completa reflexión respecto de esta naturaleza, con interesante bibliografía, en MARÍN LÓPEZ, J. J.: "Comentario al artículo 20.1.2", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y SALAS HERNÁNDEZ, J.: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 535, nota 110.

Sin embargo, tal y como ha destacado el TC, tampoco estamos simple y llanamente ante un contrato civil (Fundamento Jurídico Noveno de la STC 5/1996, de 16 de enero): la asociación es un contrato que origina una persona jurídica que va a operar en el mercado, y que es plasmación del ejercicio de un derecho fundamental. Que la asociación sea más que un contrato conlleva, por ejemplo, que no tenga que recurrirse en todo momento a la regulación contractual general para dirimir problemas, como expulsar asociados: la asociación nace de un acto de naturaleza contractual y ello implica que la regulación genérica contractual será de aplicación, pero no en todo momento debe acudir a ella para resolver los problemas. Pensemos que existe tanto una regulación legal específica como un Estatuto que debe regir la vida del ente (58).

Por tanto, a la hora de constituir una asociación y de regular estatutariamente la vida de la misma, es necesario conducirse en todo momento dentro de los límites genéricos que fija el artículo 1.255 CC (59). Y el primero de esos límites, la Ley, además de exigir un concreto contenido al contrato estatutario (como sucedía en su día con el texto de 1964), es hoy claro a la hora de exigir también una estructura democrática a la asociación: conforme al artículo 2.4 LODA, la constitución de asociaciones y el establecimiento de su organización y funcionamiento se llevarán a cabo dentro del marco de la Constitución, de la presente Ley Orgánica y del resto del ordenamiento jurídico, valorando siempre que, según el apartado 5, la organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo.

Sobre esta regulación se han vertido ciertas **sombras de inconstitucionalidad**: mientras en otros grupos de naturaleza asociativa es la propia CE la que exige expresamente esa organización y funcionamiento democráticos (pensemos en los partidos políticos, sindicatos, asociaciones empresariales o los colegios profesionales, por ejemplo), en las asociaciones en general no es así, por lo que la LODA restringe la autonomía de la voluntad de un modo no exigido expresamente por la CE y que, al ser una importante limitación a dicha autonomía de la voluntad, debe entenderse restrictivamente, esto es, sólo para aquellos grupos donde la CE expresamente la exija. En conclusión, según se han planteado algunos autores, se podría estar vulnerando el derecho fundamental de asociación (60).

(58) Así, por ejemplo, GONZÁLEZ PÉREZ y FERNÁNDEZ FARRERES consideraban que dicha regulación contractual general sería necesariamente aplicable en todo caso (*Derecho de asociación...*, cit., pp. 191-192).

(59) En este sentido, PÉREZ SOLA, N.: "Precisiones sobre el tratamiento jurisprudencial del derecho de asociación", en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, volumen I, Tecnos, 1997, pp. 881-882.

(60) *Vid.*, sobre esta cuestión, VÍRGALA FORURIA, E.: "Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002", *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, números 10-11, 2002-2003, pp. 242-243 y

Desde nuestro punto de vista, sin embargo, la cuestión está desenfocada si se plantea en los términos indicados. Efectivamente, la CE no exige de modo expreso esa organización y funcionamiento democráticos en el caso del genérico derecho de asociación, como sí sucede con ciertas clases especiales de asociaciones, pero no se puede negar que en todo momento es plenamente vigente el artículo 9.1 CE, que indica que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Por tanto, los ciudadanos no pueden llegar, en sus pactos privados, hasta el punto de atentar contra los pilares democráticos que cabe deducir de la vigente CE, pues atentaría contra la Ley como límite de la autonomía de la voluntad, pese a que el artículo 22 CE nada establezca sobre organización y funcionamiento democráticos (61).

Concluye el apartado quinto del artículo 2 indicando que “Serán nulos de pleno derecho los pactos, disposiciones estatutarias y acuerdos que desconozcan cualquiera de los aspectos del derecho fundamental de asociación” (62).

En último término, serán los tribunales los que determinen si un pacto estatutario contraviene o no los límites de la autonomía de la voluntad: pensemos que el análisis que realiza el Registro, a efectos de inscripción de la asociación, es eminentemente formal y de modo reglado (por ejemplo, arts. 24 y 30.2 LODA) (63), y la Administración no puede adoptar

“Los límites constitucionales a los partidos políticos en la LO 6/2002”, en MONTILLA MARTOS, J. A.: *La prohibición de los partidos políticos*, Universidad de Almería, 2004, pp. 58-59; GONZÁLEZ PÉREZ, J., y FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *Derecho de asociación...*, cit., pp. 127-132; BILBAO UBILLOS, J. M.: *Libertad de asociación y derechos de los socios*, cit., pp. 12-22; MARÍN LÓPEZ, J. J.: “Comentario al artículo 20.1.2”, cit., pp. 540-542 (al hilo de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, pero en reflexiones perfectamente trasladables a nuestro caso) y BELUCHE RINCÓN, I.: “Derecho de Asociación y organización democrática”, *Diario La Ley*, 2006-4, D-203, pp. 1667-1668. CABALLERO LOZANO apunta una opinión aislada y pintoresca: considera que existe identidad de razón entre las asociaciones y los diversos tipos asociativos concretos (arts. 6, 7, 36 y 52), por lo que el “olvido” del artículo 22 CE debe ser integrado con esta exigencia, aunque expresamente no se cite [CABALLERO LOZANO, J. M.: “Consideraciones acerca de la relación jurídica entre socio y asociación”, en *Entitats associatives en el Dret Civil Català (VII Jornades Jurídiques, Lleida, 12 i 13 de desembre de 1991)*, Universitat de Lleida, 1993, pp. 221-222].

(61) En este sentido, cabe recordar cómo ASENSI SABATER indicaba que la cláusula de respeto a la Constitución y a la Ley contenida en el artículo 6 CE “no añade nada al deber genérico que se deriva del artículo 9 CE” [“Principales dudas acerca de la Ley de Partidos Políticos (LO 6/2002 y STC 48/2003)”, en MONTILLA MARTOS, J. A.: *La prohibición de los partidos políticos*, cit., pp. 110-113].

(62) Tales pactos, en realidad, estarían contraviniendo la LODA, realmente (GONZÁLEZ PÉREZ, J., y FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *Derecho de asociación...*, cit., p. 132).

(63) Regulación que deriva directamente del artículo 22 CE. Tal y como describen GONZÁLEZ PÉREZ y FERNÁNDEZ FARRERES, “la Administración ha quedado desapoderada en relación al control del ejercicio del derecho de asociación” (*Derecho de asociación...*, cit., p. 86). Esto no quiere decir que si existen deficiencias formales no pueda denegar la inscripción, pues

medidas preventivas o suspensivas que interfieran en la vida interna de las asociaciones (art. 4.2 LODA): a lo más que puede llegar es a no facilitar ayudas a determinadas asociaciones (64). Y en caso de que se llegase a un supuesto extremo, con posibles implicaciones penales, el artículo 30.4 señala que “cuando se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la constitución de la entidad asociativa, por el órgano competente se dictará resolución motivada, dándose traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, y comunicando esta circunstancia a la entidad interesada, quedando suspendido el procedimiento administrativo hasta tanto recaiga resolución judicial firme. / Cuando se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de la entidad asociativa, el órgano competente dictará resolución motivada, dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, y comunicando esta circunstancia a la entidad interesada”. Pero es evidente que serán los tribunales los encargados de interpretar si los contratantes se extralimitaron a la hora de elaborar dichos estatutos, como sucede con cualquier otro contrato, siempre conforme al artículo 1.255 CC, o encargados incluso de suspender o disolver la asociación, del modo previsto en el artículo 38 LODA.

Apuntemos, por tanto, que el diseño estatutario de una estructura que no garantizara el funcionamiento democrático de la asociación tendría importantes consecuencias: sin perjuicio de que, teóricamente, el Registro de Asociaciones pudiera llegar a denegar la inscripción, en la medida en que se vulnerase el artículo 7.1.g (algo que parece complicado: la Administración no estudiará con la necesaria profundidad los Estatutos como para deducir esa falta de democracia, y no actuará salvo que resultase extremadamente evidente), el Estatuto resulta perfectamente impugnabile ante los tribunales, por contravenir el artículo 1.255 CC, en la medida en que se vulnera la LODA.

En cualquier caso, estamos ante una reforma legal, la producida por la LODA, que resulta fundamental, pues como estudiaremos en su momento, modifica la óptica para enfocar la cuestión del orden público y de

tiene el deber de hacerlo (GONZÁLEZ PÉREZ, J., y FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *Derecho de asociación...*, cit., p. 353).

(64) Conforme al artículo 4.5, “los poderes públicos no facilitarán ningún tipo de ayuda a las asociaciones que en su proceso de admisión o en su funcionamiento discriminen por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. El apartado 6 completa: “los poderes públicos no facilitarán ayuda alguna, económica o de cualquier otro tipo, a aquellas asociaciones que con su actividad promuevan o justifiquen el odio o la violencia contra personas físicas o jurídicas, o enaltezcan o justifiquen por cualquier medio los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares”.

la ley como límites de la autonomía de la voluntad a la hora de ejercitar el derecho fundamental de asociación. Antes de centrarnos en los problemas que puede plantear la Ley como límite de la autonomía de la voluntad, debemos tener claro inicialmente cómo opera el orden público, también, como límite. Ello se debe a la especial relevancia histórica de que ha gozado (y goza) como límite a la autonomía de la voluntad, pese al cambio que provoca la LODA en esta cuestión.

III.1. El orden público como límite de la autonomía de la voluntad.

Históricamente, a la hora de enfocar el artículo 1.255 CC desde la óptica de las asociaciones, no demasiadas dudas ofrecían la ley y la moral como límites de la autonomía de la voluntad, pese a lo que en principio pudiera parecer (65). Especialmente polémica puede resultar, sin embargo, la mención al orden público, y ha sido frecuentemente utilizado en el campo que nos ocupa. Sin ánimo de profundizar excesivamente en la atención doctrinal dispensada, debemos comenzar recordando la fundamental STS 5-4-1966 (66), que en su Considerando Segundo destacaba la existencia de “ciertos principios que el Derecho nacional reputa intangibles dentro del territorio de su soberanía”, y consideraba necesario “proveer a la defensa de esos principios que se consideran intangibles, y que constituyen lo que se llama *orden público nacional*, que está integrado por aquellos principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso, religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada” (67).

DÍEZ-PICAZO, por su parte, aludía a la “organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores”, cuestiones estrictamente constitucionales que debían quedar al margen de la autonomía de la voluntad de los particulares (68). Y ello es así porque, como indicara

(65) A la *Ley* nos referiremos con detalle en el próximo apartado, pues la LODA ha implicado una importante modificación en el alcance de este concreto límite (históricamente era un límite no tan desarrollado como lo es ahora). Respecto de la *moral*, pudiera parecer que es un concepto especialmente abstracto, pero no estamos más que ante el conjunto de convicciones sociales mayoritariamente defendidas en un momento determinado en un concreto entorno geográfico, entendidas en un sentido laico. Su dificultad radica realmente en concretar el concepto jurídico indeterminado, aunque su operatividad en el seno de los contratos asociativos es muy escasa. Tanto es así que no dedicaremos a la cuestión más atención que la presente nota al pie (sobre el tema, *vid.* VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Determinación del contenido del contrato...*, cit., pp. 85-90).

(66) M. A. 1684.

(67) Otras sentencias posteriores que argumentan sobre el orden público son las SSTs 31-12-1979 (M. A. 4499), 26-10-1998 (M. A. 8237) y 11-4-2003 (M. A. 3269). Resultan de menor interés que la citada sentencia de 1966, puntal básico que influirá en todas las posteriores.

(68) DÍEZ-PICAZO, L.: “Comentario al artículo 1.255 CC”, dentro de *Comentarios del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, 1993, p. 432.

DE CASTRO, gran estudioso de la cuestión, estamos ante algo “inmanente a la misma ordenación jurídica” y de “valor preferente a las normas en general” (69). A veces, tal orden público acaba reflejado en normas legales concretas, mientras que en otras es el juez el que debe deducirlo al interpretar el caso concreto (70).

Es fácil imaginar cómo hoy día el concepto de orden público debe ser releído a la luz de la CE, o, por usar palabras de LÓPEZ AGUILAR, que ha escrito excelentes páginas al respecto, el orden público debe hoy ser “reconceptuado” (71). Señala este autor que las nociones de “fundamentos del orden político y de la paz social” conllevan que el concepto de orden público se interprete bajo tal prisma, pues la Constitución “irrumpe en el tradicional santuario de la autonomía negocial” (72). En consecuencia, no se puede desconocer la existencia de la Constitución a la hora de celebrar pactos entre particulares, tanto porque estamos ante la suprema Ley (primer límite a la autonomía de la voluntad, conforme al art. 1.255 CC), como porque allí encontraremos las bases fundamentales de nuestro orden público, donde no es difícil encuadrar la necesidad de respetar los derechos fundamentales por parte de los ciudadanos (como ya hemos indicado, éstos deben ser respetados también en las relaciones entre los particulares). El propio LÓPEZ AGUILAR realiza una observación muy sugerente al hilo de esta cuestión: se debe garantizar la dignidad personal en el seno de las relaciones jurídicas privadas, mediante la eficacia *inter privatos* de la dimensión objetiva de la misma (73).

De lo expuesto parece que el respeto a los derechos fundamentales es cuestión de orden público a la hora de referirnos a los pactos asociativos, siempre dentro de unos esquemas lógicos y razonables. Por ejemplo, que un hombre considere lesionado su derecho fundamental a asociarse porque se rechaza su admisión en una asociación de mujeres no parece que resulte jurídicamente relevante (74). Pero hay cuestiones que sí lo van a

(69) CASTRO, F. de: “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, ADC, 1982, pp. 1029 y 1031. A “Derecho necesario” aludía Cossío, quien señalaba que el orden público afectaba a intereses esenciales del Estado o de la colectividad (Cossío y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho civil*, t. I, Civitas, 1991, p. 279).

(70) Ya lo describía ESPÍN CÁNOVAS, cuando indicaba que a la hora de interpretar el principio de orden público existía una dirección positiva, que defendía que el orden público debía traducirse en leyes concretas, mientras que una dirección extrapositiva interpretaba que debía determinarse en cada caso por el órgano jurisdiccional (ESPÍN CÁNOVAS, D.: “Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa”, ADC, 1963, pp. 786-791).

(71) LÓPEZ AGUILAR, J. F.: *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 42 (sobre la cuestión, en concreto, pp. 39-60).

(72) LÓPEZ AGUILAR, J. F.: *Derechos fundamentales y libertad negocial*, cit., pp. 73-83.

(73) LÓPEZ AGUILAR, J. F.: *Derechos fundamentales y libertad negocial*, cit., pp. 24-30.

(74) Sobre la autonomía social a la hora de admitir socios, *vid.* FERRER I RIBA, J., y SALVADOR CODERCH, P.: “Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*”, cit., pp. 103-110.

ser, como faltar al derecho a la igualdad sin justificación razonable, no garantizar la posibilidad de ser tenido en cuenta y de defenderse adecuadamente en los procedimientos sancionadores en el seno de la asociación, etc. E históricamente no ha habido duda en que estos atentados afectaban a nuestro orden público constitucional, teniendo en cuenta la nula regulación legal al respecto.

Sin embargo, la regulación de los artículos 2.4 y 2.5 LODA ha modificado el modo de enfocar hoy esta cuestión, pues al exigir la Ley esa estructura democrática, ley y orden público pueden estar ahora más mezclados que nunca como límites de la autonomía de la voluntad: pensemos que los Estatutos de una asociación en los que no se respeten unas garantías mínimas en los procedimientos sancionatorios no sólo atentaría contra el orden público constitucional, sino que gracias a la LODA estamos ante una quiebra del propio límite legal, ante todo. El artículo 21 LODA establece, entre los derechos de los asociados, en su apartado c), el derecho “a ser oído con carácter previo a la adopción de medidas disciplinarias contra él y a ser informado de los hechos que den lugar a tales medidas, debiendo ser motivado el acuerdo que, en su caso, imponga la sanción”.

Por tanto, el límite del orden público cede hoy terreno, parcialmente, frente a esta regulación legal más desarrollada, pues la norma legal acoge expresamente una clara cuestión de orden público constitucional. Este cambio no implica mayor margen para la autonomía de la voluntad, sino una asimilación por parte de la Ley de típicas cuestiones de orden público (como consecuencia de una mayor perfección en el texto legal).

Es el momento, por ello, de aplicar todas estas reflexiones genéricas al ámbito de los pactos asociativos y del derecho de asociación en sí, pues debemos valorar adecuadamente la reforma provocada por la LODA.

III.2. La Ley como límite a la autonomía de la voluntad: la organización interna y el funcionamiento democráticos.

Una vez que hemos reflexionado acerca del orden público como límite a la autonomía de la voluntad, debemos centrarnos ya en el límite legal. En este campo, de entrada, nos encontramos con un punto claro de inflexión: la LODA.

Antes de la LODA contábamos con el artículo 22 CE y con una regulación legal preconstitucional que debía ser interpretada conforme a la CE. Teniendo en cuenta este dato, era previsible que el límite que resultara de especial importancia fuese el orden público: el texto de 1964 establecía un contenido necesario para el pacto estatutario, pero los grandes problemas que se podían suscitar en el seno de la asociación afectaban a cuestiones de orden público.

Dentro de éste, por ejemplo, se insertó la necesidad de respetar los derechos fundamentales, y en dicho sentido se expresaron las sentencias citadas en el epígrafe anterior y los autores que las estudiaban. Así, MARÍN LÓPEZ ha indicado que “el ejercicio del derecho de asociación ha de respetar otros derechos igualmente fundamentales: en concreto, la regulación del procedimiento de expulsión no puede hacerse vulnerando los derechos de garantía que asisten a todo ciudadano, también cuando es miembro de una asociación”, añadiendo que determinado precepto de los Estatutos que estudiaba eran con toda probabilidad ilegal “por vulnerar el «orden público» de que habla el artículo 1.255 CC” (75). La revisión judicial de las decisiones tomadas en el seno de la asociación debe ser tanto formal (dirigida a verificar la corrección formal de dichas decisiones) (76), como de fondo (77).

Con la aprobación de la LODA, sin embargo, la norma de rango legal pasa a gozar de especial relevancia como límite de la autonomía de la voluntad, algo que no sucedía anteriormente con tal importancia, y que no han podido reflejar todavía las sentencias del TS por cuestiones meramente temporales. En esta nueva norma se incide especialmente en la necesidad tanto de una organización interna democrática como de un efectivo funcionamiento democrático. En primer lugar, la necesidad de **organización interna democrática** que exige la norma legal provoca que en toda asociación donde no exista, se sobrepasaría el límite del artículo 1.255 CC, con todo lo que conlleva. El diseño estructural de la persona jurídica debe ser, por tanto, democrático: la clave está en concretar expresamente qué quiere decir eso, cómo se plasma. Dejando de lado, en este momento, las anteriormente citadas sombras de inconstitucionalidad de esta regulación, serán los Estatutos asociativos los encargados de diseñar esa estructura de funcionamiento, conforme al artículo 7 LODA. Téngase en cuenta, por ejemplo, que después de que el artículo 7.1 establezca el contenido material de los Estatutos, y de que el párrafo segundo señale que “los Estatutos también podrán contener cualesquiera otras disposiciones y condiciones lícitas que los promotores consideren convenientes, siempre que no se

(75) MARÍN LÓPEZ, J. J.: “La intervención judicial en los conflictos endoasociativos...”, cit., p. 155. También “Comentario a la STS 24-3-1992”, cit., p. 295.

(76) MARÍN LÓPEZ, J. J.: “El control judicial del poder disciplinario en los grupos privados”, en *Asociaciones, fundaciones y cooperativas. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1995, pp. 41-49.

(77) BILBAO UBILLOS, J. M.: *Libertad de asociación y derechos de los socios*, cit., pp. 81-87, MARÍN LÓPEZ, J. J.: “El control judicial del poder disciplinario...”, cit., pp. 49-58, y VIRGALA FORURIA, E.: “Ejercicio de derechos por los afiliados y control judicial de las sanciones impuestas por los partidos políticos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, número 6, 2000, pp. 95-104.

opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la asociación”, el artículo 7.3 redondea la regulación estableciendo que “el contenido de los Estatutos no podrá ser contrario al ordenamiento jurídico”.

Por tanto, se debe dotar a la asociación de una estructura que haga posible la participación de los asociados en condiciones de igualdad en el funcionamiento de la asociación, así como de un procedimiento sancionador que permita al interesado defender su posición adecuadamente, pues de lo contrario se estaría rebasando el límite legal (no debe recurrirse al orden público, ya, para fundamentar estas pretensiones). Lo que deba entenderse por “organización interna democrática” es algo que debe determinarse por el intérprete, pues la Ley no descende a tratar esto salvo en pinceladas en diferentes preceptos, y que vincularán tanto a los asociados como a los órganos jurisdiccionales. En cualquier caso, parece clara la existencia de un “núcleo irreductible”, que debe conectarse con la idea de participación de los interesados en el grupo del que forman parte (en la Asamblea y en los órganos de dirección) (78), así como con el respeto de sus derechos en el seno del grupo asociativo. MARÍN LÓPEZ realiza una interesante reflexión sobre la plasmación de dicha “organización y funcionamiento democráticos” e indica que esta exigencia implica, como mínimo, que la adopción de los acuerdos más trascendentales en la vida de la asociación deben ser tomados por todos los asociados, reunidos en Asamblea General (acuerdos como la disolución de la asociación, su absorción, fusión, entrada en una federación o confederación, modificación estatutaria, imposición de cargas pecuniarias extraordinarias y aprobación de presupuestos y cuentas), mientras que la realización de actos menos trascendentales y la gestión ordinaria de la asociación se encomiendan a órganos de gobierno unipersonales y/o colegiados, elegidos por los asociados mediante un procedimiento basado en los principios de libertad de expresión y deliberación en las reuniones, libertad de proposición de candidaturas, concesión de oportunidades iguales a los candidatos e implantación de un sistema razonable para la determinación de las mayorías (79).

La cuestión de la organización interna democrática ha sido estudiada en el seno de los *sindicatos* y, aunque se den importantes circunstancias diferenciadoras entre ambos tipos de grupos (80), existen argumentos per-

(78) En este sentido, para el caso de los partidos políticos, *vid.* GALLARDO MOYA, R.: “Derecho de asociación y exigencia de democracia interna en los partidos políticos...”, cit., p. 241.

(79) MARÍN LÓPEZ, J. J.: “Comentario al artículo 20.1.2”, cit., pp. 542-543.

(80) La necesidad de organización democrática en los sindicatos es de naturaleza constitucional, mientras que en las asociaciones es meramente legal (con la base constitucional antes expuesta), y además los sindicatos gozan de un reconocimiento público en diversos sectores que no es predicable de las asociaciones.

fectamente trasladables al ámbito que nos ocupa (81). Parece claro que esa democracia interna debe inspirar cuestiones como el régimen de provisión y funcionamiento de los órganos directivos, las garantías individuales de los asociados (82), el régimen de adquisición y pérdida de la condición de asociado, el régimen sobre las vicisitudes internas de la asociación (posible admisión de corrientes internas, etc.), o el régimen económico y la estructura organizativa del mismo (83). Todo ello debe estar basado en la democracia que, a nivel general, se refleja en la CE, y que debe impregnarlo todo (84). Cabe indicar también que en los *partidos políticos* la CE requiere idéntica estructura, aunque no se especifique exactamente qué deba entenderse por la misma (85).

Por ejemplo, en el ámbito del procedimiento sancionador, que es el tema más polémico en la práctica, y más tratado, por ello, en las sentencias de nuestros tribunales, no cabe duda de que esta estructura democrática exige la existencia de un procedimiento sancionador en el que el encausado pueda intervenir adecuadamente [teniendo derecho a conocer qué

(81) Sobre esta cuestión, *vid.* especialmente GONZÁLEZ-POSADA, E.: “El carácter democrático de la estructura y funcionamiento de los sindicatos”, en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, volumen III, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 2279-2291; LANDA ZAPIRAIN, J. P.: *Democracia sindical interna (Régimen jurídico de la organización y funcionamiento de los sindicatos)*, Ed. Civitas, 1996, y GALLARDO MOYA, R.: *Democracia sindical interna. Un análisis jurídico*, Ed. Trotta, 1996.

(82) Se deben garantizar los derechos a elegir y ser elegidos en el seno del grupo, así como el derecho de participar en el funcionamiento ordinario del grupo en igualdad de condiciones (derecho a participar en la toma de decisiones, derecho a ser informado previamente, etc.), derecho a la libre expresión y difusión de ideas, derecho a ser representado legítima y honestamente o el derecho a un procedimiento disciplinario justo e imparcial.

(83) Valórese, también, que esto debe conectarse con el artículo 9.2 CE (en este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *El sindicato. Naturaleza jurídica y estructura*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, pp. 149-158).

(84) El propio artículo 21 LODA establece los derechos de los asociados, e indica que “Todo asociado ostenta los siguientes derechos: a) A participar en las actividades de la asociación y en los órganos de gobierno y representación, a ejercer el derecho de voto, así como a asistir a la Asamblea General, de acuerdo con los Estatutos. b) A ser informado acerca de la composición de los órganos de gobierno y representación de la asociación, de su estado de cuentas y del desarrollo de su actividad. c) A ser oído con carácter previo a la adopción de medidas disciplinarias contra él y a ser informado de los hechos que den lugar a tales medidas, debiendo ser motivado el acuerdo que, en su caso, imponga la sanción. d) A impugnar los acuerdos de los órganos de la asociación que estime contrarios a la ley o a los Estatutos”.

(85) *Vid.* GARCÍA ROCA, F. J., y MURILLO DE LA CUEVA, P. L.: “Democracia interna y control de los partidos políticos. Crónica del encuentro italo-español de octubre de 1983”, *Revista de Estudios Políticos*, número 42, 1984, pp. 247-257, el completo análisis de BLANCO VALDÉS, R. L.: “Democracia de partidos y democracia en los partidos”, en GONZÁLEZ ENCINAR, J. J. (coord.): *Derecho de partidos*, Espasa Calpe, 1992, pp. 41-65, así como GALLARDO MOYA, R.: “Derecho de asociación y exigencia de democracia interna en los partidos políticos...”, *cit.*, pp. 237-250, y ESPARZA OROZ, M.: *La ilegalización de Batasuna. El Nuevo Régimen Jurídico de los Partidos Políticos*, Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 105-114.

infracción se le imputa y permitiéndosele articular su defensa y desarrollarla plenamente (86)]. Por tanto, a efectos de la utilización del artículo 1.255 CC, la aplicación del artículo 24 CE deja de ser cuestión de orden público, como era hasta ahora, para ser un límite legal (87).

En segundo lugar, el **funcionamiento democrático** es también necesario en el seno de la asociación, y por lógica entronca con el derecho de participación de los asociados en las decisiones que se tomen en el grupo [art. 7.1.g) LODA]. Ya no se trata de diseñar una estructura democrática en la asociación, pues ésta existirá previamente (la “organización interna democrática” a la que aludíamos antes), sino que ahora es necesario que esa asociación, que se diseñó con una estructura perfectamente válida, funcione efectivamente de modo democrático, que será lo fundamental en último término (88). De ahí se deriva que sea innegable la necesidad de control judicial de las decisiones tomadas en el seno de la misma. Tal y como en su momento comprobamos que era posible impugnar la estruc-

(86) Sobre esta cuestión, aunque relativo al caso del sindicato en Italia, pero en reflexiones muy sugerentes, *vid.* CARUSO, B.: *Contributo allo Studio della democrazia nel sindacato. I. La democrazia nel governo dell'organizzazione e nell'azione sindacale*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1986, pp. 98-99.

(87) En el caso de *Italia*, por ejemplo, la cuestión de la expulsión de un socio por parte de la asociación está recogida en el Código Civil: el artículo 24 del vigente *Codice*, bajo el rótulo “*Recesso ed esclusione degli associati*”, indica en su párrafo tercero que “*L'esclusione d'un associato non può essere deliberata dall'assemblea che per gravi motivi; l'associato può ricorrere all'autorità giudiziaria entro sei mesi dal giorno in cui gli è stata notificata la deliberazione*”. Por tanto, la citada expulsión no puede producirse sino como consecuencia de la existencia de “graves motivos” para ello, mediante decisión que debe ser tomada por la Asamblea (justificadamente, aclarando los graves motivos, y siguiendo el procedimiento establecido para ello) y teniendo en cuenta la previsión legal expresa de que el asociado puede acudir a los tribunales para que fiscalice la legalidad de la decisión y la existencia de la motivación necesaria.

Lo que sea efectivamente “grave motivo” es algo que debe ser llenado de contenido en cada caso, aunque ya induce a pensar en cuestiones de importante peso, de gravedad evidente. Tal y como indica RESCIGNO, dicho grave motivo debe existir en todo caso y ser de algún modo insertable dentro de los límites del Estatuto de la asociación, “si no se lo quiere transformar en un arma para abusos de la mayoría” (RESCIGNO, P.: “*La giustizia interna nelle associazioni private*”, en *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, CEDAM, 1987, p. 125). Por tanto, como escribía GALGANO, esta regulación cierra el paso a la posibilidad de una “exclusión ad nutum” o arbitraria, y garantiza el derecho a la permanencia del socio en la relación contractual, de acuerdo con los principios generales aplicables a los contratos (pensemos que, realmente, estamos aplicando la construcción de la resolución contractual al supuesto del contrato asociativo; *vid.* GALGANO, F.: “Comentario al artículo 24 del Codice civile”, en SCIALOJA-BRANCA, *Comentario del Codice Civile*, Libro Primo, Nicola Zanichelli Editore, Foro Italiano, Bologna-Roma, 1969, pp. 323-325). La gravedad del motivo se corresponde realmente con la gravedad del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley o de los Estatutos sociales: deberes de colaboración, generalmente, así como inherentes a la admisión del asociado en el grupo (exigencias venidas a menos), o por indignidad moral del asociado para pertenecer al grupo (GALGANO, F.: “Comentario al artículo 24...”, *cit.*, pp. 325-330).

(88) *Vid.*, en este sentido, GONZÁLEZ-POSADA, E.: “El carácter democrático de la estructura y funcionamiento de los sindicatos”, *cit.*, pp. 2286-2287.

tura asociativa por exceder los límites del artículo 1.255 CC (como sucede con cualquier contrato), también es posible la impugnación ante los tribunales de los acuerdos tomados en el seno de las asociaciones, bien por razones formales (el acuerdo no se amolda a los estatutos de la asociación), bien por razones de fondo (contraviene la regulación jurídica aplicable).

Sobre lo que sea exactamente ese funcionamiento democrático la LODA no indica más que el hecho de que la adopción de acuerdos por la Asamblea General se hará en virtud del principio mayoritario, y que dicho órgano debe reunirse una vez al año, al menos (89). El desarrollo reglamentario, por tanto, será el que deba precisar estas cuestiones (art. 11.2 LODA), aunque ESPARZA OROZ indicaba, en argumentos que pueden ser de interés para nosotros (aunque estaban destinados a los partidos políticos), que existían diversas garantías de ese funcionamiento interno democrático, tales como los derechos legales de los afiliados, los mecanismos de control democrático de los dirigentes, la tipificación en los Estatutos de las faltas y sanciones y la existencia de instrumentos procedimentales inclusivos de los principios de contradicción y defensa en la imposición de aquéllas (90).

(89) GONZÁLEZ PÉREZ, J., y FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *Derecho de asociación...*, cit., p. 197. Estos autores también inciden en que la fórmula es tan general que deja abierta “una gama de posibilidades” (GONZÁLEZ PÉREZ, J., y FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *Derecho de asociación...*, cit., p. 222).

(90) ESPARZA OROZ, M.: *La ilegalización de Batasuna...*, cit., pp. 110-111.

IV. Bibliografía sumaria

- ASENSI SABATER, J.: “Principales dudas acerca de la Ley de Partidos Políticos (LO 6/2002 y STC 48/2003)”, en MONTILLA MARTOS, J. A.: *La prohibición de los partidos políticos*, Universidad de Almería, 2004, pp. 99-128.
- BELUCHE RINCÓN, I.: “Derecho de Asociación y organización democrática”, *Diario La Ley*, 2006-4, D-203, pp. 1664-1669.
- BILBAO UBILLOS, J. M.:
— *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, BOE-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
— *Libertad de asociación y derechos de los socios*, Universidad de Valladolid, 1997.
- BLANCO VALDÉS, R. L.: “Democracia de partidos y democracia en los partidos”, en GONZÁLEZ ENCINAR, J. J. (coord.): *Derecho de partidos*, Espasa Calpe, 1992, pp. 41-65.
- CABALLERO LOZANO, J. M.: “Consideraciones acerca de la relación jurídica entre socio y asociación”, en *Entitats associatives en el Dret Civil Català (VII Jornades Jurídiques, Lleida, 12 i 13 de desembre de 1991)*, Universitat de Lleida, 1993, pp. 219-245.
- CARUSO, B.: *Contributo allo Studio della democrazia nel sindacato. I. La democrazia nel governo dell'organizzazione e nell'azione sindacale*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1986.
- CASTRO, F. de: “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *ADC*, 1982, pp. 987-1085.
- COSSÍO Y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho civil*, Civitas, 1991.
- DÍAZ DÍAZ, A.: *Derecho fundamental de asociación en la Iglesia*, EUNSA, 1972.
- DÍEZ-PICAZO, L.: “Comentario al artículo 1.255 CC”, dentro de *Comentarios del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 430-432.
- ESPARTERO CASADO, J.: “La necesaria ilicitud de las cláusulas estatutarias federativas prohibitivas del derecho a la tutela judicial”, *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, número 14, 2005-2, pp. 47-71.
- ESPARZA OROZ, M.: *La ilegalización de Batasuna. El Nuevo Régimen Jurídico de los Partidos Políticos*, Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 105-114.
- ESPÍN CÁNOVAS, D.: “Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa”, *ADC*, 1963, pp. 783-820.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *El sindicato. Naturaleza jurídica y estructura*, Ed. Civitas, Madrid, 1982.
- FERRER I RIBA, J., y SALVADOR CODERCH, P.: “Asociaciones, democracia y *Dritt-wirkung*”, en SALVADOR CODERCH, P. (coord.): *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Cuadernos Civitas, 1997, pp. 55-166.
- GALGANO, F.: “Comentario al artículo 24 del *Codice Civile*”, en SCIALOJA-BRANCA, *Comentario del Codice Civile*, Libro Primo, Nicola Zanichelli Editore, Foro Italiano, Bologna-Roma, 1969, pp. 305-339.
- GALLARDO MOYA, R.:
— “Derecho de asociación y exigencia de democracia interna en los partidos po-

- líticos (Comentario a la STC 56/1995, de 6 de marzo)", *Derecho Privado y Constitución*, número 8, 1996, pp. 237-250.
- *Democracia sindical interna. Un análisis jurídico*, Ed. Trotta, 1996.
- GARCÍA ROCA, F. J., y MURILLO DE LA CUEVA, P. L.: "Democracia interna y control de los partidos políticos. Crónica del encuentro ítaloespañol de octubre de 1983", *Revista de Estudios Políticos*, número 42, 1984, pp. 239-268.
- GARCÍA TORRES, J., y JIMÉNEZ-BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Civitas, 1986.
- GARRIGOU-LAGRANGE, J. M.: *Asociaciones y poderes públicos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., y FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *Derecho de asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ-POSADA, E.: "El carácter democrático de la estructura y funcionamiento de los sindicatos", en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, volumen III, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 2279-2291.
- LANDA ZAPIRAIN, J. P.: *Democracia sindical interna (Régimen jurídico de la organización y funcionamiento de los sindicatos)*, Ed. Civitas, 1996.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F.: *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.
- MARÍN LÓPEZ, J. J.:
- "La intervención judicial en los conflictos endoasociativos: el caso de la expulsión de asociados", PJ número 14, 1989, pp. 151-161.
 - "Comentario a la STS 30-11-1989", CCJC número 21, 1989, ref. 561, pp. 1021-1030.
 - "Comentario a la STS 24-3-1992", CCJC número 28, 1992, ref. 750, pp. 285-302.
 - "Sobre la Ley Vasca de Asociaciones: reparto competencial y principios generales", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, número 16, 1992, pp. 121-153.
 - "Comentario al artículo 20.1.2", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y SALAS HERNÁNDEZ, J.: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, pp. 485-611.
 - "Comentario a la STC 96/1994, de 21 de marzo", CCJC número 35, 1994, ref. 949, pp. 771-787.
 - "El control judicial del poder disciplinario en los grupos privados", en *Asociaciones, fundaciones y cooperativas. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1995, pp. 41-49.
 - "Comentario a la STS 26-10-1995", CCJC número 41, 1996, ref. 1097, pp. 475-496.
 - "Comentario a la STS 11-7-2002", CCJC número 60, 2002, ref. 1636, pp. 1255-1277.
- MOZOS, J. L. de los: *Derecho Civil (Método, sistemas y categorías jurídicas)*, Ed. Civitas, 1988.
- NAVARRO MÉNDEZ, J. I.: "¿Pueden los partidos políticos expulsar «libremente» a sus afiliados?", REP, número 107, 2000, pp. 269-295.
- PÉREZ SOLA, N.: "Precisiones sobre el tratamiento jurisprudencial del derecho de asociación", en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, volumen I, Tecnos, 1997, pp. 862-883.

- QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: *La sociedad civil sin personalidad en el Derecho español: Concepto y Régimen*, Ed. Comares, 2007.
- RESCIGNO, P.: “La giustizia interna nelle associazioni private”, en *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, CEDAM, 1987, pp. 122-136.
- REVERTE NAVARRO, A.: “Comentario al artículo 1.255”, en ALBALADEJO-DÍAZ ALABART: *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, 1-A, EDESA, 1993, pp. 100-295.
- SALAS MURILLO, S. de: *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, CER, 1999.
- SALVADOR CODERCH, P.: “Introducción” a SALVADOR CODERCH, P. (coord.): *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Cuadernos Civitas, 1997, pp. 13-23.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- VENEGAS GRAU, M.: *Derechos fundamentales y Derecho Privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, 2004.
- VÍRGALA FORURIA, E.:
- “Ejercicio de derechos por los afiliados y control judicial de las sanciones impuestas por los partidos políticos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, número 6, 2000, pp. 83-108.
 - “Las asociaciones inconstitucionales”, en *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, tomo III, México-Madrid, 2001, pp. 1991-2019.
 - “Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, números 10-11, 2002-2003, pp. 203-261.
 - “Los límites constitucionales a los partidos políticos en la LO 6/2002”, en MONTILLA MARTOS, J. A.: *La prohibición de los partidos políticos*, Universidad de Almería, 2004, pp. 45-98.

LA COMUNIDAD CONYUGAL EN LIQUIDACIÓN (II) (*)

JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA

Profesor titular de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza.

Secretario de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil

SUMARIO

SEGUNDA PARTE

ORIGEN Y NATURALEZA DE LA COMUNIDAD CONYUGAL EN LIQUIDACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO. DISOLUCIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL Y NACIMIENTO DE LA COMUNIDAD EN LIQUIDACIÓN

- I.** LA NUEVA REGULACIÓN DE LA DISOLUCIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL.
II. CAUSAS DE DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO. **1.** Capítulos matrimoniales. **A)** *Necesidad de estipulación capitular de disolución.* **B)** *Libertad para determinar los efectos de la disolución.* **2.** Disolución del matrimonio. **3.** Nulidad del matrimonio. **4.** Separación judicial.

(*) La publicación de este trabajo, que se hará en cuatro partes, la iniciamos en el número anterior de la Revista, el 65, enero-marzo 2008, pp. 343-503.

III. CAUSAS DE DISOLUCIÓN POR DECISIÓN JUDICIAL. 1. Elaboración y reforma de las letras a) y b) del artículo 63 Lrem. **A)** *Elaboración del texto de 2003.* **B)** *La reforma de 2006.* 2. Incapacitación y ausencia. **A)** *Régimen de la disolución.* **B)** *Alternativas a la disolución.* 3. Condena por abandono de familia. 4. Separación de hecho por más de un año. **A)** *Régimen de la disolución.* **B)** *Momento de eficacia de la disolución. Doctrina jurisprudencial.* 5. Concurrir alguna de las causas a que se refiere el artículo 46 Lrem. **A)** *Consecuencias de la infracción de las reglas de gestión de la economía familiar.* **B)** *Desacuerdos sobre la gestión de la economía familiar.* **C)** *Incumplimiento del deber de información recíproca.* 6. Haber optado por la disolución del consorcio en caso de ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas del otro cónyuge, conforme a lo especialmente dispuesto en el apartado 2 del artículo 43 Lrem. **A)** *Opciones ante la ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas.* **B)** *Procedimiento para pedir la disolución.* **C)** *Consecuencias de la aprobación de la disolución.* 7. Haber optado por la disolución del consorcio en caso de concurso de acreedores del otro cónyuge con inclusión de los bienes comunes en la masa activa, conforme a la legislación concursal. **A)** *Composición de la masa activa y pasiva en el concurso de persona casada en régimen de comunidad de bienes.* **B)** *Casos y momento en que procede la petición de disolución de la comunidad conyugal por parte del cónyuge del concursado.* **C)** *Consecuencias de la falta de ejercicio de la facultad de pedir la liquidación.* **D)** *La liquidación y división del patrimonio común coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso.* **E)** *Coordinación de la normativa concursal, procesal y aragonesa.* 8. Procedimiento para acordar la disolución por decisión judicial.

CAPÍTULO II. MEDIDAS PROVISIONALES, MOMENTO DE EFICACIA DE LA DISOLUCIÓN Y RÉGIMEN SUBSIGUIENTE

I. MEDIDAS PROVISIONALES. 1. Diferencias entre los artículos 1.394 CC y 64 Lrem. 2. La provisionalidad de las medidas. 3. La solicitud de formación de inventario. 4. El señalamiento de reglas para la administración y disposición de los bienes comunes.

II. MOMENTO DE EFICACIA DE LA DISOLUCIÓN. 1. Antecedentes inmediatos del artículo 65 Lrem.: el artículo 1.394 CC. 2. Momento de eficacia de las causas de disolución de pleno derecho. 3. Momento de eficacia de las causas de disolución por decisión judicial. 4. Posibilidad de dar efectos retroactivos a la disolución.

III. LA DISOLUCIÓN CON MANTENIMIENTO DEL MATRIMONIO. 1. El régimen económico matrimonial subsiguiente. 2. Inmutabilidad de la disolución.

CAPÍTULO III. EFICACIA DE LA DISOLUCIÓN FRENTE A TERCEROS

I. EFICACIA DE LA DISOLUCIÓN FRENTE A TERCEROS DE BUENA FE. 1. La publicidad de la disolución del consorcio conyugal. 2. Inoponibilidad de la disolución a los terceros de buena fe.

II. LA INTANGIBILIDAD DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS POR TERCEROS. 1. La irretroactividad de los efectos de la disolución. 2. Reflejo de la irretroactividad de la disolución en la regulación de la comunidad posconsorcial. 3. El no perjuicio de los derechos adquiridos por terceros. 4. La posición mayoritaria de la jurisprudencia. 5. El recurso “subsidiario” a las acciones de nulidad de las capitulaciones y rescisoria de la partición. 6. La ruptura de la apariencia derivada de la división del consorcio conyugal en el nuevo marco procesal creado por la LEC de 2000. 7. El acreedor por deudas privativas no tiene “derecho adquirido” a proceder contra bienes comunes.

CAPÍTULO IV. REQUISITOS, SUJETOS, ESTATUTO NUEVO Y NATURALEZA JURÍDICA

I. REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA DE LA NUEVA COMUNIDAD. 1. Disolución sin partición. **A)** *Simultánea liquidación y división en los capítulos de disolución.* **B)** *Simultánea liquidación y división en los procesos de los que resulta la disolución.* 2. Disolución con persistencia de un patrimonio. 3. Disolución con mantenimiento de las dos participaciones sobre el patrimonio común. **A)** *Concentración de la titularidad de ambas participaciones en una misma persona por Derecho de sucesiones.* **B)** *Concentración por enajenación o renuncia de la participación.* 4. Disolución sin exclusión del régimen de la comunidad conyugal en liquidación.

II. VARIEDAD DE SUPUESTOS Y DENOMINACIÓN.

III. TITULARES DE LA NUEVA COMUNIDAD.

IV. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA NUEVA COMUNIDAD.

V. EL RÉGIMEN SUPLETORIO.

VI. EL CARÁCTER DE LA CONTINUACIÓN EN EL DERECHO HISTÓRICO Y EN EL VIGENTE. 1. La continuación de la comunidad conyugal en el Derecho histórico. 2. La continuación en el Derecho vigente.

VII. NATURALEZA JURÍDICA DE LA NUEVA COMUNIDAD. 1. Dudas en el Derecho histórico. 2. Patrimonio colectivo, separado y dotado de cierta autonomía, pero sin cuotas sobre los bienes que lo integran. 3. El patrimonio posconsorcial: cambio de características de la cuota. 4. El patrimonio posconsorcial en la jurisprudencia.

CAPÍTULO V. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CUOTA EN LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL

I. LA ENAJENACIÓN DE LA CUOTA. 1. Transmisibilidad de la cuota posconsorcial. Efectos. **2.** El derecho de retracto.

II. LA RENUNCIA A LA CUOTA. 1. El negocio unilateral de renuncia a la cuota posconsorcial. **2.** Efectos de la renuncia.

III. EL EMBARGO DE LA CUOTA. LA INCLUSIÓN DE LA CUOTA EN LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO DE ACREEDORES. 1. Embargabilidad de la cuota posconsorcial. Su anotación preventiva. **2.** Objeto de la ejecución son los bienes adjudicados al deudor en la liquidación. **3.** Inclusión de la titularidad sobre la cuota posconsorcial en la masa activa del concurso de acreedores.

IV. LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA CUOTA POSCONSORCIAL.

V. EL EMBARGO DE LOS DERECHOS SOBRE UN BIEN COMÚN CONCRETO. 1. Atenuación de las consecuencias de la falta de cuota sobre bienes concretos. **2.** El embargo de los derechos sobre un bien común concreto.

VI. EL EMBARGO DE UN BIEN COMÚN (O DE SU MITAD INDIVISA) A INSTANCIA DE UNO DE LOS CÓNYUGES. 1. Embargo con apremio vinculado a la liquidación. **2.** Embargo con apremio no vinculado a la liquidación.

SEGUNDA PARTE

ORIGEN Y NATURALEZA DE LA COMUNIDAD CONYUGAL EN LIQUIDACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

DISOLUCIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL Y NACIMIENTO DE LA COMUNIDAD EN LIQUIDACIÓN

I. La nueva regulación de la disolución del consorcio conyugal

La comunidad que continúa tras la disolución del consorcio conyugal es una nueva comunidad para cuyo nacimiento se requieren dos presupuestos:

a) Que la comunidad matrimonial (el consorcio conyugal u otra situación de comunidad matrimonial) se haya disuelto. El hecho de que las normas de la comunidad que continúa formen parte de la regulación del consorcio conyugal, como ya sucedía en el Apéndice (cfr. su art. 55), no obsta para que la comunidad que continúa sea posible también cuando el régimen del matrimonio que se ha disuelto haya sido regulado por capitulación matrimonial, siempre que los cónyuges no hayan establecido para después de su disolución un régimen distinto del previsto en la Ley y siempre que el régimen económico paccionado no fuera el de separación de bienes, pues la existencia de bienes comunes es un requisito esencial para la continuación de la situación de comunidad (1).

b) Que no se haya practicado a la vez la adjudicación de los bienes del patrimonio común (2).

(1) En este sentido, para el Apéndice, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: "La comunidad conyugal continuada en el Apéndice aragonés", ADA, XII, 1963-64, p. 190.

(2) De entrada conviene dejar aclarado, como dice la STS de 7 de noviembre de 1997 para la sociedad de gananciales, que "en modo alguno puede considerarse que la disolución acordada es nula por no ir seguida de la liquidación (inventario, avalúo, abono de deudas, adjudicación, ...), pues ello iría en contra de la voluntad manifestada y obligaría a volver a la sociedad de gananciales, desconociendo lo querido por los interesados y por la Ley, que permite el cambio de régimen económico del matrimonio, y ningún precepto legal establece tal cosa; por

Así lo da a entender el artículo 68 Lrem. al decir que, *disuelta la comunidad matrimonial y hasta tanto no se divida*, sigue existiendo una situación de comunidad ahora sujeta a un nuevo régimen contenido en los artículos 68 a 75 Lrem., que integran la sección 2.^a (*La comunidad que continúa tras la disolución*) del capítulo IV sobre *disolución, liquidación y división del consorcio*. El origen de esta nueva situación de comunidad está en la disolución de la comunidad matrimonial con mantenimiento de la indivisión del patrimonio común.

En la sección 1.^a de dicho capítulo, dedicada a la *disolución del consorcio*, se regulan las causas de disolución, que pueden ser de pleno derecho (art. 62) o por decisión judicial (art. 63), con una norma especialmente referida a la disolución por nulidad del matrimonio (art. 67), pero también se prevén las medidas provisionales (art. 64), el momento de eficacia de la disolución (art. 65) y el régimen subsiguiente (art. 66). Estas normas sirven también para completar en lo necesario lo dispuesto en las capitulaciones matrimoniales que hayan establecido un régimen de comunidad paccionado (cfr. art. 11-2). Por otra parte, hay que tener siempre presente que la modificación del régimen económico del matrimonio (la disolución de la comunidad matrimonial es, obviamente, una modificación) no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, según dice el artículo 12 en sede de disposiciones generales (3).

En la Compilación era el artículo 52 [redacción de 1985 (4)] el que,

el contrario, la remisión contenida en el artículo 1.410 del CC permite mantener que nos encontramos durante el período transitorio ante una comunidad de naturaleza especial equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición, de la que serán titulares ambos cónyuges”.

(3) En el Código Civil no hay una sección que agrupe las normas específicamente dedicadas a la disolución de la sociedad de gananciales, sino que aparecen mezcladas con las de la liquidación en una sección única. No obstante, en la actualidad cabe apreciar un gran paralelismo entre las normas aragonesas y las correlativas del Código Civil de los artículos 1.317, 1.392, 1.393, 1.394, 1.395, 1.435 y 1.443, como iremos viendo a lo largo del trabajo.

(4) Artículo 52 Comp. (redacción de 1985): Causas. *Sin perjuicio de las causas previstas en esta Compilación, la comunidad legal se disolverá:*

1.º *Por voluntad de ambos cónyuges expresada en instrumento público.*

2.º *En los supuestos de los artículos 1.392 y 1.393 del Código Civil, salvo que, disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, proceda la continuación del consorcio con arreglo al título V del libro primero de esta Compilación.*

El precepto tiene su origen inmediato en la Ley autonómica de 21 de mayo de 1985 de reforma de la Compilación. La propuesta de reforma había sido elaborada, en fase técnica, por la primera Comisión de Juristas de Aragón. La única diferencia entre el texto propuesto por la Comisión y el aprobado por las Cortes radica en la sustitución de la expresión *capítulos matrimoniales* por la de *instrumento público*, en el número 1.º del artículo, producida por la enmienda número 56, que, en nombre del Grupo Mixto (CDS) de las Cortes de Aragón, presentó Merino Hernández, única enmienda planteada a este precepto.

La necesidad o conveniencia de la reforma del artículo 52 Comp. se debía al hecho de que en la redacción dada al precepto en 1967 contenía una referencia expresa al artículo 1.417 del

pese a su defectuosa técnica, permitía reconstruir el elenco de causas de disolución de la comunidad legal, sumando las previstas en ella [que no estaban indicadas con claridad, pero sólo podían ser las del art. 49-2 (5)] y las reclamadas y contenidas en los artículos 1.392 y 1.393 del Código Civil en la redacción dada por la reforma de 1981 (6). En términos parecidos a los de 1967 (7), seguía advirtiendo de la posible continuación del consorcio tras la muerte de uno de los cónyuges cuando se dieran los presupuestos de la “comunidad conyugal continuada”. Algunas de las causas contenidas en los artículos 1.392 y 1.393 CC reiteraban, en todo o en parte, algunas causas ya comprendidas en las fórmulas de los artículos 49-2 y 52-1 Comp. (8).

La Lrem., además de prescindir de la comunidad conyugal continua-

CC (que a su vez se remitía al 1.433), precepto luego modificado por la Ley estatal de 13 de mayo de 1981, que sustituyó su contenido normativo por los nuevos artículos 1.392 y 1.393 CC. Se produjo así un desajuste normativo que la reforma de 1985 vino a evitar, haciendo ahora la remisión a los nuevos artículos 1.392 y 1.393 CC.

Por lo demás, la reforma mantuvo (ahora de forma reiterativa en relación al art. 1.392-4.º CC) la referencia a la disolución por voluntad de ambos cónyuges, y añadió al principio del artículo un *Sin perjuicio de las causas previstas en esta Compilación*, remisión que había que entender referida al artículo 49-2 Comp.

(5) Artículo 49 Comp. (redacción de 1985). Desacuerdo en la gestión. [...] 2. *En los supuestos de graves y reiterados desacuerdos sobre la administración o disposición de los bienes comunes, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar del Juez la disolución y división de la comunidad, rigiendo en su caso, y para lo sucesivo, la separación de bienes.*

(6) La reforma de 1981 flexibilizó acertadamente el régimen de las causas de disolución del régimen económico de gananciales (como dicen Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, IV, Tecnos, Madrid, 10 ed., 2006, p. 191) e introdujo importantes modificaciones en materia de disolución en relación con el Derecho derogado, pues, anteriormente, sólo tenía lugar la conclusión de la sociedad de gananciales, conforme al anterior artículo 1.417, *al disolverse el matrimonio o al ser declarado nulo, o en los casos enumerados en el artículo 1.433*, que establecía: *El marido y la mujer podrán solicitar la separación de bienes y deberá decretarse: 1.º Cuando se haya dictado sentencia de separación personal. 2.º Cuando el cónyuge del demandante hubiese sido declarado ausente o hubiese sido condenado a una pena que lleve consigo la interdicción civil. Para que se decrete la separación de bienes bastará presentar la resolución judicial firme recaída respecto de cada uno de los casos expresados.*

(7) Artículo 52 (redacción de 1967): *La comunidad legal se disolverá:*

1.º *En los supuestos previstos en el artículo 1.417 del Código Civil, salvo cuando proceda su continuación con arreglo al título V del libro I de esta Compilación.*

2.º *Por voluntad de ambos cónyuges expresada en capítulos matrimoniales.*

El Apéndice de 1925 no contenía un precepto similar al artículo 52 Comp. Para la comunidad conyugal legal no establecía específicamente un elenco de causas de disolución, pareciendo aceptar implícitamente, en este punto, la correspondiente normativa del Código (cfr. MERINO HERNÁNDEZ: *Comentarios*, 1990, p. 51). Por el contrario, sí contenía una norma específica en esta materia para la sociedad conyugal paccionada, la cual, decía el artículo 62, *se disolverá por muerte de uno de los consortes, siempre que el sobreviviente haya de disfrutar viudedad universal de los bienes de aquél.*

(8) *Vid.* los *Comentarios* al artículo 52 Comp. de MERINO HERNÁNDEZ (1990, pp. 51-60) y RAMS ALBESA (Gobierno de Aragón, t. II, 1993, pp. 280-286).

da (9), ha pretendido enumerar exhaustivamente las causas de disolución, evitando tanto las remisiones internas inciertas como las externas y expresas que contenía el artículo 52 de la Compilación, y ha dotado al conjunto de la regulación de claridad en la enumeración y contenido de las causas de disolución, así como de una sistemática similar a la del Código Civil tras la reforma de 1981 (10).

La Ley distingue, en artículos separados, entre causas de disolución de pleno derecho y causas de disolución por decisión judicial (11). El con-

(9) Recordemos que la Comisión Aragonesa de Derecho Civil acordó por unanimidad la supresión de la comunidad conyugal continuada y que en las Cortes de Aragón sólo el GP Chunta Aragonesista defendió el mantenimiento de la regulación de esta institución (enmiendas 77 y 116).

(10) También la actual regulación del Código Civil ha prestado especial atención a la disolución de la sociedad legal de gananciales, y –como dice RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: “Comentario a los artículos 1.315 a 1.324 y 1.344 a 1.444 CC”, en *Jurisprudencia civil comentada*, dir. M. PASCUAL LIAÑO, t. II, Granada, 2000, p. 2511– “es lógico que así sea una vez colocados en situación de igualdad ambos cónyuges, admitiendo algunas causas nuevas y sistematizándolas convenientemente”. MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a Teresa (*La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*. McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 86) destaca el incremento numérico de causas de disolución y la mejora en la sistemática.

Con la reforma de 1981, como dice DE LOS MOZOS (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. ALBALADEJO, t. XVIII, vol. 2.º, 2.ª ed., Madrid, 1999, pp. 549-550), los supuestos de disolución se han visto ampliados al admitirse entre los casos de disolución del matrimonio el divorcio y la declaración de fallecimiento. Además, la reforma por Ley de 2 de mayo de 1975 permitió poner fin a la sociedad de gananciales en virtud de la modificación de las capitulaciones matrimoniales posnupciales introducidas por aquélla, aunque se plantearon dudas en la doctrina y la práctica sobre el alcance disolutorio de estas capitulaciones respecto de la sociedad legal, lo que ahora queda perfectamente claro tanto del artículo 1.325 como al haberse recogido expresamente por el número 4 del artículo 1.392. Pero, por otra parte, algunas de estas causas, como la separación de los cónyuges, ha cambiado de consideración al integrarse (art. 1.392-3) entre las que producen la cesación de pleno derecho de la sociedad de gananciales; habiéndose ampliado, por lo demás, notablemente, a supuestos totalmente nuevos las causas de terminación de aquélla por resolución judicial y a instancia de uno de los cónyuges, lo que se considera perfectamente justificado, con palabras de Díez-Picazo y Gullón (*Sistema de Derecho Civil*, IV, Tecnos, Madrid, 4.ª ed., 1988, p. 266), “en cuanto que el comportamiento del otro puede constituir grave incumplimiento de obligaciones y que una distribución igualitaria de los lucros nupciales sólo tiene sentido cuando la ganancia es obra de una colaboración entre los cónyuges”, es el caso de los números 2 a 4 del artículo 1.393.

(11) La doctrina clasifica las causas de disolución atendiendo a diversos criterios. Así, MARTÍN OSANTE, Luis Carlos (*El régimen económico matrimonial en el Derecho Vizcaíno. La comunicación foral de bienes*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 592, nota 3), combinando los efectos que produce la causa de disolución, el grado de intervención judicial y el grado de intervención de la voluntad de los cónyuges, clasifica las causas de disolución en cuatro grupos: 1. Disolución por muerte (o declaración de fallecimiento). 2. Disolución por sentencia de separación, nulidad o divorcio, que declare indirectamente la disolución. 3. Disolución por sentencia judicial que declare directamente la disolución a instancia de un cónyuge o en caso de ejecución de bienes por deudas. 4. Disolución por acuerdo de los cónyuges en capitulaciones matrimoniales.

Como este autor indica, en la doctrina hay otras clasificaciones que nos pueden interesar y que se pueden tener en cuenta en el análisis del fenómeno. Se distingue así entre disolución

sorcio conyugal concluirá de pleno derecho, es decir, automáticamente o sin necesidad de resolución judicial *ad hoc*, por alguna de las causas que enumera el artículo 62 Lrem.; y concluirá por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges o de otra persona legitimada para ello, si concurre alguna de las causas del artículo 63 Lrem. (12). La enumeración de causas de disolución es taxativa, sin que quepa la disolución por causas no previstas legalmente (13).

que opera por vía de consecuencia (divorcio, nulidad, etc.), frente a la que opera por vía principal (declaración judicial, convenio matrimonial, etc.). También se pueden distinguir las causas según determinen la ruptura del vínculo matrimonial (muerte, divorcio) o no (separación judicial, convenio matrimonial, etc.). Esta clasificación es similar a la que distingue entre causas que eliminan todo régimen económico conyugal y las que simplemente determinan otro régimen. Es posible distinguir los casos en que se exige intervención judicial (nulidad, separación, divorcio y causas de disolución por decisión judicial) frente a los que no es necesaria (muerte, acuerdo de los cónyuges).

SERRANO ALONSO, Eduardo (*La liquidación de la sociedad de gananciales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, pp. 18-23), distingue entre las causas de disolución automáticas sin necesidad de previa resolución judicial (capítulos y muerte) y las causas de disolución que requieren una previa resolución judicial, que subdivide, distinguiendo los supuestos en los que la disolución es efecto indirecto o complementario del objeto principal resuelto por la resolución judicial (nulidad, separación o divorcio, así como la declaración de fallecimiento), y aquellos en los que la resolución judicial se dicta frente a una pretensión cuyo objeto es precisamente la disolución del régimen (supuestos previstos en el art. 1.393).

Por su parte, RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel (*La comunidad postganancial*, J. M.^a Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 13, nota 9), dice que “puede diferenciarse entre causas de carácter: 1.º Legal: se genera *ope legis*, sin necesidad de pronunciamiento judicial *ad hoc*. 2.º Judicial: se produce a petición de una de las partes en los supuestos y por las causas previstas en el artículo 1.393 CC. 3.º Convencional: mediante el otorgamiento... de capitulaciones matrimoniales donde se establezca un régimen económico familiar diferente al de la comunidad conyugal”.

(12) Clasificación similar a la contenida en los artículos 1.392 y 1.393 CC. *Vid.* STS de 14 de febrero de 2000.

DE LOS MOZOS (1999, p. 551), en relación a los artículos 1.392 y 1.393 CC, dice que “en cada uno de estos preceptos anida un fundamento distinto, ya que, como es evidente, en el primero cesa la sociedad de gananciales porque cesa la vida en común o porque los cónyuges quieren organizar su convivencia de otro modo [...], a diferencia de lo que sucede en los diversos supuestos agrupados en el artículo 1.393, donde la sociedad de gananciales puede todavía mantenerse o continuar cuando el que se halla legitimado para pedir su cesación no lo hace, prefiriendo, en algunos casos, obtener su administración y gestión, como sucede en los contemplados por los artículos 1.387 y 1.388 CC”.

(13) *Vid.* para el CC, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (“Las consecuencias de la mutabilidad del régimen económico matrimonial según el Código Civil”, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. IV, Madrid, 1988, p. 84), y MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a Teresa (1995, p. 87).

Claro que al amparo de la libertad de disolución por pacto conforme a la letra a) del artículo 62 Lrem. podría, como bien dice José Luis MOREU BALLONGA para la Compilación (“Comentario a los artículos 23 y 25 a 28”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, I, dirigidos por J. L. LACRUZ, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1988, p. 678), añadirse por pacto a la lista de causas de disolución de la comunidad legal alguna otra causa que funcionase automáticamente.

En cambio, SERRANO ALONSO (1997, p. 18) entiende que “no sería posible pactar en capitulaciones matrimoniales alguna causa de disolución distinta de las preestablecidas por el legislador”.

El nacimiento de la comunidad que continúa tras la disolución se puede producir en todo caso de disolución de la anterior comunidad matrimonial, cualquiera que sea la causa de disolución, y sólo tiene como requisito añadido que persista la indivisión del patrimonio común. No se limita, como en el Derecho de los Fueros y Observancias y en el Apéndice, a la disolución por muerte, ni se necesita, como en la Compilación, que los principales ingresos de la sociedad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles. No obstante, el tipo de causa de disolución de la comunidad matrimonial sí es relevante para la determinación del momento de eficacia de la disolución del consorcio conyugal y, por consiguiente, del nacimiento de la nueva comunidad, así como para la concreción de los aspectos de su régimen jurídico relacionados con la administración y disposición de los bienes comunes.

II. Causas de disolución de pleno derecho

Es el artículo 62 Lrem. (o 1.392 CC) el que contiene la enumeración de aquellas causas que producen la disolución del consorcio conyugal de “pleno derecho”, es decir, de manera automática o *ipso iure*: producido alguno de los supuestos de hecho que se enumeran como causa de disolución del consorcio, la disolución se produce automáticamente, sin necesidad de ningún requisito añadido y, en especial, sin necesidad de una decisión judicial que aprecie la existencia de causa de disolución (14). Como dice el artículo 65-1 Lrem., la disolución del consorcio conyugal, si es de pleno derecho, *se produce desde que concurre su causa* (15).

La automaticidad de la consecuencia jurídica es tal que –como dice MONTERO AROCA– ni siquiera es necesario que se haga mención de la misma en la sentencia que declara la nulidad o la separación o que disuelve el matrimonio por divorcio. Por ello es absurdo que la parte pida en el recurso de apelación que la sentencia de separación declare también la disolución de la sociedad de gananciales (16).

(14) Vid. SSTs de 23-12-1992, 25 de noviembre y 26 de septiembre 1996.

(15) La STS de 8 de octubre de 1990 identifica conclusión de pleno derecho con efectos automáticos de la disolución, en la idea de que cuando las causas de la disolución sean las del artículo 1.392 “inmediatamente, o a seguido y sin solución de continuidad se producirán los efectos disolutivos y, por ende, se podrá pasar a la segunda fase o liquidatoria de la misma”. En el mismo sentido las SSTs de 4 de mayo de 1965, 28 de septiembre de 1993 y 4 de abril de 1997, 17 de septiembre de 1997, 15 de julio de 1998, 31 de diciembre de 1998 y 14 de febrero de 2000.

Tratándose de capitulaciones matrimoniales, la mera sustitución del régimen de comunidad por otro implica su disolución sin que los cónyuges tengan que hacer declaración alguna en dicho sentido (STS de 21 de julio de 1987).

(16) MONTERO AROCA, Juan: *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales: La aplicación práctica del artículo 95 CC y de los artículos 806 a 810 LEC*, Tirant lo Blanch, 2.ª ed.,

El contenido del artículo 62 Lrem. es prácticamente coincidente con el del artículo 1.392 CC (17), si bien el precepto aragonés, como reflejo del principio de libertad civil y en coherencia con la histórica libertad de capitular también constante matrimonio, coloca en primer lugar el supuesto de disolución por voluntad de ambos cónyuges, mientras que el Código Civil, en el que la posibilidad de capitular durante el matrimonio sólo existe desde 1975, coloca esta causa de disolución al final.

1. Capítulos matrimoniales.

A) *Necesidad de estipulación capitular de disolución.*

La letra a) del artículo 62, en concordancia con la previsión del artículo 15-1 Lrem., dispone que el consorcio conyugal concluirá de pleno derecho *por voluntad de ambos cónyuges expresada en capítulos matrimoniales*. Por su parte, el número 4.º del artículo 1.392 CC establece que la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho *cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código* (18), y esa forma no es otra que la escritura pública ante notario (art. 1.315 CC). Por tanto, el requisito de forma solemne no es disponible para las partes (STS de 3 de febrero de 2006) (19).

Valencia, 2003, p. 23. Añade que, si los cónyuges discrepan sobre cuál sea su régimen económico matrimonial, el proceso matrimonial no es el cauce adecuado para determinar el régimen económico del matrimonio, debiendo la sentencia limitarse a decir que queda disuelto el régimen, sin entrar a especificar si el mismo es o no el de gananciales (pp. 24 y 25).

(17) Una exposición de las causas de disolución de la sociedad de gananciales en la situación anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981, que se inicia con los antecedentes contenidos en el Proyecto de 1851 y la Ley de Matrimonio Civil de 1870, puede verse en CABEDO SERNA, Llanos: “Comentario a los artículos 1.392-1.395 CC”, en *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, coords.: RAMS ALBESA y MORENO MARTÍNEZ, Dykinson, 2005, pp. 526-530.

(18) El precepto del CC ha supuesto, en palabras de MARTÍN MELÉNDEZ (1995, pp. 101-102), dos avances: 1) El abandono de la idea, no muy descaminada por cierto, de la presunción de fraude que imponía el principio de inmutabilidad del régimen; 2) La consagración plena del acuerdo de los cónyuges expresado en capitulaciones matrimoniales, como causa de disolución de la sociedad de gananciales, pues al ser incluida expresamente en el artículo desaparecen todas las dudas que se suscitaron a partir de 1975 sobre si la adopción por este medio, de un nuevo régimen económico matrimonial, producía o no la extinción del anteriormente existente.

(19) Dice esta STS que, “ciertamente, a partir de la Ley 4/1975, de 2 de mayo, fue posible pactar la disolución del régimen de gananciales durante el matrimonio, al permitir esta ley las capitulaciones después de celebrado. Por tanto, cualquier cambio de régimen debía y debe documentarse en la mencionada escritura de capítulos, ya que el artículo 1.392-4.º del Código Civil establece que el régimen también concluirá «cuando los cónyuges convengan un régimen distinto», pero siempre «en la forma prevenida en este Código» (art. 1.315 CC).”

“Este Tribunal ha admitido que los cónyuges pacten lo que consideren más conveniente para sus intereses, incluso para los casos de separación y divorcio, complementando los pactos

El texto aragonés es el mismo del número 2.º del artículo 52 de la Compilación en la redacción de 1967. En la reforma de 1985 esta causa de disolución pasó al número 1.º y en su redacción se cambió “capítulos matrimoniales” por “instrumento público”. Dice MERINO HERNÁNDEZ, promotor de esta modificación (20), que “con ello no pretendía sino imprimir a la Compilación una mayor precisión técnica: los capítulos matrimoniales no son una *forma*, sino un *negocio* entre cónyuges (con la intervención, a veces, de otras personas) que, teóricamente, pueden admitir cualquier forma y que si, normalmente, son instrumentados mediante la escritura pública, es en razón de la imperatividad legal a este respecto. Así, pues, los pactos capitulares son el *contenido*, mientras que el documento, público o privado, en el que se estructuran es el continente. La reforma, así, no tiene otro alcance ni debe verse en ella ninguna otra intencionalidad” (21).

del convenio. Así se ha admitido la validez del documento privado, siempre que reúna las condiciones del contrato y no sea contrario a las normas imperativas, en las sentencias de 22 de abril de 1997, 21 de diciembre de 1998 y 15 de febrero de 2002, entre otras. Ahora bien, estas sentencias no se refieren en absoluto a la disolución y liquidación del régimen de bienes, sino a pactos que constan en documentos privados complementarios del convenio regulador. Así, la de 22 de abril de 1997 se refería a un matrimonio con régimen de separación de bienes, por tanto distinto del caso que nos ocupa; la de 21 de diciembre de 1998, a la validez de un documento privado en el que se pactaba un complemento de la cantidad atribuida a la esposa en la liquidación del régimen de bienes efectuada en el convenio de separación, homologado judicialmente. Y, finalmente, la sentencia de 5 de febrero de 2002 admitió la validez de un pacto privado en el que se establecieron determinadas cantidades en pago de cargas y alimentos. La sentencia de 4 de diciembre de 1985 citada en el proceso considera que un pacto en documento privado sobre liquidación de gananciales tiene naturaleza transaccional y sólo la sentencia de 22 de noviembre de 1990 admite que la liquidación de la sociedad puede hacerse en documento privado; pero en este caso la disolución del régimen había ya tenido lugar por sentencia dictada en procedimiento de divorcio. Por lo tanto, no hay precedentes en nuestra jurisprudencia que avalen la decisión de la sentencia apelada, que admitió la validez de la disolución voluntaria del régimen de gananciales por existir separación de hecho.”

“La autonomía privada de los cónyuges les permite pactar lo que crean más conveniente para sus intereses y para ello pueden utilizar los documentos privados, siempre que las leyes no exijan para la validez del acto que están realizando el otorgamiento de escritura pública [...]. Por lo que exigiéndose para la disolución del régimen de gananciales una de las causas establecidas en el artículo 1.392 del Código Civil, cuando la disolución tenga lugar por voluntad de los cónyuges debe realizarse la forma prescrita, para convenir un régimen distinto. Estos límites no podrán ser traspasados por los cónyuges cuando, en virtud de su autonomía, resuelvan en documento privado lo más conveniente para sus intereses.”

[...] “Por ello debemos aceptar el recurso de casación porque la disolución del régimen no pudo haberse efectuado en el documento privado y, aunque es cierto que la concreta liquidación puede realizarse en este tipo de documentos, no es posible realizarla cuando la disolución del régimen no ha tenido lugar.”

(20) La modificación procede de la enmienda número 56 al Proyecto de Ley, que el propio MERINO HERNÁNDEZ presentó y defendió con éxito en nombre del GP Mixto (CDS) de las Cortes de Aragón.

(21) *Comentarios*, 1990, p. 54, nota 2.

La modificación no era necesaria y, de hecho, no había sido propuesta por la Comisión de Juristas de Aragón. El pacto o convenio por el que los cónyuges acuerdan la disolución del consorcio conyugal es una estipulación capitular y como tal ha de constar en escritura pública. Decir que la voluntad de disolver puede estar expresada en instrumento público es dar a entender que no es imprescindible que conste en escritura pública, pudiendo servir a tal efecto otros documentos públicos, razonamiento que es radicalmente falso (22). Dicho pacto sólo surte sus efectos propios cuando consta en escritura pública, que al tener este contenido podrá ser calificada como capitulación matrimonial (23). Luego “instrumento público” equivale a “escritura pública”, que es la forma necesaria de las capitulaciones matrimoniales. Por ello, el pacto de disolución del consorcio conyugal contenido en un convenio regulador no formalizado en escritura pública, pero homologado judicialmente (documento público), no produce la disolución, sino que ésta se produce, en su caso, por efecto de la sentencia firme de nulidad, separación o divorcio (24).

(22) No obstante, la doctrina entendió correctamente que “dicho instrumento público necesariamente constituirá unos capítulos” (MOREU BALLONGA, 1988, p. 713). Para este autor el artículo 52-1 Comp. debería suprimirse en una futura reforma de nuestra Compilación por ser una reiteración del artículo 26 Comp. completamente innecesaria, reiteración innecesaria también por cuanto el mismo artículo 52 salva las otras causas de disolución previstas en la Compilación. En el mismo sentido se pronunciaba MERINO HERNÁNDEZ (1990, p. 57).

No lo ha entendido así la CADCA. La reiteración existe también en el CC tras la reforma de 1981 (cfr. arts. 1.315 y 1.327) y nadie propone suprimir el artículo 1.392-4.º por ello.

(23) Como dice BAYOD LÓPEZ, Carmen (en VVAA: *Manual de Derecho civil aragonés*—dir. J. DELGADO ECHEVERRÍA—, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, p. 223) “se denomina con el nombre de capítulos matrimoniales a la escritura pública notarial (*instrumentum*) en la que se establecen, modifican o sustituyen las normas que van a regular la economía del matrimonio (estipulación capitular) y cualesquiera otros pactos relativos a los bienes o la sucesión de los futuros o actuales cónyuges”.

La RDGRN de 22 de noviembre de 2005, en un caso en que los cónyuges de distinta vecindad civil pretenden inscribir en el Registro civil una escritura de manifestación por la que declaran que su régimen económico matrimonial es de separación de bienes, desestima el recurso de los cónyuges y afirma que el acta no puede ser anotada en el Registro, al no ser dicho documento una capitulación matrimonial y, por tanto, el régimen económico de los cónyuges será el legal que se derive de los puntos de conexión previstos en el Código Civil.

(24) El A. Presidente TSJA de 22 de diciembre de 1993 (RDCA, 1996-1.º, pp. 391 y ss.), “al igual que algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre cuestiones similares, lo que hacen es permitir que algunos actos, que en principio requieren escritura pública, se puedan llevar a cabo también en convenio regulador (pacto del art. 29 de la Compilación, modificaciones hipotecarias, incluso donaciones a favor de los hijos comunes); se trata de una solución posibilista, que estima acertada, que parte del presupuesto de que el convenio regulador puede tener un contenido complejo, necesario a veces para que los cónyuges puedan llegar a un acuerdo, que podría entorpecerse si se rompe la unidad documental y se exige que algunos de los acuerdos adoptados se formalicen en escritura pública. Pero, como se ha dicho, el acuerdo de los cónyuges poniendo fin a la comunidad conyugal será sólo

La Lrem., para evitar posibles dudas en la interpretación del término “instrumento público”, ha vuelto a la redacción original de la Compilación. Al exigirse “capítulos matrimoniales” queda claro que la forma requerida para tal pacto es la escritura pública, pero también que el pacto de disolución del consorcio es un contenido propio de una estipulación capitular (25).

En todo caso, para que se produzca la disolución es preciso que la voluntad expresada en los capítulos matrimoniales sea de extinguir o concluir el consorcio conyugal, de manera que los pactos de ampliación o restricción de la comunidad del artículo 33 Lrem., o los pactos sobre la gestión de los bienes comunes del artículo 47 Lrem., aunque se contengan en capitulaciones matrimoniales, no extinguen el consorcio conyugal, sino que adaptan su contenido patrimonial o las reglas de su gestión a la voluntad de los cónyuges, que siguen estando en régimen de consorcio conyugal. La disolución sólo se produce si se pacta un régimen distinto, de otra naturaleza (26).

el que conste en escritura pública” (intervención de Adolfo Calatayud Sierra, Acta de la sesión de la CADC de 12 de enero de 2000).

En efecto, la mejor doctrina afirma que la disolución del régimen económico del matrimonio en caso de nulidad, separación o divorcio es un efecto de la sentencia y no del convenio regulador aprobado por ella (LACRUZ: *El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pp. 272-273; “La disolución y liquidación del régimen económico del matrimonio en el convenio regulador”, *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, 1984, p. 283; ROCA TRÍAS, Encarna: “Comentario al artículo 95 CC”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 569).

(25) La doctrina mayoritaria del CC se muestra contraria a la posibilidad de que los cónyuges establezcan la disolución de la sociedad de gananciales por medio de un acuerdo privado que no revista las formalidades de las capitulaciones matrimoniales (elevación a escritura pública, art. 1.327 CC), considerando que dichos pactos no son válidos ni eficaces a los efectos de la disolución del régimen conyugal (por todos, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, IV, Tecnos, 9.ª ed., 2004, p. 109).

Tampoco el TS admite que la modificación del régimen económico del matrimonio pueda hacerse en documento privado, sino que, por el contrario, debe hacerse en capitulaciones matrimoniales (SS de 1 de febrero, 7 de noviembre de 1990, 3 de febrero de 2006). En cambio, de estas mismas SS resulta que la liquidación de la sociedad de gananciales, incluso la hecha a la espera de que se decrete la disolución, puede hacerse en documento privado y en convenio regulador, y no está sujeta a condiciones específicas de oponibilidad (no se inscribe en el Registro civil). Dice la STS de 22 de noviembre de 1990 que “la liquidación de la sociedad de gananciales es válida practicada privadamente entre los esposos vinculándose entre sí, como se establece en doctrina sentada por SS de 29 de abril de 1960, 31 de octubre de 1963 y 4 de diciembre de 1985 en que se aplica con prevalencia sobre el artículo 1.280-4.º el artículo 1.279, ambos del CC”. En el mismo sentido, SSTS de 4 de febrero de 1995 y 3 de febrero de 2006.

(26) *Vid.* con mayor extensión y referencias MARTÍN OSANTE, 1996, pp. 610-611.

B) Libertad para determinar los efectos de la disolución.

En la actualidad, aunque la letra del artículo 62-a Lrem. difiere bastante de la del artículo 1.392-4.º CC, su contenido es muy similar si se tienen en cuenta las normas complementarias de cada uno de ellos. Así el artículo 62-a Lrem. ha de completarse con el artículo 66-1 Lrem., que dispone que *cuando el consorcio se disuelva constante matrimonio, existirá entre los cónyuges separación de bienes, salvo que pacten otro régimen*. Y lo dispuesto en el artículo 1.392-4.º CC hay que concordarlo con el 1.435-2.º CC, según el cual existirá separación de bienes *cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse los bienes*.

Cabe, por tanto, en ambos regímenes, convenir la disolución de la comunidad matrimonial sin tener que esperar para ello a que se cumpla plazo alguno de duración mínima (27), sin ningún requisito adicional (28) y sin necesidad de establecer simultáneamente el régimen aplicable en el futuro: en tal caso, por disposición legal habrá régimen de separación de bienes (29); pero si se quiere que tras la disolución de la anterior comunidad matrimonial se inicie una nueva comunidad legal (30), o un régimen que no sea el de separación de bienes, basta con así pactarlo en capitulaciones matrimoniales para conseguirlo (31).

(27) MARTÍN OSANTE, 1996, p. 612. A diferencia de, por ejemplo, Francia (art. 1.397-1.º *Code*), que establece un plazo de dos años.

(28) No se establece ningún tipo de control respecto del acuerdo de disolución capitular, ni se exige la homologación judicial del mismo, a diferencia de lo que sucede en Francia (arts. 1.396-3.º y 1.397 *Code*): *Vid.* MARTÍN OSANTE, 1996, p. 612, y las referencias allí contenidas.

(29) En la Compilación, al no existir un artículo que estableciera el régimen subsiguiente a la disolución del consorcio conyugal constante matrimonio, resultaba defendible la aplicación de la disposición general contenida en el artículo 23-2, que, para completar lo dispuesto en capitulaciones, remitía al régimen legal. De manera que, pactada la disolución del consorcio conyugal sin convenir un régimen económico distinto, quedaba establecida entre los cónyuges una nueva comunidad legal. Así parecía entenderlo RAMS ALBESA, 1993, pp. 284-285. Esta interpretación es más dudosa en el Derecho vigente, por la existencia del artículo 66-1 Lrem. (también el 21 b); ahora, como se dice en el texto, para que tras la disolución del consorcio haya otra comunidad matrimonial es preciso pactarlo.

MOREU BALLONGA (1988, p. 713) aplicaba supletoriamente el artículo 1.435-3.º CC.

Para el CC, por todos, MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 101; SERRANO ALONSO, 1997, p. 19.

(30) Posibilidad admitida también para el CC por LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, M.ª del Carmen (*La liquidación de la sociedad de gananciales. Doctrina y jurisprudencia*, 2.ª ed., adaptada a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 33) y DE LOS MOZOS (1999, p. 564), quien precisa que debe tratarse de una verdadera disolución seguida de la liquidación correspondiente y no de un mero caso de fijación de los patrimonios.

(31) Cabe recordar que, tras la reforma del CC de 1975, se discutió si la disolución y liquidación de la comunidad de gananciales era o no un efecto necesario del pacto de un diverso

Sin embargo, la fórmula aragonesa, puesta en relación con el artículo 15-3 Lrem., suministra otras muchas posibilidades. Y es que, según este precepto, *en cualquier caso, los otorgantes pueden someter la eficacia de las estipulaciones a condición o término, incluso darles efecto retroactivo, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros*. Por tanto, la voluntad de los cónyuges de disolver el consorcio conyugal ha podido expresarse con anterioridad, incluso antes del matrimonio o antes del inicio del consorcio, pero con sometimiento de la eficacia del pacto de disolución a condición o término, de manera que, si no pactan otra cosa luego, la disolución se producirá cuando la condición se cumpla o cuando el plazo venza (32). También cabe que los cónyuges manifiesten ahora su voluntad de concluir el consorcio, pero no sólo para el futuro, sino incluso con efectos retroactivos, de manera que pueden establecer que entre ellos no ha habido nunca consorcio conyugal, sino separación de bienes o cualquier otro régimen que ahora convengan con efectos retroactivos. La eficacia retroactiva de la disolución del consorcio no perjudica los derechos adquiridos por terceros (art. 12 Lrem.), para los que el consorcio sí ha existido hasta el momento de la disolución (33).

régimen económico matrimonial por constituir éste o no causa de disolución de la comunidad. Vid. por todos MOREU BALLONGA, 1988, p. 712, y las referencias allí contenidas.

(32) Recordemos que la enmienda número 82, del GP Chunta Aragonesista, proponía añadir en el artículo siguiente, el dedicado a las causas de disolución por decisión judicial, una letra inicial con la siguiente redacción: “a) Por las causas especialmente pactadas en capitulaciones matrimoniales.” Y la motivación explicaba que “es conveniente prever la posibilidad de que los cónyuges puedan pactar en capítulos causas específicas de disolución del consorcio, si bien, por seguridad jurídica, la disolución no debe ser de pleno derecho, sino en virtud de resolución judicial”.

La enmienda fue rechazada con razón. En mi opinión era una enmienda mal planteada que, en lugar de ampliar las posibilidades del principio *standum est chartae* en esta materia, venía a limitarlas al impedir que las causas de disolución pactadas en capitulaciones matrimoniales surtieran efectos por sí mismas, exigiendo para ello resolución judicial, a fin de que se acredite en el correspondiente procedimiento la efectiva concurrencia de la causa de disolución previamente pactada por los cónyuges en capítulos. Las causas de disolución establecidas en capitulaciones matrimoniales (la condición o el término de que se habla en el texto) están comprendidas en la letra a) del artículo 62 y son causas de disolución de pleno derecho, lo mismo que en la Ley 87 de la Compilación de Navarra.

Ya opinaba MOREU BALLONGA para la Compilación (1988, p. 678) que podría añadirse por pacto a la lista de causas de disolución de la comunidad legal alguna otra causa que funcionase automáticamente, como las del artículo 1.392 CC.

(33) Vid. BAYOD LÓPEZ, 2006, p. 229; así como su trabajo publicado en la RDCA 2005-2006 (pp. 235-256) titulado “Modificación de capítulos matrimoniales: Efectos retroactivos. Comentario a la STSJA de 23 de junio de 2004”.

LACRUZ defendió en 1961 la “posibilidad de pactar en Aragón la separación de bienes con efectos retroactivos al momento de la celebración del matrimonio” (RCDI, 1961, pp. 1037-1048); en cambio, MOREU BALLONGA en 1988 (p. 719) considera que el inciso 2.º del artículo 26 Comp., en cuanto permite dar efectos retroactivos a los capítulos matrimoniales, “contiene un precepto no sólo inútil sino perjudicial, y que merecería suprimirse”. No comparte esta crítica MERINO HER-

Cabe también que, para el caso de disolución por muerte, ambos cónyuges establezcan la prohibición de dividir el patrimonio común, prohibición que pueden pactar en capítulos matrimoniales o disponer de mancomún en testamento, y que tendrá la eficacia prevista en el artículo 76-2 Lrem. por remisión al artículo 50 Lsuc. (34). Lo que no pueden es pactar en capitulaciones matrimoniales que a la muerte de uno de ellos no se producirá la disolución de la comunidad matrimonial. La muerte de uno de los cónyuges produce automáticamente la disolución del consorcio conyugal, si bien la prohibición de dividir o el pacto de indivisión hará que la comunidad posconsorcial se parezca más a la comunidad continuada de la Compilación. Creo que el establecimiento paccionado de una comunidad conyugal continuada cabe al amparo del *standum est chartae* y dentro de los límites temporales del artículo 76-2 Lrem., pero no evita que a la muerte del primero de los cónyuges se disuelva el consorcio conyugal y sin solución de continuidad se inicie la nueva comunidad familiar, que se regirá por lo pactado y en su defecto por las normas de la comunidad en liquidación (35).

En cambio, hay que excluir toda posibilidad de disolver la comunidad conyugal por la renuncia unilateral de uno de los cónyuges a este régimen económico del matrimonio, habida cuenta que las causas de disolución son taxativas. Lo que no impide admitir que, producida la disolución

NÁNDEZ, José Luis: "Comentarios a la Compilación", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. XXXIII, vol. 1.º, 2.º ed., arts. 1 a 35 Comp. y Ley de parejas estables no casadas, Edersa, Madrid, 2000, pp. 461-467; tampoco la ha compartido, como es obvio, la CADC.

(34) También en la comunidad posganancial cabe el pacto de indivisión por tiempo indeterminado que no exceda de diez años, previsto en el artículo 400 CC, pacto que puede obedecer a distintos motivos, como el de esperar a que todas las deudas venzan o que todos los interesados adquieran la mayoría de edad (MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 18). Como dice CABEDO SERNA (2005, p. 573), este pacto pretende prorrogar la situación de indivisión, pero no excluir la liquidación y distribución de los bienes.

(35) En el ámbito del Código Civil, DE LOS MOZOS (1999, pp. 553-556) excluye el fallecimiento de uno de los cónyuges como causa de disolución de la sociedad de gananciales cuando exista un pacto en capitulaciones matrimoniales de continuar con la comunidad ganancial entre el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto. Niegan esta posibilidad, en cambio, LACRUZ (1963, p. 559), ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio (*Curso de Derecho de Familia*, t. I: *Matrimonio y régimen económico*, Civitas, Madrid, 1988, p. 270, nota 81), RAMS ALBESA, Joaquín (*La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 408) y MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 88).

Como dice RAMS (1992, p. 408), la regulación de la comunidad continuada en los Derechos forales navarro y aragonés [en éste hasta la ley del 2003] no debe inducir a pensar que el establecimiento de la misma excluye la muerte de uno de los cónyuges como causa de disolución del régimen económico matrimonial porque las comunidades continuadas navarras y aragonesas no constituyen un régimen económico matrimonial, sino que se trata de sociedades familiares de bienes procedentes del régimen matrimonial disuelto a causa de la muerte de uno de los cónyuges.

del consorcio conyugal o para operar tras ella, cabe la renuncia unilateral a la participación en el patrimonio común (36).

En principio, producida la disolución, mientras el patrimonio común del consorcio en liquidación no se divida, cosa que puede ocurrir en la propia escritura de capitulaciones matrimoniales, estaremos en situación de comunidad regida, si no se ha pactado otra cosa o para completar lo pactado, por lo dispuesto en los artículos 68 y ss., con exclusión de las normas propias de la disolución por muerte. Pero si el consorcio conyugal ha sido sustituido retroactivamente por el régimen de separación de bienes, la ausencia de patrimonio común impide su continuidad; pero esto no quiere decir que para el futuro no pueda pactarse, si así lo desean ahora los cónyuges, que regirá entre ellos el consorcio conyugal.

2. Disolución del matrimonio.

La letra b) del artículo 62 Lrem. reproduce el texto del artículo 1.392-1.º CC al decir que el consorcio conyugal concluirá de pleno derecho *cuan-do se disuelva el matrimonio*. La amplitud de la expresión nos remite a la totalidad de las causas de disolución del matrimonio que en cada momento existan (37).

La disolución del matrimonio es materia de competencia exclusiva del Estado (art. 149-1-8.ª Const.), actualmente regulada en el artículo 85 CC, según el cual *el matrimonio se disuelve por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges* [arts. 193-197 CC] *y por el divorcio* [art. 86 CC].

La muerte de uno de los cónyuges, junto al pacto en capitulaciones matrimoniales, era la causa que tradicionalmente contemplaban los textos históricos y para la que estaban pensadas las normas de liquidación y división hasta la Ley de 2003. Producida la muerte de uno de los esposos, se produce automáticamente la disolución de la sociedad conyugal, sin que sea preciso ningún acto declarativo del fin de la sociedad, y comienza la comunidad posmatrimonial (38).

(36) En este sentido se manifiestan, antes de la reforma del CC de 1975, LACRUZ (1963, pp. 579-581), y para el Derecho vigente, CABANILLAS SÁNCHEZ (1988, pp. 144-146).

(37) LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, IV. *Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid. 2.ª ed., 2005 (revisada y puesta al día por J. RAMS ALBESA), p. 244; RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, p. 14.

(38) SERRANO ALONSO, 1997, pp. 19-20. Se planteó en la STS de 4 de mayo de 1965 la posibilidad de estimar subsistente, con todos sus efectos jurídicos, la sociedad legal de gananciales no liquidada después de la disolución del vínculo matrimonial. La cuestión se resolvió en sentido negativo, estimándose que la disolución del matrimonio lleva consigo, sin necesidad de declaración expresa, la disolución de la sociedad de gananciales (RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, p. 14, nota 10).

La declaración de fallecimiento (arts. 195 y 196 CC) produce una disolución definitiva del matrimonio, por lo que si el declarado fallecido reaparece no se restaura el matrimonio disuelto ni tampoco su régimen económico, sin perjuicio de que los cónyuges puedan casarse nuevamente y establecer una nueva comunidad matrimonial que no supone en ningún caso reanudación de la anterior (39). La disolución de la comunidad conyugal es un efecto indirecto o complementario del auto que declara el fallecimiento de uno de los cónyuges.

La disolución del matrimonio por divorcio determina la disolución del régimen económico matrimonial; pero si el divorcio ha ido precedido de la separación judicial, la disolución del consorcio conyugal se habrá producido ya como consecuencia de la sentencia de separación judicial. El divorcio produce la disolución sólo cuando no ha existido separación judicial previa. La disolución de la comunidad conyugal es un efecto indirecto o complementario del objeto principal resuelto por la resolución judicial (40).

En los casos de disolución del consorcio conyugal por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges (en este caso, con las limitaciones para los herederos previstas en los arts. 196 y 197 CC), se produce la apertura de la sucesión del premuerto, de modo que, si son varios los herederos, hay que hacer la liquidación de la comunidad matrimonial y de la herencia.

Con la disolución del matrimonio concluye también el consorcio conyugal, pero hasta la división del patrimonio común, si no se ha producido con la propia sentencia de divorcio, se mantiene la situación de comunidad regida desde ese momento, a falta de previsiones distintas de los cónyuges o partícipes, por el nuevo estatuto de los artículos 68 y ss. Lrem., con algunas normas específicas para la disolución por muerte, extensibles a la declaración de fallecimiento (41), y alguna propia de la disolución por otras causas (entre ellas, el divorcio). No se aplican las normas específicas de la disolución por muerte, sino las específicas de la disolución por otras causas *cuando al producirse la disolución se encontrasen ya en trámite los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación, o la disolución del consorcio* (art. 71.1. i.f.). Con algunas normas específicas, para atender a la causa y circunstancias de la disolución, el régimen es siempre, si no se ha pacta-

(39) GARCÍA URBANO, 1991, p. 760; CABEDO SERNA, 2005, p. 531.

(40) SERRANO ALONSO, 1997, p. 20.

(41) En la declaración de fallecimiento, al tratarse de muerte tan sólo presunta, se producirán pequeñas alteraciones en el régimen de la comunidad que continúa, con objeto de garantizar los eventuales derechos del declarado fallecido. *Vid.*, en relación al Apéndice, DELGADO, ADA, XII, pp. 194-195.

do otra cosa, el de la comunidad, que continúa tras la disolución, habiendo desaparecido la regulación legal de la anterior comunidad conyugal continuada (42).

3. Nulidad del matrimonio.

En tercer lugar, el consorcio conyugal concluirá de pleno derecho *cuan-do el matrimonio sea declarado nulo*. Así lo dice, con el mismo texto que el artículo 1.392-2.º CC, la letra c) del artículo 62 Lrem. La disolución de la comunidad conyugal es un efecto indirecto o complementario del objeto principal resuelto por la resolución judicial (43).

A la nulidad civil hay que sumar la nulidad canónica o la decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado a partir del momento en que recaiga auto estimatorio de ajuste a la legislación civil, o si hubiera habido oposición, cuando la sentencia correspondiente adquiera firmeza, todo ello de acuerdo con el artículo 80 CC y concordantes (Ss. TC de 22 de diciembre de 1988 y 7 de noviembre de 1991 y del TS de 10 de marzo de 1992) (44).

Hay que precisar que en la actualidad, una vez derogado el anterior artículo 72 del CC (45), la comunidad matrimonial sólo podrá concluir si previamente puede afirmarse que ha existido dicha comunidad pese a tratarse de un matrimonio declarado nulo. Recordemos que, de acuerdo con la teoría del “matrimonio putativo”, recogida en el artículo 79 CC, la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto del contrayente o contrayentes de buena fe. Si uno o ambos contrayentes son de buena fe (46), la sentencia de nulidad no tendrá

(42) Recordemos que fue rechazada la enmienda número 77, del GP Chunta Aragonesa, que proponía añadir al final de la letra b) la expresión “salvo que, en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, la comunidad continúe entre el superviviente y los herederos del pre-muerto conforme a lo previsto en el Capítulo V de este Título”. Dicha adición se proponía en coherencia con la enmienda número 116 del mismo GP de adición de un nuevo capítulo V en el título IV que regule la comunidad conyugal continuada.

(43) SERRANO ALONSO, 1997, p. 20.

(44) GARCÍA URBANO, J. M.: “Comentario a los artículos 1.392-1.394, 1.400, 1.405-1.408 del CC”, *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 761; MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 89; RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, pp. 19-20.

(45) Antes de las reformas del Derecho de familia de 1981, el artículo 72 del Código Civil decía que *la sentencia firme de nulidad producirá* [con anterioridad a la Ley de 24 de abril de 1958, comenzaba diciendo: “la ejecutoria de nulidad producirá”], *respecto de los bienes del matrimonio, los mismos efectos que la disolución por muerte, pero el cónyuge que hubiera obrado de mala fe no tendrá derecho a los gananciales*. Y añadía en otro apartado que *si la mala fe se extendiera a ambos, quedará compensada*.

(46) La STS de 1 de julio de 1994 (A. 6420) sostiene que “el dolo equivale a la mala fe en la nulidad del matrimonio”.

efectos retroactivos respecto del contrayente o contrayentes de buena y habrá que considerar que la comunidad matrimonial ha existido hasta la firmeza de la sentencia; en cambio, cuando los dos sean de mala fe, el matrimonio nulo no producirá efecto alguno entre los cónyuges y tampoco la existencia de un régimen económico matrimonial (47).

La mayoría de la doctrina (48) cree que hay que distinguir tres supuestos distintos, según la buena o mala fe de los cónyuges. Cuando ambos cónyuges han sido de mala fe, no hay disolución de la comunidad matrimonial por ser ésta inexistente, ya que la nulidad significa que el matrimonio no ha llegado a existir (49). Cuando ambos cónyuges han sido

(47) Vid. STS de 13 de mayo de 1983. La SAP Madrid de 27 de enero 1995, tras ratificar que existía mala fe por parte de ambos cónyuges, declara que “no puede haberse generado ningún efecto jurídico como derivado del mismo, y en concreto queda excluido *ab initio* todo régimen económico matrimonial, y la ulterior participación de cualquiera de aquéllos en las ganancias obtenidas por el otro, habida cuenta de que los mismos eran conscientes y voluntarios aceptantes de unas nupcias que sabían que eran inválidas, por lo que no pueden ampararse en los privilegios que la Ley concede a las uniones que, contraídas de buena fe, son después declaradas nulas” (citada por M. RIVERA FERNÁNDEZ, 2000, p. 2519).

(48) Vid. entre otros, DÍEZ-PICAZO, Luis: “Comentario a los artículos 1.315 a 1.324, 1.336 a 1.343 y 1.375 a 1.410”, en AMORÓS GUARDIOLA y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1788; ROCA TRÍAS, 1984, p. 606; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2006, p. 194; DE LOS MOZOS, 1999, p. 579; MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 89-90; MARTÍN OSANTE, 1996, p. 596; RIVERA FERNÁNDEZ, 2000, p. 2519; O’CALLAGHAN, Xavier: *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, Madrid, 2004, pp. 1391-1392; CABEDO SERNA, 2005, p. 531; MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: “Comentario a los artículos 1.344 a 1.410”, en *Comentarios al Código Civil*, coord. Rodrigo BERCOVITZ, Aranzadi, Pamplona, 2006, 2.ª ed, p. 1661.

(49) Como dice DE LOS MOZOS (1999, p. 579), “si los dos cónyuges tuvieron mala fe en relación con la nulidad, su declaración producirá efectos retroactivos al no estarse en el caso del matrimonio putativo y, por tanto, como nunca hubo sociedad de gananciales, nada hay que disolver, a diferencia de lo que venía a resultar para el Derecho anterior a la reforma, en el que se establecía una compensación de la mala fe a estos efectos” (cfr. art. 72-2 CC).

Ahora bien, como afirman DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2006, p. 194), “es posible que la vida en común haya producido supuestos de comunidad de bienes a los cuales habrá que aplicar el régimen genérico del artículo 392 CC”. Otros, en una línea similar, sostienen que todo habrá de liquidarse como ordene el derecho de obligaciones y según las reglas de las comunidades ordinarias (art. 392 CC) que hayan surgido sobre los bienes (MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 90), o que deben aplicar las reglas de la sociedad de hecho y de equidad, teniendo en cuenta la diferente intervención de los cónyuges en la adquisición de los bienes (MARTÍN OSANTE, 1996, p. 595).

Como dice el último autor citado, un importante sector doctrinal no está de acuerdo con la distinción reflejada en el texto [así, entre otros, GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (arts. 42 a 107 CC), tomo II, dir. M. ALBALADEJO, Ederesa, Madrid, 1982, p. 760; MORALES MORENO, A. M.: *Comentario del Código Civil* (art. 1.415), tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 816; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derecho de Familia*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1989, pp. 87-88; “Comentario a los artículos 1.395, 1.396, 1.399, 1.401, 1.402, 1.403 y 1.404 del CC”, *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 768; MOREU BALLONGA, José Luis: “La sanción del artículo 95, párrafo 2.º, a la mala fe en el matrimonio nulo”, RDN, números 123-124, 1984, p. 410] y considera que la

de buena fe, por aplicación de la doctrina del matrimonio putativo (art. 79 CC), subsisten para ambos los efectos civiles ya producidos, por lo que se entiende que ha existido la comunidad matrimonial y, por tanto, debe procederse a su disolución y posterior liquidación en la forma prevista en la Ley para ella (50). Cuando uno de los cónyuges hubiera sido de buena y el otro de mala fe, se aplica la misma solución que en el caso anterior, con la posibilidad añadida para el cónyuge de buena fe de acogerse a una regla especial de liquidación prevista en los artículos 95-2 y 1.395 CC o en el artículo 67 Lrem. (51).

Sólo cuando el matrimonio haya producido efecto entre los cónyuges, por ser al menos uno de ellos de buena fe, la declaración de su nulidad producirá automáticamente el efecto de la disolución del consorcio conyugal y el derecho a la liquidación y partición de los bienes comunes conforme a las reglas del régimen económico matrimonial que corresponda (52). No obstante, frente a terceros de buena fe que hayan confiado en la apariencia de matrimonio, seguirán siendo de aplicación las reglas de la comunidad matrimonial que aparentemente regían sus relaciones con el matrimonio declarado nulo, incluso en el caso de que ambos cónyuges fueran de mala fe (arts. 1.317 CC o 12 Lrem.) (53).

regla general es que se aplica el régimen de gananciales, ya que el CC únicamente concede al cónyuge de buena fe una opción, la cual no cabe en estos casos. La nulidad, como la separación y el divorcio, produce la disolución de la sociedad de gananciales en todo caso, porque todo matrimonio nulo produce el efecto de la vigencia de un régimen económico matrimonial. En el mismo sentido, por razones de seguridad jurídica y en atención a los posibles terceros, MONTERO AROCA, 2003, p. 28.

A nuestro modo de ver, como se dice en el texto, este planteamiento no puede ser compartido en la actualidad porque, declarada la nulidad del matrimonio a instancia de un sujeto legitimado, la consecuencia debe ser la desaparición de los efectos del mismo (incluida la vigencia del régimen económico matrimonial), excepción hecha del matrimonio putativo. Ello no obsta para que, frente a los terceros de buena fe, se opere como si la comunidad matrimonial hubiera existido, sin que se perjudiquen sus derechos adquiridos desde la celebración del matrimonio nulo hasta que la declaración de su nulidad les sea oponible.

(50) Vid. SSTs de 18 de diciembre de 1981, 13 de mayo de 1983 y 25 de noviembre de 1999.

(51) Como dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2006, p. 194), y veremos con algún detenimiento al final de esta obra, “no se trata propiamente de la conversión retroactiva de un régimen ganancial en un régimen de participación, sino de su liquidación final, en la que se favorece al cónyuge de buena fe si opta por la liquidación del régimen con arreglo a las normas del de participación en las ganancias”.

(52) Ya sabemos que en la propuesta inicial de política legislativa presentada a la CADIC se usaba la siguiente fórmula: “Cuando el matrimonio sea declarado nulo y alguno de los cónyuges lo fuera de buena fe”.

(53) Vid. para el CC, en este mismo sentido, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C.: *Instituciones de Derecho Privado. IV. Familia*, vol. 2.º, coord. V. GARRIDO DE PALMA. Consejo General del Notariado y Ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 272, nota 455.

La idea puede reforzarse a partir de lo dicho en el artículo 1.335 CC, según el cual los

4. Separación judicial.

Por último, el consorcio conyugal concluirá de pleno derecho *cuando judicialmente se conceda la separación de los cónyuges* [cfr. art. 81 CC], así lo dice la letra d) del artículo 62 Lrem., de manera similar al artículo 1.392-3.º CC, del que sólo le diferencia la sustitución de “se decrete” por “se conceda” (54).

El artículo 83 CC establece que *la sentencia de separación produce la suspensión de la vida en común de los casados*. La comunidad matrimonial se extingue precisamente porque, aun estando vigente el matrimonio, falta la comunidad de vida y de ganancias, fundamento del régimen económico matrimonial de comunidad de bienes (55).

La firmeza de la resolución judicial que concede la separación de los cónyuges produce automáticamente, como un efecto indirecto o complementario de su objeto principal y sin que sea necesario que en la sentencia misma se contenga declaración expresa al respecto (56), la disolución del consorcio conyugal y el nacimiento de la comunidad que continúa tras ella, que se prolongará hasta tanto no se divida el patrimonio común. Entre los cónyuges, puesto que subsiste el matrimonio, habrá separación de bienes (aunque no propiamente un “régimen” de separación de bienes), con las modificaciones establecidas en la sentencia (cfr. arts. 66 Lrem. o 1.435-3.º CC). Se mantendrán algunas relaciones patrimoniales entre ellos, que vendrán determinadas por la sentencia de separación: cargas familiares (sobre todo si hay hijos), pensión compensatoria, atribución del uso de la vivienda familiar, etc. (57).

capítulos inválidos presentan una ineficacia sólo *ex nunc* respecto de los terceros de buena fe.

GARCÍA CANTERO (1982, p. 406) informa de que el artículo 1.395 CC incorporaba en el Proyecto del Gobierno previo a la reforma de estos artículos un segundo párrafo del siguiente tenor: “Quedan en todo caso a salvo los derechos de los acreedores de la sociedad de ganancias, conforme a las reglas de liquidación de ésta”. Desaparecido dicho párrafo en la redacción final dada al precepto, entiende GARCÍA CANTERO que esta norma es obvia y que puede considerarse englobada bajo el nuevo artículo 1.317 CC.

(54) Recordemos que el Anteproyecto de Ley elaborado por la CADC reproducía literalmente el texto del artículo 1.392-3.º CC, y que fue la aprobación de la enmienda número 78 del GP Chunta Aragonesista la que introdujo esta modificación en el Proyecto de Ley con el objeto de armonizar el texto con la legislación procesal: el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil emplea la expresión “conceder” la separación, no “decretarla”.

(55) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2006, p. 191; MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 95; STS de 17 de septiembre de 1997.

(56) SERRANO ALONSO, 1997, p. 20; MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 95; SSTs de 20 de junio de 1987, 14 de abril 1984 y 17 de febrero de 1992.

(57) *Vid.* lo dicho al tratar sobre el “régimen subsiguiente” del artículo 66 Lrem. No obstante, otra opinión, partiendo del principio de que no hay matrimonio sin régimen económico matrimonial, entiende que tras la sentencia de separación se establece el régimen del mismo, que es el de separación, con las matizaciones que se determinen en la sentencia, ya directamen-

La mera separación de hecho no produce *ipso iure* la disolución de la comunidad matrimonial (58), aunque permite a los cónyuges instarla ante la autoridad judicial cuando esta situación se prolongue –de mutuo acuerdo o por abandono del hogar– durante más de un año (art. 63-c Lrem. o 1.393-3.º CC) (59).

III. Causas de disolución por decisión judicial

El artículo 63 Lrem. (lo mismo que el art. 1.393 CC) enumera las causas que no producen automáticamente la disolución del consorcio conyugal, sino que la existencia del supuesto de hecho contemplado en la norma permite a las personas legitimadas para ello solicitar la decisión judicial que acuerde directamente la disolución, decisión judicial que puede fijar también el momento de eficacia de la disolución en los términos que prevé el artículo 65 Lrem. (o 1.394 CC). Para los legitimados se trata de causas de disolución potestativas (60).

Hace falta, por tanto, petición de parte interesada y decisión judicial que la apruebe después de examinar que se trata de alguna de las causas previstas en la Ley (61). Hecha la petición de disolución al juez, en ocasiones éste debe acordarla necesariamente, mientras que en otras causas el margen de libertad que tiene es mayor. Hay causas en las que basta presentar una resolución judicial previa [art. 1.393-1.º, letras a) y b) del art. 63 Lrem.], mientras que en otras el solicitante de la disolución ha de probar que el otro ha realizado la conducta justificativa de la disolu-

te por el juez, ya en convenio regulador, al igual que los cónyuges en capitulaciones pueden determinar los rasgos particulares (por ejemplo, *vid.* art. 1.438 CC) en cualquier régimen que regule el Código expresamente. La convivencia, presupuesto del matrimonio, es fundamento de los regímenes de comunidad, pero para que exista régimen de separación basta el vínculo matrimonial. *Vid.*, por extenso, MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 96-99.

(58) Veremos al tratar de la separación de hecho que hay alguna STS que ha dicho lo contrario.

(59) Al momento de eficacia de la disolución se refieren los artículos 65 Lrem. y 1.394 CC. Para el CC, dice MARTÍN MELÉNDEZ (1995, pp. 100-101) que en los casos en que la demanda de separación ha sido precedida de una situación de separación de hecho de los cónyuges, el juez, a instancia de parte, podrá declarar que, entre ellos, la sociedad se considere extinguida en un momento anterior a la fecha de la sentencia, pero posterior, al menos en un año, a la de la separación.

(60) Así lo dice, para el artículo 1.393 CC, MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 103.

(61) *Vid.* STS de 14 de febrero de 2000. A diferencia de los supuestos en los que la disolución del régimen económico es una consecuencia indirecta de una resolución judicial, en el sentido que ésta decide otra cuestión principal (la nulidad, separación o divorcio, así como la declaración de fallecimiento) que lleva añadida un efecto complementario sobre el régimen económico del matrimonio, aquí existe una previa pretensión dirigida directamente a obtener la disolución de la comunidad matrimonial (SERRANO ALONSO, 1997, p. 21).

ción (62). A pesar de considerarse una disolución rogada, el TS, en sentencia de 4 de mayo de 1998, ha admitido que el juzgador pueda apreciar directamente una causa de disolución no alegada expresamente por el demandante conforme al principio *iura novit curia*, siempre que la misma tenga base en los mismos hechos que integran el relato histórico de la demanda, ya que ello no supone alteración de la *causa petendi*.

La legitimación para solicitar la resolución judicial (63) corresponde normalmente al cónyuge que no está afectado por la causa que motiva la petición, pero en algún caso corresponde a los dos cónyuges, permitiendo la Ley aragonesa que pueda pedir también la disolución el representante legal del cónyuge ausente o sometido a tutela o que pueda pedirla el propio cónyuge incapacitado sujeto a curatela [o declarado pródigo] con asistencia de su curador. La disolución no puede ser pedida, en vía subrogatoria, por los acreedores del cónyuge o persona legitimada para ello (64).

Se trata de supuestos muy heterogéneos, que tienen una unidad solamente formal por la inclusión en un mismo artículo, en los que con frecuencia habrá una grave situación de las relaciones conyugales, muy deterioradas, y que incluso pueden desembocar en la separación judicial o el divorcio de los cónyuges, por lo que no será muy común recurrir a la mera disolución de la comunidad matrimonial (65).

(62) SERRANO ALONSO, 1997, p. 22. MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 103) indica que, desde el punto de vista formal, podríamos establecer una subclasificación, que consistiría en distinguir, por un lado, las del número uno, en las que el presupuesto exigido para dictar la resolución es precisamente otro pronunciamiento anterior y, por otro, las demás, en las que dicho presupuesto está constituido por la constancia de ciertos hechos materiales que es preciso probar.

(63) La enmienda número 81, del GP Chunta Aragonesista, que fue retirada, proponía sustituir en la rúbrica y en el texto del artículo “decisión judicial” por “resolución judicial”, por entender que era una redacción más correcta que la del artículo 1.393 CC.

(64) Para JORDANO FRAGA, Francisco [*El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria* (art. 111 CC), Madrid, 1996, pp. 214-215], aparte de que resulta inadmisibile que los acreedores se interfieran en asuntos económicos que afectan a la normal convivencia conyugal, se puede todavía argumentar, para excluir la acción subrogatoria en estos supuestos, que tales acreedores pueden perseguir, conforme al artículo 1.373 CC, los bienes gananciales del matrimonio o, en último extremo, lo que corresponda al cónyuge deudor en la liquidación de la sociedad disuelta.

(65) MARTÍN OSANTE, 1996, p. 604; para este autor, además, las dificultades de prueba con las que se encontrará el solicitante serán muy considerables. Advierte DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel (“La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad”, ADC, 1986, p. 531, nota 378), que “el artículo 1.393 ha sido concebido en función de hipótesis conflictivas, es decir, cuando uno de los cónyuges quiere disolver la sociedad fundándose en la concurrencia de alguna de las causas de disolución contempladas en el precepto y el otro se opone”, pero “obviamente, cuando concurra alguna de las causas de disolución potestativas... no es necesario que los cónyuges pleiteen. Si están de acuerdo en disolver la sociedad, pueden hacerlo mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales”.

MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 103) dice que, desde la perspectiva teleológica, “encontramos unas causas que afectan a la convivencia, y otras a los derechos y deberes surgidos para los

1. Elaboración y reforma de las letras a) y b) del artículo 63 Lrem.

Las causas de disolución de las letras a) y b) del artículo 63 Lrem. (o del art. 1.393-1.º CC) son supuestos de inidoneidad conyugal, en los que cabe esperar que uno de los cónyuges no se encuentre en situación de cooperar a la gestión de la sociedad conyugal, por ello la petición de disolución de la comunidad matrimonial, acompañada de la correspondiente resolución judicial de incapacitación, declaración de prodigalidad (suprimida en Aragón por el art. 35-3 y la DT 3.ª de la Ley de Derecho de la persona de 2006), ausencia, concurso de acreedores (tiene su propio régimen; tras la reforma de 2006 es la causa de la letra “f”) o condena por abandono de familia, obliga al juez a acordar la disolución pedida (66).

Es así porque expresamente dice el artículo 63 (como hace también el 1.393-1.º CC) que *en los casos de las letras a) y b), para que el Juez acuerde la disolución bastará que quien la pida presente la correspondiente resolución judicial* (67). Sin embargo, ello no excluye que de la petición deba darse traslado al otro cónyuge, quien siempre podrá oponer la invalidez de aquella resolución, la falsedad documental del título presentado o la falta de firmeza. La resolución judicial previa sirve de prueba del hecho constitutivo de la causa de disolución, por lo que se puede hablar de un “cuasiautomatismo”, ya que bastará presentar certificado o testimonio de dicha resolución en procedimiento de jurisdicción voluntaria para obtener la disolución (68).

A) Elaboración del texto de 2003.

El texto aprobado por la Ley de 2003 comienza diciendo que *el consorcio conyugal concluirá por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges, en los casos siguientes*:

cónyuges de la regulación de la comunidad legal, tales como las que buscan proteger los derechos de un cónyuge en la sociedad, las que se basan en el incumplimiento de deberes fundamentales en la misma, o en la imposibilidad de que ésta funcione normalmente”. Todas las causas del artículo 1.393 son nuevas, salvo la incapacitación o declaración de ausencia de un cónyuge.

(66) Dos nuevas causas de disolución introduce, en relación al antiguo precepto 1.433, este primer párrafo del artículo 1.393 CC: La incorporación del concurso y quiebra de uno de los cónyuges y el abandono de familia.

(67) En la sesión de la CADC de 27 de junio de 2001 (Acta 123) “Don Jesús Martínez Cortés plantea si no debiera introducirse la posibilidad de que hubiera un cierto margen de discrecionalidad judicial en los casos en que la disolución la pide el tutor, de tal manera que en estos casos no fuera automática. Se intercambia alguna opinión al respecto, pero se considera preferible no introducir mayor complejidad en la regulación del supuesto”.

(68) RAMS ALBESA, 1992, p. 411; MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 104.

a) *Haber sido un cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo o ausente, cuando lo pida el otro; también cuando lo pida la persona que represente al incapacitado o ausente y, en el caso de pródigo o incapaz sujeto a curatela, cuando lo pida éste con asistencia del curador.*

b) *Haber sido el otro cónyuge declarado en quiebra o concurso de acreedores o condenado por abandono de familia.*

En los casos de las letras a) y b), para que el Juez acuerde la disolución bastará que quien la pida presente la correspondiente resolución judicial.

El texto de ponencia presentado a la CADC para la letra a) decía exactamente lo mismo que el artículo 1.393-1.º del Código Civil: *Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia.* Pero el artículo de la ponencia tenía al final un apartado 2 que decía: *También podrá disolverse el consorcio conyugal a petición de los tutores, curadores, representantes legales o síndicos del cónyuge incapacitado, pródigo, declarado ausente, quebrado o en concurso cuando sean persona distinta del otro cónyuge.*

Conviene recordar aquí que, durante la vigencia del consorcio, la gestión del patrimonio común corresponde, por la concreción automática de facultades prevista en el artículo 60 Lrem., al cónyuge del incapacitado o declarado ausente o pródigo, aunque su representante legal o curador sea persona distinta, en razón a que no parece adecuado que intervenga en la gestión una persona diferente de los cónyuges. Pero en tal caso, en sede de disolución del consorcio, parecía necesario reconocer al tutor o representante legal la legitimación para pedirla en previsión de que ese cónyuge, al que el juez precisamente no ha querido nombrar representante del otro, gestione de modo inadecuado (69).

En relación con la propuesta de la ponencia, la Comisión observó que, en realidad, en el caso del cónyuge incapacitado sometido a curatela y del pródigo, el curador no es representante, por lo que no puede actuar en nombre del incapacitado. En este caso señaló que debería añadirse una regla que dijera que puede pedir la disolución el cónyuge incapacitado sometido a curatela o declarado pródigo con asistencia de su curador. Por otra parte, también se advirtió que se estaban mezclando aspectos diferentes al mencionar aquí a los declarados en situación de concurso o quiebra, porque en este caso esas personas no tienen un representante. No se ve la razón para legitimar a los síndicos para pedir la disolución del con-

(69) Vid. Acta 123, correspondiente a la sesión de 27 de junio de 2001.

sorcio conyugal, que ciertamente son representantes de la masa activa, pero no del cónyuge concursado o quebrado (70).

Atendidas estas atinadas observaciones se procuró reflejarlas adecuadamente en la redacción del texto, que finalmente se dividió en dos letras, aunque mantuvo cierta unidad por la frase final referida a ambas. La redacción fue objeto de sucesivas mejoras tanto en el seno de la CADC como en la tramitación parlamentaria (71).

La CADC discutió también la conveniencia de hacer referencia al concurso y la quiebra, habida cuenta de la anunciada reforma de la materia y de la existencia de un nuevo anteproyecto de ley en el que se unifican los dos procedimientos. Puesto que entonces no era segura la aprobación de tal reforma, se prefirió dejar la redacción de este punto tal y como venía en la ponencia porque, aun en el caso de que se apruebe la reforma, siempre se entenderá cómo debe interpretarse la causa de disolución con arreglo a la nueva ley (72).

Por lo que se refiere al “abandono de familia”, la CADC entendió que era preferible mantener la misma terminología porque, aunque hayan cambiado los tipos, el Código Penal lo mantiene como título de una sección, y también porque las últimas reformas del Código Civil siguen hablando

(70) Vid. Acta 123, correspondiente a la sesión de 27 de junio de 2001.

(71) En la sesión de 4 de julio de 2001 (Acta 124) se aprobó el siguiente texto:

“Artículo 2.– Causas de disolución por decisión judicial

El consorcio conyugal concluirá por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes:

a) Haber sido un cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo o ausente, cuando lo pida el otro o, si éste no es su tutor o representante legal, la persona que represente al incapacitado o ausente; y en el caso de pródigo o incapaz sujeto a curatela cuando lo pida éste con asistencia del curador.

b) Haber sido el otro cónyuge declarado en quiebra o concurso de acreedores o condenado por abandono de familia.

En los casos de las letras a) y b), para que el Juez acuerde la disolución bastará que quien la pida presente la correspondiente resolución judicial. [...]

En la sesión de 17 de abril de 2002 (Acta 155), la Comisión aprueba la siguiente mejora de redacción para la letra a):

Haber sido un cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo o ausente, cuando lo pida el otro; también cuando lo pida la persona que represente al incapacitado o ausente y, en el caso de pródigo o incapaz sujeto a curatela, cuando lo pida éste con asistencia del curador.

Dice el acta que “hay acuerdo en que mejora el texto anterior. Únicamente se duda si no sería mejor intentar evitar la repetición por tres veces de la expresión cuando lo pida, pero, en aras de la claridad, se acuerda dejarlo así”.

El texto aprobado por la CADC para las letras a) y b) se convertirá en Ley. No obstante, hay que recordar que las enmiendas números 79 y 80, del GP Chunta Aragonesista, fueron aprobadas por unanimidad. La primera suprimió la expresión “alguno de” en la frase inicial del artículo y la segunda unas comillas que se habían quedado olvidadas al final del texto de la letra a). Las restantes enmiendas, salvo la 84, referida a la letra c), fueron retiradas o rechazadas.

(72) Vid. Acta 123, correspondiente a la sesión de 27 de junio de 2001.

de abandono de familia aunque haya cambiado el contenido del delito en el Código Penal.

B) La reforma de 2006.

El apartado 3 de la disposición final segunda de la Ley de Derecho de la persona dice que el artículo 63 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, quedará redactado en los siguientes términos:

“Artículo 63. Causas de disolución por decisión judicial

El consorcio conyugal concluirá por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges, en los casos siguientes:

a) Haber sido un cónyuge judicialmente incapacitado o declarado ausente, cuando lo pida el otro; también cuando lo pida la persona que represente al incapacitado o ausente y, en el caso de incapacitado sujeto a curatela, cuando lo pida éste con asistencia del curador.

b) Haber sido el otro cónyuge condenado por abandono de familia.

En los casos de las letras a) y b), para que el Juez acuerde la disolución bastará que quien la pida presente la correspondiente resolución judicial.

[...]

f) Haber optado por la disolución del consorcio en caso de concurso de acreedores del otro cónyuge con inclusión de los bienes comunes en la masa activa, conforme a la legislación concursal.”

Se introducen algunas modificaciones en las letras a) y b) y se añade la letra f) (73). El origen de la propuesta de modificación está, por un lado, en el convencimiento, algo tardío, de que si un legislador ha suprimido la prodigalidad (74), lo coherente es que en otras leyes de ese mismo legislador no haya referencias a ella o a las personas pródigas; por otro, en la supresión de la quiebra y en las referencias de la Ley Concurzal a la declaración del concurso como causa de disolución del consorcio conyugal.

En la letra a) se suprimen las dos referencias que hace al pródigo y en la letra b) la relativa a la quiebra. En la letra a), además, se sustituye

(73) La génesis de esta reforma puede verse en el Acta 224, correspondiente a la sesión de la CADC de 1 de marzo de 2006.

(74) Dice el artículo 35.3 de la Ley de Derecho de la persona que *La prodigalidad no tendrá otro efecto que el de ser causa de incapacitación cuando reúna los requisitos del apartado anterior*. La disposición transitoria tercera se refiere también a la prodigalidad. En el Preámbulo hay igualmente un párrafo referido a ella.

“incapaz” por “incapacitado” puesto que es persona que está sujeta a curatela.

En cuanto a la declaración de un cónyuge en concurso de acreedores hay que tener en cuenta lo que dice la Ley concursal (75). Esta Ley dispone, por un lado, en la disposición adicional primera, regla 2.^a, que “todas las referencias a la quiebra o al concurso de acreedores contenidas en preceptos legales que no hayan sido expresamente modificados por esta ley se entenderán realizadas al concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación”; con lo cual, la referencia de nuestro artículo 63 habría que entenderla realizada, no al momento de la declaración de concurso, sino al de apertura de la fase de liquidación del mismo (momento posterior).

Pero, por otra parte, el artículo 77-2 de la Ley concursal dice directamente que, en caso de concurso de persona casada, “si el régimen del matrimonio fuese de comunidad de bienes, se incluirán en la masa los bienes comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado” (es decir, siempre, porque los bienes comunes responden también, aunque subsidiariamente, de las deudas privativas del cónyuge concursado). Añade: “En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso”. Aunque la norma es muy oscura y plantea problemas de coordinación con los artículos 541 LEC y 43 Lrem., parece que ese debe ser el momento para solicitar la disolución del consorcio y ese el cauce procesal para disolver, liquidar y dividir.

Así las cosas, no parece bueno que, en caso de concurso de persona casada, pueda interpretarse que hay dos momentos sucesivos para solicitar la disolución del consorcio conyugal (al quedar determinada la masa activa o al abrirse la fase de liquidación del concurso), de manera que, si no se ha pedido al principio, aún pueda pedirse al final: si notificado al otro cónyuge el concurso de acreedores no solicita la disolución (o, en Aragón, la liquidación sin disolución para excluir de la masa los bienes que representen el valor de la participación del no deudor), ya no debe poder hacerlo luego. Lo mismo que en el caso del artículo 541 LEC.

Por ello, la ponencia ha propuesto como fórmula para la letra b) del artículo 63 la siguiente: “Haber sido el otro cónyuge condenado por abandono de familia o declarado en concurso de acreedores con inclusión de los bienes comunes en la masa activa del concurso”. Sin embargo, es una

(75) Sigo aquí la exposición que hice en la sesión de la CADIC de 1 de marzo de 2006, recogida en el Acta 224.

fórmula que no le acaba de convencer al ponente porque, colocada en la letra b), le resulta de aplicación el párrafo que dice que: “En los casos de las letras a) y b), para que el Juez acuerde la disolución bastará que quien la pida presente la correspondiente resolución judicial”, lo cual carece de sentido aplicado al concurso de acreedores, según lo previsto en el artículo 77-2 de la Ley concursal.

La solución puede estar en añadir una letra f), referida al concurso de acreedores, que guarda clara relación con lo previsto en la letra e), y que podría decir así: *Haber optado por la disolución del consorcio en caso de concurso de acreedores del otro cónyuge con inclusión de los bienes comunes en la masa activa, conforme a la Ley concursal.*

El planteamiento expuesto por el ponente parece bien a todos y se aprueba sin mayor debate, con el único cambio de sustituir en la propuesta de letra f) del artículo 63 Lrem. “conforme a la Ley concursal” por “conforme a la legislación concursal”.

2. Incapacitación y ausencia.

A) Régimen de la disolución.

En las letras a) y b) del artículo 63 Lrem., tras la reforma de 2006, se contienen las mismas causas de disolución por decisión judicial enunciadas en el artículo 1.393-1.º CC, con la exclusión de la prodigalidad operada en 2006. Son causas que desde luego pueden ser solicitadas, como en el Código Civil, por el cónyuge que no se halla incurso en ellas, tanto si es el tutor o representante de su consorte como si no; pero, además, en la letra a) del artículo 63 se ha incluido también, como novedad, la legitimación del representante legal del cónyuge incapacitado o declarado ausente, cuando no lo sea el otro cónyuge, así como la del propio cónyuge incapacitado sujeto a curatela con la asistencia del curador.

Suprimida la prodigalidad por la Ley de Derecho de la persona de 2006, lo coherente es que en la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad no se haga referencia a ella o a las personas pródigas, y ello aunque el régimen económico matrimonial legal aragonés puede ser de aplicación a cónyuges que no sean de vecindad civil aragonesa y que, por ello, pueden ser declarados pródigos conforme a su ley personal; supuesto éste en el que, por analogía con lo dispuesto para la incapacitación y la ausencia, habrá que entender que concurre causa para pedir la disolución del consorcio conyugal.

Del texto de la norma resulta con claridad que es causa de disolución de la comunidad matrimonial la incapacitación de uno de los cónyuges, cualquiera que sea la extensión de ésta, tanto si el incapacitado es some-

tido a tutela como a curatela (76). El fundamento de esta causa de disolución no se halla en la interrupción o ruptura de la comunidad de vida, sino, como dice DE LOS MOZOS (77), “en una variación de las condiciones de hecho para prestar la colaboración que es implícita, en ambos cónyuges, al régimen de comunidad, matizada por la circunstancia de que las condiciones de hecho varían por llegar a trascender al propio *status* del cónyuge incapacitado”.

Tras la desaparición de un cónyuge se puede declarar, si se dan los requisitos legales del artículo 183 CC, su situación de ausencia legal que concede la representación, protección y administración de sus bienes a las personas que indica el artículo 42, por remisión del artículo 45, ambos de la Ley de Derecho de la persona de 2006 (anterior art. 8 Comp.). La ausencia de un cónyuge, lo mismo que su incapacitación, plantea problemas en orden a la colaboración que la comunidad matrimonial de bienes requiere, de ahí que esté indicada la petición de disolución.

Tanto en caso de incapacitación como de ausencia, para tramitar la disolución de la comunidad matrimonial será preciso que la resolución judicial de incapacitación o la de declaración de la ausencia sean firmes. Está implícito que, para que se acuerde la disolución, la resolución judicial presentada, normalmente mediante testimonio de la misma, debe ser firme (78). Presentada dicha resolución, se decretará, sin más, la disolución de la sociedad conyugal (79).

Acordada judicialmente la disolución del consorcio, existirá entre los cónyuges separación de bienes (art. 66-1 Lrem. o 1.435-3.º CC), pero continuará entre ellos la situación de comunidad hasta tanto no se divida el patrimonio común.

B) Alternativas a la disolución.

Pero tal vez no le interese al cónyuge solicitar la disolución de la comunidad matrimonial, porque desde la firmeza de la resolución judicial, la gestión del patrimonio común corresponde automáticamente al cónyu-

(76) Así lo entiende también la mayoría de la doctrina para el Código Civil (DÍEZ-PICAZO, 1984, p. 1783; PEÑA, 1989, p. 281, nota 186; MORALES IMBERNÓN, 2006, p. 1659). En cambio, RAMS (1992, p. 411) entiende que la disolución de la sociedad de gananciales sólo puede solicitarse cuando se trate de los supuestos de incapacitación más grave.

(77) 1999, p. 566. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2006, p. 192.

(78) La enmienda número 83, del GP Chunta Aragonesista, que fue retirada, proponía decir “presente *testimonio* de la correspondiente resolución judicial *firme*” en lugar de “presente la correspondiente resolución judicial”.

(79) SERRANO ALONSO, 1997, p. 22; MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 104; RAMS ALBESA, 1992, p. 411.

ge del incapacitado o declarado ausente [o pródigo], según dice el artículo 60 Lrem. En el artículo 1.387 CC, la transferencia por ministerio de la ley sólo tiene lugar cuando el cónyuge sea tutor o representante legal de su consorte, pero el cónyuge que no lo sea podrá solicitar que el juez le confiera a él solo la administración del patrimonio común conforme al artículo 1.388 CC (80). En ambos casos se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.389. La posibilidad de obtener la disolución de la comunidad matrimonial funciona, pues, como una opción o alternativa legal a la gestión que del patrimonio común le corresponde automáticamente desde la incapacitación o declaración de ausencia de su cónyuge.

En los casos de cónyuge incapaz no incapacitado, así como en los de cónyuge desaparecido sin haberse declarado judicialmente el estado de ausente, no cabe solicitar por esta causa la disolución de la comunidad matrimonial. Para estos supuestos está previsto en el artículo 58 Lrem. que *el cónyuge cuyo consorte se encuentre imposibilitado para la gestión del patrimonio común podrá solicitar del Juez que se la confiera a él solo* (lo mismo resulta del art. 1.388 CC) (81).

3. Condena por abandono de familia.

La condena por “abandono de familia” no debe confundirse con la separación de hecho por “abandono del hogar” (que el art. 1.393-3.º CC contempla también expresamente como causa de disolución de la sociedad de gananciales, y es una circunstancia también comprendida en el art. 63-c Lrem. aunque no aluda a ella específicamente). Como dice CABEDO SERNA (82), el abandono de familia es un delito tipificado en los artículos 226 y 227 del Código Penal de 1995 (modificado tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre). El Código Penal no castiga el abandono de hogar en sí mismo considerado, sino el incumplimiento de las obligaciones económicas de un cónyuge respecto de determinadas personas. El abandono de hogar supone que un cónyuge se marcha de su domicilio conyugal de forma unilateral (de ahí que se hable de “abandono”) y se contrapone a una separación de hecho consensuada, pero no es un delito tipificado, sino que tan sólo produce consecuen-

(80) Vid. LACRUZ, 2005, p. 244; DE LOS MOZOS, 1999, pp. 551 y 567; MORALEJO IMBERNÓN, 2006, p. 1659; SERRANO ALONSO, 1997, p. 22.

(81) DE LOS MOZOS, 1999, p. 567, nota 55, incluye también en el artículo 1.388 el caso del mero abandono de familia sin que haya recaído sentencia firme en causa criminal.

(82) 2005, pp. 554-555, con cita de CUTILLAS TORNOS, José María (“Reflexiones sobre el número 3.º del artículo 1.393 del Código Civil”, *La Ley*, 1991-4, pp. 1215-1216) y LAURENZO COPELLO, P. (*Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, Valencia, 2001, p. 41, nota 130).

cias civiles: además de la separación judicial, permite pedir, de acuerdo con el artículo 63-c Lrem. o 1.393-3.º CC, la disolución de la comunidad matrimonial cuando haya durado más de un año. Por tanto, el abandono de familia y el abandono de hogar son dos causas distintas de disolución de la comunidad matrimonial.

Por otra parte, como el artículo 227 Cpen. trata del delito de abandono de familia cometido tras recaer sentencia de nulidad, separación o divorcio, es decir, cuando ya está disuelta la comunidad matrimonial por efecto de dicha sentencia, el abandono de familia que es causa de disolución de la comunidad matrimonial sólo puede ser el del artículo 226 Cpen., cuyo primer apartado sanciona el incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar y la no prestación de la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de descendientes, ascendientes o cónyuge necesitados. El delito de abandono de familia del artículo 226 Cpen., para que pueda ser causa de disolución de la comunidad matrimonial, ha de tener como sujeto pasivo del mismo al propio cónyuge, los hijos o personas que se encuentren a cargo de la comunidad matrimonial. Pero la realidad nos dice que la persecución criminal de estos hechos es reducida y que para resolver la situación se suele optar más bien por la vía civil (83).

No basta, por tanto, el mero abandono de hecho. Dos fundamentos tiene esta causa de disolución: cese de convivencia e incumplimiento de los deberes conyugales. Parece defendible que también aquí cabe optar por pedir al juez la atribución de la gestión al cónyuge abandonado (arts. 58 Lrem. y 1.388 CC) (84).

4. Separación de hecho por más de un año.

A) Régimen de la disolución.

La siguiente causa, la de la letra c) del artículo 63 Lrem., es *llevar separados de hecho más de un año* (85). No se dice nada, a diferencia del artículo 1.393-3.º CC, sobre si la separación es *por mutuo acuerdo o por abandono del hogar*, para así facilitar que, en todo caso, cualquiera de los

(83) MARTÍN OSANTE (1996, p. 607) añade que en la jurisprudencia penal, coincidente con gran parte de la doctrina, se aprecia una tendencia a restringir al máximo la aplicación del artículo 226 Cpen. Sólo cuando se dé un grave desamparo familiar se incurrirá en el tipo delictivo (SSTS, Sala 2.ª, 30 de octubre de 1990 y 4 de abril de 1990).

(84) Así lo cree MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 106.

(85) El texto del Proyecto de Ley, como el del artículo 1.393-3.º CC, decía “separado”, término que fue sustituido por “separados” en virtud de la enmienda número 84, del GP Chunta Aragonesista, aprobada por unanimidad, por considerar más correcta la redacción en ella propuesta.

dos cónyuges (también el que ha abandonado el hogar) pueda pedir la disolución del consorcio con sólo acreditar ese tiempo de separación de hecho.

En Aragón ha parecido razonable dejar claro que, probado que la separación de hecho ya dura más de un año, no se puede obligar a seguir en situación de comunidad al cónyuge que abandonó el hogar. La posibilidad de pedir la disolución del consorcio conyugal por esta causa se ha objetivado (86).

En cambio, en el Código Civil, cuando la separación no es de mutuo acuerdo, podría interpretarse, aunque no es la única interpretación posible, que sólo puede pedir la disolución de la comunidad matrimonial el cónyuge “abandonado”, el que no quería la separación, pero no así el que la ha provocado unilateralmente (87).

Esta causa de disolución de la comunidad matrimonial se funda en que la comunicación de los frutos y ganancias de los cónyuges sólo se justifica si existe convivencia o comunidad de vida, fundamento que desaparece en una separación de hecho (88). En la separación de hecho de mutuo acuerdo, lo normal será otorgar capitulaciones matrimoniales y sustituir el régimen de comunidad por el de separación de bienes, de manera que en la práctica la disolución de la comunidad matrimonial por decisión judicial quedará limitada a los supuestos de separación de hecho por abandono de familia (89).

(86) Vid. Acta 123, correspondiente a la sesión de la CADC de 27 de junio de 2001.

(87) Esta es la interpretación defendida, entre otros, por LACRUZ (2005, p. 245); CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (“La separación de hecho de los cónyuges y el régimen económico matrimonial”, *Anales de la Facultad de Derecho de Alicante*, núms. 3 y 4, 1984-1985, p. 16, nota 19); PEÑA (1989, p. 281); DE LOS MOZOS (1999, p. 572); GARCÍA URBANO (1991, p. 764); PRETEL SERRANO, J. M.^a, en *Comentario del Código Civil* (arts. 1.375 y ss.), tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 2.^a ed., 1993, p. 764.

En cambio, Díez-PICAZO y GULLÓN (2004, p. 200); CUTILLAS TORNOS (1991, pp. 1216-1217); RAMS ALBESA (1992, p. 415); MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 108); RIVERA FERNÁNDEZ (1997, p. 23; 2000, p. 2515) y MORALES IMBERNÓN (2006, p. 1660), entre otros, sostienen que la legitimación corresponde a ambos cónyuges tanto en el caso de separación de hecho por mutuo acuerdo como por abandono del hogar, ya que el fundamento de esta causa de disolución es la inexistencia de vida en común que justifique la comunidad de ganancias siempre que haya durado un año, y no la culpabilidad de un cónyuge.

CABEDO SERNA (2005, p. 558) dice que debe prevalecer esta segunda opinión a la vista de la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que abandona la idea de culpabilidad como fundamento para solicitar la separación o el divorcio no consensuados.

(88) Díez-PICAZO, 1984, p. 1785; Díez-PICAZO y GULLÓN, 2006, p. 192; MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 108.

(89) Señala MONTERO AROCA (2003, p. 42) que esta causa de disolución ha sido poco utilizada para pedirla directamente, pero a ella se ha aludido mucho de modo indirecto para declarar que determinados bienes han de ser privativos. De modo directo se alude a ella en la STS de 4 de mayo de 1998, aunque extrañamente la aplicación de la norma se hace por el TS en virtud del brocardo *iura novit curia*, y mezclándola con la causa del artículo 1.393-4.º

El plazo de un año se cuenta desde el inicio de la separación de hecho, lo que plantea el problema de determinar el momento a partir del cual se ha producido la separación de hecho, determinación que podrá realizarse utilizando cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho.

Con toda lógica propone CABEDO SERNA (90) la reducción del plazo de un año a tres meses, porque si, tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, el período previo de falta de convivencia de los cónyuges que permite pedir la separación judicial o el divorcio ha pasado de un año a tres meses (art. 81 CC), la misma reducción debería experimentar el plazo para pedir la disolución de la comunidad matrimonial por causa de la separación de hecho de los cónyuges.

Es posible que al cónyuge que permanece en casa no le interese solicitar la disolución y prefiera, al menos como solución de carácter provisional en vistas de una eventual reconciliación, pedir al juez que le confiera a él solo la gestión del patrimonio común. Es algo que el artículo 1.388 CC, con las limitaciones del artículo 1.389 CC, prevé expresamente para el caso de que el otro cónyuge hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho (91). En cambio, el artículo 58 Lrem. sólo contempla la atribución de la gestión a uno solo de los cónyuges cuando su con-sorte se encuentre imposibilitado para la gestión del patrimonio común, imposibilidad de gestionar que habría que admitir existe también en estos casos que cita el artículo 1.388 CC.

B) *Momento de eficacia de la disolución. Doctrina jurisprudencial.*

La disolución de la comunidad matrimonial en razón de la separación de hecho de los cónyuges exige, como todas las demás causas contempladas en el artículo 63 Lrem. (o 1.393 CC), una decisión judicial que la acuerde. Mientras tanto subsiste la comunidad matrimonial pese a la separación de hecho.

Pero la resolución judicial puede fijar para la disolución un momento anterior a la fecha de la resolución en que se acuerda, facultad para la que el artículo 65-1 Lrem. no pone al juez ningún límite temporal, pudiendo fijar el momento de eficacia de la disolución en el que considere que ha desaparecido la comunidad de vida de los cónyuges (92). La retro-

(90) 2005, p. 557.

(91) *Vid.* por todos PEÑA, 1989, pp. 276-277; PRETEL SERRANO, 1991, pp. 750 y ss.

(92) Como expone CABEDO SERNA (2005, p. 559), la doctrina del Código Civil, buscando soluciones a la inadecuación de que siga vigente el principio de comunicación de las ganancias cuando ya no existe la vida en común, propone que no sea admisible la reclamación de un cón-

actividad de los efectos de la disolución, más allá del momento de admisión a trámite de la demanda, puede fijarse también en los casos de nulidad, separación y divorcio en los que se aprecie que la separación de hecho es la causa de la disolución de la comunidad matrimonial. En cualquier caso, la anticipación del momento de eficacia de la disolución producirá efectos sólo entre los cónyuges, ya que la retroactividad no supone una restricción de los derechos de los terceros acreedores.

Es doctrina reiterada del TS, correctora de la literalidad del número 3.º del artículo 1.393 CC, que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida entre los cónyuges, por lo que carece de fundamento la regla de comunicación de los bienes ganados en ese tiempo. Para la exclusión del principio de comunicación de las ganancias se requiere que exista una separación fáctica (no una mera interrupción de la convivencia) de mutuo acuerdo (STS de 16 de febrero de 1999), seria, prolongada y demostrada o acreditada por actos subsiguientes, como puede ser la formalización judicial de la separación (STS de 27 de enero de 1998) o el transcurso de un largo plazo de tiempo (93); se requiere también la falta de colaboración de un cónyuge en la adquisición de bienes u obtención de ganancias por parte del otro, siendo el origen de tales incrementos dinero privativo o trabajo o esfuerzo personal del cónyuge adquirente (SSTS de 27 de enero y 14 de marzo de 1998, 24 de abril de 1999), así como la inequívoca voluntad de poner fin con la separación de hecho al régimen económico matrimonial (STS de 26 de abril de 2000) (94).

yuge sobre un bien adquirido durante la separación de hecho por el otro cónyuge alegando que es ganancial (PEÑA, 1989, p. 139); se ha propuesto también declarar en la resolución judicial la disolución con efecto retroactivo a una fecha anterior a la petición de disolución (ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, 1988, p. 269) o al momento de iniciación del proceso (RAMS, 1992, p. 415). CUTILLAS TORNOS (1991, p. 1217) se muestra partidario de retrotraer los efectos disolutorios al momento mismo del abandono o de la separación de hecho de mutuo acuerdo, mostrándose contraria a esta solución MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 109), que entiende que la retroacción no podrá tener efectos más allá del año contado a partir de la separación de hecho, ya que es el momento a partir del cual puede pedirse la disolución. Y, frente a terceros, cree, como RAMS ALBESA (1992, p. 415), que lo correcto es que la sociedad continúe vigente hasta que se declare la disolución y haya publicidad registral de la misma que les impida confiar en la existencia de unas garantías que ya no existen (p. 110). *Vid. etiam* GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: "La sociedad de gananciales en liquidación: especial referencia a la comunidad postganancial surgida con ocasión de la crisis conyugal", *Act. Civ.*, 1999-2, pp. 360-362.

(93) Más de cuarenta años (SSTS de 13 de junio de 1986 y 23 de diciembre de 1992), más de treinta años (STS de 17 de junio de 1988), veintiocho años (STS de 24 de abril de 1999), diecinueve años (STS de 14 de marzo de 1998) y once años (STS de 11 de octubre de 1999).

(94) *Vid.* el comentario de GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente: "Comentario STS de 26 de abril de 2000: Disolución de la sociedad de gananciales por separación de hecho. Ausencia de voluntad inequívoca de poner fin al régimen económico matrimonial", CCJC, número 54, octubre/diciembre 2000, marginal 1476, pp. 1213-1223.

El Tribunal Supremo ha considerado en la mayoría de las sentencias que, dándose los requisitos anteriores (fundamentalmente la falta de convivencia y la falta de colaboración), la reclamación de un cónyuge relativa a los bienes adquiridos por el otro durante la separación de hecho es un acto contrario a la buena fe y constitutivo de abuso de derecho al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos, por lo que debe ser denegada (STS de 24 de abril de 1999) (95). Sin negar la subsistencia de la sociedad de gananciales, al menos frente a terceros, el TS, por razones de equidad y para el caso concreto, se limita a excluir la aplicación del principio de comunicación de las ganancias.

Sin embargo, en las SS de 11 de octubre de 1999 (96), 26 de abril y 24 de mayo de 2000, el TS parece ir más lejos, hasta el punto de admitir que la separación de hecho puede constituir una causa de disolución de la sociedad de gananciales que no exige declaración judicial (97).

(95) *Vid.*, entre otras, SSTs de 13 de junio de 1986, 10 de julio de 1986, 26 de noviembre de 1987, 17 de junio de 1988, 23 de diciembre de 1992, 2 de diciembre de 1997, 27 de enero de 1998, 14 de marzo de 1998, 4 de mayo de 1998, 16 de febrero de 1999, 24 de abril de 1999 y 4 de diciembre de 2002. Un análisis de la evolución de la jurisprudencia sobre las consecuencias de la separación de hecho de los cónyuges en la consideración de los bienes que adquieren durante ese tiempo puede verse en MONTERO AROCA, 2003, pp. 51-59.

En opinión de GAVIDIA SÁNCHEZ (2000, p. 1223), “tratándose de supuestos en los que no concurre ninguna de las causas legales de disolución de la sociedad de gananciales, debe ser el que sostenga la mala fe o el abuso del que pretenda la declaración de que un bien adquirido tras la separación es ganancial el que debe demostrar no sólo la separación y que la adquisición tuvo lugar tras ella, sino también que el demandante no contribuyó en absoluto a adquirir ese bien, por haberlo costado con el producto de su trabajo o de la enajenación de bienes privativos, o los datos que pongan de manifiesto esa voluntad inequívoca de poner fin al régimen de gananciales con la separación de hecho. Esto que acabo de decir se parece bastante a una presunción de continuación del régimen de gananciales tras la separación de hecho, salvo prueba en contrario, que me parece es lo menos que cabe exigir cuando el legislador no ha hecho de la separación sin más una de las causas de disolución automática de la sociedad de gananciales”.

(96) Indica esta STS que “el abandono de familia no conlleva la ilógica de que siga existiendo la sociedad de gananciales, ni puede apoyarse esta conclusión en los artículos 1.393-3.º y 1.394, porque respecto del primer precepto, que equipara separación de hecho y abandono de hogar, la jurisprudencia de esta Sala, atenta a la realidad social, ha dado la doctrina que antes se consignó [“la separación de hecho libremente consentida destruye el fundamento de la sociedad conyugal”], que en sí misma pugna con la letra del precepto, no exigiendo por tanto ninguna declaración judicial para declarar extinguida la sociedad de gananciales”. *Vid.* el Comentario de MORALES IMBERNÓN, Nieves: “Comentario a la STS de 11 de octubre de 1999: Disolución automática de la sociedad de gananciales por abandono de familia. Cesión por un cónyuge de su cuota sobre el patrimonio ganancial”, en CCJC, número 52, enero/marzo 2000, pp. 289-307.

(97) Esta solución jurisprudencial ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina porque choca frontalmente con el tenor del artículo 1.393 CC, que exige declaración judicial de disolución: *Vid.* MORALES IMBERNÓN, 2000, p. 1424; GAVIDIA SÁNCHEZ, 2000, p. 1219; CARPIO GONZÁLEZ, I.: “Sobre la conveniencia de la disolución de la sociedad de gananciales desde la admisión de la demanda de separación o divorcio”, *La Ley*, 2004-1, p. 1757; CABEDO SERNA,

No lo cree así la STS de 3 de febrero de 2006 (ponente, Sra. ROCA TRÍAS) (98).

2005, pp. 558-562; MORALEJO IMBERNÓN, 2006, p. 1657, y las obras en ellos citadas. CABEDO SERNA argumenta que no puede entenderse que la separación de hecho sea causa automática de disolución de la sociedad de gananciales a la vista de los artículos 1.388 y 1.368 CC.

El TS, a pesar de reconocer que “pugna con la letra del precepto”, justifica su criterio en estar “la Sala atenta a la realidad social”. “Lo que –dice ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Curso de Derecho Civil, IV: Derecho de Familia*. 10 ed., Edisofer SL, Madrid, 2006, p. 180– es tanto como decir que el TS puede, si lo cree preferible, fallar haciendo caso omiso de la ley. Cosa que, por otro lado, con tanta frecuencia hace, sin decirlo, aunque, ciertamente, suela ser por equidad”.

(98) En el caso resuelto por esta STS, los cónyuges habían contraído matrimonio en régimen de gananciales. Debido a las diferencias entre ellos, se separaron en 1976, en cuyo momento se adoptaron por el Juzgado unas medidas provisionales de separación de los cónyuges, de acuerdo con la legislación vigente. El 15 de julio de 1976, los cónyuges otorgaron un documento privado en el que pactaron: 1. “Separarse voluntariamente de todos los lazos matrimoniales por los que se encuentran unidos. 2. Dividir sus bienes, todos conyugales, de este modo”, siguiendo la descripción de los bienes que tenían y su adjudicación a cada uno de los cónyuges, añadiendo lo siguiente: “sin que este acuerdo pueda ser anulado por ninguna de las partes hasta que se lleve a escritura notarial en la primera quincena del mes de agosto del año actual”.

El 15 de mayo de 1987 se dicta sentencia en el procedimiento de divorcio, instado por el marido “con todas las consecuencias legales inherentes a dicha declaración”, sin hacer especial mención a la liquidación del régimen de bienes.

En 1997, el marido presentó demanda pidiendo que se procediera a la liquidación y adjudicación de la sociedad de gananciales, disuelta como consecuencia de la sentencia de divorcio, a lo que se opuso la mujer por considerar que se había ya disuelto y liquidado por razón del documento firmado en 1976.

El Juzgado de 1.^a Instancia estimó la demanda, sentencia que fue revocada por la Audiencia provincial y contra la que se formula el presente recurso de casación que es estimado por el TS.

Dice el Fundamento Tercero: “El problema planteado es puro y simplemente, si los cónyuges en situación de separación de hecho, pueden pactar [en documento privado] la disolución del régimen. La segunda cuestión, que va ligada con la primera es el valor del documento privado en el que esta disolución se pacta.

“1.º Respecto del problema central que plantea el presente recurso, es decir, si es posible pactar la simple disolución del régimen durante la separación de hecho, sin que los cónyuges se acojan a otro régimen, la respuesta debe ser negativa, porque el artículo 1.392 del Código Civil establece las causas de disolución de pleno derecho del régimen de gananciales y entre ellas no se encuentra la separación de hecho. Es más, el artículo 1.393 del Código Civil prevé esta posibilidad cuando los cónyuges lleven separados de hecho “más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar”, pero en este caso la terminación del régimen se produce por decisión judicial a petición de uno de los cónyuges, supuesto que no se produjo en el caso que nos ocupa. La misma regla, aún más restrictiva, aparecía en la redacción del artículo 1.417 del Código Civil vigente en el momento en que se redactó el documento cuya validez y efectividad ahora se cuestiona.

“2.º Ciertamente, a partir de la Ley 4/1975, de 2 de mayo, fue posible pactar la disolución del régimen de gananciales durante el matrimonio, al permitir esta ley las capitulaciones después de celebrado. Por tanto, cualquier cambio de régimen debía y debe documentarse en la mencionada escritura de capítulos, ya que el artículo 1.392-4.º del Código Civil establece que el régimen también concluirá «cuando los cónyuges convengan un régimen distinto», pero siempre «en la forma prevenida en este Código» (art. 1.315 CC).”

En el Fundamento de Derecho Cuarto acaba afirmando que, “por lo tanto, no hay prece-

5. Concurrir alguna de las causas a que se refiere el artículo 46 Lrem.

A) *Consecuencias de la infracción de las reglas de gestión de la economía familiar.*

El consorcio conyugal concluirá por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges, *en caso de concurrir alguna de las causas a que se refiere el artículo 46*. La letra d) del artículo 63 Lrem. contiene, por tanto, una remisión expresa a las causas de disolución del consorcio conyugal referidas en el artículo 46 en sede de gestión de la economía familiar (99).

El artículo 46 Lrem. se refiere, en el apartado 1, a *los supuestos de graves o reiterados desacuerdos sobre la gestión de la economía familiar* y, en el apartado 2, al *incumplimiento reiterado del deber de informar al otro*. Indica también el artículo 46 que, en el caso de los desacuerdos, ambos cónyuges tienen legitimación activa para pedir la *disolución y división* del consorcio, mientras que cuando uno incumpla reiteradamente su deber de informar, la legitimación es sólo del otro. Dice el precepto también que lo que se pide al juez en ambos casos es la *disolución y división* del consorcio, por lo que el juez, una vez acordada la disolución, debe supervisar también el proceso de liquidación hasta la división y adjudicación de los bienes comunes que, a falta de acuerdo entre los cónyuges, se practicará por los trámites de la LEC.

El precedente de estas causas de disolución en la Compilación habría que buscarlo, por un lado, en el artículo 52, que de manera indirecta (100) remitía a las causas previstas en el artículo 49-2 Comp. (“supuestos de graves y reiterados desacuerdos sobre la administración o disposición de los bienes comunes”) (101), pero también, no sin cierta reiteración, en la remisión del artículo 52 Comp. a los supuestos del artículo 1.393 CC, en particular a los contemplados en los números 2.º (*venir el otro cónyuge*

dentes en nuestra jurisprudencia que avalen la decisión de la sentencia apelada, que admitió la validez de la disolución voluntaria del régimen de gananciales por existir separación de hecho”.

(99) La CADC consideró más elegante mantener en sede de gestión las causas de disolución del consorcio conyugal que tienen que ver con los desacuerdos sobre la gestión de la economía familiar y aquí hacer una simple remisión al artículo 46. *Vid.* Acta 123, de 27 de junio de 2001.

(100) A diferencia de la incierta remisión del artículo 52 Comp. (“sin perjuicio de las causas previstas en esta Compilación”), la remisión del artículo 63 d) Lrem. no suscita duda alguna al remitirse directamente a las causas a que se refiere el artículo 46.

(101) Para MERINO HERNÁNDEZ (*Comentarios*, 1990, p. 58) el artículo 49-2 Comp. contiene una causa especial de disolución, “no prevista en otros ordenamientos jurídicos (desde luego, el Código no la contempla ni parece que pueda llegarse a ella fácilmente a partir de su propia normativa en la materia)”. En cambio, para RAMS ALBESA (*Comentarios*, 1993, pp. 261-263 y 286), “los supuestos-causas del artículo 1.393-2.º y 4.º CC están ya contenidos, incluso de forma más amplia, en el específico de disolución previsto en el artículo 49-2.º de la Compilación”.

realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad) y 4.º (incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas).

Estas causas de disolución son una consecuencia de la infracción de las reglas generales que rigen la gestión de la economía familiar: el gobierno de la familia y las decisiones sobre la economía familiar corresponden a ambos cónyuges, que tienen el deber de gestionar el patrimonio común y los suyos privativos con la debida diligencia y teniendo en cuenta el interés de la familia, así como el de informarse recíprocamente sobre la gestión que cada uno realice (arts. 4, 6 y 45 Lrem.).

La petición de disolución y división del consorcio conyugal por los graves o reiterados desacuerdos sobre la gestión de la economía familiar, así como por los reiterados incumplimientos del deber de información recíproca, es una solución que supone la ruptura de la mutua confianza y de la lealtad recíproca que deben reinar en el seno de la comunidad matrimonial; por ello, lo lógico es que, para lo sucesivo, si se mantiene el matrimonio, exista entre los cónyuges separación de bienes. En teoría, tampoco hay que descartar que los cónyuges se pongan de acuerdo para iniciar un nuevo consorcio conyugal. El artículo 46-1 Lrem. dice que la separación de bienes regirá para lo sucesivo “en su caso”, con lo que viene a ser una mera confirmación de la regla general contenida en el artículo 66-1 Lrem. sobre el régimen subsiguiente a la disolución (cfr. art. 1.435-3.º CC).

Hay también en la Ley soluciones que pueden funcionar como alternativas a la petición de disolución del consorcio. Una es la petición de que se prive al otro de sus facultades de gestión individual. Dice el artículo 59 Lrem. que *cuando por actos de uno de los cónyuges se haya puesto en peligro repetidamente la economía familiar, el otro cónyuge puede pedir al Juez que prive a aquél en todo o en parte de sus facultades de gestión* (102). Otra es la petición al juez de que le confiera a él solo la gestión del patrimonio común cuando el otro se encuentre imposibilitado para la gestión (art. 58 Lrem.), por ser persona incapaz no incapacitada, hallarse desaparecida, etc. (el art. 1.388 CC incluye el abandono de la familia y la separación de hecho). Por último, otra solución posible es tramitar la incapacitación o la declaración de ausencia (en su caso, la de prodigalidad) de un cónyuge, en cuyo caso la gestión del patrimonio común corresponde automáticamente al otro (art. 60 Lrem.), en el Código Civil sólo si es tutor o representante de su consorte (art. 1.387 CC).

(102) En el ámbito del Código Civil, dice LACRUZ (2005, p. 245) que “el hábito de una mala administración, poniendo en peligro el interés de la familia, faculta no para pedir la puesta en administración de los bienes gananciales, sino para provocar la disolución del consorcio”.

B) Desacuerdos sobre la gestión de la economía familiar.

La fórmula empleada en el artículo 46-1 Lrem. es muy amplia (*desacuerdos*) y, al estar referida a la “gestión de la economía familiar”, que comprende tanto la del patrimonio común como la de los suyos privativos (art. 45-2), permite incluir en ella muchos y variados supuestos (103). Desde luego más que la fórmula del artículo 49-2 Comp.

Los cónyuges deben gestionar tanto el patrimonio común como los suyos privativos con la debida diligencia y teniendo en cuenta el interés de la familia (art. 45-2 Lrem.); por ello, los desacuerdos pueden producirse sobre la gestión de los bienes comunes, pero también sobre la de los privativos de cada cónyuge, porque también la mala gestión de los bienes privativos puede impedir que éstos produzcan sus frutos para la comunidad (104).

Los actos que provocan el desacuerdo pueden ser dispositivos o de mera administración y debe pretender realizarlos o haberlos realizado un cónyuge por sí solo, tanto si requieren el consentimiento del otro cónyuge como si tiene habilitación legal o paccionada para realizarlos individualmente (105).

Por otra parte, el texto legal aragonés permite entender que los desacuerdos pueden recaer tanto sobre actuaciones como sobre omisiones de los cónyuges, cuando se trate de supuestos como el incumplimiento grave o habitual del deber de levantar las cargas familiares o la negativa reiterada de un cónyuge a cooperar en la administración de los bienes comunes de tal manera que la haga imposible (106).

(103) En cambio, como dice LACRUZ (2005, p. 245), “la causa segunda del artículo 1.393 CC es de corto alcance, quedando fuera de su letra accidentes que sólo con la disolución tienen adecuado remedio: por ejemplo, la negativa absoluta y reiterada de un esposo a cooperar en la administración, al menos con su asentimiento que llega a hacer ésta imposible; y, en otro aspecto, también debería ser causa de disolución el incumplimiento grave y habitual por parte de un cónyuge de su deber de levantar las cargas familiares. Acaso quepa entender que el artículo 1.393-2.º incluye en la expresión actos las omisiones, y que, por tanto, se extiende a supuestos como los mencionados”.

(104) En el mismo sentido, para el Código Civil, por todos, LACRUZ, 2005, p. 245; ALBALADEJO, 2006, p. 180; MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 107.

(105) DE LOS MOZOS (1999, p. 570), para el Código Civil, dice que “no se trata de actos que un cónyuge realiza de administración y disposición sobre bienes comunes, sin el consentimiento del otro, y en contravención del Código (art. 1.322), sino de aquellos en los que se halla legitimado para actuar, por capitulaciones o por ley, en la gestión patrimonial”.

Señala MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 107) que los actos han de ser realizados por un solo esposo legítimamente, es decir, dentro de la esfera reservada a su gestión individual (como ocurrirá con ciertos bienes gananciales y con todos sus privativos) o indistintamente atribuida a él o al otro, ya que el CC no habla de actos ilegales, sino fraudulentos, dañosos o peligrosos. Estamos, por tanto, fuera del marco estricto de la ilegalidad, entendida como falta de competencia para actuar de la que se habla, por ejemplo, en el artículo 1.397-2.º CC.

(106) Así lo defienden para el Código Civil LACRUZ (2005, p. 245), PEÑA (1989, p. 281, nota 187), MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 107) y DE LOS MOZOS (1999, 571), entre otros. Pero,

En todo caso, habrá que probar que los desacuerdos son graves o reiterados: basta lo uno o lo otro, lo que supone un cambio en relación a la Compilación. La gravedad del desacuerdo está en relación a la trascendencia o importancia que el acto realizado o por realizar sobre el que discrepan los cónyuges tiene para la economía de la familia. Si el desacuerdo es grave o no deberá ser decidido por el juez. Ahora bien, basta que haya desacuerdos no graves, siempre que se hayan reiterado durante el tiempo necesario para llegar a la convicción de que el acuerdo en la gestión familiar resulta difícil. En definitiva, esta causa viene a permitir solicitar la disolución del consorcio por voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges cuando no alcancen el grado de entendimiento necesario en la gestión de la economía familiar.

No es necesario que los desacuerdos procedan de actos de gestión que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en el consorcio, como se exige en el artículo 1.393-2.º CC. Si los actos de gestión son de esta índole, seguro que ocasionan desacuerdos, que si son graves o reiterados serán causa para que cualquiera de los cónyuges pueda solicitar la disolución y división del consorcio conyugal (107). Pero el desacuerdo puede producirse también aunque en la gestión de la economía familiar no se den esas circunstancias de fraude, daño o peligro. Basta que exista el desacuerdo entre los cónyuges.

La doctrina del CC, al interpretar el artículo 1.393-2.º, entiende que debe tratarse de una conducta reiterada y no de actos de carácter aislado, a la vista de la expresión “venir realizando” que emplea el precepto. Dicha conducta debe ser la causa (relación de causalidad) de un fraude o un daño para los derechos del otro cónyuge o un peligro, que debe ser real y objetivo, lo que supone sancionar no solamente unos hechos preteritos, sino también prevenir la realización de actos futuros. No es necesaria una conducta dolosa, bastará con que sea culposa e incluso puede

como dice este último autor, en realidad, para extenderlo a las omisiones, el texto legal debía haber estado formulado de otro modo. Y en opinión de MARTÍN MELÉNDEZ, la extensión es discutible “cuando ambos cónyuges indistintamente tienen atribuida la administración o disposición, puesto que lo que no haga un cónyuge, podrá realizarlo el otro, evitándose así el daño. Sólo cuando a pesar de todo, el cónyuge preocupado por la gestión no pueda materialmente llevarla a cabo buenamente, por falta de pericia, tener otras ocupaciones, etc., cabrá pensar en la causación de un daño o peligro por el que mantiene una conducta pasiva y, entonces, sí cabrá pedir la disolución”.

(107) La enmienda número 64, del GP Chunta Aragonesista, que fue rechazada, proponía añadir en el apartado 2 de este artículo que “cada cónyuge podrá también solicitar la disolución y liquidación del consorcio cuando el otro [...] realice por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos que en el consorcio correspondan al que lo solicite”. Como se dice en el texto, estos actos de gestión originarán el correspondiente desacuerdo sobre la gestión de la economía familiar, por lo que, si los desacuerdos son graves o reiterados, estarán incluidos en el supuesto del artículo 46.1 Lrem.

haber gestión perjudicial sin deslealtad o negligencia, bastando la mera ineptitud para los negocios (108).

Además de la petición de disolución del consorcio conyugal, o al margen de ella, los desacuerdos sobre determinados actos de gestión de los bienes comunes pueden producir otras consecuencias previstas en la Ley. Así cuando un cónyuge se niegue “injustificadamente” a prestar su consentimiento a los actos de administración o disposición realizados o que pretenda realizar el otro, éste podrá acudir al juez para que resuelva lo procedente (art. 52 Lrem. o 1.376 CC); al caso de venta de una cosa común realizada por uno solo de los cónyuges, cuando es necesario el consentimiento de ambos, da completa solución el artículo 53 Lrem.; el acto de disposición válidamente realizado a título oneroso por uno de los cónyuges sobre el patrimonio común, pero en fraude de los derechos del otro cónyuge, podrá ser rescindido a solicitud de éste si el adquirente hubiese sido cómplice en el fraude (art. 54 Lrem.; cfr. art. 1.391 CC); otra solución suministra el artículo 44-4 Lrem.: los patrimonios privativos deben indemnizar al común el importe actualizado de los daños y perjuicios que el marido o la mujer le hayan causado por acción dolosa o gravemente negligente (cfr. art. 1.390 CC) (109).

Los actos de disposición entre vivos a título lucrativo son nulos de pleno derecho, con excepción de las liberalidades usuales, según las circunstancias de la familia (art. 55 Lrem.).

C) *Incumplimiento del deber de información recíproca.*

Según el artículo 46-2 Lrem., *la misma decisión [que el juez disuelva y divida el consorcio conyugal] podrá solicitar un cónyuge cuando el otro incumpla reiteradamente su deber de informar.*

Indica el artículo 45-3 Lrem. que *los cónyuges deben informarse recíprocamente sobre la gestión del patrimonio común y de los suyos privativos, y sobre los resultados económicos de la profesión o negocio que ejer-*

(108) GARCÍA URBANO, 1991, p. 763; MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 108; LACRUZ, 2005, p. 245; ALBALADEJO, 2006, p. 180; Díez-PICAZO y GULLÓN, 2006, p. 192. El estado de la cuestión en el Código Civil lo refleja bien CABEDO SERNA, 2005, pp. 555-556.

(109) Las diferencias existentes entre los artículos 1.390 y 1.391 y el artículo 1.393-2.º radican en que los dos primeros se refieren a actos de carácter aislado y sólo contemplan los supuestos de fraude y daño, mientras que el tercero se refiere a una conducta y también incluye el supuesto de peligro para los intereses del otro cónyuge, por lo que no sólo cabe la disolución por actos pasados, sino también por actos futuros (DE LOS MOZOS, 1999, pp. 569-570; MORALES IMBERNÓN, 2006, p. 1660).

RAMS ALBESA (1992, p. 413), seguido por MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 108) entienden, en contra de lo sostenido por otros autores, que aunque los actos contenidos en los artículos 1.390 y 1.391 CC sean reiterados, puede solicitarse la disolución y además la indemnización o/y la rescisión cumulativamente.

zan (cfr. art. 1.383 CC). Esta norma es una especificación para el consorcio conyugal de la más general contenida en el artículo 6 Lrem., según la cual *cada cónyuge está facultado para exigir al otro información suficiente y periódica de la gestión de su patrimonio, de sus ingresos y de sus actividades económicas, en orden a la toma de decisiones sobre la economía familiar y la atención de las necesidades familiares*. La información sobre la gestión ha de ser recíproca, suficiente, periódica, sobre resultados, no siendo necesario que cada cónyuge informe puntualmente sobre todos y cada uno de los actos que realice en su ámbito de gestión individual del patrimonio común o privativo.

El incumplimiento de este deber general de información recíproca basta que sea reiterado (art. 46-2 Lrem.), por lo que no hace falta que sea a la vez grave, como exige el artículo 1.393-4.º CC (110), ni es suficiente con que sea sólo grave. El incumplimiento será reiterado cuando no se facilite información suficiente durante un período de tiempo cuya duración haga pensar que ya no se va a producir un ulterior cambio de conducta, sin que el suministro de una información parcial excluya la aplicación de este supuesto (111). Teniendo en cuenta que el cumplimiento de este deber es un hecho negativo de difícil determinación, puede servir de prueba la existencia de requerimientos previos reclamando su cumplimiento, pero la aplicación del precepto no exige tales requerimientos previos (112).

La ruptura de la confianza y la deslealtad parecen ser los argumentos que justifican la decisión de pedir la disolución, que –como dice MORALEJO IMBERNÓN (113)– no siempre será beneficiosa para el cónyuge frente al cual se haya omitido el deber de información, razón por la cual la ley le reconoce sólo a él la facultad de provocar la disolución del régimen económico matrimonial. No obstante, si la conducta le hubiera producido un daño, tendrá además este cónyuge la posibilidad de obtener una indemnización o compensación ex artículo 1.390 CC (o 44-4 Lrem.).

(110) Los calificativos de infracción “grave” y “reiterada” deben entenderse cumulativamente, tal y como se deriva del uso de la conjunción copulativa “y” empleada en el Código (MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 110; CABEDO SERNA, 2005, p. 563), aunque RAMS (1992, pp. 413-414) opina que basta con que la falta de comunicación sea o grave o reiterada.

La STS de 4 de mayo de 1998 declaró la disolución de la sociedad de gananciales respecto de un matrimonio separado de hecho hacía al menos tres años, considerando que “la falta absoluta de información persistentemente mantenida durante tres años debía ser calificada de grave y reiterada”. *Vid. etiam* STS de 16 de febrero de 1999.

(111) *Vid.* LACRUZ, 2005, p. 245, seguido, entre otros, por DE LOS MOZOS, 1999, p. 574.

(112) GARCÍA URBANO, 1991, p. 764. El TS, respecto del artículo 1.393-4.º, ha dicho que la aplicación del precepto no exige previos requerimientos del cónyuge solicitando información al otro; muy al contrario, la aplicación del precepto es *ope legis*, es decir, que si uno de los cónyuges no informa de su gestión al otro, éste sin más puede solicitar la disolución de la sociedad de gananciales (STS de 16 de febrero de 1999, A. 1241).

(113) 2006, p. 1660.

6. Haber optado por la disolución del consorcio en caso de ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas del otro cónyuge, conforme a lo especialmente dispuesto en el apartado 2 del artículo 43 Lrem.

A) *Opciones ante la ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas.*

En el régimen de la Compilación era dudoso si, como un complemento del régimen de la responsabilidad de los bienes comunes por deudas privativas de un cónyuge, contenido en el artículo 46 de la Compilación, y en virtud de la remisión del artículo 52-2.º Comp. al 1.393 CC (114) y de éste, aunque de forma indirecta, a los artículos 1.373 y 1.374 CC (115), podía considerarse causa para pedir la disolución del consorcio conyugal el embargo de bienes comunes por deudas privativas (116).

Ahora tal posibilidad está expresamente contemplada en el apartado 2 del artículo 43 Lrem., al que, también de forma expresa, se remite la letra e) del artículo 63 Lrem. El cónyuge no deudor puede optar, si no quiere soportar el embargo del bien común por deudas privativas del otro, por pedir la liquidación del consorcio, sin disolución, al exclusivo fin de constatar el valor que ha de quedarle a salvo, *o pedir la disolución y división del consorcio.*

La posibilidad de embargar bienes comunes por deudas de un cónyuge es acorde con el principio de responsabilidad patrimonial universal del

(114) Dice su último apartado: *En cuanto a la disolución de la sociedad por el embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias, se estará a lo especialmente dispuesto en este Código.*

(115) El apartado 1 del artículo 1.373 dice: *Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla.*

Artículo 1.374: *Tras la disolución a que se refiere el artículo anterior se aplicará el régimen de separación de bienes, salvo que, en el plazo de tres meses, el cónyuge del deudor opte en documento público por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales.*

(116) Lo defendió DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús ("Comentario STS de 2 de julio de 1984", CCJC, núm. 6, septiembre/diciembre 1984, pp. 1935-1942) y yo mismo, aunque manifestándome a favor de una interpretación restrictiva de la opción (*Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 586-591). RAMS ALBESA, en cambio, entendió que el inciso final del artículo 1.393 CC chocaba frontalmente con la formulación del artículo 46-1 Comp., bastante menos rígida que la del artículo 1.373 CC (*Comentarios*, 1993, p. 286).

Algunas resoluciones de Audiencia hicieron aplicación del artículo 1.373 CC (*vid.* SAPZ 4 de febrero de 1995 –RDCA 1997-1.º–, AAPZ 12 de mayo de 1997 –RDCA 1998–, SAPH 16 noviembre 1998 –RDCA 1999-2.º–, AAPZ 18 de julio de 2000 –RDCA 2001-2002).

artículo 1.911 CC: el patrimonio personal del cónyuge deudor está compuesto no sólo por sus bienes privativos (que puede incluso, y así sucederá en muchos casos, carecer de ellos), sino también por su parte en el común. Sería injusto para los acreedores de uno de los cónyuges que tuvieran que esperarse a la liquidación de la comunidad matrimonial para poder cobrar su crédito sobre los bienes comunes adjudicados al deudor por el solo hecho de no tener éste bienes privativos o de ser insuficientes (117).

Si la deuda de un cónyuge es privativa, se permite, durante la vigencia de la comunidad matrimonial, que el embargo, a falta de bienes privativos del deudor, o siendo éstos insuficientes, circunstancias que no corresponde probar al acreedor (118), pueda afectar a los bienes comunes, pero a salvo siempre el valor que en ellos corresponde al otro cónyuge, así como los preferentes derechos de los acreedores por deudas comunes (art. 42 Lrem.); en Aragón, para conseguir que el embargo no le afecte, el cónyuge no deudor puede optar por pedir la liquidación sin disolución

(117) DE LA CÁMARA, 1986, p. 480; MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 117.

(118) Como dice BLANDINO GARRIDO, M.^a Amalia (*Régimen jurídico de las deudas tras la disolución de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 171-172, nota 360), “constituye opinión compartida por la mayor parte de los comentaristas la de que no cabe exigir a los acreedores la prueba de la inexistencia o insuficiencia de tales bienes [como declara la STS de 3 de junio de 1988], habida cuenta de la dificultad de probar hechos negativos, bastando con que manifiesten no haber hallado otros bienes. De este modo, se considera más lógico que sea el cónyuge no deudor que se oponga al embargo de los consorciales el que demuestre, en su caso, la insuficiencia de los bienes privativos de su consorte (o, incluso, que sea el propio cónyuge deudor, si tiene interés en defender el patrimonio ganancial, quien aporte dicha prueba)”. Indica esta autora que siguen este criterio BLANQUER UBEROS, CARRASCO PERERA, DE LA CÁMARA, DE LOS MOZOS, GIMÉNEZ DUART, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, MATA PALLARÉS, RAGEL, SERRANO GARCÍA, TORRALBA y MEDRANO SÁNCHEZ. En contra, BELLO JANEIRO, Domingo: “Cauce procesal para ejercitar el derecho de sustitución del artículo 1.373 CC (La tercería de dominio sobre bienes gananciales)”, *La Ley*, 1993-2, pp. 875-898.

Aunque el artículo 541-3 LEC no prevé expresamente la oposición del cónyuge no deudor al embargo de bienes comunes por existir otros bienes privativos del deudor, su viabilidad se encuentra implícita en la *ratio legis* de los artículos 541-3 LEC, 1.373 CC y 42 Lrem. que en caso de deudas propias de uno de los cónyuges tan sólo prevén el embargo de bienes gananciales subsidiariamente, por lo que, como dice ACHÓN BRUÑEN, María José (“Los problemas del cónyuge del ejecutado para defender sus intereses en los procesos de ejecución en que resultan embargados bienes gananciales”, RCDI, núm. 687, enero-febrero 2005, p. 164), en estas situaciones no existe inconveniente alguno en que el cónyuge no deudor ejercite una especie de derecho de excusión, interesando, ex artículo 612 LEC, la sustitución del embargo de todos o parte de los gananciales trabados por otros bienes privativos concretos de su consorte que todavía no hubieren sido embargados y que el cónyuge no deudor ha de señalar. En el mismo sentido, OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio (*Deuda y sociedad de gananciales en los diversos procesos*, Colex, Madrid, 2002, pp. 137-138) y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (en VVAA: *El Derecho de Familia y Sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2.^a ed. 2003, p. 98).

o la disolución seguida de la liquidación y división del consorcio conyugal (arts. 43 Lrem. y 541 LEC) (119).

En el ámbito del Código Civil, conforme al artículo 1.373 CC, el cónyuge no deudor sólo puede pedir lo segundo (120). La mejor doctrina rechaza la tesis de la limitación del embargo a la mitad de los gananciales [defendida por RAGEL SÁNCHEZ (121)] y considera que tanto el CC como la nueva LEC no limitan el derecho del acreedor privativo a embargar bienes gananciales y que el embargo de cuota sólo puede ser resultado de la disolución del consorcio y de su conversión en sociedad posganancial (122).

Además, cuando consienta el embargo de los bienes comunes, a tenor de lo previsto en el artículo 541-4 LEC, *el cónyuge al que se haya notificado el embargo podrá interponer los recursos y usar de los medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los intereses de la comunidad de gananciales* (123). En este apartado se puede apoyar la

(119) Vid. J. A. SERRANO GARCÍA, en VVAA: *Manual de Derecho civil aragonés* (dir. J. DELGADO ECHEVERRÍA), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 327-332; MEDRANO SÁNCHEZ, Juan Ignacio: "Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón", en *Actas de los decimoterceros encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004), pp. 9 a 68.

(120) Sobre la imposibilidad, en el ámbito del CC, de que el cónyuge no deudor funde su oposición en que se han embargado bienes gananciales por un valor superior al que pudiese corresponder al cónyuge deudor, *vid.* ACHÓN BRUÑÉN, 2005, pp. 166-168; MÁS BADÍA, M.^a Dolores: *La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 57-70; BLANDINO GARRIDO, 1999, pp. 172-173.

Para GUILARTE GUTIÉRREZ (2003, p. 52) es un monumental error normativo la solución que el artículo 1.373 CC y ahora el 541 LEC contienen, propiciada por la tesis de la comunidad germánica, pues obliga a liquidar la difusa masa común para poder ultimar la agresión patrimonial sobre la mitad perteneciente al esposo responsable. Este autor califica de absurda la solución liquidatoria del artículo 1.373 CC por referencia a sus precedentes comparados (*vid.* pp. 56-63) y llega a la conclusión de que, "al persistirse en la idea de que vigente la sociedad conyugal no hay posibilidad de agredir bienes, como permite el Código francés, ni tampoco es posible la realización de concretos bienes comunes por deudas individuales hasta el valor total de la cuota que en la comunidad tiene el cónyuge responsable, como hace el Código italiano, sino que es precisa la liquidación del consorcio conyugal y, paralelamente, desde el momento en que el artículo 541 LEC posibilita procesalmente la declaración de individualidad de la deuda —antes casi inviable— que abre camino a tal posibilidad, nos encontramos ante una situación que advierto dramática para los acreedores que, sin el potencial de las grandes entidades de crédito, no toman precaución alguna al contratar con la persona casada sometida al régimen de la sociedad legal de gananciales". En las pp. 66-71 expone su valoración crítica de la opción asumida por el artículo 541 LEC.

(121) RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 185 y 240 a 242.

(122) *Vid.*, por todos, MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 121-124; OCAÑA RODRÍGUEZ, 2002, pp. 132-133.

(123) *Vid.*, por todos, el comentario a este apartado de GUILARTE GUTIÉRREZ, 2003, p. 108.

Entendemos, con ACHÓN BRUÑÉN (2005, p. 163), que si el cónyuge no deudor se opone a la ejecución utilizando los medios de impugnación que la ley pone a disposición del ejecutado,

posibilidad que siempre tiene el cónyuge del deudor de alegar la existencia y suficiencia de bienes privativos en el patrimonio de su consorte ejecutado, evitando así que la ejecución pueda recaer sobre bienes gananciales, pese al silencio legal existente (124).

B) Procedimiento para pedir la disolución.

Pues bien, *si la ejecución se siguiere a causa de deudas propias de uno de los cónyuges* [lo que pocas veces sucederá con la nueva LEC, ya que todo acreedor puede proceder contra los bienes comunes por la vía del artículo 541-2 LEC con sólo alegar que a su juicio la deuda es consorcial (125)] *y se persiguiesen bienes comunes a falta o por insuficiencia de los privativos* (126), *el embargo de aquéllos habrá de notificarse al cónyuge no*

tácitamente está consintiendo el embargo, por lo que no podrá simultáneamente interesar la disolución de la sociedad conyugal o, en Aragón, la liquidación sin disolución, sin perjuicio de que en el caso de que sus esfuerzos para defender los bienes gananciales resulten vanos por ser desestimada la oposición a la ejecución, pueda ulteriormente intentar defender sus propios intereses solicitando la disolución de la comunidad conyugal o, en Aragón, su liquidación sin disolución.

(124) GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: “Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial”, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo IV, dirigidos por LORCA NAVARRETE y coordinados por GUILARTE GUTIÉRREZ, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 2583; OCAÑA RODRÍGUEZ, 2002, p. 138.

(125) Si el acreedor ejecutante ha afirmado el carácter consorcial de su crédito en la demanda ejecutiva o solicitud de ejecución y el cónyuge del deudor, notificado del embargo, opta por disolver el consorcio, en lugar de oponerse o sin oponerse; o tal cónyuge opta por la disolución tras haber precluido el plazo de diez días de la oposición, ningún efecto –dice OCAÑA RODRÍGUEZ (2002, p. 136)– puede producir su voluntad de disolver la sociedad ganancial y debe continuar el embargo del bien concreto hasta ser subastado o realizado. No cabe dar cancha a esta voluntad de disolución de la sociedad, cuando debe enfrentarse a una petición del ejecutante que afirma que su deuda es de responsabilidad y cargo en su caso de la sociedad de gananciales, pues lo contrario entrañaría indefensión absoluta del acreedor.

Y ganado el incidente de privatividad por el cónyuge del deudor, aunque el artículo 541-2 LEC habla de que éste “podrá” pedir la disolución de la sociedad conyugal conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente, no se trata de un derecho potestativo ni menos aún diferible *ad kalendas graecas*. Los principios de economía procesal, de tutela judicial efectiva del acreedor ejecutante (art. 24 Const.), de no suspensión de la ejecución (art. 565 LEC), determinan que, finalizado el incidente, el juez fije un plazo perentorio al cónyuge del deudor para que ejercite la facultad de optar (facultad que, como mínimo, debió anunciar en su oposición), so pena de tenerlo por conforme con el apremio sobre el bien ganancial concreto y de tenerse que resarcir en las relaciones internas, como prevé el artículo 1.373-2 CC (OCAÑA RODRÍGUEZ, 2002, pp. 143-144).

(126) En el incidente de oposición del artículo 541-2 LEC, el cónyuge del deudor puede pretender que se declare que el crédito es privativo y que, por ello, no deben responder del mismo directamente los gananciales, e incluso ni siquiera de modo subsidiario ex artículo 1.373 porque “además” existen otros bienes suficientes privativos de su consorte aptos para el embargo. Uno de los motivos por los que no debe responder de la deuda el bien ganancial embargado es porque hay otros bienes privativos que ahora desvela el cónyuge del deudor. De igual

deudor. En tal caso, si éste optare por pedir la disolución de la sociedad conyugal (puede optar por no pedirla, o en Aragón también por pedir la liquidación sin disolución), el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre división del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes (art. 541-3 LEC). Así, el artículo 541 LEC ha puesto fin a la polémica que existe acerca del procedimiento por el que el cónyuge no deudor puede ejercitar su derecho a pedir la disolución, o en Aragón la liquidación sin disolución, en caso de embargo de bienes comunes por deudas privativas, siendo la *voluntas legislatoris* que se ejercite como un medio de oposición a la ejecución (127). Parece que ni siquiera los acreedores consorciales pueden ejercitar la pretensión de disolución del consorcio por vía subrogatoria (128).

Indica MEDRANO SÁNCHEZ que, “aunque es una opción personal del cónyuge no deudor (en términos de exigencia se expresa el art. 1.373 CC), que no parece necesitar de pronunciamiento judicial, lo cierto es que el legislador aragonés se ha decantado por configurar esta causa de disolución, no como una causa de disolución de pleno derecho, en este caso por voluntad de uno sólo de los cónyuges, aunque sea justificada en el apre-

modo, también el apartado 3 del 541 LEC, cuando el acreedor afirma que su crédito es deuda privativa del cónyuge obligado, parte de la falta o insuficiencia de los bienes privativos, por lo que el cónyuge no deudor siempre podrá eludir la opción de disolver, desvelando bienes suficientes privativos a embargar (OCAÑA RODRÍGUEZ, 2002, p. 138; desarrolla la idea en las pp. 139 y 140). En el mismo sentido, GUILARTE GUTIÉRREZ, 2003, pp. 87-88 y 98.

(127) El artículo 1.373 CC, aun partiendo de la posibilidad de trabar bienes comunes por deudas privativas, no aclaraba para nada los pasos previos en virtud de los cuales pudiera decidirse la privatividad o consorcialidad externa de la deuda. Posibilidad esta última que el artículo 144-1 RH contemplaba, dando lugar a una presunción de ganancialidad pasiva altamente perturbadora dadas las dificultades que para combatirla derivaban de la indefinición del cauce procesal con que materializar esa oposición por parte del cónyuge no deudor (en palabras de GUILARTE GUTIÉRREZ, 2003, p. 74).

Con anterioridad a la vigente LEC, la doctrina discutía acerca del procedimiento por el que el cónyuge del deudor debía ejercitar la opción que le brindaba el artículo 1.373 CC o 46 Comp. Así, había autores que defendían que el mecanismo oportuno era la interposición de una tercería de dominio; otro sector doctrinal se pronunció a favor de la vía de la mera comparecencia ante el órgano judicial; otro mecanismo de defensa propuesto por la doctrina fue el incidente de previo y especial pronunciamiento. El TS vino a reconocer la procedencia de este incidente en la STS de 12 de enero de 1999, si bien con anterioridad ya había sido admitido por el TSJ de Navarra en la S de 10 de mayo de 1997. Y este es también el camino tomado por la nueva LEC.

Vid. el estado de la cuestión en ACHÓN BRUÑÉN, 2005, pp. 169-170, nota 76; GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 522 a 548; 2003, pp. 47-56; BELLO JANEIRO, 1993 (3), pp. 879-898; MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 135-143; RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, pp. 165-167; MÁS BADÍA, 1999, pp. 83-168; BLANDINO GARRIDO, 1999, pp. 175-177 y nota 369.

(128) ACHÓN BRUÑÉN, 2005, p. 175.

mio soportado por el consorcio en razón a deudas privativas del otro cónyuge, sino que, repito, lo ha perfilado como una de las causas de disolución por decisión judicial. Lo que se solventa en el artículo 541-3 LEC con un procedimiento breve y sencillo, una mera audiencia de los cónyuges (129). No se cita al acreedor” (130).

La doctrina del Código Civil entiende que la petición de disolución del cónyuge no deudor (directamente o a través de la solicitud de sustitución de la traba en el caso del art. 1.373 CC), salvo si actúa con abuso de derecho, es vinculante para el juez que entiende del proceso de ejecución, y provocará la ineludible disolución de la comunidad matrimonial, sin que sea necesaria una resolución motivada por parte del órgano judicial (131).

(129) MEDRANO SÁNCHEZ, 2004, p. 41. Señala además este autor en la nota 43 que “el artículo 541-3 LEC incurre aquí en un notorio error, pues la aprobación judicial, necesaria conforme al artículo 63-e) Lrem. para la disolución, la referencia, no a la mentada disolución, sino a la división. Es una afirmación absurda y así resulta en cuanto inmediatamente dispondrá que el juez ordenará que a continuación se lleve a cabo la liquidación conforme al procedimiento disciplinado en la misma Ley. Que acaba precisamente con la división. Es evidente que aquella aprobación sólo puede estar referida al presupuesto de la liquidación, esto es la disolución de la comunidad”. En el mismo sentido, GUILARTE GUTIÉRREZ, 2003, p. 106.

En cambio, para OCAÑA RODRÍGUEZ (2002, p. 145), “la audiencia de los cónyuges prevista en el artículo 541-3 LEC debe referirse, no a la causa de la disolución del régimen ganancial, que es automática a tenor del artículo 1.373 CC, sino al modo o procedimiento de liquidación”. Cree que la audiencia de los cónyuges tiene la finalidad de recabar de los mismos información acerca de si van a llevar a efecto la partición de los gananciales por medios privados ex artículo 402 CC o acudiendo por el contrario al procedimiento divisorio de los artículos 806 y ss. LEC.

Señala GUILARTE GUTIÉRREZ (2003, p. 104) que no se entiende bien la mentada referencia a la audiencia de ambos cónyuges. “Parece claro –dice– que expresada su opción disolutoria por el no responsable bastaría con oír al otro. Quizá se pretenda configurar aquélla como una especie de réplica a las alegaciones contrarias a la disolución que efectúe el cónyuge responsable o, más cabalmente, se esté pensando en una audiencia conjunta de ambos esposos que permita apreciar por parte del Juez una connivencia defraudatoria de los intereses del acreedor”.

(130) GUILARTE GUTIÉRREZ (2003, pp. 104-105) considera ilógica y antinatural la falta de audiencia al acreedor. Por ello, a pesar de la omisión de toda mención a su audiencia, le parece que su práctica resulta recomendable, encontrando finalmente apoyo, si bien un tanto indirecto, en el principio que subyace en el artículo 1.402 CC en relación con los artículos 1.082 y 1.083 CC.

(131) Así lo entiende la mayoría de la doctrina del Código Civil: *vid.*, entre otros, MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 125 y 143-145; SERRANO ALONSO, 1997, p. 23; HERNÁNDEZ RUEDA, Nuria: *Régimen de responsabilidad por deudas privativas durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Tras la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Dykinson, SL, Madrid, 2002, pp. 249-250; BLANDINO GARRIDO, 1999, pp. 177-178; ACHÓN BRUÑÉN, 2005, p. 175; RIVAS TORRALBA, Rafael: *Anotaciones de embargo*, tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 355; Díez-PICAZO y GULLÓN, 2006, p. 193.

No obstante, también se considera por muchos que el juez ejecutor puede denegar la disolución siempre que el cónyuge deudor alegue ante dicho órgano que el esposo no deudor actúa abusivamente al optar por la sustitución de la traba, por ejemplo, por ser la deuda de cuantía insignificante en relación con el total patrimonio ganancial (*vid.*, por todos, HERNÁNDEZ RUEDA, 2002, p. 252).

Para BLANDINO GARRIDO (1999, p. 177, nota 370), “la disolución es un efecto que deberá decretar el juez al que se solicita la sustitución, si bien, nada impide que se realice convencio-

Se trata de una forma de disolución especial y con carácter instrumental, ya que su objeto es facilitar, mediante la liquidación y división que debe seguirle, la realización de los derechos del acreedor embargante sobre los bienes adjudicados a su deudor (132). Aunque el artículo 1.373 es, a este respecto, de una claridad meridiana, el artículo 541 LEC lo ha ensombrecido al suscitar la duda de si el juez puede denegar la disolución del consorcio en ciertos supuestos como nimiedad de la deuda o cuando se advierta su finalidad defraudatoria (133) o si, por el contrario, el órgano judicial debe acceder siempre a dicha solicitud (134). En todo caso, parece claro que, mientras no recaiga una decisión judicial sobre la procedencia de aplicar el citado artículo 1.373 CC, no puede procederse a la liquidación (135).

El mayor problema es que ni la Ley procesal ni el Código Civil o la Ley aragonesa han disciplinado un plazo para que el no deudor haga valer el principio del respeto a su favor del valor que le corresponde en el patrimonio común, pidiendo la disolución o, en Aragón, la liquidación sin disolución (136). Entiende MEDRANO SÁNCHEZ que, no existiendo esa limitación temporal en las leyes, es dudoso que pueda establecerse un plazo judicial, que chocaría con la norma sustantiva que ordena en todo tiempo, siempre, su respeto (art. 42-1 Lrem.). Por tanto, cabría defender que sería tempestiva tal defensa hasta que el procedimiento llegara a un

nalmente por los cónyuges, mediante capitulaciones matrimoniales, luego que el cónyuge no deudor manifieste ante el juez su voluntad de ejercitar el derecho de opción o sustitución”.

(132) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2006, p. 193, quienes dicen que es imposible ejecutar y vender en subasta la parte de un cónyuge en una sociedad de gananciales en funcionamiento a una tercera persona que hubiere de sustituirle. La disolución concreta lo embargado en bienes determinados, de suerte que se transforma en embargo de bienes y la ejecución se puede llevar a cabo en forma ordinaria.

El embargo comienza siendo de bienes comunes, se convierte en embargo de la cuota consorcial del cónyuge deudor una vez concedida la disolución y, finalmente, el embargo de la cuota se sustituye por el de los bienes adjudicados en la partición del patrimonio común al deudor.

(133) GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: “Comentario al artículo 541 LEC”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirigidos por LORCA NAVARRETE y coordinados por GUILARTE GUTIÉRREZ, Lex Nova, Valladolid, 2000, tomo III, p. 2591; 2003, pp. 99 y 105; para el Derecho anterior, RAGEL SÁNCHEZ, 1987, pp. 194 y ss.

(134) Así lo cree ACHÓN BRUÑÉN (2005, p. 175), salvo en los casos en que el ejecutante haya acreditado el carácter ganancial del débito o que la opción de disolver la comunidad ganancial no se ejercite por el propio cónyuge del deudor, único legitimado para ello.

Con razón dice GUILARTE GUTIÉRREZ (2003, p. 106) que “los términos con que se manifiesta el legislador en orden a la decisión judicial sobre este particular carecen de un mínimo de claridad, sumiéndonos en una clara ambigüedad interpretativa y de aplicación en orden a las posibilidades del Juzgador y trámite a seguir a la hora de tomar tal decisión”.

(135) MONTERO AROCA, 2003, p. 47.

(136) Sí lo hacen la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco (art. 102: plazo de quince días naturales) y la Compilación de Navarra (Ley 85: dentro de los nueve días siguientes a la notificación).

estado que, por haber alcanzado perfección la realización de los bienes, resultara ya inviable el ejercicio del derecho del no deudor (137). No obstante, para el artículo 1.373 CC y 541-3 LEC parece mayoritaria la opinión que considera que el tribunal, a instancia del acreedor, puede fijar un plazo prudencial al efecto (138).

En cuanto a la operatividad concreta en la materia, cree OCAÑA RODRÍGUEZ que el juez, incluso habiendo concedido plazo al cónyuge del deudor para que formule el derecho de opción, debe expedir lo más pronto posible el mandamiento de anotación de embargo al Registro sobre el bien concreto antes de esperar a que pase el plazo de la opción. Ejercitada y admitida la opción y desestimada la oposición que en su caso hu-

(137) 2004, p. 40. Añade este autor que podría defenderse que la regla de que ese valor deba respetarse siempre no sería incompatible con la determinación de un plazo procesal. Tendrá que respetarse siempre, pero en la forma y condiciones que marca el proceso. Mas no existiendo esa limitación temporal en la Ley procesal, la consideración de que se trata de derechos de terceros hace difícilmente justificable el otorgamiento de un plazo judicial preclusivo de la defensa de aquéllos, de modo que, transcurrido el mismo, vería el no deudor decaído el derecho a su defensa. La similitud con la tercería de dominio (acción sólo fenecida transmitido ya el bien en subasta a terceros: art. 596-2 LEC) hacen no muy justificable ese plazo preclusivo, al menos judicial. En ese sentido parece prudente la postura del legislador aragonés y no aconsejable que judicialmente se marque un plazo.

(138) RIVAS TORRALBA, 2006, p. 352; ACHÓN BRUÑÉN (2005, p. 172) considera que, “salvo que el órgano judicial conceda un plazo específico con dicho objeto, ha de considerarse –por analogía con lo previsto para la tercería de dominio en el art. 596 LEC– que el cónyuge no deudor puede hacer valer dicha pretensión a lo largo de todo el procedimiento de apremio y hasta el momento en que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al tercero o al acreedor que lo haya adquirido en la enajenación forzosa”. MERINO GUTIÉRREZ, Arturo (“El embargo de los bienes de los cónyuges”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Díez-Picazo*, t. III, Madrid, 2003, p. 4821), se inclina por un plazo de “nueve días desde la notificación del auto resolviendo la oposición, en su caso, o desde la del embargo”. CRESPI FERRER, Lorenzo: “El embargo de bienes gananciales: problemática procesal (examen del art. 541 de la LEC)”, *Revista de Derecho de Familia*, número 20, de julio de 2003, p. 39, admite la posibilidad del juez de señalar un plazo para poder optar por pedir la disolución; OCAÑA RODRÍGUEZ (2002, p. 143) considera conveniente que el juez, a instancia del acreedor por el principio de justicia rogada, conceda al cónyuge del deudor un plazo perentorio y preclusivo, en especial dentro de la providencia que ordena notificarle el embargo, para que se persone en su caso en el Juzgado y opte por disolver el consorcio; GUILARTE GUTIÉRREZ (2000, p. 2589; 2003, pp. 90-91 y 99-100) cree que, a falta de señalamiento judicial, el ejecutante puede excitar al juez para que señale un plazo. Para BLANDINO GARRIDO (1999, p. 174), si el juez no ha señalado plazo, el cónyuge del deudor tiene de tiempo para reaccionar hasta el final de la ejecución sobre el bien embargado. En parecido sentido, entre otros, RAGEL SÁNCHEZ, 1987, pp. 220-221; MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 124.

Para MONTERO AROCA (2003, p. 47), “cabría entender que podría señalarse un plazo prudencial por el órgano jurisdiccional al tiempo de notificarle el embargo, si bien, en atención a la naturaleza jurídica de dicha pretensión, que fue calificada por la jurisprudencia como un remedio sustitutorio de la acción de tercería de dominio puesto singularmente a disposición del referido cónyuge, también cabría entender que la posibilidad de su ejercicio estuviera sujeta al plazo establecido en el artículo 596 LEC”.

biere hecho el ejecutante, es cuando se dirigiría nuevo mandamiento sustituyendo el embargo anterior por el embargo de cuota. Indica que es el mejor modo de proteger en esta fase tan delicada los intereses del acreedor, sin perjudicar al cónyuge no deudor y de evitar que se produzcan ventas intermedias a favor de terceros, difíciles siempre de impugnar (139).

C) *Consecuencias de la aprobación de la disolución.*

Aprobada la disolución (o, en su caso, aprobado que se haga la liquidación sin disolución), la liquidación y división es indispensable para la reanudación del procedimiento de ejecución, que entre tanto queda en suspenso; el tribunal, una vez aprobada la disolución, ha de acordar que se lleve a cabo la liquidación y división de la comunidad matrimonial con arreglo a lo dispuesto en la LEC, suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes (art. 541-3 LEC) (140). Resulta loable que la LEC haya previsto expresamente que se produce la suspensión de la ejecución, suspensión que, no obstante, se ha de interpretar, según dice ACHÓN BRUÑÉN (141), en su justa medida en aras de no dejar desprotegido al ejecutante, por lo que no existirá inconveniente alguno en acordar medidas de garantía sobre los embargos trabados, resultando asimismo factible proceder al embargo de otros bienes que, en el caso de que fueren gananciales, no podrán suscitar una nueva petición de disolución del consorcio, sino una mera solicitud de suspensión de la ejecución respecto a los mismos.

BLANDINO GARRIDO (142) ha puesto de manifiesto que una situación similar a la recién descrita se presenta cuando, habiéndose decretado el embargo de bienes gananciales concretos a solicitud del acreedor privativo y antes del transcurso del plazo dentro del cual se permite al cónyu-

(139) 2002, p. 143, nota 2. La segunda anotación recaerá sobre todos los bienes de la comunidad, pues a todos afecta la cuota que ostenta el deudor, y se referirá sólo a los eventuales derechos que sobre los mismos pueda tener el cónyuge deudor como consecuencia de la liquidación. Así lo dice MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 145), con cita de RAGEL SÁNCHEZ y ABELLÓ MARGALEF.

(140) Como indica BLANDINO GARRIDO (1999, pp. 177-178, nota 371), en relación al artículo 1.373 CC, frente al criterio de que el embargo de los bienes concretos se sustituye por el de la participación en la comunidad posganancial (solución ésta generadora de múltiples inconveniencias prácticas), la mayor parte de los comentaristas (LACRUZ, DE LA CÁMARA, CARRASCO PERERA, BENDITO CAÑIZARES, RIVERA FERNÁNDEZ) venían interpretando, antes de la vigencia de la nueva LEC, que cuando el Código alude a la parte en la sociedad conyugal se está refiriendo a los bienes concretos adjudicados al deudor tras la partición, tal y como se ha establecido en la reforma de 1987 en la Ley 85 del Fuero Nuevo de Navarra (“en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución y liquidación de ésta...”).

(141) 2005, p. 171.

(142) 1999, p. 181.

ge no deudor ejercitar la opción del artículo 1.373 CC, sobreviene, por cualquiera de las causas establecidas en los artículos 1.392 y 1.393 CC, la disolución de la sociedad de gananciales. En este caso, el cónyuge no deudor seguirá estando facultado para solicitar la sustitución judicial del embargo del bien concreto por el de los bienes que se adjudiquen al deudor tras la liquidación de la sociedad, a tales efectos, ya disuelta. Y si la sociedad no sólo se ha disuelto, sino que, además, se ha procedido a la liquidación, el cónyuge no deudor podrá solicitar la sustitución del embargo inicialmente trabado por el de los bienes o la parte indivisa de los bienes adjudicados al deudor en la partición, continuando la vía de apremio sobre dichos bienes.

En relación con la práctica de la liquidación y división de la comunidad nos remitimos a lo que se dice sobre el embargo de la cuota posconsorcial, tanto al tratar del régimen jurídico de la cuota como en la ejecución por deudas privativas.

Terminada la liquidación y división, la ejecución se reanuda sobre todos o parte de los bienes adjudicados al cónyuge deudor, y se alzarán el embargo de los adjudicados a su consorte.

Producida la disolución, el matrimonio se regirá por el régimen de separación de bienes (art. 43-2, i. f. Lrem.). En Derecho aragonés, el cónyuge no deudor no puede decidir unilateralmente el comienzo de un nuevo consorcio conyugal, sino que el matrimonio se regirá por el régimen de separación de bienes mientras los cónyuges no estipulen en capitulaciones uno distinto (art. 66-1 Lrem.). Si el cónyuge no deudor deseaba que continuara el consorcio conyugal después de la ejecución le bastaba con haber pedido simplemente la liquidación sin disolución.

En cambio, el artículo 1.374 CC otorga al cónyuge no deudor la facultad de elegir –sin tener en cuenta la voluntad del otro– que el régimen económico subsiguiente sea una nueva sociedad de gananciales y que no rija automáticamente el de separación de bienes por aplicación de los artículos 1.435-3.º y 1.325 CC (143). El fundamento parece encontrarse en la voluntad de favorecer al cónyuge del deudor en aquellos casos en los

(143) Dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2006, p. 193) que el precepto no debe interpretarse literalmente, sino que su sentido es que, tras la disolución, ha de regir el régimen de separación, siempre que los cónyuges no acuerden otro (art. 1.435-3.º). Si hubieren acordado otro, regirá indiscutiblemente sin que tenga algún efecto el artículo 1.374. Caso contrario, puede el cónyuge imponer el ganancial cumpliendo los requisitos del precepto. A SERRANO ALONSO (1997, p. 23) le parece bastante discutible que sea la voluntad unilateral de uno de los cónyuges la que pueda determinar la reinstauración de una nueva sociedad de gananciales, pues va en contra del principio de libertad de pacto que exige el acuerdo de voluntades para establecer el régimen económico matrimonial que, en este caso, queda a la libre conveniencia del cónyuge no deudor.

que el régimen de separación le pueda perjudicar. El plazo de tres meses para el ejercicio de esta opción es de caducidad y se cuenta para unos desde la disolución (lo que parece preferible) y para otros desde la liquidación de la anterior comunidad. Tampoco existe consenso acerca de si se aplicará el régimen de separación de bienes retroactivamente durante el período que transcurre hasta el ejercicio de la opción. La petición no es necesario que se haga en escritura pública, pero sí en documento público, por lo que ordinariamente se pedirá en las mismas actuaciones judiciales de ejecución mediante un simple escrito dirigido al juez, que la concede habitualmente. La nueva sociedad de gananciales no es una continuación o reviviscencia de la anterior, sino que comienza de cero (144).

7. Haber optado por la disolución del consorcio en caso de concurso de acreedores del otro cónyuge con inclusión de los bienes comunes en la masa activa, conforme a la legislación concursal.

A) *Composición de la masa activa y pasiva en el concurso de persona casada en régimen de comunidad de bienes.*

En el concurso de acreedores, al hallarse parte de los bienes comunes ineludiblemente confundidos con los bienes propios del cónyuge concursado y, todos ellos, intervenidos por los acreedores y sujetos a una acción colectiva por su parte, resulta de todo punto conveniente una separación entre unos y otros que proteja los intereses de los acreedores y los del cónyuge del concursado (145).

La reforma aragonesa de 2006, como ya hemos indicado, ha coordinado esta causa de disolución del consorcio conyugal con lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), a cuya regulación se remite ahora la nueva letra f) del artículo 63 Lrem.

El artículo 1.393-1.º CC, en cambio, conserva su redacción original, si bien la doctrina entiende que ha sido modificado, o incluso derogado, por la nueva Ley Concursal, por aplicación de lo dispuesto en su D. A. 1.ª y, más específicamente, por la previsión contenida en el artículo 77-2 (146).

(144) Vid. el estado de la cuestión sobre el artículo 1.374 CC en BUSTOS MORENO, Yolanda B.: “Comentario a los artículos 1.362-1.374 CC”, en *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, coords.: RAMS ALBESA y MORENO MARTÍNEZ, Dykinson, 2005, pp. 442-443; MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 147-149.

(145) DE LOS MOZOS, 1999, p. 568; MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 104; Díez-PICAZO y GULLÓN, 2006, p. 192.

(146) Díez SOTO, Carlos Manuel: “El régimen de gananciales en la nueva Ley Concursal”, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, I, Colegio de Registradores de

El artículo 77 LC, tras disponer en el apartado 1 que *la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado*, ordena, en el siguiente apartado y en relación a *los bienes comunes*, su inclusión en la masa activa *cuando deban responder de las obligaciones del concursado* (147). Lo que supone trasladar a la administración del concurso la valoración en cada caso de la responsabilidad, directa o subsidiaria, que deba asumir el patrimonio común por las deudas contraídas por el concursado. Y como los bienes comunes responden directamente de las

la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 1281; GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: *Comentarios a la legislación concursal* (art. 77), coord. SÁNCHEZ CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, Valladolid, 2004, p. 1565; CABEDO SERNA, 2005, p. 553.

DÍEZ-SOTO ha defendido que el artículo 77-2 LC permite al cónyuge no deudor pedir la disolución de la sociedad de gananciales sin necesidad de esperar a que se entre en la fase de liquidación en el caso de que, ya en la fase común del concurso, se haya procedido a incluir en la masa de hecho la totalidad de los bienes comunes. No utilizada la facultad de pedir la disolución con arreglo al artículo 77-2 LC, todavía podría pedirse al amparo del artículo 1.393-1.º CC, en el caso de que se decidiera la apertura de la fase de liquidación del concurso.

En el mismo sentido, BLANQUER UBEROS (“Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones”, en *La nueva Ley Concursal* (dir. M. OLIVENCIA RUIZ), *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 59-2004, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 147-359), pp. 237, 240, 259-260 y 280-281. Este autor se inclina por admitir la posibilidad de pedir la disolución de la sociedad de gananciales después de la apertura de la fase de liquidación en el caso de que el cónyuge del concursado no hubiese manifestado decisión alguna con ocasión de la declaración de concurso, “en atención a la trascendencia del cambio de circunstancias que provoca la apertura de la fase de liquidación, que justifica la posibilidad del cambio de criterio, sin que, precisamente por consecuencia de dicho cambio de circunstancia, pueda oponerse de contrario la doctrina de los actos propios y sin que, en el trámite de liquidación concursal, puedan perder su natural eficacia los compromisos adquiridos por el cónyuge no deudor en beneficio de la masa activa del consorcio” (p. 260).

Para DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2006, p. 192), el hecho de que, con arreglo al artículo 40 LC, sea la administración concursal la que interviene en la gestión de la sociedad de gananciales, no parece que permita al cónyuge del concursado solicitar la disolución de la sociedad, salvo que, conforme al artículo 77-2 LC, se incluyan en la masa activa del concurso los bienes gananciales “cuando deban responder de obligaciones del concursado”.

(147) Se aleja así el legislador de la previsión inicial que contenía el Proyecto de Ley Concursal (de julio de 2002), en el que la presunción de privatividad de las deudas del concursado no permitía la más mínima modalización en la determinación de la masa activa, pues el artículo 76-2 disponía “que si el régimen económico matrimonial fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirá además en la masa el derecho correspondiente al cónyuge concursado sobre el patrimonio común”. La nueva legislación concursal, como el artículo 541 LEC, sin introducir tampoco una presunción de comunidad pasiva, se aleja significativamente de lo que en el orden procesal resultaría de la aplicación de presunción contraria, que es quizá la que rige en el orden sustantivo (MEDRANO SÁNCHEZ, 2004, pp. 35-36). Ana M.ª SANZ VIOLA (“Incidencia del concurso de acreedores en el régimen económico matrimonial del deudor en la Ley Concursal”, RDP, 2004, p. 716) dice que el Proyecto “parecía presuponer el carácter privativo de las deudas del concursado”.

Vid. etiam YÁÑEZ VIVERO, Fátima: “Repercusiones de la reforma concursal (Proyecto de julio de 2002) en el régimen económico matrimonial del concursado”, *Aranzadi Civil*, 2002-3, pp. 2667-2682; BLANQUER UBEROS, 2005, pp. 252-253.

deudas comunes de las que sea deudor el cónyuge concursado, pero también de las deudas privativas, a falta o insuficiencia de bienes privativos y a salvo el valor que en los comunes corresponde al otro cónyuge, así como los preferentes derechos de los acreedores por deudas comunes (art. 42 Lrem.), la inclusión de los bienes comunes se producirá en todos los casos, de manera que la masa activa nunca quedará limitada a los bienes privativos del cónyuge concursado (148).

Para que los bienes comunes no deban responder de ninguna de las obligaciones del concursado haría falta que ninguna de ellas fuera deuda de cargo o responsabilidad directa de los bienes comunes y que, habiendo sólo deudas privativas de las que no responden provisionalmente los bienes comunes, el cónyuge concursado tuviera bienes privativos suficientes para hacerles frente. Pero en tal caso no habría insolvencia. La situación de insolvencia requiere que el cónyuge deudor no pueda pagar, sumados sus bienes privativos y los comunes, las deudas de cargo o responsabilidad común por él contraídas (en cuyo caso tampoco podrá pagar las privativas, si las hubiera); o que agotados los bienes comunes en el pago de las deudas de cargo o responsabilidad común, no pueda atender con los bienes privativos el pago de las deudas privativas y el resto de las de responsabilidad común; o que pagadas con cargo a los bienes comunes las deudas y responsabilidades comunes, el concursado no pueda hacer frente a sus deudas privativas con sus bienes privativos y el valor de su participación en los bienes comunes restantes; o, finalmente, que no habiendo más que deudas privativas de las que no responden ni siquiera provisionalmente los bienes comunes, no sea bastante para hacerles frente la suma de los bienes privativos del deudor y el valor de su participación en el patrimonio común. En todos los casos, los bienes comunes responden de las obligaciones del concursado, pero de unas obligaciones responden directa e ilimitadamente (de las deudas de cargo o responsabilidad común), mientras que de las otras sólo responden de forma subsidiaria (en defecto de bienes privativos) y limitada (a salvo el valor que en ellos corresponde al otro cónyuge, así como los preferentes derechos de los acreedores por deudas comunes). Sólo en estos últimos casos pare-

(148) En este sentido, YÁÑEZ VIVERO (2002, pp. 2667 y ss.); SANZ VIOLA (2004, p. 717); ÁLVAREZ OLALLA, Pilar ("Comentario a los artículos 76-83", en *VVAA: Comentarios a la Ley Concursal*. Coord. R. BERCOVITZ. Vol. I: arts. 1 a 115, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 931-932) considera que los bienes gananciales deben ser incluidos en la masa activa en todo caso, puesto que los mismos, sea a título principal y en su totalidad –deudas consorciales–, sea a título subsidiario y, en último término, en su mitad –deudas privativas–, son bienes que responden de las deudas del concursado; de igual opinión son GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: "La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado", *Anuario de derecho concursal*, número 5, 2005, pp. 85 y 94; BLANQUER UBEROS, 2005, pp. 244-246, 248-249, 253-254.

ce justificado que el cónyuge no concursado pueda pedir la disolución del consorcio conyugal para evitar que los bienes comunes respondan ilimitadamente de las deudas privativas del concursado.

En el inventario de la masa activa, la administración concursal incluirá la relación y el avalúo de los bienes y derechos privativos del concursado, así como la de los bienes y derechos gananciales o comunes (aquí se da por supuesto que responden siempre de las obligaciones del concursado), con expresa indicación de su carácter (art. 82-1, *i. f.* LC) (149). Por otra parte, en el inventario de la masa pasiva, constituida por los créditos contra el deudor común que no tengan la consideración de créditos contra la masa (art. 84-1 LC), la administración concursal deberá, tal y como señala el artículo 86-3 LC, expresar, respecto de cada uno de los créditos incluidos en la lista, si sólo pueden hacerse efectivos sobre el patrimonio privativo del concursado (deudas privativas sin responsabilidad provisional de los bienes comunes) o también sobre el patrimonio común (deudas comunes y deudas privativas de las que responden provisionalmente los bienes comunes) (150). También en la lista de acreedores se relacionarán separadamente uno y otro tipo de créditos (art. 94-2-II LC) (151). Advierte el artículo 84-1, segundo inciso, LC que no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad o comunidad conyugal (152).

En mi opinión, cuando se pide la disolución porque los bienes comunes pueden responder de deudas privativas del concursado, al practicar la liquidación del consorcio habrá que tener en cuenta los créditos por deudas o responsabilidades comunes de los que sea deudor el cónyuge del concursado; en los casos en que no quepa pedir la disolución porque los

(149) “El tenor de la norma –dice BLANQUER UBEROS, 2005, p. 260– puede considerarse coordinado sistemáticamente con lo dispuesto en el artículo 77-2, frase primera, y adquiere pleno sentido al ponerlo en relación con lo dispuesto en el artículo 84-1.”

(150) “Norma –dice GUILARTE GUTIÉRREZ (2005, p. 75)– en cierta medida clarificadora de ese inventario pero que exigiría unos conocimientos por parte de la administración concursal realmente cualificados.”

(151) BLANQUER UBEROS (2005, p. 271-272) indica que la norma del artículo 94-2 LC “viene a ser contrapartida de lo establecido en los artículos 77-2 primera frase y 82-1 segunda frase, y conduce a una interpretación sistemática, fácilmente perceptible; en tanto en cuanto en la lista de acreedores se relacionen créditos que «puedan hacerse efectivos también (esto es, además de sobre el patrimonio privativo del concursado) sobre el patrimonio común», resulta coherente que deban incluirse en la masa activa los bienes gananciales o comunes que forman dicho patrimonio. En realidad la coherencia de ambas normas puede considerarse recíproca”.

(152) Ya antes de la entrada en vigor de la LC pensaba MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 105) que, en cuanto al pasivo, se habían de incluir todas las deudas que hubiese contraído el cónyuge cuyo concurso o quiebra se pretende que sea declarado, ya sean interna o externamente privativas o gananciales. Respecto del activo, pensaba que había que considerar tanto los bienes privativos del esposo deudor como los gananciales en conjunto.

bienes comunes no van a responder de deudas privativas del concursado, en la masa pasiva sólo se integran los créditos, de cualquier clase, contra el concursado: los créditos consorciales se pagan con los bienes comunes hasta agotarlos y, en su defecto, con los privativos; los créditos privativos y los comunes del concursado que no hayan podido pagarse con bienes comunes se liquidan con los bienes privativos. Los acreedores, con los que en ningún caso hay que contar, haya o no disolución del consorcio conyugal, son los del cónyuge no concursado por deudas privativas de las que no responden provisionalmente los bienes comunes (153).

En caso de desacuerdo sobre la determinación de la naturaleza de los bienes, o del carácter consorcial o propio del pasivo, cabe –según dice ÁLVAREZ OLALLA– impugnar el inventario en el plazo de diez días desde su comunicación, por el procedimiento de incidentes (*vid.* art. 96 LC). En caso de que la disconformidad provenga de un acreedor, cree esta autora que no se plantean especiales problemas en la medida en que el artículo 95 LC impone a la administración concursal que dirija comunicación personal a cada uno de los interesados *que hayan sido excluidos, o incluidos...*, lo cual hace pensar más bien en que dicha comunicación se refiere a los acreedores. Sin embargo, no parece deducirse del precepto la necesidad de comunicación del informe al cónyuge del concursado, cuyo conocimiento es necesario a efectos de su posterior impugnación. Por ello

(153) En este sentido, BLANQUER UBEROS, 2005, pp. 261-271. También YÁÑEZ VIVERO (2002, pp. 2667 y ss.) y SANZ VIOLA (2004, p. 719), que, no obstante, critican la solución del artículo 84-1 LC al discriminar a los creadores gananciales del cónyuge del concursado y estar en discordancia con la legislación civil.

GUILARTE GUTIÉRREZ (2005, p. 84), en línea con lo manifestado por BELTRÁN, cree que es posible dar una interpretación racional al artículo 84-1 LC sin tener que vulnerar frontalmente su literalidad. “Para ello –dice– cabe valorar que la apuntada responsabilidad común, ante deudas concertadas individualmente por el cónyuge *in bonis*, puede ser de dos tipos claramente diferenciados. Por un lado cabe hablar de las deudas privativas en las que, ante la insuficiencia de los bienes privativos, pueden perseguirse los bienes comunes y, en segundo lugar, conforme al artículo 1.369, cabe pensar en deudas concertadas individualmente –al amparo de las posibilidades de gestión individual de la sociedad de gananciales– pero con trascendencia común, es decir externamente consorciales pues se destinan a sufragar las atenciones familiares que el artículo 1.365 CC refiere”. “A la vista de la referida diversidad diríamos –matizando la idea del expresado autor– que la exclusión a la que hace referencia el artículo 84-1 LC se refiere a las primeramente enunciadas –deudas en definitiva privativas– pero nunca a las deudas comunes. Es decir, en el pasivo concursal –cuyo activo previamente hemos integrado con los bienes gananciales– no se incluirán las deudas privativas que, conforme al artículo 1.373, pueden responsabilizar los bienes comunes: serían exclusivamente éstas las que literalmente denomina el artículo 84-1 “créditos contra el cónyuge del concursado aunque sean además créditos a cargo de la sociedad de gananciales”. “Por el contrario carece de sentido alguno incluir en dicho concepto, y por tanto excluirlos del pasivo concursal, los créditos contra la sociedad de gananciales que a la vez lo son del cónyuge *in bonis* que las contrajo –dada la falta de personalidad jurídica de la sociedad de gananciales– contempladas por el artículo 1.369 del Código Civil”.

considera que debería haberse incluido la necesidad de comunicar al cónyuge del concursado su contenido (154).

Con la declaración del concurso se abre un procedimiento en el que, cualquiera que sea su resultado, son esenciales la conservación y la administración del patrimonio del deudor concursado (art. 43-1 LC) (155). A tal fin se procede a una limitación de la capacidad de obrar patrimonial del mismo, de mayor o menor intensidad según se trate de un concurso necesario o de un concurso voluntario (art. 22-1 LC), y, en última instancia, según lo que el juez considere más adecuado al caso. La limitación de la capacidad de obrar se extiende también en su caso a “las facultades de administración y disposición” del concursado con respecto a “la sociedad o comunidad conyugal” (156). De manera que, aunque se haya pedido su disolución, mientras subsista la sociedad o comunidad conyugal, la limitación de capacidad del concursado se extenderá a las facultades que el mismo tenga con respecto a la administración y disposición de los bienes de aquélla. Ello habrá de ser tenido en cuenta por el cónyuge del concursado, el cual deberá contar, por consiguiente, en una u otra medida (según que el concurso esté sometido a suspensión o a intervención), con el consentimiento de la administración concursal y, cuando la Ley concursal así lo prevea, con la aprobación del juez (157). Esta situación

(154) ÁLVAREZ OLALLA, 2004, p. 932, nota 6. En caso de existir debate sobre la privatividad o ganancialidad de un bien (en su caso también de una deuda), a estos efectos de valorar su inclusión en la masa consorcial, activa o pasiva, ha de encauzarse por el específico trámite del incidente concursal de los artículos 192 y ss. LC. Puede resultar adecuada la suspensión de las actuaciones concursales cuando se produzcan incidentes de este tipo. Así lo dice GUILARTE GUTIÉRREZ (2005, p. 73, nota 13), compartiendo la opinión de MERCADAL VIDAL y de MAGRO SERVET.

(155) BLANQUER UBEROS (2005, p. 238) dice que le parece prudente que el deudor, no obstante el vacío legal respecto a la notificación de la declaración de concurso al cónyuge del deudor, incluya en la memoria una solicitud para que la declaración de concurso se comunique a su cónyuge, en forma de la que resulte de modo auténtico la práctica de la notificación, con señalamiento del lugar en el que ésta deba realizarse.

(156) Así cree BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo [en *VVAA: Comentarios a la Ley Concursal* (art. 40). Coord.: R. BERCOVITZ. Vol. I: artículos 1 a 115, Tecnos, Madrid, 2004, p. 359], que debe leerse el artículo 49-6-I, *i. f.* LC. En el mismo sentido, BLANQUER UBEROS (2005, p. 242) entiende que se trata de las facultades del deudor en la sociedad o comunidad conyugal.

Señala MEDRANO SÁNCHEZ (2004, p. 36) que la Ley Concursal contiene una llamativa sorpresa, al atribuir a los administradores del concurso un papel comprometido en el consorcio: el de sustituir al concursado (art. 40-2 LC) en las “facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y, en su caso, en las que correspondan al deudor en la sociedad o comunidad conyugal” (art. 40-6 LC). En la nota 38 dice no estar seguro de si con el mandato de aquella sustitución del órgano de administración en la posición del concursado en el patrimonio común, no se haya terminado produciendo una, también efectiva, invasión de competencias de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio.

(157) Así lo dice R. BERCOVITZ, 2004, p. 359. *Vid. etiam* BLANQUER UBEROS, 2005, pp. 242-243.

del cónyuge concursado explica que tengan la consideración de créditos contra la masa sus alimentos y los de las personas respecto de las cuales tuviere, por resolución judicial anterior o posterior a la declaración de concurso, el deber legal de prestarlos (arts. 47 y 84-2-4.º LC), que serán satisfechos a su respectivo vencimiento, cualquiera que sea el estado del concurso (art. 154 LC) (158).

B) Casos y momento en que procede la petición de disolución de la comunidad conyugal por parte del cónyuge del concursado.

La segunda parte del artículo 77-2 LC dice que *en este caso* [cuando se incluyan en la masa activa bienes gananciales o comunes, es decir, siempre], *el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso* (159).

A diferencia de lo que sucede cuando de ejecución singular se trata (arts. 1.373 CC, 43 Lrem. y 541 LEC), supuesto en que sólo se permite solicitar la disolución de la comunidad conyugal cuando se embargan bienes comunes por deudas privativas de un cónyuge, el artículo 77-2 LC, en una interpretación literal, parece permitir al cónyuge del concursado pedir la disolución del consorcio conyugal, quedando el juez obligado a acordarla, siempre que los bienes consorciales se hayan incluido en la masa activa, lo cual ocurre siempre que los mismos deban responder por deudas del concursado, lo cual, a su vez, como hemos dicho, ocurre, de una manera u otra, siempre (160). Luego, en esta interpretación literal, la LC

(158) Vid. BLANQUER UBEROS, 2005, pp. 292-300.

(159) La Ley Concursal ha mantenido el carácter rogado de esta causa de disolución, aunque en el artículo 76-2 del Proyecto de Ley se contemplaba la disolución automática de la comunidad matrimonial en caso de declaración de concurso (“la declaración del concurso determinará su disolución tramitándose pieza separada de conformidad con lo previsto en el art. 541-3 LEC”). Como dice MEDRANO SÁNCHEZ (2004, p. 36, nota 38), “tal previsión constituía una invasión por parte del legislador estatal en la competencia de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio”. Si bien, en el texto (p. 36) indica que “quizá en reformas futuras, tanto el legislador aragonés como el estatal, deban replantearse las consecuencias que en el régimen económico del matrimonio puede provocar la declaración de concurso de uno de los cónyuges, y si, para evitar tan compleja y delicada situación, puede ser conveniente que esa declaración constituya una causa de disolución de pleno derecho”. También SANZ VIOLA (2004, pp. 714-715) muestra sus dudas sobre la competencia del Estado para introducir en la LC normas dedicadas al deudor casado que confluyen con la regulación del régimen económico matrimonial, materia que no es de competencia exclusiva del Estado.

(160) GUILARTE GUTIÉRREZ (2005, pp. 80-82) afirma que en el concurso de acreedores “el presupuesto habilitante de la facultad disolutoria no es el embargo de bienes comunes por deudas privativas –ante la insuficiencia de los bienes privativos para afrontarlas– sino la mera

permite, como dice ÁLVAREZ OLALLA (161), que el cónyuge del concursado solicite la disolución de la sociedad de gananciales siempre que se declare el concurso de su consorte, aunque no lo establezca así directamente, lo cual, por otra parte, está en consonancia con el artículo 1.393-1 CC (162).

Sin embargo, creo que tienen razón los autores que proponen una interpretación del artículo 77-2 LC, que, teniendo en cuenta los antecedentes prelegislativos, considera que la voluntad del legislador es permitir la petición de disolución del cónyuge no concursado sólo en los casos del artículo 541-3 LEC y 1.373 CC o equivalentes de los Derechos civiles autonómicos (163); es decir, exclusivamente en los casos en que los bienes comunes, faltando o siendo insuficientes los bienes privativos del concursado, hayan de responder de sus deudas privativas, y siempre sin perjuicio de los derechos preferentes de los acreedores consorciales. El Proyecto de Ley Concursal (BOCG, Congreso de los Diputados, 23 de julio de 2002), en el entonces artículo 76, indicaba que “la declaración de concurso determinará su disolución tramitándose pieza separada de conformidad con lo previsto en el artículo 541-3 LEC” (164). El texto vigente procede de la enmienda número 621, presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, que, por un lado y con acierto, suprime el automatismo disolutorio previsto en el Proyecto y configura la di-

declaración de la situación concursal”. Lo cual critica con rotundidad porque, “cuando la práctica totalidad de las deudas del concursado sean –como casi siempre ocurre– deudas comunes de las que el patrimonio ganancial ha de responder, el resultado de la opción legislativa, si se asume la literalidad de lo que el artículo 77-2 LC establece, consistirá, en la práctica totalidad de supuestos, en vaciar totalmente de contenido el procedimiento concursal de la persona casada en régimen de gananciales permitiendo el fraude que surgirá cada vez que el otro cónyuge actúe la posibilidad disolutoria y su secuela liquidatoria”.

(161) 2004, p. 933.

(162) En el mismo sentido, apunta GUILARTE GUTIÉRREZ (2005, p. 82) que es el mero hecho de que se produzca la apertura del concurso la que posibilita el ejercicio de la facultad disolutoria, aunque no existan deudas que hayan de considerarse privativas y frente a las cuales pudiera teóricamente protegerse al cónyuge *in bonis* cuando se quiera responsabilizar de ellas a los bienes comunes. Esta consecuencia, de asumirse acríticamente, dice que “resulta extremadamente absurda pues carece totalmente de sentido que también en estos casos pueda instarse la disolución enormemente perturbadora para los acreedores cuando realmente todos los bienes comunes así como las deudas comunes deben necesariamente liquidarse en el proceso concursal sin que ello suponga agravio económico alguno para el otro esposo al que le es indiferente la sede procesal en la que se haga frente a tal pasivo consorcial”. Por ello considera que el artículo 77-2 LC conlleva una específica potenciación de las posibilidades defraudatorias. Menos crítico se muestra BLANQUER UBEROS (2005, p. 258), que se limita a decir que “la facultad de decisión atribuida al cónyuge del concursado nace, o se deriva, de la inclusión en la masa activa del concurso de todos los bienes gananciales”.

(163) Vid. la exposición de GUILARTE GUTIÉRREZ, 2005, pp. 85-99.

(164) Vid. en BLANQUER UBEROS (2005, pp. 254-257) las críticas a este texto y las tesis alternativas que se defendían.

solución como una opción del cónyuge no concursado, y, por otro, introduce el párrafo final –ciertamente de difícil comprensión–, en cuya virtud la liquidación o división del patrimonio consorcial se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso. La justificación de la enmienda afirmaba que “el concurso no debe ser causa automática de liquidación. La nueva redacción supone una mejor coordinación con lo que resulta del régimen jurídico establecido en los artículos 1.362 y siguientes del Código Civil, y especialmente 1.373 CC y 541-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aplicables en caso de ejecuciones singulares”. La justificación de la enmienda no nos da ninguna pista acerca de cómo articular esa “coordinación” de la que nos habla el precepto, pero parece seguro que la alteración del final del precepto no tuvo por finalidad eliminar la remisión a la tramitación de la liquidación del consorcio conyugal conforme a lo previsto en el artículo 541-3 LEC (165).

Desde mi punto de vista, la legitimación del cónyuge del concursado para pedir la disolución del consorcio conyugal sólo está justificada, lo mismo que en las ejecuciones singulares, cuando en el concurso puedan resultar afectados los bienes comunes por deudas privativas del concursado (cfr. art. 541-3 LEC). Para llegar a saber si deudas privativas del concursado van a ser pagadas con bienes comunes, es preciso hacer la liquidación de los acreedores consorciales del concursado con cargo a los bienes comunes siguiendo los trámites del procedimiento concursal (convenio concursal o liquidación del concurso). En el momento en que pueda saberse que, hecha la liquidación concursal de los créditos consorciales del concursado, van a quedar bienes comunes para afrontar la liquidación de las deudas privativas del concursado, se notificará el hecho al otro cónyuge para que pueda pedir la disolución del consorcio conyugal y dejar a salvo su parte en los bienes comunes una vez satisfechas todas las deudas consorciales.

El juez competente para resolver sobre la petición de disolución y acordar la práctica de la liquidación es el del concurso, de acuerdo con el artículo 8 LC. Por otro lado, el artículo 21-1-7.º LC establece que el auto de declaración del concurso contendrá, en su caso, la decisión relativa a la formación de pieza separada para la resolución de la petición de disolución de la comunidad matrimonial. Luego, de acuerdo con dicho artículo 21 LC, la petición de disolución de la comunidad matrimonial, y la posterior liquidación y división, ya no se hará en un proceso civil independiente (como ocurría hasta la reforma concursal), sino en el mismo procedimiento concursal, tramitándose como pieza separada del mismo y por los trámi-

(165) Así lo entiende igualmente GUILARTE GUTIÉRREZ, 2005, p. 91.

tes de los incidentes (art. 192 LC) (166), de forma similar a lo previsto en el artículo 541-3 LEC para las ejecuciones singulares.

Según el número 7.º del artículo 21-1 LC, el auto de declaración de concurso contendrá, en su caso, la decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 77-2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales. Precisamente con vista a este pronunciamiento, el artículo 6-2-2.º-I LC exige al deudor casado que, al presentar la solicitud de concurso voluntario, manifieste la identidad del cónyuge y el régimen económico matrimonial por el que se rige su matrimonio. En el caso de que el concurso haya sido pedido por una persona legitimada distinta del deudor, a ésta –dice BONET NAVARRO (167)– no se le exige que manifieste si el deudor es persona casada, circunstancia que puede desconocer, pero tampoco se le pide que informe sobre el régimen económico matrimonial del deudor, circunstancia que casi con absoluta seguridad desconocerá. No dispone la ley que se requiera al deudor para que indique estas circunstancias en el supuesto del concurso necesario. En ambos casos, será el cónyuge del concursado quien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77-2 LC, pedirá si quiere la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la disolución y la apertura de la pieza separada correspondiente (168).

En realidad, parece que la decisión de abrir pieza separada, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 77-2 LC, no podrá adoptarse, tanto si el concurso es voluntario o necesario, mientras el cónyuge del concursado, oportunamente informado de la existencia del concurso y de que bienes comunes pueden responder de deudas privativas del concursado, no haya solicitado la disolución del consorcio conyugal (169).

(166) LÓPEZ MOLINA, P.: *Comentarios a la legislación concursal* (art. 77), coord. PALOMAR OLMEDA, Madrid, 2004, p. 697; CABEDO SERNA, 2005, p. 553; BLANQUER UBEROS, 2005, p. 258.

(167) BONET NAVARRO, Ángel: en VVAA: *Comentarios a la Ley Concursal* (art. 21). Coord.: R. BERCOVITZ. Vol. I: artículos 1 a 115, Tecnos, Madrid, 2004, p. 215.

(168) En cambio, BLANQUER UBEROS (2005, pp. 258-259) considera que, “con criterios sistemáticos, la interpretación más adecuada es la que entiende que el auto de declaración de concurso [...] contenga pronunciamiento que prevea la posible apertura de la pieza separada adecuada en el caso de que deba procederse a la disolución de la sociedad de gananciales o a la división de la comunidad, y a la liquidación o a la partición consiguientes, a solicitud del cónyuge del concursado”.

(169) Dice GUILARTE GUTIÉRREZ (2005, p. 74-75) que la referencia del artículo 21-1-7.º LC “se incorporó –sin enmienda alguna que la sustentara– por la Ponencia en términos absolutamente incoherentes, pues se olvida que se había ya modificado el artículo 77-2 suprimiendo el automatismo disolutorio con el que este número 7 guardaba relación. La incoherencia deriva de que en el auto de declaración del concurso aún no es posible decidir acerca de la formación de la pieza separada pues todavía no se conoce la decisión del cónyuge del concursado sobre la eventual disolución de la sociedad de gananciales. Tema sin embargo fácilmente solventable –y así lo han advertido todos los comentaristas– pues nada obsta a que dicha pieza se forme ulteriormente”.

Nada dice la Ley Concursal acerca del momento en que el cónyuge del concursado puede ejercitar su opción ni acerca del plazo para dicho ejercicio. Parece lógico que el informe de la administración concursal, cuando en el inventario se hayan incluido bienes comunes que, ante la falta o insuficiencia de bienes privativos del concursado, hayan de responder también, una vez satisfechos los acreedores consorciales, de las deudas privativas del concursado, deba ser comunicado al cónyuge de éste (arts. 95 y 96 LC), quien, dentro del plazo de diez días, a contar desde la comunicación (cfr. art. 96-1 LC), podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal, y el juez acordará la disolución y la apertura de pieza separada para llevar a cabo la liquidación y división del patrimonio común remanente, que es una liquidación que, de esta forma, se hace de manera coordinada con lo que ha resultado del convenio o de la liquidación del concurso respecto de los acreedores consorciales del concursado (170).

C) Consecuencias de la falta de ejercicio de la facultad de pedir la liquidación.

El cónyuge del concursado es libre de ejercitar o no la facultad de pedir la disolución del consorcio conyugal cuando en el concurso de acreedores haya deudas privativas de las que vayan a responder los bienes comunes. Puede optar, si lo desea, por no pedir la disolución de la comunidad conyugal (171).

(170) SANZ VIOLA (2004, p. 718) piensa que “la declaración de concurso, la formación de inventario y la formación de la lista de acreedores debe ser notificada al cónyuge del deudor, aplicando analógicamente los artículos 541 LEC y 144-1 RH relativos al embargo de bienes gananciales, aunque el procedimiento aplicable será el incidente concursal (art. 192-1 LC)”.

Señala ÁLVAREZ OLALLA (2004, p. 933, nota 8) que “para formular tal solicitud quizá no sea necesario comparecer en forma, pues el artículo 184-3 LC establece que los legitimados para ello, se supone que por la Ley, pueden formular alegaciones sin necesidad de comparecer en forma”. Por otra parte, para esta autora el cónyuge del concursado puede articular su petición de disolución de la sociedad de gananciales, mediante un sencillo escrito, desde la declaración de concurso.

Aunque no se establece de manera expresa un plazo preclusivo para el ejercicio de la facultad de decisión, cree BLANQUER UBEROS (2005, p. 258) que, después de la propuesta de convenio o de la formación del plan de liquidación, no podría solicitarse la disolución si resultase contradictoria con la propuesta o con el plan.

(171) Según GUILARTE GUTIÉRREZ (2005, p. 78), el cónyuge del concursado no debería hacer uso de su facultad de pedir la disolución de la sociedad de gananciales “en función de la solidaridad conyugal y de la normal confianza de los esposos respecto a la actividad económica de su cónyuge –aún concursado que le llevará a no renegar, en supuestos de crisis, de aquello con lo que en todo momento había estado conforme”. Añade en la p. 80 que, en su opinión, el legislador debería imponer de forma necesaria esta solución, “dejando a la relación interna de los esposos la liquidación de los excesos que en su caso el proceso concursal determine”.

En tal caso, el silencio del cónyuge del concursado debe permitir, en primer lugar, pagar con los bienes comunes de forma directa e ilimitada tanto las deudas consorciales contraídas por el concursado como sus deudas privativas en la forma que resulte del convenio o de la liquidación concursal (172); en segundo lugar, parece lógico que si el haber común ha satisfecho cargas que, en definitiva, debieran afrontarse con el patrimonio propio del esposo concursado, se compense tal exceso en el ulterior momento de liquidación de la sociedad conyugal (173). Para ello habrá que esperar a la mejor fortuna del concursado. De modo que el concursado será deudor de la masa común por las cantidades por ella pagadas sin ser de su cargo (arts. 1.373-2 CC y 42-2 Lrem.), pero el patrimonio común correrá el riesgo de que, al llegar la disolución del régimen, el patrimonio privativo del esposo deudor aún no se haya recuperado y no pueda reintegrar al común lo que le debe (174).

Dice BLANQUER UBEROS (175) que, formulada una propuesta de convenio acompañada de un plan de viabilidad de la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado, parece que debe entenderse necesario el compromiso del cónyuge no deudor (cfr. arts. 99-1-2.º y 100-5-1.º LC) en apoyo del cumplimiento del convenio con el respaldo del activo ganancial, y también para evitar su posterior oposición, o, en defecto de compromiso, su solicitud de la conclusión del régimen.

D) *La liquidación y división del patrimonio común coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso.*

Dándose sus presupuestos y pedida la disolución del consorcio conyugal, dentro de la pieza separada abierta al efecto, se procederá a liquidar

(172) Dice BLANQUER UBEROS (2005, p. 270) que “si el cónyuge no deudor no pidiese la conclusión de la sociedad o de la comunidad y, por lo tanto, no se iniciasen las operaciones de liquidación o de partición, se seguirían los trámites del procedimiento de concurso, sujetos todos los bienes y derechos que constituyen la masa activa a la satisfacción o pago de los acreedores contra la masa y de los acreedores concursales del deudor común que hubiesen sido incluidos en la lista, conforme a la clasificación de su crédito, sin diferenciación entre ellos por el tratamiento que les fuese aplicable en trance de una ejecución singular y por la facultad atribuida al cónyuge no deudor en caso de traba o embargo de bien ganancial en ejecución de una obligación privativa o de una obligación de la que no se pruebe que de ella deben responder directamente los bienes gananciales”.

(173) En este sentido se manifiestan GUILARTE GUTIÉRREZ (2005, pp. 79-80) y BLANQUER UBEROS (2005, p. 246). Si bien GUILARTE considera (p. 98) que “se liquidarán en el procedimiento universal unificadamente, conforme a las pautas prelativas de los artículos 89 y siguientes de la Ley Concursal todos los créditos comunes –contraídos por cualquiera de los cónyuges– y asimismo los privativos del concursado”.

(174) MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 105; GUILARTE GUTIÉRREZ, 2005, p. 80.

(175) 2005, p. 276.

el patrimonio común remanente conforme a lo dispuesto en los artículos 806 y ss. LEC. Como dice BONET NAVARRO (176), ésta es una liquidación distinta de la que eventualmente se lleve a cabo en el proceso concursal sobre el patrimonio que forma la masa activa, por eso es necesario observar la coordinación de ambas liquidaciones conforme dispone el artículo 77-2 LC. La liquidación del régimen económico matrimonial se lleva a cabo en la sección primera, según las reglas que hemos dicho: la liquidación concursal se producirá en la sección quinta, según el procedimiento establecido en los artículos 142 y ss. LC. La liquidación y, en su caso, división del consorcio conyugal se llevará a cabo con arreglo a las normas civiles que resulten aplicables y, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con aprobación de la administración concursal, o en defecto de acuerdo entre ésta y el cónyuge no concursado, se practicará conforme a lo previsto en los artículos 808 a 810 de la LEC (arts. 77-4 Lrem., 806 LEC).

El artículo 77-2 LC añade además que dicha liquidación o división “se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso” (177). GUILARTE GUTIÉRREZ ha señalado acertadamente que el problema básico que plantea el artículo 77-2 LC es el de la adecuada coordinación entre los procedimientos universales de liquidación concursal y de liquidación de la comunidad conyugal. Después de reflexionar sobre lo escrito por los autores en relación a este artículo (178), llega a la conclusión de que hay dos soluciones totalmente antitéticas:

a) “Una primera sería considerar que una vez solicitada la disolución de la sociedad de gananciales por el cónyuge *in bonis* y abierta la pieza separada que prevé el artículo 21-1-7 LC, todos los bienes comunes deberían liquidarse en dicho procedimiento especial quedando entre tanto en suspenso la liquidación del activo concursal a la espera del eventual ingreso en el mismo del menguado haber que en dicha liquidación corresponda al concursado” (179).

(176) 2004, p. 215.

(177) Para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel (*La herencia y las deudas del causante*. Primera ed. 1967. La reimpresión de 2005 incluye el epílogo: *El régimen de las deudas del causante después de las grandes reformas legislativas*. Editorial Comares, núm. 2 de la Colección Clásicos Contemporáneos, Granada, 2006, p. 312), esto es así porque todos o algunos acreedores por deudas comunes pueden ser a la vez acreedores del cónyuge concursado cuando fuera éste quien las contrajo.

(178) *Vid.* 2005, pp. 88-93.

(179) P. 93. Añade que “la liquidación de tal sociedad de gananciales se haría sustantivamente conforme a las pautas de los artículos 1.399 y ss. del CC, en la medida en que en tal

b) “Alternativamente cabe pensar que, a pesar de instarse dicha disolución y de procederse a la eventual apertura de la pieza separada, el proceso concursal sigue su curso habitual, liquidándose en su seno los bienes comunes –o en su caso disponiéndose de ellos a efectos de alcanzar un eventual convenio– quedando tal solución, en principio escasamente respetuosa con la referencia a la tramitación de la pieza separada, pendiente de ser complementada con la aclaración de cuáles sean la posición y eventuales medios de defensa del cónyuge *in bonis* así como de la situación de los acreedores consorciales que lo fueran en virtud de créditos concertados con dicho esposo. Extremos todos ellos que realmente la Ley Concursal no nos aclara. Asimismo, resultaría necesario en todo caso dar algún sentido y contenido a la existencia de la apuntada pieza separada”.

En nuestra opinión, lo mismo que en la de, entre otros, GUILARTE GUTIÉRREZ (180) y ÁLVAREZ OLALLA (181), la solución correcta es la se-

procedimiento los intereses enfrentados teóricamente son los de ambos cónyuges por lo que carece de lógica la aplicación excluyente de las reglas prelativas concursales. Incluso la aplicación de éstas, con el carácter subsidiario derivado de la exigencia de que se abonen en primer lugar las deudas alimenticias, tampoco parece lógico ante la literalidad del referido artículo 1.399 donde se indica que ante la insuficiencia de los bienes comunes para atender las restantes deudas comunes, una vez liquidadas las alimenticias, habrá de estarse a lo dispuesto para la «concurrentia y prelación de créditos». Seguramente no habría dificultad alguna, sin embargo, para considerar que la remisión lo fuera no a los artículos 1.021 y siguientes del Código Civil sino a la normativa de la Ley Concursal. Procesalmente tal liquidación se encauzaría en la pieza separada siguiendo los específicos trámites establecidos en los artículos 806 y ss. de la LEC pues entiendo en cualquier caso inhábil al efecto el incidente concursal dada la complejidad de las operaciones conducentes a dicha liquidación conyugal”.

(180) Para este autor (2005, pp. 95-96), la prevalencia de la liquidación consorcial sobre la concursal es rechazable porque, abierta la pieza separada, no quedaría más remedio que tramitar en la misma la liquidación de la sociedad de gananciales con la fatal consecuencia de sustraer del activo concursal –en tanto no se solventara aquélla– todos los bienes comunes que en esta pieza serían objeto de liquidación y distribución conforme a los artículos 1.399 y ss. del Código Civil. Esta solución sería de una incongruencia concursal absoluta y representaría el ocaso definitivo del procedimiento concursal, al permitir a los cónyuges, en claro fraude de acreedores, liquidar a su elección el haber común conforme a unas u otras pautas (las concursales o las consorciales), quedando en su mano, además, la regulación del “tempo” liquidatorio mediante la interposición de las múltiples incidencias procesales que los artículos 806 y concordantes de la Ley de enjuiciamiento civil propician.

(181) Dice esta autora (2004, p. 934) que “si en el concurso están insinuados acreedores consorciales, los mismos –respetando el orden de prelación establecido en los arts. 90 y ss.– se harán cobro sobre los bienes comunes con preferencia a los acreedores privativos. Además se harán cobro con la totalidad de tales bienes no siéndoles oponible la posible liquidación del régimen que pudiera llevarse a cabo en el procedimiento concursal. Es decir, la liquidación del régimen que se lleve a cabo deberá respetar el derecho de cobro de los acreedores comunes por deudas contraídas por el concursado a los que no les es oponible disolución alguna del régimen de comunidad”.

gunda (182). A continuación expongo la que, a mi juicio, es la dinámica de esta solución, en la que queda reflejada la adecuada coordinación de la liquidación concursal con la hipotética liquidación del consorcio conyugal (183):

a) Debe partirse de que los bienes comunes siempre responden de las obligaciones del concursado, pero también de que el legislador sólo ha querido otorgar al cónyuge del concursado la facultad de solicitar la disolución de la comunidad conyugal en el mismo caso contemplado en el artículo 541-3 LEC, es decir, cuando faltando o siendo insuficientes los bienes privativos del cónyuge concursado vayan a responder los bienes comunes por deudas privativas de éste. La finalidad de la facultad de pedir la disolución del consorcio conyugal es conceder al cónyuge no concursado un procedimiento adecuado para dejar a salvo el valor que en los bienes comunes le corresponde y evitar que bienes comunes que representen ese valor respondan de las deudas privativas del otro cónyuge (184).

b) Los derechos de los acreedores por deudas comunes para satisfacer su crédito sobre los bienes comunes son preferentes a los derechos de los acreedores privativos (art. 42-1 Lrem.) (185). Los acreedores por deudas de cargo o responsabilidad común contraídas por el cónyuge concursado deben ver su interés satisfecho mediante la afección de los bienes comunes antes que los acreedores privativos del concursado puedan pre-

(182) Dice GUILARTE GUTIÉRREZ (2005, p. 96) que hacia esta segunda solución tienden de manera generalizada y un tanto despreocupadamente los apresurados comentaristas de estos preceptos de la Ley concursal.

(183) Nuestra interpretación es deudora de la de GUILARTE GUTIÉRREZ, de la que sólo nos separamos en el punto relativo al tratamiento de los derechos de los acreedores consorciales por deudas contraídas por el cónyuge no concursado.

(184) Como dice GUILARTE GUTIÉRREZ (2005, pp. 96-97), “respetando la facultad disolutoria del cónyuge *in bonis*, la misma debe reconducirse a la racionalidad sistemática exigida por la situación de insolvencia en la que se inserta”. [...] “En este sentido no sería necesaria tal protección [al cónyuge *in bonis*] si, realmente, no hubieran sido las deudas privativas las que hubieran causado la insolvencia del concursado sino las deudas comunes en cuyo caso ningún teórico quebranto se produciría para el cónyuge *in bonis* por el hecho de que con los bienes comunes, aún en el procedimiento concursal, se sufragaran deudas comunes”. En la p. 98 dice que, “en definitiva, con la posibilidad contemplada en el último inciso del artículo 77-2 LC, en relación con la previsión del artículo 86-3, se trata de evitar que, ejercitada la opción disolutoria, se haga frente con los bienes comunes a deudas exclusivamente privativas del concursado, nunca a deudas comunes aún concertadas individualmente”.

(185) GUILARTE GUTIÉRREZ (2005, p. 97), siguiendo a ÁLVAREZ OLALLA, sustenta la preferencia de la liquidación concursal de los créditos consorciales en la idea de que antes es pagar que partir, tal y como con claridad indica el propio artículo 1.399 CC, en cuya virtud, antes de proceder a la liquidación del haber partible entre los esposos, han de pagarse las deudas comunes con cargo a los bienes comunes. Si bien el primer autor extiende esta preferencia concursal también a los acreedores consorciales por deudas contraídas por el cónyuge no concursado, opinión que no compartimos.

tender lo propio. La liquidación de las deudas consorciales del concursado debe hacerse siguiendo los trámites del procedimiento concursal. Esta liquidación concursal es previa y presupuesto, en su caso, de la ulterior liquidación complementaria del consorcio conyugal (186).

c) En la liquidación concursal de los créditos consorciales debidos por el concursado, los créditos de este tipo debidos por el otro cónyuge no se incluyen en la masa pasiva (art. 84-1 LC). Si el concurso de acreedores de un cónyuge produce la insolvencia del otro (que no va a poder pagar a sus acreedores, consorciales o privativos, con sus bienes propios), podrá solicitarse también el concurso de éste y que ambos concursos se acumulen. El artículo 25-3 LC contempla la posibilidad de que, a petición de la administración judicial de cualquiera de ellos, queden acumulados en un mismo proceso concursal la situación creada por la insolvencia de ambos cónyuges, situación que cuando las deudas privativas del uno vayan a ser satisfechas con bienes comunes permitirá al otro solicitar la disolución de la sociedad o comunidad conyugal (187). También puede estar justificado que el acreedor que lo sea de ambos cónyuges cuando exista confusión de patrimonios entre éstos (comunidad de bienes) pueda instar la declaración judicial conjunta de concurso de los dos cónyuges por su insolvencia actual o inminente (art. 3-5 LC) (188).

(186) GUILARTE GUTIÉRREZ (2005, p. 98) considera que con esta solución “se da preferencia a la liquidación concursal sobre la de la sociedad de gananciales –idea que parece presidir el diseño legislativo final– de forma que los bienes comunes se incluirán en la masa activa concursal para en todo caso afrontar las deudas comunes”. También BLANQUER UBEROS (2005, p. 258) entiende que “la coordinación de ambas liquidaciones implica la subordinación a las necesidades de la liquidación concursal de las posibilidades de realización de la de la sociedad o comunidad conyugal”; en la p. 280 afirma que “no es dudosa la necesaria subordinación y posposición de la liquidación de la sociedad de gananciales al resultado de la fase de liquidación en el concurso; la coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el cumplimiento del convenio o con la fase de liquidación conduce a la subordinación y a la posposición de aquélla respecto de éstos”.

(187) Para GUILARTE GUTIÉRREZ (2005, pp. 75, 83-84 y 99), siguiendo en este punto lo propuesto por BELTRÁN, es solución más sencilla “evitar la absurda literalidad de dicho artículo 84-1 LC e incluir en el pasivo consorcial también las deudas concertadas por el cónyuge *in bonis* si, como normalmente acaecerá, se han integrado en la masa los bienes consorciales”. Creo que esta solución, además de ir contra la letra del artículo 84-1 LC y contra la lógica concursal, va también contra la lógica de las ejecuciones sobre bienes consorciales que, aunque sean colectivas, no entrañan la liquidación de la comunidad conyugal mientras no se haya procedido a su previa disolución; en nuestro caso, mientras no haya disolución del consorcio conyugal, no hay por qué proceder a liquidarlo: basta con hacer la liquidación concursal exigida por la situación del cónyuge insolvente. Los acreedores consorciales del otro cónyuge se tendrán en cuenta si se pide la disolución del consorcio; también si piden que su cónyuge deudor sea declarado en concurso de acreedores y se proceda a la acumulación de ambos concursos.

(188) Lo defiende BLANQUER UBEROS, 2005, p. 242. En la p. 264 dice que “resulta innegable la confusión entre los cónyuges de los patrimonios responsables, confusión que resulta a consecuencia de la sujeción a responsabilidad de los bienes gananciales, de todos los bienes ga-

d) Si en la liquidación concursal de los créditos consorciales debidos por el concursado no resulta un remanente de bienes comunes, el concurso de acreedores continúa hasta el final, sin que se haya producido causa que permita al otro cónyuge solicitar la disolución del consorcio conyugal. En este caso carece de sentido permitir al cónyuge *in bonis* solicitar la liquidación del consorcio conyugal, pues ninguna deuda privativa del concursado va a ser pagada con bienes comunes. La comunidad conyugal no se disuelve en este caso, sino que su activo responde de su pasivo hasta donde llega y en el futuro, si adquiere nuevos bienes, seguirá respondiendo de las deudas consorciales pendientes de pago, así como de los reintegros a los patrimonios privativos.

e) En cambio, cuando en la liquidación concursal de los créditos consorciales del concursado resulta un remanente de bienes comunes, y el concursado no tiene bienes privativos o no son suficientes para satisfacer a sus acreedores privativos, hay causa para que el otro cónyuge pueda pedir la disolución del consorcio conyugal. El nacimiento de la causa de disolución requiere, por tanto, que haya más bienes comunes que deudas consorciales contraídas por el concursado y, además, que éste tenga más deudas privativas que bienes privativos (189). Entre las deudas privativas hay que incluir los créditos de este tipo que contra el concursado tenga su cónyuge (190). La liquidación de los reintegros y reembolsos y de las demás obligaciones existentes entre el patrimonio consorcial y los privativos sólo puede exigirse, en principio, tras la disolución del consorcio conyugal (art. 44-5 Lrem.).

f) Si, dándose estos presupuestos, el cónyuge no concursado pide la disolución del consorcio conyugal, la liquidación subsiguiente sólo afecta-

nanciales, simultáneamente tanto por las deudas contraídas por uno de los cónyuges como por las deudas contraídas por el otro, sin que en nuestra opinión el origen legal, aunque podría coincidir con finalidad fraudulenta, de la confusión de patrimonios existente entre los cónyuges desvirtúe su valor justificante de la posibilidad de solicitud de declaración conjunta de concurso de ambos (art. 3-5 LC)".

(189) Ciertamente, como indica GUILARTE GUTIÉRREZ (2005, pp. 98-99), "ello exigirá una teórica duplicidad liquidatoria para relacionar bienes comunes con deudas consorciales por un lado, conforme a los criterios de la prelación concursal, y, en función de los mismos criterios, liquidar al margen de ello los bienes y deudas privativas". "No parece que ello represente problema alguno pues expresamente ha previsto el legislador en el artículo 86-3 LC que la administración concursal especifique «respecto de cada uno de los créditos incluidos en la lista si sólo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo o también sobre el patrimonio común», lo cual evidentemente facilitaría las cosas". *Vid. etiam* la propuesta de coordinación, no demasiado alejada de la que resulta del texto, que hace BLANQUER UBEROS (2005, pp. 267-269).

(190) El cónyuge del concursado que fuere acreedor concursal, al quedar relegado a la posición de acreedor subordinado según lo dispuesto en los artículos 92-5.º y 93-1-1.º LC, sufre una notable merma en el vigor de sus derechos de crédito frente al cónyuge deudor común (*vid.* BLANQUER UBEROS, 2005, p. 274).

rá al remanente de bienes comunes, a los créditos consorciales debidos por él y a los reintegros y reembolsos y demás obligaciones entre el patrimonio consorcial y los privativos. Mientras se practica esta liquidación del patrimonio común, a realizar conforme a las normas del Derecho civil aplicable, el concurso de acreedores sobre el remanente de bienes comunes queda en suspenso (191).

g) Sólo si la liquidación del patrimonio común remanente arroja un saldo positivo, y una vez detraídas las ventajas (cfr. arts. 84 y 85-1 Lrem.), habrá partición de bienes, que serán adjudicados a los cónyuges por mitad o en la proporción y forma pactadas (cfr. art. 85-1 Lrem.), siendo de aplicación los derechos de adjudicación preferente previstos en la legislación civil (cfr. arts. 85 Lrem., 1.406 y 1.407 CC), así como el de adjudicación preferente de la vivienda habitual común a favor del cónyuge del concursado establecido por el artículo 78-4 LC (192). Sobre los bienes comunes adjudicados al concursado continuará el concurso de acreedores, ahora centrado en la liquidación de las deudas privativas pendientes (193). Por su parte, el cónyuge no concursado, en cuanto cotitular del patrimonio común, hará suyos los bienes adjudicados en la partición, que quedarán excluidos del concurso del otro (194).

(191) Como dice GUILARTE GUTIÉRREZ (2005, p. 97), “lo que deberá liquidarse en pieza separada es el exceso de bienes comunes que no haya sido necesario aplicar para sufragar las deudas que también fueran comunes aunque en la práctica [...] raro será –raro, raro– que exista algún excedente consorcial a liquidar en la referida pieza separada”.

(192) Aunque el elemento de hecho de la norma presupone la existencia de un remanente tras la liquidación de la comunidad matrimonial, aunque sólo cubra en parte el valor de la vivienda, en cuyo caso el cónyuge del concursado debería abonar el exceso. No obstante, considera BLANQUER UBEROS (2005, pp. 282-283) que la aplicación extensiva tiene sólido apoyo y no perjudica en nada el interés del concurso, por lo que defiende que el juez del concurso puede reconocer al cónyuge no deudor el derecho a obtener la adjudicación de la vivienda habitual mediante el abono de la totalidad de su valor, “incluso cuando el valor total de los bienes gananciales o comunes, o de la vivienda si fuera el único bien, resultase inferior al importe de las obligaciones gananciales”. “Pudiera suceder –añade– que la vivienda habitual del matrimonio estuviera afecta a una garantía real para asegurar el pago de determinada deuda; supuesta la subsistencia de la obligación asegurada va de suyo que el cónyuge del deudor que hiciese uso del derecho preferente de adjudicación debería asumir el cumplimiento, a su cargo, de la obligación asegurada, siguiéndose la consecuencia de que el acreedor dejaría de serlo frente al cónyuge concursado y pasaría a serlo del cónyuge adjudicatario (compárese este caso con el semejante, en cuanto al resultado, previsto en el art. 155-3 LC)”.

SANZ VIOLA (2004, p. 721) considera que la valoración de la vivienda se hará, por aplicación analógica del artículo 78-3 LC, conforme al valor de adquisición actualizado.

(193) A PAU PEDRÓN, Antonio (*Las limitaciones patrimoniales del concursado*. Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2004, p. 62), le parece que la consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal “consistirá en incluir en la masa las cuotas o bienes que, como consecuencia de la liquidación, pasen a ser privativos del cónyuge concursado”.

(194) En el mismo sentido, GUILARTE GUTIÉRREZ (2005, p. 87), para quien “desde una perspectiva de técnica jurídica es evidente que la expectativa que el cónyuge *in bonis* tiene res-

h) Los acreedores por deudas contraídas por el cónyuge concursado para satisfacer las necesidades familiares señaladas en la letra a) del artículo 36-1 Lrem. (arts. 28-2 y 7 Lrem.) o en ejercicio de la potestad doméstica (art. 1.319 CC), que no hayan podido cobrar con los bienes comunes ni con los bienes privativos del cónyuge concursado en el procedimiento concursal, para conseguir el cobro sobre el patrimonio privativo del cónyuge no deudor deberán ejercitar las acciones pertinentes de ejecución singular de tales bienes. Porque no se pueden incluir bienes privativos de un cónyuge en el concurso de su consorte, por más que los mismos respondan en defecto de bienes comunes (195).

En definitiva, la coordinación sólo será necesaria en los casos en que, dándose los presupuestos para pedir la disolución del consorcio conyugal, efectivamente se pida. En tal caso, la adecuada coordinación exige partir de los resultados de la liquidación concursal de los créditos consorciales del concursado, así como de los resultados de la liquidación concursal de las deudas privativas del concursado, una y otra hechas respectivamente sobre los bienes comunes y los privativos; si por sobrar bienes comunes en la primera liquidación y faltar bienes privativos en la segunda, se ha pedido por el cónyuge no concursado la disolución del consorcio conyugal, la liquidación del patrimonio común ha de hacerse a partir del estado en que éste ha quedado tras la práctica de la liquidación concursal de los créditos consorciales del concursado sobre los bienes comunes (196). Es una liquidación complementaria de la concursal, con la finalidad de

pecto del activo consorcial no es una expectativa obligacional sino dominical. Es decir no cabe imaginar que en el momento de la liquidación los cónyuges tengan un derecho de crédito a hacer efectivo –por el montante de su haber (mitad)– sobre los bienes gananciales sino que son los titulares dominicales de dicho haber” [...] “Sea cual sea la naturaleza de la comunidad conyugal es obvio que se trata de una situación de copropiedad por parte de ambos cónyuges” [...] “pues desde el momento en que la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica, resulta inviable pensar en una titularidad ajena a la de los cónyuges: de otra manera serían los consorciales unos bienes *nullius*”. Por tanto, el derecho del cónyuge *in bonis* respecto del haber consorcial no es un crédito subordinado (art. 92-5.º en relación con el 93-1 LC) sino un derecho de separación (art. 80 en relación con el art. 77-2 LC). De la misma opinión es BLANQUER UBEROS, 2005, pp. 274-275.

(195) Cfr. ÁLVAREZ OLALLA, 2004, p. 930.

(196) En palabras de GUILARTE GUTIÉRREZ (2005, pp. 97-98): “De esta manera en el seno del procedimiento concursal diversificaríamos por un lado los bienes comunes, destinados al pago de las deudas comunes conforme a los criterios prelativos de la Ley Concursal y, por otro, si es que existen deudas privativas, se afrontarían éstas –caso de haberse instado la facultad disolutoria– con los eventuales bienes privativos del concursado. De no existir tales bienes privativos sólo podrán afrontarse las deudas privativas del concursado con cargo a los bienes que como resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales a tramitar en la pieza separada del artículo 21-1-7 LC pueden serle adjudicados”.

respetar el derecho preferente de los acreedores consorciales, así como el derecho del cónyuge no concursado a que el valor de su participación consorcial no resulte afectado por la satisfacción de deudas privativas del otro cónyuge (197). Por tanto, los acreedores privativos del concursado sólo deben poder cobrar sobre bienes gananciales *ya liquidados*, primero en relación con los acreedores consorciales que son preferentes, y después en relación con la mitad de bienes consorciales perteneciente al cónyuge no concursado, que no debe considerarse como un acreedor preferente, sino como un titular que ejercita un verdadero derecho de separación, en este caso, *ex iure domini* (198).

Tras la disolución del consorcio conyugal, el matrimonio se regirá por el régimen de separación de bienes (art. 43-2 Lrem.), al haber descartado el legislador aragonés la atípica opción prevista en el artículo 1.374 CC (posiblemente de aplicación analógica en el ámbito del Código Civil a la disolución de la sociedad de gananciales por el concurso de uno de los cónyuges) que, además, como hemos visto, resulta del todo innecesaria en un sistema como el aragonés, que permite pedir la liquidación sin necesidad de disolución del consorcio conyugal.

E) Coordinación de la normativa concursal, procesal y aragonesa.

DÍEZ SOTO (199) considera que, de conformidad con la DF 5.^a LC, que prevé la aplicación de la LEC como Derecho procesal supletorio, los vacíos legislativos en materia procesal de la LC deben ser resueltos mediante la aplicación del artículo 541 LEC. Y en Aragón, la norma concursal hay que coordinarla también con lo previsto en el artículo 43 Lrem. para la ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas (200).

(197) Cree GUILARTE GUTIÉRREZ (2005, pp. 99-100) que con esta solución se respetan los principios básicos de ambos procesos liquidatorios, que quedan coordinados conforme a una racionalidad que, sin embargo, la Ley Concursal no explicita. Evita por otro lado la conversión de la facultad disolutoria en un mecanismo defraudatorio de las expectativas plenamente legítimas de los acreedores y, en definitiva, supone una solución consustancial con la esencia de la sociedad de gananciales.

(198) ÁLVAREZ OLALLA, 2004, pp. 934-935; GUILARTE GUTIÉRREZ, 2005, p. 99. Este último autor afirma (2005, p. 100) que es consciente de que, “con ello, raramente se actuará la facultad disolutoria que prevé el artículo 77-2 porque pocas veces existirán bienes comunes que, en situaciones de insolvencia familiar, excedan las deudas comunes. Anómala será también la existencia de deudas privativas. Pero en cualquier caso no debe todo ello preocuparnos mucho como tampoco ha preocupado la inaplicación efectiva del artículo 1.373 del Código Civil”.

(199) 2004 (2), p. 1283, nota 9, y 1290.

(200) La LC deja expresamente a salvo “las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas” (cfr. disp. final 32 LC).

Lo que sigue es un mero ejemplo de cómo podría conseguirse la coordinación de la normativa concursal con la procesal del artículo 541 LEC y la aragonesa del artículo 43 Lrem.

Cuando en el concurso de acreedores de persona casada el inventario de la masa activa incluya los bienes comunes, y éstos, conforme al inventario de la masa pasiva, vayan a responder de deudas propias del concursado a falta o por insuficiencia de los bienes privativos, el concurso se notificará inmediatamente al otro cónyuge a fin de que, dentro del plazo de diez días siguientes a la notificación (art. 556 LEC), pueda pedir la disolución de la comunidad matrimonial o, según el Derecho aragonés, la liquidación del patrimonio común al exclusivo fin de constatar el valor que ha de quedarle a salvo, sin disolución del consorcio conyugal.

Pedida por el cónyuge del concursado la liquidación del patrimonio común sin disolución de la comunidad matrimonial, y una vez concluida la liquidación concursal de los créditos consorciales del concursado sobre los bienes comunes y la de los créditos privativos sobre los bienes de esta clase, el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre la liquidación del patrimonio común remanente que, a falta de acuerdo entre las partes, se llevará a cabo con arreglo a lo dispuesto en los artículos 808 y 809 de la LEC, suspendiéndose entre tanto el concurso en lo relativo a los bienes comunes (cfr. art. 541-3 LEC). El concurso sobre los bienes comunes proseguirá tan pronto se constate (en el inventario aprobado judicialmente) la existencia de bienes comunes que sobrepasen el valor que ha de quedar a salvo al cónyuge no concursado y sólo sobre aquellos bienes que lo sobrepasen, alzándose en todo caso el concurso sobre los demás (cfr. art. 43-1 Lrem.).

En el mismo supuesto de hecho, si el cónyuge del concursado ha optado por pedir la disolución del consorcio conyugal y la división de los bienes comunes (cfr. art. 43-2 Lrem.), el tribunal, oídos los cónyuges, acordará la disolución y resolverá lo procedente sobre la liquidación y división del patrimonio común remanente que, a falta de acuerdo entre las partes, se llevará a cabo con arreglo a lo dispuesto en los artículos 806 a 810 de la LEC, suspendiéndose entre tanto el concurso en lo relativo a los bienes comunes (cfr. art. 541-3 LEC). En la masa activa se incluirán, en su caso, los bienes comunes adjudicados al cónyuge concursado, que responderán de sus deudas privativas.

8. Procedimiento para acordar la disolución por decisión judicial.

El procedimiento aplicable para acordar la disolución de la comunidad matrimonial por alguna de las causas del artículo 63 Lrem. o 1.393 CC, que son causas que requieren una decisión judicial que apruebe la solici-

tud, no está determinado legalmente, salvo en casos concretos, por lo que la doctrina considera que puede seguirse el procedimiento de jurisdicción voluntaria cuando no exista oposición o confrontación entre los cónyuges, de acuerdo con la DT 10 de la Ley 11/1981; mientras que, cuando durante la tramitación del expediente surja una controversia entre los interesados que impida su continuación, el proceso habrá de ser contencioso (201).

Si por existir controversia inicial sobre la concurrencia de la causa de disolución se sigue un proceso contencioso, se aplicarán las normas procesales correspondientes al juicio ordinario o verbal según la cuantía del pleito, cuantía que se determinará por el valor del patrimonio común. Por ejemplo, en el caso de controversia sobre la realización de los actos contemplados en el artículo 1.393-2.º CC, habrá que acudir al proceso que corresponda por la cuantía y la sentencia que se dicte; si es estimatoria, producirá la disolución (202).

El procedimiento de jurisdicción voluntaria parece en todo caso aplicable en los supuestos previstos en las letras a) y b) del artículo 63 Lrem. o 1.393-1.º CC (en éste con la excepción del concurso de acreedores), ya que el hecho determinante de la disolución no es discutible por haber sido establecido en resolución judicial previa que ya ha ganado firmeza, bastando con que la persona legitimada presente testimonio de la misma de acuerdo con lo dicho al final de las letras a) y b) del artículo 63 Lrem. o al final del artículo 1.393-1.º CC, sin que ello excluya que de la petición

(201) MORALEJO IMBERNÓN, 2006, p. 1661; CABEDO SERNA, 2005, p. 564. Dice esta última autora que la expresión “de seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución”, empleada por el artículo 1.394 CC, es de carácter condicional, lo que indica, a su juicio, que no es necesaria la tramitación de un procedimiento contencioso (éste es el sentido que debe darse a la expresión “pleito”) para declarar la disolución de la sociedad de gananciales, sino que bastará un procedimiento de jurisdicción voluntaria si no se suscita contienda entre los cónyuges sobre tal cuestión.

A la misma conclusión parece que hay que llegar con la regulación prevista en el Proyecto de ley de jurisdicción voluntaria, que, sin contemplar específicamente el supuesto de disolución de la comunidad conyugal por decisión judicial, dice que se seguirán los trámites del procedimiento común de jurisdicción voluntaria cuando los cónyuges, individual o conjuntamente, soliciten la intervención o autorización judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales (art. 109). No obstante, cuando durante la tramitación del expediente surja una controversia entre los interesados que impida su continuación, se procederá a su archivo (art. 7).

(202) MONTERO AROCA, 2003, p. 42. Dice RAGEL SÁNCHEZ (1987, p. 217) que en los casos de los números 2 a 4, ambos inclusive, del artículo 1.393 CC, será conveniente acudir, para obtener la disolución, a un procedimiento declarativo ordinario. Sin embargo, entiendo que si los desacuerdos graves o reiterados entre los cónyuges sobre la gestión de la economía familiar o el incumplimiento reiterado del deber de información recíproca no se ponen en cuestión, no habrá controversia sobre la concurrencia de la causa de disolución, que por ello podrá ser aprobada siguiendo los trámites del procedimiento de jurisdicción voluntaria.

deba darse traslado al otro cónyuge, que podrá alegar falsedad documental del título alegado o falta de firmeza del mismo (203).

De seguirse un procedimiento de jurisdicción voluntaria, hay que tener en cuenta, como recuerda CABEDO SERNA, que continúa siendo aplicable el título III de la LEC de 1881 (con excepción de los arts. 1.827 y 1.880 a 1.900, que se encuentran derogados) hasta tanto no entre en vigor la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, de acuerdo con la DD Única de la LEC de 2000. En el caso de conversión del procedimiento de jurisdicción voluntaria en uno contencioso (por suscitarse contienda durante su tramitación), se entiende aplicable el juicio verbal (apartado 1.º de la DD Única LEC 2000).

En el supuesto de ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas, ya hemos visto que la petición de disolución, así como la liquidación y división si no hay acuerdo entre los cónyuges, se tramita en el mismo procedimiento de ejecución conforme a lo previsto en el artículo 541-3 LEC. La aprobación judicial de la disolución se solventa en un procedimiento breve y sencillo, una mera audiencia de los cónyuges, sin citar al acreedor. La liquidación y división, a falta de acuerdo entre los cónyuges, como pieza separada a seguir por los trámites de los artículos 806 y ss. LEC (204), siendo juez competente el mismo que entiende de la ejecución (art. 807 LEC) (205).

Y en el supuesto específico de la disolución por concurso de acreedores de uno de los cónyuges, también hemos visto que a la petición de disolución, así como a la liquidación y división, si no hay acuerdo entre los cónyuges, se aplican las normas procesales contenidas en la propia Ley Concursal, completadas en lo necesario con las del artículo 541 LEC.

Parte de la doctrina admite que se puede disolver la comunidad matrimonial por las causas del artículo 1.393 (excluyendo los supuestos incluidos en el núm. 1.º) mediante un acuerdo transaccional homologado judicialmente, así como mediante laudo arbitral, puesto que son supuestos de disolución que pueden generar controversia entre los cónyuges, sin que estén ligados a la cuestión del estado civil, ya que en dichos casos el vínculo matrimonial persiste. El régimen económico del matrimonio es un efecto patrimonial derivado del matrimonio sobre el que se puede transigir (no lo prohíbe el art. 1.814 CC), y aunque la disolución por las causas del artículo 1.393 requiere decisión judicial, el acuerdo transaccional judicialmente homologado y el laudo son equiparables a una decisión judicial (206).

(203) DÍEZ-PICAZO, 1984, p. 1784; RAGEL SÁNCHEZ, 1987, p. 217.

(204) *Vid.* MONTERO AROCA, 2003, pp. 50-51.

(205) OCAÑA RODRÍGUEZ, 2002, p. 146.

(206) Resumen del estado de la cuestión que tomo de CABEDO SERNA, 2005, pp. 565-566.

CAPÍTULO II

MEDIDAS PROVISIONALES, MOMENTO DE EFICACIA DE LA DISOLUCIÓN Y RÉGIMEN SUBSIGUIENTE

I. Medidas provisionales

1. Diferencias entre los artículos 1.394 CC y 64 Lrem.

Como complemento de lo dispuesto en el artículo 1.393 CC para las causas de disolución por decisión judicial, dice la segunda parte del artículo 1.394 que *de seguirse pleito sobre la concurrencia de la causa de disolución, iniciada la tramitación del mismo, se practicará el inventario y el Juez adoptará las medidas necesarias para la administración del caudal, requiriéndose licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria*. La doctrina señala que la norma se expresa en términos imperativos, por lo que tales medidas se adoptarán necesariamente de oficio por el juez, pero sólo si se sigue un procedimiento contencioso, porque para el de jurisdicción voluntaria el tenor literal del precepto lo excluye al no existir “pleito” y porque en esta clase de procedimiento no se da el fundamento que justifica la necesidad de adoptar medidas provisionales al ser un procedimiento más breve y sin oposición entre las partes (1).

Las medidas provisionales contenidas en este precepto, que sin duda era aplicable en Aragón antes de la reforma de 2003, tienen la finalidad de evitar que durante el proceso se siga produciendo el fraude o daño a la sociedad que precisamente se trata de evitar con la disolución, ya que, durante la tramitación del mismo, la sociedad de gananciales sigue vigente (2). Por otra parte, conviene recordar que, admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, los efectos del artículo 102 CC (3).

(1) Vid. ALGARRA PRATS, Ester: *El régimen económico matrimonial de participación*, Madrid, 2002, p. 175; CABEDO SERNA, 2005, p. 567.

(2) Vid. ALBALADEJO, 2006, p. 181; en el mismo sentido, CABEDO SERNA, 2005, p. 567.

(3) Señala GUILARTE GUTIÉRREZ (“La sociedad de gananciales en liquidación: especial referencia a la comunidad posganancial surgida con ocasión de la crisis conyugal”, *Act. Civ.*, 1999-2, pp. 362-363) que, admitida a trámite la demanda de nulidad, separación o divorcio, no debe entenderse que, salvo el efecto previsto en el artículo 102-2 CC, pervive en su práctica integridad el viejo sistema económico matrimonial consorcial. Cree que “ha de rescatarse la doctrina sentada por el TS a propósito de la separación de hecho y concluir que la misma razón

La Lrem., en el artículo 64, bajo la rúbrica de *medidas provisionales*, ha establecido que *admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya solicitado la disolución del consorcio, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario y, a falta de acuerdo entre los cónyuges, el Juez señalará las reglas que deban observarse en la administración y disposición de los bienes comunes. En defecto de acuerdo entre los cónyuges, se requerirá autorización judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria* (4).

Esta regulación de las medidas provisionales, a diferencia de la del artículo 1.394 CC, es aplicable, no sólo en los casos en que se haya solicitado al juez la disolución del consorcio por alguna de las causas del artículo 63 (haya o no “pleito” entre las partes), sino también a los procesos de nulidad, separación o divorcio. El supuesto de hecho es exactamente el mismo del artículo 808-1 LEC (5). Son medidas aplicables a todo procedimiento del que pueda derivarse la disolución de la comunidad matrimonial: procesos matrimoniales de nulidad, separación o divorcio y procesos, de cualquier clase (contencioso, de jurisdicción voluntaria, de ejecución, de concurso de acreedores), en que se haya demandado la disolución de la comunidad matrimonial.

Pero la formación de inventario sólo la ordenará el juez si lo solicita alguno de los cónyuges, y las reglas sobre administración y disposición de los bienes comunes sólo las señalará el juez si, solicitada la formación de inventario, falta el acuerdo entre los cónyuges sobre la gestión de los bienes incluidos en él. No son, por tanto y a diferencia de las previstas en el artículo 1.394 CC, medidas imperativas que el juez deba adoptar de oficio: se requiere en todo caso petición de inventario por alguno de los cónyuges y, además, para las medidas sobre la gestión, falta de acuerdo entre ellos.

existente para en aquellos casos estimar el cese del sistema de comunicación ganancial debe ser aplicada en este momento. Y además debe subrayarse que la solución contraria es absurda: absurdo es que frente a la situación de separación de hecho el cese convivencial se estime determinante del ocaso de las normas de régimen consorcial y que tal cese, cuando existe ya plasmación jurisprudencial de la crisis, no sirva a los mismos fines”. Y lo mismo defiende (*vid.* p. 365) una vez aprobadas las medidas provisionales.

(4) La redacción del Proyecto de Ley, coincidente sustancialmente con la aprobada por la CADIC (*vid.* Acta 123, de la sesión de 27 de junio de 2001, y Acta 124, de la sesión de 4 de julio de 2001), aunque fue ligeramente modificada al aprobarse por unanimidad las enmiendas números 85 y 86 del GP Chunta Aragonesista. Por la primera se cambió “o iniciado el proceso en que se haya *demandado* la disolución del consorcio” por “o iniciado el proceso en que se haya *solicitado* la disolución del consorcio”. Y gracias a la segunda, en lugar de “licencia judicial” se puso “autorización judicial”.

(5) El apartado 1 del artículo 808 LEC, sobre *solicitud de inventario*, dice que *admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario*.

El artículo 64 Lrem., con las diferencias ya indicadas, está inspirado en el artículo 1.394 CC, pero concuerda bien con las medidas provisionales relativas al régimen económico matrimonial que, admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente (art. 90 CC), ha de adoptar (art. 103 CC, medidas 3.^a, 4.^a y 5.^a), así como con las previsiones de la nueva Ley de enjuiciamiento civil, en el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, sobre solicitud y formación de inventario (arts. 808 y 809 LEC).

La finalidad de estas medidas no parece ser exclusivamente evitar que durante el proceso se siga produciendo el fraude o daño a la sociedad que con la disolución se quiere eliminar, sino también fijar ya la composición del patrimonio común para facilitar una pronta liquidación y división que pueda incluso acompañar a la disolución, así como ordenar la gestión de los bienes comunes cuando los cónyuges, cualquiera que sea su situación de convivencia o su posición ante el proceso, no se pongan de acuerdo en cómo hacerlo.

2. La provisionalidad de las medidas.

Tanto el artículo 1.394 CC como el 64 Lrem. establecen unas “medidas provisionales”, surgidas exclusivamente por consecuencia de la existencia de un procedimiento judicial del que puede derivarse, directa o indirectamente, la disolución de la comunidad conyugal. No se trata, pues, del supuesto de la “administración provisional” que normalmente sigue a la *disolución* de la comunidad y antes de efectuarse la definitiva liquidación, situación para la que el Derecho aragonés contiene normas especiales (arts. 68 a 75 Lrem.); el supuesto de hecho de los artículos 1.394 CC y 64 Lrem. es completamente distinto: en él ni siquiera se ha producido la disolución de la comunidad conyugal y aún ni se sabe si se producirá, porque se desconoce el sentido que tendrá la resolución judicial (6).

Adoptadas estas medidas provisionales, si al final del procedimiento se produce la disolución del consorcio conyugal, pero queda pendiente su liquidación y división, las medidas provisionales sobre gestión terminarán, salvo cuando sean sustituidas por las de la resolución estimatoria, como sucede en los casos de nulidad, separación o divorcio (arts. 106 CC y 773-5 LEC) (7). Tanto las medidas provisionales como, en su caso, las definiti-

(6) *Vid.*, para la Compilación, MERINO HERNÁNDEZ, 1990, pp. 54-55, nota 3.

(7) En los procesos matrimoniales, dice la STSJA de 8 de julio de 2005 que “la nueva LEC ha introducido un nuevo sistema basado en unas medidas únicas, que a lo largo del proceso se van adaptando a las peculiares circunstancias de las distintas fases procesales, de suerte

vas podrán modificarse, en el mismo proceso o en posteriores, si antes de la práctica de la liquidación y división de la comunidad matrimonial se producen alteraciones en las partidas del inventario o en las circunstancias tenidas en cuenta para la fijación de las medidas sobre gestión de los bienes comunes (cfr. art. 90 CC) (8).

En principio, durante la tramitación del procedimiento, como no se ha producido aún la disolución de la comunidad matrimonial, los bienes ganados por los cónyuges siguen siendo consorciales y partibles, no teniendo el inventario otra misión que demostrar la consistencia del caudal en el momento en que se practica (9). Su contenido en este momento no es definitivo, pues después de que se concluya y durante la tramitación del procedimiento pueden aparecer (como ocurre a veces en la práctica) nuevos bienes del activo o deudas del pasivo, que deben computarse (10).

Pero, como veremos luego, el juez puede fijar en su resolución un momento de disolución de la comunidad anterior a la fecha de la propia resolución (art. 65-1.º Lrem.), y, en todo caso, puede retrotraer los efectos de la disolución hasta el momento de admisión a trámite de la demanda de nulidad, separación o divorcio, o de inicio del proceso en que se haya so-

tal que cada medida sustituya a la anterior. O lo que es lo mismo, las medidas previas ordinarias se convierten o son sustituidas por las medidas provisionales las que, a su vez, se convierten o son sustituidas por las definitivas que se adopten en la sentencia de primera instancia, que igualmente pueden convertirse o ser sustituidas por las medidas firmes que puedan acordarse por la Audiencia, en el supuesto de haberse interpuesto recurso de apelación”.

Es dudoso si también en los casos de disolución de la comunidad matrimonial por decisión judicial (art. 63 Lrem. o 1.393 CC) con la resolución que acuerde la disolución se produce la conversión o sustitución de las medidas provisionales por las definitivas que se adopten en ella. Lo ha defendido LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 2002, p. 113; lo niega, en cambio, CABEDO SERNA, 2005, p. 586.

Sobre las medidas judiciales supletorias y el régimen económico-matrimonial, *vid.* MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 168-170.

(8) Dice la STS de 25 de septiembre de 1997 que, “si bien en el momento de dictarse la sentencia el activo de la sociedad de gananciales era superior al pasivo, la falta de liquidación real del mismo ha conducido a que numerosos bienes integrantes del activo hayan sido objeto de remate en procedimientos judiciales, desapareciendo de la masa y haciendo precisas las correcciones necesarias en el pasivo [...] sin que ello implique, ni mucho menos, contradicción con lo ejecutoriado, sino, por el contrario, ajuste de la situación económica de la sociedad a liquidar al estado que tiene cuando se liquida, lo que supone un cumplimiento riguroso del mandato de la sentencia que se ejecuta”.

(9) *Vid.*, por todos, LACRUZ, 2005, p. 246.

(10) Así lo indica ALEJÁNDREZ PEÑA, Pedro (“Comentarios al procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 16, de julio de 2002, pp. 22-23), que añade que “ello es admisible llevarlo a cabo, por ejemplo, en la relación de bienes o inventario que debe realizar el contador al efectuar las operaciones particionales o cuaderno particional. Esto es sin perjuicio del procedimiento de partición complementaria, que puede producirse una vez concluido el proceso general”.

licitado la disolución del consorcio conyugal (art. 65-2.º Lrem.) (11). En tal caso, el inventario formalizado como medida provisional al inicio del proceso puede resultar ya prácticamente definitivo al no hacerse comunes los frutos de los bienes privativos y las ganancias obtenidos por los cónyuges con posterioridad. No obstante, el inventario tendrá que actualizarse en lo necesario al tiempo de practicarse la división, porque mientras tanto ha estado vigente la comunidad en liquidación (12).

3. La solicitud de formación de inventario.

La solicitud de formación de inventario la regulan en términos prácticamente idénticos los artículos 64 Lrem. y 808-1 LEC al decir que *admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya solicitado* [“demandado”, según el art. 808-1 LEC] *la disolución del consorcio* [“régimen económico matrimonial”, según el art. 808-1 LEC], *cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario*. El paralelismo entre los dos preceptos es total.

La formación de inventario es una medida que queda a petición de cualquiera de los cónyuges (o del representante legal del incapacitado o ausente), petición que pueden hacer desde la admisión a trámite de la demanda o, si el juicio no se inicia por demanda, desde el inicio del proceso (13),

(11) El juicio que merece el artículo 1.394 a la doctrina es desfavorable. Así dice LACRUZ (2005, p. 246) que “la solución se presta a diversas objeciones: sobre todo, no parece justo que quien culpablemente ha dado lugar a la disolución del régimen se siga lucrando con las ganancias del otro, sin que este otro pueda evitarlo. Se trata, por lo demás, de un asunto igualmente mal abordado en materia de efectos de la presentación de las demandas de nulidad, separación y divorcio; el artículo 103-3 y 4, no permite resolver con seguridad el mismo problema. La solución más equitativa sería la retroacción del cese del régimen al momento de la presentación de la demanda, y acaso se pueda extraer esta conclusión sobre la base de la finalidad de la norma y la voluntad del legislador, de los textos citados”. Crítica compartida, entre otros, por DE LOS MOZOS (1999, p. 578).

(12) La comunidad posconsorcial nace desde la disolución de la sociedad conyugal y termina con la efectiva liquidación de la misma, “lo cual –señala la SAP de Huesca de 19 de enero de 2005– implica que, como dijimos en nuestras sentencias de 22 de junio de 2001 y 28 de octubre de 2003, de no separarse ambas liquidaciones, nunca vamos a tener un inventario terminado sobre el que iniciar las operaciones particionales pues siempre habrá pendiente de incluir en él alguna renta, fruto o gasto generado por los bienes comunes durante el tiempo empleado en las operaciones divisorias”.

Sobre las modificaciones del inventario una vez realizado y antes de partir, *vid.*, por todos, MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 410-411.

(13) Señala ALEJÁNDREZ PEÑA (2002, núm. 16, p. 22) que “la nueva LEC 1/2000 permite, como relevante novedad, que desde el mismo inicio de un proceso matrimonial (nulidad, separación o divorcio), se pueda a instancia de parte –cualquiera de los cónyuges–, y sólo por facultad de éstos, llevar a cabo todos los trámites necesarios para la fijación del inventario, incluso en caso de controversia sobre inclusión o exclusión, además de adoptar la decisión correspondiente sobre la administración y disposición de los bienes comunes, con la evidente finalidad

pero tienen para ello todo el tiempo del mundo (14); se trata de una posibilidad o facultad y no de una prescripción de obligado cumplimiento, por lo que si ninguno de ellos lo solicita, dicho inventario no se practicará judicialmente en este momento, o en ningún otro si nunca lo solicitan al juez (15). De manera que la solicitud de inventario puede hacerse también después de la disolución, siempre que los cónyuges o partícipes no se pongan de acuerdo para practicar la liquidación y división contractualmente. De donde resulta que el procedimiento especial para la liquidación del régimen económico matrimonial de los artículos 806-810 LEC es también de aplicación, en defecto de acuerdo entre los cónyuges o entre el sobreviviente y los herederos del premuerto, en caso de disolución por muerte o por voluntad de ambos cónyuges expresada en capítulos matrimoniales (16).

En cambio, de la aplicación del artículo 1.394 CC resulta que la formación del inventario es una medida provisional obligatoria que el juez debe adoptar de oficio al inicio del pleito (17).

La solicitud de inventario *deberá acompañarse de una propuesta en la que, con la debida separación, se harán constar las diferentes partidas que deban incluirse en el inventario con arreglo a la legislación civil. A la solicitud se acompañarán también los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta* (art. 808-2 LEC). Son de aplicación, por tanto, para la determinación de las partidas que ha de contener el inventario los artículos 80 y 81 de la Lrem. sobre activo y pasivo del inventario, o los correlativos artículos 1.397 y 1.398 CC (18).

de que, tramitado en pieza separada, pueda ir en paralelo al procedimiento principal, pero evidentemente no pueden iniciarse los trámites de la liquidación misma hasta la sentencia, pues el régimen económico no se disuelve hasta que ésta no alcanza firmeza, por lo que no cabe ejecutarla hasta este momento procesal”.

(14) La solicitud es posible una vez admitida la demanda o iniciado el proceso, pero cabe también en otro momento posterior del procedimiento y, por supuesto, cabe tras la disolución del consorcio.

(15) BUSTO LAGO, 2002, p. 122.

(16) DÍAZ FUENTES: *División de la herencia y liquidación del régimen económico matrimonial*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 205-208; BUSTO LAGO, 2002, p. 109.

(17) CABEDO SERNA (2005, p. 568) se plantea la cuestión de si el artículo 808 LEC ha derogado de forma tácita el artículo 1.394 CC por ser ley posterior. La respuesta cree que debe ser negativa, ya que “no podemos entender –dice– que la regulación de los artículos citados sea incompatible o contradictoria: aunque el artículo 808 LEC sólo se refiere a la posibilidad de formar inventario a petición de cualquiera de los cónyuges no excluye la formación de inventario de oficio. Por lo tanto debe integrarse la regulación contenida en la LEC con la del CC: si ninguno de los cónyuges solicita la formación del inventario el juez deberá ordenar su práctica de oficio”.

(18) Pero, como dice DÍAZ FUENTES (2001, p. 210), estos preceptos están pensados, sobre todo, para la fase ulterior de liquidación, puesto que hablan de importes actualizados de varios conceptos, que implican operaciones de cuenta y valoración únicamente posibles o especial-

El artículo 809 LEC regula la *formación de inventario* en los siguientes términos:

1. *A la vista de la solicitud a que se refiere el artículo anterior, se señalará día y hora para que, en el plazo máximo de diez días, se proceda a la formación de inventario, mandando citar a los cónyuges.*

En el día y hora señalados, procederá el Secretario Judicial, con los cónyuges, a formar el inventario de la comunidad matrimonial, sujetándose a lo dispuesto en la legislación civil para el régimen económico matrimonial de que se trate.

Cuando, sin mediar causa justificada, alguno de los cónyuges no comparezca en el día señalado, se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que haya comparecido. En este caso, así como cuando, habiendo comparecido ambos cónyuges, lleguen a un acuerdo, se consignará éste en el acta y se dará por concluido el acto (19).

En el mismo día o en el siguiente, se resolverá lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario.

2. *Si se suscitare controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, se citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal (20).*

La sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial, y dispondrá lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes.

Después de la aprobación del inventario habrá que esperar para iniciar la fase de liquidación hasta que se concluya el proceso principal por

mente adecuadas con la mediación de los peritos y contador que hayan de intervenir posteriormente. No obstante, tales artículos dan referencias conceptuales de lo que se deberá consignar en el inventario, como índice configurador de los pasos posteriores.

(19) En caso de disolución por muerte, no se reputarán acuerdos sin la conformidad de todos los herederos y, en cambio, uno solo que acuda a la diligencia de inventario impide que a su comunidad se la tenga por conforme con la propuesta del cónyuge sobreviviente (DÍAZ FUENTES, 2001, p. 212).

(20) Las SSAP de Huesca de 8 de marzo de 2004 y 19 de enero de 2005 señalan que, “partiendo de los artículos 808 y 809 LEC, los cónyuges deben definir su postura sobre el inventario consorcial en momentos o fases procesales precisas: la parte que lo insta, en su propia solicitud; y la contraria, en el acto que debe celebrarse ante el secretario judicial a los efectos de adoptar un acuerdo o de constatar la controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualesquiera de las partidas. De este modo, los principios de preclusión y de defensa impiden que los cónyuges puedan plantear su propuesta de inventario en el juicio verbal o segunda fase del procedimiento, la que debe celebrarse precisamente para resolver las cuestiones ya suscitadas en esa fase previa. Asimismo, por las mismas razones, tampoco pueden introducir en ese momento modificaciones sustanciales a la postura inicialmente exteriorizada”.

sentencia firme, no sólo porque lo establece el artículo 810-1 LEC, sino porque hasta dicha resolución definitiva, si resulta estimatoria, no se produce la disolución del régimen económico matrimonial.

4. El señalamiento de reglas para la administración y disposición de los bienes comunes.

Recordemos que, sobre la administración y disposición de los bienes comunes, el artículo 64 Lrem. dice dos cosas: por un lado que, solicitada la formación de inventario por cualquiera de los cónyuges, el juez, *a falta de acuerdo entre los cónyuges, señalará las reglas que deban observarse en la administración y disposición de los bienes comunes*; y por otro que, *en defecto de acuerdo entre los cónyuges, se requerirá autorización judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria*.

También el artículo 1.394 CC dice dos cosas: practicado el inventario, a) *el Juez adoptará las medidas necesarias para la administración del caudal*, b) *requiriéndose licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria*.

En el precepto aragonés queda claro que el acuerdo de los cónyuges sobre la gestión de los bienes comunes hace innecesario que el juez acuerde medida alguna al respecto. Sólo si, solicitada la formación de inventario, no hay acuerdo entre los cónyuges sobre la gestión de los bienes comunes, el juez puede señalar las reglas que deban observarse al respecto (21). Pero, en tal caso, es decir, si por falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la gestión el juez puede intervenir en este asunto, la libertad del juez para acordar medidas de gestión no es total, porque la Ley ordena que se requerirá autorización judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria. Queda la duda de si la intervención judicial en la gestión de los bienes comunes, además de a la falta de acuerdo entre los cónyuges, está condicionada también a que el inventario esté ya formalizado.

En cambio, en el artículo 1.394 CC, la intervención del juez en la administración se formula como imperativa, si bien, al decir que adoptará las medidas “necesarias”, cabe entender que si los cónyuges están de acuerdo en la gestión de los bienes comunes no se necesita ninguna medida judicial para ello. Por otra parte, la necesidad de licencia judicial para los actos que excedan de la administración ordinaria también la formula de manera imperativa para el juez y los cónyuges. No obstante, cabe enten-

(21) Lo mismo defiende DÍAZ FUENTES (2001, pp. 215-216) para el artículo 809 LEC, que añade que en caso de nulidad, separación o divorcio los cónyuges deben someter el acuerdo a aprobación judicial (art. 773-1 LEC).

der igualmente que, si los cónyuges están de acuerdo en realizar los actos que exceden de la administración ordinaria, entonces no es necesaria ninguna medida judicial (22).

En el Derecho aragonés, a falta de acuerdo entre los cónyuges, y en el Código Civil posiblemente también, el juez tiene amplia libertad para adoptar las medidas que juzgue adecuadas para la administración ordinaria del patrimonio común, atendidas las circunstancias del caso concreto, pudiendo nombrar administrador de los bienes en los propios cónyuges o, incluso, en un tercero si se dieran circunstancias excepcionales que así lo aconsejaran; imponer el deber de rendir cuentas periódicamente; establecer la intervención de cuentas o depósitos bancarios; establecer el depósito de bienes en establecimiento público; ordenar hacer relación de bienes o inventario de bienes que se retiren, etc. Para los procesos de nulidad, separación o divorcio se aplicarán los apartados 3.º, 4.º y 5.º del artículo 103 CC, que también pueden ser de aplicación analógica en los restantes casos (23). En todo caso, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, los actos de enajenación de bienes comunes, así como los de administración extraordinaria, requieren autorización judicial.

Los preceptos civiles deben ser completados con lo previsto sobre esta cuestión en la LEC. Ya hemos visto que, según el artículo 809-1 LEC, formalizado el inventario por acuerdo de los cónyuges o por incomparecencia de alguno de ellos, *en el mismo día o en el siguiente, se resolverá lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario*. Sólo si se ha aprobado el inventario hay que resolver sobre la gestión de los bienes incluidos en él, no en otro caso. Y habrá que resolver sujetándose a lo dispuesto en la legislación civil aplicable.

(22) CABEDO SERNA (2005, p. 569) entiende, en cambio, que la adopción de las medidas sobre administración de los bienes comunes es de carácter obligatorio para el juez, dice que igual que en el artículo 809 LEC.

(23) Vid. ALGARRA PRAT, 2000, p. 176; Díez-PICAZO, 1984, p. 1787; DE LOS MOZOS, 1999, p. 578; CABEDO SERNA, 2005, pp. 568-569.

Dice DÍAZ FUENTES (2001, p. 216) que en los procesos matrimoniales el margen de actuación del artículo 809 LEC en este orden de cosas va a ser estrecho si antes, en el propio proceso matrimonial, se adoptaron las medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio (art. 773 LEC), o ya en previsión de él se instaron las provisionales previas a tales demandas (art. 771 LEC), porque en ambos casos se producen los efectos del artículo 102 CC y se toman las decisiones enunciadas en el 103 CC, entre las cuales las de las reglas 2.ª, 3.ª, 4.ª y 5.ª del segundo precepto citado son de claro sentido administrativo y la 4.ª específica sobre la administración y disposición de bienes gananciales o comunes. Es verdad que pedir tales medidas provisionales en el proceso matrimonial es una opción que las partes tienen, y no un imperativo, pero normalmente no dejarán de pedirse, y ello provocará que, a la hora de aplicar los párrafos finales de los apartados 1 y 2 del artículo 809 LEC, sus objetivos estén cubiertos y el contenido de las resoluciones posteriores será normalmente de ratificación de las medidas provisionales establecidas.

De manera que, si hay acuerdo entre los cónyuges, habrá que respetarlo; en su defecto, el juez podrá resolver mediante auto lo que proceda sobre la administración ordinaria de los bienes inventariados, pero para los actos que excedan de ella se requerirá autorización judicial.

Pero si se suscitare controversia sobre la inclusión o exclusión de algún bien en el inventario, sobre dicho bien no se adoptará por el juez ninguna medida de gestión, sino que habrá que esperar al resultado del juicio oral subsiguiente. *La sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial, y dispondrá lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes* (art. 809-2 i. f. LEC). Lo procedente habrá que determinarlo, como se ha dicho, de conformidad con la legislación civil aplicable.

En los casos en que las reglas ordinarias de gestión de los bienes comunes se hayan visto alteradas por aplicación de la concreción automática de las facultades de gestión del patrimonio común en manos del cónyuge del incapacitado o declarado ausente [o pródigo en el CC] prevista en el artículo 60 Lrem. (en el art. 1.387 CC la transferencia por ministerio de la Ley sólo se produce al cónyuge que sea tutor o representante de su consorte), o por la atribución de la gestión del patrimonio común a uno sólo de los cónyuges cuando el otro se encuentre imposibilitado para ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 58 Lrem. [o 1.388 CC, que incluye el abandono de familia o la separación de hecho (24)], o por la privación a uno de los cónyuges de sus facultades de gestión individual de los bienes comunes por haber puesto en peligro reiteradamente la economía familiar (art. 59 Lrem.), si el otro cónyuge o su representante legal piden la disolución del consorcio, o la pide el cónyuge favorecido por estas normas que finalmente prefiere la disolución, o se admite la demanda de nulidad, separación o divorcio, parece preferible entender que, a falta de acuerdo entre los cónyuges (o entre un cónyuge y el representante del otro), el juez también puede señalar las reglas que deban observarse en la administración y disposición de los bienes comunes por aplicación del artículo 64 Lrem. (o 1.394 CC).

Las medidas provisionales adoptadas judicialmente, al parecer, pueden modificar (provisionalmente, por supuesto) también otros aspectos del régimen económico del matrimonio: en un proceso de separación se decretó

(24) La regulación de los artículos 1.387 y 1.388 CC la completa el artículo 1.389, según el cual *el cónyuge en quien recaiga la administración en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores tendrá para ello plenas facultades, salvo que el Juez, cuando lo considere de interés para la familia, y previa información sumaria, establezca cautelas o limitaciones. En todo caso, para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial.*

como medida provisional “la supresión de la sociedad legal de gananciales, de tal manera que los cónyuges harán suyos los bienes que adquieran a partir de este momento” (25). Y para producir efectos frente a terceros, tales medidas son susceptibles de indicación al margen de la inscripción del matrimonio conforme a los artículos 1.333 CC y 77 LRc. (26).

II. Momento de eficacia de la disolución

1. Antecedentes inmediatos del artículo 65 Lrem.: el artículo 1.394 CC.

La fijación del momento en que se ha producido la disolución de la comunidad matrimonial es una cuestión esencial, tanto para los cónyuges como para los terceros; para los primeros porque la fecha de la disolución determina el cese del estatuto del consorcio conyugal y el inicio de la comunidad en liquidación; para los segundos, porque desde el momento en que les sea oponible la disolución del consorcio conyugal, las relaciones obligacionales que establezcan con los partícipes de la comunidad en liquidación estarán regidas por las normas de la nueva comunidad que continúa hasta la división del patrimonio común, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos con anterioridad.

Y hay que dejar constancia, desde el principio, de que el momento de eficacia de la disolución puede ser distinto para los cónyuges y para los terceros, no sólo porque para éstos la oponibilidad de la disolución exige publicidad o tener conocimiento de ella (arts. 1.333 CC y 77 LRc.), sino también porque la disolución, cualquiera que sea la fecha en que se produzca para los terceros de buena fe, no afecta a los derechos ya adquiridos por terceros (arts. 12 Lrem., 1.317 CC).

El artículo 1.394 CC, en su frase inicial, dice que *los efectos de la diso-*

(25) En cambio, la posibilidad de suspender el régimen de gananciales en sede de medidas provisionales es rechazada por la SAP Madrid de 1 de julio de 1993 con base en el siguiente argumento: *Si bien podría considerarse avanzada, e inclusive de un acentuado carácter práctico, la medida que se contiene en la sentencia de instancia, sobre suspensión de dicha sociedad económica, es evidente que la misma no tiene apoyo legal alguno, por lo que, en tal punto, procede la estimación del recurso [...] con declaración de plena vigencia, sin atenuación alguna, de la sociedad de gananciales hasta la fecha de esta sentencia en que la misma habrá de quedar disuelta por imperativo legal* (citada por RIVERA FERNÁNDEZ, 2000, p. 1518). En igual sentido la SAP de La Rioja de 31 de julio de 1998, reproducida por MONTERO AROCA, 2003, pp. 60-61.

(26) Dice al respecto la RDGRN de 3 de febrero de 1999 (BIMJ núm. 1855, de 15 de octubre) que “el carácter variable de la medida y el hecho de que ésta quedará sin efecto cuando termine el procedimiento de separación (cfr. art. 106 CC) no son argumentos bastantes para denegar la extensión de la indicación, a la vista de su importancia, aunque sea temporal, respecto de las adquisiciones de bienes que realicen los cónyuges durante la vigencia de tal medida y respecto de los terceros que contraten con ellos en el mismo período de tiempo”.

lución prevista en el artículo anterior se producirán desde la fecha en que se acuerde. Esta norma, de plena aplicación en Aragón hasta la entrada en vigor de la Lrem. (27), permite entender que, en las causas de disolución por decisión judicial del artículo 1.393 CC, los efectos de la disolución se producen desde la fecha de la resolución judicial en que se acuerde (28), salvo que en ésta se haya fijado una fecha anterior; en definitiva, cabe entender que los efectos se producen desde la fecha que se acuerde en la resolución judicial que, a falta de otra distinta, será la de la propia resolución judicial (29).

Nada se dice sobre la eficacia de la disolución por causas que la producen de pleno derecho, porque puede fácilmente deducirse que la eficacia se produce automáticamente en el mismo momento en que concurre el *hecho* de que derivan: otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, muerte, declaración de fallecimiento, firmeza de la sentencia de nulidad, separación o divorcio (30). En particular, según el artículo 95-1 CC, *la sentencia firme de nulidad, separación o divorcio producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial*.

Quienes creen que la disolución se produce necesariamente en la fecha de la resolución judicial consideran posible retrotraer el cese al tiempo de la admisión a trámite de la demanda de nulidad, separación o divorcio (31), o al momento de producirse el hecho determinante de la disolución, con una retroacción eficaz para los cónyuges y no para los terceros (32).

(27) *Vid.*, entre otras, la STSJA de 23 de marzo de 1993 (RDCA, 1995, marginal 10).

(28) Un sector de la doctrina considera que el momento de la disolución coincide con la fecha de la resolución judicial que la declara, que se contará a partir de su firmeza (LACRUZ, 2005, p. 246; O'CALLAGHAN, 2004, p. 1395; Díez-PICAZO y GULLÓN, 2004, p. 199; PEÑA, 1989, pp. 139 y 280, nota 185; GARCÍA URBANO, 1991, pp. 762 y 765; MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 152-153; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, p. 211; MORALEJO IMBERNÓN, 2006, p. 1661).

Si bien, este sector suele reconocer que hubiera sido más apropiado a la realidad social establecer que la disolución se produciría desde la fecha en que en la resolución judicial se acuerde que se produzca.

(29) Así RAMS ALBESA, 1992, p. 415; DE LOS MOZOS, 1999, p. 572.

(30) DE LOS MOZOS (1999, p. 577) indica que la diferencia en el modo en que se producen los efectos derivados de la disolución, automática en el artículo 1.392 y por decisión judicial en el 1.393, trasciende también al momento en que se entiende producida aquélla. En el ámbito del primero, los efectos se producen automáticamente una vez que se ha producido el *hecho* de que derivan. En cambio, en el supuesto del artículo 1.393, salvo en el supuesto anómalo de su párrafo último, los efectos de la disolución se producirán desde la fecha en que se acuerde.

Vid. STS de 30 de enero de 2004.

(31) LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, IV. *Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 256.

(32) PEÑA, 1989, p. 282, nota 191; MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 109; RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, p. 23.

Por otra parte, ya conocemos que es doctrina reiterada de la sala primera del TS que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida entre los cónyuges, siempre que ello obedezca a una separación fáctica (no a una interrupción de la convivencia) de mutuo acuerdo, seria, prolongada y demostrada o acreditada por los actos subsiguientes de la formalización judicial de la separación. La separación de hecho determina por exclusión de la convivencia conyugal que los cónyuges pierdan su derecho a reclamarse como gananciales bienes adquiridos por éstos, siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia. Rota pues la convivencia conyugal con el consentimiento de un cónyuge, no cabe que éste reclame derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso del derecho al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos (33).

Esta doctrina jurisprudencial consolidada para las separaciones de hecho permite afirmar que la expresión *desde la fecha en que se acuerde* no hay por qué referirla al momento en que tal decisión judicial recae y es firme, ni tiene que coincidir tampoco con la de la interposición de la demanda, sino con la fecha que determine el juez en atención a las circunstancias propias del caso concreto (34).

Sobre estos antecedentes trabajó la CADC (35) y elaboró, con algu-

(33) Entre otras, SSTs de 13 de junio de 1986, 26 de noviembre de 1987, 17 de junio de 1988, 23 de diciembre de 1992, 27 de enero de 1998, 14 de marzo de 1998 y 24 de abril de 1999.

(34) “Lo contrario —dice RIVERA FERNÁNDEZ, 2000, p. 2518— sería tanto como establecer un régimen de disolución distinto a las separaciones de hecho y a las de derecho, haciendo de peor condición a éstas que a aquéllas.”

(35) El texto presentado por la ponencia a la CADC, que fue notablemente modificado por ésta, decía así:

Artículo 4.— Momento de eficacia de la disolución

1. *La disolución se produce desde que concurre la causa de disolución de pleno derecho o, en los casos de disolución por decisión judicial, desde la firmeza de la resolución en que se acuerde.*

2. *En los casos de nulidad, separación o divorcio y en los de disolución de la comunidad conyugal por resolución judicial, los efectos de la disolución se retrotraerán al inicio del procedimiento judicial, pero quedarán a salvo los derechos adquiridos por terceros.*

3. *En los casos en que la disolución de la comunidad haya estado precedida por una situación de separación de hecho, prolongada y acreditada de forma indubitada, a solicitud de uno de los cónyuges, los efectos de la disolución se retrotraerán al momento inicial de la separación de hecho, pero quedarán a salvo los derechos adquiridos por terceros.*

En la sesión de 4 de julio de 2001 (Acta 124) se debate y se aprueba un texto que será terminado de redactar en la sesión de 26 de septiembre de 2001 (Acta 131).

nas mejoras de redacción introducidas en las Cortes (36), el artículo 65 Lrem., dedicado a regular de manera general el momento de eficacia de la disolución.

2. Momento de eficacia de las causas de disolución de pleno derecho.

Dice el apartado 1 del artículo 65 Lrem. que *la disolución, si es de pleno derecho, se produce desde que concurre su causa y, en los casos que requieren decisión judicial, desde la fecha que en ella se fije o, en su defecto, desde la fecha de la resolución en que se acuerde*. Distingue, por tanto, con nitidez entre la eficacia de las causas de disolución de pleno derecho y la de las que requieren decisión judicial.

La disolución se produce para los cónyuges o sus herederos, en las causas de disolución de pleno derecho, desde la eficacia de la estipulación capitular que la acuerda (art. 15-3 Lrem., con posibilidad de retrotraer sus efectos, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros), desde el momento de la muerte o de la fecha a partir de la cual se entienda sucedida en caso de declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges (arts. 85 y 195 CC), y desde la firmeza de la sentencia (cfr. STSJA de 8 de julio de 2005) de nulidad, separación o divorcio (art. 95-1 CC).

Frente a terceros de buena fe, como veremos, los efectos de la disolución sólo se producirán desde el momento en que ésta les sea oponible por tener conocimiento de la misma o haber accedido a los Registros públicos (arts. 1.333 y 89 CC, 46, 76 y 77 LRc., 179, 260 a 263 y 266 RRc.).

Para la disolución convencional, si la estipulación capitular no está sujeta a condición o término producirá efectos inmediatos desde la fecha del otorgamiento de la escritura pública en que conste (37); habrá que esperar a que la condición se cumpla o el plazo venza para que produzca efectos la disolución sometida a condición o plazo (38). Si se pacta la

(36) Recordemos que a este precepto se presentaron cuatro enmiendas (las núms. 87 a 90), todas del GP Chunta Aragonesista. La 87, que proponía sustituir “decisión judicial” por “resolución judicial” fue retirada. Con la 88 se elabora y aprueba por unanimidad un texto transaccional, en el sentido de sustituir la expresión “si es de disolución de pleno derecho” por “La disolución, si es de pleno derecho, se produce desde que concurre su causa y, ...”. La 89, que proponía añadir que los efectos de la disolución deben producirse desde la fecha de la firmeza de la resolución, fue retirada. Y la 90, aprobada por unanimidad, concretó que la retroacción de los efectos de la disolución se puede producir *hasta el momento de admisión a trámite de la demanda*.

(37) Así es también en el Código Civil, “no cabiendo –como dice DE LOS MOZOS (1999, pp. 562-563)– atenuaciones al respecto, como entienden algunos, diciendo que esto no impide que se produzca un período intermedio o transitorio, para dejar clarificadas las cuentas y garantizar debidamente los derechos de los terceros”.

(38) ARREGUI LUCEA, Luis Felipe (*Informe sobre la disolución y división de la comunidad legal*, Seminario de la Comisión Compiladora del Derecho foral aragonés, Zaragoza,

disolución con efectos retroactivos habrá que determinar hasta qué momento o, en su defecto, entender que la disolución se retrotrae al momento inicial del consorcio; los efectos retroactivos de la disolución capitular se producen exclusivamente entre los cónyuges porque los derechos adquiridos por terceros hasta el momento en que les sea oponible la estipulación capitular no resultan perjudicados en ningún caso (arts. 12 y 15 Lrem.) (39).

En el caso del fallecimiento de un cónyuge, la disolución de la comunidad matrimonial se produce desde la fecha del fallecimiento, que es la que consta en la inscripción de defunción en el Registro Civil, conforme al artículo 81 LRC (40).

La disolución de la comunidad matrimonial por la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges se produce desde la fecha de la muerte presunta que se fija en la resolución judicial firme que la declara, de acuerdo con el artículo 195-2.º CC (41). Para los terceros de buena fe, la eficacia se producirá desde la inscripción en el Registro Civil del auto firme por el que se declara el fallecimiento.

En los supuestos de nulidad, separación y divorcio, la disolución de la comunidad matrimonial se produce desde la fecha de la firmeza de la sentencia que los declara, de acuerdo con el artículo 95-1 CC (42). Desde luego, la fecha no puede ser aquella en la que se decretan las medidas

1956. Editado en 1996 por el Justicia de Aragón en *Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés*, vol. II, p. 505), dice que “cuando se trate de disolución por acuerdo estipulado en capitulaciones matrimoniales, habrá de estarse al contenido de éstas; y, en defecto de determinación del momento indicado, la fecha de la escritura pública (vid. art. 58-1.º del Apéndice Foral Aragonés vigente) en que consten será la de terminación de la sociedad conyugal”.

Para el CC, CABANILLAS SÁNCHEZ, 1988, p. 118, y STS de 21 de julio de 1987.

(39) Un caso de eficacia retroactiva de los capítulos es el previsto en la STSJA de 23 de junio de 2004 (RDCA, 2003-2004, marginal 5).

(40) Para el CC, vid. CABEDO SERNA, 2005, p. 536, y DE LOS MOZOS, 1999, p. 553; SSTS de 14 de marzo de 1994 y de 11 de mayo de 2000.

(41) En este sentido se manifiestan para el CC: PEÑA (1989, p. 280, nota 182), MORALES IMBERNÓN (2006, p. 1657) y O’CALLAGHAN (2004, p. 1392). En cambio, CORRAL TALCIANI (*La declaración de fallecimiento*, Madrid, 1991, p. 288), MARTÍN MELÉNDEZ (1995, pp. 89 y 152), RIVERA FERNÁNDEZ (1997, p. 15, nota 12) y BUSTO LAGO, J. M. (*Procesos especiales en la LEC 1/2000. Filiación, menores y liquidación del régimen económico matrimonial*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 106), defienden que la disolución de la sociedad de gananciales tiene lugar desde la firmeza del auto por el que se declara el fallecimiento, ya que es en ese momento en el que el artículo 85 CC entiende acaecida la disolución del matrimonio.

(42) Vid. SSTS de 23 de diciembre de 1993, de 15 de julio de 1998, de 31 de diciembre de 1998, de 29 de noviembre de 1999, entre otras; la STSJA de 8 de julio de 2005 indica que la separación matrimonial y la consiguiente disolución de la sociedad consorcial no se produjo sino hasta el 13 de marzo de 2001, fecha de la sentencia de la Audiencia dictada en recurso de apelación.

provisionales (43). A tenor del artículo 207-2 LEC de 2000, en relación con el artículo 245-3 LOPJ, “son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la Ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado”. Pero cuando el legislador ha querido desligar la firmeza del pronunciamiento principal en los procesos matrimoniales, de la impugnación de las medidas acordadas, ha establecido un precepto claro y preciso en el artículo 774-5 LEC de 2000, diciendo que “si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio”, por lo que la disolución de la comunidad matrimonial se produce en este caso desde la firmeza de la sentencia de primera instancia (44).

Por otra parte, cuando la sentencia de nulidad, separación o divorcio de la Audiencia ha sido confirmada por el TS al conocer de un recurso de casación, la fecha de la disolución es la de aquélla, no la de éste, pues el Tribunal Supremo se limita a decir que no concurren los motivos aducidos para casar la sentencia recurrida. Otra cosa deberá ocurrir, naturalmente, en el caso de que el Tribunal de Casación estime el recurso, pues entonces la declaración de nulidad, separación o divorcio se produce en esta otra sentencia (45).

En los casos de sentencia canónica de nulidad del matrimonio (o, antes de 1981, también de separación matrimonial) o de decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado, la disolución de la comunidad matrimonial se produce a partir del momento en que recaiga el auto estimatorio de ajuste a la legislación civil, de acuerdo con el artículo 80 CC (46). Si el auto fuera denegatorio o se hubiese formulado oposición a la declaración de ajuste, la comunidad matrimonial concluirá, también de pleno derecho, cuando adquiera firmeza la sentencia correspondiente admi-

(43) MONTERO AROCA, 2003, pp. 60, 61, con cita las SSAP de Asturias de 4 de febrero de 1997, La Rioja de 31 de julio de 1998 y Asturias de 29 de abril de 2002.

(44) En este sentido, MONTERO AROCA (2003, pp. 61-63) y CABEDO SERNA, 2005, p. 537.

En la LEC de 1881, como indica la STS 30-1-2004, la sentencia de nulidad, separación o divorcio no adquiere firmeza hasta que no se resuelven los recursos interpuestos (en su caso, el de casación, si la sentencia es estimatoria) o es consentida por las partes, cualquiera que sea el contenido del recurso interpuesto, es decir, que sean impugnados todos o sólo algunos de los pronunciamientos de la sentencia y hayan quedado firmes los consentidos y no impugnados.

El criterio expuesto en esta sentencia ratifica el de las SSTS de 31 de diciembre de 1998 y 4 de abril de 1997. Añade la sentencia que, “como reconoce la doctrina, normalmente va unido al efecto de la firmeza de la resolución el de su ejecutoriedad, en el sentido de que no puede pretenderse ni llevarse a efecto la ejecución si el título judicial que le sirve de base no es firme”.

(45) MONTERO AROCA, 2003, pp. 62-63.

(46) RIVERA, 1997, p. 19.

tiendo dicho ajuste (47). El juez civil podrá dar efectos retroactivos a la disolución conforme al artículo 65-2 Lrem. o apreciar que la disolución se ha producido desde el inicio de la separación de hecho (48). Cuando la nulidad canónica sea posterior a la separación judicial o al divorcio, la disolución del consorcio conyugal habrá que entenderla producida desde la firmeza de la sentencia civil de separación matrimonial o divorcio.

3. Momento de eficacia de las causas de disolución por decisión judicial.

En las causas de disolución por decisión judicial, la disolución se producirá desde la fecha de la firmeza de la resolución en que se acuerde, salvo que en ella se haya fijado un momento anterior (carece de sentido que la resolución pueda fijar un momento posterior), como por ejemplo el de la resolución judicial sobre incapacitación, ausencia [prodigalidad] o condena por abandono de familia, o el de la efectiva separación de hecho. En definitiva, en los casos de disolución por decisión judicial, el juez es libre para fijar un momento de eficacia de la disolución del consorcio anterior al de la resolución en que se acuerde, cuando las circunstancias concurrentes así lo aconsejen (49).

Pero el momento así concretado determinará la eficacia de la disolución sólo entre los cónyuges, porque para los terceros sólo surtirá efecto la disolución desde que les sea oponible la resolución judicial en que se acuerde y cualquiera que sea el momento de eficacia en ella fijado. Aunque no lo dice expresamente el artículo 65-1 Lrem., así lo exige la aplicación de la norma general e imperativa contenida en el artículo 12 Lrem.

En el apartado 1 del artículo 65 Lrem., la posibilidad del juez de anticipar la fecha de disolución del consorcio no tiene límites temporales y queda a su decisión, atendidas las circunstancias, señalar una fecha u otra, o ninguna. En el apartado 2, en cambio, la eficacia retroactiva tiene como límite máximo el momento inicial del proceso.

La separación de hecho no es causa de disolución de pleno derecho, sino de las que requieren decisión judicial, pero la resolución judicial que acuerda la disolución del consorcio porque los cónyuges llevaban separados de hecho más de un año puede recaer tanto en proceso de jurisdic-

(47) GARCÍA URBANO, 1991, p. 761.

(48) En cambio, la SAPZ de 8 de mayo de 2001 (RDCA, 2003-2004, marginal 38), para un caso de separación matrimonial decretada por sentencia canónica en 1980, dice que los efectos de la disolución del consorcio conyugal se producen desde la firmeza de la declaración canónica.

(49) En el caso del artículo 1.373 CC se fijará el momento de la disolución al tiempo en que se pidiera (MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 151 y ss.).

ción voluntaria iniciado con esta finalidad, como en proceso contencioso ordinario o en los procesos de nulidad, separación o divorcio, como cuando se otorgan efectos civiles a las sentencias eclesiásticas de nulidad o las resoluciones sobre matrimonio rato y no consumado. Apreciada la separación de hecho como causa de la disolución de la comunidad matrimonial, podrá fijarse en la resolución judicial la fecha desde la cual se entiende producida, sin tener que limitar la anticipación de efectos al momento de admisión a trámite de la demanda de nulidad, separación o divorcio (50).

Ya conocemos la doctrina jurisprudencial sobre la eficacia de la separación de hecho como causa de disolución de la sociedad de gananciales. Por ejemplo, dice la STS de 27 de enero de 1998 que “esta Sala ha sostenido (STS de 17 de junio de 1988), con doctrina reiterada que confirmamos, que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges (STS de 13 de junio de 1986). Rota, pues, la convivencia conyugal, con el consentimiento de la mujer, no cabe que se reclamen derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso del derecho al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos (STS de 26 de noviembre de 1987) [...] La separación de hecho determina por exclusión de la convivencia conyugal que los cónyuges pierdan sus derechos a reclamarse como gananciales bienes adquiridos por éstos, después del cese efectivo de la convivencia, siempre que ello obedezca a una separación fáctica (no a una interrupción de la convivencia) seria, prolongada y demostrada o acreditada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación, y siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia” (51). Añade la STS de 26 de abril de 2000 que “no debe olvidarse que la aplicabilidad de la mencionada doctrina jurisprudencial, correctora de la literalidad del número 3.º del artículo 1.392 CC, requiere, como elemento indispensable, de una inequívoca voluntad de poner fin, con la separación de hecho, al régimen económico matrimonial”. La STS de 3 de febrero de 2006 (ponente, Sra. ROCA

(50) La sentencia de nulidad, separación o divorcio puede declarar que la fecha de la disolución del consorcio conyugal es aquélla en que se produjo la ruptura matrimonial de hecho: SSAP de Álava de 26 de enero de 1994, Teruel de 27 de octubre de 1998, Orense de 3 de octubre de 2000. Pero si no se ha hecho así, es más dudoso que la fecha de la disolución pueda ser retrotraída el inicio de la separación de hecho por la sentencia que se ocupa de la liquidación (procedimiento de inventario). *Vid.* la jurisprudencia contradictoria de Audiencia citada por MONTERO AROCA, 2003, pp. 63-68.

(51) En igual sentido, SSTs de 23 de diciembre de 1992, 2 de diciembre de 1997, 27 de enero de 1998, 14 de marzo de 1998, 4 de mayo de 1998, 24 de abril de 1999.

TRÍAS) dice que “no hay precedentes en nuestra jurisprudencia que avallen la decisión de la sentencia apelada, que admitió la validez de la disolución voluntaria [en documento privado] del régimen de gananciales por existir separación de hecho”.

4. Posibilidad de dar efectos retroactivos a la disolución.

Dispone el apartado 2 del artículo 65 Lrem. que *en los casos de nulidad, separación o divorcio y en los de disolución de la comunidad conyugal por decisión judicial, el Juez podrá retrotraer los efectos de la disolución hasta el momento de admisión a trámite de la demanda [o de inicio del proceso], pero quedarán a salvo los derechos adquiridos por terceros.*

Esta posibilidad del juez de dar efectos retroactivos a la disolución hasta el momento de admisión a trámite de la demanda de nulidad, separación o divorcio o hasta el momento de inicio del proceso en que se haya demandado la disolución del consorcio conyugal, concuerda con la que tienen los cónyuges de dar efectos retroactivos a sus estipulaciones capitulares, en la que también quedan a salvo los derechos adquiridos por terceros (art. 15-3 Lrem.).

La retroacción de efectos de una disolución ya producida es, al menos aparentemente, cosa distinta de la fijación de un momento de disolución anterior al de la resolución en que se acuerde, pero los resultados prácticos son similares, porque en ambos supuestos han de quedar a salvo los derechos adquiridos por terceros. Decir que la eficacia de la disolución se produce con la firmeza de la resolución que la acuerda, pero con efectos retroactivos al momento inicial del proceso, es prácticamente lo mismo que indicar en la resolución en que se acuerda que el momento de la disolución se sitúa al inicio del proceso, porque en ambos casos la anticipación de efectos se produce entre cónyuges, pero no frente a terceros. De manera que este apartado 2 ya puede entenderse comprendido en parte en el 1, que carece de límites temporales (52).

Pero el apartado 1 permite anticipar los efectos de la disolución sólo en los causas que requieren decisión judicial y no en las que tienen efectos automáticos. De manera que para las sentencias de nulidad, separación y divorcio, así como para las resoluciones civiles estimatorias del ajuste al Derecho del Estado de las sentencias de nulidad canónica o de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, que son causas

(52) La CADIC ya se planteó la posibilidad de incluir la regla del apartado 2 en el mismo apartado 1 del precepto. Y en esta línea se hicieron varias propuestas, pero no se consigue encajar adecuadamente, por lo que, al final, se acordó mantenerla en un apartado independiente, el 2. Vid. Acta 124, de 4 de julio de 2001.

de disolución de pleno derecho, es el apartado 2 el único aplicable y el que permite la eficacia retroactiva limitada ya indicada. Si el juez acuerda esta retroacción de efectos, los ingresos y bienes adquiridos por los cónyuges durante la pendencia del proceso, así como los frutos y rendimientos de sus patrimonios privativos obtenidos en ese tiempo, no se harán comunes porque, retroactivamente, hay que entender que desde el inicio del proceso ya no estaba vigente entre ellos el consorcio conyugal (cfr. STSJA de 8 de julio de 2005).

Si es la nulidad, separación o divorcio la causa que provoca la disolución, no tiene sentido pensar en que el legislador debía haber permitido una mayor retroactividad. Pero cuando en los procesos de nulidad, separación y divorcio se alega que concurre también alguna de las causas de disolución por decisión judicial del artículo 63 Lrem., especialmente la separación de hecho por más de un año, parece lógico entender que el juez, en atención a ella y conforme a lo previsto en el artículo 63-1 Lrem., podrá fijar en la sentencia de nulidad, separación o divorcio un momento de disolución del consorcio conyugal anterior al de la admisión a trámite de la demanda, pero quedarán a salvo los derechos adquiridos por terceros (53).

En cualquier caso, tanto la retroactividad del apartado 1 como la del 2, no operan nunca de manera automática, sino que deben ser fijadas por el juez si lo estima adecuado, atendidas las circunstancias del caso, como cuando aprecie que alguno de los cónyuges actúa con mala fe o ejercicio abusivo de su derecho (54).

Como las medidas provisionales vigentes durante la tramitación del proceso matrimonial no impiden que siga en vigor el principio de comunicación de ganancias, la doctrina del Código Civil considera conveniente, según indica CABEDO SERNA (55), retrotraer la disolución de la sociedad de gananciales a un momento anterior al de la firmeza de la sentencia que declara la nulidad, la separación o el divorcio: al inicio del proceso de separación o divorcio o al momento en que los cónyuges ratifican el

(53) En el caso resuelto por la SAPZ de 2 de noviembre de 2004 (RDCA, 2005-2006, marginal 78), la sentencia del juzgado retrotrae los efectos de la disolución del consorcio conyugal, producida por la sentencia de separación, a la fecha de la separación de hecho convencional en lo que a ganancias y activo patrimonial se refiere. La Audiencia recuerda que la jurisprudencia ha admitido la disolución del régimen económico matrimonial de bienes por la separación de hecho de los cónyuges, libremente consentida, en cuanto destruye el fundamento de la sociedad conyugal, y desestima el recurso que solicitaba se fijara como fecha de disolución la de la firmeza de la sentencia de separación o subsidiariamente la de admisión a trámite de la demanda de separación.

(54) *Vid.* en el Acta 124, de 4 de julio de 2001, el debate sobre la supresión del apartado 3 del texto de la ponencia.

(55) 2005, p. 537.

convenio regulador (56) o al momento del cese efectivo de la convivencia (57). CARPIO GONZÁLEZ consideraba que, aprovechando el cambio legislativo en materia de separación y divorcio, era conveniente modificar la legislación en el sentido de admitir la disolución de la sociedad de gananciales una vez admitida la demanda, haciéndose, de oficio, indicación de dicho cambio al margen de la inscripción de matrimonio y, si procede, en el Registro de la Propiedad (58). Pero, como sabemos, esta cuestión no ha sido objeto de reforma en la Ley 15/2005, de 8 de julio, por lo que en el Código Civil se sigue planteando la misma problemática que la Lrem. ha corregido oportunamente (59).

III. La disolución con mantenimiento del matrimonio

1. El régimen económico matrimonial subsiguiente.

Disuelto el consorcio conyugal, pero subsistente el matrimonio, la primera pregunta a responder es cuál es ahora su régimen económico matrimonial. El matrimonio va a continuar siempre que la causa de disolución del consorcio conyugal no haya sido precisamente la disolución del mismo (muerte, declaración de fallecimiento o divorcio) o la declaración de su nulidad. Por tanto, en todas las causas de disolución del consorcio por

(56) LACRUZ: "La disolución y liquidación del régimen económico del matrimonio en el convenio regulador", *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, 1984, p. 285; CARPIO GONZÁLEZ, I.: "Sobre la conveniencia de la disolución de la sociedad de gananciales desde la admisión de la demanda de separación o divorcio", *La Ley*, 2004-1, p. 1765.

(57) MONTERO AROCA, 2002, p. 59.

(58) 2004, p. 1767.

(59) En la práctica algunos Tribunales retrotraen la eficacia de la disolución por sentencia de nulidad, separación o divorcio. SAPZ de 20 de julio de 1999 (RDCA, 2000-2.º, marginal 38), la separación de los cónyuges acordada en resolución judicial de medidas provisionales a petición de la esposa determinó el cese de la convivencia conyugal; este estado de cosas se prolongó hasta la sentencia firme de separación, continuando posteriormente; en tal situación no cabe (en la relación *inter partes*) que los cónyuges reclamen como bienes gananciales los ingresos generados por el trabajo de cada uno de ellos, toda vez que ha desaparecido el fundamento del consorcio que es la convivencia, subsistiendo la sociedad conyugal en cuanto a los bienes que en el momento de la separación tenían tal carácter, quedando asimismo a salvo los derechos de los acreedores.

En otros casos, en cambio, se afirma que la disolución del consorcio (art. 52 Comp.) por la separación del matrimonio tiene lugar "cuando judicialmente se decreta la separación de los cónyuges" (art. 1.392 CC), precepto que si se pone en relación con los artículos 95 y 103-4.º CC, lleva a la conclusión de que no hay norma alguna que prevenga el efecto retroactivo de la sentencia al tiempo de la demanda o de las medidas provisionales (SAP de Huesca de 29 de enero de 1999, RDCA, 2000-2, marginal 8).

decisión judicial, así como cuando se disuelva por haberlo pactado en capítulos matrimoniales o por la separación judicial de los cónyuges, el matrimonio subsiste y, en principio, todo matrimonio tiene un régimen económico. ¿Cuál es éste?

La respuesta aragonesa y la del Código Civil no difieren en la actualidad. Según el apartado 1 del artículo 66 Lrem. *cuando el consorcio se disuelva constante matrimonio, existirá entre los cónyuges separación de bienes, salvo que pacten otro régimen* (60). Por su parte, el artículo 21 Lrem. indica que *el régimen económico del matrimonio será el de separación de bienes: a) Cuando así lo hayan acordado los cónyuges en capitulaciones matrimoniales. b) En todo caso de exclusión o disolución del consorcio conyugal, si los cónyuges no han pactado otro régimen.*

Lo mismo viene a establecer el artículo 1.435 CC al decir que *existirá entre los cónyuges separación de bienes: 1.º Cuando así lo hubiesen convenido. 2.º Cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes. 3.º Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto.*

La regla general, acorde con el principio de libertad de regulación de la economía del matrimonio del artículo 3 Lrem. (61), es que, tras la disolución del consorcio conyugal, los cónyuges pueden tener el régimen eco-

(60) El texto del vigente artículo 66 procede de la redacción que le dio la CADDC, que mantuvo en sus líneas generales el texto presentado por la ponencia (*vid.* Acta 124, de 4 de julio de 2001). Las únicas enmiendas presentadas en las Cortes de Aragón, las números 91 y 92, del GP Chunta Aragonesista, se retiraron. La primera proponía sustituir en el apartado 1 “existirá” por “regirá” y la segunda, en el apartado 2, “desaparición” por “cesación”, en ambos casos por considerar más correcta la redacción propuesta.

En una primera versión de la ponencia, el texto previsto para este precepto decía:

“Artículo 7. Régimen subsiguiente

1. Cuando tras la disolución de la comunidad subsista el matrimonio, y en caso de separación judicial una vez producida la reconciliación conyugal, existirá entre los cónyuges separación de bienes mientras no pacten una nueva comunidad matrimonial o cualquier otro régimen. (1435-3, 1444).

2. No obstante, si en caso de disolución por voluntad de ambos cónyuges expresada en escritura pública, que contenga también la liquidación y división, no se ha convenido otro régimen y tampoco se ha excluido que éste pueda ser el legal, existirá entre ellos una nueva comunidad conyugal (23-2 Comp., 1.435-2 CC).

3. La disolución de la comunidad conyugal no se altera por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal o por la desaparición de cualquiera de las demás causas que la hubiesen motivado (art. 1.443).

(61) *Vid.* SERRANO GARCÍA, 2006, pp. 192-195. Esta libertad no es sino una expresión más del principio de libertad civil aragonés, plasmado en el apotegma *standum est chartae* del artículo 3 Comp.

nómico matrimonial que deseen (62): su régimen será el que hayan pactado en capitulaciones matrimoniales, que puede ser de cualquier clase (separación de bienes, participación en las ganancias, consorcio conyugal, comunidad universal, etc.). Pueden, sin duda, volver a establecer entre ellos un nuevo consorcio conyugal, sin que para ello sean precisos requisitos añadidos, en particular no es imprescindible haber liquidado y dividido el patrimonio común del anterior consorcio, como pone de manifiesto el hecho de que esté prevista la posibilidad de liquidar simultáneamente varias comunidades (cfr. arts. 87 Lrem. y 1.409 CC) (63). Y si se quiere, el nuevo consorcio puede establecerse para que empiece a regir sin solución de continuidad desde la disolución del anterior. No es en ningún caso obligatorio que, tras la disolución del consorcio, deba existir, al menos un tiempo, régimen de separación de bienes. Sobre lo dispuesto por la Ley en este punto prevalece siempre lo pactado por los cónyuges.

Ahora bien, si no se ha hecho uso de esta libertad de establecer el régimen subsiguiente a la disolución del consorcio conyugal, como algún régimen tiene que haber, es el legislador el que lo establece. Y la opción del legislador, una vez disuelto el consorcio conyugal por cualquier causa, no es que vuelva a iniciarse acto seguido otro régimen legal de comunidad de bienes, sino que ahora se inicie un régimen de separación de bienes. El legislador así lo dice con toda claridad para todo tipo de causas de disolución (art. 66-1 Lrem. o 1.435 CC), también, por tanto, para el caso de disolución convencional siempre que en los capítulos matrimoniales no se haya pactado otro régimen. De manera que la separación de bienes es el régimen legal supletorio de segundo grado (64): disuelto el régimen legal, si los cónyuges no determinan en capítulos cuál es ahora su régimen económico, tendrán separación de bienes por disposición legal (65).

(62) Vid. BAYOD LÓPEZ, Carmen: *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1995; 2006, pp. 223-226; SERRANO GARCÍA, 2006, pp. 214-215; MARTÍNEZ CORTÉS, Jesús: “El régimen económico matrimonial de separación de bienes”, en *Actas de los decimoterceros encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004), pp. 109-110; LACRUZ MANTECÓN, Miguel: “Régimen de separación de bienes”, en *Actas de los decimoterceros encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004), p. 144; MERINO HERNÁNDEZ, 2000, pp. 374-377; MOREU BALLONGA, 1988, pp. 608-611.

(63) No ha parecido necesario, como hace el artículo 1.444 CC, especificar que los cónyuges también pueden pactar en capitulaciones que vuelva a regir entre ellos un nuevo consorcio conyugal. Surgió inicialmente la duda de si esto sólo debía ser posible tras la liquidación y partición del consorcio conyugal anterior. Duda finalmente resuelta al haberse optado por mantener la regulación de la Compilación sobre la liquidación de varias comunidades.

(64) SERRANO GARCÍA, 2006, p. 217. Para el CC, por todos, vid. MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 101.

(65) Cabe dudar si también es así necesariamente cuando lo que se disuelve no es el régimen legal, sino un régimen paccionado. Por un lado, a falta de pacto que establezca el régimen

En todo caso, junto a las normas del régimen económico matrimonial, continuarán siendo de aplicación las normas generales de los artículos 1 a 12 Lrem. (o 1.315 a 1.324 CC) (66).

Cabe, por tanto, convenir la disolución de la comunidad matrimonial sin necesidad de establecer simultáneamente el régimen aplicable en el futuro: en tal caso, por disposición legal habrá régimen de separación de bienes (67); pero si se quiere que, tras la disolución de la anterior comunidad matrimonial, se inicie una nueva comunidad legal o un régimen que no sea el de separación de bienes, basta con así pactarlo en capitulaciones matrimoniales para conseguirlo. En Aragón ya hemos visto que cabe también dar efectos retroactivos a la estipulación capitular que disuelve el consorcio y establece el régimen de separación de bienes, e incluso dar efectos retroactivos sólo a la disolución del consorcio con establecimiento para el futuro de una nueva comunidad matrimonial, sin perjuicio siempre de los derechos adquiridos por terceros.

Que el régimen legal supletorio de segundo grado es el de separación de bienes lo dicen, además de los artículos 66 y 21 Lrem. de una forma general, los artículos 43 Lrem. (disolución por ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas) y 46 Lrem. (disolución por desacuerdos graves o reiterados sobre la gestión de la economía familiar o incumplimiento reiterado del deber de informarse recíprocamente) de forma particularizada.

Pero tras la disolución del consorcio conyugal sólo puede haber verdadero régimen de separación de bienes si sigue habiendo matrimonio (disolución del consorcio “constante matrimonio”: art. 66-1 Lrem.) y hay convivencia matrimonial. En tales circunstancias, si los cónyuges no han pactado otro régimen, existirá entre ellos régimen de separación de bienes, que hasta la liquidación y división de los bienes comunes coexistirá con la comunidad en liquidación. Pero si falta la convivencia de los cónyuges, bien porque están separados judicialmente, bien porque lo están de hecho (con o sin acuerdo), no parece que pueda decirse que en esa situa-

subsiguiente, podría pensarse que se aplica el régimen legal (art. 11-2 Lrem.); pero, por otro, a falta de pacto o para completarlo en tanto lo permita su respectiva naturaleza, regirán las normas del consorcio conyugal, y norma del consorcio es el artículo 66-1 Lrem., que establece que el régimen aplicable tras la disolución del consorcio es el de separación de bienes. Esta duda se puso de manifiesto en la propia CADIC en la sesión de 27 de marzo de 2002 (Acta 153).

(66) BLANDINO GARRIDO (1999, pp. 52-53 y nota 84) indica que, “si la disolución de la sociedad no va acompañada de la extinción del vínculo conyugal, continuarán siendo aplicables los artículos 1.315 a 1.343 (dado su carácter de normas primarias de la economía conyugal). No obstante, la separación judicial de los cónyuges provoca el cese de la posibilidad de vincular bienes del otro en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 83 CC)”.

(67) *Vid.* MARTÍNEZ CORTÉS, 2004, pp. 109-110, que pone de manifiesto que el supuesto de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, limitándose a excluir el régimen legal supletorio, no se dará con frecuencia en la práctica.

ción haya un auténtico régimen económico matrimonial de separación de bienes; al no haber comunidad de vida, ni domicilio conyugal, sólo la presencia de hijos comunes será fuente de necesidades familiares que ambos están obligados a satisfacer. Pero parece que, en tal caso, basta con la aplicación de lo acordado o dispuesto en la sentencia. Hay, sin duda, separación de bienes, pero no propiamente un “régimen” de separación de bienes (68). Así lo da a entender el apartado 1 del artículo 66 Lrem. (69).

2. Inmutabilidad de la disolución.

Añade el apartado 2 del artículo 66 (inspirado en el art. 1.443 del CC, con el que prácticamente coincide) que *la separación de bienes no se alte-*

(68) En el ámbito del Código Civil, la doctrina se halla dividida. *Vid.* una exposición de la polémica en CABEDO SERNA, 2005, pp. 532-533. Hay autores, como CLEMENTE MEORO, M. (“Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, *Derecho de familia*, Valencia, 1995, p. 165) y MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 99), que sostienen que tras la separación judicial debe establecerse el régimen de separación de bienes porque, existiendo matrimonio, es lógico que exista régimen económico matrimonial, y porque, así como la convivencia es fundamento de los regímenes de comunidad, para que exista régimen de separación de bienes basta el vínculo matrimonial. También MONTERO AROCA (2003, pp. 33-36) se inclina, tras exponer las dos interpretaciones posibles, por esta tesis. Los argumentos de esta tesis pueden verse, por extenso, en MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 96-99. Las SSTs de 2 de abril de 1992 (dictada en interés de ley) y 14 de abril de 1992 no encuentran obstáculos a la aplicación del régimen de separación de bienes tras la separación judicial de los cónyuges. Para otros, como LACRUZ (1984, p. 282), ÁLVAREZ CAPE-ROCHIPI (1988, p. 269), PEÑA (1989, p. 279), GARCÍA URBANO (1991, p. 769), DELGADO LÓPEZ, Luis María (“Los bienes del matrimonio después de la sentencia de separación”, *Act. Civ.*, 1992-2, pp. 197-204), GUILARTE GUTIÉRREZ (1999, p. 366) o RAMS ALBESA (2000, p. 1010), no hay verdadero régimen matrimonial si falta la vida en común. Los argumentos de esta tesis los expone con detalle DELGADO LÓPEZ. Como dice MARTÍN OSANTE (1996, pp. 599-600, y nota 28), “quizás el problema no sea tan arduo, y el legislador emplee esta terminología considerando que no se impone el régimen de separación, pero la situación creada a lo que más se parece es al régimen de separación de bienes. Entiendo que tras la separación legal de los cónyuges no existe propiamente un régimen económico del matrimonio, que tampoco puede ser el de separación de bienes. La subsistencia de un régimen económico matrimonial en sentido estricto, aunque fuera el de separación de bienes, supondría el mantenimiento de las normas del régimen matrimonial primario, de la compensación por el trabajo doméstico (art. 1.438 CC) o de la presunción de comunidad (art. 1.441 CC), que, a mi entender, no tienen sentido cuando dos cónyuges se hallan separados y hacen vida independiente. Los diferentes aspectos económicos del matrimonio se habrán tenido en cuenta para decretar las medidas económicas que la sentencia recogerá y, por tanto, éste será el cauce adecuado por el que discurrir, mejor que el de un régimen económico matrimonial en sentido estricto”.

(69) En este sentido señala MARTÍNEZ CORTÉS (2004, p. 110, nota 39) que, en los casos de separación judicial de los cónyuges, no se puede hablar propiamente de un verdadero régimen económico al faltar precisamente, por la ruptura, la base matrimonial. “Obsérvese el matiz de que el artículo 66, para estos casos, no dice que el régimen económico será el de separación de bienes, sino tan sólo que existirá separación de bienes; sin duda consciente de que eso no es un verdadero régimen económico en sentido propio, sino tan sólo la solución final y mínima posible a las relaciones económicas de los que hasta ese momento constituían un matrimonio, a fin de atender las cargas pendientes del mismo.”

ra por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal o por la desaparición de cualquiera de las demás causas que la hubiesen motivado. En realidad, lo que se está diciendo es que la desaparición de la causa que motivó la disolución del consorcio conyugal no provoca su restauración automática; los cónyuges seguirán con el régimen pactado o en su defecto con el de separación de bienes previsto por la ley, mientras no pacten otro.

Hay que recordar que, según el artículo 84-1 CC, *la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él.* Pues bien, cuando la reconciliación se produce durante el procedimiento de separación o después de recaer la sentencia de separación, pero antes de su firmeza, no tiene ninguna incidencia respecto de la comunidad matrimonial, ya que ésta todavía no se ha disuelto. La reconciliación posterior a la firmeza de la sentencia, pese a lo dicho por el artículo 84 CC, tampoco afecta a la disolución de la comunidad matrimonial porque ésta se ha producido de pleno derecho, y no por decisión judicial, de acuerdo con el artículo 62-d Lrem. o 1.392-3.º CC y además, por si hubiera dudas, porque hay norma específica (art. 66-2 Lrem. o 1.443 CC) que así lo dice (70).

Por supuesto, como dice el artículo 1.444-1 CC, *los cónyuges pueden acordar en capitulaciones que vuelvan a regir las mismas reglas que antes de la separación de bienes.* Es algo que entra dentro de su libertad para regular la economía de su matrimonio.

Otra norma poco necesaria, que sólo tiene sentido si no se ha pactado otra cosa y en su parte final si ya se ha practicado la liquidación y división del patrimonio común, es la del apartado 2 del artículo 1.444 CC, que dice: *Harán constar en las capitulaciones los bienes que cada uno aporte de nuevo y se considerarán éstos privativos [si no se pacta otra cosa: art. 33 Lrem], aunque, en todo o en parte, hubieren tenido carácter ganancial antes de la liquidación practicada por causa de la separación.* En cambio, si los bienes comunes del anterior consorcio continúan indivisos, no se puede entender que pasen a ser ahora bienes privativos en proindiviso ordinario que pertenecen por mitad a cada uno de los patrimonios privativos; se mantiene la comunidad en liquidación y a ella acrecen los frutos y accesiones de los bienes que la integran, de manera que lo único que puede ser calificado como privativo es la participación social de cada cónyuge; el mayor valor que ésta tenga por el paso del tiempo, lo mismo que la minusvalía que pueda experimentar, es por cuenta y riesgo del cónyuge.

(70) Para el CC, *vid.* CABEDO SERNA, 2005, p. 533; LLEBARÍA SAMPER, S.: *Comentario al Código Civil* (arts. 81 a 84), tomo II, vol. 1.º, coords. RAMS y MORENO FLÓREZ, Barcelona, 2000, p. 811; RAMS ALBESA, 1992, pp. 409-410; MONTERO AROCA, 2003, pp. 39-40.

ge titular (71). Y lógicamente –como dice BLANDINO GARRIDO (72)–, si tras la disolución comienza a regir una nueva sociedad de gananciales, todos los acreedores de la antigua sociedad tendrán la consideración de acreedores privativos de la incipiente sociedad, al haber nacido sus créditos previamente al momento de su inicio.

Que sea un régimen u otro el que exista después de la disolución del consorcio es algo que para nada afecta a aquella disolución, lo mismo que en nada la modifica el hecho de que los cónyuges convivan, recuperen la capacidad, termine la situación de ausencia, la declaración de concurso de acreedores, etc., o termine el propio matrimonio. En todo caso, la disolución del consorcio permanece inmutable, así como la situación de comunidad que continúa tras ella hasta que se proceda a la división del patrimonio común (73).

Cabe también entender que si lo que ha desaparecido es la situación de separación conyugal, de hecho o judicial, causa de la disolución del consorcio, ahora que los cónyuges se encuentran de nuevo en situación de convivencia ya puede decirse que entre ellos hay verdadero “régimen” de separación de bienes (74).

(71) Con acierto señala BLANDINO GARRIDO (1999, p. 31, nota 22) que, si tras la disolución se inicia una nueva sociedad de gananciales (posibilidad prevista en el art. 1.374 CC), “la posición ostentada en el antiguo acervo común se integrará en los patrimonios privativos de los cónyuges”.

(72) 1999, pp. 185-186, nota 388.

(73) La doctrina del Código Civil también admite que la comunidad posconsorcial puede coexistir con un régimen de separación de bienes sin ser obligatoriamente dividida (*vid.* GONZÁLEZ ACEBES, Begoña: “El régimen jurídico de la comunidad posganancial”, RCDI, núm. 610, 1992-1, p. 1183; RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, p. 27, nota 41); así lo admite también el TS en S. de 28 de abril de 1997 cuando afirma que “el régimen de separación de bienes no resulta impeditivo para que pueda surgir entre los esposos comunidad posmatrimonial de bienes” y en S. de 7 de noviembre de 1997 al señalar, respecto de un matrimonio que otorgó capitulaciones matrimoniales pasando de un régimen de gananciales a otro de separación de bienes sin hacer liquidación del primero, que “en modo alguno puede considerarse que la disolución acordada es nula por no ir seguida de la liquidación”.

En cambio, la STS de 26 de enero de 1985 dice que la sustitución del régimen de la sociedad de gananciales, “constante el matrimonio, por el de separación de bienes, exige se proceda a su liquidación, conforme el artículo 1.396 CC establece, previa la formación del oportuno inventario del activo y pasivo de la sociedad”.

(74) MONTERO AROCA (2003, p. 35) señala, como una de las posibles interpretaciones del artículo 95-1 CC en su relación con el 1.435-3.º CC, que este último lo único que hace es prever la hipótesis de que los cónyuges separados se reconcilien posteriormente; en este caso el nuevo régimen económico será el de separación de bienes.

CAPÍTULO III

EFICACIA DE LA DISOLUCIÓN FRENTE A TERCEROS

I. Eficacia de la disolución frente a terceros de buena fe

1. La publicidad de la disolución del consorcio conyugal.

La regla general, no formulada expresamente, es que *la disolución de la comunidad matrimonial es inoponible a los terceros de buena fe*. Así lo dice el artículo 16-1 Lrem. para las estipulaciones capitulares, regla específica aplicable a la disolución por voluntad de ambos cónyuges expresada en capítulos matrimoniales del artículo 62-a Lrem. Por su parte, el artículo 89 CC dice que la sentencia firme de divorcio *no perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil*. Lo mismo cabe decir de las sentencias firmes de separación o nulidad, que también han de inscribirse en el Registro Civil (cfr. arts. 76 LRc. y 755 LEC).

La sentencia firme por la que se declara la nulidad, la separación o el divorcio se inscribe al margen de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil (art. 76 LRc.); el auto firme por el que se hace la declaración de fallecimiento se inscribe al margen de la inscripción principal de nacimiento (arts. 46 LRc. y 179 RRC.) y la defunción de uno de los cónyuges da lugar a la inscripción principal de fallecimiento (arts. 81 y ss. LRc.). En el caso de las capitulaciones matrimoniales por las que se disuelve la comunidad matrimonial, se procede a su indicación al margen de la inscripción del matrimonio, indicación de carácter potestativo (arts. 77 LRc. y 226 RRC.) (1).

La regla general sobre publicidad de las capitulaciones, pactos, resoluciones y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio está contenida en los artículos 1.333 CC y 77-1 LRc. Para las resoluciones que declaren la separación de bienes hay regla específica en el artículo 1.436 CC. Para los cónyuges comerciantes, la publicidad del régimen económico es más completa y la regulación se halla contenida en los artículos 12, 21-9.º y 22 CCom, 87-6.º y 92-3.º RRm. (2). Aunque referida

(1) Vid., en Aragón, BAYOD LÓPEZ, 2006, p. 237.

(2) Vid., por todos, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: "La publicidad del régimen económico del matrimonio", RDP, 1984, pp. 364 y 370-372; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: "La mutabilidad del régimen económico matrimonial", ADC, 1994-1, p. 166; MORA MATEO, J. Enrique: "Publicidad del cambio de régimen económico matrimonial mediante capitulaciones", RGD, núme-

a la publicidad inicial del régimen legal, no hay que olvidar la voluntarista norma introducida en el apartado 3 del artículo 11 Lrem. (3).

Pues bien, dice el artículo 1.333 CC que *en toda inscripción de matrimonio en el Registro civil se hará* [“podrá hacerse”, según el 77-1 LRc. (4)] *mención* [“indicación”, según el art. 77-1 LRc.], *en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquéllas o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria* (cfr. arts. 26-3.^a LH y 75 RH) (5). La inscripción en el Registro Civil es requisito previo para la del Registro de la Propiedad,

ro 636, septiembre 1997, pp. 10317-10351; MÁS BADÍA, 1999, pp. 295- 298; en Aragón, vigente la Compilación, MOREU BALLONGA, 1988, pp. 722-723; MERINO HERNÁNDEZ, 2000, pp. 381-385.

La legislación mercantil contempla la posibilidad de inscribir en la hoja del comerciante del Registro Mercantil el régimen económico matrimonial aplicable (art. 92-3 RRm.), las capitulaciones matrimoniales (art. 22-1.^o CCom y 92-3 RRm.) y las sentencias firmes en materia de nulidad, separación y divorcio (art. 22-1 CCom). No siendo oponibles al acreedor del comerciante las capitulaciones no inscritas, se merece el calificativo de tercero de buena fe (art. 26 CCom y 2 RRm.).

(3) Dice así: *Quienes, por razón de su cargo o profesión, intervengan en todo expediente matrimonial procurarán que se consigne en el Registro Civil el régimen económico de los contrayentes y les informarán sobre las posibilidades y consecuencias en orden al régimen económico matrimonial de acuerdo con la legislación aplicable. Vid. SERRANO GARCÍA, 2006, pp. 217-219.*

(4) Pese a los términos imperativos del primer inciso del artículo 1.333 CC, la indicación o mención en el Registro Civil no parece obligatoria, por lo dicho en el artículo 77 LRc. Además, el artículo 266 RRc. señala que “sólo se extenderá a petición de interesado”. La RDGRN de 6 de mayo de 1977 y la STS de 23 de noviembre de 1984 destacan el carácter voluntario de la indicación dados los meros efectos de inoponibilidad asignados a su omisión. Como dice OCAÑA RODRÍGUEZ (2002, p. 217), “sería deseable imponer el deber legal de declarar el régimen matrimonial en el expediente matrimonial y establecer el deber legal del Juez o del Notario de comunicar los cambios posteriores al Registro civil o mejor a un Registro central análogo al de Actos de últimas voluntades”.

(5) Vid. por todos LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: “La publicidad del régimen económico del matrimonio”, RDP, 1984, pp. 362-373; RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: “El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales”, *Centenario del Código civil II*, CEURA, Madrid, 1990, pp. 1677-1678; MÁS BADÍA, 1999, pp. 281-299; GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa: *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 135-142; OCAÑA RODRÍGUEZ, 2002, pp. 216-22; Díez SOTO, Carlos Manuel: *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales*, Fundación *Beneficentia et peritia iuris*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pp. 418-430.

Señala MÁS BADÍA (1999, p. 281) que “el legislador es consciente de que debe organizar un sistema de garantías, que pasa por dotar a la modificación de la publicidad suficiente, para que sea oponible a los terceros (antiguo art. 1.322 y actual art. 1.317 en relación con el 1.333 CC). Lo que se logra mediante su acceso a los registros públicos”. La STS de 26 de junio de 1992, al hilo de una modificación capítular del régimen económico matrimonial, indica que ésta “sólo puede perjudicar al tercero de buena fe, desde la fecha de la inscripción correspondiente en los Registros Públicos”.

conforme al artículo 266-6.º del RRc., modificado por RD de 29 de agosto de 1986 (6).

Por último, el apartado 2 del artículo 77 LRc. dispone que *sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.322 del Código civil* [en la actualidad, art. 1.333], *en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado, sino desde la fecha de dicha indicación*. En una línea interpretativa de este precepto cabe situar lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 16 Lrem.: *La buena fe del tercero no se presumirá cuando el otorgamiento de los capítulos matrimoniales conste en el Registro Civil* (7). Lo mismo cabe decir de las resoluciones judiciales y demás hechos (muerte, declaración de fallecimiento) que modifiquen el régimen económico del matrimonio (8).

Con toda razón tacha OCAÑA RODRÍGUEZ (9) de rudimentario el sistema de publicidad del artículo 1.333 CC, pues no será fácil averiguar en qué lugar se contrajo y en qué Registro civil está inscrito cualquier matrimonio. Tal publicidad es meramente negativa (la ausencia de publicidad registral del régimen económico matrimonial supone que todo el que contrata con los cónyuges puede confiar en que el régimen de su matrimonio es el legal, a menos que sepa ciertamente o debiera conocer actuando con cierta diligencia la situación real) y sólo supone una débil prueba de la existencia de un cierto régimen, pero no de su contenido; para conocer el contenido de las capitulaciones es necesario acudir al notario autorizante de la escritura y acreditar ante el mismo que se tiene un derecho patrimonial frente a uno de los cónyuges (art. 266 RRc.). Si la liquidación de la sociedad no se contiene en las mismas capitulaciones, habrá podido existir un período de sociedad posconsorcial, oculta desde el punto de

(6) La RDGRN de 22 de febrero de 2005 dice que “presentada en el Registro una escritura de liquidación de sociedad de gananciales como consecuencia de una separación judicial es necesario acreditar la previa inscripción de dicha separación en el Registro Civil”.

(7) BAYOD LÓPEZ (2006, p. 235) dice que “con esta fórmula acoge el legislador aragonés la doctrina del TS que ha venido estableciendo la prioridad del Registro Civil en materia de publicidad de régimen económico matrimonial, sin perjuicio de la prevalencia de la publicidad registral en materia de bienes inmuebles”.

(8) La enmienda número 31, del GP Chunta Aragonesista, proponía dar al artículo la siguiente redacción: “Los capítulos matrimoniales y sus modificaciones, así como los pactos extracapitulares y las resoluciones judiciales que afecten al régimen económico matrimonial, no serán oponibles frente a terceros mientras no consten en el Registro Civil o, en su caso, en el Registro de la Propiedad, conforme a la legislación aplicable en cada caso”. La motivación dice así: “De la redacción del precepto parece desprenderse que los terceros pueden probar su buena fe aunque las capitulaciones consten en el Registro Civil y, en ese caso, las estipulaciones capitulares les serían inoponibles. Por ello, se considera más conveniente la redacción propuesta, que, además, prevé la posibilidad de que los pactos consten en el Registro de la Propiedad así como la inoponibilidad a terceros de las resoluciones judiciales que afecten al régimen económico matrimonial (por ejemplo, su disolución en los casos previstos en la Ley) en tanto no consten en el Registro”.

(9) 2002, p. 217.

vista de la publicidad de los bienes mismos. De aquí la importancia de los Registros de la Propiedad y Mercantil, como complemento del Registro Civil, por lo que se refiere a los desplazamientos patrimoniales de los bienes y a otros efectos de interés, como la responsabilidad exigible de tales bienes (10).

2. Inoponibilidad de la disolución a los terceros de buena fe.

Del sistema de publicidad cabe deducir que el tercero de buena fe, es decir, el que desconozca la existencia de la disolución, no resulta afectado por ella (11). La consecuencia jurídica de la falta de indicación de la disolución en el Registro Civil es la inoponibilidad de la modificación del régimen matrimonial a los terceros que la desconozcan, de manera que sólo les será oponible si se prueba que la conocían. Pero si la disolución consta en el Registro Civil (12), ya no se presume que el tercero es de buena fe y podrá resultar afectado por la disolución desde la fecha en que se hizo pública si no prueba que, pese a ello, y habiendo empleado la diligencia adecuada, la desconocía (13). La fuerza de la publicidad en el Re-

(10) Parece que el vehículo adecuado para hacer constar en el Registro de la Propiedad la disolución del consorcio conyugal y su transformación en comunidad en liquidación es la nota marginal en las inscripciones de bienes gananciales o presuntamente gananciales, siendo de aplicación aquí el artículo 96-2 RH (RODRÍGUEZ OTERO, Lino: *Elementos de Derecho Hipotecario*, II, 3.ª ed., Dijusa, Madrid, 2006, p. 199).

(11) Sin embargo, la SAP de Huesca de 16 de noviembre de 1998 considera oponible la disolución no inscrita en el Registro Civil ni en el de la Propiedad a los acreedores embargantes porque dice que la protección de terceros de buena fe que dispensa el Registro Civil no alcanza a los acreedores embargantes (*vid.* RDCA, 1999-2, marginal 22). Critica esta doctrina SORO DOMINGO, José Luis: “El régimen económico matrimonial de separación de bienes”, en *Actas de los decimoterceros encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004), p. 157.

Como dice MÁS BADÍA (1999, pp. 285-286), “los terceros a los que será inoponible la modificación si falta la debida publicidad, son los terceros de buena fe. A favor de tal conclusión juegan el tenor literal de varios de los preceptos citados y el mismo fundamento de la publicidad: dar a los terceros una posibilidad cierta de conocer los actos ajenos que les pueden afectar, protegiendo la confianza en la apariencia que dicha publicidad, o su falta, genera. Si el tercero, en nuestro caso, el acreedor, ha conocido por otra vía o ha tenido posibilidad de conocer, empleando la diligencia adecuada, la modificación, ésta debe perjudicarlo”.

Igualmente, OCAÑA RODRÍGUEZ (2002, p. 239) indica que “las capitulaciones no pueden perjudicar a terceros de buena fe para los cuales el régimen disuelto debe pues seguir considerándose vigente. Se trata de capitulaciones clandestinas”.

(12) Ya hemos dicho que la indicación en el Registro Civil no determina el fácil acceso de los terceros al contenido de las capitulaciones. Por ello, aunque se estimara que la indicación en el Registro Civil es obligatoria, no bastaría la mera indicación para afirmar que es, en todo caso, suficiente para hacerlas oponibles a terceros (MÁS BADÍA, 1999, pp. 291-292).

(13) En la sesión de la CADC de 27 de marzo de 2002 (Acta 153) se debatió y aprobó el texto del vigente artículo 16 Lrem. En dicha sesión se discutió sobre cómo debe interpretarse

gistro de la Propiedad respecto a los inmuebles en él inscritos es mayor, de manera que, desde que conste en él la disolución, los terceros ya no pueden probar que son de buena fe (14). La ordenación de los registros públicos es competencia reservada en exclusiva al Estado por el artículo 149-1-8.º Const. (15).

El TS ha venido estableciendo la prioridad del Registro Civil en materia de Publicidad del régimen económico matrimonial, sin perjuicio de la prevalencia de la publicidad registral en materia de bienes inmuebles (16).

el artículo 77-2 LRc. “Don Jesús Delgado Echeverría y Don Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo consideran que si el tercero es de buena fe será requisito para que le perjudique la modificación del régimen económico matrimonial que esté inscrito, pero no dice que con ese solo requisito le tenga que perjudicar necesariamente. En cambio, Don Adolfo Calatayud Sierra entiende que el precepto debe interpretarse en el sentido de que, una vez inscrita la modificación, le perjudicará al tercero, aunque sea de buena fe, máxime a la vista de lo que dice la exposición de motivos.” Don Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, en coherencia con su interpretación, propuso incluir el texto del actual artículo 16-2 Lrem., que la Comisión aprobó por mayoría.

(14) La mayoría entiende que, con relación a los bienes inmuebles que consten inscritos en el Registro de la Propiedad, es necesaria la publicidad de la disolución o modificación en dicho Registro para ser oponible a terceros de buena fe. *Vid.* MÁS BADÍA, 1999, pp. 293-295.

(15) Sin embargo, el TSJA ha dicho en la S. de 7 de julio de 2003 (RDCA, 2003-2004, pp. 383-389) que resulta de aplicación lo establecido en el artículo 1.333 del Código Civil, “norma supletoria a la Compilación aragonesa”. *Vid. etiam* AAPZ 18-7-2000 (RDCA, 2001-2002, marginal 42). En el sentido correcto, SORO DOMINGO, 2004, p. 156.

En el texto inicial sobre el que estuvo trabajando la ponencia de la CADC había dos preceptos sobre publicidad de la disolución y efectos frente a terceros, que, finalmente fueron suprimidos del texto de la ponencia, con la esperanza de que pasaran a formar parte de unas normas sobre publicidad del régimen económico matrimonial a incluir en las disposiciones generales. Desde un principio, la CADC advirtió que tal propuesta podía “chocar con dificultades derivadas de que podría pensarse que estamos invadiendo normativa del Registro Civil o de naturaleza procesal” (*vid.* Acta 124, de 4 de julio de 2001). Los aludidos preceptos decían así:

Artículo 5. Publicidad de la disolución

1. *En toda inscripción de matrimonio en el Registro civil se hará mención de la causa que ha motivado la disolución, automática o judicial, de la comunidad conyugal (1.333).*

2. *Si la disolución de la comunidad conyugal afecta a bienes inmuebles, se inscribirá la causa que la ha motivado en el Registro de la Propiedad y, en su caso, Mercantil (1.333) y, previamente, se anotará la demanda de nulidad, separación o divorcio o de disolución de la comunidad matrimonial (1.436, 102 CC).*

Artículo 6. Eficacia de la disolución frente a terceros

1. *La disolución de la comunidad conyugal no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (1.317 CC, 26 Comp.).*

2. *La disolución de la comunidad conyugal será inoponible a terceros de buena fe hasta su inscripción en el Registro Civil (arts. 1.333 y 1.436 CC).*

Entre las disposiciones generales de la Lrem. se incluyó el apartado 3 del artículo 11, como un gesto de buena voluntad ante la inadecuada publicidad del régimen económico matrimonial, sin que de la norma se deriven obligaciones concretas para nadie, por falta de destinatarios concretos y por falta de competencias para poder obligarles (*vid.* Acta 152, de 20 de marzo de 2002).

(16) *Vid.* SSTs de 26 de enero de 1985, 6 de marzo, 2 de abril y 7 de noviembre de 1990, 24 de julio de 1991, 6 de junio de 1994, 9 de marzo de 1995, 10 de marzo de 1998, 25 de septiembre de 1999, 10 de marzo de 2004, entre otras; RDGRN de 25 de marzo de 1988. La STSJ de Andalucía (Sala de lo social) de 23 de enero de 2002 afirma que, de los artículos 1.317 CC,

Como afirma la STS de 10 de marzo de 1998, “conviene reiterar, en atención a las dudas que suscita el sistema de publicidad adoptado por nuestra legislación, en beneficio de la seguridad del tráfico, para proteger a los terceros, frente a las modificaciones que se produzcan en el régimen económico matrimonial que, cuando no conste en el Registro Civil, conforme el artículo 77 de la Ley de Registro Civil, la alteración del régimen económico, habida respecto del matrimonio en cuestión, el tercero de buena fe se halla plenamente protegido, de modo que no pueden oponerse al mismo las consecuencias jurídicas del nuevo régimen económico. *Si falta esta publicidad del Registro Civil o está en discordancia con lo que resulta de la «toma de razón» en el Registro de la Propiedad* cuando, como consecuencia del nuevo régimen económico matrimonial, las capitulaciones matrimoniales afecten a inmuebles, sin perjuicio de las posibles responsabilidades en que hayan podido incurrirse, *los terceros de buena fe, especialmente protegidos por el Registro Inmobiliario, no verán alterada su posición jurídica*. Mas ello, [...] que los terceros en general estén concernidos y obligados por la publicidad del Registro Inmobiliario al margen de lo que resulte del Registro Civil, que es, en definitiva, el que hace público para todos el régimen económico modificado”.

En definitiva, la publicidad del Registro Civil no puede prevalecer en materia de bienes inmuebles sobre la publicidad del Registro de la Propiedad. Aunque el hecho modificativo conste en el Registro Civil, si no figura en el Registro de la Propiedad, no perjudicará a terceros de buena fe en relación con el inmueble (17).

Desde que la disolución del consorcio conyugal es oponible a los terceros dejan de aplicarse también para éstos las normas del consorcio conyugal (pero, como vamos a ver ahora, sin perjuicio de los derechos adquiridos en ese momento) y, sin solución de continuidad, empiezan a regir para el futuro las de la comunidad que continúa tras la disolución (18).

1.333 CC y normas concordantes de la Ley de Registro Civil (art. 77) y Código de Comercio (arts. 21 y 22), se deduce la inoponibilidad a tercero de todo cambio capitular si no queda debidamente publicado o inscrito.

(17) El Auto AP de Zaragoza de 17 de julio de 2000 (RDCA, 2001-2002, marginal 41) dice que, mientras no haya constancia en el Registro de la Propiedad al tiempo del embargo de que el consorcio conyugal se ha disuelto (art. 140-1.º RH), es suficiente con la notificación del procedimiento y embargo (amén del traslado de la demanda) al cónyuge no deudor, sin necesidad de demandar a ambos. Aunque el hecho modificativo (la disolución del consorcio) conste en el Registro Civil, si no figura en el Registro de la Propiedad, no perjudicará en cuanto al inmueble a los terceros de buena fe (arts. 32 y 34 LH). Por el contrario, si consta en el Registro de la Propiedad, la publicidad del mismo es suficiente, en cuanto al inmueble en cuestión, para perjudicar a los terceros (aunque sean civiles) a efectos de que no puedan alegar ignorancia.

(18) Recordemos que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.333 CC, la RDGRN de 3 de febrero de 1999 admitió que se practicara una indicación al margen de la inscripción de matrimonio para dejar constancia de una resolución judicial adoptada durante la tramitación

II. La intangibilidad de los derechos adquiridos por terceros

1. La irretroactividad de los efectos de la disolución.

Que la disolución del consorcio conyugal sea oponible hacia el futuro frente a terceros que la conocen o que tras la publicidad registral no puedan acreditar que son de buena fe, no quiere decir que el nuevo régimen de responsabilidad existente tras la disolución vaya a afectar retroactivamente a los derechos ya adquiridos por los terceros en el momento en que la eficacia de la disolución les sea oponible (19). Al contrario, la modificación actúa *ex nunc*, hacia el futuro, no respecto del pasado (20).

La regla general, de carácter imperativo (como señala el art. 3-2 Lrem.), es que *la modificación del régimen económico del matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros* (arts. 12 Lrem. y 1.317 CC). La protección de los derechos adquiridos por terceros, por medio de la irretroactividad que para ellos ha de tener en todo caso la disolución del consorcio conyugal y el nacimiento de la comunidad posconsorcial, tiene reflejo también en algunas normas específicas, como las contenidas en los artículos 15-3 y 65-2 Lrem. (21). Pero, como veremos, la irretroactividad no es total porque, aunque el régimen de responsabili-

de un proceso de separación por la que se acordaba la suspensión de la sociedad de gananciales, de tal manera que los cónyuges harían suyos los bienes que adquiriesen a partir de este momento, ya que, aun siendo dicha decisión judicial de carácter provisional, modificaba el régimen del matrimonio y podía afectar a los terceros que contratasen con los cónyuges durante la tramitación del procedimiento.

(19) MÁS BADÍA (1999, pp. 199 y 289) destaca que la regla del artículo 1.317 CC es una regla de irretroactividad. La publicidad suficiente de la modificación marca el momento que se toma como punto de referencia para determinar si el derecho era “ya existente” a los efectos del artículo 1.317.

Señala BLANDINO GARRIDO (1999, pp. 93-94), con cita de MORA MATEO (1997, p. 10343), que “la trascendencia del artículo 1.333 y del artículo 1.317 CC es distinta, aunque ambos resulten complementarios: el artículo 1.317 sólo despliega su virtualidad tuitiva cuando el cambio de régimen va acompañado de la debida publicidad (o se pruebe que el acreedor tuvo conocimiento de la situación real por otros medios), siempre que la adquisición de los créditos se haya consumado antes de la inscripción; a falta de constancia registral de la modificación, la eventual protección de los terceros vendrá determinada por la norma del artículo 1.333 (y sus concordantes)”.

(20) BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: “Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC”, ADC, 1993-1, p. 601.

(21) Vid. SORO DOMINGO, 2004, p. 157. Según el apartado 3 del artículo 15 Lrem., *en cualquier caso, los otorgantes pueden someter la eficacia de las estipulaciones a condición o término, incluso darles efecto retroactivo, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros*. Por su parte, el apartado 2 del artículo 65 Lrem. dice que *en los casos de nulidad, separación o divorcio y en los de disolución de la comunidad conyugal por decisión judicial, el Juez podrá retrotraer los efectos de la disolución hasta el momento de admisión a trámite de la demanda, pero quedarán a salvo los derechos adquiridos por terceros*.

dad por las deudas ya nacidas no cambia para los terceros con derechos adquiridos, el patrimonio común comienza a estar regido por unas nuevas normas y su composición será, también para los acreedores anteriores a la disolución, la que tenga en el momento de hacer efectiva sobre él dicha responsabilidad.

Puede considerarse un precedente del artículo 12 Lrem. el artículo 26 de la Compilación, que, después de señalar que podrá darse a las estipulaciones capitulares efecto retroactivo, añadía que *sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros* (22). Lo cierto es que la redacción del artículo 12 Lrem. coincide literalmente con la del artículo 1.317 del Código Civil y, además, no se ha colocado entre las normas del título II, dedicado a los capítulos matrimoniales, como el artículo 26 Comp., sino que se ha convertido en una disposición del título primero, de alcance más general (23).

Los precedentes del artículo 1.317 CC se remontan incluso al Proyecto de 1851, cuyo artículo 1.360, que luego sería reproducido por el artículo 1.438 CC en su redacción originaria, establecía: *La separación de bienes no perjudica los derechos adquiridos con anterioridad por los acreedores* (24); sin embargo, el precepto asume su ubicación sistemática y su alcance actual en la reforma del Código Civil por Ley 14/1975, de 2 de mayo, que, al introducir la posibilidad de modificar el régimen económico matrimonial por acuerdo de los cónyuges, hubo de establecer también

(22) Vid. J. A. SERRANO GARCÍA, 2006, pp. 219 a 221, de donde tomo algunos de los párrafos siguientes. En el mismo sentido, BAYOD LÓPEZ, 2006, pp. 234-237.

(23) En un borrador inicial de la ponencia de la CADC se decía: “La disolución de la comunidad conyugal no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (1.317 CC, 26 Comp.)”, norma que la propia ponencia prefirió suprimir por entender que era más propia de las disposiciones generales; al llegar a esta sede don José Antonio SERRANO GARCÍA propuso añadir el siguiente texto: *La modificación o disolución del régimen económico del matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros*. El Acta 125, de 20 de marzo de 2002, dice al respecto que “la redacción reproduce el artículo 1.317 del CC, sin decir «realizada durante el matrimonio» y añadiendo «o disolución». Este término de «disolución» parece correcto aplicado a una comunidad como el consorcio conyugal pero no cuando se refiere a cualquier régimen matrimonial como uno de separación de bienes. Se propone como alternativa por don Jesús DELGADO ECHEVERRÍA decir «extinción», pero tampoco acaba de convencer por lo que parece preferible dejar sólo modificación, término que puede ser bastante para comprender tanto los supuestos de alteración del régimen y continuación del matrimonio como los que se producen al disolverse éste. Como titulillo se aprueba el de “derechos de terceros”. En las Cortes de Aragón no hubo enmiendas a este texto del Proyecto de Ley.

(24) El texto del artículo 1.438 sería posteriormente retocado por la reforma de 2 de mayo de 1975, disponiendo: *La separación de bienes no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por los acreedores*. Además, en el artículo 1.322, destinado a la publicidad de las capitulaciones matrimoniales, se incluyó un tercer apartado para decir que *Las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas constante matrimonio no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros*. Vid. Díez SOTO, 2004, pp. 430-431.

mecanismos de protección de los “intereses generales y de los intereses de terceros”, según explicaba su Exposición de motivos, que consistieron, por un lado, en establecer un régimen de publicidad a través de los Registros Civil y de la Propiedad y, por otro, en declarar la irretroactividad y relatividad de los pactos de modificación (25). Tras la reforma del Código Civil por Ley 11/1981, de 13 de mayo, el texto del artículo 1.322, que era el que limitaba los efectos de la modificación capitular respecto de terceros, ha pasado a ser, con ligeras rectificaciones, el vigente artículo 1.317 CC. En sede de separación de bienes ya no existe, por no ser necesaria, una norma como la del antiguo artículo 1.438.

En todo caso, la norma del artículo 12 Lrem. o 1.317 CC es de ámbito general y no debe ser relacionada exclusivamente con los cambios de régimen económico matrimonial pactados en capítulos matrimoniales (26). La norma se aplica también a cualquier supuesto en que se produzca una “modificación” del régimen económico matrimonial y, en particular, a todo supuesto de disolución de la comunidad matrimonial por cualquier causa (27). También, una vez producida la disolución, a las modificaciones que la liquidación y división del patrimonio común entrañan.

La irretroactividad de la modificación significa que, tras la modificación del régimen matrimonial, normalmente por medio de capitulaciones matrimoniales (28), los terceros continúan teniendo, en relación a los de-

(25) Así lo dice Fernando CURIEL LORENTE (“El Registro de la Propiedad y las pretensiones de los acreedores sobre bienes inmuebles ex gananciales”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 287), que añade que “la propia Exposición de motivos de la Ley 14/1975 consideraba esta medida «tan natural que no necesita comentarios» y es verdad que parece un principio general que el legislador creyó necesario expresar con objeto, únicamente, de tranquilizar a los acreedores ante la recién admitida mutabilidad del régimen económico matrimonial”.

(26) En este sentido dice SORO DOMINGO (2004, p. 156) que el régimen de publicidad de la separación de bienes y sus efectos frente a terceros debe ser el mismo en los supuestos de capitulaciones matrimoniales y en los de sentencias de separación conyugal, por cuanto la Ley no establece ninguna distinción al respecto.

(27) En este sentido, para el Código Civil, por todos, RAGEL SÁNCHEZ, 1990, p. 1660; GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 555-556; BLASCO GASCÓ, 1993, p. 606; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 2002, p. 342.

DÍEZ SOTO (2004, p. 431) dice que en la norma del artículo 1.317 se recoge “un principio general aplicable a cualesquiera hechos susceptibles de alterar el régimen previamente existente, incluyendo no sólo los pactos entre cónyuges orientados a ese fin, sino también otras circunstancias de carácter extranegocial, como las crisis matrimoniales, que eventualmente lleven consigo la disolución del régimen sin sustituirlo por otro”. Añade que, “en su vertiente negativa, el mismo principio es el que subyace a la norma contenida en el artículo 1.335 CC”.

(28) El supuesto de hecho más común lo describe RIVERA FERNÁNDEZ (2000, p. 2346) así: “Ante una situación de crisis económica familiar, los cónyuges, hasta ese momento sometidos al régimen de sociedad legal de gananciales, acuerdan, en capitulaciones matrimoniales, quedar

rechos ya adquiridos en el momento en que la modificación les es oponible (29), las mismas garantías patrimoniales que tenían antes, porque no se puede romper la ecuación crédito-responsabilidad una vez constituida la obligación, alterando el soporte patrimonial con que cuentan los acreedores (30). Para ellos es como si la modificación no se hubiera producido, porque no les es oponible, de manera que pueden embargar y realizar los bienes comunes adjudicados al cónyuge no deudor en las mismas condiciones en que podían hacerlo antes de que se produjera la modificación (31). El artículo 1.317 CC (o el 12 Lrem.) contiene un argumento

sometidos al régimen de separación de bienes, adjudicándose el haber conyugal (o la mayor parte del mismo) a uno de ellos, con la finalidad de eludir el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el otro y de las que, en principio, respondían los bienes comunes, ahora privativos del cónyuge adjudicatario. Esta vía impide anotar el embargo que se pretenda sobre los bienes, otrora gananciales, si al intentarse tal práctica la sociedad de gananciales aparece ya liquidada e inscritos en el RP dichos bienes a favor del cónyuge que no suscribió el documento que sirve de base para la ejecución". Ahora el artículo 541 LEC permite debatir la naturaleza de la deuda en el proceso de ejecución, si el cónyuge no deudor notificado del embargo del bien común se opone alegando que la deuda es privativa.

Pero, en principio, como dice la STSJ de Andalucía (Sala de lo social) de 23 de enero de 2002, "ningún reproche cabría realizar por pactar en capitulaciones matrimoniales en vida de los cónyuges lo que el citado artículo 1.373 CC hubiera permitido en caso de embargo judicial, así que pasan a la titularidad del no empresario parte de dichos bienes citados [los gananciales]. No habría en tal caso, por tanto, tendencia a eludir obligaciones, ni ficción irregular para evitar la responsabilidad patrimonial, sino ejercicio lícito de la facultad de modificar el régimen económico matrimonial como permite el artículo 1.325 CC. Por otra parte, según el artículo 1.317 CC la modificación indicada, realizada durante el matrimonio, no perjudicará los derechos ya adquiridos por terceros". Añade esta sentencia que "las capitulaciones, por lo demás, deberán cumplir el requisito de validez del artículo 1.327 CC y, en lo que afecta a inmuebles, se tomará razón de ellas en el Registro de la Propiedad, conforme a los artículos 1.333 CC y 26 LH. Por otro lado, las capitulaciones determinan la conclusión de la sociedad de gananciales, conforme al artículo 1.392-4.º CC, procediéndose a su disolución y liquidación, según el siguiente artículo 1.396, con inclusión en el pasivo de las deudas entonces pendientes a cargo de la sociedad (art. 1.398-1.º), conservando sus créditos los acreedores mientras no se pagaran por entero las deudas citadas (art. 1.401), lo que no cabe referir a deudas aún no nacidas, ni siquiera esperadas".

(29) Como hemos visto, mientras no se dé a quienes no han sido parte en la modificación la posibilidad de conocerla, debe prevalecer frente a ellos la situación aparente (anterior a la modificación) frente a la real. Para que haya derecho adquirido es suficiente con que haya nacido antes de la fecha de la publicación de la modificación, aunque lo haya hecho con posterioridad a la fecha de la modificación (MÁS BADÍA, 1999, p. 200).

(30) GUILARTE GUTIÉRREZ, 1991, p. 550. Como dice MÁS BADÍA (1999, p. 202), el derecho amparado no es un derecho adquirido al embargo de bienes concretos, sino el derecho de crédito en sí mismo, con la responsabilidad patrimonial que le sirve de garantía. La posibilidad de embargar bienes del deudor no es un derecho del acreedor, sino más bien una facultad.

(31) La doctrina suele hablar de "inoponibilidad" para calificar la protección que dispensa al tercero el artículo 1.317 CC. *Vid.*, por todos, RAGEL SÁNCHEZ, 1990, pp. 1676-1677; *La protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1994, pp. 99-109; GUILARTE GUTIÉRREZ, 1991, p. 550; BLASCO GASCÓ, 1993, p. 605; EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª Ángeles: "Responsabilidad de los cónyuges por el cambio del régimen econó-

jurídico (el de la irretroactividad de la modificación) que justifica la responsabilidad directa actual de los bienes que eran comunes, pese a haberse disuelto y, en su caso, liquidado la comunidad matrimonial; es un argumento de responsabilidad, pero no la base de una nueva acción independiente, de manera que el plazo del tercero para exigir el pago será el de la acción que realmente se esté ejercitando (32).

Pero, como señala MEDRANO SÁNCHEZ, la inoponibilidad o irretroactividad es sólo relativa, ya que no impide la eficacia de la modificación *ad futurum*, de manera que el perfil de los derechos adquiridos por terceros tiene, como cabe deducir de los artículos 86-2 Lrem. o 1.401 CC, un concreto alcance temporal: sólo frente al patrimonio común existente al tiempo de la modificación del régimen económico del matrimonio y no frente al que pudo serlo de haberse mantenido el existente al tiempo de generarse la deuda frente a tercero (33). Se mantiene la responsabilidad del patrimonio común respecto de los terceros con derechos adquiridos sobre él, pero el patrimonio común mientras no se divida queda sujeto a las nuevas reglas de la comunidad posconsorcial.

mico de gananciales”, *Aranzadi Civil*, 1993-1, p. 2019; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: “La mutabilidad del régimen económico matrimonial”, *ADC*, 1994-1, p. 179; FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, pp. 126-130 y 133-134; MÁS BADÍA, 1999, p. 201; GUTIÉRREZ BARRENGO, 2002, pp. 156-160.

RAGEL SÁNCHEZ (1994) define la inoponibilidad como “la facultad que la ley concede a un tercero y que le permite considerar no existente la actuación jurídica ajena, como medida de protección frente a actos potencialmente perjudiciales, de tal modo que el sujeto así protegido puede fingir que ignora la situación ajena y el Derecho le protege, como si tal actuación no hubiese existido”.

(32) MÁS BADÍA, 1999, pp. 214-215; esta autora critica la afirmación de la STS de 27 de octubre de 1989 de que la acción basada en el artículo 1.317 CC, al no tener fijado específicamente un plazo de prescripción extintiva, tiene una duración de quince años, por aplicación del artículo 1.964 CC.

(33) 2004, pp. 55-56. Por tanto, no cabe defender que, como la disolución no le es oponible, el activo del consorcio se sigue nutriendo, frente al tercero con derechos adquiridos, como si no se hubiera producido aquella mutación. Así que, por ejemplo, el embargo del sueldo del cónyuge no deudor (bien común vigente el consorcio: art. 28-2-d Lrem.) por deudas consorciales de las que no respondan sus bienes privativos, sería válido hasta la eficacia de la disolución frente al tercero y habría que levantarlo una vez producida, pues desde ese mismo momento se estarían embargando bienes de un tercero y, por tanto, el mismo devendría ilícito (*vid. MEDRANO, ibidem*).

La modificación opera para el futuro, de manera que los bienes que se adquieran con posterioridad estarán sometidos al nuevo estatuto que ha sustituido al antiguo. Este es el criterio mantenido en la STS de 13 de octubre de 1994. En contra, MÁS BADÍA (1999, pp. 213-214), quien, con cita de LACRUZ, encuentra la idea discutible.

2. Reflejo de la irretroactividad de la disolución en la regulación de la comunidad posconsorcial.

El no perjuicio de tercero está previsto en normas que concuerdan con lo dicho de modo general en el artículo 12 Lrem. (o 1.317 CC) (34). Estas normas ponen de manifiesto la diferente situación que los acreedores consorciales y los acreedores privativos ostentan, tras la disolución, frente a los bienes antes consorciales, pues estos bienes seguirán respondiendo de las deudas comunes, pero, en principio, ya no podrán ser embargados por deudas privativas sino en cuanto hayan sido adjudicados al propio cónyuge deudor. La irretroactividad sólo es necesaria para la defensa de los acreedores consorciales que son los únicos que tienen derechos adquiridos sobre el patrimonio común (35).

Disuelto el consorcio conyugal y hasta tanto no se divida la comunidad que continúa tras la disolución, el patrimonio común sigue respondiendo del pago de las deudas comunes contraídas con anterioridad (art. 70-1 Lrem.). Los derechos de los acreedores privativos de los cónyuges no se perjudican por la disolución del consorcio conyugal, pues si ahora no pueden proceder contra bienes concretos de la comunidad disuelta y no dividida, pueden hacerlo contra los derechos que a su deudor puedan corresponder sobre los mismos en la liquidación de aquélla (apart. 2 del art. 70 Lrem.). En el pasivo del inventario se incluirán las deudas pendientes de cargo o responsabilidad de la comunidad (art. 81-a Lrem., 1.398-1.º CC), y en la liquidación ordinaria se procederá al pago de las deudas comunes vencidas y al aseguramiento de las pendientes (arts. 83 Lrem., 1.399 y 1.400 CC).

Tampoco la división y adjudicación de los bienes del consorcio conyugal modifican la responsabilidad por deudas que correspondía a los patrimonios privativos o al común. El cónyuge no deudor o sus herederos responderán solidariamente de las deudas comunes, pero exclusivamente con los bienes que le hayan sido adjudicados; límite legal aplicable en Aragón aunque no se haya hecho inventario (art. 86-1 Lrem. y 56 Lsuc.), pero sólo si se hubiera formulado debidamente, judicial o extrajudicialmente, en el CC, pues en otro caso la responsabilidad en este cuerpo legal es ilimitada (arts. 1.401 y 1.084 CC) (36). Es posible, por tanto, la anotación del

(34) GUILARTE GUTIÉRREZ (1991, p. 563) considera que el artículo 1.317 CC es una norma innecesaria, atendiendo a que el legislador prevé después específicamente la normativa destinada a evitar el fraude.

(35) GUILARTE GUTIÉRREZ, 1991, p. 572; RAGEL SÁNCHEZ, 1994, p. 212; CABANILLAS SÁNCHEZ, 1994, p. 184; Fernando CURIEL LORENTE, 1995, pp. 288-289; BLANDINO GARRIDO, 1999, p. 89.

(36) La mejor doctrina entiende que el artículo 1.401 CC es una concreción del principio señalado en el artículo 1.317 CC, de modo que no hace falta la insolvencia del deudor, ni

embargo sobre los bienes comunes ya adjudicados e inscritos a favor del cónyuge no deudor o sus herederos conforme al artículo 144-4 RH (37).

Para Aragón, añade el artículo 86-2 Lrem. que, cuando dichos bienes no sean suficientes, el cónyuge no deudor o sus herederos responderán con su propio patrimonio del valor de lo adjudicado que hayan enajenado o consumido, así como del valor de la pérdida o deterioro de los bienes recibidos.

Además, según el artículo 1.402 CC, en relación con el artículo 1.082 CC (o el art. 88 Lrem. en relación con el art. 55 Lsuc.), los acreedores por deudas comunes conservan los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de herencias (38).

3. El no perjuicio de los derechos adquiridos por terceros.

En principio, al tercero le debería bastar con probar la realidad de su derecho, ya se trate de derecho personal o real (39), y la anterioridad de

puede el no deudor oponer a la traba de los bienes gananciales adjudicados la previa excusión del patrimonio del deudor. *Vid.*, por todos, BLANDINO GARRIDO, 1999, pp. 143-165; FERNÁNDEZ CAMPOS, 1998, pp. 139 y 140; RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, pp. 145-149.

Los acreedores consorciales cuentan con la responsabilidad derivada de los artículos 1.317, 405, 1.402 y 1.084 CC, pudiendo incluir la petición, conforme al artículo 1.401 *a contrario sensu*, de que se condene al cónyuge del deudor a responder del crédito incluso con los bienes propios, aparte de los gananciales que se adjudicó, si no se formuló debidamente el inventario (STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 23 de enero de 2002).

(37) *Vid.*, por todos, BLANDINO GARRIDO, 1999, pp. 151-157.

La mujer interpuso tercería de dominio solicitando el levantamiento de los embargos sobre bienes a ella adjudicados en la partición e inscritos a su nombre en el Registro; para ello invocó el dominio de los bienes embargados, dominio acreditado con la escritura pública de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad conyugal. Pero no se trata —dice el A. AP de Zaragoza de 18 de julio de 2000— de cuestionar la propiedad de unos bienes anteriormente consorciales y después adjudicados a la esposa en las referidas capitulaciones, sino de hacer efectivos sobre ellos los derechos de terceros adquiridos con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial (arts. 12 y 86 Lrem.), que no puede perjudicar en ningún caso tales derechos, y teniendo el marido facultades para obligar dichos bienes en el ejercicio de su profesión, era manifiesta la improcedencia de la tercería para liberar tales bienes de las trabas a que están sujetos.

(38) Incluso, como afirma PEÑA (1989, p. 291; 1991, pp. 786-797), por efecto de la disolución, aumentan las facultades de los acreedores de la sociedad de gananciales sobre el patrimonio ganancial (como resulta de lo establecido en los arts. 1.402 y 1.410 CC); y, además, persisten sobre dicho patrimonio ganancial las demás facultades que la Ley confiere a un acreedor sobre el respectivo patrimonio responsable: embargo y ejecución sobre sus bienes, acción revocatoria, acción subrogatoria, facultad de intervenir en la división de un condominio ordinario en que una cuota sea ganancial, facultades relativas al orden de prelación (tercerías de mejor derecho), a los procedimientos concursales.

(39) SSTSS de 6 de diciembre de 1989, 18 de julio de 1991, 25 de septiembre de 1999; Díez-PICAZO, 1984, p. 1499.

Dice BAYOD LÓPEZ (2006, p. 235) que “los terceros protegidos en el texto de la ley no son

éste al momento en que la estipulación, modificación, cambio o disolución del régimen matrimonial le resulte oponible, para que el nuevo régimen o situación no le perjudicara (40), sin necesidad de alegar que concurre causa de invalidez de los capítulos matrimoniales, ni tener que probar que los cónyuges han actuado en fraude o perjuicio de su derecho, porque los remedios específicos desplazan a los genéricos (41).

En el caso del acreedor por deudas comunes, que antes de la disolución cuenta con la responsabilidad directa e ilimitada de los bienes comunes, no debe verse perjudicado por el hecho de la disolución y, en su caso, división del patrimonio común; la inexistencia de perjuicio se traduce en el mantenimiento de la responsabilidad directa e ilimitada de los bienes comunes, aun adjudicados al cónyuge no deudor, con la posibilidad de hacer efectiva esta responsabilidad por medio del embargo de bienes concretos (42).

sólo los que contrataron con los esposos, sino también todos aquellos que ostentan un derecho legítimo merecedor de protección legal, que se ve alterado por la modificación capitular”.

Los terceros que durante el matrimonio hayan adquirido de uno de los cónyuges bienes inmuebles por naturaleza, empresas o explotaciones económicas, sin que la enajenación haya ido acompañada de la extinción del derecho expectante de viudedad del otro cónyuge, mantienen su derecho real sobre estos bienes gravado con el expectante mientras el derecho de viudedad no se extinga con la causa que origina la disolución del consorcio conyugal; en caso de disolución por muerte, el gravamen del expectante se transforma en derecho de usufructo del cónyuge viudo si éste era el titular del expectante.

(40) Puntualiza CABALLERO GEA, J. A. (“Liquidación de regímenes económico-matrimoniales”, en la *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones de los Planes Provinciales y Territoriales de formación*, CGPJ, año 1993, I, Civil, p. 93) que el artículo 1.317 CC protege, no a un tercero registral o a un adquirente confiado, ni tan siquiera exige buena fe, sino que respeta, simplemente, los derechos adquiridos, por lo que no es un caso de protección a la apariencia, sino a la realidad, acaso no aparente.

(41) Esta es la tesis mayoritariamente defendida en la doctrina. *Vid.*, por todos, RAGEL SÁNCHEZ, 1987, pp. 149-152 y su monografía de 1994 titulada *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*; GUILARTE GUTIÉRREZ, 1991, pp. 576 y ss.; 1991 (2); BELLO JANEIRO, Domingo: *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1993, pp. 605 y ss.; BLASCO GASCÓ, 1993, pp. 599-641; CABANILLAS SÁNCHEZ, 1994, pp. 172-183; HERRERO GARCÍA, María José: “Comentario a los artículos 1.315 a 1.224”, en *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 577; BLANDINO GARRIDO, 1991, pp. 88-94; FERNÁNDEZ CAMPOS, 1998, pp. 126-148; MÁS BADÍA, 1999, pp. 203-206; DÍEZ SOTO, 2004, pp. 434-435; COSTAS RODAL, Lucía: “Comentario a los artículos 1.315-1.324”, en *Comentarios al Código Civil*, coord. Rodrigo BERCOVITZ, Aranzadi, Pamplona, 2.^a ed, 2006, pp. 1580-1582.

(42) Es cierto que, como ha dicho BENDITO CAÑIZARES M.^a Teresa (*Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales*, Trivium, Madrid, 1994, p. 279), el acreedor consorcial no tiene un derecho adquirido a embargar bienes gananciales, entendido como derecho subjetivo, porque del crédito vencido e impagado no surge un derecho sobre bienes concretos del patrimonio del deudor y la posibilidad de embargar bienes del deudor es una mera facultad inherente al derecho de crédito.

“Sin embargo, lo importante –señala OCAÑA RODRÍGUEZ (2002, p. 245, nota 1)–, más allá de ciertas imprecisiones del lenguaje, a veces muy expresivas, es destacar de manera expresiva,

La responsabilidad que sigue pesando sobre los bienes comunes del régimen modificado en nada obsta a la validez de las capitulaciones, ni tampoco a la validez de las adjudicaciones realizadas como consecuencia de la disolución y liquidación del régimen anterior, pues se protege al acreedor perjudicado por la modificación mediante un régimen de ineficacia que adecua sus consecuencias a la finalidad perseguida de asegurar la efectividad del crédito (43).

Los derechos se consideran adquiridos cuando ha finalizado su *iter* adquisitivo, quedando excluidas las expectativas de derecho y los derechos en trance de adquisición (44). Tendría un derecho adquirido el acreedor cuando las capitulaciones que modifican el régimen económico matrimonial le son oponibles después de haber nacido la deuda (45), aunque el

que una deuda consorcial, adecuadamente calificada por el Juez como tal, conlleva la responsabilidad de los bienes gananciales «siempre», ex artículo 1.317 y concordantes del CC. Se tiene derecho adquirido pues a la responsabilización de estos bienes por deudas consorciales, más allá de cualquier cambio en su titularidad entre cónyuges. El embargo concretará, como siempre, esta responsabilidad”.

(43) FERNÁNDEZ CAMPOS, 1998, pp. 128-129. “Es perfectamente legítimo, manifiesta la mejor doctrina, el deseo de los cónyuges de poner una parte importante de los bienes del matrimonio a cubierto cuando uno de ellos está dedicado a una actividad arriesgada desde el punto de vista económico. Si la situación es de peligro potencial, de cara al futuro, puede ser incluso aconsejable la adopción en capitulaciones matrimoniales del régimen de separación de bienes, tratando de preservar la economía familiar, sin que ello implique fraude o perjuicios para terceros, al no ser afectados derechos ya adquiridos por ellos” (RIVERA FERNÁNDEZ, 2000, p. 2347).

(44) Díez-PICAZO, 1984, p. 1499. SSTs de 5 de junio de 1990 y 22 de octubre 1991.

(45) *Vid.* SSTs de 21 de junio de 1994 y 17 de julio de 1997. Es cierto que la jurisprudencia del TS admite la acción revocatoria en relación a créditos nacidos con posterioridad a las capitulaciones impugnadas si se demuestra que se llevaron a cabo en consideración al crédito futuro y a fin de privar de garantías a un acreedor de próxima y muy probable existencia (*vid.* SSTs de 2 de marzo de 1981, 17 de febrero de 1986, 17 de noviembre de 1987, 27 de octubre de 1989, entre otras). Pero la acción del artículo 1.317 se funda en un criterio temporal, la anterioridad del derecho, sin necesidad de probar que hubo fraude. Sólo si el crédito es anterior a la publicidad (oponibilidad, mejor) de la disolución, el acreedor estará protegido por la vía del repetido artículo 1.317 CC. De ser posterior, aunque traiga causa de acontecimientos anteriores a la modificación del régimen, podrá obtener protección mediante la acción revocatoria o pauliana, probando el fraude (PASQUAU LIAÑO, Miguel: “Comentario STS de 24 de noviembre de 1988”, CCJC, núm. 18, 1988, p. 1029; MÁS BADÍA, 1999, pp. 209-212; PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: “Comentario STS de 10 de marzo de 2004: Nulidad de capitulaciones matrimoniales por falta de causa o causa ilícita. Nulidad radical: inaplicabilidad del plazo de cuatro años del artículo 1.301 CC. Eficacia de la publicidad de las capitulaciones en el Registro Civil y en el Registro de la Propiedad”, CCJC, número 66, octubre/diciembre 2004, p. 1223; en el mismo sentido, EVANGELIO LLORCA, Raquel: “Comentario a los artículos 1.396-1.410 CC”, en *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, coords.: RAMS ALBESA y MORENO MARTÍNEZ, Dykinson, 2005, p. 638.

Sin embargo, la STS de 27 de octubre de 1989 flexibiliza el presupuesto de la anterioridad y da cobijo bajo el artículo 1.317 CC a créditos todavía no nacidos cuando se formalizó el contrato capitular; tesis defendida por BLASCO GASCÓ, 1993, pp. 624-625.

crédito todavía no haya vencido y no sea exigible (46), pues, como hemos dicho en el apartado anterior, el derecho del tercero ha de existir en el momento en que a él le sea oponible la disolución (47).

Como dice PEÑA (48), la pervivencia autónoma de cualquier patrimonio en liquidación, y de los derechos sobre él de los respectivos acreedores, es principio mantenido en todo nuestro Derecho (Derecho civil común, Derechos forales, Derecho mercantil).

Terceros, titulares de un derecho de crédito o real o de otra clase, pueden ser también los cónyuges. Veremos que los derechos de reintegro no se perjudican por la disolución del consorcio conyugal. En particular, la liquidación del régimen económico matrimonial no es causa de extinción del derecho de uso concedido ex artículo 96 CC sobre la vivienda familiar consorcial o que pertenezca a ambos cónyuges en copropiedad (49). El derecho de uso no impide la liquidación ni el ejercicio de la acción de división de cosa común, si bien en ambos casos con mantenimiento del derecho de uso (50). La jurisprudencia del TS viene considerando que, a los efectos de la liquidación, el derecho de uso no es evaluable y no puede computarse para minusvalorar el bien sobre el que recae (51).

(46) Es a la existencia del crédito y no a la posibilidad de su ejercicio, a la que hay que atender: MÁS BADÍA, 1999, p. 207; GUILARTE GUTIÉRREZ, 1991, p. 564; BELLO JANEIRO, 1993 (2), pp. 607-610.

(47) Para el Código Civil, la doctrina relaciona el artículo 1.317 con el 1.333, y entiende que el crédito debe haber surgido antes de la publicidad de las capitulaciones para que quede protegido ante la disolución de la sociedad de gananciales: *vid.* MÁS BADÍA, 1999, pp. 199-200; MERINO GUTIÉRREZ, 2003, p. 4828; Díez SOTO, 2004, p. 436.

La doctrina y el TS (SS de 20 de febrero de 1987 y 18 de marzo de 2002) consideran válida la fianza de obligaciones futuras, en la que la relación de fianza nace sin que exista aún la obligación principal, y desde ese momento el fiador se halla vinculado; la vinculación del deudor principal actúa como condición suspensiva (impropia) de la fianza, de tal manera que, cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraen al día de la constitución de la garantía [*vid.* RAGEL SÁNCHEZ, 1987 (2), p. 4390; MÁS BADÍA, 1999, p. 208].

(48) 2006, pp. 304-305.

(49) No obstante, es relativamente frecuente que la resolución judicial, por ejemplo cuando no hay descendencia, conceda el uso de la vivienda a una de las partes por tener el interés más necesitado de protección, pero de forma limitada en el tiempo a la fecha de la efectiva liquidación y reparto de los bienes del consorcio, en cuyo caso la liquidación y división del consorcio sí acarrearán la extinción del derecho de uso. *Vid.* FORCADA MIRANDA, Francisco Javier (ponente), MADRAZO MELÉNDEZ, Belén, y GUERRERO PERRONA, Joaquín (coponentes): "La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial", en *Actas de los XIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, p. 60.

(50) *Vid.*, entre otras, SSTs de 22 de septiembre de 1988, 22 de diciembre de 1992, 14 de junio de 1993, 14 de junio de 1994, 16 de diciembre de 1995, 14 de marzo de 1997, 8 de marzo de 1999 y 27 de diciembre de 1999; SSAP de Zaragoza de 20 de febrero de 2003 y 7 de abril de 2003.

(51) *Vid.* SSTs de 23 de diciembre de 1993, 29 de abril de 1994, 4 de abril 1997, 23 de enero de 1998, entre otras.

4. La posición mayoritaria de la jurisprudencia.

La ya no tan reciente STS de 17 de febrero de 1986, para los artículos 1.317 CC, 78 Fuero Nuevo de Navarra y 26 de la Compilación aragonesa, señala que los acreedores de cualquiera de los esposos no resultarán afectados por la liquidación del estatuto patrimonial anterior ni por el establecimiento de nuevas pautas, siempre que los derechos hayan nacido en el momento del cambio, respecto de los cuales persistirá la situación originaria, con la responsabilidad consiguiente frente a las deudas que a los bienes gravaban; es incuestionable que la aplicación de este precepto veda todo posible éxito a la acción pauliana, siempre de condición subsidiaria por lo mismo que se asienta en el cardinal presupuesto de la imposibilidad de cobrar; sin echar en olvido el requisito de la anterioridad del crédito como hipótesis ordinaria, aunque no deban descartarse los nacidos con posterioridad a la enajenación impugnada si se demuestra que se llevó a cabo en consideración al crédito futuro y a fin de privar de garantías a un acreedor de próxima y muy probable existencia, como ya declaró esta Sala en S. de 2 de marzo de 1981.

En el mismo sentido, la STS de 1 de marzo de 2006 afirma que “la modificación del régimen económico matrimonial, a tenor de lo que dispone el artículo 1.317 CC [...] no puede perjudicar en ningún caso los derechos adquiridos por terceros en relación con estos bienes, aunque fueran adjudicados a la esposa al sustituirse el régimen legal de gananciales por el de separación de bienes [...]. Se estima, por lo general, que para la subsistencia y efectividad de dicha garantía no es necesario acudir a la rescisión o nulidad de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente, ya que del sentido general de los artículos 1.399, 1.403 y 1.410 CC se desprende que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiese formulado debidamente inventario, pues, en otro caso, y por aplicación de las normas de las sucesiones (arts. 1.401 y 1.402 en relación con el 1.084 CC), tal responsabilidad será *ultra vires*”.

Esta es la línea jurisprudencial reiterada en multitud de sentencias por el TS (52), trasladable, sin duda, al régimen matrimonial legal ara-

(52) Vid. SSTs de 26 de enero de 1985, de 15 y 17 de febrero de 1986, 13 de junio de 1986, 20 de febrero de 1987, 4 de mayo de 1987, 21 de julio de 1987, 10 de septiembre de 1987, 14 de octubre de 1987, 10 de noviembre de 1987, 17 de noviembre de 1987, 28 de abril de 1988, 18 de noviembre de 1988, 24 de noviembre de 1988, 25 de enero de 1989, 20 de marzo de 1989, 27 de junio de 1989, 27 de octubre de 1989, 25 de noviembre de 1989, 5 de junio de 1990, 9 de julio de 1990, 24 de julio de 1991, 19 de febrero de 1992, 21 de mayo de 1992, 26 de junio

gonés (53), línea sostenida igualmente por la DGRN (54), en la que para que opere la garantía otorgada por el artículo 1.317 CC (o 12 Lrem.) no es necesario el ejercicio de acciones de nulidad o rescisión, dado el carácter de acción subsidiaria que tiene la acción revocatoria (55). Por tanto, en principio, las capitulaciones matrimoniales en nada alteran ni perjudican los derechos adquiridos por los acreedores de los cónyuges, y en tal sentido carecen de eficacia alguna frente a ellos (56). Por consiguiente, la tercería de dominio interpuesta por el cónyuge no deudor, adjudicatario de los bienes embargados por el acreedor, ha de ser rechazada (57).

de 1992, 7 de noviembre de 1992, 15 de marzo de 1994, 6 de junio de 1994, 21 de junio de 1994, 13 octubre de 1994, 9 de marzo de 1995, 18 de marzo de 1995, 17 de julio de 1997, 17 de septiembre de 1997, 7 de noviembre de 1997, 10 de marzo de 1998, 18 de noviembre de 1998, 25 de septiembre de 1999, 18 de marzo de 2002, 21 de junio de 2005, 21 de noviembre de 2005, 1 de marzo de 2006, entre otras.

(53) Así lo dice expresamente el A. del presidente del TSJ de Aragón de 24 de diciembre de 1992 (RDCA, 1996-1.º, marginal 51). *Vid. etiam* SS AP de Zaragoza de 21 de abril de 1992, 10 de mayo de 1994, 21 de febrero de 1996, 12 de abril de 1997, 25 de febrero de 1998, 15 de junio de 1999, 24 de julio de 2000, 28 de marzo de 2001, 27 de marzo de 2002 y AA AP de Zaragoza de 17 de julio de 2000, 18 de julio de 2000.

Las SS AT de Zaragoza de 3 de febrero de 1982 [Jurisprudencia Aragonesa (J. A.) 44-C], 15 de febrero y de 29 de mar. 1985 (J. A. 84-C y 169-C), 28 de octubre de 1986 (J. A. 551-C) y de 4 de mayo de 1987 (J. A. 252-C), también reiteran que las capitulaciones matrimoniales de disolución del consorcio carecen de eficacia respecto de las obligaciones que gravan los bienes comunes contraídas con anterioridad.

(54) *Vid.* Rs. 6, 10 y 19 de noviembre de 1981, 29 de mayo de 1987, 5 de enero de 1988, 18 de marzo de 1988, 29 de mayo de 1989, 3 y 4 de junio de 1991, 18 de julio de 1991, 25 de enero de 1993, entre otras.

(55) Por ejemplo, la STS de 15 de febrero de 1986 señala que “uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude, está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (art. 1.291-1 CC), pues dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria que proclama, también, el artículo 1.294 del mismo cuerpo legal, sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, requisito que no concurre en el caso de litis pues si la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente el matrimonio –en las que se modificó el régimen económico de gananciales y se adoptó el de separación absoluta de bienes (art. 1.392 CC)– no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros –art. 26 Comp. y art. 1.317 CC–, si el artículo 1.401 del referido Código dispone que [...], y si el artículo 1.402 establece que [...], es visto que, en el presente caso, no puede afirmarse que el banco actor no tuviera otro recurso legal para hacer efectivo su crédito que el ejercicio de la acción rescisoria”.

(56) Por ejemplo, señala la STS de 21 de noviembre de 2005 que el artículo 1.317 CC consagra “una responsabilidad *ex lege* de los bienes gananciales, inderogable por voluntad de los particulares que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y, que en su consecuencia, no se requiere para su efectividad declaración de ineficacia o de nulidad de clase alguna. De ahí que, al subsistir el derecho del acreedor a dirigir su acción contra los bienes de carácter ganancial para obtener el cumplimiento de las obligaciones contraídas con anterioridad a la disolución de tal régimen económico, se falta a la condición de subsidiariedad que acompaña a la acción rescisoria por fraude”.

(57) SSTs de 20 de febrero de 1987, 21 de julio de 1987, 28 de mayo de 1988, 18 de noviembre de 1988, 20 de marzo de 1989, 27 de junio de 1989, 2 de julio de 1990, 24 de julio

5. El recurso “subsidiario” a las acciones de nulidad de las capitulaciones y rescisoria de la partición.

Sin embargo, la posibilidad de mutabilidad del régimen económico del matrimonio generaba un problema de apariencia de titularidades que, antes de la vigencia de la LEC de 2000, hacía difícil cohonestar esa libertad al cambio con el pleno respeto a los derechos adquiridos por terceros. Sobre todo en el orden registral (58). En efecto, se denegaba la anotación preventiva de embargo sobre los bienes comunes adjudicados al cónyuge no deudor, cuando, constando en el Registro la liquidación de la comunidad matrimonial, se seguía la ejecución sólo contra el cónyuge deudor y no resultaba del mandamiento la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo o no constaba que la notificación del embargo al cónyuge titular registral hubiera tenido lugar antes del otorgamiento de la liquidación (art. 144-4, párrafo segundo RH) (59).

de 1991, 19 de febrero de 1992, 21 de mayo de 1992, 21 de junio de 1994, 18 de marzo de 1995, entre otras. *Vid.* el análisis de MÁS BADÍA, 1999, pp. 245-258. La STS de 21 de junio de 2005 rechaza el recurso de casación interpuesto por la tercerista y afirma que la deuda tributaria (años 1984 a 1987) es a cargo de la comunidad de gananciales y la modificación del régimen económico-matrimonial de gananciales a separación de bienes (en 1987) no perjudica a tercero, sino que éste conserva sus créditos contra el cónyuge deudor y no deudor, a quien han sido adjudicados bienes de aquella comunidad y es válido el embargo (de 1991). *Vid.* el comentario a esta STS de Silvia ALGABA ROS, *Revista de Derecho Patrimonial*, número 17, 2006, pp. 273-283.

(58) Así lo dice la SAPZ de 28 de marzo de 2001 (RDCA, 2003-2004, marginal 35).

En toda esta materia, como indica OCAÑA RODRÍGUEZ (2002, p. 243), son fundamentales los principios de prioridad y de tracto sucesivo. Este último es uno de los más frecuentes obstáculos puestos por el registrador para acceder a lo ordenado en resoluciones judiciales: el titular registral no puede quedar afectado si en el procedimiento en que aquéllas se dictan “no ha tenido la intervención prevista por la Ley” (RDGRN de 13 de marzo de 1992). El artículo 100 RH está conectado con el artículo 24 Const.: el titular registral ha debido ser parte en el procedimiento en que se dictó la resolución judicial (RDGRN de 6 de noviembre de 1991). Añade este autor que el derecho registral opera en ocasiones como una fuerte rémora a la acción ejecutiva por mor de los principios de legitimación y tracto sucesivo, ante la necesidad de demandar al titular registral (cónyuge no deudor), en especial cuando no consta que la deuda se haya declarado como consorcial en juicio declarativo precedente con las garantías exigidas: notificación de la demanda y pretensión estimada de declaración de consorcialidad de la deuda. En estos casos es ineludible la aplicación del artículo 140 LH.

“Lo que ocurre –dice en la p. 244– es que la mayor parte de los casos en que se deniega la anotación de embargo por la DGRN (en base a los principios de legitimación, tracto sucesivo y arts. 100 y 140 RH), no se ha fijado el carácter consorcial de la deuda. No se ha planteado o no se ha podido plantear el pleito en juicio declarativo, vía civil, con todas las garantías antes aludidas. Se hace preciso impugnar las capitulaciones por fraude u obtener la declaración judicial de inoponibilidad en juicio posterior. Y es preciso andar diligente, no sea que el cónyuge titular transmita a un tercero protegido del artículo 34 LH, el bien que se adjudicó indebidamente”.

(59) En su redacción anterior, tras la reforma introducida por RD 1368/1992, de 13 de noviembre, el artículo 144 no se refería a la situación de comunidad conyugal disuelta y liqui-

Por ello, la STS de 9 de julio de 1990 razonaba que “la expresada doctrina jurisprudencial mayoritaria –la de la inoponibilidad–, correctamente

dada. Se aplicaba, en consecuencia, el artículo 140-1 RH, en virtud del cual si la propiedad de la finca embargada aparecía inscrita a favor de persona distinta de aquélla contra la que se hubiere decretado el embargo, había que denegar la anotación. Así sucede, entre otras muchas, en las SSTS de 18 de noviembre de 1998, 2 de diciembre de 1997, 9 de marzo de 1995, 15 de marzo y 21 de junio de 1994, 7 de noviembre de 1992 y 18 de julio de 1991. *Vid.*, por todos, Fernando CURIEL LORENTE, 1995, pp. 299-339.

El párrafo segundo del artículo 144-4 RH fue introducido por RD 1867/1998, de 4 de septiembre. Según este precepto, disuelta la sociedad de gananciales, *cuando constare en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución, o del mandamiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y consta la notificación del embargo al cónyuge titular, antes del otorgamiento de aquélla.*

Comenta el precepto la STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) de 23 de enero de 2002 en los siguientes términos: “En la primera hipótesis se respeta absolutamente el tracto registral; en la segunda hipótesis se puede saltar la barrera del tracto sucesivo en consideración sobre todo (aunque no exclusivamente) al artículo 1.317 CC. El cual supone la consorcialidad de la deuda y el «derecho adquirido» por el acreedor consorcial de embargar directamente bienes gananciales a su favor, derecho que igualmente se muestra en el artículo 1.401 CC, si no se ha hecho caso alguno del mismo. Este párrafo del RH está pensado casi exclusivamente para las capitulaciones matrimoniales. No tiene aplicación para la disolución del régimen ganancial por fallecimiento pues el embargo habría de haberse notificado entonces a los herederos del premuerto, a un tiempo adjudicatarios de los bienes y ya titulares registrales. Es aplicable pues en todos aquellos casos en que se haya disuelto el régimen ganancial y los cónyuges de común acuerdo hayan otorgado el acto liquidatorio y particional en documento público (incluido un convenio regulador judicialmente homologado o no), haciendo constar en el Registro de la Propiedad el modo en que los bienes del remanente ganancial han quedado adjudicados”.

Anade que “es complejo determinar qué significa la frase «resultar del mandamiento» la responsabilidad del bien: si se trata de una mera afirmación que haga el juez en el mandamiento y que el registrador debe acatar sin más; o se trata de una deducción que de manera fundada debe desprenderse del mismo según criterio calificadorio del registrador a la vista de los antecedentes que el Juzgado exponga... El registrador no debe dejarse guiar exclusivamente por las afirmaciones del Juez vertidas en el mandamiento. Ha de comprobar que ha precedido un procedimiento adecuado como quiere el artículo 100 RH, seguido con las garantías del artículo 24 Const., del cual se desprenda la responsabilidad del bien ganancial de modo que permita saltar la barrera del tracto sucesivo. La DGRN no ha entendido suficientes afirmaciones contenidas en el mandamiento de embargo si la tramitación previa al embargo no era procedimiento adecuado al efecto (R de 6 de noviembre de 1987); no cree suficiente transcribir en los mandamientos de embargo un otrosí de la parte actora alegando el carácter común de la deuda (R de 28 de octubre de 1987) ni bastan los informes favorables al carácter consorcial emitidos por el Juez que ordena el embargo si la tramitación previa al embargo no es procedimiento adecuado (R. 5 enero 1988)”.

“Por lo demás –finaliza–, la barrera del tracto sólo se puede salvar, según el precepto que comentamos, si al tiempo que del mandamiento judicial se desprenda el carácter consorcial del crédito a cuyo favor se anota el embargo, consta al Registrador que el embargo se notificó al flamante titular del bien, cónyuge o ex cónyuge, antes del otorgamiento del acto liquidatorio y particional o al menos, antes de su publicación”. El inciso final sólo tiene sentido respecto a deudas privativas (MÁS BADÍA, 1999, p. 305).

Vid. Rs. DGRN de 18 de febrero de 2002, 24 de abril de 2002, 3 de junio de 2002. La DGRN sigue afirmando en estas Rs. que cabe anotar los embargos por deudas de un cónyuge

entendida, no excluye de modo absoluto y para todo supuesto litigioso la posibilidad de impugnar, por vía revocatoria o rescisoria, la subsistencia o eficacia de unas capitulaciones matrimoniales, modificativas de un régimen económico-matrimonial anterior, que se estimen hechas en fraude de acreedores, sino que tal posibilidad la condiciona o pospone a que previamente el acreedor haya tratado de obtener la satisfacción del crédito ejercitando su acción contra los esposos deudores en la seguridad de que la masa de bienes antes gananciales, independientemente del cónyuge en cuyo poder estuviesen después de las capitulaciones matrimoniales, habrán de responder de la deuda contraída (arts. 1.401 y 1.402 del CC), pero dicho recurso legal previo ya ha sido intentado sin éxito en el presente supuesto litigioso [...] al denegar el Registrador de la Propiedad la anotación preventiva de embargo sobre tales bienes por figurar inscritos a nombre de doña Pilar, como de su exclusiva pertenencia, por disolución de la sociedad. Por tanto [...] ha de considerarse facultada la entidad actora, sin contradecir con ello la expresada doctrina de esta Sala, para el ejercicio de la acción revocatoria” (60).

Hay casos, por tanto, en los que el TS declara la rescisión de la partición o de las propias capitulaciones por fraude de acreedores (61) u oca-

sobre bienes antes gananciales y ya adjudicados e inscritos a favor del consorte no deudor cuando la traba y su notificación al segundo se hubieran producido antes de que la disolución y la liquidación de la sociedad conyugal hubieran producido efectos frente a terceros de buena fe; lo que significa interpretar el término “aquella” como liquidación inscrita.

Vid., por todos, RAGEL SÁNCHEZ, 1990, p. 1681; BENDITO CAÑIZARES, 1994, pp. 193 y ss.; MÁS BADÍA, 1999, pp. 300-327; BENAVENTE MOREDA, Pilar: “La anotación de embargo sobre bienes gananciales. Estudio de algunos aspectos del artículo 144 del Reglamento hipotecario”, RCDI, 2000, número 657, pp. 777 y ss.; OCAÑA RODRÍGUEZ, 2002, pp. 237-241; YÁNEZ VIVERO, Fátima: *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes exgananciales*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003; CURIEL LORENTE, Francisco: “Las exigencias del principio de tracto sucesivo para la publicidad registral del embargo judicial de bienes inmuebles de personas casadas”, en *Actas de los decimoterceros encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004), pp. 76-78.

(60) Pero, como dice MÁS BADÍA (1999, p. 240), “esta sentencia no tiene en cuenta que al proceder a través de un juicio ejecutivo, no pudo quedar determinado el carácter consorcial de la deuda (lo que hubiera bastado para alzar las barreras registrales representadas por los principios de legitimación y tracto sucesivo, que en este caso impidieron la anotación preventiva del embargo), y, por tanto, ésta debió ser tratada como privativa. A ello se debe la denegación de la anotación preventiva de embargo. Otro podría haber sido el resultado si el acreedor hubiera procedido por la vía del declarativo ordinario, demandando a ambos cónyuges y alegando directamente el artículo 1.317 CC”.

(61) *Vid.* SSTs de 14 de mayo de 1984, 30 de enero de 1986, 8 de julio de 1988, 22 de diciembre de 1989, 19 de febrero de 1990, 30 de abril de 1990, 9 de julio de 1990, 29 de octubre de 1990, 18 de julio de 1991, 15 de junio de 1992, 14 de marzo de 2000, 3 de junio de 2004, entre otras. En la doctrina, *vid.* por todos, el análisis que hace de esta jurisprudencia MÁS BADÍA, 1999, pp. 228-244. Dice esta autora que la explicación de esta doctrina jurisprudencial se

sionalmente su nulidad (62). El otorgamiento de capitulaciones matrimoniales modificativas del régimen económico, con adjudicación contemporánea de los bienes a uno de los cónyuges, ha sido causa de muchos litigios al resultar obstaculizada la satisfacción de los acreedores (63).

halla en un error de base acerca del fundamento del artículo 1.317 CC, que se sitúa, más que en el respeto a la anterioridad, en la evitación del fraude. Olvida el TS que, sin necesidad de tener en cuenta el posible fraude, con base simplemente en un juego de fechas, el artículo 1.317 le permite aplicar el régimen de responsabilidad que regía en el momento de contraerse la deuda.

Para FERNÁNDEZ CAMPOS (1998, pp. 142-144) “no parece muy acompasado con el principio de economía procesal desestimar la demanda de rescisión por no haber respetado la subsidiariedad y obligar (una vez desestimada la demanda) a abrir otro proceso interponiendo una acción distinta (no en cuanto a los efectos) para alcanzar, a fin de cuentas, el mismo resultado que se habría obtenido con la acción pauliana desestimada”: el acreedor podrá proceder contra los bienes gananciales y ahora adjudicados al cónyuge no deudor, sin necesidad de la ineficacia total de las capitulaciones, ni de que el ordenamiento tenga que impedir la modificación capitular del régimen o la correspondiente liquidación y adjudicación de bienes. Por eso, la admisión de la rescisión no vulnera lo que debe ser la correcta actuación del juzgador. En contra, BELLO JANEIRO, 1993 (2), pp. 622 y 627.

Ha puesto de manifiesto BAYOD LÓPEZ, Carmen (“Efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales en el marco de la teoría general del contrato: ajustes y desajustes”, publicado en la Rev. Electrónica *Nulidad*, NUL, *Estudios sobre invalidez e ineficacia, Nulidad de los actos jurídicos*, 2006, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=185>, p. 26, que en la mayoría de ocasiones el TS sólo rescinde la partición contenida en los capítulos matrimoniales, ya que no encuentran los Tribunales razón para “rescindir” el nuevo régimen matrimonial que en nada atañe a los créditos anteriores de los terceros. En realidad, el negocio capitular, que en cuanto normativa reguladora de un régimen económico matrimonial nada transmite, no puede ser objeto de rescisión; la partición sí tiene naturaleza próxima a la dispositiva y, por ello, puede ser objeto de rescisión por lesión o por fraude de acreedores.

(62) La STS de 25 de febrero de 1999 declara la nulidad de las capitulaciones por las que los cónyuges establecían la separación de bienes ante la inexistencia de causa verdadera, suficiente, lícita y exigible, siendo la finalidad de los capítulos perjudicar los legítimos derechos de los terceros.

Vid. etiam SSTs de 30 de enero de 1986, 22 de diciembre de 1989, 12 de febrero de 1990, 30 de abril de 1990, 9 de julio de 1990, 10 de marzo de 2000, 10 de marzo de 2004, 14 de marzo 2004, entre otras.

FERNÁNDEZ CAMPOS (1998, pp. 130-133) indica que la protección del acreedor no necesita (normalmente) la nulidad de las capitulaciones matrimoniales otorgadas, pues su posición resulta amparada con la responsabilidad *ex lege* que establece el artículo 1.401 CC, o con la inoponibilidad de la modificación capitular que predica el artículo 1.317 CC.

Señala BAYOD LÓPEZ [2006 (2), p. 34] que ante el cúmulo de peticiones en las que los acreedores reclaman de forma directa la nulidad de los capítulos, el TS ha acogido la pretensión de nulidad por ilicitud de la causa: una vez para declarar nula la partición y otras, mucho más peligrosas, para anular el nuevo otorgamiento capitular y hacer responder a la sociedad de gananciales por deudas privativas y posteriores a su disolución. Tampoco han faltado sentencias en las que se han declarado inválidos los capítulos por ilicitud de la causa, al servir los mismos, según afirma el TS (p. ej., S. de 20 de marzo de 2000), para defraudar derechos de los legitimarios.

(63) *Vid.* BELLO JANEIRO, 1993, p. 34; GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: *Impugnación de capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores*, Colección Jurisprudencia Práctica, número 20, Tecnos, Madrid, 1991, p. 9.

Señala FERNÁNDEZ CAMPOS (1998, p. 128) que “dichos conflictos han llegado a nuestros tribunales los cuales han actuado movidos por su afán de no dejar desprotegidos a los acree-

La SAPZ de 28 de marzo de 2001 (64), de la que es ponente MEDRANO SÁNCHEZ, explica que “la modificación de las capitulaciones, y más en concreto, la liquidación del régimen económico matrimonial, puede realizarse en perjuicio de terceros acreedores, al margen de que lo sean sólo del cónyuge que contrajo la deuda con una actuación aislada o lo sean del consorcio. Pues aún para el primer caso los acreedores tienen derecho a satisfacer su crédito con los derechos patrimoniales que su deudor tenga en el patrimonio consorcial. Lo que por mor de las nuevas capitulaciones y de la apariencia que las mismas crearon podía quedar privado de toda eficacia (65).”

dores, aplicando indistintamente (creyendo que de modo inocuo) diferentes regímenes de ineficacia, no alcanzando a considerar los «efectos secundarios» de los remedios utilizados y, acaso, no acertando a articular la protección del acreedor a través de los cauces que el legislador de 1981 había previsto específicamente”. En parecido sentido, MÁS BADÍA, 1999, p. 234.

(64) RDCA, 2003/2004, marginal 35.

En el fundamento de derecho 7.º de esta sentencia, con transcripción de lo dicho por la STS de 19 de febrero de 1992, se exponen los efectos de la estimación de la acción rescisoria de las capitulaciones suscritas en fraude de acreedores atendiendo a la jurisprudencia de intereses que aúna la indemnidad de los derechos de terceros afectando los bienes adjudicados (los bienes adjudicados quedan afectos a la acción del acreedor como si estuvieren en el patrimonio del deudor) y el mantenimiento del nuevo régimen capitular. Frente al fraude de acreedores, la acción rescisoria debe tener efecto “en la parte necesaria” para satisfacer los derechos de un tercero y cabe negar la nulidad absoluta de las capitulaciones, pues parece que ha de buscarse la subsistencia del acto en virtud del principio del “favor negotii” a salvo de declarar la ineficacia del acto en cuanto perjudique al acreedor. Los efectos de la vulneración del artículo 1.317, de conformidad con el espíritu que informa el artículo 6-4 CC, son distintos a la propia nulidad: la falta de perjuicio a los derechos ya adquiridos por terceros.

(65) “Cuando, omitiendo deudas consorciales en el inventario y al efecto de eludirlas, los cónyuges, mediante el procedimiento capitular, se adjudican en pago de sus cuotas los bienes gananciales, con un exceso a favor del cónyuge no deudor, cabe incurrir en el ilícito penal de *alzamiento de bienes* contemplado en el artículo 257 CP, castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a catorce meses, y en el que, a diferencia del anterior artículo 519, se prescinde de la cualificación de comerciante del autor del delito. La Sala 2.ª del TS suele condenar a ambos cónyuges como responsables del delito de alzamiento de bienes. Al deudor como autor y al no deudor como cooperador necesario. No cabe condenar a los acusados en la sentencia penal a que paguen el crédito que trataron de eludir (RIVERA FERNÁNDEZ, 2000, pp. 2353-2354).

OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio (*El delito de alzamiento de bienes. Sus aspectos civiles*, Colex, Madrid, 1997, pp. 203 y ss.), recoge una enorme variedad de sentencias del TS (Sala 2.ª) que admiten la condena de los cónyuges como responsables de un delito de alzamiento de bienes en supuestos en los que, mediante capitulaciones matrimoniales, se ha intentado eludir la responsabilidad por deudas. *Vid.* SSTs (Sala 2.ª) de 5 de mayo de 1991, 10 de septiembre de 1999, 23 de octubre de 2001, 14 de febrero de 2003, entre otras. En su opinión (2002, p. 323), “no es preciso anular totalmente ni en realidad las capitulaciones. Si los cónyuges quieren tener sus patrimonios separados, nada se lo impide. Basta en realidad declarar inoponibles (art. 1.317 CC), o en todo caso rescindidos e ineficaces (art. 403 CC), los actos de distribución contenidos en los capítulos que obstan al pago de las deudas consorciales o privativas, sin que el Tribunal penal deba entrar por otra parte en la calificación de la deuda”.

BAYOD LÓPEZ [2006 (2), pp. 36-37] indica que la declaración de nulidad de los capítulos que, con base en los artículos 110 y 111 Cpen., suelen hacer los tribunales penales para conse-

“La diferencia con el supuesto de deuda consorcial es que, para éste, superada la apariencia que crearon las nuevas capitulaciones, el apremio puede seguirse, sin límite, contra todo el patrimonio consorcial (66). Mientras que para el primer supuesto hay que respetar los derechos del cónyuge no deudor, sea en base al artículo 1.373 del CC, sea en base al artículo 26 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón [actual art. 42 Lrem.] (67).”

guir la restitución de los bienes no tiene sentido, puesto que en la nulidad de capítulos no hay restitución. Además, la restitución no es necesaria porque a los acreedores del querellado les es inoponible la modificación del régimen matrimonial por lo dispuesto en el artículo 1.317 CC, y el daño producido se reparará con la correspondiente indemnización (SAP de Barcelona de 21 de junio de 2004, Sala de lo penal).

En general, *vid.* GARCÍA VICENTE, Fernando: “Modificación del régimen económico del matrimonio: delito de alzamiento de bienes”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 406 y ss.; OCAÑA RODRÍGUEZ, 1997, pp. 137 y 142-147; FERNÁNDEZ CAMPOS, 1998, pp. 73-78 y 132-133.

(66) Si la deuda es consorcial, como dice la STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) de 23 de enero de 2002, “denegada la anotación del embargo sobrevenido por el Registrador en aplicación sobre todo al principio de tracto sucesivo por haber llegado al Registro de la Propiedad los capítulos antes que la anotación del embargo (posterior a las capitulaciones), y siendo perjudiciales o fraudulentas las atribuciones de bienes, los acreedores deben acudir en su caso, dentro de la vía civil, a la acción de responsabilización derivada de los artículos 1.317, 405, 1.402 y 1.084 CC si pretenden ser considerados consorciales, pudiendo incluir la petición, conforme al artículo 1.401 *a contrario sensu*, de que se condene al cónyuge del deudor a responder del crédito incluso con los bienes propios, aparte de los gananciales que se adjudicó, si no formuló debidamente inventario. Se supone que la liquidación del régimen es válida pero que la modificación de la titularidad en los bienes no afecta a su responsabilidad ni la elimina. Esta acción de responsabilización supone la demanda conjunta dirigida contra ambos cónyuges”.

(67) Cuando la inscripción de las capitulaciones liquidatorias es anterior el embargo de bienes comunes adjudicados al cónyuge no deudor, una vez disuelto el régimen ganancial, no es aplicable ya el artículo 1.373 CC y, normalmente, el registrador denegará la anotación preventiva del embargo sobrevenido. Los acreedores privativos o que se consideren a sí mismos privativos acudirán en vía civil a la acción pauliana o rescisoria de la partición fraudulenta ya consumada ex artículo 403 CC. Pretenderán a un tiempo que en su momento se acuerde el embargo sobre la cuota parte que su deudor tiene en la sociedad posganancial entretanto se realiza una partición en regla. También deben procurar anotar preventivamente la demanda de rescisión [STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) de 23 de enero de 2002].

“No obstante —dice esta sentencia—, si se diera el caso de que fuera anotado el embargo en el Registro, de acuerdo o no con las normas sustantivas y registrales pertinentes, el cónyuge adjudicatario, titular registral del bien, podrá acudir a la tercería de dominio para defender el bien embargado que se adjudicó. El cónyuge puede defender en principio su posición jurídica mediante la tercería de dominio o alguna acción posterior y derivada, ya que la tercería, ni en la LPL ni en la nueva LEC produce cosa juzgada sobre los presupuestos declarativos de la tercería. Formalmente es dueño de los bienes que se adjudicó y partimos de que los ha adquirido antes del embargo. El cónyuge del ejecutado está *prima facie* legitimado para intentar la tercería en vía laboral pues no en vano adquirió antes del embargo, es decir, hizo capitulaciones y se atribuyó el bien ganancial embargado antes de que se decretara el embargo. [...] Quien se estime agraviado por el auto final de la tercería podrá acudir al juicio civil declarativo correspondiente sin que éste pueda suspender la ejecución laboral. En el caso de que el Magistrado llegara a la conclusión de considerar el crédito como privativo, habrá de alzar el

“El grave problema que planteaba ese apremio es que, al derivar de un proceso en el que sólo fue parte el cónyuge que contrajo con una actuación aislada, y faltar una norma legal de presunción de ganancialidad pasiva, aquél tenga que someterse a las reglas de la deuda privativa aunque pudiesen existir pocas dudas de la responsabilidad del patrimonio común” (68). *“La importante laguna legal que existía sobre esta cuestión ha sido solventada en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en su artículo 541, regulando su apartado dos las deudas aparente o provisionalmente privativas y en su apartado tres las definitivamente privativas.”*

6. La ruptura de la apariencia derivada de la división del consorcio conyugal en el nuevo marco procesal creado por la LEC de 2000.

En la ejecución sobre bienes gananciales o comunes, además del acreedor y el cónyuge deudor, se encuentra involucrada otra persona (el cónyuge no deudor), el cual debe poder defender sus intereses ante la afectación de unos bienes, que en parte le pertenecen, al cumplimiento de un débito que él no ha contraído. Por otra parte, tras la división de los bienes, la no coincidencia entre el cónyuge que aparece como deudor en el título ejecutivo y el que figura como titular registral del bien que era común origina una apariencia de titularidad formal que dificulta la salvaguarda de los derechos adquiridos por tercero (69).

Como dice MEDRANO SÁNCHEZ (70), a quien sigo principalmente en la exposición de todo este apartado, desde luego el camino procesal más diáfano para el acreedor es acudir al juicio declarativo pertinente para hacer valer esa inoponibilidad, lo que, obvio resulta, no podrá merecer

embargo, sin perjuicio de que el ejecutante pueda acudir acto seguido a la vía civil en orden a responsabilizar el bien adjudicado si se considera a sí mismo como acreedor consorcial, o a rescindir las atribuciones capitulares y poder obtener (entretanto se realiza una más justa partición) el embargo de cuota, pudiendo anotar su demanda para evitar perjuicios añadidos”.

(68) Y es que, como dice MÁS BADÍA (1999, p. 243), no puede olvidarse que mientras no se pruebe la naturaleza de la obligación, en el procedimiento correspondiente, ésta debe tratarse como privativa. Ello puede legitimar la estimación de una acción rescisoria en casos en que ésta no procedería de ser la deuda consorcial.

En ocasiones, ante las dificultades procesales para poder demandar también al cónyuge no deudor, parece como si la subsidiariedad de la acción rescisoria quedara evidenciada por la mera imposibilidad de conseguir la anotación preventiva del embargo trabado sobre un bien que fue ganancial (Fernando CURIEL LORENTE, 1995, p. 288).

(69) Y es que, según señala ACHÓN BRUÑÉN (2005, p. 134), la conflictividad de la ejecución sobre bienes gananciales por deudas de uno solo de los cónyuges se proyecta en tres dimensiones: en el aspecto sustantivo (naturaleza de la sociedad conyugal, calificación jurídica de los bienes y de las deudas), en el hipotecario (problemas de titularidad y de tracto) y, desde luego, en el procesal, donde la necesidad de dotar de instrumentos de defensa al cónyuge que no ha contraído la deuda constituye un imperativo insoslayable que debería regularse con más esmero.

(70) 2004, pp. 58-61.

ningún reproche. La jurisprudencia había venido admitiendo sin especiales consideraciones ese cauce procesal (71). Que por lo demás parece el único posible cuando el apremio se sigue en vía administrativa, en la que no cabe la oposición procesal en los términos que resultan del artículo 541-2 LEC (72).

Pero en el nuevo marco procesal instaurado por la LEC de 2000 no es imprescindible acudir a un juicio declarativo contra el cónyuge actual titular registral de bienes que fueron comunes, porque la nueva LEC posibilita al acreedor hacer valer la inoponibilidad de la división del consorcio también en el proceso de ejecución, al permitir dirigir la ejecución contra los propietarios de bienes especialmente afectos al pago de una deuda (art. 538-2 y 3 LEC), propietarios que podrán defenderse alegando la privatividad de la deuda por el cauce previsto en el artículo 541-2 LEC. Será inexcusable que el acreedor, conforme a lo dispuesto en el artículo 593-1 LEC, aporte elementos de juicio al juez que hagan verosímil y “razonable” la responsabilidad de esos bienes (un principio de prueba), titularizados formalmente al tiempo de la ejecución a favor del cónyuge no deudor, esto es, que la deuda es consorcial y que los bienes formaron parte del consorcio (arts. 549-1-5.º y 550 LEC). Si el tribunal de la ejecución valora que estas circunstancias se dan, será factible este embargo y su anotación en el Registro de la Propiedad, lo que conllevará la necesidad de plasmar en el mandamiento judicial la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo, requisito exigido por el artículo 144-4 RH.

El artículo 144-4 RH debe quedar así sometido a una nueva interpretación, en términos tales que no resulte inexcusable la llamada al titular registral al juicio declarativo previo, por ofrecer el de ejecución un régimen jurídico de garantías y de defensas suficiente para entender garantizado su derecho constitucional a la defensa de sus derechos. También CURIEL LORENTE (73) cree que, si la práctica judicial confirma que así

(71) *Vid.* SSTs de 10 de septiembre de 1987, 17 de noviembre de 1987 y 5 de junio de 1990.

(72) La DGRN sigue reiterando que para romper esa apariencia “es necesario para ello que exista previa declaración judicial de ganancialidad de la deuda, pues, no existiendo en nuestro CC una presunción de ganancialidad de las deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales (cfr. arts. 1.362 y 1.365 CC), ninguna deuda contraída por un solo cónyuge puede ser reputada ganancial y tratada jurídicamente como tal mientras no recaiga la pertinente declaración judicial en juicio declarativo entablado contra ambos cónyuges, pues a ambos corresponde, conjuntamente, la gestión de la sociedad de gananciales (cfr. art. 1.376 CC). Entender lo contrario supondría la indefensión del titular registral, al no poder alegar ni probar nada en contra de dicha ganancialidad, con menoscabo de su derecho a la tutela judicial efectiva, garantizada por el artículo 24 Const.” (R. de 15 de abril de 2002; en el mismo sentido, R. de 17 de marzo de 2005). Argumentación que, en la actualidad, sólo es entendible en sede de apremios administrativos.

(73) 2004, p. 80. Cuando la deuda es consorcial y este extremo se le acredita debidamente al registrador de la propiedad, éste debe practicar la anotación preventiva de embar-

sucede, la actual redacción del artículo 144 RH (obsérvese, además, que éste se refiere alternativamente a la demanda o a la *ejecución*) no debería representar obstáculo para la anotación del embargo sobre los bienes inmuebles exconsorciales, siempre que el embargo se haya notificado previamente al cónyuge no deudor, y con independencia de que dicha notificación haya precedido o no a la liquidación y división del caudal (74).

No considera MEDRANO que se pueda trasladar al proceso de ejecución, de una manera mimética, los criterios hipotecarios sobre tracto sucesivo, de manera que la inscripción a favor del cónyuge no deudor se pueda erigir en un obstáculo absoluto al embargo. Es indiscutible concluir así que los artículos 538 y 541 LEC suponen una modalización del artículo 38 LH, en el que se regula la llamada tercería registral, en cuanto la misma será inviable frente a una resolución judicial dictada en un procedimiento de apremio en el que el juez haya entendido que esos inmuebles, aun de tercero, están afectos al cumplimiento de la obligación contenida en el título ejecutivo. O dicho de otro modo, ese precepto debe ser interpretado, cuando ordena el alzamiento del embargo para aquellos supuestos en los que se pretenda la anotación del embargo frente a titular distinto de la persona contra la que se dirigió el embargo o se sigue el procedimiento, en el sentido de admitir esa afección aunque el titular registral no aparezca como deudor en el título ejecutivo (y por supuesto no fuere parte en el precedente declarativo), siempre que exista esa resolución judicial que entienda extensiva la afección prevenida en el artículo 538-3 LEC. Porque, en definitiva, a continuación, el cónyuge no deudor va a poder defenderse con armas suficientes. Esto es lo importante, tanto a efectos procesales como hipotecarios: garantizar la llamada del titular no deudor en un cauce procesal en el que se pueda defender. Y el nuevo marco que presenta la LEC de 2000 en el proceso de ejecución permite satisfactoriamente esa defensa.

7. El acreedor por deudas privativas no tiene “derecho adquirido” a proceder contra bienes comunes.

Los artículos 1.401 CC y 86 Lrem. sólo son aplicables a las deudas comunes; el legislador no ha previsto ningún precepto específico destinado

go. Los principios de legitimación y tracto sucesivo quedan, así, modalizados (MÁS BADÍA, 1999, pp. 305-306).

(74) También RIVAS TORRALBA (2006, p. 384) piensa en la posibilidad de recurrir al trámite del artículo 541-2 LEC y afirma: “En todo caso, si en el mandamiento consta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo, entiendo que nada podrá objetar el registrador, toda vez que la calificación no puede extenderse a este punto y se ha dado cumplimiento a la exigencia reglamentaria”.

a proteger al acreedor “privativo” una vez disuelta la comunidad matrimonial. Por otra parte, el artículo 1.317 CC o el 12 Lrem. no pueden conceder al acreedor no consorcial más derechos de los que éste tenía antes de la disolución del consorcio conyugal. Y no olvidemos que el artículo 1.373 CC o el 42 Lrem. permiten el embargo de bienes comunes concretos a iniciativa del acreedor, pero que el cónyuge no deudor puede hacer que se sustituyan esos bienes comunes por la cuota que al deudor le corresponde, previa disolución y liquidación de los mismos (75), o, en Aragón, que se compruebe, antes de proseguir la ejecución, que el embargo no afecta al valor que en los bienes comunes corresponde al cónyuge no deudor. Por ello, en el caso de deudas privativas, la disolución y liquidación de la comunidad matrimonial, en sí misma, no redundaría en perjuicio de los acreedores.

Tanto la doctrina mayoritaria (76) como el TS (77) y la DGRN (78) entienden que no resulta de aplicación el artículo 1.317 CC (o 12 Lrem.) cuando el tercero es acreedor de una deuda privativa, porque no consi-

(75) FERNÁNDEZ CAMPOS, 1998, pp. 145-146.

(76) *Vid.*, por todos, MAGARIÑOS BLANCO: “Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores”, RCDI, número 548, 1982 (conferencia dada en 1979), pp. 83-84; RAGEL SÁNCHEZ, 1987, p. 163; PEÑA, 1989, pp. 254 y 296; RAGEL SÁNCHEZ, 1990, pp. 1679-1683; 1992, p. 757; GUILARTE GUTIÉRREZ, 1991, pp. 558 y 604-605; BLASCO GASCÓ, 1993, p. 633; BELLO JANEIRO, 1993, p. 46; RAGEL SÁNCHEZ, 1994, p. 221; CABANILLAS SÁNCHEZ, 1994, p. 184; FERNÁNDEZ CAMPOS, 1998, pp. 145-148; MÁS BADÍA, 1999, pp. 259-261; BLANDINO GARRIDO, 1999, pp. 182-186; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, pp. 229-230; MERINO GUTIÉRREZ, 2003, p. 4824.

Por su parte, GUILARTE GUTIÉRREZ (1991, pp. 565 y 604-605), aun cuando se muestra partidario de esta interpretación, afirma que esta doctrina lleva a un evidente perjuicio para los acreedores privativos derivado del cambio de régimen, aunque aparentemente la modificación capitular pudiera considerarse intrascendente. Y que esto es así, añade, deriva de la propia frecuencia de tales actuaciones al haberse encontrado este camino como el más efectivo para que los cónyuges eviten la agresión patrimonial frente a títulos ejecutivos pendientes de inmediato vencimiento. ALGABA ROS (2006, p. 283) afirma que “la ubicación sistemática del artículo 1.317 CC en el ámbito de «régimen matrimonial primario», aconseja desvincular este precepto del artículo 1.401 CC y, por tanto, permitir su aplicación a supuestos en los que la modificación del régimen económico matrimonial constante matrimonio perjudique también a acreedores privativos”.

(77) *Vid.* SSTs de 21 de noviembre de 1987, 20 de noviembre de 1989, 8 de octubre de 1990, 20 de noviembre de 1991, 17 de febrero de 1992, 28 de septiembre de 1993, 14 de marzo de 1994, 29 de abril de 1994, 7 de noviembre de 1997, 5 de julio de 2000, 25 de enero de 2003, entre otras.

La STS de 20 de noviembre de 1991 dice que “no resulta de correcta aplicación el artículo 1.373 del CC, que tuvo en cuenta el Tribunal de Apelación, ya que dicho precepto tiene aplicación cuando está subsistente la sociedad de gananciales, así el artículo 144 del RH se refiere a la vigencia de esta sociedad conyugal, pero no cuando se trata de deudas propias, surgidas y creadas fuera del marco común que ya dejó de regir y tener vigencia”.

(78) *Vid.* Rs. de 3 de junio de 1986, 16 octubre de 1986, 16 de febrero de 1987, 29 de mayo de 1987, 18 de septiembre de 1987, 28 de octubre de 1987, 12 de noviembre de 1987, 5 de enero de 1988, 18 de marzo de 1988, 25 de marzo de 1988, 29 de mayo de 1989, 3 de junio de 1991, 4 de junio de 1991, 18 julio de 1991, 28 de febrero de 1992, 25 de enero de 1993, 20 de abril de 2005, entre otras.

deran que sea un derecho adquirido por los acreedores privativos el de pedir el embargo de bienes gananciales concretos conforme al artículo 1.373 CC (o 42 Lrem.) una vez disuelta la comunidad matrimonial. La regla excepcional del artículo 1.373 (o 42 Lrem.), pensada para una sociedad de gananciales en vigor, deja de regir desde que se disuelve la comunidad conyugal, por lo que el acreedor privativo no puede pedir el embargo de bienes comunes concretos, pues entonces tendrá la facultad de proceder sobre la participación de su deudor en la comunidad en liquidación.

El acreedor privativo de un cónyuge no puede alegar la inoponibilidad de la disolución del régimen económico matrimonial, con base en los artículos 1.317 CC o 12 Lrem., porque la modificación efectuada no le perjudica, ya que disuelta la comunidad matrimonial puede embargar la parte que al cónyuge deudor corresponda en la comunidad en liquidación y, hecha la partición, puede embargar los bienes que hayan sido adjudicados en el lote de éste. Hecha la partición ya no existen bienes comunes, pues ahora son todos propios, tanto del cónyuge deudor como del no deudor; frente a la pretensión del acreedor de embargar los bienes antes gananciales adjudicados al no deudor, éste levantaría el embargo alegando la sustitución por los bienes gananciales adjudicados al deudor (estricta aplicación, por tanto, también después de la disolución, de la previsión del art. 1.373 CC o 42 Lrem.). Como dice FERNÁNDEZ CAMPOS (79), si en el régimen del artículo 1.373 CC, ante la insuficiencia del embargo de los bienes adjudicados al cónyuge deudor en sustitución de los bienes gananciales embargados inicialmente (80), el acreedor “privativo” no podía solicitar el embargo subsidiario de los bienes privativos adjudicados al cónyuge no deudor, tampoco podrá solicitarlo en este caso.

Cuando no pueda satisfacer íntegramente su crédito con los bienes privativos y los comunes adjudicados a su deudor tiene como única salida la impugnación de las adjudicaciones incorrectamente realizadas, acudiendo al remedio subsidiario de la acción rescisoria de la partición (81). Las propias resoluciones de la DGRN ya citadas sugieren, ante la denegación

(79) 1998, pp. 146-147.

(80) Dicha insuficiencia no debe ser extraña, pues antes de la adjudicación de los bienes a cada uno de los esposos hay que proceder al pago a los acreedores sociales, preferentes en la liquidación del régimen de comunidad a los acreedores privativos.

(81) Vid. SORO DOMINGO, 2004, pp. 159-160. “Ciertamente que –dice MÁS BADÍA (1999, p. 261)– podría derivar un perjuicio, para el acreedor, de una liquidación fraudulenta, si se han adjudicado –o así se dice– al deudor bienes inexistentes, sobrevalorados o que resulta fácil ocultar y no aparecen en el momento de trabar el embargo. Pero en esta hipótesis, harto frecuente por lo demás (y que podría constituir delito de alzamiento de bienes), el daño no deriva del hecho en sí de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, sino de haber realizado la partición en fraude de acreedores. Éste y no otro es el motivo que puede determinar la ineficacia de la liquidación. Dicho fraude puede ser atacado por la vía de las acciones rescisorias correspondientes (arts. 1.111 y 1.291 CC).”

del registrador a proceder a la anotación del embargo (una vez disuelta la sociedad de gananciales y habiendo sido adjudicados los bienes al cónyuge no deudor) (82), pedir la impugnación de la partición, con petición de anotación preventiva de la demanda, mediante el ejercicio de la acción pauliana.

En definitiva, la mejor doctrina (83) llega a la conclusión de que la posición del acreedor no consorcial en la liquidación del régimen de gananciales será participar en la liquidación para evitar una adjudicación fraudulenta (defensa preventiva) o bien, si no ha tenido oportunidad de participar en la adjudicación (pues los propios esposos la han realizado en la misma escritura donde se contienen las capitulaciones), quedará al acreedor impugnar dichas capitulaciones en lo referido a la adjudicación realizada (84), porque los bienes adjudicados al deudor y los bienes privativos suyos anteriores son insuficientes.

Esta doctrina me parece sustancialmente correcta, pero sin olvidar que el artículo 541-2 LEC es aplicable también tras la disolución del consorcio conyugal, de manera que los acreedores por deudas originadas durante el consorcio conyugal pueden operar en el proceso de ejecución como si la deuda fuera consorcial y embargar bienes comunes concretos. Si el cónyuge no deudor reacciona y en el incidente de privatividad queda probado que la deuda es privativa, habrá que suspender el apremio hasta que se liquide y divida la comunidad, continuando luego sobre los bienes adjudicados al deudor. Pero si no hay oposición del cónyuge no deudor, la responsabilidad de los bienes comunes frente a terceros es ilimitada. Y no es que se aplique el artículo 1.373 CC (o 42 Lrem.) en virtud de lo dicho en el artículo 1.317 CC (o 12 Lrem.), sino que lo que se aplica es la inicial presunción procesal de que la deuda es consorcial (art. 541-2 LEC). Serán las deudas cuya condición privativa esté acreditada y las privativas posteriores a la disolución las que se regirán por lo dicho en el artículo 70-2 Lrem. (85).

(82) Si la deuda es privativa o no ha quedado acreditado su carácter ganancial, sólo se modalizarán los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo y se anotará el embargo cuando éste haya sido trabado con anterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales, debidamente publicada (MÁS BADÍA, 1999, pp. 318-326).

(83) FERNÁNDEZ CAMPOS, 1998, p. 148; GUILARTE GUTIÉRREZ, 1991, pp. 603-605; RAGEL SÁNCHEZ, 1990, p. 1679; 1994, p. 222.

(84) Porque lo normal es que se adjudiquen al cónyuge no deudor los principales elementos patrimoniales de los gananciales, confesando el cónyuge deudor haber recibido el valor correspondiente en metálico (MAGARIÑOS BLANCO, 1982, pp. 83-86). OCAÑA RODRÍGUEZ (*Deudas y sociedad de gananciales. Su proyección práctica en los procesos civil y penal*, Colex, Madrid, 1997) propone que si la nueva liquidación realizada, tras impugnar la primera, sigue siendo fraudulenta, que se permita al acreedor embargar bienes concretos que antes fueron gananciales; "es intolerable otra distinta solución, pues los pleitos podrían ser interminables".

(85) Volveremos sobre esta cuestión al tratar del pasivo en la comunidad posconsorcial.

CAPÍTULO IV

REQUISITOS, SUJETOS, ESTATUTO NUEVO Y NATURALEZA JURÍDICA

I. Requisitos para la existencia de la nueva comunidad

Decíamos al comienzo del capítulo primero que la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio conyugal es una nueva comunidad para cuyo nacimiento se requieren dos presupuestos:

- a) Que la comunidad matrimonial (el consorcio conyugal u otra situación de comunidad matrimonial) se haya disuelto.
- b) Que no se haya practicado a la vez la adjudicación de los bienes del patrimonio común.

Del primero de los presupuestos ya nos hemos ocupado con detalle en el capítulo primero; ahora, antes de entrar en la naturaleza y el régimen de la nueva comunidad, veamos con más detalle el segundo de los presupuestos.

La consecuencia más evidente de la disolución del consorcio conyugal es que deja de existir este régimen económico matrimonial. Ya no son de aplicación sus normas a los actos y contratos que los cónyuges, ex cónyuges o sus herederos realicen en el futuro. Deja de regir el estatuto propio del consorcio conyugal. Esta es una consecuencia que se produce siempre. Pero que así sea no implica que necesariamente haya de existir seguidamente, sin solución de continuidad, una nueva comunidad (1).

La nueva comunidad sólo nacerá si, al disolverse la anterior, se dan una serie de requisitos, constitutivos de lo que hemos llamado segundo presupuesto. El nacimiento de la nueva comunidad tiene como primer requisito que la disolución de la comunidad matrimonial no haya ido acompañada de la división de los bienes comunes; pero no basta con que no

(1) Señala BLANDINO GARRIDO (1999, pp. 24-28), con cierta inexactitud respecto del tercero, como efectos fundamentales de la disolución de la sociedad de gananciales los siguientes: 1. Las reglas propias de dicho régimen matrimonial devienen, en adelante, inaplicables; 2. La masa común deja de ser el patrimonio de una comunidad conyugal, de tal manera que los bienes que tenían la consideración de gananciales devienen simplemente bienes indivisos; 3. Una tercera consecuencia que, normalmente, se difiere en el tiempo, es la práctica de las operaciones de liquidación y división de la comunidad y posterior adjudicación de los bienes comunes, cuyo destino consiste precisamente en poner fin a la indivisión posganancial.

haya habido división, es preciso además que en la indivisión permanezca un patrimonio y no un solo bien, que sobre ese patrimonio se conserve la pluralidad de partes o participaciones y que no se haya excluido el régimen de la comunidad en liquidación (2). Estos requisitos deben existir en el momento del nacimiento de la nueva comunidad y permanecer mientras dure, de manera que la desaparición posterior de cualquiera de ellos (por la liquidación y división, la inexistencia de bienes comunes, la existencia de un único titular) conllevará su extinción.

1. Disolución sin partición.

La disolución del consorcio conyugal, tanto si subsiste el matrimonio como si no, puede ir acompañada de la división y adjudicación de los bienes comunes a los partícipes o, por el contrario, puede ir seguida del mantenimiento de la indivisión del patrimonio común hasta tanto no se divida la comunidad que continúa tras la disolución.

La existencia de la nueva comunidad precisa que la disolución tenga lugar sin liquidación y división, porque un primer requisito para su nacimiento es el mantenimiento de la situación de indivisión. La comunidad posconsorcial sólo puede llegar a existir cuando se pospone la liquidación de la comunidad matrimonial disuelta (3).

Tras la disolución de la comunidad matrimonial sin liquidación y partición simultánea se abre el período de liquidación, de acuerdo con lo establecido en los artículos 76 y ss. Lrem. o 1.396 y ss. CC, pero los cónyuges o partícipes no están sometidos a ningún plazo imperativo para practicarla, sino que pueden hacerlo en cualquier tiempo, por lo que la indivisión se puede prolongar más o menos. La situación de indivisión per-

(2) En parecidos términos para la comunidad posganancial, dice SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2002, p. 211) que “presupuestos necesarios de la existencia de la denominada comunidad posganancial son la pluralidad de partes, la disociación temporal entre la extinción de la sociedad de gananciales y su liquidación, así como la existencia de una pluralidad de bienes o derechos, toda vez que de existir un único bien, sin que haya deudas, el supuesto haría tránsito a la hipótesis de comunidad ordinaria”.

(3) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 2002, p. 75; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, p. 211.

Recordemos que la STS de 7 de noviembre de 1997 dice para la sociedad de gananciales que “en modo alguno puede considerarse que la disolución acordada es nula por no ir seguida de la liquidación (inventario, avalúo, abono de deudas, adjudicación...), pues ello iría en contra de la voluntad manifestada y obligaría a volver a la sociedad de gananciales, desconociendo lo querido por los interesados y por la Ley, que permite el cambio de régimen económico del matrimonio; y ningún precepto legal establece tal cosa; por el contrario, la remisión contenida en el artículo 1.410 del CC permite mantener que nos encontramos durante el período transitorio ante una comunidad de naturaleza especial equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición, de la que serán titulares ambos cónyuges”.

sistirá hasta que, tras la liquidación, se proceda a la división y adjudicación de los bienes de esta nueva comunidad (4).

Y es que puede suceder, y es frecuente que así sea, que transcurra un cierto tiempo entre la disolución de la comunidad matrimonial y la partición de los bienes comunes, bien porque los interesados no desean partir inmediatamente, bien porque la liquidación previa a la partición es larga y difícil o bien por el propio desconocimiento de los interesados (5), permaneciendo entre tanto indiviso el patrimonio común (6). La liquidación no es, pues, operación que deba practicarse de manera automática una vez producida la disolución (7).

(4) Como afirma R. EVANGELIO LLORCA (2005, pp. 602-603), la disolución del régimen es presupuesto indispensable de su liquidación; pero es, al mismo tiempo, causa inevitable de la misma: ni puede haber liquidación sin disolución ni ésta sin ir seguida de aquélla.

En el mismo sentido, SERRANO ALONSO (1997, p. 17) afirma que toda disolución de la sociedad de gananciales lleva aparejada la necesidad de proceder a su liquidación; lo que el CC no exige es que la liquidación sea efectuada dentro de un determinado plazo de tiempo posterior a la disolución; al contrario, el artículo 1.409 se ocupa de la liquidación simultánea de varias sociedades de gananciales, lo que corrobora la falta de premura que el legislador tiene para liquidar el régimen económico.

Vid., por extenso, MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 83-86.

(5) Dice MERINO HERNÁNDEZ (2000, pp. 459-460) que entre las causas involuntarias de la indivisión posconsorcial está “el propio desconocimiento de los capitulantes, quienes no saben de la necesidad de liquidar la sociedad conyugal anterior. No sorprenda: en la práctica cotidiana se comprueba la dificultad que entre los ciudadanos legos en Derecho existe para asimilar el concepto de «comunidad germánica o en mano común» con referencia a la sociedad conyugal; la creencia popular estima que, durante el régimen de comunidad, lo que cada uno de los cónyuges tiene es el cincuenta por ciento de cada uno de los bienes que integran la masa consorcial. De ahí la dificultad de comprender lo que conlleva la disolución de un régimen de comunidad y la subsiguiente liquidación (sobre todo, si entre los cónyuges existe el propósito de mantener los antiguos bienes comunes por mitad y pro indiviso entre ellos)”.

(6) Es harto frecuente que la situación de comunidad se prolongue durante largo tiempo, en muchas ocasiones hasta el fallecimiento del cónyuge viudo, con lo que se le procura el disfrute de todos los bienes, asegurando su estabilidad y se evita la duplicidad de particiones (*vid.* BLANDINO GARRIDO, 1999, pp. 29-30, nota 19). Otras causas de la indivisión pueden ser la falta de liquidez y la complejidad de las operaciones (*vid.* RAMS ALBESA, 1992, p. 409); la falta de acuerdo entre los cónyuges en orden al reparto de los bienes o el mantenimiento de la comunidad por razón de deudas contraídas vigente la sociedad conyugal (LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio: en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, t. XXXIII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1986, p. 291).

A veces, incluso, el esposo superviviente contrae nuevas nupcias, y los herederos del premuerto no solicitan la liquidación del primer consorcio hasta la muerte de aquél, lo que provoca la liquidación simultánea de dos (o más) comunidades matrimoniales.

Dice SERRANO ALONSO (1997, p. 17) que “posiblemente hubiese sido más útil fijar un plazo para proceder a la liquidación contado a partir de la disolución, o, exigir la previa liquidación del régimen económico anterior, antes de la aplicación de otro nuevo”.

(7) Y ello es así pese a los términos imperativos en que se expresa el primer inciso del artículo 1.396 CC y a algunas manifestaciones efectuadas por el TS en el sentido de que la sustitución de la sociedad de gananciales, constante matrimonio, por el régimen de separación de bienes exige se proceda a su liquidación (STS de 18 de marzo de 1995). *Vid.* VICENTE DÍAZ: “La liquidación de la sociedad de gananciales”, *Act. Civ.*, 1989-3, p. 2549.

Pero, como venimos diciendo, también puede suceder que el patrimonio consorcial se liquide, divida y adjudique en el momento de la disolución, con lo que, tras ella ya no hay una situación de comunidad sobre un patrimonio, sino que los anteriores titulares del consorcio conyugal o sus herederos son ahora titulares de los bienes y derechos, o de las cuotas sobre ellos, adjudicados en su lote en sustitución de su participación consorcial. Así sucederá en los siguientes supuestos:

A) *Simultánea liquidación y división en los capítulos de disolución.*

En la disolución de la comunidad conyugal por pacto capitular, los cónyuges pueden optar por llevar a cabo en la propia escritura de capitulaciones matrimoniales la liquidación y partición de mutuo acuerdo, pactando lo que tengan por oportuno y excluyendo así la aplicación del régimen legalmente previsto para los casos de desacuerdo (arts. 79 y ss. Lrem.), que es una normativa subsidiaria. Basta a estos efectos con la llamada “partición impropia” (8). Lo acordado se rige por las normas previstas para los contratos, por ello sólo en caso de nulidad, anulabilidad o rescisión cabría atender la petición de tener por no válida total o parcialmente la división practicada contractualmente (9).

Tanto los pactos de partición, sin liquidación, de los bienes comunes concretos existentes en un determinado momento, como los pactos liquidatorios en previsión de la futura liquidación, son válidos al amparo de la libertad de contratación entre cónyuges, pero con la eficacia siempre con-

(8) “En algunas ocasiones –dice MERINO HERNÁNDEZ, 2000, p. 459–, en los capítulos se limitan los cónyuges a establecer que cuantos bienes existían antes bajo titularidad de la comunidad legal, deben considerarse desde ahora como pertenecientes a ambos, por mitad y pro indiviso. En realidad, ésta no deja de ser una forma de practicar la liquidación: en ella no se producen adjudicaciones de bienes concretos para cada cónyuge, pero sí de cuotas indivisas de los mismos, por mitad o al cincuenta por ciento; lo que en el fondo conlleva una liquidación, aunque sin especificación de bienes, por referencia a la masa patrimonial común existente con anterioridad. La liquidación se ha producido, y lo que es de esencia en ésta, el desplazamiento patrimonial de bienes y derechos ha tenido lugar, puesto que los antiguos bienes consorciales pasan de pertenecer a una sociedad matrimonial ya no existente, a integrarse en los respectivos patrimonios privativos de los cónyuges.”

La jurisprudencia ha admitido esta forma de partición respecto de la comunidad hereditaria en las SSTs de 20 de febrero de 1984, 29 de diciembre de 1988, 20 de octubre de 1992, entre otras.

(9) “Es legalmente inviable –dice la STS de 17 de febrero de 1992– que la sociedad de gananciales (como cualquier otro ente societario o comunitario de la naturaleza que sea) pueda entrar o hallarse en fase de liquidación sin que previa o simultáneamente se haya producido la disolución de la misma.”

El artículo 810 LEC establece que, hasta que no sea firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial, los cónyuges no podrán solicitar la liquidación judicial de aquél.

dicionada a la ulterior disolución de la comunidad matrimonial, así como a que no haya ulteriores pactos que los modifiquen y a que siga siendo posible cumplirlos en los términos pactados tras la disolución (10).

La liquidación y división posterior al acuerdo de disolución de la comunidad matrimonial expresado en capítulos matrimoniales, y por tanto ya nacida la comunidad posconsorcial, no es necesario que conste en escritura pública, que sólo se requerirá para que pueda procederse a su inscripción en el Registro de la Propiedad (11). En todo caso, la práctica de la liquidación y división extinguirá la comunidad posconsorcial.

En Aragón, en el artículo 76-2 Lrem., en caso de disolución por muerte, está prevista la posibilidad de que exista prohibición de división pactada en capítulos o dispuesta en testamento mancomunado por ambos cónyuges, situación que se rige por lo dispuesto en el artículo 50 Lsuc. Creo que, de la misma forma, cabe admitir que los cónyuges pueden pactar la división de los bienes comunes para después de la muerte del primero de ellos. En el Código Civil a favor de esta posibilidad puede alegarse el artículo 1.056 CC, pero serían pactos que irían contra la esencial revocabilidad de los actos de disposición *mortis causa* y de la prohibición del testamento mancomunado (12).

(10) Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 83-86; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 2002, pp. 31-32 y 37; REBOLLEDO VARELA, Ángel: "Belicosidad derivada de la elección del régimen económico matrimonial (II)", en *Aranzadi Civil*, número 16, enero de 2004, p. 33. SSTs de 19 de diciembre de 1997 y 1 de febrero de 1990.

La STS de 3 de febrero de 2006 indica que "la disolución del régimen no pudo haberse efectuado en el documento privado y, aunque es cierto que la concreta liquidación puede realizarse en este tipo de documentos, no es posible realizarla cuando la disolución del régimen no ha tenido lugar".

(11) Dice la STS de 22 de noviembre de 1990 que "la liquidación de la sociedad de gananciales es válida practicada privadamente entre los esposos vinculándose entre sí, como se establece en doctrina sentada por SS de 29 de abril de 1960, 31 de octubre de 1963 y 4 de diciembre de 1985 en que se aplica con prevalencia sobre el artículo 1.280-4.º el artículo 1.279, ambos del CC". La STS de 3 de febrero de 2006 indica que "la sentencia de 4 de diciembre de 1985 citada en el proceso, considera que un pacto en documento privado sobre liquidación de gananciales tiene naturaleza transaccional y sólo la sentencia de 22 de noviembre de 1990 admite que la liquidación de la sociedad puede hacerse en documento privado; pero en este caso, la disolución del régimen había ya tenido lugar por sentencia dictada en el procedimiento de divorcio".

Como dice MONTERO AROCA (2003, p. 107), no hay duda de que "la liquidación puede hacerse de modo privado entre las partes, y tanto en documento público como en documento privado, sin perjuicio de la imposibilidad de éste de acceder al Registro, por lo que a este fin sí será necesaria la escritura pública, aunque si las dos partes no la otorgan voluntariamente cabe que una formule demanda en el proceso ordinario correspondiente".

(12) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 2002, p. 37.

B) *Simultánea liquidación y división en los procesos de los que resulta la disolución.*

Por acuerdo o convenio de los cónyuges es posible también que en los procesos de los que resulte la disolución de la comunidad matrimonial, ésta vaya acompañada de la liquidación y división.

En caso de proceso matrimonial de nulidad, separación o divorcio, así como en el proceso en que se haya solicitado la disolución del consorcio conyugal por algunas de las causas previstas en el artículo 63 Lrem., si hay acuerdo entre las partes, la liquidación y división puede estar convenida antes de la disolución y hallarse contenida en el convenio regulador o en un pacto entre las partes; en este caso la liquidación y división pactada está condicionada a que finalmente se acuerde por el juez la disolución, que es un presupuesto necesario para aquéllas (13).

En la separación matrimonial o divorcio decretados a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, los cónyuges deben acompañar a la demanda una propuesta de convenio regulador que, entre otros extremos, debe contener la liquidación del régimen económico del matrimonio que, siendo de comunidad de bienes, procede siempre (cfr. arts. 86, 81 y 90 CC) (14). El acuerdo de los cónyuges será aprobado

(13) En este sentido, dice MONTERO AROCA (2003, p. 110) que, “aunque la disolución del régimen económico del matrimonio debe preceder a su liquidación, nada impide que una y otra se produzcan en la misma sentencia. La disolución no depende de la voluntad de los cónyuges, en tanto que es un efecto de pleno derecho de la sentencia de nulidad, separación o divorcio, pero en previsión de la misma cabe que los cónyuges, en el convenio regulador, efectúen una especie de propuesta de liquidación que sólo surtirá efecto si la sentencia declara la separación o el divorcio”.

Sobre las peculiaridades de la liquidación en los procesos de nulidad, separación y divorcio, *vid.* MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 155-172.

(14) Dice MONTERO AROCA (2003, p. 111, pero véase también el desarrollo en páginas siguientes) que, a pesar de que la expresión “cuando proceda” del artículo 90-e CC tiene que entenderse referida a los casos en que exista régimen económico matrimonial que deba liquidarse, excluyendo el caso de regímenes no comunitarios, “se ha producido en la práctica una interpretación suavizadora de la exigencia legal, siendo comunes convenios en los que se dice, por ejemplo: «La liquidación y adjudicación de los bienes integrantes de la sociedad de gananciales se realizará en trámite de ejecución de sentencia de divorcio, intentando entre las partes llegar a una solución acordada, y caso de no lograrse la misma, estando facultada cualquiera de ellas para solicitarlo a través de dicha ejecución de sentencia”. El autor cita varias resoluciones de Audiencias que ponen de manifiesto que ésta es la solución admitida en la práctica.

Señala BLANDINO GARRIDO (1999, p. 29-30, nota 19) que, “a nivel de la jurisprudencia menor, se ha entendido que nada obsta a que en estos casos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, pacten los cónyuges en el convenio regulador el mantenimiento de la indivisión del patrimonio originariamente ganancial, tal y como lo permite el artículo 400, párrafo segundo, del CC respecto de la comunidad ordinaria de bienes, negándose así que la liquidación del consorcio ganancial tenga que figurar imperativa y forzosamente en el citado convenio (AAP de Asturias de 17 de abril de 1997)”.

por el juez si no es gravemente perjudicial para uno de ellos. Habiendo acuerdo sobre la liquidación, la sentencia de separación o divorcio conllevará la disolución, liquidación y división de la comunidad matrimonial, de manera que no llegará a nacer la comunidad en liquidación posterior a la disolución del consorcio conyugal. En la nueva LEC, la inclusión de la liquidación en los procesos matrimoniales de separación o divorcio consensual se produce en el procedimiento establecido en el artículo 777 LEC: junto con el convenio regulador, y normalmente formando parte de él como un anexo, se incluye la liquidación del régimen económico matrimonial.

La SAP de Huesca de 16 de noviembre de 1998 (15) contempla un caso de convenio matrimonial aprobado por la sentencia de separación en el que los cónyuges acordaron la disolución de la comunidad conyugal, relacionaron el haber consorcial y se distribuyeron los bienes que lo componían. La firmeza inmediata de la sentencia de separación (la demanda fue presentada de mutuo acuerdo) conllevó la disolución de la comunidad o consorcio legal de bienes por acuerdo expreso de los cónyuges y por disposición legal. El convenio regulador cumple con los requisitos formales típicos de todo negocio jurídico de familia, pues la sentencia de separación lo aprobó expresamente. A partir de la firmeza de la resolución judicial, los efectos del convenio en materia de liquidación y división se producen igual que si hubieran pactado la separación de bienes y la liquidación de la comunidad en escritura pública. Añade la sentencia que el convenio también supone una forma de tradición instrumental (art. 1.462-2.º CC, por analogía) o al menos *ficta* o simbólica, por la realización de actos jurídicos que de manera patente entrañan la misma significación de entrega, como ha admitido la jurisprudencia.

El TS tiene declarado que el convenio regulador sancionado judicialmente como válido vincula a las partes, toda vez que opera como una efectiva transacción, en la que no caben más causas de ineficacia que las enumeradas en el artículo 1.817 en relación al 1.816 del Código Civil (SS de 8 de marzo de 1995 y 23 de diciembre de 1998). Por lo demás, hoy no se discute ya que la sentencia que homologa el convenio, y éste por remisión, pueden ser inscritos en el Registro de la Propiedad, sin necesidad de elevar a escritura pública el convenio (RDGRN de 10 de marzo de 1988). De la misma manera, el convenio homologado es título ejecutivo (16).

Pero en la nulidad, separación o divorcio a petición de uno sólo de los cónyuges, si éstos no alcanzan y presentan al juez un acuerdo de liquidación del régimen económico matrimonial, la sentencia producirá la di-

(15) RDCA, 1999-2, marginal 22.

(16) MONTERO AROCA, 2003, pp. 110-111.

solución del consorcio y hasta que se practique la liquidación convencional o judicialmente habrá comunidad en liquidación. Tras la sentencia firme de nulidad, separación o divorcio, los cónyuges o ex cónyuges pueden llegar a un acuerdo para liquidar su régimen económico matrimonial, en cuyo caso parece que puede bastar con solicitar su aprobación judicial (17). A falta de acuerdo, la liquidación se hará en el procedimiento general de los artículos 806 y ss. LEC.

Es prácticamente unánime la doctrina al señalar que no es admisible llevar a cabo la liquidación del régimen económico matrimonial en la misma sentencia contenciosa que se decreta la nulidad, separación o divorcio. Sólo es factible cuando exista conformidad de las partes en la liquidación, al formular la demanda y la respectiva contestación. Pese a lo dispuesto en el artículo 91 CC, mal se puede liquidar el régimen económico durante la tramitación de la nulidad, separación o divorcio, cuando no se conoce aún la sentencia que va a recaer, y desde luego no se ha producido todavía su disolución, ya que ésta sólo se produce con la sentencia firme (art. 95 CC) (18).

Las dos posibilidades de liquidación, simultánea o posterior a la resolución judicial que conlleva la disolución de la comunidad matrimonial, están admitidas en el artículo 807 LEC, según el cual *será competente para conocer del procedimiento de liquidación el Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil* (19).

2. Disolución con persistencia de un patrimonio.

Pero, aún sin división propiamente dicha, la situación de comunidad se extinguirá si el patrimonio común desaparece (por ejemplo, por des-

(17) Así lo cree P. ALEJÁNDREZ PEÑA, 2002 (núm. 15), pp. 36-37.

(18) Así lo afirma P. ALEJÁNDREZ PEÑA, 2002 (núm. 15), pp. 37-38. En el mismo sentido, dice MONTERO AROCA (2003, p. 148) que “la doctrina mayoritaria [de las Audiencias] sostiene que la liquidación no puede realizarse en la sentencia de modo contradictorio, y aun que en ésta no pueden efectuarse pronunciamientos propios de esa liquidación, como sería declarar ganancial o privativo un bien determinado o una deuda, o reconocer a uno de los cónyuges un crédito contra la sociedad de gananciales”.

(19) Con anterioridad a la nueva LEC, hubo un tiempo en que la competencia para entender de la liquidación y división de la comunidad matrimonial era materia dudosa y discutida por los jueces y tribunales, defendiendo unos que eran competentes los Juzgados de primera instancia y otros que los Juzgados de familia. Finalmente prevaleció el criterio de atribuir la competencia a los jueces de familia que habían intervenido en la separación, divorcio o nulidad. Puede verse un resumen de los antecedentes del conflicto y de la solución que finalmente prevaleció en la STSJA de 26 de febrero de 1999 (RDCA, 1999-1.º, marginal 4).

trucción de los objetos de la comunidad) o queda reducido a un solo bien y no hay deudas. En el Apéndice no se produce la continuación si la sociedad conyugal no posee bienes algunos, o cuando los existentes sean por su naturaleza infructíferos, o no excedan de las deudas (art. 53-4). También en los Proyectos de Apéndice se recogían supuestos de no continuación, como hemos visto.

La comunidad posconsorcial exige para poder existir que el objeto de la comunión siga siendo un patrimonio indiviso, inicialmente el mismo de la comunidad matrimonial en el momento de la disolución.

En el caso de existir un único bien común (por ejemplo, la vivienda familiar) y no haber deudas, no se aplica el régimen jurídico de la comunidad en liquidación, sino el de la comunidad ordinaria de los artículos 392 y ss. del Código Civil, de modo que no ha lugar al procedimiento de liquidación de la comunidad posconsorcial, cuyos trámites han de considerarse inútiles (20): bastará con ejercitar la acción de división de cosa común sobre el único bien existente de acuerdo con los artículos 400, 404 y 1.062 CC. De manera que el embargo y reparto por mitad entre los cónyuges sólo será factible cuando el activo esté constituido por un único bien, normalmente la vivienda familiar, y no exista pasivo, o de existir cuando la división contenga la previsión de su amortización (21). Podría estar in-

(20) Con acierto dice la SAP de Burgos de 26 de junio de 1998 que, cuando alguna sociedad de gananciales en liquidación o alguna comunidad hereditaria “solamente aparece constituida sobre un único bien, como sucede en el caso de autos, y puesto que las citadas operaciones particionales no tienen carácter constitutivo sino meramente declarativo en el sentido de que su función es terminar con la situación de indivisión pasando de una propiedad sobre una generalidad de bienes a otra sobre bienes concretos y determinados o en forma de cuotas de propiedad sobre los mismos, cuando dicha comunidad sólo está constituida por una sola cosa, decimos, ya existen sobre dicho bien unas participaciones concretas y determinadas en función de las cuotas que cada uno de los miembros integrantes de la comunidad ostentan, y no es necesario proceder, ni a la liquidación de la sociedad de gananciales ni a la partición hereditaria, que necesariamente habrían de tener el mismo resultado sobre el bien repartido que sin necesidad de realizarlas” (S. reproducida por MONTERO AROCA, 2003, p. 96).

(21) *Vid.* LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 2002, p. 65, nota 15 y p. 75; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, p. 211; GUILARTE GUTIÉRREZ, 1999, pp. 372-373 y 373; 2000, p. 4377; BLANDINO GARRIDO, 1999, p. 44 y nota 63; MONTERO AROCA, 2003, pp. 93-96; MEDRANO SÁNCHEZ, 2004, p. 54, nota 51.

Dice la STS de 12 de abril de 2000 que “el patrimonio de una y otra parte, con el mismo origen, está constituido por un solo bien libre y, por lo mismo, atribuido por mitad a una y otra de aquéllas con lo cual ha pasado de la sociedad de gananciales que integró a una cotitularidad posganancial que hace superflua, inútil, toda operación de inventario, liquidación y atribución porque estas operaciones están hechas por el mismo bien en su única integración de aquel patrimonio y su sometimiento a los dos titulares que así se reconocen como tales”. También la STS de 1 de julio de 1991, para un caso en que sólo existe como bien ganancial el piso litigioso, no existiendo ninguna partida que pueda formar parte del pasivo, dice que carece de sentido jurídico el pretender practicar las operaciones liquidatorias, debiendo considerarse que, conforme al artículo 1.404 CC, el remanente a dividir entre las partes está integrado exclusiva-

dicado en estos casos que, si las partes no llegaran a acordar la enajenación mediante un acuerdo de realización o por persona o entidad especializada, se produjese la enajenación mediante pública subasta (art. 636 LEC) (22).

En el aspecto patrimonial, la nueva comunidad se inicia en el momento de cesar la anterior, como sucesora suya y sin solución de continuidad. En el activo siguen estando los mismos bienes y derechos que había en el momento de la disolución, que siguen respondiendo de las mismas deudas de las que ya respondían entonces. El patrimonio inicial de la nueva comunidad tiene el mismo contenido patrimonial que el final de la anterior. En su nueva vida se le aplicarán nuevas reglas para determinar qué bienes se hacen comunes y de qué deudas responden éstos. Sigue siendo un patrimonio separado del personal de sus titulares y dotado de cierta autonomía.

Pero con la disolución del consorcio conyugal sin división comienza la situación de patrimonio común en liquidación. Ahora el patrimonio común tiene como principal misión ser liquidado y dividido entre los partícipes. Es una situación que, aunque se prolongue temporalmente, es considerada jurídicamente como transitoria, provisional o interina, pues se trata de un patrimonio en liquidación (23).

3. Disolución con mantenimiento de las dos participaciones sobre el patrimonio común.

La situación de comunidad posconsorcial no sólo requiere que la indivisión afecte a una masa de bienes y derechos, sino que es preciso que sobre ella se mantengan diferenciadas las dos participaciones existentes en el patrimonio consorcial. La existencia de una situación de cotitularidad es un requisito o nota esencial de la comunidad posconsorcial, pero la pluralidad de partícipes ha de ir acompañada de la existencia de dos participaciones o cuotas, una por cada cónyuge o herederos de cada uno (24).

mente por el piso litigioso y que puede y debe procederse a su división entre los dos esposos litigantes. *Vid. etiam* STS de 22 de junio de 1988.

(22) OCAÑA RODRÍGUEZ, 2002, p. 129.

(23) Como dice RIVERA FERNÁNDEZ (2000, p. 2522), se trata de una “situación de indivisión que, independientemente del tiempo que dure, es meramente transitoria. En todo caso, está abocada a su liquidación. Operaciones liquidatorias que, en cualquier caso, tarde o temprano deberán realizarse, pues, al igual que no existe liquidación sin disolución (STS de 17 de febrero de 1992), tampoco puede haber disolución sin liquidación”. Según DE LOS MOZOS (1999, p. 583), “toda disolución de la sociedad de gananciales, por cualquier causa que fuere, entraña la necesidad de su liquidación, lo que se funda en el derecho de cada cónyuge a la mitad del haber líquido que pudiera corresponderle, como define el artículo 1.344”.

(24) *Vid.* SSTs de 28 de septiembre de 1993 y de 9 de mayo de 1997.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 1999, pp. 88-91; RIVERA FERNÁNDEZ, 2000, p. 2522.

En la comunidad en liquidación *existen dos cuotas* y sólo dos, aunque el número de partícipes sea mayor: si los herederos son varios, hasta la partición de la herencia es la comunidad de herederos la partícipe en la comunidad conyugal en liquidación; tras la partición hereditaria, lo será el heredero adjudicatario o, en su caso, la comunidad ordinaria de adjudicatarios de la cuota del premuerto (25).

Si por usucapión, transmisión entre vivos o sucesión por causa de muerte una misma persona (partícipe o tercero) fuera titular de ambas participaciones, dejaría de existir la pluralidad de partes inicial (26). La falta de pluralidad de partes puede producirse en el momento de la disolución, hecho que impediría el nacimiento de la nueva comunidad, o puede producirse con posterioridad, hecho que determinará su extinción automática.

Nacida la comunidad posconsorcial, en el momento en que, por Derecho de sucesiones o por transmisión entre vivos, deje de haber en el patrimonio común dos partes diferenciadas por la inicial pertenencia a cada uno de los cónyuges, dejará de existir dicha comunidad. Si el cónyuge sobreviviente se hace con la totalidad de la titularidad del patrimonio común, la indivisión desaparece, puesto que el todo pertenece a uno solo; y si los herederos del premuerto se hacen también con la participación del cónyuge sobreviviente, dejará de existir igualmente la comunidad posconsorcial al ser ya unos mismos los titulares de todo el conjunto de bienes que fueron de los cónyuges, y ello aunque titulares del todo sigan siéndolo varias personas: hay cotitularidad, pero no es la misma que había antes.

Al no haber pluralidad de titulares, no es necesaria la práctica de la partición (27), pero sí será precisa la realización de la liquidación para dejar a salvo los derechos de acreedores y legatarios (28).

Ejemplos de desaparición de las dos participaciones iniciales pueden ser los siguientes:

(25) MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 7) señala que la comunidad posganancial siempre resulta compuesta por dos cuotas, una por cada cónyuge o herederos de cada uno, en su caso; mientras que en la comunidad hereditaria existen tantas cuotas como herederos.

(26) *Vid.* ROBLES LATORRE, Pedro: *La partición convencional y su impugnación*, Madrid, 1996, pp. 9 y ss. En la STS de 9 de mayo de 1997 se contempla el caso de disolución de la sociedad de gananciales por el fallecimiento de ambos cónyuges y existencia de un único heredero universal de ambos.

(27) La comunidad hereditaria no nace cuando es uno solo el heredero, en cuyo caso no es necesaria la práctica de la partición (SSTS de 31 de mayo de 1913, 24 de febrero de 1966, 27 de abril de 1978, entre otras).

(28) Respecto de la suerte de los legados de bienes gananciales o posgananciales cuando la comunidad posganancial se extingue por la falta de pluralidad de participaciones, *vid.* GALICIA AIZPURUA, Gorka: "Comentario STS de 24 de abril de 2000: Legado de cosa posganancial. Aplicación analógica del artículo de 1.380 CC", CCJC, número 54, oct/dic. 2000, pp. 1202-1204.

A) Concentración de la titularidad de ambas participaciones en una misma persona por Derecho de sucesiones.

Al disolverse la comunidad, todos los bienes comunes pueden pasar a ser titularidad exclusiva del cónyuge sobreviviente si resulta ser el heredero único y universal del premuerto (29): en tal caso deja de haber dos partes, ya que todos los bienes y obligaciones de la anterior comunidad pertenecen ahora en exclusiva al sobreviviente (lo que puede ocurrir por institución recíproca, pacto al más viviente, liberalidad *mortis causa*, sucesión legal, etc.).

En el caso de fallecimiento de ambos cónyuges, si sus respectivas sucesiones recaen en la misma o las mismas personas por los mismos títulos y con igual participación (por ejemplo, los hijos en la sucesión legal de ambos padres), la comunidad posconsorcial quedaría absorbida y confundida con la hereditaria, que recaería sobre un único patrimonio integrado por todos los bienes gananciales y todos los bienes privativos de uno y otro cónyuge (30).

B) Concentración por enajenación o renuncia de la participación.

Si con la disolución del consorcio conyugal la participación de cada uno ya es, como vamos a ver enseguida, un bien disponible y embargable, hay que considerar la posibilidad de que uno de los cónyuges, en el mismo momento de la disolución o después, la enajene voluntariamente al otro (como en la venta de herencia: sin dejar de ser deudor) o resulte adjudicatario de la misma en un proceso de ejecución. Al menos, en la vertiente activa, no existe o deja de existir la comunidad.

Tampoco habrá comunidad sobre el activo en el momento de la disolución, si uno de los cónyuges, en las capitulaciones en las que acuerdan la disolución o en el convenio regulador homologado judicialmente, renuncia a su participación en el patrimonio común. Esta renuncia también puede ser posterior a la disolución, pero entonces, como ya ha nacido la comunidad en liquidación, provocará su extinción por falta de pluralidad de partes, sin que ello afecte a los derechos de los terceros.

Con la renuncia a la participación, la comunidad posconsorcial sobre el activo desaparece porque todos los bienes y derechos que la integran

(29) Esto fue lo que ocurrió en el caso resuelto por la STS de 26 de abril de 1956, en el cual, fallecido uno de los cónyuges bajo el régimen de gananciales, había nombrado en su testamento heredera universal en todos sus bienes a la esposa.

(30) RENTERÍA AROCENA, A.: "La liquidación del régimen económico matrimonial y el Registro de la Propiedad", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, junio, número 104, 2004, p. 1790.

pasan a ser titularidad exclusiva del otro partícipe en la comunidad, con lo que desaparece la situación de cotitularidad del activo, que es uno de los presupuestos necesarios para la existencia de la comunidad posconsorcial, lo que además hace innecesaria la partición de la misma al no existir ya nada que dividir (SSTS de 15 de marzo de 1945 y 11 de junio de 2003).

4. Disolución sin exclusión del régimen de la comunidad conyugal en liquidación.

Hace falta para el nacimiento de la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio conyugal que, dándose los requisitos anteriores, los cónyuges no hayan acordado su transformación en otra figura jurídica (31). Señala GONZÁLEZ ACEBES (32) que, como la sociedad posganancial es una comunidad en liquidación, en los casos en que haya un ánimo de mantenerse en la indivisión habrá desaparecido esa característica que parece esencial al concepto de comunidad posganancial.

Así, por ejemplo, no habrá una comunidad en liquidación desde el momento en que los cónyuges o partícipes acuerden transformarla en una sociedad civil (33) o mercantil o en una figura distinta de la comunidad que continúa (34). A falta de la *affectio societatis*, pueden excluir la comu-

(31) La comunidad que continúa no es una sociedad, puesto que, aun no prevista por los cónyuges, nace por disposición de la ley, no cumple fines de lucro, sino de naturaleza familiar, y carece de personalidad jurídica. No obstante, CAMÓN AZNAR defendió, para el Apéndice, la naturaleza de sociedad de la “sociedad conyugal continuada” (1954, pp. 224 y 228). Lo niega DELGADO, ADA, XII, 1963-64, pp. 291-293, quien añade que no debe excluirse, sin embargo, que una determinada comunidad conyugal pueda transformarse, en algún caso, en una sociedad civil o mercantil, por contrato *ad hoc*. En tal caso tendrá ésta personalidad jurídica y se regirá por las normas propias que según su naturaleza le correspondan; pero ya no será una comunidad conyugal continuada.

(32) 1992, p. 1183. En el mismo sentido, PEÑA, 1989, pp. 283-284.

(33) En el caso de la STS de 16 de diciembre de 1993 se admite que un negocio ganancial pase a constituir una sociedad civil de ganancias regida por las normas generales del contrato de sociedad (arts. 1.665 a 1.708 CC) y, particularmente, en lo que hace a la disolución, por la norma del artículo 1.700 CC.

LACRUZ (1963, p. 559) dice que los interesados “podrán convertir la situación de indivisión que sigue a la extinción de la sociedad de gananciales, en una sociedad ordinaria de ganancias, regida por las normas del contrato de sociedad o por las que se hayan convenido, pero sin la posibilidad de que este convenio reintroduzca la vigencia de las reglas del Código sobre gananciales, que en su mayoría no podrán adaptarse a la nueva situación”.

(34) En el ámbito del Código Civil, como dice CABEDO SERNA (2005, p. 539), admiten esta posibilidad de transformación de la comunidad en liquidación MARTÍN MELÉNDEZ (1995, p. 88) y RAMS (1992, p. 409); este último indica que supone una práctica frecuente en las separaciones y divorcios de mutuo acuerdo cuando sea aconsejable por la complejidad de los intereses individuales dentro de la comunidad o cuando la liquidación de la comunidad ordinaria creada tras la disolución genere situaciones delicadas, ya sea para la realidad patrimonial (desa-

nidad posconsorcial practicando la llamada “partición impropia”, por la que surge un condominio ordinario sobre todos y cada uno de los bienes, en los que cada partícipe tiene su cuota (35). Entiendo que esta posibilidad, como toda modificación del régimen económico del matrimonio, debe dejar a salvo los derechos ya adquiridos por terceros (arts. 12 Lrem. o 1.317 CC).

II. Variedad de supuestos y denominación

Cuando se dan los requisitos para su nacimiento, la comunidad posconsorcial nace sin solución de continuidad tras la disolución de la comunidad matrimonial, cualquiera que sea la causa de la disolución de una y nacimiento de la otra, y se prolonga hasta tanto no se adjudique su patrimonio. O como dice RIVERA FERNÁNDEZ (36) para el Código Civil: “Producida la disolución, por cualquiera de las causas mencionadas en los artículos 1.392 y 1.393 CC, y siempre que no se haya procedido a la realización de las operaciones de división y adjudicación, surge una situación de *indivisión*: la *comunidad posganancial*, sucesora de la sociedad de gananciales disuelta y pendiente de liquidación, constituida por el patrimonio, en otro tiempo ganancial, que sigue subsistiendo”.

parición del comercio de una empresa acreditada), ya sea para la solvencia que los cónyuges vienen gozando. Luis Díez-PICAZO (*Dictámenes jurídicos*, Madrid, 1981, p. 292) considera posible crear entre los cónyuges o sus herederos una sociedad civil de ganancias regida por los artículos 1.665 y ss. CC, para lo que se requiere que entre los interesados exista una clara *affectio societatis* o un definido *animus contrahendae societatis*, ya sea establecido por pacto expreso (STS de 16 de diciembre de 1993), ya sea manifestado simplemente en forma tácita o por medio de actos concluyentes. La mera aquiescencia a la continuación de la comunidad no es suficiente para poder hablar de sociedad tácita.

En el caso resuelto por la STS de 30 de junio de 2006, un determinado negocio familiar, de vinos, era llevado por su titular don Cristóbal, el cual falleció el día 20 de febrero de 1971. Su viuda, doña Julia (demandante en la instancia y recurrente en casación) y sus hijos don Plácido, don Juan Antonio (también demandantes y recurrentes), doña Bárbara y doña Rosenda constituyeron sociedad familiar en fecha 1 de agosto de 1972 aportando la primera bienes privativos y los bienes gananciales que le corresponderían y todos ellos los derechos sobre la sucesión *mortis causa* de aquél, premuerto.

(35) En el ámbito de la comunidad hereditaria, *vid.* STS de 20 de octubre de 1992.

(36) 2000, p. 2522. GONZÁLEZ ACEBES (1992, p. 1182) dice que la “comunidad posganancial surge en todos estos supuestos [de los arts. 1.392 y 1.393 CC] en que, desaparecido el régimen, no se haya procedido a la realización de las operaciones de división y adjudicación. En unas ocasiones la comunidad posganancial convivirá con un matrimonio todavía existente (arts. 1.392-4.º y 393 CC) y no en los restantes”. En la página 1188 concluye que “la comunidad posganancial es un patrimonio en liquidación que surge tras la desaparición de la sociedad de gananciales afecto a dos finalidades específicas cuales son el pago del pasivo ganancial y la reintegración a cada cónyuge del capital aportado, formado por todos los bienes gananciales, sus frutos y los subrogados de ambos, sobre el que cada partícipe tiene una cuota abstracta de igual valor y cuya estructura y régimen equivalen a los de la comunidad hereditaria”.

La comunidad que continúa tras la disolución es más frecuente y, desde luego, más duradera en los supuestos de disolución por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, prolongándose incluso la misma hasta el fallecimiento del cónyuge sobreviviente. En estos casos, como también se ha disuelto el matrimonio, se suele hablar, en particular por la jurisprudencia, de “comunidad posmatrimonial”. Pero comunidad posmatrimonial es también la que continúa tras la disolución del consorcio, y del matrimonio, por divorcio o declaración de nulidad (37).

En todos los demás supuestos, tras la disolución del consorcio conyugal, persiste el matrimonio de los cónyuges, si bien éstos pueden encontrarse separados judicialmente o de hecho, o en situación de convivencia. En estos casos, no es correcto llamar a la comunidad que continúa “comunidad posmatrimonial” (38) y es preferible hablar de “comunidad posconsorcial” (o “comunidad posganancial” para el Código Civil) (39), que es una denominación más omnicomprendensiva.

“Comunidad posconsorcial” o “comunidad que continúa tras la disolución del consorcio” es exactamente lo mismo, pero lo segundo mucho más largo; si bien puede abreviarse y decirse simplemente “comunidad que continúa”, pero entonces con el riesgo de confundir y asimilar esta comunidad con la “comunidad continuada” de la Compilación, que, como sabemos, seguía siendo una comunidad dinámica, mientras que la posconsorcial es siempre una comunidad en liquidación, estática. Por ello, “comunidad conyugal en liquidación” o “comunidad matrimonial en liquidación” son también denominaciones que pueden usarse como sinónimas de “comunidad posconsorcial” o de “comunidad que continúa tras la disolución”. Esta última es la denominación, digamos oficial, usada en la rúbrica de la sección que la Ley aragonesa del 2003 dedica a esta figura.

(37) Como dice RIVERA FERNÁNDEZ (1997, pp. 10-11, nota 3) “la terminología frecuentemente utilizada por nuestra jurisprudencia (STS de 23 de diciembre de 1993) de *comunidad posmatrimonial*, sólo es apropiada en los supuestos en que la disolución de la sociedad legal de gananciales coincide con la disolución del matrimonio”.

(38) No obstante, MORALES IMBERNÓN (2006, p. 1657), por ejemplo, dice que se denomina “comunidad posmatrimonial” a la comunidad sobre el patrimonio ganancial que surge tras la disolución de la sociedad (y antes de su liquidación) por cualquiera de las causas mencionadas en los artículos 1.392 y 1.393.

(39) Así, dice Carlos LASARTE ÁLVAREZ (*Principios de Derecho civil*, t. VI: *Derecho de familia*, 4.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 263) que la situación que se crea por la falta de liquidación y división tras la disolución de la sociedad de gananciales se denomina, jurisprudencialmente, *comunidad posmatrimonial*, y por algunos autores, en sentido equivalente, pero quizá con mayor precisión, *comunidad posganancial*.

RIVERA FERNÁNDEZ (1997, p. 10, nota 3) señala que, aunque este patrimonio colectivo o masa común recibe el nombre de “comunidad posmatrimonial” o “comunidad posganancial”, indistintamente se prefiere la segunda denominación a la primera habida cuenta que la extinción de la sociedad de gananciales no siempre se debe a la disolución del matrimonio.

La denominación “comunidad conyugal (o matrimonial) en liquidación” tiene la ventaja de ser más precisa o exacta, ya que, por un lado, dice que es una comunidad “en liquidación”, lo cual es siempre cierto y sirve para distinguir esta comunidad de la continuada; por otro lado, dice que es una comunidad “matrimonial” o “conyugal”, sin identificarla con la comunidad matrimonial legal denominada “consorcio conyugal”. Es cierto que “consorcio” es término genérico que equivale a “comunidad”, pero habiendo llamado el legislador aragonés a la comunidad legal entre cónyuges “consorcio conyugal”, denominar a la comunidad matrimonial en liquidación “comunidad posconsorcial” es poco menos que identificarla necesariamente con la que continúa tras la disolución del “consorcio conyugal”, y ya sabemos que comunidad en liquidación la hay en cualquier clase de comunidad matrimonial disuelta y no dividida.

Por lo demás, ya hemos visto antes que, mientras persiste el matrimonio, la comunidad matrimonial en liquidación coexiste con el régimen de separación de bienes o con el que, si los cónyuges conviven, hayan pactado, que bien pudiera ser una nueva comunidad matrimonial afecta al levantamiento de las cargas del matrimonio.

III. Titulares de la nueva comunidad

Los titulares de esta nueva comunidad son los cónyuges [supuestos de disolución por capítulos o por separación judicial de las letras a) y d) del art. 62 Lrem. o del art. 1.392-3.º y 4.º CC, así como todos los supuestos de disolución por decisión judicial del art. 63 Lrem. o 1.393 y 1.373 CC] o excónyuges [supuestos de la letra b) del artículo 62 Lrem. o 1.392-1.º CC en caso de disolución del matrimonio por divorcio, así como de la letra c) del art. 62 Lrem. o 1.392-2.º cuando sea declarado nulo] o el viudo y los herederos del premuerto [supuesto de disolución por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges del art. 62-b) Lrem. o 1.392-1.º CC]; también, en su caso, los herederos de uno y otro cónyuge si ambos han muerto simultáneamente, o de forma sucesiva, pero antes de la división (40). A su vez, si alguno de los herederos de un cónyuge

(40) GONZÁLEZ ACEBES, 1992, pp. 1182-1183, RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, p. 65.

La RDGRN de 16 de octubre de 1986 dice que “disuelta la sociedad de gananciales por muerte de ambos cónyuges, procede la liquidación de la misma y consiguiente adjudicación, para atribuir a los herederos de cada uno de aquéllos los bienes y derechos singulares que integran la comunidad; mientras no se proceda a realizar tales operaciones de liquidación y adjudicación, la disposición y administración de los elementos patrimoniales corresponde al conjunto de los herederos de uno y otro cónyuges”.

Pero conviene recordar que no habrá comunidad posconsorcial cuando ambas participaciones recaigan en unas mismas personas herederas de uno y otro cónyuge.

fallece antes de la partición, será sustituido en la comunidad por sus herederos (41).

En los casos de disolución por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, así como cuando iniciada la comunidad posconsorcial fallezca alguno de los cónyuges, la posición jurídica del cónyuge fallecido en la comunidad en liquidación la ocupan quienes por Derecho de sucesiones sean sus herederos.

Los sucesores *mortis causa* pueden serlo por sucesión voluntaria o legal. Los sucesores legales lo serán a título de herederos; los sucesores voluntarios pueden ser herederos o legatarios: está expresamente regulado que cualquiera de los cónyuges puede disponer por causa de muerte de su participación en el patrimonio común (arts. 56-1 Lrem. o 1.379 CC) (42). Los herederos pueden estar llamados a la totalidad o a una parte alícuota del patrimonio del fallecido (llamamiento a título universal: art. 4-1 Lsuc.), pero también pueden estar llamados como herederos *ex re certa* de la participación consorcial (art. 152 Lsuc.) (43). Pero puede haber también legatarios de parte alícuota de la herencia y, por ello, según como estuviera configurado, con derechos sobre la participación consorcial del

(41) Al fallecimiento de un partícipe heredero no existe, como en la comunidad continuada, el derecho de opción del artículo 70 Comp. (por remisión al art. 69 Comp.), de manera que los restantes partícipes herederos, y en su defecto el cónyuge partícipe, no podrán optar entre adquirir la participación del fallecido o abonarla con cargo al caudal común. Ni lo uno ni lo otro: al fallecer un partícipe heredero es sustituido en la comunidad en liquidación por sus sucesores, sin que esta sucesión pueda ser evitada ni por los otros comuneros herederos ni por el cónyuge viudo. El fallecimiento de un heredero partícipe no supone en ningún caso su separación de la comunidad en liquidación. En caso de sucesión legal, a falta de parientes dentro del cuarto grado, sucede la Comunidad Autónoma. Quiénes sean los herederos depende de las posibilidades de disponer por causa de muerte, que hay que analizar en otro lugar; también la posibilidad de que los partícipes herederos se hallen en situación de consorcio foral (que creo imposible mientras no se divida la comunidad matrimonial) y su influencia en la comunidad que continúa. Son cuestiones que he tratado al comentar el artículo 70 Comp., 1993, pp. 574-594.

(42) *Vid.* lo dicho en el apartado dedicado a la disposición por causa de muerte.

(43) El artículo 4-1 Lsuc. dice que *los llamamientos sucesorios pueden realizarse a título universal o particular; en los primeros se sucede en la totalidad o en una parte alícuota del patrimonio del fallecido, mientras que en los segundos se sucede en bienes o derechos determinados.*

El artículo 152-1 Lsuc. dispone que *si es voluntad del disponente que el instituido en cosa cierta y determinada sea heredero, responderá de las obligaciones y cargas hereditarias en proporción al valor de lo así recibido; pero no tendrá derecho de acrecer.*

La participación posconsorcial es cosa cierta y determinada existente en el caudal relicto y puede ser objeto de disposición, universal o particular, *ex re certa*. Cosa distinta e imposible sin remitirse a los resultados de la partición es pretender la asignación de bienes comunes concretos (o de parte de los mismos), sea por vía particional, sea por institución *ex re certa*, puesto que, en tanto la masa común no haya sido dividida, una tal previsión contradice su propia esencia y es incompatible con su connatural eficacia jurídica [GALICIA AIZPURÚA, 2002 (2), p. 1200].

cónyuge disponente (art. 153 Lsuc.) (44); si bien, con mayor frecuencia, el destinatario de la participación consorcial será un legatario al que se ha deferido en particular dicha participación; y, por último, no cabe descartar tampoco el supuesto de distribución de toda la herencia en legados (art. 154 Lsuc.) (45).

Las figuras de sucesores por causa de muerte distintas del heredero a título universal y del legatario a título particular, todas ellas previstas en la Ley de sucesiones, presentan algunas particularidades en las que no vamos a entrar aquí (46). Pensando en las figuras de uso más general, cabe decir, como en su momento veremos, que el legado a un tercero de la participación de uno de los cónyuges en el patrimonio común (o de una porción de ella) sólo podrá hacerse efectivo sobre bienes concretos una vez que haya tenido lugar la liquidación de la comunidad matrimonial y se haya fijado el remanente partible (47). Los derechos del legatario, salvo si éste es el cónyuge sobreviviente, dependen del resultado de la liquidación del patrimonio común. Hasta ese momento los titulares de la comunidad en liquidación serán el cónyuge sobreviviente y los herederos del disponente premuerto (48).

Por tanto, aunque con la partición de la comunidad posconsorcial y, en su caso, de la comunidad hereditaria, todos o parte de los bienes del patrimonio común pasen a manos de legatarios, mientras tanto quienes ocupan el lugar del cónyuge fallecido al frente de la comunidad posconsorcial son sus herederos. Ser legatario de la participación de un cónyuge en el patrimonio común o de una cuota de su herencia no da derecho

(44) Indica el artículo 153 Lsuc. que *si es voluntad del disponente que el llamado a parte alícuota de la herencia sea legatario, no será deudor de las obligaciones y cargas de la herencia y concurrirá a la partición con el heredero, pero cuando no sea legitimario sólo tendrá derecho a percibir el valor de lo legado en bienes del activo hereditario líquido si el heredero no opta por pagarlo en dinero, aunque no lo haya en la herencia.*

(45) El artículo 154-1 dice que *si la voluntad del disponente ha sido distribuir toda la herencia en legados, se prorratarán las deudas y cargas entre los legatarios en proporción a sus cuotas, a no ser que se hubiera previsto otra cosa.*

(46) Vid. SERRANO GARCÍA, 2006, pp. 440-444.

(47) Para el CC, SARMIENTO RAMOS: "Comentario a los artículos 1.379 y 1.380", en *Comentario del Código Civil*, tomo II, 2.^a ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 723; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 2002, p. 85.

(48) Parecido sucede cuando hay un legatario de parte alícuota de la herencia del cónyuge, que aunque tiene derecho a concurrir a la partición de la comunidad hereditaria con el heredero e igualmente a la partición de la comunidad posconsorcial, no sucede en las deudas del causante ni en la titularidad de bien alguno, de manera que su derecho depende, no sólo del resultado de la liquidación de la comunidad posconsorcial, sino también del de la liquidación de la comunidad hereditaria.

Como dice SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2002, p. 211), los únicos que tienen en la comunidad posconsorcial la misma posición jurídica que el cónyuge supérstite son los herederos, ya que la subrogación se produce tanto en el lado activo como en el pasivo de la herencia.

mientras dura la indivisión a intervenir en los asuntos de la comunidad, en la que el legatario no tiene la condición de partícipe, aunque en la partición o tras ella tenga derecho a una parte de los bienes que fueron comunes.

La Ley, al referirse a los sujetos de la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio, habla de “los cónyuges o sus herederos” (arts. 70, 85-1 y 86-2 Lrem.) o bien, con mayor frecuencia, de “los cónyuges o partícipes” (arts. 69, 71, 72, 76, 77, 78, 79, 80 y 86-3 Lrem.). El término “partícipes”, referido a personas distintas del cónyuge sobreviviente, comprende desde luego a los herederos del cónyuge premuerto, pero es más amplio y sirve también para aludir, en su caso, a los herederos de alguno de los herederos del cónyuge premuerto, que, a su vez, haya fallecido antes de la partición del patrimonio común. Así que el término “partícipes”, siempre que va unido al de “cónyuge” o “cónyuges”, alude a los herederos de éstos y, en su caso, a los herederos de los herederos. Usado en sentido más amplio, el término “partícipes” incluye también a los cónyuges (49).

En caso de fiducia sucesoria pendiente de ejecución, el cónyuge viudo es titular de su participación consorcial y también administrador y representante del patrimonio hereditario, mientras tenga la condición de administrador de la comunidad conyugal que continúa tras la disolución del consorcio (cfr. art. 134-1 Ley de sucesiones).

La enajenación de la cuota de un cónyuge o partícipe en la comunidad posconsorcial, como la enajenación de cuota de la herencia, transfiere al adquirente el contenido económico de la posición en la comunidad del cedente. Como explican, para la cuota de herencia, las Rs. de 29 de agosto de 1925 y 29 de diciembre de 1930, la cesión de una cuota consorcial a un extraño no presta al adquirente la cualidad de partícipe, pero tampoco engendra meras relaciones obligatorias, sino que transfiere al cesionario el derecho a la cuota correspondiente.

IV. El estatuto jurídico de la nueva comunidad

La nueva comunidad nace sin solución de continuidad a la disolución de la anterior comunidad matrimonial y como heredera suya, pero está sujeta a un nuevo estatuto jurídico, porque ahora se trata de una simple

(49) En cambio, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (2002, pp. 73 y 89-90) cree que la posición jurídica del cónyuge fallecido en la comunidad posganancial la ocupan no sólo los herederos del mismo, sino también los legatarios de parte alícuota, por lo que cree que, cuando la opinión doctrinal dominante hace referencia únicamente a los herederos del cónyuge fallecido, lo hace con ánimo de simplificación, pero sin intención de excluir a los comuneros no herederos.

comunidad en liquidación carente del sentido y finalidad que tenía la anterior comunidad conyugal, lo que hace que su régimen no pueda ser el mismo (50). El patrimonio inicial de la nueva comunidad es exactamente el mismo de la comunidad anterior en el momento de disolverse, pero desde ese momento queda sujeto a un nuevo régimen jurídico.

En el momento mismo de la disolución, cesa de regir el estatuto del consorcio conyugal que hasta entonces gobernaba esta situación de comunidad y comienza a estar regida por un nuevo estatuto, el de la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio conyugal (51). Al desaparecer los presupuestos y fines de la comunidad matrimonial desaparece su régimen, que es sustituido por otro propio de una simple comunidad en liquidación, parecida a la comunidad hereditaria. Así lo admite unánimemente tanto la doctrina (52) como la jurisprudencia (53).

“El momento de disolverse la comunidad conyugal –dice LACRUZ de manera muy gráfica– puede asimilarse a la detención de un móvil. Es decir: el móvil continúa existiendo, pero ya no es tal. El conjunto de bienes comunes continúa perteneciendo a los cónyuges, y precisamente en la misma forma que antes, y por tanto sin cuotas determinadas sobre los bienes concretos, pero ya no es el patrimonio de una comunidad conyugal: desaparecida su finalidad y cegadas las fuentes que lo nutrían, su régimen

(50) Una visión general de esta comunidad en liquidación en la Compilación puede verse en J. A. SERRANO GARCÍA, 1993, pp. 596 y ss.

(51) Es muy clara, al respecto, la STSJ de Aragón de 20 de diciembre de 2004 (RDCA 2005-2006, marginal 1); *Vid. etiam* SSTs de 21 de noviembre de 1987, 8 de octubre de 1980, 17 de febrero de 1992, 23 de diciembre de 1993, 14 de marzo de 1994, entre otras muchas, también el ATS de 16 de mayo de 2000.

RDGRN de 25 de abril de 1986: [...] “No es el bien el que cambia –en virtud de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales– de masa patrimonial, sino la masa patrimonial misma con sus especiales afecciones la que, sin perjuicio de las posibilidades de los acreedores, va a pasar a tener uno u otro régimen en su titularidad de gestión y representación a partir de la disolución y variando según las distintas vicisitudes que sigan a la disolución, conservando en todo caso los acreedores las mismas posibilidades que antes de la disolución (art. 1.317 CC).”

(52) Cfr. para el Código Civil LACRUZ, 1963, pp. 559-561; Díez-PICAZO, 1984, pp. 1785 y ss.; GONZÁLEZ ACEBES, 1992, pp. 1184-1186; DE LOS MOZOS, 1999, p. 584; LACRUZ, 2005, p. 247; Díez-PICAZO y GULLÓN, 2004, p. 201.

En palabras de DE LOS MOZOS (1999, p. 584): “Aunque la liquidación materialmente no se opere o se retrase, mientras no tiene lugar, su impronta hace que cambie el propio *régimen* de los bienes que integran esa masa común y que antes formaban parte del patrimonio de la sociedad de gananciales, lo que tiene lugar, tanto porque ésta ha quedado disuelta como porque aquella masa se halla sometida al destino que le corresponde, jurídicamente hablando, que es el de su liquidación”.

(53) *Vid.*, entre otras, SSTs de 23 de diciembre de 1993, 21 de noviembre de 1987, 8 de octubre de 1990, 17 de febrero de 1992, 23 de diciembre de 1993, 14 de marzo de 1994, 7 de noviembre de 1997, 31 de diciembre de 1998, 11 de mayo de 2000, 23 de enero de 2003. *Vid.* el intento de análisis jurisprudencial que hace MONTERO AROCA, 2003, pp. 73-78.

va a ser el de cualesquiera conjuntos de bienes en cotitularidad ordinaria; cada partícipe tiene, sobre el conjunto, una cuota independiente, homogénea y alienable; el correspondiente derecho a intervenir en la administración de las cosas comunes, y acción para pedir la división, gobernándose por el normal régimen de mayorías para la gestión y de unanimidad para los actos de disposición” (54).

En la Compilación, este nuevo estatuto tenía normas específicas en los artículos 53 (disolución por muerte) y 54 (disolución por otras causas), a completar en la disolución por muerte con el régimen del Derecho de viudedad. En la Lrem. se mantienen las normas de la Compilación, con muy ligeras modificaciones, en los artículos 71 y 72, así como la preferencia del Derecho de viudedad (art. 74), y se han añadido otras normas para completar el régimen de esta comunidad en cuanto al activo (art. 68), pasivo y responsabilidad de los bienes comunes (arts. 69 y 70), disposición por causa de muerte (art. 73) y régimen supletorio (art. 75). El conjunto de esta regulación integra una sección titulada *la comunidad que continúa tras la disolución* (55), comunidad que finaliza con su liquidación y división, de la que se ocupa la sección siguiente.

Normas aplicables en todo caso, cualquiera que sea la causa que haya propiciado la disolución del consorcio y el nacimiento de la nueva comunidad, son las de los artículos 68, 69, 70 y 73. En la redacción de estos preceptos se puede apreciar la inspiración en la letra de algunos artículos de la comunidad conyugal continuada de la Compilación. En cambio, los artículos 71 y 74 son exclusivos de la disolución por muerte, mientras que el 72 lo es de la disolución por otras causas (56).

En el Código Civil se puede decir que esta comunidad, llamada posmatrimonial o posganancial, carece de regulación, a excepción de las operaciones de liquidación y división, y han sido la doctrina y la jurisprudencia las que se han ocupado de construir su régimen. Como dice MERINO

(54) LACRUZ, 1963, p. 560; símil de la detención de un móvil que reproduce la STSJ de Aragón de 20 de diciembre de 2004 (RDCA 2005-2006, marginal 1).

(55) La enmienda número 94, del GP Chunta Aragonesista, que fue retirada, proponía titular la Sección “La comunidad posconsorcial”, por considerar más adecuado dar a la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio la denominación de “comunidad posconsorcial” a fin de distinguirla del “consorcio conyugal”.

La rúbrica finalmente aprobada sirve, por un lado, para distinguir a esta comunidad del consorcio conyugal, porque es una comunidad que se inicia tras su disolución y, por tanto, es posconsorcial; pero, por otro, también sirve para dar a entender que esta nueva comunidad, con su actual regulación, es la heredera remota de la tradicional “comunidad conyugal continuada”. En el Acta 124, de 4 de julio de 2001, “sobre el título del epígrafe, Don Jesús Delgado Echeverría dice que le gusta, ya que es un guiño a la supresión que se hace de la comunidad conyugal continuada y, además, entronca con la regulación tradicional del Derecho aragonés”.

(56) *Vid.* una exposición de conjunto en SERRANO GARCÍA, 2006, pp. 344-362.

HERNÁNDEZ, en este punto radica ya la primera diferencia fundamental entre el régimen del Código y el del Derecho aragonés (57).

El legislador del Código Civil parece haber pensado en la inmediatez de la liquidación tras la disolución (58) y ha considerado como premisa general que, de producirse este período de interinidad, no es previsible que se produzcan alteraciones patrimoniales importantes, ya que se trata de un patrimonio que tiende a la “inmovilidad” (59) o se trata de una “masa inerte” (60). En el Código Civil, la dificultad radica en que el concepto doctrinal de patrimonio colectivo en liquidación no encuentra traducción directa en un régimen normativo determinado (61).

Como dice el AAP de Zaragoza de 14 de febrero de 2001 (62), “no hay una regulación completa de la comunidad posganancial, limitándose la normativa a indicar los trámites que deben preceder a las adjudicaciones, qué elementos componen el activo y el pasivo de la sociedad disuelta, cuáles de las deudas pendientes han de pagarse con cargo a los bienes gananciales y en qué orden y sobre qué bienes tiene cada uno de los cónyuges un derecho de adjudicación preferente, remitiendo a la regulación de la división de la herencia”.

(57) *Comentarios*, 1990, p. 63.

(58) RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, p. 11; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, p. 218.

Dice DE LOS MOZOS (1999, p. 598) que las normas no se ocupan de la indivisión posganancial por ir orientadas a la finalidad típica que pretenden, la *liquidación* de la sociedad de gananciales. La indivisión posganancial es un efecto indirecto y marginal, tolerado pero “no querido” por la norma; no es más que un reflejo de la propia regulación, aparte de un residuo de la situación precedente que ha dejado de existir.

(59) AGUILAR RUIZ, Leonor: “Comunidad posganancial: ineficacia del acto dispositivo a título gratuito realizado por el cónyuge superviviente sin consentimiento de los demás cotitulares en la reciente jurisprudencia”, *Revista de Derecho Patrimonial (RdP)*, número 12, 2004-1, p. 512.

(60) SSTs de 11 de junio de 1951, 21 de noviembre de 1987 y 28 de septiembre de 1993.

(61) *Vid.* LASARTE, 2005, p. 263. Como dice Fernando CRESPO ALLÚE (“La comunidad posconsorcial”, *Act. Civ.* 1991-1, p. 112), “admitido que una vez disuelta la sociedad de gananciales no le son aplicables las normas del Código sobre gestión, administración y disposición de bienes gananciales a este patrimonio indiviso, es evidente que habrá que disciplinar la normativa aplicable, pues lo que no hay duda es que a lo largo del tiempo en que permanezca el patrimonio ganancial sin dividirse, puede sufrir alteraciones. Cada uno de los bienes que lo forman pueden experimentar aumentos o disminuciones en su valor, por virtud de pactos o contratos, o consecuencia de ciertos actos jurídicos, los bienes pueden salir de la masa indivisa y verse sustituidos por otros, o por su precio o por una determinada indemnización. Del mismo modo, el patrimonio puede ser productivo y, por el contrario, puede tener que hacer frente a cargas o deudas, y durante la indivisión cada uno de los titulares de la masa puede adquirir derechos contra la misma o contraer obligaciones y sin duda, podrán hacer liquidaciones y adjudicaciones parciales entre ellos. Todo esto y muchas otras posibilidades de actuación obligan a perfilar [...] las normas que le sean aplicables”. La ausencia de reglas positivas que aclaren la configuración jurídica de la comunidad posganancial es puesta de manifiesto también por AGUILAR RUIZ, 2006, pp. 299-300.

(62) RDCA, 2003-2004, marginal 31.

El legislador del Código Civil –dice RIVERA FERNÁNDEZ (63)– “guarda un asombroso silencio, dando por sentado la aplicabilidad de las normas referentes a la comunidad de bienes ordinaria, en defecto, por la especial remisión establecida en el artículo 1.410 CC, de las normas propias de la liquidación y partición de herencias. Hecho que la jurisprudencia se ha encargado de confirmar en STS de 21 de noviembre de 1987”.

V. El régimen supletorio

El último de los artículos de esta sección 2.^a, el 75 Lrem., se ocupa de determinar el régimen supletorio, lo cual supone una novedad formal, porque no existía antes una norma como ésta, pero que viene a recoger lo que la doctrina y la jurisprudencia venían entendiendo. Dice este precepto que *a la comunidad regulada en esta sección le será de aplicación, en cuanto no contradiga su naturaleza, el régimen jurídico de la comunidad hereditaria* (64).

Esta norma de cierre del sistema permite completar el régimen jurídico de la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio conyugal con el régimen jurídico de la comunidad hereditaria. El recurso al régimen supletorio sólo será necesario a falta de norma específica o para completarla. No obstante, para que en caso de laguna pueda acudir al régimen supletorio de la comunidad hereditaria es preciso que la norma a aplicar no contradiga la naturaleza de la comunidad posconsorcial. Como veremos, ambas comunidades presentan gran similitud, pero se diferencian porque en la comunidad hereditaria el anterior titular de los bienes era una sola persona y ha fallecido, mientras que en la comunidad posconsorcial titulares son dos y pueden estar vivos ambos o haber sido sustituido uno (excepcionalmente ambos) por sus herederos. Estas diferencias obligan a acudir al régimen supletorio con ciertas cautelas, comprobando que la norma a aplicar sirve también para una comunidad que en parte es diferente.

(63) 1997, p. 29, 2000, p. 2522; planteamiento que, sin embargo, como luego veremos, no le parece acertado.

En palabras de LACRUZ (2005, p. 247): “Aparte las normas relativas a la liquidación de la comunidad hereditaria, serán aplicables a esta situación no las del contrato de sociedad, que presupone una comunidad dinámica, sino las de la copropiedad, en la misma forma y medida que a la indivisión sucesoria”. En parecidos términos, PEÑA, 1989, p. 286; GONZÁLEZ ACEBES, 1992 p. 1188.

(64) La CADC aprobó por unanimidad el texto propuesto por la ponencia (*vid.* Acta 126, de 18 de julio de 2001), que se convirtió en precepto del Anteproyecto y, después, del Proyecto de Ley: *A la comunidad regulada en esta sección le será de aplicación, en lo que no contradiga su naturaleza, la regulación de la comunidad hereditaria*. El texto definitivo procede de la enmienda número 103, del GP Chunta Aragonesista, que se aprueba por unanimidad por considerar más adecuada la redacción propuesta.

El régimen jurídico de la comunidad hereditaria al que remite el artículo 75 Lrem. se halla contenido en parte en la Ley aragonesa de sucesiones (cfr. arts. 40 a 46 sobre la responsabilidad del heredero y 47 a 57 sobre colación y partición) y en parte en el Derecho supletorio (arts. 1.051 a 1.087 CC), así como en las normas de la LEC sobre la división judicial de la herencia (arts. 782 a 805 LEC). Además de las normas de la comunidad hereditaria, serán aplicables supletoriamente a esta situación, no las del contrato de sociedad, que presupone una comunidad dinámica, sino las de la copropiedad, en la misma forma y medida que a la indivisión sucesoria (65).

Para el Código Civil así lo entiende la doctrina y la jurisprudencia, que, por la remisión del artículo 1.410, suele reclamar el propio régimen normativo de la comunidad hereditaria en situación de indivisión, que, verdaderamente, es un supuesto similar, pero cuyo régimen normativo hay que inducirlo del conjunto de las reglas del sistema. También se rige por la normativa propia de la comunidad ordinaria contenida en los artículos 392 y ss. Pero, al estar pensados para la copropiedad sobre bienes concretos, sólo resultarán aplicables algunas de sus reglas, mientras que otras son absolutamente inaplicables (66). En particular habrá que tener en cuenta los artículos 1.013 a 1.034 respecto del inventario y 1.051 y ss. sobre partición, además de las normas de la LEC sobre división de la herencia (cfr. arts. 782 y ss. LEC) (67).

(65) En un primer texto articulado de la ponencia de la CADC se decía que *en lo no previsto en esta sección o en sede de derecho de viudedad, la comunidad disuelta se rige por las normas de la comunidad de bienes*.

La comunidad hereditaria se rige, con carácter supletorio y en lo no regulado especialmente por la ley (administración, disposición y disfrute de las cosas), por las normas del CC relativas a la comunidad de bienes, en cuanto lo permita su peculiar naturaleza: SSTs de 21 de marzo de 1944, 25 de noviembre de 1961, 7 de mayo de 1985, 18 de febrero de 1987, entre otras.

(66) Vid. LACRUZ, 1963, p. 561; PEÑA, 1989, p. 286; LASARTE, 2005, p. 264.

A RIVERA FERNÁNDEZ (1997, pp. 29-30) no le parece adecuado este planteamiento. Al contrario, cree “más razonable la localización de los problemas concretos que la institución presenta y la solución de los mismos por la vía de la aplicación analógica, lo que nos obliga, en cada caso, a encontrar la necesaria *identidad de razón* entre el supuesto a reglamentar y aquél cuyo régimen pretendemos aplicar. De esta forma –dice– podremos llegar a obtener un conjunto coherente de respuestas a problemas concretos. Proceder que, quizá, no nos remita ni a las normas de la comunidad ordinaria, ni a las propias de la comunidad hereditaria, sino, por ejemplo, a las de gestión de negocios ajenos, a las de la sociedad civil o, incluso, es posible que no se debiera excluir (a pesar de los términos empleados en los arts. 1.392 y 1.393 CC: *concluirá de pleno derecho... concluirá*) de forma tan categórica las normas propias de la sociedad de gananciales que, al menos en algunos aspectos, son mucho más completas y razonables que las propias de la comunidad ordinaria o hereditaria”.

(67) RAMS ALBESA (1992, p. 427) y VICENTE DÍAZ (1989, p. 2555) se oponen a que la mención que los artículos 1.402 y 1.410 CC realizan a las normas de las herencias pueda entenderse referida, junto a las normas del propio Código, a las que se establecen en la LEC.

VI. El carácter de la continuación en el Derecho histórico y en el vigente

1. La continuación de la comunidad conyugal en el Derecho histórico (68).

La expresión sociedad o comunidad “continuada” se generaliza pronto entre los autores, pero, desde un principio, se discute si se trata de la misma comunidad conyugal que continúa sin interrupción o de otra nueva sobre la base de la anterior y, por ello, parecida, pero, por otra parte, con un estatuto jurídico peculiar y bastante distinto del de la comunidad anterior.

Es Pedro MOLINOS el primer autor regnícola que atisba el nombre de comunidad continuada al hablar del sobreviviente que “se quedó en la sociedad y comunión de dichos bienes” (69); con más claridad es PORTOLÉS quien expresamente dice que *continuatur illa societas quae inter ipsos coniuges constante matrimonio quoad lucra et damna inducitur* (70). Con posterioridad, la expresión continuación o continuidad de la comunidad conyugal se generaliza en los autores y en la jurisprudencia, aunque se discute si es la misma comunidad u otra nueva.

Explica LA RIPA que, si no se hace legítima descripción, embargo, inventario u otra cosa que persuada que el sobreviviente o los herederos quieren separarse de la sociedad, *continúa ésta no de la misma forma que si sobreviviese el marido, pero poco menos; porque mientras no se separe expresamente o por alguna de aquellas diligencias, puede gastar y consumir de lo que queda, aunque lo que se aumentare deberá entrar y quedar en la comunión* (71). Para NOUGUÉS son dos sociedades distintas (72), también

(68) Reproduzco aquí lo escrito en 1993, pp. 394-398.

(69) *Libro de la Pratica*, 1575, p. 253, 2.^a col.

(70) *Scholia*, 1592, p. 560, número 2.

(71) *Tratado*, 1772. Edición facsímil de las Cortes de Aragón, Zaragoza, 1985, p. 191.

(72) NOUGUÉS, tratando de poner de manifiesto las diferencias entre la comunidad conyugal constante matrimonio y la comunidad conyugal continuada, dice que “esta segunda sociedad constituida por el silencio de los interesados, difiere de la primera; porque en la una entran todos los bienes, y en la otra sólo entran los que ya existían, y las adquisiciones que proceden de título oneroso, haciendo suyos cada uno de los cónyuges separadamente, y con una completa independencia, los bienes que emanan de título lucrativo: en la una todo lo que trabajan los socios es para la sociedad, cualquiera que sea la grangería a que se dediquen, y la ocupación en que se empleen; en la otra es patrimonio de cada uno de ellos lo que gana por un efecto de una industria, o de un trabajo extraño a la marcha, que primeramente llevaban los negocios de la comunión: por decirlo de una vez, lo que antes existía era una sociedad, que comprendía el producto de la industria, todos los bienes presentes, todos los muebles futuros cualquiera que fuese el título de adquisición, los sitios que ingresaron por título oneroso, y los rendimientos de los que procedieran de título lucrativo: y la que forman después, es una sociedad familiar, concreta a lo que hay al tiempo de su formación, y a lo que puede lucrarse con la administración de lo que existe entonces” (*Tratado del consorcio conyugal*, Zaragoza, 1859, p. 62).

para MARTÓN y SANTAPAU (73) y BLAS (74). AZPEITIA (75), por el contrario, estima que dicha sociedad es una verdadera *continuación*, pues su origen se remonta a la celebración del matrimonio. ISÁBAL (76) adopta una postura ecléctica.

En opinión de DELGADO, “es inútil este planteamiento. Dígase que la sociedad conyugal continúa, que se modifica, que la llamada continuada es sucesora de la anterior, etc., no puede pretenderse sacar consecuencias de la actitud adoptada. Lo importante es estudiar la estructura de una y otra, su organización y las relaciones mutuas”. “En realidad —dice RIVAS— se trata de la aplicación de un nuevo estatuto a una masa de bienes que sigue perteneciendo en cierto modo, a los mismos titulares, en cuanto que la parte del cónyuge premuerto pasa a sus causahabientes universales” (77).

Al disolverse el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, sus herederos le suceden en cuanto a la titularidad que al difunto correspondía sobre los bienes comunes, pero no ponen su capacidad patrimonial, ni siquiera en parte, al servicio del patrimonio común (sus adquisiciones no son para la sociedad; sus deudas no la hacen responsable), ni reciben las facultades de gestión que tenía el difunto. Las diferencias subjetivas y de régimen son, como tendremos ocasión de analizar con detalle, manifiestas.

Por ello parece preferible entender, con LACRUZ, que “la comunidad continuada conserva la base real del consorcio entre los cónyuges, pero es una nueva comunidad, compuesta por personas que no están unidas por matrimonio y pueden no estarlo por parentesco; en la cual ingresan sólo los bienes ganados conjuntamente o producidos por los del cónyuge viudo y la herencia del premuerto; de la que cabe separarse, en principio, y cuyo estatuto jurídico es notoriamente distinto. Mas sigue tratándose de una comunidad de aspecto acentuadamente familiar: de ahí la inalienabilidad de las cuotas y la unidad de dirección del cónyuge sobreviviente (característica indisponible de este consorcio)” (78).

La interpretación gramatical de las distintas referencias que la Compilación hace a la comunidad continuada en relación a la comunidad conyugal tampoco permite decidir de forma definitiva la cuestión debatida, pero creo que inclina también a favor de la consideración de que son dos comunidades y no una que se prolonga tras la muerte de uno de los cónyuges. Aunque en el artículo 52-2.º se habla de “continuación del consor-

(73) *Derecho y Jurisprudencia*, 1865, p. 559.

(74) *Derecho civil aragonés*, Madrid, 1873, p. 147.

(75) 1904, p. 55.

(76) *Exposición y comentario*, Zaragoza, 1926, p. 488.

(77) DELGADO, ADA, XII, 1963-64 p. 289.

(78) LACRUZ (-Sancho), 1974, 2.ª ed., p. 400.

cio” (es decir, de la comunidad legal), en el artículo 60 de que “continuará la comunidad existente al fallecimiento de uno de los cónyuges” y en el artículo 61 de “continuación de la comunidad con los descendientes”, sin embargo, estas expresiones parecen encerrar meras fórmulas si se tiene en cuenta que, según el artículo 62, “la comunidad continuada asume el activo y pasivo consorcial del disuelto matrimonio y que, con toda claridad, en el artículo 64 se distingue entre la “anterior comunidad conyugal” y la “continuada”. Parece, pues, que comunidad conyugal y comunidad continuada son dos comunidades y no la misma. Sistemáticamente, cada una de las comunidades ocupa título distinto dentro del Libro I, lo que pone de manifiesto que no se trata de dos fases de una misma institución, sino de dos instituciones íntimamente relacionadas hasta el punto de que la segunda sólo puede existir como continuadora de la primera.

La comunidad conyugal continuada se inicia, sin solución de continuidad, en el momento de la muerte de uno de los cónyuges como sucesora de la anterior comunidad conyugal, que, por tanto, parece preferible considerar disuelta, no tanto por el hecho de la muerte de uno de los cónyuges como por su integración en la nueva comunidad familiar que viene a sucederle.

Ahora bien, aunque parezca preferible entender que son dos comunidades, una continuación de la otra, no hay que olvidar que la segunda asume sin solución de continuidad el patrimonio final de la primera, que, por ello, ni se liquida ni se divide, sino que continúa como patrimonio inicial de la nueva comunidad. Desde luego, los derechos adquiridos por los acreedores de los cónyuges no resultan perjudicados por la existencia de la comunidad continuada. La salvaguarda de los derechos de los acreedores no se limita al caso de modificación capitular del régimen de comunidad constante matrimonio (art. 26 Comp.; cfr. art. 1.317 CC), sino que opera igualmente en todos los casos de disolución del consorcio conyugal y, con mayor motivo, también en el de continuación de la comunidad.

Por otra parte, la nueva comunidad familiar, llamada “comunidad conyugal continuada”, a diferencia de la comunidad en liquidación que sigue a la disolución de la comunidad conyugal, mantiene el carácter dinámico, es decir, no nace con la finalidad de afrontar la liquidación y división del patrimonio común, sino con la finalidad de continuar indefinidamente la rentable explotación de los bienes y negocios de la masa común.

A efectos fiscales, la existencia de una o dos comunidades familiares creo que no tiene consecuencias, puesto que la sociedad conyugal, sea matrimonial o continuada, no tiene personalidad jurídica propia, por lo que fallecido uno de sus integrantes, aunque el viudo y los herederos del premuerto formen –voluntaria u obligatoriamente– una comunidad conyugal continuada, hay un innegable desplazamiento patrimonial de la parte de

los bienes comunes que correspondía al causante, cuya titularidad jurídica corresponde ahora al viudo y a los herederos del causante. El adquirir esa titularidad es lo que permite a los herederos formar parte de la comunidad conyugal continuada, y lo que les legitima para, en el momento de su disolución, exigir la adjudicación de una parte de bienes concretos de la disuelta comunidad conyugal. La especialidad consiste en que la titularidad de los bienes que reciben por herencia del causante se traduce, de momento, no en bienes o cuotas indivisas de los mismos, sino en derechos en una sociedad conyugal que continúa (79).

En cuanto al derecho transitorio, la disposición transitoria tercera de la Compilación de 1967 se encarga de despejar las posibles dudas (80) al indicar que “la comunidad conyugal continuada (arts. 60 a 71) se regulará conforme a las normas vigentes en el momento del fallecimiento del cónyuge causante”.

Por lo que respecta al derecho interregional, creo que la comunidad conyugal continuada corresponde a los cónyuges cuyo régimen económico-matrimonial sea de comunidad de bienes y esté sometido a lo dispuesto en la Compilación aragonesa, cualquiera que sea la vecindad de uno o ambos cónyuges. Entiendo que, como el derecho de viudedad, la comunidad conyugal continuada ha de regirse por la misma ley que regula los efectos patrimoniales del matrimonio, de modo que sólo cuando esa ley sea la aragonesa podrá tener lugar, en su caso, la comunidad continuada.

2. La continuación en el Derecho vigente.

En el Derecho vigente, el legislador se ha preocupado de terminar con la polémica histórica sobre el carácter de la continuación de la comunidad conyugal. Ahora, al enumerar las causas de disolución del consorcio, no se hace ninguna salvedad sobre la posible existencia de la comunidad que continúa; el epígrafe de la Sección 2.^a habla de “la comunidad que continúa tras la disolución” (81); el artículo 68, primero de los artículos

(79) En el mismo sentido, SOLCHAGA LOITEGUI, Jesús: “Comentario desde el punto de vista del Derecho Tributario”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, volumen 2.º (dirs. José Luis LACRUZ BERDEJO y Jesús DELGADO ECHEVERRÍA), Gobierno de Aragón, Zaragoza, 1993, pp. 611-621.

(80) Si se admite que se trata de la misma sociedad en sus dos fases, habría que defender la aplicación del ordenamiento vigente en el momento de celebrarse el matrimonio (o de otorgar capitulaciones matrimoniales), mientras que si se admite que son dos comunidades, habría que aplicar a la “continuada” el derecho vigente a la muerte del cónyuge. Cfr. DELGADO, ADA, XII, 1963-64, p. 289, que remite a los interesantes argumentos presentados a este respecto por POTHIER.

(81) Acta CADC 124, de 4 de julio de 2001: “Sobre el título del epígrafe, Don Jesús Delgado Echeverría dice que le gusta, ya que es un guiño a la supresión que se hace de la comu-

de esta Sección, comienza diciendo que, *disuelta la comunidad matrimonial y hasta tanto no se divida, ingresarán en el patrimonio común* de la comunidad que continúa determinados bienes.

El precepto deja claro de entrada que esta comunidad es posterior a la comunidad matrimonial o conyugal porque tiene como presupuesto que ésta se haya disuelto; es, por tanto, una comunidad posconsorcial, cuyo patrimonio inicial es el patrimonio final de la comunidad disuelta, pero que a partir del momento de la disolución y mientras dura la indivisión está sujeto a nuevas reglas sobre activo, pasivo y gestión. La extinción de la comunidad anterior y el nuevo régimen del patrimonio común, mientras continúa indiviso, hacen que estemos en presencia de una nueva comunidad.

El texto del artículo sirve, por tanto, para evitar la discusión histórica sobre el carácter de la continuación. Queda claro que no es la misma comunidad matrimonial que continúa tras la muerte de uno de los cónyuges sin disolución, sino que es una nueva comunidad que se inicia con la disolución, por cualquier causa, de la comunidad matrimonial (82).

La misma idea cabe deducir de la sistemática del capítulo y del epígrafe de la sección 2.^a: el consorcio conyugal (o la comunidad conyugal) se ha disuelto (sección 1.^a), pero no se ha liquidado y dividido el patrimonio común (sección 3.^a); mientras continúa la indivisión seguimos en situación de comunidad, pero es una comunidad en liquidación cuyo régimen es el de la sección 2.^a Lo primero es, por tanto, la disolución de la comunidad conyugal anterior; lo segundo es la falta de liquidación y división del patrimonio común; lo tercero es la aplicación de un nuevo régimen mientras dure esa situación de comunidad en liquidación.

Por otra parte, el nuevo régimen tiene como presupuesto la disolución de la “comunidad matrimonial”, que normalmente será el consorcio conyugal en cuanto régimen legal, pero que puede ser cualquier otra comunidad matrimonial establecida en capitulaciones matrimoniales. La letra del precepto sirve para confirmar que la regulación de la comunidad que continúa tras la disolución es aplicable a cualquier comunidad matrimonial disuelta mientras se mantenga la indivisión del patrimonio común.

nidad conyugal continuada y, además, entronca con la regulación tradicional del Derecho aragonés”.

(82) El Acta CADC 124, de 4 de julio de 2001, dice que “Don José-Antonio Serrano García cree que tal vez podría mejorarse la redacción de la entrada comenzando el precepto de la siguiente forma: «*En tanto no se divida la comunidad que continúa tras la disolución de la comunidad matrimonial...*». Sin embargo, Don Jesús Delgado Echeverría dice que prefiere mantener la redacción inicial, para evitar el debate acerca de si la comunidad posconsorcial es la misma que la consorcial pero con distinto régimen jurídico o no es la misma”.

VII. Naturaleza jurídica de la nueva comunidad

El problema de la naturaleza jurídica de la comunidad posconsorcial o posganancial se plantea, hasta cierto punto, de forma semejante al de la naturaleza del consorcio conyugal o la sociedad de gananciales, al menos mientras lo que nos cuestionemos sea, como suele hacerse, la naturaleza del patrimonio común (o de los bienes comunes, o de las titularidades sobre ellos). La cuestión no es gratuita ni irrelevante, sino que tiene, como todas las cuestiones teóricas bien planteadas, importantes consecuencias prácticas; la más obvia de ellas: ¿puede disponerse de –o pueden embargarse– mitades indivisas de los bienes comunes de los cónyuges o partícipes? (83).

La naturaleza jurídica de la comunidad posconsorcial es sustancialmente la misma del consorcio conyugal, pero, al haberse disuelto éste y haber dejado de tener la nueva comunidad finalidad familiar y carácter personalísimo, ahora la cuota en el patrimonio común es disponible y embargable y los partícipes tienen derecho individual a pedir la división de la comunidad. En lo demás, las características de esta comunidad coinciden con las del consorcio conyugal.

La cuestión de la naturaleza jurídica de la comunidad posganancial tiene una especial importancia por su falta de regulación en el Código Civil. La concreción sobre su configuración jurídica sirve, sobre todo, para ofrecer situaciones de analogía que permitan superar la señalada carencia legal (84). En cambio, en Derecho aragonés, donde existe una regulación bastante completa y detallada de la institución, la delimitación de la naturaleza jurídica es menos trascendente (85).

1. Dudas en el Derecho histórico.

Entiende LACRUZ que, desde sus orígenes, se puede catalogar a la comunidad conyugal como germánica o en mano común: hay un patrimonio

(83) Planteamiento que tomo de DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: *Manual de Derecho civil aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, p. 182.

(84) RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, p. 31, 2000, pp. 2522 y 2001, p. 470. José Ángel MARTÍNEZ SANCHIZ (Cap. XLII del *Derecho Hipotecario*, de ROCA SASTRE, R. M.^a, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., t. VI, 8.^a ed., Barcelona, 1997, p. 275) dice que, “en rigor, el asunto no está en determinar la naturaleza de esta hipotética comunidad, sino en averiguar el régimen jurídico que deba aplicarse a los bienes gananciales pendientes de liquidación”.

(85) Como dice MEDRANO SÁNCHEZ (2004, p. 13), “la polémica sobre la naturaleza jurídica del patrimonio común, si comunidad romana o germánica, pierde así gran parte de importancia para el régimen económico legal aragonés: en la medida en la que existe una regulación jurídica más completa y detallada de la institución se hace menos imprescindible delimitar la naturaleza jurídica de la comunidad conyugal”.

común, compuesto de *moule e de siti*, en el cual los cónyuges tienen un derecho indeterminado, que no versa individualmente sobre cada uno de los bienes, sino sobre todos ellos en su conjunto. Al patrimonio común se le atribuyen cierto tipo de deudas, como las producidas por la muerte de uno de los cónyuges o el pago de las ventajas en favor del sobreviviente. Y, por otra parte, el principio de unidad de acción en los negocios jurídicos de mayor importancia, junto con el principio de dirección del marido, que informan la legislación aragonesa, alejan la indivisión existente entre los cónyuges de la copropiedad romana y la identifican con la comunidad en mano común (86).

Pero el mismo LACRUZ indica que en los fueros 2.º *De contractibus coniugum* y 7.º *De homicidio* se acepta formalmente la idea de la indivisión romana. En ellos, por contraste con los restantes, no se alude a la mitad que corresponde a la mujer en el patrimonio común, porque, efectivamente, este patrimonio no existe cuando se concibe la comunidad conyugal como una situación de indivisión de los cónyuges sobre cada uno de los inmuebles adquiridos por título oneroso constante matrimonio, y sobre todos los muebles. Así, cuando el fuero 7 *De homicidio* afirma que la mujer, caso de ejecución por deudas del marido, tendrá *bona sua salva, nec habebit partem mobilium*, quiere decir que la mujer tiene un derecho actual y perfecto sobre una mitad indivisa de cada uno de los inmuebles lucrados, cuya mitad entra ya *in bona sua*, por lo que no es preciso salvar expresamente *medietas omnium lucratorum immobilium quae pariter fecerunt* (87).

Según LACRUZ, los escritos que han llegado hasta nosotros de los primeros autores posteriores a los fueros de 1.247 muestran una comprensible vacilación al tratar de clasificar el régimen matrimonial aragonés entre los tipos de situaciones colectivas conocidas por el Derecho romano. Contemplan la comunidad como un caso de indivisión, y además la conciben como una sociedad en que los derechos de los socios son casi idénticos (88).

(86) Cfr. "Naturaleza jurídica del consorcio conyugal aragonés", ADA, V, 1949-50, pp. 254-256. Ahora bien, el propio LACRUZ advierte en las conclusiones de su estudio (pp. 347-348) que "las soluciones que dan a los problemas concretos de Derecho positivo quienes defienden la calificación de la comunidad matrimonial —en Aragón, o en cualquiera de los códigos europeos que la regulan— como una comunidad en mano común, me parecen del todo aceptables, pero en cambio no veo que la noción misma de comunidad en mano común, por su excesiva amplitud, sea suficientemente precisa para, sin más, caracterizar la comunidad entre cónyuges. Por el contrario, entiendo que, tal noción está necesitada de ulteriores precisiones, por lo que, si la locución es un término cómodo, no se ve que sea igualmente útil".

Con estas salvedades incluye a la comunidad conyugal continuada entre las que cabe calificar de comunidad en mano común (p. 348).

(87) ADA, V, 1949-50, pp. 255-256.

(88) Cfr. ADA, V, 1949-50, pp. 256-259.

Enorme trascendencia tiene la obra de Jaime DE HOSPITAL, donde se formula una construcción de la comunidad conyugal que va a regir, con variantes de poca importancia, hasta finales del siglo XIX:

a) En cuanto a los bienes muebles, afirma HOSPITAL que la mujer no tiene sino un derecho expectante, ya que por efecto del derecho de administración del marido, constante matrimonio están en su propiedad (89) y puede enajenarlos con alguna limitación (90). La mujer, además, no puede cobrar los créditos que tenga contra otro, derecho que compete al marido (91).

b) Respecto de los inmuebles, aun cuando HOSPITAL no empleó la expresión *administrator sedentium*, sus ideas fueron recogidas en la obs. 1.^a *Rerum amotarum* de la colección “oficial”, donde se contiene esta locución. La titularidad de administración sobre los inmuebles del marido es muy amplia y comprende la posibilidad de enajenarlos, a salvo el derecho de viudedad de la mujer (92).

En cuanto a la propiedad, cada uno de los inmuebles adquiridos por cualquiera de los cónyuges a título oneroso constante matrimonio pertenece proindiviso por partes iguales a marido y mujer. A estas porciones indivisas se refiere Jaime DE HOSPITAL cuando habla de *medietas* (93). En HOSPITAL se halla ausente la idea de un patrimonio común, distinto a los privativos de los cónyuges: los muebles pertenecen en propiedad al marido durante la comunidad y los inmuebles pertenecen proindiviso por partes iguales al marido y a la mujer.

Esta concepción romanizante pasa a las observancias “oficiales” (94) que, en buena parte, no hacen sino copiar la recopilación de HOSPITAL casi al pie de la letra, y la misma dirección siguen los autores que escriben comentarios, entre ellos Antich DE BAGÉS y Martín DE PERTUSA (95). No obstante, LACRUZ ha encontrado en la obra de HOSPITAL muchas con-

(89) Vid. OJH 5.3.35 y 5.5.1. Vid. *etiam*, de las Colecciones publicadas en el AHDE, las obs. I, 14 y I, 91. En las observancias de DIEZ DE AUX afirman que el marido es señor y administrador de los bienes muebles, entre otras, la 1.^a *Rerum amotarum*, 1.^a *Ne vir sine uxore*, 24, 25, 32, 33, 36 *De iure dotium*.

(90) Vid. OJH 2.5.5 (1.^a *Ne vir sine uxore*); 5.5.1 (1.^a *Rerum amotarum*); 5.3.34 (24 *De iure dotium*); 5.3.16 (9 *De iure dotium*). Vid. *etiam* la obs. 4 *Ne vir sine uxore* y las I.14, I.91 y II.320 de las publicadas en el AHDE.

(91) Vid. OJH 5.3.42 (32 *De iure dotium*), 5.3.43 (33 *De iure dotium*) y 5.3. 79.

(92) Vid. OJH 5.3.36 y 2.5.6; entre las obs. del AHDE, véanse la I.44 y I.91 y entre las de Martín DIEZ DE AUX las 2.^a *Ne vir sine uxore* y 26 *De iure dotium*.

(93) Vid. OJH 5.3.38.

(94) Vid. Obs. 25, 28, 30, 31, 32, 36, etc. *De iure dotium*; 1.^a *Rerum amotarum*.

(95) Cfr. LACRUZ, ADA, V, 1949-50, pp. 262 y 263.

tradiciones respecto a los conceptos romanos de copropiedad y sociedad, lo que le lleva a mantener que la comunidad conyugal en Jaime DE HOSPITAL, como en los Fueros, es de tipo germánico (96).

Pero en general los autores limitan el derecho del marido sobre los bienes inmuebles comunes a la simple administración, y conceden a la mujer la mitad de cada uno de los inmuebles adquiridos, de modo que su derecho es actual y semejante al de un copropietario: la parte que en cada inmueble le corresponde se confunde con su patrimonio privativo. En esta dirección se inclinan MOLINO, PORTOLÉS, LISSA, LA RIPA, NOUGUÉS (97).

También el Apéndice, siguiendo la terminología del Código Civil, habla de “sociedad conyugal”, “sociedad conyugal tácita”, “sociedad conyugal paccionada” a lo largo de todo el articulado destinado a la regulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges, lo que pudiera hacer pensar en la tesis de la sociedad. Sin embargo —dice LACRUZ—, la expresión “sociedad”, usada tan liberalmente en el texto legal, no tiene en él valor de una expresión técnica, sino el de una metáfora; alude a la masa patrimonial de bienes comunes (98).

Asimismo, el Apéndice ofrece en varios pasajes expresiones muy favorables a la tesis de la copropiedad: “serán nulas, sin embargo, en cuanto a la mitad que en estos bienes afecta a la mujer [...]” (art. 49); “Los bienes raíces o inmuebles de la mujer, y la mitad que pertenezca a ésta en los comunes de la misma clase, no responderán [...]” (art. 50) (99); “Si el

(96) Vid. ADA, V, pp. 260-262. La misma opinión mantiene respecto a la colección de observancias de 1437: *vid.* pp. 269-271.

(97) Vid. las citas de autores en LACRUZ, 1949-50, pp. 264-66. EDO MIGUEL lleva a sus últimas consecuencias la tesis de la copropiedad inorgánica de los cónyuges sobre los inmuebles comunes: cuando un cónyuge adquiere por título oneroso con bienes comunes algún inmueble, el otro lucra la mitad, de modo que los inmuebles no son nunca comunes, sino que tienen siempre su mitad determinada y convicta respecto a los cónyuges (“Notas para el estudio de nuestro Derecho aragonés: bienes comunes y bienes propios en el régimen matrimonial legal”, en la *Revista Jurídica Aragonesa*, núm. 1, 1928, p. 20).

(98) Cfr. LACRUZ, ADA, V, 1949-50, pp. 275-285.

(99) Se criticaba esa exclusión de responsabilidad hecha en cuanto a la mitad perteneciente a la mujer en los inmuebles comunes, por entender que se volvía así a considerar la comunidad aragonesa como dividida en cuotas, como la romana, en contra del criterio que sobre su naturaleza había prosperado [cfr. BATALLA GONZÁLEZ, Manuel: “Del régimen económico conyugal (arts. 23 a 51 inclusive, de la Compilación)”, *BCAZ*, núm. 26, 1967, p. 80].

La RDGRN de 12 de enero de 1924 dice que, “aun cuando los expresados actos y documentos pronuncian la extinción del consorcio matrimonial, en virtud de la cual ya los bienes comunes no pueden ser transferidos ni gravados por el cónyuge viudo mientras no se liquide aquella sociedad y se le adjudiquen privativamente los que le correspondan, eso no impide que los interesados en ella soliciten y obtengan que conste en el Registro el estado actual de sus respectivos derechos, conforme a lo que resulta de los títulos y de los mismos asientos de los libros en cuanto publican el origen de la adquisición de los bienes pertenecientes a la sociedad

cónyuge deudor carece de bienes inmuebles y los hay comunes, únicamente contra la mitad que en éstos corresponda a aquél se podrá proceder para el pago de las deudas [...]” (art. 51), de donde parece deducirse que compete a marido y mujer respectivamente derecho sobre una mitad indivisa de cada uno de los bienes dados en esta forma (100).

Sin embargo, también contiene otros textos que contradicen los ahora transcritos (arts. 50, 55, etc.) y, además, hay dos que explican con mucha claridad cómo entiende el Apéndice el concepto de “mitad de bienes comunes”. Refiriéndose a la continuación de la comunidad, el artículo 53 dice: “Si los demás interesados optan por conservar la sociedad, la participación retirada por los que se hayan separado se contará en lo venidero, imputándola a la *mitad del interés* que a la sucesión corresponde en la sociedad”. Y el artículo 57 menciona “los haberes de cada partícipe en el fondo común” y “el interés en la sociedad de todos los herederos de consortes fallecidos”.

Para LACRUZ, ni en el Apéndice ni en las Observancias basta la teoría de la indivisión inorgánica para explicar la reglamentación de la comunidad, ni sus efectos. Cada copropietario tiene derecho de gravar y enajenar su cuota parte, mientras que un cónyuge, regularmente, no puede disponer ni gravar su cuota, no sólo en la masa común, sino sobre cada uno de los bienes comunes; cada copropietario tiene derecho de pedir la división en cualquier momento, mientras que, constante matrimonio, no pueden los cónyuges aisladamente pedir la división de los bienes comunes; en la copropiedad hay una confusión completa entre la parte indivisa de cada comunero y el resto de su patrimonio, mientras que, por el contrario, en la comunidad conyugal existe un patrimonio común, distinto de los privativos de los cónyuges (101).

En el ámbito del Código Civil, también algunas Resoluciones de la DGRN, muy antiguas en su mayoría (con alguna excepción, como la de 20 de octubre de 1958), admitieron la titularidad del cónyuge viudo sobre la mitad de cada uno de los inmuebles gananciales, y su correlativa legitimación para enajenarlos, con posibilidad de inscribir la enajenación de la mitad de los mismos, pronunciándose así en favor de la existencia de tantas comunidades ordinarias (cfr. arts. 392 y ss.) cuantos bienes hayan de

conyugal. La inscripción a favor del heredero don Manuel A. de la nuda propiedad de la mitad indivisa de las fincas descritas en la escritura objeto del recurso no viene a ser otra cosa sino la expresión real del estado jurídico de los bienes en el tiempo del otorgamiento de dicha escritura, sin que exista precepto legal alguno de orden hipotecario que impida acceder a la referida inscripción, cualesquiera que sean las consecuencias que entre los interesados produzca la falta de liquidación de la sociedad conyugal, disuelta por muerte de doña Josefa de A. y L.”.

(100) Vid. *etiam* artículos 66-2-1.º y 67-3.º

(101) Cfr. LACRUZ, ADA, V, 1949-50, pp. 299-301.

considerarse integrados en el patrimonio ganancial en liquidación. Dicha tesis, sin embargo, ha sido abandonada por la propia DG, al menos desde la mitad del siglo XX, que refiriéndose siempre a los bienes inmuebles, como es natural, resalta la falta de derecho concreto de los partícipes en la comunidad posmatrimonial sobre los bienes singulares, y, por tanto, la falta de legitimación para enajenar o gravar las correspondientes mitades (R. de 10 de julio de 1952) (102).

Igualmente, el Tribunal Supremo, después de una primera fase en la que en ocasiones entiende que la comunidad conyugal es una comunidad romana, considera ya desde antiguo (se citan las SS de 15 de marzo de 1945 y de 11 de junio de 1951) que en la comunidad posganancial, lo mismo que en la ganancial, los copartícipes no tienen cuotas sobre bienes concretos, sino que las mismas recaen sobre el conjunto del patrimonio, doctrina que se ha mantenido prácticamente inalterable desde entonces (103).

2. Patrimonio colectivo, separado y dotado de cierta autonomía, pero sin cuotas sobre los bienes que lo integran.

A diferencia del Apéndice, la Compilación no usa la terminología de “sociedad conyugal”, sino la más afortunada de “comunidad”: “pasivo de la comunidad”, “gestión de la comunidad”, “disolución de la comunidad”, etc.

(102) Por todos, *vid.* LASARTE, 2005, p. 263; LACRUZ, 2005, pp. 169-171.

Particularmente reveladora acerca de esta cuestión resulta la resolución de 26 de julio de 1907 (JC 1907/39), que hace referencia a la evolución de la doctrina de este organismo, señalando que en las resoluciones de 8 de enero de 1878 y 1 de octubre de 1884 se mantenía la calificación de comunidad romana, pero que esta doctrina empezó a abandonarse a partir de la resolución de 29 de abril de 1902.

Señala MÁS BADÍA (1999, p. 43) que, “tras algún escarceo favorable a concepciones diferentes, la DGRN se decantó por la tesis de la comunidad germánica a partir de la R de 17 de noviembre de 1917, a la que siguieron las Rs. de 15 de julio de 1918 y de 12 de mayo de 1924. En su resolución de 30 de junio de 1927, que destacan especialmente los autores, por contener un resumen de la posición germanista sustentada por la Dirección, y cuya cita se ha convertido casi en algo ineludible, señala: «Entre las distintas construcciones jurídicas con las que la técnica moderna trata de explicar la situación jurídica de la sociedad de gananciales, parece ajustarse a los dictados de nuestro Derecho positivo la que admite una especie de mancomunidad de bienes entre marido y mujer, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división mientras dura la vida en común, y con atribución de los poderes de disposición a título oneroso y en ocasiones a título gratuito al mismo marido, como jefe económico de la familia, y excepcionalmente a la mujer». A partir de aquí, esta línea de pensamiento se ha ido consolidando tanto en la doctrina de la Dirección, como en la jurisprudencia del TS, e incluso en los ensayos científicos, de modo mayoritario”. *Vid.* RR DGRN de 16 de octubre de 1986 y 28 de febrero de 1992, entre otras.

(103) Ciertamente, como veremos, muchas de las SSTS suelen calificar a la comunidad posganancial como comunidad ordinaria o romana, pero acto seguido consideran que la titularidad no recae sobre cada bien concreto, sino sobre el conjunto del patrimonio.

Aunque tiene rasgos plurales, la comunidad conyugal no es una sociedad, ni menos una sociedad perfecta con personalidad jurídica. Lo mismo cabe decir en el Derecho vigente, en el que el legislador ha preferido hablar de “consorcio conyugal”, “comunidad que continúa tras la disolución del consorcio” o simplemente de “comunidad matrimonial”.

También desaparecen con la Compilación todos los posibles argumentos que en el Derecho aragonés anterior inducían a algunos autores a sostener la tesis de la copropiedad de los cónyuges sobre los bienes comunes. Con toda claridad define la existencia de tres patrimonios diferenciados: los privativos de cada uno y el común. Incluso dedica un artículo, el 47 Comp. (44 Lrem.), a regular las relaciones entre estos patrimonios. Ya no se habla de salvaguardar la mitad que en los inmuebles comunes pertenezca al cónyuge no deudor, sino de dejar a salvo el *valor* que en el patrimonio común corresponde al otro cónyuge (art. 46 Comp.; 42 Lrem.) (104). Por consiguiente, no hay duda sobre la existencia de un patrimonio común, distinto de los privativos de los cónyuges (105). Así sucede también en el Derecho vigente.

La existencia del patrimonio común resulta del hecho primario de la pertenencia de un conjunto de bienes a los cónyuges, pero de modo que a éstos corresponde un derecho indeterminado sobre los bienes concretos. Es un patrimonio colectivo, separado de los privativos de los cónyuges y dotado de cierta autonomía, que deriva sobre todo de la existencia de una responsabilidad provisional y definitiva específica de esta masa patrimonial y distinta de la que afecta a los bienes privativos de los cónyuges. El patrimonio común, sin ser un nuevo objeto de derecho (mucho menos un sujeto), puede entrar en relación de crédito (o de derecho real)

(104) “Esto está muy bien técnicamente –dice BATALLA GONZÁLEZ–, pero no cabe duda que no quedan tan garantizados como antes los derechos de la mujer [otro cónyuge]; antes, cuando al Registro llegaba un mandamiento embargando los bienes comunes, sencillamente le negábamos la mitad indivisa correspondiente a la mujer; y en cambio aquí, como primero hay que hacer la operación contable que nos dé la cifra que significa este valor en el patrimonio común, aquello es imposible que tenga ninguna garantía, de modo que queda sometido a la liquidación de la sociedad conyugal y entonces será cuando se determine lo que deberá abonar un cónyuge a otro, pues para eso hay un artículo que dice que se hará este recuento al liquidarse la sociedad conyugal” (Ponencia sobre “régimen matrimonial de bienes” en las *Jornadas de Derecho aragonés* (Zaragoza, 1969), en “Actas de las Jornadas”, ADA, XIV, pp. 522-523).

(105) Dice J. RAMS ALBESA que “la redacción que en la compilación de 1967 se da a los preceptos que regulan el pasivo de la comunidad y en concreto la de los artículos 46 y 47 en los que se recogen los términos de «patrimonio común» y de «patrimonio consorcial» respectivamente, hace pensar con algún fundamento que el concepto doctrinal «masa» –término de relación técnicamente necesario en los regímenes comunitarios– adquiere en la comunidad legal aragonesa una corporeidad sustantiva de la que queda desterrada la vieja idea de que los bienes sitios comunes se tienen por *mitad* por marido y mujer, al menos, en cuanto se refiere a los terceros” (“Comentario al artículo 24 Comp., en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, I, dirigidos por J. L. LACRUZ, Diputación General de Aragón, 1988, p. 717).

con los patrimonios privativos de los cónyuges. En particular, puede ser acreedor o deudor de reintegros o reembolsos, debidos, en general, siempre que uno de los patrimonios se lucra sin causa a costa de los otros (*vid.* art. 44 Lrem.). Aunque no tiene personalidad jurídica ni capacidad procesal (cfr. art. 541-1 LEC) (106), su activo, su pasivo y su gestión se hallan delimitados legalmente, con relativa separación de la regulación de estos extremos respecto de los patrimonios privativos de los cónyuges.

Pero la autonomía del patrimonio común no es total, lo mismo que la separación respecto de los patrimonios privativos es sólo relativa, por la sencilla razón de que aquél se nutre con los frutos y rendimientos de éstos y, sobre todo, porque de las deudas y responsabilidades comunes responde también el cónyuge (o cónyuges) deudor con sus bienes privativos, y de las deudas privativas responden también, en defecto de bienes privativos, los comunes (107).

Titulares de los bienes consorciales –propietarios, acreedores, etc.–, puesto que no surge una nueva persona jurídica, son los cónyuges o partícipes, en mano común. Los diversos objetos no pertenecen proindiviso a los cónyuges o partícipes, sino sin cuotas concretas: la cuota se determina por relación a la masa conjunta (habida cuenta también del pasivo). Tanto el consorcio conyugal como la comunidad posconsorcial son comunidades sin cuotas sobre los bienes concretos que las integran. Pero ello no excluye que los cónyuges o partícipes sean los propietarios de cada cosa –titulares, en general, de cada derecho–, de modo que el derecho de uno y otro, unidos, forman el derecho total (108).

(106) Como dice MEDRANO SÁNCHEZ (2004, p. 21), “no tendría un especial sentido otorgar capacidad para ser parte en el proceso al consorcio, cuando el mismo está integrado por dos personas que en situaciones de crisis patrimonial habrán de presentar, con mucha probabilidad, intereses enfrentados [...] No me parece acertada la consideración de quienes han querido ver el otorgamiento de personalidad procesal al consorcio en el artículo 6-1-4.º LEC [*vid.*, por ejemplo, GUILARTE GUTIÉRREZ, 2003, pp. 71-72], pues este precepto se refiere a patrimonios que carezcan transitoriamente de titular (caso sí, de la herencia yacente), pues aquí en ningún momento hay situación, ni aun transitoria, de falta de titularidad de los cónyuges sobre el patrimonio común, por más que el mismo integre un patrimonio relativamente separado de los privativos de los mismos y por más que los derechos de cada uno de los cónyuges sobre ese patrimonio no están apriorísticamente determinados”.

(107) A juicio de Díez Soto (2004, pp. 104-111), el concepto dogmático que mejor explica la estructura y funcionamiento del régimen de gananciales es el concepto de “patrimonio separado”, que permite explicar en términos mucho más satisfactorios que la idea de comunidad la consideración unitaria y dinámica, no sólo de bienes y derechos actuales, sino también de bienes y derechos futuros, así como de las obligaciones y posiciones pasivas, respecto de las cuales no parece posible acudir a la idea de comunidad (cfr. art. 392).

Sobre el grado de autonomía del patrimonio ganancial, *vid.* la brillante exposición del estado de la cuestión que hace BLANDINO GARRIDO, 1999, pp. 67-86.

(108) DELGADO, 2006, p. 183. Señala LACRUZ (“En torno a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales”, RGLJ, 1950-1, p. 379) que “hay en la comunidad sobre un patrimonio, una serie de titularidades sobre los bienes y derechos individuales compartidas por los con-

Tampoco el patrimonio común puede tener la condición de deudor de las deudas comunes; aunque respondan directamente los bienes comunes, en cualquier caso, toda deuda común es también deuda personal de, al menos, uno de los cónyuges.

Esta especial naturaleza de la comunidad matrimonial tiene como consecuencias, en primer lugar, que los acreedores particulares de un cónyuge no pueden embargar mitades de bienes consorciales, como si tales mitades pertenecieran a su deudor, sino que embargan –dadas ciertas premisas– bienes comunes en atención a la participación de su deudor en el patrimonio común (tampoco su participación, al menos mientras la comunidad no se disuelve, por su carácter personal) (109); en segundo lugar, que los cónyuges y sus herederos, mientras el consorcio no se liquida, no pueden disponer sobre mitades indivisas de bienes consorciales, ni inscribir así los inmuebles a su favor (110).

sortes, los cuales son directamente copropietarios, usufructuarios, coacreedores, etc., pero no se sabe en qué medida es compartida cada una de las titularidades singulares sino por referencia a las otras y con arreglo a un módulo fijado por la ley o por negocio jurídico, aunque en cualquier momento puede fijarse el valor económico de la situación jurídica global”. Este criterio es el que sigue RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, p. 42; 2000, p. 1523.

MÁS BADÍA (1999, p. 46) resume la doctrina mayoritaria de los autores sobre la naturaleza de la sociedad de gananciales del siguiente modo: “Los autores que siguen la tesis del Supremo afirman, a grandes rasgos y con algunas variantes, la mancomunidad sobre un patrimonio separado y colectivo que goza de un alto grado de autonomía, pero sin estar dotado de personalidad (no existe un tercer ente que se interponga entre los cónyuges) y que se halla adscrito fundamentalmente al levantamiento de las cargas del matrimonio. La titularidad material de dicho patrimonio, su dominio, corresponde a ambos cónyuges en mano común, de modo que no hay cuotas de las que se pueda disponer; y éstas, en su caso, constituirían todo lo más la medida a la que atender, en el momento de la disolución y liquidación de la comunidad, para repartir las ganancias”.

Entre la amplísima bibliografía sobre la naturaleza de la sociedad de gananciales, *vid.* LA CRUZ BERDEJO, 1950; VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: “En torno de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales (Reflexiones que continúan otras de José Luis Lacruz en 1950)”, ADC, 1990, pp. 1021 y ss. (= *Libro Homenaje al Profesor Lacruz Berdejo*, vol. 1, Barcelona, 1992, pp. 809 y ss.); GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: “La naturaleza jurídica de la actual sociedad de gananciales”, ADC, 1992-3, pp. 875-928; BENAVENTE MOREDA, Pilar: *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*, Colegio Nacional de Registradores/Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993; MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 111-117; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a Eugenia: “La naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales”, RdP, 2001, número 6, pp. 113 y ss.; GUTIÉRREZ BARRENENGOA, 2002, pp. 44-95; FRADEJAS RUEDA, O. M.: “Una sociedad olvidada: La sociedad de gananciales”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, volumen I, Madrid, 2002, pp. 215 y ss.; HERNÁNDEZ RUEDA, Nuria: “Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales”, en el *Libro Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, Granada, 2002, pp. 809 y ss.; Díez SOTO, 2004, pp. 91 y ss.

(109) En el ámbito del Código Civil, el problema es asumir –como hace el art. 541-3 LEC– apriorísticamente la concepción germanista del consorcio conyugal y extraer de ello la necesidad de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales frente al embargo propiciado por un acreedor (GUILARTE GUTIÉRREZ, 2003, p. 52, nota 6).

(110) DELGADO, 2006, p. 184.

3. El patrimonio posconsorcial: cambio de características de la cuota.

El patrimonio común durante el consorcio conyugal es un patrimonio dinámico, funcional, que se caracteriza por su estricto carácter personal. Este consorcio sólo es posible entre cónyuges y, por serlo, no es susceptible de ampliación voluntaria, no existe la facultad de pedir la división, ni las participaciones en él son alienables mientras dura (como no lo es el patrimonio en sí), ni embargables. Sólo son embargables los bienes singulares que lo componen. Lo mismo cabía defender para la comunidad conyugal continuada de la Compilación (111).

En cambio, el patrimonio común de los cónyuges se convierte tras la disolución del consorcio en una comunidad universal ordinaria y estática, de naturaleza análoga a la de la comunidad hereditaria (112), cuyo destino es ser liquidada y dividida entre los partícipes (113). En caso de disolución por muerte, la comunidad posconsorcial, aunque la administración y el usufructo correspondan al cónyuge viudo, tiene también estas características, si bien la partición frecuentemente se demorará más.

Al perder el carácter personal y familiar que tenía el consorcio conyugal y convertirse en un patrimonio en liquidación (114), cambia el régi-

(111) Cfr. LORENTE SANZ, José: “Disolución, liquidación y división de la sociedad conyugal. De la comunidad conyugal continuada (arts. 52 a 71 inclusive, de la Compilación)”, *BCAZ*, número 26, 1967, p. 100; J. A. SERRANO GARCÍA, 1993, p. 525.

(112) *Vid.*, por todos, LACRUZ, 2005, p. 247; Díez-PICAZO y GULLÓN, 2006, p. 195; dice RIVERA FERNÁNDEZ (2000, p. 2523) que “fundamentados en la específica remisión realizada por el artículo 1.410 CC a las normas propias de la liquidación y partición de la herencia, se ha llegado a identificar la naturaleza de la comunidad posganancial con la comunidad hereditaria antes de la partición”. Así, por ejemplo, para MORALEJO IMBERNÓN (2006, p. 1657), “existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial acerca de la analogía existente entre la comunidad posmatrimonial y la hereditaria, que se observa tanto en su aspecto estructural (la titularidad recae sobre cuotas diferenciadas del patrimonio y no sobre las cosas concretas que lo integran) como en su dimensión funcional o régimen jurídico aplicable a esta masa de bienes”.

Vid. SSTS de 18 marzo de 1991, 20 de noviembre de 1991, 7 y 10 de noviembre de 1997, 11 de mayo de 2000 y numerosas Rs. DGRN, entre ellas las de 8 julio de 1991 y 9 de octubre de 1998.

(113) Esta posición –según RIVERA FERNÁNDEZ, 2000, p. 2523– no hace más que desplazar la cuestión, pues, ¿cuál es la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria? Los problemas siguen siendo los mismos (sobre la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria: SSTS de 5 de noviembre de 1992 y 31 de enero de 1994).

A la hora de encuadrar la comunidad hereditaria en los tipos tradicionales, romano o germánico, se ha afirmado que la existencia de cuotas y la posibilidad de pedir la partición la aproximan a la comunidad romana, mientras que, respecto de los bienes concretos, al no existir cuotas, se asemeja a la comunidad germánica (*vid.*, por todos, VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: “Relectura en torno a la comunidad hereditaria”, *RDN*, 1985, pp. 345-398).

(114) Como dice la STS de 21 de noviembre de 1987, con la disolución “se extingue totalmente la sociedad y no le queda vida alguna pues ésta la constituye su propia actividad para el cumplimiento de sus fines que terminan con el matrimonio mismo y así no puede estimarse

men aplicable a la comunidad posconsorcial; pero la naturaleza del patrimonio común no cambia, sino que sigue siendo como antes un patrimonio colectivo, relativamente separado de los propios de los cónyuges o partícipes, dotado de cierta autonomía, sin cuotas sobre los concretos bienes que lo integran (115), y que ahora ha entrado en fase de liquidación (116); en realidad, lo único que cambia es el régimen jurídico aplicable al patrimonio común a partir de la disolución (117), lo que introduce modificaciones en las características de la cuota global de los cónyuges o partícipes, así como en las facultades de los partícipes, si se comparan con las que tenían los cónyuges durante la vigencia de la comunidad matrimonial.

Que se trata de un patrimonio autónomo viene ya dado en el caso de

que esos fines y vida continúan sólo porque quede una masa inerte en la que sólo tienen intervención, y exclusivamente para su liquidación, los partícipes y en el caso presente por lo tanto el viudo y los herederos de la mujer”.

En el mismo sentido se manifiesta la doctrina; dice, por ejemplo, MORALES IMBERNÓN (2006, p. 1658) que, en esta fase, a diferencia de lo que ocurría en la anterior, la cuota global es susceptible de enajenación “por no estar ya en juego la pervivencia o sostenimiento de la familia ni formar ya los cónyuges un consorcio de vida e intereses comunes”.

(115) El AAP de Zaragoza de 18 de octubre de 1998 dice que no se puede acudir a la ficción de considerar a la causante propietaria de la mitad indivisa de cada uno de los bienes que integraban el patrimonio consorcial, pues ello supone desconocer la naturaleza jurídica del patrimonio resultante del régimen económico matrimonial legal aragonés disuelto, pero no liquidado.

(116) Como dice PEÑA (1989, pp. 283-284), la comunidad posganancial se caracteriza por ser un patrimonio colectivo, separado y en liquidación. Es un patrimonio separado de los patrimonios privativos de los cónyuges o “ex cónyuges”, por lo que subsisten las relaciones jurídicas entre aquél y éstos sin extinguirse por confusión o consolidación. Es un patrimonio en liquidación, es decir, que tiende necesariamente a que ésta se produzca.

Según RIVERA FERNÁNDEZ (1997, pp. 31-32; 2000, p. 2523), “nadie pone en tela de juicio la existencia de un patrimonio, dotado de cierta autonomía, en liquidación, de carácter colectivo y universal”. En la página 65 indica que los titulares del patrimonio posganancial, que constituye un patrimonio colectivo, se encuentran en una situación de cotitularidad sobre un patrimonio especial, consecuencia de su estado liquidatorio, que se halla sujeto al levantamiento de determinadas cargas y afecto a ciertas responsabilidades.

ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y DE OLANO, F. (“La renuncia a la sociedad de gananciales y la comunidad de gananciales en liquidación”, RDEA, 1960, pp. 97-98) se cuestionó en su día cuál era la razón para construir, con principios totalmente opuestos, la sociedad de gananciales, antes y después de su disolución. A su juicio, ello resultaría lógico, si, por la disolución, cada bien concreto pasase a un sistema de comunidad por cuotas. Pero al no ocurrir así y seguir recayendo la titularidad de los partícipes sobre el total, y sus cuotas, sobre ese mismo total, entendía carente de justificación dar otra construcción distinta tras la disolución. Se hace eco de esta reflexión BLANDINO GARRIDO, 1999, pp. 35-36, nota 34.

(117) Como dice LACRUZ (2005, p. 247), “la masa ganancial no se transforma: es su régimen el que cambia, aplicado a los bienes existentes, que siguen gravados con las mismas deudas, conservando igual coherencia externa e idéntica autonomía”. En el mismo sentido, entre otros, DE LOS MOZOS, 1999, pp. 586-587; RAMS ALBESA, 1992, p. 416; GONZÁLEZ ACEBES, 1992, p. 1188; VALLET DE GOYTISOLO, 1990, p. 1027; RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, pp. 31 y ss. L. F. RAGEL (1987, p. 219) ha dicho con toda precisión, utilizando a la vez una expresión gráfica, que la sociedad de gananciales, al producirse su disolución, se patrimonializa.

la comunidad posconsorcial por su origen: comienza siendo el mismo patrimonio que con este carácter de relativa autonomía pertenecía a ambos cónyuges en vida de éstos; y, a la muerte de uno de ellos, se mantiene la autonomía y aun se acrecienta, ya que la responsabilidad de los herederos por las deudas comunes contraídas por el viudo se limita a su participación en el patrimonio hereditario. La participación de los herederos en la comunidad posconsorcial debe contemplarse, pues, como una cuota de activo sobre un conjunto de bienes, gravados con deudas que no competen personalmente al heredero de la cuota en cuanto tal, por los principios de separación de patrimonios y responsabilidad limitada. Se trata de una posición que ofrece cierta semejanza con la del legatario de parte alícuota o comprador de participación hereditaria. La masa común no se transforma: los bienes comunes siguen gravados con las mismas deudas, conservando igual coherencia externa e idéntica autonomía (118).

La prueba de que no hay cuotas sobre los bienes concretos que integran el patrimonio posconsorcial (119) es que el propio legislador, entre las modalidades de liquidación y división, ha contemplado la llamada “partición impropia” (120). En efecto, en la segunda parte del artículo 77-3 Lrem. se dice que *dichas autorizaciones no serán necesarias cuando se limite a adjudicar proindiviso todos y cada uno de los bienes a los herederos del cónyuge premuerto y a él mismo en igual proporción en que sean cotitulares del patrimonio* (121). La partición impropia cambia la comunidad

(118) LACRUZ, 1963, p. 562.

(119) Vid. SSTs de 28 de septiembre de 1993, 25 de febrero de 1997, 31 de diciembre de 1998.

(120) La CADC, al comenzar los trabajos preparatorios de la reforma de la economía del matrimonio, no descartaba abordar los problemas que la naturaleza de la comunidad posconsorcial plantea en la práctica. Así, en el Acta de la sesión del día 26 de enero de 2000 se dice:

“Don José-Luis Batalla Carilla, por su parte, llama la atención acerca de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que no acepta la enajenación forzosa de la cuota que corresponde a uno de los partícipes en la comunidad posmatrimonial, de modo que, según dicha doctrina, sólo cabe la enajenación de bienes concretos una vez hecha la liquidación. Habrá que pensar si es posible dictar aquí alguna regla que aclare esta cuestión.

“En este mismo punto, Don José-Luis Batalla Carilla dice que la comunidad posmatrimonial sin liquidar plantea muchos problemas en la práctica. Por ello, cree que tal vez sería de utilidad establecer alguna regla que le ponga fin, por ejemplo, que pasado cierto plazo desde la disolución de la comunidad matrimonial, la comunidad posmatrimonial se convierta automáticamente en una comunidad ordinaria sobre todos y cada uno de los bienes existentes.

“Coincide con estas apreciaciones Don Jesús Delgado Echeverría, si bien él va más allá e incluso discute la construcción teórica de la comunidad posconsorcial como comunidad germánica, que es puramente doctrinal. En su opinión, sería mejor decir que lo que hay es una multiplicidad de comunidades, tantas como bienes existan.”

(121) En el mismo sentido, el artículo 106 de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco admite que el cónyuge viudo nombrado comisario se pueda adjudicar la mitad de todos y cada uno de los bienes de la comunidad “poscomunicación foral”.

universal sobre un patrimonio por tantas comunidades ordinarias proindiviso como bienes comunes lo integraban (122). El mismo tipo de partición impropia está prevista también para cambiar la naturaleza de la comunidad hereditaria (*vid.* art. 51-2 Lsuc.). El inconveniente de la partición impropia es que da lugar a posteriores acciones de división de cada bien.

Pero aunque no cambie la naturaleza del patrimonio común, sí cambian las características de la cuota de los cónyuges o partícipes. En la comunidad posconsorcial la cuota indivisa de cada partícipe, en cuanto me-

(122) La ponencia de la CADC llegó a proponer una norma para cambiar, al cabo de un año, la naturaleza de la comunidad posconsorcial. Dice el Acta 130, de la sesión de 19 de septiembre de 2001:

“A continuación se retoma el debate y deliberación del texto de la ponencia cuyo **artículo 25** dice así:

«[Artículo 25. Partición impropia

1. *Si pasado un año desde la disolución no se ha practicado aún la liquidación y división del patrimonio común, se entenderá, a falta de prohibición de dividir o pacto de indivisión, que corresponde a cada cónyuge o a sus herederos una cuota individual en cada uno de los bienes que integraban la comunidad disuelta y en la misma proporción que les correspondía en ésta.*

2. *Dicha cuota es disponible por su titular y embargable procediendo contra él, a salvo siempre los preferentes derechos de los acreedores consorciales sobre los bienes comunes].*”

Don Adolfo CALATAYUD SIERRA, en nombre de la ponencia, hace la introducción del artículo; recuerda que al debatir las ideas generales sobre la reforma del régimen económico matrimonial se habló, probablemente a iniciativa de don José-Luis BATALLA CARILLA, de que podría ser conveniente abordar el cambio de naturaleza jurídica de la comunidad de consorciales para evitar los problemas que en la práctica se derivan de su calificación como comunidad de tipo germánico. Esta idea es la que la ponencia ha querido plasmar en este artículo según el cual, pasado un año desde la liquidación, se entenderá que hay tantas comunidades como bienes comunes y que la cuota que en cada uno de ellos corresponde a cada titular es disponible y embargable. Pero el precepto se presenta entre corchetes porque la propia ponencia es consciente de que su introducción suscitaría muchas dudas: ¿qué sentido tiene regular de forma tan extensa y completa la comunidad que continúa tras la disolución si al cabo de un año ya no va a existir comunidad sobre un patrimonio?, ¿producida la partición impropia, seguiría siendo el cónyuge viudo administrador de todas las comunidades resultantes?, etc. Por otra parte, la transformación automática que se propone contrastaría fuertemente con las soluciones que los Ordenamientos con regímenes de comunidad similares al nuestro siguen manteniendo.

Don Jesús DELGADO ECHEVERRÍA comenta que estaba en el ambiente al abordar la reforma del régimen legal de bienes del matrimonio el pensar en una posible modificación de la naturaleza del consorcio conyugal, pero que, aunque se ha manifestado en varias ocasiones crítico con la concepción mayoritaria actual, el cambio de naturaleza no se ha producido. Siendo esto así, si los partícipes conocen el estado de indivisión en que se encuentran deben partir, incluso mediante una partición impropia como la propuesta; pero si no conocen su situación, que la ley imponga una partición automática carece de sentido.

Los restantes miembros presentes tampoco son partidarios de introducir un artículo como el propuesto. Don Javier SANCHO-ARROYO y LÓPEZ RIOBOO dice que el automatismo que conlleva sería contrario al principio de libertad civil. Don Ricardo GIMÉNEZ MARTÍN ha creído ver cierta conexión entre este precepto y el artículo 28 que la ponencia presenta como alternativa al actual artículo 59 de la Compilación y que viene a prohibir el inicio de una nueva comunidad si alguno de los cónyuges contrae nuevas nupcias sin dividir la anterior.

Hay acuerdo en que el artículo 25 no debe ser aprobado.”

dida de su participación en la comunidad, es una cuota independiente de la del otro, homogénea, alienable y embargable por deudas privativas de su titular tanto anteriores como posteriores a la disolución de la comunidad conyugal. Y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esa cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen. Además, en la comunidad posconsorcial, los partícipes tienen acción para pedir la división (arts. 76 Lrem, 51 Lsuc. y 400 CC) y la disposición entre vivos, salvo excepciones (art. 71 Lrem), exige la unanimidad (art. 397 CC) (123).

Con estos cambios, la naturaleza del patrimonio posconsorcial sigue estando más próxima a las características de una comunidad de tipo germánico (124) que a una de tipo romano (125), pero doctrina y jurisprudencia

(123) Como señala el AAP de Zaragoza de 14 de febrero de 2001 (RDCA, 2003-2004, marginal 31), “al disolverse la sociedad se modifican las características del patrimonio común y, relativamente, separado del de los cónyuges, pues ahora la cuota es independiente, alienable y embargable por deudas, pero sin que ello suponga que la comunidad se ha transformado en una comunidad de tipo «romano», pues no existen cuotas sobre bienes concretos sino cuotas sobre el conjunto indiviso de bienes”.

En el mismo sentido, para el Derecho aragonés, MEDRANO SÁNCHEZ, 2004, p. 44.

Para el CC, BLANDINO GARRIDO (1999, pp. 39-42) señala que la conversión del patrimonio conyugal en patrimonio en liquidación provoca los siguientes cambios: 1. Se permite la libre disposición, *inter vivos* o *mortis causa*, de la situación jurídica global que proporciona a cada consorte la cotitularidad del patrimonio posganancial. 2. El estado de indivisión tiene un carácter esencialmente estático. 3. Cada partícipe puede demandar una partición inmediata en cualquier momento. *Vid. etiam* MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 15-16.

(124) De comunidad germánica o en mano común la califican, por ejemplo, PEÑA (1989, pp. 281-282) y RAMS ALBESA (1992, p. 416); también las SSTs de 23 de diciembre de 1992, de 26 de febrero de 2004 y la RDGRN de 23 de diciembre de 2002.

Dice la STS de 23 de diciembre de 1992 que “nos encontramos ante una sociedad de gananciales en liquidación; como consecuencia de ello, aun cuando dicha sociedad haya dejado de existir a título de estricto patrimonio dinámico, esto es, productor de beneficios, cargas o gravámenes que sus bienes originaban, unos y otros seguirán beneficiándole o gravándolo mientras subsista la fase liquidatoria, bien que ya no con sujeción a las normas que lo regulaban cuando era patrimonio ganancial propiamente dicho, sino a título o manera de una comunidad continuada de naturaleza más bien germánica cual acontece con la hereditaria –arts. 1.402 y 1.410 CC y SS de 11 de junio de 1951, 20 de octubre de 1958 y 17 de febrero de 1992, así como Rs. DGRN de 10 de julio de 1952, 20 de octubre de 1958, 22 de mayo y 16 de octubre de 1986”.

(125) GUILARTE GUTIÉRREZ (1992, pp. 925 y 926; 1999, pp. 367-371) considera que en la comunidad posganancial los comuneros ostentan cuotas pro indiviso individualmente indisponibles sobre los bienes comunes y RIVERA FERNÁNDEZ (1997, pp. 43-46, y 2002, p. 472) señala que esta posición parece vislumbrarse en algunas SSTs al admitir la tercería de dominio del cónyuge no deudor ante la traba de bienes inmuebles posgananciales por deudas contraídas por un consorte durante el período de indivisión, limitando el embargo a la cuota abstracta que al cónyuge deudor le corresponde sobre el bien inmueble trabado (SSTs de 8 de octubre de 1990 y 17 de febrero de 1992).

La STC 151/2002, de 15 de junio, dice que el cónyuge no deudor que sufre el embargo y realización individualizada de un bien común por deudas privativas del otro no tiene más que

dencia suelen preferir decir que, como en la comunidad hereditaria, estamos ante una comunidad de naturaleza especial (126).

4. El patrimonio posconsorcial en la jurisprudencia.

La STS de 21 de noviembre de 1987 dice, como muchas otras, que “al fallecimiento de alguno de los cónyuges se disuelve y queda en estado de liquidación la sociedad de gananciales que se había constituido con el matrimonio [...], por lo que se extingue totalmente la sociedad y no le queda vida alguna, pues ésta la constituye su propia actividad para el cumplimiento de sus fines que terminan con el matrimonio mismo, y así no puede estimarse que estos fines y vida continúan sólo porque quede una masa inerte en la que sólo tienen intervención, y exclusivamente para su liquidación, los partícipes” [...]. “La comunidad posmatrimonial [...] comporta que el cónyuge supérstite mantiene la comunidad parciaria que ostentaba en los bienes gananciales, si bien el régimen de dicha comunidad ya no puede ser el de la sociedad de gananciales que quedó disuelta con la muerte, sino el de cualquier conjunto de bienes con titularidad ordinaria.”

Constituye un cuerpo de doctrina jurisprudencial en materia de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, aplicable también al ré-

“poner de relieve su titularidad ante el órgano judicial para limitar la ejecución a la cuota de su cónyuge, evitando así cualquier efecto reflejo de la condena penal sobre su patrimonio”. Con lo que parece aceptar la existencia de una “cuota” sobre los individuales bienes comunes tan persistentemente negada por el TS (GUILARTE GUTIÉRREZ, 2003, p. 55).

(126) *Vid.*, entre otros, LACRUZ: *Elementos*, 2002, p. 257; Díez-PICAZO y GULLÓN, 2004, p. 201; DE LOS MOZOS, 1999, p. 589; CRESPO ALLUÉ, 1991, p. 111; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: “Comentario a la STS de 18 de marzo de 1991. Legado de cosa perteneciente al testador, al gravado y al beneficiario del legado. Legado de cosa ajena. Disposición testamentaria de bienes gananciales. Comunidad posmatrimonial indivisa y partición en la que se incluyen bienes de naturaleza ganancial”, CCJC, número 25, 1991, pp. 342-343; CABANILLAS SÁNCHEZ, 1994, p. 120; RAGEL SÁNCHEZ, 1992, p. 752; GONZÁLEZ ACEBES, 1992, p. 1188; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 2002, pp. 73 y 85-86; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, p. 215; GUTIÉRREZ BARRENENGOA, 2002, pp. 122-123; MEDRANO SÁNCHEZ, 2004, p. 44; CABEDO SERNA, 2005, p. 576; LASARTE, 2005, p. 263.

RAMS ALBESA (1992, p. 416) considera que no estamos ante una comunidad de carácter “romano”, no tanto por recaer la cuota de participación sobre un conjunto patrimonial en liquidación, sino por la persistencia de los caracteres que son propios de la masa ganancial en su aspecto pasivo. MARTÍN MELÉNDEZ (1995, pp. 4, 11 y 15), sin alejarse de la posición mayoritaria, señala que, aunque las cuotas no recaen sobre el patrimonio, sino sobre todos y cada uno de los bienes que lo componen, no puede determinarse la porción que a cada partícipe corresponde en cada bien.

Gráficamente señala Tomás GIMÉNEZ DUART [“La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge (ensayo contra el art. 1.322 CC)”, en AAMN, XXVIII, 1987, p. 263] que “puede describirse como comunidad romana en cuanto al todo y germánica en cuanto a cada uno de los singulares componentes”.

gimen consorcial aragonés (127), que “durante el período intermedio entre la disolución (por muerte de uno de los cónyuges o por cualquier otra causa) de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad posmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, y en la que cada comunero (cónyuge superviviente y herederos del premuerto en caso de disolución por muerte, o ambos cónyuges si la causa de tal disolución fue otra) ostenta una cuota abstracta sobre el *totum* ganancial (como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia), pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad posmatrimonial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice en una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros...” (128).

(127) *Vid.* SSTSJ de Aragón de 23 de marzo de 1993 (RDCA, 1995, marginal 10), 29 de noviembre 1996 (RDCA, 1997-1, marginal 3), 24 de mayo de 2002 (RDCA, 2001-2002, marginal 10), 20 de diciembre de 2004 (RDCA, 2005-2006, marginal 1) y 8 de julio de 2005.

Pueden verse también algunas resoluciones de Audiencias Provinciales aragonesas: Auto AP de Zaragoza de 16 de julio de 1997 (RDCA, 1998, marginal 49), A. AP de Huesca de 15 de julio de 1999 (RDCA, 2000-2, marginal 14), A. AP de Zaragoza de 14 de febrero de 2001 (RDCA, 2003-2004, marginal 31), SAP de Teruel de 8 de junio de 2002 (RDCA, 2003-2004, marginal 56), SAP de Zaragoza de 19 de febrero de 2004 (RDCA, 2005-2006, marginal 70). Esta última sentencia, después de exponer ampliamente el estado de la cuestión sobre la naturaleza jurídica de la comunidad posganancial en la jurisprudencia del TS y en la resoluciones de la DGRN, dice que “no se encuentra razón legal para modificar estas consideraciones desde la perspectiva del Derecho aragonés –arts. 68 y ss. Ley de 12 de febrero de 2003”.

(128) Además de la STS de 21 de noviembre de 1987, ya citada, *vid.* SSTS de 8 de marzo de 1965, 10 de diciembre de 1966, 21 de noviembre de 1987, 8 de octubre de 1990, julio de 1991, 20 de noviembre de 1991, 17 de febrero de 1992, 23 de diciembre de 1992, 28 de septiembre de 1993, 22 y de 23 de diciembre de 1993, 14 de marzo de 1994, 17 de febrero de 1995, 8 de marzo de 1995, 25 de febrero de 1997, 26 y 28 de abril de 1997, 7 de noviembre de 1997, 28 de septiembre de 1998, 31 de diciembre 1998, 11 de octubre de 1999 (*Comentario de MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: “Disolución automática de la sociedad de gananciales por abandono de familia. Cesión por un cónyuge de su cuota sobre el patrimonio ganancial”, en CCJC, núm. 52, enero/marzo 2000, pp. 289-307*), 14 de febrero de 2000, 11 de mayo de 2000, 23 de enero de 2003 y 10 de junio 2005, entre otras.

La STS de 25 de febrero de 1997 señala que “entre la disolución y la adjudicación de bienes concretos media un estado de indivisión o de comunidad de bienes posganancial que en el caso es una comunidad entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto; la situación de indivisión no significa que cada uno de éstos tenga la titularidad del 50 por 100 de cada bien ganancial, pues esta comunidad incidental ha de responder de su pasivo y, entre este pasivo, de la deuda concreta que se reclama por el ejecutante”.

Manifiesta la STS de 8 de marzo de 1995 que, “una vez producida su disolución, la sociedad de gananciales no se atomiza en tantas comunidades como bienes y derechos haya. Es el patrimonio idealmente pensado como una unidad aunque integrado por un conjunto heterogé-

Aunque el TS suele emplear la expresión “cotitularidad ordinaria” para referirse a la posición jurídica de los partícipes respecto del patrimonio común, no quiere decir que estemos en presencia de una comunidad de tipo romano, ya que resultaría incongruente con la existencia de cuotas abstractas sobre el conjunto patrimonial (129). A nuestro entender, el calificativo de “comunidad ordinaria” debe servir para resaltar que, al disolverse la comunidad matrimonial, se modifican las características del patrimonio común propias de su pertenencia a un consorcio de carácter personal y finalidades familiares, de modo que ahora la cuota global o abstracta es alienable y embargable (130).

Indica la STS de 8 de julio de 1991 que, “disuelta la sociedad de gananciales y en tanto se ultima su liquidación, no puede afirmarse que la propiedad de cada uno de los concretos bienes que la integran corresponda a los cónyuges por cuotas indivisas, de las que puedan disponer separadamente, o que puedan ser ejecutadas para la satisfacción de sus deudas privativas, [...] y habrá de esperarse a la realización de la pertinente liquidación para la determinación de los derechos que sobre uno de los bienes singulares corresponderán a cada esposo”. De manera que, como afirma la STS de 25 de febrero de 1997, “lo que nunca cabe es reclamar la mitad indivisa de un bien ganancial, mientras no se haya liquidado la sociedad y se hayan adjudicado los bienes resultantes, y ello aunque la sociedad de gananciales haya concluido por muerte del esposo en este caso concreto...”.

neo de bienes, derechos y obligaciones, el que está sujeto a una cotitularidad de los cónyuges o sus herederos hasta que no finaliza el estado de indivisión con la partición”.

(129) Por ejemplo, la STS de 11 de mayo de 2000 dice que “existe la comunidad posganancial desde que se disuelve la ganancial pero no se liquida y es una comunidad de tipo romano, «pro indiviso», regida por los artículos 392 y ss. del Código Civil, pero no recae la comunidad sobre cada cosa que forma parte de ella sino sobre el conjunto de la misma”. La doctrina pone de manifiesto esta aparente contradicción en la que incurre el TS. *Vid.*, por todos, RIVERA FERNÁNDEZ, 2000, p. 2523.

(130) Para el TS y quienes defienden que en la comunidad matrimonial no hay cuotas sobre el patrimonio común, como no las hay en la comunidad germánica o en mano común, el empleo por el TS de la expresión “cotitularidad ordinaria” da a entender que se pasa de una comunidad en la que no existen cuotas a otra en la que cada cónyuge tiene una cuota independiente de la del otro y alienable, pero que recae sobre el conjunto de bienes comunes y no sobre cada bien concreto. En este sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 2002, p. 82; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, p. 212. Así, con toda claridad, dice la STS de 25 de febrero de 1997 que “la disolución del matrimonio transforma la comunidad familiar de tipo germánico sin cuotas determinadas, en que consiste la sociedad de gananciales, en una comunidad formada por el cónyuge supérstite y los herederos del finado con participaciones «pro indiviso» de la total masa del patrimonio ganancial, pero sin atribuir cuotas concretas sobre ninguno de los bienes, que sólo se producirá tras la liquidación y adjudicación”.

También la DGRN, desde hace mucho años, se pronuncia de forma constante en la línea de la doctrina legal que acabamos de exponer (131). Así, por ejemplo, la Resolución de 9 de octubre de 1998 dice que “disuelta, pero no liquidada la sociedad de gananciales, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que pueda disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias”. Por ello, en ningún caso será posible anotar el embargo de la mitad indivisa o de la “parte de propiedad” que corresponda a los cónyuges sobre una finca ganancial (132).

(131) Ya hemos dicho antes que, si bien algunas Resoluciones muy antiguas admitieron la titularidad del cónyuge viudo sobre la mitad de cada uno de los inmuebles gananciales, y su correlativa legitimación para enajenarlos, otras vienen aceptando, siquiera con diversas fórmulas, la falta de derecho concreto de los partícipes en la comunidad posmatrimonial sobre los bienes singulares, y por tanto la falta de legitimación para enajenar o gravar las correspondientes mitades: *Vid.* Rs. de 10 de julio de 1952 en la línea de las de 26 de julio de 1907, 30 de abril de 1908, 9 de enero de 1915, 2 de diciembre de 1929, etc.

(132) *Vid.*, en el mismo sentido, Resoluciones DGRN de 22 de mayo de 1986, 8 de julio de 1991, 28 de febrero de 1992, 6 de febrero de 1995, 9 y 10 octubre 1998, 11 de diciembre de 1998, 3 de junio de 2002, 16 de marzo de 2002, 23 de diciembre de 2002, 30 de junio de 2003, 20 de abril de 2005, 5 de mayo 2005, entre otras.

CAPÍTULO V

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CUOTA EN LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL

I. La enajenación de la cuota

1. Transmisibilidad de la cuota posconsorcial. Efectos.

La cuota de cada cónyuge o partícipe en la comunidad posconsorcial, a diferencia de la cuota en el consorcio conyugal, es libremente enajenable por su titular, lo mismo que la cuota en la comunidad hereditaria (1), sin que para ello sea preciso contar con el consentimiento del otro cónyuge o de sus herederos. No se encuentra, en principio –dice RIVERA FERNÁNDEZ (2)– limitación o prohibición alguna para ello, ante la específica habilitación presentada en los artículos 399 (relativo a la comunidad en general), 1.532 (en relación a la venta de cuotas de masas patrimoniales en general) y 1.067 CC (en el caso particular de un coheredero que dispone del denominado derecho hereditario *in abstracto*).

La disposición puede ser a título oneroso o gratuito (de la renuncia tratamos a continuación) y entre vivos o por causa de muerte (3). A esta última dedicaremos un apartado específico al tratar de la gestión de la comunidad en liquidación (art. 73 Lrem.).

En caso de que los titulares de la cuota sean varios herederos en situación de comunidad hereditaria, no pueden disponer individualmente de la misma por no tener ninguno de ellos cuotas particulares en la comunidad posconsorcial, por lo que, como para disponer de un bien de la comunidad hereditaria, tienen que ponerse de acuerdo todos los cotitulares (4). Pero si la comunidad hereditaria se hubiera dividido y adjudicado

(1) *Vid.* RDGRN de 28 de febrero de 1992 y STS de 11 de octubre de 1999. En la doctrina, por todos, LACRUZ, 2005, p. 247; PEÑA, 1989, p. 286; COSSÍO CORRAL, A. de: *Tratado práctico y crítico de Derecho civil. La sociedad de gananciales*, Madrid, 1963, p. 249. No obstante, MONTERO AROCA (2003, p. 87) dice que no ha encontrado un solo caso de disposición por uno de los cónyuges de su participación en la comunidad posganancial.

Para la disposición de la cuota o de bienes de la comunidad hereditaria, *vid.* SSTs de 4 de abril de 1905, 26 de enero de 1906, 30 de enero de 1909, 18 de noviembre de 1918, 11 de febrero de 1952, 11 de abril de 1953, 5 de julio de 1958, 5 de octubre de 1963, 30 de diciembre de 1996, entre otras.

(2) 1997, p. 48; 2000, p. 2524.

(3) PEÑA, 1989, p. 286

(4) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 2002, p. 113. RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, p. 62; AGUILAR RUIZ, 2006, p. 307.

la participación en el patrimonio posconsorcial en proindiviso a dos o más herederos, cada uno de ellos podría disponer libremente de su participación en dicho patrimonio.

“Los efectos de la enajenación de la participación en la comunidad posmatrimonial son, probablemente –según dice LACRUZ (5)– idénticos a los de la enajenación de una cuota de la herencia, resultando aplicables a aquélla, por analogía, los artículos 1.531 y 1.534, interpretativos de la voluntad de los contratantes.”

La enajenación de la cuota de un cónyuge o partícipe en la comunidad posconsorcial, como la enajenación de cuota de la herencia, sólo transfiere al adquirente el contenido económico de la posición en la comunidad del cedente. Como explican, para la cuota de herencia, las Rs. de 29 agosto de 1925 y 29 de diciembre de 1930, la cesión de una cuota consorcial a un extraño no presta al adquirente la cualidad de partícipe, pero tampoco engendra meras relaciones obligatorias, sino que transfiere al cesionario el derecho a la cuota correspondiente. Según dice PEÑA (6), la cuota que recae sobre la masa común es transmisible en cuanto a su contenido, pero no es transmisible la titularidad, que es una cualidad intransferible (7).

La RDGRN de 23 de diciembre de 2002, en el peculiar supuesto de un procedimiento administrativo de apremio en el que no se limitó el órgano ejecutor a embargar una cuota ideal del cónyuge deudor, sino que la subastó y hubo quien se interesó en su adjudicación, el Centro Directivo se ve obligado a decir que “el rematante, al menos en cuanto a la cuota en los gananciales disueltos (sin prejuzgar ahora los efectos del remate respecto a la cuota en el caudal hereditario, propiamente tal) no sucede al deudor en la titularidad de dicho patrimonio ganancial disuelto (téngase en cuenta la inherencia de dicho patrimonio a los cónyuges

(5) 2005, pp. 247-248; en el mismo sentido, RAMS ALBESA, 1992, p. 418 y RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, p. 53.

(6) 1989, p. 284. Apoya esta tesis, siguiendo a RIVAS TORRALBA, OCAÑA RODRÍGUEZ, 2002, pp. 370-372.

(7) Sobre la cuestión de la transmisión de la titularidad no hay unanimidad en la doctrina. Así, para LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*, J. M. Bosch ed., Barcelona, 5.ª ed., 1993, p. 164), con la enajenación de la cuota de la herencia, el cesionario deviene un comunero más, copropietario de las cosas hereditarias, cusufructuario, coenfitente, acreedor en mano común, etc.; se produce una transmisión total de los aspectos no personalísimos de la situación del coheredero. En consecuencia –dice–, puede el cesionario intervenir en la gestión de la comunidad sobre el caudal relicto, como, igualmente, pedir la partición de la misma y concurrir a ella como cotitular: así la jurisprudencia (SS de 24 de febrero de 1909, 27 de noviembre de 1961, 12 de marzo de 1977; R. de 29 de diciembre de 1930), aunque lo discute parte de la doctrina.

por su origen familiar, lo que motiva la existencia de normas muy específicas en la liquidación de la sociedad de gananciales, como por ejemplo, los arts. 1.406 y 1.407, sobre adjudicación preferencial, y 1.408, sobre alimentos a los partícipes) y no llega a convertirse en copartícipe del patrimonio separado colectivo, condición que conservan los cónyuges o sus herederos. En definitiva, el remate no es traslativo de la cuota, sino que el rematante adquiere un derecho a la entrega de los bienes que se adjudiquen al cónyuge deudor en la liquidación de la sociedad de gananciales, liquidación que han de efectuar los cónyuges o sus herederos (cfr. art. 1.404 CC) voluntariamente, o, en su defecto, por el procedimiento establecido en la LEC”.

La libertad de disposición permite también que adquirente pueda serlo el otro cónyuge o sus herederos. Creo que, en este caso, sí hay transmisión de la titularidad porque la división ya es innecesaria, al desaparecer la situación de comunidad, lo que no empece para que frente a terceros siga respondiendo también el cónyuge cedente.

No es transmisible, en ningún caso, la responsabilidad por las deudas que pesan sobre el titular que cede su cuota. Opinión esta última compartida por la mayoría de la doctrina, que sostiene que, de forma similar a lo que ocurre en la comunidad hereditaria, para que el cesionario se subrogue en la posición jurídica del cedente deudor es necesario el consentimiento del acreedor, de acuerdo con el artículo 1.205 CC (8). El acreedor que no la acepte sólo podrá dirigirse contra el comprador por la vía del artículo 1.111 CC, subrogándose en la pretensión del vendedor nacida de la asunción *inter partes* (9).

2. El derecho de retracto.

En el caso de venta de la cuota posconsorcial por un cónyuge, se admite mayoritariamente que el otro o sus herederos pueden ejercitar el derecho de retracto (10). “Si se admite –dice RIVERA FERNÁNDEZ (11)–

(8) Vid. PEÑA, 1989, pp. 286-287; MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, p. 27; RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, p. 51; 2000, p. 2525; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 2002, p. 114; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, p. 217.

(9) RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, p. 51; 2000, p. 2525.

(10) Opina en contra DE LOS MOZOS, 1999, p. 594; MORALES IMBERNÓN (2006, p. 1658) dice que es dudoso si el resto de cotitulares posee un derecho de adquisición preferente.

(11) 1997, p. 55; 2000, p. 2525, que cita las SSTs de 22 de marzo de 1956, 21 de abril de 1965, 20 de junio de 1978, 25 de enero de 1988 y 14 de noviembre de 1994.

El retracto de comuneros ha sido aceptado por el TS, en el marco de la comunidad hereditaria, en SS de 7 de febrero de 1944 y 14 de noviembre de 1955 (rectificando lo dicho en la de 6 de mayo de 1931).

a favor de los coherederos cuando uno de ellos vende su derecho hereditario (art. 1.067), e, igualmente, al copropietario de la cosa común cuando otro enajena su posición en la cosa (art. 1.522), parece razonable admitirlo en la comunidad posganancial. Bien entendido que dicho derecho de retracto se podrá ejercitar siempre que la enajenación de la participación se realice en beneficio de un extraño, pero no cuando el acto de disposición es a favor de otro partícipe en la comunidad posganancial.”

Surgen discrepancias, sin embargo, a la hora de determinar si debe aplicarse la normativa del retracto de coherederos (art. 1.067) por la especial remisión del artículo 1.410 CC (o de los arts. 75 y 88 Lrem.) a las normas sobre partición y división de la herencia (12) o la del retracto de comuneros (art. 1.522) (13). El TS en S. de 11 de junio de 1951 (14), relativa a un supuesto de disolución de la sociedad de gananciales por fallecimiento de uno de los cónyuges, aplicó el retracto de comuneros por considerar que los herederos del cónyuge muerto no eran coherederos del supérstite, sino comuneros y consideró que dichos coherederos podían ejercitar el derecho de retracto cada uno por separado y para sí sin que fuera necesaria una acción conjunta de los mismos de acuerdo con el artículo 1.522-2.º CC. LACRUZ (15) considera, sin embargo, que el retracto sólo se puede ejercer por los herederos de forma colectiva, ya que no tiene sentido conceder el retracto a un coheredero de forma individual, que acaso por la distribución llegue a no tener parte alguna en la comunidad de gananciales o en el bien concreto retraído.

En todo caso, la doctrina señala que la cuestión del régimen jurídico aplicable es de escasa trascendencia por la similitud existente entre ambos tipos de retracto, aunque no totalmente inocua, ya que el plazo para el ejercicio es de nueve días en el retracto de comuneros, mientras que es de un mes en el de coherederos (16).

(12) PEÑA (1989, p. 288) entiende que esta normativa es aplicable tanto si el cotitular es el otro cónyuge como si son sus herederos; la misma solución aplica RENTERÍA AROCENA (2004, p. 1793), aunque limitándola al caso en que la venta se verifique por uno de los herederos y sean los demás coherederos quienes ejerciten el derecho de retracto previsto en el artículo 1.067 CC.

(13) LACRUZ, 1963, p. 563, y RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, p. 56.

(14) En el mismo sentido se pronuncia la STS de 26 de abril de 1956. Posición que se reitera en la STS de 17 de mayo de 1958. *Vid.* SAP de Asturias de 30 de junio de 1995.

(15) 1963, p. 563.

(16) *Vid.* CRESPO ALLUÉ, 1991, p. 113; GONZÁLEZ ACEBES, 1992, pp. 1190-1191; RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, p. 57; CABEDO SERNA, 2005, p. 588.

II. La renuncia a la cuota

1. El negocio unilateral de renuncia a la cuota posconsorcial.

El instituto de la renuncia a los bienes comunes tenía sentido –según dice LACRUZ (17)– en el Derecho histórico, en un sistema en que el marido era el gestor y dueño de la comunidad y el obligado a mantener a la familia (18): entonces la mujer, renunciando a los gananciales (sólo ella podía hacer una renuncia de esta clase) se liberaba de las deudas comunes, dejaba todas las resultas del matrimonio de cuenta de su marido y se limitaba a recuperar sus bienes intactos (19).

La renuncia, que permitía a la mujer extinguir el régimen de la sociedad de gananciales renunciando unilateralmente a él, es imposible en la

(17) 2005, p. 248.

(18) En Francia, la Ley de 13 de julio de 1965 suprimió el derecho de la mujer de optar a la disolución entre aceptar o renunciar a la comunidad. Este derecho de opción, contrapartida de la situación de subordinación que el antiguo régimen otorgaba a la mujer, no se justifica ya en el nuevo régimen que le asegura una perfecta igualdad. Cfr. MARTY-RAYNAUD, *Les régimes matrimoniaux*, 1985, pp. 265-266. Lo mismo ha sucedido en el Derecho belga: cfr. RAUCENT: *Les régimes matrimoniaux*, 1978, pp. 326-327.

(19) “Los Derechos particulares medievales –dice LACRUZ– regulan de ordinario la renuncia de la viuda a la comunidad, como medio de librarse de las deudas comunes. La renuncia se hacía mediante actos simbólicos, despojándose la mujer del cinturón en el que llevaba pendientes la bolsa y las llaves y arrojándolos en el féretro o la tumba del marido. La renuncia es un recurso para la comunidad en que el pasivo supera claramente al activo. Si no consta el balance desfavorable, o por alguna otra razón la viuda no quiere renunciar, su patrimonio queda igualmente intacto con tal que cumpla las prescripciones legales que le ordenan pagar a los acreedores antes de proceder a la división. Sólo cuando no lo hace así, su negligencia abre la vía a la acción de los acreedores consorciales contra su patrimonio privativo.”

Aunque las fuentes aragonesas no regulan la renuncia a la comunidad, hay que pensar, como sugiere LACRUZ, que nada impediría que la mujer renunciase a la práctica de toda división, dejando los bienes comunes en manos de los herederos del marido premuerto (ADA, III, 1946, pp. 119-120).

Pese a la falta de regulación, la jurisprudencia reconoce que la renuncia del supérstite a la comunidad, como medio de librarse de las deudas comunes, es un sistema más de evidenciar el deseo de terminar definitivamente la sociedad conyugal, impidiendo la continuación de la misma.

El Apéndice y la Compilación tampoco regulan la renuncia a la comunidad verificada por la mujer o sus herederos, una vez disuelta aquélla. En estos casos, según el Derecho supletorio, el marido –o sus causahabientes– hacen suyos los bienes que se hubieran reputado comunes y que integrarían la masa divisible, debiendo responder de las obligaciones de la comunidad, y recuperando la esposa, en la misma situación en que fueron aportados, los bienes privativos y todos aquellos cuya titularidad debe serle atribuida (arts. 1.418-1.º y 1.364 del CC anterior a la reforma de 1981).

En realidad, la renuncia a la comunidad no es tan necesaria en un sistema como el aragonés, en el que la responsabilidad de los cónyuges o sus herederos por las deudas de la comunidad conyugal contraídas por el otro esposo queda limitada por ley a los bienes recibidos del consorcio (salvo en las cargas del matrimonio).

actualidad (20). Ya antes de la reforma del CC de 1975, LACRUZ (21) indicaba que sólo cabía la renuncia tras la disolución y respecto de la titularidad sobre una masa de bienes concreta y determinada, de manera que sólo cabía renunciar a los derechos que sobre los bienes gananciales correspondieran al renunciante en la liquidación. De forma similar para el Derecho vigente, la doctrina (22) admite la renuncia unilateral de uno de los cónyuges a la sociedad posganancial, lo que supone renunciar a recibir los bienes resultantes de la liquidación.

La renuncia del cónyuge supérstite a su participación en la comunidad conyugal continuada estaba expresamente prevista en el artículo 68-4.º Comp. (23).

Tras la disolución, o para producir efectos cuando ésta tenga lugar, la cuota en el patrimonio común, en cuanto posición activa, es renunciable por su titular, sin necesidad de contar con el consentimiento del otro cónyuge o partícipe, al ser la renuncia un negocio jurídico unilateral de carácter abdicativo (24).

La renuncia es una declaración de voluntad unilateral del cónyuge o partícipe, por cuya virtud hace dejación de su derecho en la comunidad posconsorcial sin transmitirlo al otro cónyuge o partícipe. Pero como la participación renunciada no puede permanecer *nullius*, se produce el acrecimiento en favor del otro cónyuge o partícipe, que resulta así enriquecido y titular de ambas participaciones. Es una declaración que, además de

(20) CABANILLAS SÁNCHEZ, 1994, p. 227. Indica BLANDINO GARRIDO (1999, p. 147, nota 147) que la doctrina antigua del CC distinguía dos supuestos posibles de renuncia: la renuncia a la continuación en la sociedad de gananciales (arts. 1.364 y 1.394, párrafo primero, en relación con el art. 1.433) y la renuncia a los gananciales obtenidos (art. 1.394, párrafo segundo). La primera sólo podía ser hecha por la mujer o sus herederos, como defensa contra una posible mala administración del marido; mediante esta renuncia, los bienes se liquidaban como si no hubiese existido sociedad de gananciales, instaurándose con efecto retroactivo un sistema de separación de bienes con administración y usufructo dotal, a favor del marido. En cambio, la renuncia a los gananciales podía hacerla cualquiera de los cónyuges, cuando la sociedad ya extinguida se hallaba en período de liquidación, cuestionándose la doctrina el destino de la cuota renunciada (para unos, provocaba el acrecimiento de la parte renunciada al otro cónyuge o, en su caso, a sus herederos). El tema de la renuncia ha sido tratado, entre otros, por BAS Y RIVAS: "La renuncia a los efectos de la sociedad legal de gananciales, a la propia sociedad y a su subsistencia", RDP, 1949, pp. 844-863; CASTÁN TOBEÑAS, José: "Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos", RGLJ, 1929, pp. 226 y ss.; ESCRIVÁ DE ROMANÍ, 1960; y ROCA SASTRE: "La comunidad de gananciales: destino de éstos en caso de renuncia", RCDI, marzo 1930, número 63, pp. 151-177.

(21) 1963, pp. 579-581.

(22) CABANILLAS SÁNCHEZ, 1988, pp. 144-146; RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, p. 54; DE LOS MOZOS, 1999, pp. 594 y 599-600; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 2002, p. 108; RENTERÍA AROCE-NA, 2004, p. 1793.

(23) Vid. J. L. MERINO HERNÁNDEZ, 1990, p. 259; J. A. SERRANO GARCÍA, 1993, pp. 556-557.

(24) Así la califica la STS de 11 de junio de 2003.

no necesitar aceptación para producir efecto (por eso es unilateral), es no recepticia, pues no requiere que vaya orientada ni que deba llegar al otro partícipe, aunque parece procedente su comunicación, en aras de la buena fe. La única renuncia posible es la pura y simple o abdicativa y no precisa de ninguna formalidad, pudiendo hacerse de forma expresa [en escritura pública –STS de 15 de marzo de 1945– o documento privado –STS de 11 de octubre de 1999 (25)] o tácita derivada de actos concluyentes (STS de 11 de junio de 2003) (26).

La aceptación de la herencia no puede hacerse en parte (art. 990 CC y 30-1 Lsuc.), por lo que la renuncia a la cuota en los bienes posconsorciales del fallecido implica necesariamente renuncia a toda la herencia. Por supuesto, la renuncia a la herencia incluye la renuncia a la participación en los bienes posconsorciales. La renuncia pura y simple de uno de los llamados a la herencia produce el acrecimiento de la cuota renunciada a favor de los restantes coherederos en proporción a la de cada uno de éstos, de acuerdo con los artículos 981 y ss. CC (o 166-168 Lsuc.) (27). Pero los herederos, una vez que lo son, pueden renunciar conjuntamente a la parte que les corresponde en la comunidad posconsorcial sin que por ello se entienda renunciado el resto de la cuota hereditaria: como la disposición de un bien de la comunidad hereditaria, la renuncia a la participación en la comunidad posconsorcial requiere el acuerdo de todos los coherederos.

2. Efectos de la renuncia.

La participación es pues renunciable, aunque tal acto no libera al partícipe renunciante de su responsabilidad frente a los acreedores por las deudas de la comunidad posconsorcial. El artículo 6-2 CC establece la prohibición de renunciar “en perjuicio de tercero”, es decir, afectando a los derechos adquiridos por los acreedores. Tras la renuncia persiste la res-

(25) El tema principal que se debate en esta sentencia es la calificación de la cesión patrimonial que realiza el marido en beneficio de la mujer, a la que transmite sus derechos sobre la sociedad de gananciales por medio de una carta que le escribe justo antes de abandonar el domicilio familiar. El TS rechaza que pueda hablarse de una donación porque es claro en la carta que el marido no trata de enriquecer a su mujer y empobrecerse él, característica esencial de la donación. El ánimo que tiene no es un *animus* donando, no existe ninguna intención liberal, sino el de que la esposa abandonada pudiese subsistir por sí sola. Por tanto, no es adecuado el tratamiento del caso como donación del marido a la mujer. El desplazamiento patrimonial a ésta tuvo por causa el cumplimiento de deberes legales. Al no tratarse de una donación, la cesión patrimonial, aunque incluya inmuebles, no requiere una forma determinada. *Vid.* Comentario de MORALES IMBERNÓN, 2000, pp. 300-307.

(26) CABANILLAS SÁNCHEZ (1988, pp. 144-146) dice que la renuncia debe constar en escritura pública, de acuerdo con el artículo 1.280-4.º CC.

(27) RENTERÍA AROCENA, 2004, p. 1793.

ponsabilidad personal del renunciante por las deudas comunes que hubiera contraído, de manera que frente a los terceros el cónyuge renunciante seguirá siendo su deudor (28).

La participación renunciada acrece al otro partícipe (29), pero pasa, en la relación interna, gravada con las deudas. La renuncia, en la relación interna, es un medio de librarse de las deudas comunes y un sistema de evidenciar el deseo de terminar definitivamente la comunidad posconsorcial: el renunciante deja todo el activo y pasivo de la comunidad en manos del otro partícipe y se desentiende de la liquidación y división. Si la comunidad es solvente y las deudas se pagan efectivamente, ninguna responsabilidad podrá exigirse ya al renunciante (30).

La renuncia a la participación no elimina la necesidad de practicar la liquidación de la comunidad posconsorcial, porque la liquidación es una operación también configurada en aras a la protección de los legítimos derechos de los acreedores, así como porque es necesaria para concretar los bienes que hubieran sido adjudicados al renunciante y que en realidad son el objeto de la renuncia (31).

La parte renunciada acrece al otro cónyuge o partícipe, por lo que los bienes que pudieran haber correspondido al renunciante en virtud de su cuota adquieren el carácter de propios del otro cónyuge o se integran en la herencia del premuerto (32).

Con la renuncia, al desaparecer la pluralidad de participaciones, desaparece la comunidad posconsorcial, resultando además innecesaria la partición de la misma al no existir ya nada que dividir (SSTS de 15 de marzo de 1945 y 11 de junio de 2003). Ahora bien, si la renuncia del cónyuge viudo se limita a su participación en la comunidad posconsorcial tendrá

(28) *Vid.*, por todos, LACRUZ, 2005, p. 248; RIVERA FERNÁNDEZ (1997, p. 54) señala que, por aplicación analógica del artículo 395 CC, se puede entender que el renunciante queda exento de los débitos contraídos por otro partícipe con ocasión de la conservación y administración de los bienes integrantes de la comunidad posganancial.

(29) La RDGRN de 2 de febrero de 1960 dice que, de la misma manera que en otros casos de coparticipación (arts. 395, 544, 575 y 981 CC), la renuncia pura y simple no provoca la extinción, sino el acrecimiento de la porción renunciada a los demás titulares; a la misma conclusión debe llegarse en el supuesto de renuncia por uno de los cónyuges o de los causahabientes del premuerto a la participación en la sociedad conyugal en liquidación.

(30) En particular, el cónyuge renunciante, aplicando la norma del artículo 395 CC, podrá eximirse frente al otro cónyuge o sus herederos de la obligación de contribuir a los gastos derivados de la conservación de los bienes del patrimonio común. Así lo cree, siguiendo a ESTRUCH ESTRUCH, BLANDINO GARRIDO (1999, p. 134).

(31) La SAP de Zaragoza de 26 de octubre de 1994 (RDCA, 1996-1, marginal 42) considera nula, por contraria a normas imperativas (art. 6-3 CC), la renuncia a la participación, que incluye la renuncia a practicar la liquidación de la sociedad conyugal.

Según DE LOS MOZOS (1999, p. 600), la renuncia no conlleva la exclusión del inventario.

(32) LACRUZ, 2005, p. 248; RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, p. 54; SSTS de 15 de marzo de 1945, 11 de octubre de 1999, 11 de junio de 2003.

derecho a recuperar de la masa de bienes indivisos sus bienes privativos y, en Derecho aragonés, a continuar usufructuando todos los que integran la herencia del premuerto. La extinción de la comunidad por la renuncia del cónyuge superviviente a su participación no conlleva simultáneamente la pérdida de su derecho de viudedad (33).

En caso de renuncia a la participación en la sociedad de gananciales, el antiguo artículo 1.418 CC decía que “quedará siempre a salvo el derecho concedido a los acreedores por el artículo 1.001”. En Aragón, el equivalente del artículo 1.001 CC es el artículo 38 Lsuc., que regula la repudiación de la herencia en perjuicio de los acreedores del renunciante. Por lo demás, ya sabemos que en los artículos 75 y 88 Lrem. hay sendas remisiones a la regulación de la comunidad hereditaria, que puede hacerse extensiva a las normas del Derecho de sucesiones con las que haya razón de analogía. En el Código Civil, la supresión de la antigua remisión específica sí, por un lado, puede dar pie a entender que los acreedores del renunciante a la comunidad no gozan de la facultad del artículo 1.001 (34); por otro, puede entenderse que ha sido sustituida por la remisión genérica de los artículos 1.402 y 1.410 CC, con la consecuencia de que sigue siendo aplicable la facultad del artículo 1.001. Quienes pueden resultar perjudicados por la renuncia no son los acreedores consorciales, que conservan la garantía patrimonial por las deudas de cargo o responsabilidad común, sino los privativos del renunciante. Creo, como RENTERÍA AROCEÑA (35), para el Código Civil, que cabe admitir el recurso de los acreedores de un copartícipe al artículo 1.001 CC, o 38 Lsuc. en Aragón, cuando, en su perjuicio, tal copartícipe renuncie a su participación en el haber posconsorcial.

Los acreedores del cónyuge o partícipe renunciante que ejercitan con éxito esta acción no adquieren la condición de partícipes en el patrimonio posconsorcial, no responden de las deudas y cargas de responsabilidad común y sólo tienen derecho a cobrar sus créditos sobre el remanente que, en su caso, resulte de la liquidación del patrimonio posconsorcial. Sin ser partícipes, son personas que se hallan interesadas en la liquidación y división del patrimonio común, porque de ella depende que puedan cobrar el importe de sus créditos. En lo demás, los efectos de la renuncia no resultan modificados (36).

(33) Cfr. MERINO HERNÁNDEZ, 1990, p. 259.

(34) En este sentido, Díez-Picazo, 1984, p. 1798. Sin perjuicio de que, como dice BLANDINO GARRIDO (1999, pp. 228-229), esté en su mano ejercitar la acción pauliana si existe fraude, como admitió la STS de 27 de noviembre de 1991.

(35) 2004, p. 1797.

(36) Sobre el artículo 1.001 CC, *vid.*, por todos, BAYOD LÓPEZ, Carmen: *La llamada aceptación de la herencia por los acreedores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.

III. El embargo de la cuota. La inclusión de la cuota en la masa activa del concurso de acreedores

1. Embargabilidad de la cuota posconsorcial. Su anotación preventiva.

La cuota en el patrimonio común es un derecho integrante del patrimonio personal del partícipe deudor y, como tal bien, además de ser libremente enajenable o renunciable por su titular, *es embargable* por sus acreedores, tanto si son consorciales como particulares, puesto que los bienes privativos de cada cónyuge responden en todo caso de las deudas por él contraídas (cfr. art. 38-1 Lrem.). No obstante, como los acreedores consorciales pueden proceder directamente y de forma ilimitada contra los bienes comunes (en su caso, demandando a ambos cónyuges o a sus herederos), no tendrán necesidad de embargar la cuota del cónyuge deudor en la comunidad posconsorcial. El embargo de la cuota retrasa el cobro hasta el momento de la liquidación si el acreedor es consorcial, y hasta después de la división si el acreedor es privativo. En todo caso, el embargo de la cuota en la comunidad posconsorcial es un medio con el que cuentan los acreedores para forzar la liquidación y división del patrimonio común cuando no puedan cobrar de otro modo. Aquí nos referimos exclusivamente a los acreedores por deudas privativas.

La cuota posconsorcial es embargable, igualmente, por deudas del cónyuge premuerto; pero por deudas particulares de los coherederos no se puede embargar la cuota consorcial perteneciente a la comunidad hereditaria, porque antes de la partición de la herencia los acreedores particulares de un heredero no pueden embargar bienes hereditarios indivisos (37).

El legislador aragonés, en el artículo 70-2 Lrem., ha dispuesto que *los acreedores privativos de los cónyuges o de sus herederos no pueden proceder contra bienes concretos de la comunidad disuelta y no dividida, pero sí contra los derechos que a su deudor puedan corresponder sobre los mismos en la liquidación de aquélla*. Previamente, el texto provisionalmente aprobado por la CADC para el inciso final decía *pero sí contra la cuota que a su deudor corresponde en dicha comunidad* (38). En los trabajos de

(37) No obstante, LACRUZ (2005, p. 248) dice que la cuota puede ser embargada por deudas de su titular: sea un cónyuge o uno de los herederos.

(38) Dice el Acta 157, de la sesión de 2 de mayo de 2002:

“En la parte final del artículo 69-2, Don José García Almazor cree que sería mejor no hablar de *«la cuota que a su deudor corresponde en dicha comunidad»* y propone decir mejor *«los derechos que a su deudor le puedan corresponder sobre los mismos en la liquidación de aquélla»*. Alega que el embargo recae sobre bienes concretos, no cuotas, y que es la forma normal de hacerlo. Hay acuerdo en que se trata fundamentalmente de una cuestión terminológica,

la CADC queda claro que lo que se quiere regular es el embargo de la cuota de un partícipe en la comunidad posconsorcial, no los derechos que al deudor puedan corresponder sobre un bien común concreto (39).

Tanto el TS como la DGRN entienden que cabe el embargo –y la correspondiente anotación preventiva– de la parte que al cónyuge deudor corresponda en la sociedad de gananciales en liquidación, al modo que por deudas privativas de un heredero cabe el embargo de la parte que a éste corresponda en una herencia (cfr. arts. 1.067 CC, 42-6 y 46 LH o 166-1-2 RH) (40). De estos artículos se desprende que para practicar este embargo basta la demanda al cónyuge deudor (41).

El TS admite el embargo de la cuota parte que ostenta todo partíci-

aunque tiene implicaciones con la naturaleza jurídica como comunidad germánica de los patrimonios comunes en los regímenes económico matrimoniales de comunidad. Se decide aprobar la propuesta.”

(39) En la sesión de 11 de julio de 2001 (*vid.* Acta 125), en el debate del texto de la ponencia para este apartado 2, “comienza Don José-Luis Batalla Carilla expresando su temor de que una norma como la que se propone dificulte la práctica registral de las anotaciones preventivas de embargo sobre los bienes de la comunidad disuelta y no liquidada. A estos efectos, propone hablar de «parte» en vez de «cuota», igual que hace el Reglamento Hipotecario, y menciona las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 y 10 de octubre de 1998 y de 8 de julio de 1991, conforme a las cuales el embargo debe referirse a la totalidad de los bienes que forman parte de la comunidad posmatrimonial.

Se debate sobre esta cuestión.

Don Jesús Delgado Echeverría le contesta que, en su opinión, el embargo debe anotarse sobre fincas, pero indicando que lo embargado es la cuota que corresponde al cónyuge en la comunidad. Además, expresa su preferencia a favor de la expresión «cuota», con el fin de que sirva para desterrar el concepto de la comunidad germánica, a su juicio mal aplicado a la comunidad matrimonial, poniendo de manifiesto que en esta comunidad sí que existen cuotas, si bien referidas a todo el patrimonio.

Don José García Almazor está de acuerdo con el precepto propuesto, indicando que quizá el error se encuentra en la forma de expresar en los asientos registrales qué es lo que se embarga. En su opinión, puede expresarse que el embargo se refiere al bien objeto de la anotación pero sólo para el caso de que se adjudique en todo o en parte al deudor embargado, o bien puede decirse, mejor, que lo embargado es la cuota o parte que corresponde en la comunidad posmatrimonial al cónyuge deudor y que el bien sobre el que se practica la anotación forma parte de la misma.

Don José-Antonio Serrano García dice que los problemas planteados por Don José-Luis Batalla Carilla tal vez puedan superarse estableciendo una norma específica acerca de la forma de realizar la anotación preventiva, pero Don Jesús Delgado Echeverría le contesta que podría ser peligroso, tanto porque conviene no cerrar caminos, como porque se podría considerar que estábamos entrando en materias de naturaleza registral o procesal ajenas a nuestras competencias.

Al final, hay acuerdo en que el texto de la ponencia es suficientemente claro sobre el objeto del embargo y se rechaza la enmienda dirigida a hablar de «parte» en vez de «cuota».

(40) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, p. 230.

(41) Para Aragón, *vid.* BATALLA CARILLA, José Luis: “La Compilación y el Registro de la Propiedad”, en *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés* (Jaca, septiembre, 1985). Cortes de Aragón, Zaragoza, 1986, pp. 87-91.

pe en la comunidad posganancial (42). La RDGRN de 9 octubre 1998 (43), después de aludir al embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, se refiere en segundo lugar al “embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, embargo que, por aplicación analógica de los artículos 1.067 CC, 42-6 y 46 LH, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas sólo contra el cónyuge deudor, y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación «sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor» (cfr. art. 166-1, i. f. RH)”. Añade que “sí se embarga la cuota global, y los bienes sobre los que se anota no se atribuyen al deudor, éstos quedarán libres, pero el embargo se proyectará sobre los que se le hayan adjudicado a éste en pago de su derecho (de modo que sólo queda estéril la anotación, pero no la traba)”. Pero parece mucho más lógico, en evitación de innecesarios formalismos y de la necesidad de tener que reiterar un nuevo mandamiento, entender (como parece admitir la RDGRN de 27 de abril de 2000) que la anotación de embargo de cuota recae automáticamente sobre los bienes concretos que se adjudicó el deudor (44).

2. Objeto de la ejecución son los bienes adjudicados al deudor en la liquidación.

En la doctrina, al precisar el objeto del apremio, algunos han considerado que era posible la ejecución forzosa de la participación en la comunidad posganancial, de modo que el rematante adquiere la cuota global enajenada (45). Pero la aplicación de este criterio está plagada de dificult-

(42) Vid. SSTs de 21 de noviembre de 1987, 8 de octubre de 1990, 20 de noviembre de 1991, 17 de febrero de 1992, 14 de marzo de 1994 y 29 de abril de 1994, entre otras.

(43) Reproducida por la R. de 20 de abril de 2005 (Comentario de AGUILAR RUIZ, Leonor: “Responsabilidad de los bienes comunes por deudas privativas contraídas tras la disolución de la sociedad de gananciales”, RdP, núm. 16, 2006, pp. 297-308); Vid. Rs. de 2 de diciembre de 1929, 1 de junio de 1943, 10 de julio de 1952, 22 de mayo de 1986, 16 de febrero de 1987, 29 de mayo de 1987, 18 de septiembre de 1987, 5 de enero de 1988, 10 de octubre de 1998, 16 de marzo de 2002, 23 de diciembre de 2002, 30 de abril de 2005, entre otras.

(44) Así lo defienden Rafael RIVAS TORRALBA (*Anotaciones de embargo*, Madrid, 1992, p. 158) y OCAÑA RODRÍGUEZ, 2002, p. 395. Añade este último que “al fin y al cabo, si se anota el embargo de cuota sobre todos los bienes gananciales, es para asegurar que la parte del remanente adjudicada al deudor nunca pueda ser enajenada a terceros libre de la carga del embargo, si fuesen de buena fe (art. 13 LH). Podría perderse un tiempo precioso en perjuicio del acreedor. Lo que publica el embargo de cuota, no poco indeterminado, es que se va a convertir en embargo concreto sobre los bienes o derechos que el deudor se adjudique en la partición”.

(45) Vid. TORRALBA SORIANO, Vicente: “Comentario a los artículos 1.344 a 1.374 CC”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, volumen II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1735;

tades: la incertidumbre respecto del contenido patrimonial concreto del derecho objeto de ejecución y de su valoración (46). Por ello, la mayoría de la doctrina considera que el remate tendrá como objeto los bienes que al partícipe le correspondan tras la división, por lo que el procedimiento ejecutivo quedará en suspenso hasta que se realicen la liquidación y adjudicación correspondientes (47). Si algunos de los bienes objeto de anotación son los que finalmente corresponden al esposo deudor, el acreedor podrá ejecutarlos sin necesidad de nuevo mandamiento; sobre los demás desaparecerá la anotación de embargo.

El AAP de Zaragoza de 14 de febrero de 2001 (48), respecto del embargo de la cuota global posganancial del deudor, añade como inexcusable consecuencia la aplicación del artículo 541 LEC, que conlleva la suspensión del apremio una vez manifestada la oposición del no deudor a la afección de los bienes comunes y, en su caso, adoptadas las medidas de garantía del embargo, cuyos trámites sólo podrán continuar una vez rea-

DE LA CÁMARA, 1986, pp. 482-484, con matices; OLAVARRÍA TÉLLEZ, Ángel: "Algunos problemas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales", en *Academia Sevillana del Notariado*, Edersa, Madrid, 1989, pp. 350-353. Afirma RIVERA FERNÁNDEZ (1997, p. 156) que "no hay razón para impedir el remate y subsiguiente enajenación del contenido económico que la cotitularidad proporciona sobre todo el patrimonio indiviso al cónyuge deudor (derecho de copropiedad), pues nada obliga a que la liquidación preceda a la ejecución de los derechos de un cónyuge por parte de su acreedor". BLANDINO GARRIDO (1999, p. 200), siguiendo a MANRIQUE PLAZA ("Responsabilidad por deudas en la sociedad de gananciales", en AASN, *Homenaje a Francisco Manrique Romero*, t. III, Madrid, 1989, p. 36), dice que "embargada la participación en la comunidad postganancial, resulta posible, o bien proceder a la ejecución forzosa de la misma, o bien esperar a que se adjudiquen los bienes del patrimonio común al deudor y proceder luego a la realización de los elementos patrimoniales atribuidos".

El artículo 1.699 CC, respecto de la sociedad civil, admite el embargo y remate de la parte del socio en el fondo social.

(46) Vid. BLANDINO GARRIDO, 1999, pp. 201-202; PEÑA, 1989, p. 296; Vid. RDGRN de 8 de julio de 1991.

Dice MARTÍN OSANTE (1996, p. 706, nota 381) que, "económicamente es más interesante la adquisición de un bien aislado y cuya titularidad plena pasa a manos del rematante, que la de una cuota de un patrimonio cuyo valor efectivo es muy aleatorio, dependiendo de infinidad de factores difícilmente evaluables por un sujeto extraño a la propia comunidad. En definitiva, la subasta de una cuota en una comunidad (posmatrimonial) no deja de ser un supuesto teórico, más propio de los libros de Derecho que de la realidad de los Tribunales".

(47) PEÑA, 1989, pp. 296-297; BLANDINO GARRIDO, 1999, pp. 177-178 y 200-201, y los autores que cita allí (LACRUZ, DE LA CÁMARA, DE LOS MOZOS, MATA PALLARÉS, CARRASCO PERERA, RAMS ALBESA, BENDITO CAÑIZARES, BELLO JANEIRO, RIVERA FERNÁNDEZ); SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, p. 231; RENTERÍA AROCENA, 2004, p. 1794.

PEÑA (1991, pp. 774-775) entiende que el derecho abstracto de cada partícipe no es susceptible de ser enajenado. Estima que el embargo equivale a retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor del cónyuge deudor. Cuando por la partición y adjudicación el cónyuge deudor reciba su parte embargada en bienes concretos, el embargo pasará a recaer sobre estos bienes y quedará ya sujeto a las reglas ordinarias.

(48) RDCA, 2003-2004, marginal 31.

lizada la liquidación del patrimonio común. “Aunque no lo hubiera dispuesto la norma –señala el Auto- no sería viable otra consecuencia legal. Resulta pues inexcusable la vinculación entre la ejecución y la liquidación.”

Como señala MEDRANO SÁNCHEZ (49), “el apremio sólo puede desarrollarse en sus primeras fases, esto es en la afección y en la adopción de la medida de aseguramiento del embargo (depósito si se trata de bienes muebles, anotación preventiva del embargo si de inmuebles se trata-se). Pero no podrá iniciarse la verdadera vía de apremio, la subasta entendida en sentido amplio, comprensiva del desarrollo de todos los actos procesales conducentes a la realización del bien embargado. Y ello porque estando indeterminado el “bien”, ni puede ser subastado ni existiría como objeto delimitado e identificado que integraría ese negocio jurídico, la enajenación forzosa, en que consiste la ejecución” (50).

3. Inclusión de la titularidad sobre la cuota posconsorcial en la masa activa del concurso de acreedores.

En caso de concurso de acreedores de uno de los cónyuges porque su patrimonio personal está en situación de insolvencia, como su titularidad sobre los bienes comunes no recae directamente sobre bienes concretos, sino sobre todo el patrimonio en liquidación, el bien que ha de ser considerado como elemento de la masa activa no es cada uno de los bienes comunes, sino la titularidad global que sobre el patrimonio posconsorcial corresponde al cónyuge concursado.

(49) 2004, p. 51.

(50) Dice la RDGRN de 23 de diciembre de 2002 que “las cuotas sobre un patrimonio en liquidación, en cuanto tales, no son «bienes» susceptibles de enajenación forzosa, al carecer de la necesaria concreción y determinación, imprescindible para que puedan ser valorados objetivamente, como trámite esencial de cualquier procedimiento de enajenación forzosa sobre bienes del deudor, habida cuenta que nadie puede ser privado de sus bienes sino en virtud de un acto legítimo de autoridad (expropiación por causa de utilidad pública o interés social, previa la correspondiente indemnización, o para satisfacción de los acreedores, en el procedimiento judicial o administrativo tramitado con arreglo a la ley) (cfr. arts. 33 Const. y 348 y 1.911 CC)”.

Esta resolución, que tiene que enfrentarse al peculiar supuesto de un procedimiento administrativo de apremio en el que no se limitó el órgano ejecutor a embargar una cuota ideal del cónyuge deudor, sino que la subastó y hubo quien se interesó en su adjudicación, afirma que el embargo de cuotas abstractas en un patrimonio colectivo en liquidación es una *medida cautelar* que no produce más efecto que el de anticipar el embargo sobre bienes futuros que se adjudiquen (si es que se le termina adjudicando algo) al deudor en la división del caudal. Pero con razón indica MEDRANO (2004, p. 52) que la naturaleza del embargo no es cautelar, sino ejecutiva, no siendo aceptable esa figura procesal que se intenta introducir en el proceso de ejecución y que se contiene en la argumentación del Centro Directivo. En realidad, el problema conceptual sería común al embargo cautelar y al ejecutivo; en la argumentación de la resolución se parece estar describiendo el perfil de un nuevo embargo, una suerte de pre-afección.

En esta *ejecución colectiva* sobre los bienes del cónyuge deudor, lo colectivamente embargable (lo incluible en la masa activa del concursado) será también lo que en las *ejecuciones singulares* a favor de los acreedores particulares del concursado sería embargable: “los derechos que le puedan corresponder en la liquidación de la comunidad posconsorcial” (cfr. art. 70-2 Lrem., art. 1.034 CC). Los acreedores particulares de un cónyuge sólo pueden proceder contra el remanente, contra lo que le quedare después de satisfechas las deudas comunes (51).

La liquidación y, en su caso, división, de esta “cosa compleja” de la masa activa del cónyuge concursado ha de hacerse en el mismo procedimiento del concurso, de manera que es el juez del concurso el que ha de acordar “la liquidación o división del patrimonio”, como dice el artículo 77-2 LC, que añade además que dicha liquidación o división “se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso”. Esto es así porque todos o algunos acreedores por deudas comunes pueden ser a la vez acreedores del cónyuge concursado cuando fuera éste quien las contrajo.

Si el patrimonio común tiene bienes suficientes para dar satisfacción a todos los acreedores por deudas comunes, la liquidación seguirá el orden de prelación marcado en el Derecho civil aplicable (cfr. arts. 83-85 Lrem., 1.399, 1.403, 1.404 CC) y los acreedores consorciales no sufrirán los efectos del concurso. Satisfechos los acreedores por deudas comunes, el remanente se dividirá y adjudicará entre los cónyuges o sus respectivos herederos, quedando incluidos en la masa activa del concurso los adjudicados al cónyuge concursado, que servirán para la satisfacción de los acreedores particulares de éste.

En caso de no tener el patrimonio común bienes suficientes para satisfacer a los acreedores por deudas comunes (en Aragón, incluidos los reintegros a los patrimonios privativos), se aplicarán las normas sobre concurrencia y prelación de créditos (cfr. arts. 82 Lrem., 1.399-2 CC). Al no haber activo suficiente, no habrá derecho de ventajas (cfr. arts. 84 Lrem., 1.321 CC), ni remanente que dividir. Los acreedores por deudas comunes que no hayan sido satisfechos, o en cuanto no lo hayan sido, seguirán integrados en la masa pasiva del concurso declarado.

IV. La constancia registral de la cuota posconsorcial

La Dirección General de los Registros y del Notariado no duda de que “hoy la legislación registral permite la constancia registral del derecho de cada cónyuge sobre el patrimonio ganancial en liquidación, así como

(51) Así lo dice PEÑA (2006, p. 314) en relación al concurso del heredero.

la de los actos dispositivos que tengan por objeto claramente la cuota global, en tanto que representativa de un valor económico incluido en el patrimonio personal de cada esposo” (52).

Hay que aplicar supletoriamente lo dispuesto para la toma de razón del “derecho hereditario”. Habiendo varios herederos, el derecho de cada uno en la comunidad sucesoria (o sea, antes de la partición) “sólo podrá ser objeto –dispone el art. 46 LH– de anotación preventiva. Esta anotación podrá ser solicitada por cualquiera de los que tengan derecho a la herencia o acrediten un interés legítimo en el derecho que se trate de anotar”. En la comunidad posconsorcial, habiendo dos cuotas, los titulares de cada una de ellas (los cónyuges o sus herederos) pueden solicitar que su titularidad sea anotada en el Registro. La anotación debe ser extendida en los folios relativos a fincas que, según el Registro, tengan el carácter de posconsorciales y que el presentante indique de forma reglamentaria. Al hacerse constar este derecho sobre el folio de una finca concreta de la comunidad posconsorcial, lo que publica la anotación preventiva no es la titularidad sobre una parte indivisa y concreta de la finca, por parte del cónyuge o herederos anotantes, sino la participación del cónyuge o herederos en todo el patrimonio posconsorcial, dentro del cual está esta finca (53).

De la legislación hipotecaria se desprende, además, que “los acreedores de la herencia [en nuestro caso: «consorciales»], cuyos créditos no estén garantizados especialmente o afianzados por los herederos” [en nuestro caso: cónyuges o sus herederos] pueden conseguir la anotación preventiva del derecho en la comunidad posconsorcial en el Registro de la Propiedad (cfr. arts. 42-6.º y 46 LH, 146 RH), y, con ella, que, a pesar de la enajenación a tercero de los bienes comunes que sufran la anotación preventiva, sea igualmente posible el ejercicio, sobre estos bienes, de todas las facultades que corresponden a los acreedores consorciales para conseguir el pago o la garantía especial de sus créditos (54).

(52) *Vid.* Rs. de 28 de febrero de 1992 y 20 de abril de 2005.

La R. de 13 de noviembre de 1926, en un supuesto en el que, antes de liquidar la sociedad conyugal, un partícipe vendió “la participación que pueda corresponderle en la sociedad de gananciales que llevó con su esposa”, llega a las siguientes conclusiones: “1.º Los derechos correspondientes al marido en la sociedad de gananciales, formada con su difunta esposa, pueden ser adquiridos como parte alícuota de un patrimonio, por tercera persona. 2.º Que la inscripción consiguiente, debe ser extendida en los folios relativos a fincas que, según el Registro tengan el carácter de gananciales y que el presentante indique de forma reglamentaria. 3.º Que para inscribir la cesión del derecho abstracto correspondiente a D. A. en la sociedad de gananciales disuelta por muerte de su esposa, no se necesita presentar los documentos que justifiquen cuáles sean los bienes comprendidos dentro de los derechos vendidos”. Citada por RIVERA FERNÁNDEZ, 2000, pp. 2526-2527.

(53) En este sentido, para la anotación del “derecho hereditario”, LACRUZ, 1993, p. 169.

(54) PEÑA, 2006, p. 289. En el mismo sentido, expone OCAÑA RODRÍGUEZ (2002, pp. 379-380)

La doctrina en general es favorable a la constancia registral de la transmisión de la cuota posconsorcial (55). Así, RAGEL SÁNCHEZ (56) defiende que dicho acceso se haría mediante anotación preventiva (cfr. art. 166-1.º RH) sobre cada uno de los bienes inmuebles que en tal Registro figuren como gananciales, haciéndose constar que la transmisión está condicionada o supeditada a que se adjudique la finca en el haber del transmitente. Para inscribir, con carácter definitivo, bienes a favor del adquirente de la cuota se necesitará presentar la oportuna escritura pública en la que verifique la adjudicación de dichos bienes como resultado de la liquidación de la comunidad conyugal (57).

V. El embargo de los derechos sobre un bien común concreto

1. Atenuación de las consecuencias de la falta de cuota sobre bienes concretos.

Aunque, como hemos indicado, en la comunidad en liquidación no hay cuotas individuales sobre cada uno de los bienes concretos que integran el patrimonio común, hay, no obstante, dos preceptos en la Ley aragonesa del 2003 que dan a entender que el legislador aragonés no acaba de creerse del todo la doctrina de la falta de cuota sobre los bienes que integran el patrimonio posconsorcial (y lo mismo podría decirse respecto del consorcial).

que la publicidad se materializa en el Registro de la Propiedad mediante la anotación preventiva prevista en el artículo 146 RH en conexión con los artículos 46, 57 y 73 LH. A tenor del artículo 146 RH, en el Registro de la Propiedad y mediante solicitud, puede hacerse constar, finca por finca, que se ha producido una nueva situación a virtud de la disolución de la sociedad de gananciales: se anotaría preventivamente que del patrimonio, antes ganancial, han pasado a ser cotitulares en comunidad posganancial los cónyuges, ex cónyuges o los herederos respectivos de uno y otro, o de ambos. Hasta la partición no procedería pues ninguna inscripción sobre los bienes (art. 46 LH). Esta anotación puede hacerse a solicitud de los partícipes en la comunidad e incluso de los acreedores consorciales, cuyos créditos no estén garantizados o afianzados, siempre que los justifiquen mediante escritura pública. En los demás casos mediante providencia judicial con aplicación de lo dispuesto en los artículos 57 y 73 LH. Mediante esta anotación se evitan difíciles acciones de tercería o de nulidad posteriores a una anotación de embargo. Y es que la ausencia en el Registro de la Propiedad de las debidas referencias a la existencia de la comunidad posganancial podría dar lugar a que terceros protegidos por el artículo 34 LH pudieran hacer inatacable su adquisición obtenida en pública subasta por efecto de un embargo y de una deuda individual privativa del otro cónyuge.

(55) En contra se manifiesta MADRAZO MELÉNDEZ, Belén: “Comentario a la RDGRN de 8 de julio de 1991”, CCJC, 1991, p. 856.

(56) 1987, p. 222; 1992, p. 759. RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, pp. 61-63.

(57) RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, p. 63.

En efecto, dice el Preámbulo de la Lrem. que “las previsiones del artículo 56 sobre disposiciones por causa de muerte relativas a la participación en el patrimonio común, a bienes determinados del patrimonio común o a los derechos que sobre un bien consorcial determinado corresponden al disponente, suponen una novedad, al menos formal, en el Derecho aragonés. Inspiradas en opiniones doctrinales solventes y en sugerencias de los profesionales del Derecho, tienden a *facilitar unas disposiciones bastante frecuentes que, en un régimen como el aragonés, no parecería razonable impedir solamente por razones derivadas del análisis de la naturaleza jurídica del consorcio*, sin que aparezcan otras sustantivas suficientemente poderosas. Es de notar que las mismas reglas, de acuerdo con el artículo 73, se aplican a las disposiciones por causa de muerte ya disuelto el consorcio pero todavía no dividida la masa común”.

Por tanto, la falta de cuotas sobre los bienes comunes no impide disponer por causa de muerte de los derechos que a un cónyuge le corresponden en un bien determinado del patrimonio común. La contradicción evidente se salva, como veremos al comentar la disposición por causa de muerte, condicionando los efectos de este legado al resultado de la partición del patrimonio común: el legado se limitará a una mitad indivisa del bien o, si todo él se adjudica al otro cónyuge, al valor de la mitad al tiempo de la delación.

Por otra parte, en el apartado 2 del artículo 70 Lrem., dedicado a regular la responsabilidad de los bienes comunes, se ha dicho, como ya conocemos, que *los acreedores privativos de los cónyuges o de sus herederos no pueden proceder contra bienes concretos de la comunidad disuelta y no dividida, pero sí contra los derechos que a su deudor puedan corresponder sobre los mismos en la liquidación de aquélla*. Aunque ya hemos dicho que el texto legal se redactó pensando claramente en el embargo de la cuota en la comunidad posconsorcial, la redacción final puede amparar también el embargo de la cuota en bienes comunes concretos.

De manera que cabe la disposición por causa de muerte, así como el embargo, de los derechos de un cónyuge o partícipe en un bien común; si es así, lo lógico es admitir que cabe también la disposición entre vivos, pero lo mismo que la disposición *mortis causa* y el embargo, condicionada a los resultados de la división del patrimonio común.

2. El embargo de los derechos sobre un bien común concreto.

La Dirección General de los Registros y del Notariado rechaza el embargo de los derechos que pudieran corresponder al deudor sobre un concreto bien de la comunidad en liquidación y, consiguientemente, su

anotación preventiva (58). Así, la RDGRN de 9 de octubre de 1998 (59), después de admitir el embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, así como el embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, se refiere, en tercer lugar, al “teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal, supuesto que no puede confundirse con el anterior pese a la redacción del artículo 166-1, i. f. RH, y ello se advierte fácilmente cuando se piensa en la diferente sustantividad y requisitos jurídicos de una y otra hipótesis. En efecto, teniendo en cuenta que el cónyuge viudo y los herederos del premuerto puedan verificar la partición del remanente contemplado en el artículo 1.404 CC como tengan por conveniente, con tal de que no se perjudiquen los derechos del tercero (cfr. arts. 1.410, 1.083 y 1.058 CC), en el caso de la traba de los derechos que puedan corresponder al deudor sobre bienes gananciales concretos, puede perfectamente ocurrir que estos bienes no sean adjudicados al cónyuge deudor (y, lógicamente, así será si su cuota puede satisfacerse en otros bienes gananciales de la misma naturaleza, especie y calidad), por lo que aquella traba quedará absolutamente estéril; en cambio, si se embarga la cuota global, y los bienes sobre los que se anota no se atribuyen al deudor, éstos quedarán libres, pero el embargo se proyectará sobre los que se le hayan adjudicado a éste en pago de su derecho (de modo que sólo queda estéril la anotación, pero no la traba). Se advierte, pues, que el objeto del embargo cuando la traba se contrae a los derechos que puedan corresponder a un cónyuge en bienes gananciales singulares carece de verdadera sustantividad jurídica; no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial (cfr. Resolución de 8 de julio de 1991) y, por tanto, debe rechazarse su reflejo registral, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 2 LH”.

MEDRANO SÁNCHEZ considera que el legislador aragonés ha optado por declarar la embargabilidad de un bien en unos términos que supone apartarse del criterio de la Dirección General (60). Y si aceptáramos las

(58) *Vid.* Rs. de 22 de mayo de 1986, 8 de julio de 1991, 28 de febrero de 1992, 9 de octubre de 1998, 10 de octubre de 1998, 16 de marzo de 2002, 20 de abril de 2005, 23 de abril de 2005, entre otras.

(59) Reproducida por la R. de 20 de abril de 2005 (*Vid.* el comentario de AGUILAR RUIZ, 2006, pp. 297-308).

(60) 2004, pp. 51-52. También FRANCISCO CURIEL LORENTE (2004, p. 76) interpreta que el legislador aragonés, en el artículo 70-2 Lrem., permite que los acreedores procedan “contra los derechos que a su deudor puedan corresponder sobre bienes concretos” tras la liquidación y división del consorcio.

consideraciones del Centro Directivo estaría también aparentemente en contradicción con lo ordenado por el artículo 588 LEC, que declara la nulidad del embargo indeterminado (61). Pero muy al contrario, este autor cree que puede defenderse que es más determinado el embargo sobre los derechos que correspondan a uno de los cónyuges sobre un determinado bien (al menos éste está determinado), que el embargo de la cuota ideal sobre la globalidad de un patrimonio, pues aquí ni se conoce el alcance de la cuota, al menos su valor, ni está precisado el patrimonio. Los efectos prácticos para ambos supuestos serán los mismos, a saber, por una parte, que en ninguno de ellos el procedimiento de apremio podrá continuar, tras la afección, dado que tan insusceptible de valoración es una cuota abstracta como los derechos que correspondan al deudor sobre un concreto bien, por indeterminados que sean. Hasta que no fine la liquidación del consorcio no se podrá continuar el apremio. Y por otra parte, entiende que establecido expresamente por el legislador aragonés la embargabilidad del derecho indeterminado debe ceder aquella doctrina del Centro Directivo, con la seciente conclusión de que cabrá la anotación preventiva en el Registro.

En términos muy similares se expresa FRANCISCO CURIEL LORENTE (62), que comienza señalando que “en el procedimiento de ejecución el embargo ha de concretarse necesariamente sobre bienes específicos. Si se pretende que el embargo se publique en el Registro de la Propiedad ha de recaer sobre bienes inmuebles. Hasta tanto se proceda a la división, se embargue la cuota o se embarguen los derechos que al deudor puedan corresponder sobre un bien concreto, la anotación puede practicarse en el Registro, pero el procedimiento no puede seguir adelante hasta que la liquidación y división de la sociedad conyugal se lleve a efecto, pues sólo entonces podrá saberse la participación que al deudor corresponde, en su caso, en el bien embargado, haciendo posible su avalúo y subasta. El trámite divisorio es, pues, imprescindible, se embargue la cuota o se embarguen los derechos que sobre el bien se adjudiquen al deudor en la división del consorcio. En ningún caso, hasta que la división se realice, existe «objeto de derecho susceptible de enajenación judicial». No se compren-

(61) Pero como el propio autor indica, “esta nulidad, en referencia al supuesto que ahora nos interesa, es matizable. En primer lugar porque la norma procesal ya contempla alguna excepción a la misma, y no se ve la razón por la que el legislador aragonés no puede establecer otra. En segundo lugar, porque es dudosa y discutible la doctrina antes citada de la DGRN, y no se ve por qué razón puede considerarse que está más determinado el embargo sobre la cuota que sobre los genéricos derechos que correspondan al deudor sobre cada uno de los bienes”.

(62) 2004, p. 76.

de por ello por qué la DGRN proscribía una fórmula y no la otra, cuando en la práctica judicial y registral se ha impuesto la de embargar los derechos que sobre un bien concreto se adjudiquen al deudor en la división del consorcio, probablemente porque para los terceros resulta más clara que el embargo de la cuota, toda vez que ésta puede inducir a creer, erróneamente, que el embargo recae sobre la mitad indivisa de la finca”.

Considera MEDRANO SÁNCHEZ (63) que “hay que terminar aceptando que es factible, en determinados supuestos, embargos de bienes o derechos con una relativa indeterminación, que están en tránsito o en proceso de concreción. Y a estos efectos de salvar la interdicción legal de embargos de derechos indeterminados, siempre estarán más concretados (o por lo menos igual) los derechos que puedan corresponder al cónyuge deudor sobre un bien concreto del patrimonio consorcial, que el embargo de una cuota ideal de no se sabe qué patrimonio. Nunca se tratará de un embargo cautelar como afirma el Centro Directivo. La construcción jurídica de la Dirección resulta, en este sentido, ornamental. En cualquier caso el legislador aragonés ha resuelto de manera definitiva la polémica”.

En el ámbito del Código Civil, consideran algunos autores que es admisible el embargo del derecho que corresponda al partícipe sobre un bien singular de la comunidad posganancial (64).

En la STS de 17 de febrero de 1992, no obstante afirmar con rotundidad que, durante la comunidad posganancial, cada partícipe “ostenta una cuota abstracta sobre el *totum* ganancial (como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia) pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo”, declaró, en contradicción con lo anterior, que “si bien es cierto que el demandante tercerista (cónyuge no deudor) D. Carlos, no tiene acción para obtener el

(63) 2004, p. 52.

(64) RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe (“Resolución de 28 de febrero de 1992. Comunidad posganancial. Cesión de los derechos que corresponden a uno de los cónyuges sobre determinado bien inmueble, condicionada a que se le adjudique en la liquidación. Denegación de inscripción en el Registro de la Propiedad, por tratarse de un pacto que carece de efecto real”, CCJC, núm. 30, 1992, p. 759) afirma que quien puede lo más –transmitir la cuota sobre todos los bienes– puede también lo menos –transmitir la parte de esa cuota que coincida con la finca afectada por la cesión singular; RIVERA FERNÁNDEZ, 1997, pp. 156 y ss.; BLANDINO GARRIDO, 1999, pp. 204-211, se ocupa de la ejecución forzosa del derecho del partícipe referido a uno o varios bienes del patrimonio posganancial, afirmando que el embargo de la cuota global del partícipe puede venir referido a la totalidad de los bienes compartidos, a varios o a alguno en particular; supuesto, este último, distinto del embargo de una cuota concreta de un bien posganancial; para GUILARTE GUTIÉRREZ (2003, p. 67) “sería posible la traba y realización de la cuota del 50 por 100 que en cada activo consorcial sin duda ostenta el cónyuge deudor evitando al acreedor el tener que acudir a un inviable e irrealizable proceso de liquidación de la totalidad de los bienes consorciales”.

alzamiento total y absoluto de la traba, pues el piso embargado no le pertenece en exclusiva, no lo es menos que tiene un indudable derecho a dejar a salvo de dicho embargo la cuota que le corresponde sobre el mismo” (65).

(65) En el mismo sentido, SSTs de 21 de noviembre de 1987, 8 de octubre de 1990 y 14 de marzo de 1994. Para RIVERA FERNÁNDEZ (1997, pp. 43-46 y 158-160; 2000, p. 472), el TS en estas sentencias parece apuntar a la concepción de la comunidad posconsorcial como comunidad de tipo romano al limitar el embargo a la cuota abstracta que al cónyuge deudor le corresponde sobre el bien inmueble trabado. Pero dice este autor (p. 160) que “a nuestro Alto Tribunal le falta dar un paso más: individualizar el objeto del embargo, exigido por el principio de especialidad que debe regir su práctica, y reconocer que de lo que estamos hablando es de un auténtico derecho de copropiedad. No en vano debe tenerse en cuenta que el objeto del embargo no es la cosa, sino el derecho (en nuestro caso de copropiedad) que recae sobre ella”. El mismo autor es consciente de que su posición choca con dos graves problemas: la admisibilidad del embargo del derecho de copropiedad y, admitido éste, la participación de licitadores al remate. Él mismo admite que “no será fácil, por no decir imposible, encontrar un rematante cuyo destino inmediato es entrar en una situación de comunidad sobre un bien que, llegada la división, puede que no le sea adjudicado” (p. 161).

En parecido sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, M.^a del Carmen: “Comentario a la STS de 7 de noviembre de 1997”, RdP, 1998, número 1, p. 589.

Para MÁS BADÍA (1999, pp. 361-362) “hay un modo de salvar la incoherencia [en la que incurren los fallos de estas sentencias del TS]: entender que se mantiene parcialmente el embargo, no sobre una cuota disponible que recae exclusivamente sobre la finca concreta, sino en la medida en que la cuota abstracta que ostenta la deudora en la comunidad posganancial afecta a ese bien por formar parte del *totum* común, como cualquier otro que lo integre, por lo que sería injusto alzar sin más la traba. No es que se mantenga el embargo de una cuota del 50 por 100 de la finca, enajenable en pública subasta, con independencia del resto de la masa común, sino que se mantiene trabada la finca en la medida en que la cuota abstracta recae sobre un patrimonio del que forma parte y en la medida que, tras la liquidación, se materialice sobre esa finca la parte del cónyuge deudor. Habrá que esperar a la liquidación para determinar qué derecho concreto se ostenta sobre la finca”. Añade poco después (pp. 362-363) que “hasta que dicha liquidación tenga lugar, no podrá llevarse a cabo la ejecución y subasta del derecho embargado. Y sólo en la medida en que el bien que fue objeto de la traba resulte atribuido, en la partición, al cónyuge deudor –o sus herederos– podrá ser, finalmente, objeto de remate”. En sentido parecido, PEÑA, 1989, p. 296, y BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Comentario a la STS de 14 de marzo de 1994. Comunidad posganancial. Deuda contraída por el cónyuge sobreviviente una vez disuelta la sociedad de gananciales por fallecimiento del otro. Embargo de bienes de la comunidad hereditaria. Tercería de dominio interpuesta por los comuneros no deudores”, CCJC, número 36, 1994, número ref. 954, pp. 870-871. *Vid. etiam* AGUILAR RUIZ, 2006, pp. 304-307.

La STC 151/2002, de 15 de junio, dice que el cónyuge no deudor que sufre el embargo y realización individualizada de un bien común por deudas privativas del otro no tiene más que “poner de relieve su titularidad ante el órgano judicial para limitar la ejecución a la cuota de su cónyuge, evitando así cualquier efecto reflejo de la condena penal sobre su patrimonio”. Con lo que parece aceptar la existencia de una “cuota” sobre los individuales bienes comunes tan persistentemente negada por el TS (GUILARTE GUTIÉRREZ, 2003, p. 55).

VI. El embargo de un bien común (o de su mitad indivisa) a instancia de uno de los cónyuges

1. Embargo con apremio vinculado a la liquidación.

Nos dice MEDRANO SÁNCHEZ (66), a quien sigo también en la exposición de este apartado, que ha sido extremadamente frecuente, en las crisis matrimoniales, el que uno de los cónyuges haya pretendido el embargo de los derechos del otro, normalmente para lograr la satisfacción de pensiones, de alimentos y compensatoria, impuestas en los pertinentes procesos matrimoniales. Y en no pocas ocasiones se ha pretendido el embargo de la mitad indivisa de la vivienda familiar. Estos embargos no se pretenden sobre la cuota del cónyuge deudor, sino sobre partes indivisas, como si en la relación entre ellos la naturaleza jurídica de la comunidad se transformase en la propia de una comunidad ordinaria.

En principio, el hecho de que se trate de una reclamación entre los cónyuges no hace cambiar las circunstancias que provocan una indeterminación de los derechos de los cónyuges sobre el patrimonio común. Pero sí que hay matices diferentes. No dejan de concurrir la voluntad de todos los interesados en la venta de ese bien, uno (el ejecutante) de manera voluntaria, y el otro (el ejecutado), de manera forzosa.

La dificultad seciente a la imprecisión del alcance de la cuota abstracta de cada uno de los cónyuges sobre el patrimonio común no operará aquí tanto en el ámbito de la indeterminación del embargo, así concretado sobre el pleno derecho de propiedad de un determinado bien (o su mitad indivisa), sino sobre las consecuencias del apremio. Pues se dará la paradoja de que, no estando concretados los derechos de cada uno de los cónyuges, aquel embargo y apremio podrían estar alcanzando derechos del propio ejecutante.

El AAP de Zaragoza de 14 de febrero de 2001 (67), del que es ponente MEDRANO SÁNCHEZ, admite la corrección del procedimiento de apremio instado por uno de los cónyuges contra el otro, por deudas de éste con aquél contraídas después de la disolución, pero sobre la parte que corresponda al ejecutado en unos concretos bienes comunes de un régimen económico disuelto, pero no liquidado. En dicha resolución razonaba que “a poco que se repare se observará que ese procedimiento de apremio lo que ha venido a producir es un cambio o conversión de un bien determinado integrante del patrimonio ganancial por otro, ultrafungible, como lo es el dinero obtenido con ocasión de la realización de aquél. De manera que ahora el patrimonio común puede tener el mismo valor contable, el mis-

(66) 2004, pp. 53-54.

(67) RDCA, 2003-2004, marginal 31.

mo, en términos genéricos, activo, pero en el que se ha producido una mutación en la naturaleza de uno de los bienes que lo integraban”.

También se afirma que “no concurre aquí la razón que impone la necesidad de paralizar el apremio cuando la deuda es a favor de un tercero, pues no hay necesidad de identificar, tras la liquidación, los bienes que corresponden al cónyuge deudor, para así respetar los derechos del no deudor” [...].

“No se deja de desconocer –reconoce el Auto– que el resultado final, sobre todo en relación al procedimiento de apremio, puede resultar paradójico. Pues en tanto no se realice la liquidación no se sabrán los derechos que cada cónyuge ostentaba sobre los bienes apremiados. Con la consecuencia de que no se sabrá en qué medida el crédito del ejecutante queda o no extinguido con la realización del bien común: se mantiene pues la vinculación entre apremio y liquidación de manera similar a la que se produce cuando es el crédito de un tercero el que se ejecuta. Pero no igual, pues ahora se traslada a la liquidación las consecuencias del apremio, sin suspender el mismo, de modo que sólo cuando el cónyuge ejecutante perciba en [razón d] el apremio más de lo que [le] hubiera correspondido según la liquidación deberá minorarse [descontar del total de lo percibido] su haber en la partición y podrá saberse en qué medida el crédito ejecutado quedó extinguido.”

Concluye MEDRANO SÁNCHEZ (68) que estas dificultades parecerían hacer inviable, si no el embargo, sí el apremio y debería mantenerse la misma solución que para el supuesto de que el acreedor sea un tercero (69). Mas el artículo 44-5 Lrem. (anterior art. 47-2 Comp.) parece dar expresa cobertura legal a este apremio entre patrimonios.

2. Embargo con apremio no vinculado a la liquidación.

El artículo 44-5 Lrem. sólo se ocupa de los reintegros y reembolsos, así como de otras obligaciones, entre el patrimonio consorcial y los privativos, no de las reclamaciones entre los patrimonios privativos de los cónyuges. Pero los reintegros y reembolsos, cuyo pago puede ser exigido antes de la liquidación cuando así se hubiera pactado o cuando medie jus-

(68) 2004, p. 54.

(69) En el ámbito de la sociedad posganancial, entiende BLANDINO GARRIDO (1999, pp. 219-220) que, producida la disolución, y mientras no se procede a la liquidación del régimen, la posición de los partícipes acreedores de otros partícipes “será similar a la de los terceros-acreedores privativos y por tanto, cesa la posibilidad de agredir los bienes comunes, al amparo del artículo 1.373 CC. Ahora bien, los partícipes cuentan con la facultad de solicitar la liquidación y/o partición de la sociedad –para lo cual se encuentran *directamente* legitimados– y conseguir así, bien la adjudicación de bienes comunes previamente a la partición (art. 1.405 CC), bien la agresión sobre los bienes adjudicados al partícipe deudor”.

ta causa (70), son siempre reclamaciones entre cónyuges; la deuda reclamada puede ser común (reintegro debido por el patrimonio común al privativo del cónyuge reclamante) o privativa (derecho de reembolso debido por el cónyuge demandado a la masa común), y los bienes o derechos objeto de embargo afectan siempre a los bienes comunes. El artículo 44-5 Lrem. se preocupa de indicar que es siempre justa causa para exigir el reembolso antes de la liquidación de la comunidad la disposición abusiva de capital común en beneficio propio (71).

La posibilidad de exigir el pago, y de que éste pueda realizarse antes de la liquidación, está contemplada en la norma para los casos que indica, lo que quiere decir que el embargo no puede tener como consecuencia la suspensión del apremio hasta que se practique aquélla. El patrimonio acreedor ha de poder cobrar sin necesidad de una previa liquidación. Luego la solución dada para cuando el acreedor es un tercero no sirve. Y creo que tampoco sirve la solución dada en el Auto citado: no tiene sentido y no resulta práctico ni satisfactorio para nadie permitir tanto el embargo como el apremio del bien común (o una mitad indivisa), pero con ingreso del dinero obtenido en la ejecución en el patrimonio común, con lo que el acreedor no tiene todavía derecho a cobrar su crédito, derecho que queda pendiente de las resultas de la liquidación.

Cuando un cónyuge, en su propio interés o en el de la comunidad, se dirige contra el otro o sus herederos y en proceso de ejecución procede contra bienes comunes (o partes indivisas de ellos), habría que contemplar la posibilidad de adjudicar los bienes o lo obtenido con su enajenación forzosa al cónyuge reclamante:

(70) Para el CC, dice MONTERO AROCA (2003, pp. 85-87) que, en el caso de que uno de los partícipes haya realizado él solo el pago de una deuda ganancial, hay sentencias contradictorias respecto de sus posibilidades de cobro. Estima que lo correcto es entender que la reclamación aislada no es posible, debiendo estarse a la liquidación, en la que lo pagado por uno de los cónyuges, respecto de una deuda de la sociedad posganancial, se computará en el pasivo como crédito contra la sociedad. No obstante, la reclamación entre cónyuges no podrá negarse en aquellos casos en los que las partes no desean instar la liquidación de la sociedad posganancial. *Vid.* el estado de la cuestión en MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 68-75.

(71) En el ámbito del CC, dice Díez Soto (2004, pp. 139-140 y pp. 465 y ss.) que parece claro que el legislador parte de la base de que, en principio, el momento normal para la realización de los créditos habrá de ser el de la liquidación definitiva del régimen (arts. 1.358, 1.359-2, 1.362-1.^a); sólo en el caso del artículo 1.373-2 aparece expresamente prevista la posibilidad de que el abono de los reintegros se produzca en un momento anterior. No obstante, buena parte de la doctrina ha entendido que no hay inconveniente para que los cónyuges, de común acuerdo –o acudiendo, en su caso, a la autorización judicial supletoria–, decidan hacer efectivos los reintegros con anterioridad a la liquidación del régimen, aunque sólo en este momento serán exigibles, y sólo a partir de ese momento empezarán a correr los plazos de prescripción. Pero considera este autor (p. 143) que el reintegro anticipado sólo será posible en la medida en que se satisfagan o garanticen los créditos de terceros existentes hasta ese momento frente a la comunidad.

a) Si el cónyuge ejecutante es acreedor personal de la comunidad (derecho de reintegro) habría que adjudicarle el bien o el dinero de la enajenación, y a cambio el pasivo común se vería liberado de esta deuda (72).

b) Si el cónyuge ejecutante reclama al otro el pago de un reembolso a favor de la comunidad, a falta de bienes privativos del cónyuge deudor, o no se puede cobrar el reembolso, o si para ello hay que proceder contra bienes comunes, no queda más remedio que adjudicar los bienes o lo obtenido con su venta al cónyuge ejecutante por el importe de la deuda, de esta manera lo debido por uno a la comunidad queda compensado con otro tanto que el no deudor recibe por esta vía del patrimonio común. En esta operación habría, por un lado, extinción de la deuda privativa de un cónyuge y, por otro, división parcial de la comunidad al adjudicar al no deudor bienes comunes por el importe de la deuda del otro extinguida. Deberían quedar a salvo los preferentes derechos de los acreedores por deudas comunes, quienes podrían proceder contra los bienes comunes adjudicados al cónyuge no deudor (73).

Las relaciones entre los patrimonios privativos de los cónyuges o sus herederos no están contempladas en el artículo 44-5 Lrem., por lo que cuando se trate de relaciones de obligación se regirán por las reglas generales aplicables a las deudas privativas, pero con las salvedades derivadas de intervenir ambos en el proceso de ejecución, uno como ejecutante y otro como ejecutado. A falta de bienes privativos del deudor, se puede embargar su cuota en la comunidad o sus derechos sobre bienes comunes concretos, sin que el apremio deba suspenderse al no ser necesaria la previa liquidación y división de la comunidad; con las resultas del remate, el cónyuge acreedor debería poder satisfacer su crédito, lo que conllevaría la consiguiente extinción de la deuda del otro; si bien el valor actualizado de los bienes comunes empleados en el pago de la deuda privativa habría que imputarlo en la participación del deudor conforme dice el artículo 42-2 Lrem.

(72) Díez Soto (2004, p. 468) afirma que “los cónyuges pueden transferir fondos gananciales o adjudicar bienes gananciales concretos al patrimonio privativo de uno de ellos con el objeto de liquidar anticipadamente, y sin necesidad de disolución previa del régimen, un crédito de reembolso pendiente a favor de este último”.

(73) Señala Díez Soto (2004, pp. 473-474) que la posible admisión de la viabilidad de los desplazamientos no liquidatorios de bienes desde el patrimonio ganancial a los patrimonios privativos debería quedar supeditada, como mínimo, a la aplicación de las normas que atienden específicamente a la protección de los intereses de terceros en sede de liquidación (arts. 1.401 y 1.402), de manera que estos desplazamientos no alterarían el régimen de afección de los bienes comunes adjudicados al no deudor al pago de las deudas gananciales preexistentes.

EL DERECHO DE SUPERFICIE (*)

JOSE IGNACIO NAVAS OLORIZ

Notario

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. III. REGULACIÓN LEGAL. IV. MODALIDADES DEL DERECHO DE SUPERFICIE. V. CONCEPTO. VI. CARACTERÍSTICAS. VII. BREVE REFERENCIA A LAS CONTRAPRESTACIONES. VIII. GARANTÍAS. IX. REVERSIÓN. X. REFERENCIAS A LEYES INDIRECTAMENTE RELACIONADAS. XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

Uno de los principios que inspiraban la concepción del derecho de propiedad como un derecho absoluto era el relativo a su extensión espacial: el que es dueño del suelo lo era también del vuelo y del subsuelo.

(*) Publicado en *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*, vol. XXXIX, tercera época, núm. 152-153, 2007.

La *vis* atractiva de este principio se refleja en el de accesión, que entró en nuestro Derecho civil a través del artículo 358 del Código Civil al decir que “*lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes*”, para añadir en su artículo 359 que “*se presumen hechas por el propietario y a su costa mientras no se pruebe lo contrario*”.

Así pues, en virtud de esa venerable figura llamada accesión inmobiliaria, la fuerza atractiva de la propiedad del suelo determina la existencia de una presunción *iuris tantum* a favor del propietario de aquél para considerarle también propietario de lo construido o edificado sobre el suelo de su propiedad.

Este principio –llamado *superficies solo cedit*– logra, con las múltiples excepciones que se puedan señalar y salvo prueba en contrario, al tratarse de una presunción *iuris tantum*, que el suelo o superficie, el vuelo y el subsuelo, formen un bloque único y homogéneo a efectos de encontrar una única regulación legal y patrimonial.

Sin embargo, ya una primera concepción limitativa del derecho de propiedad y el eminente sentido práctico del *Pretor* romano pusieron límites a tal concepción estableciendo excepciones –que el derecho moderno y el sentido social de la propiedad multiplicaron– a ese principio de ilimitada extensión espacial. Y esas mismas limitaciones pusieron de relieve el anacronismo de tal principio y la posibilidad de distinguir dentro de ese bloque unitario al que antes me refería distintas titularidades y distintos regímenes legales aplicables.

Y es que el compilador comprendió que existen determinadas situaciones en las que interesa derogar la aplicación de ese principio de accesión para mantener separadas la propiedad de las construcciones o plantaciones y la propiedad del suelo o superficie donde se van a levantar.

Surge así la figura del derecho de superficie, que atribuye, aunque temporalmente, la propiedad de las construcciones existentes sobre, o bajo un inmueble, a un titular distinto del propietario del suelo. Y surge, como la tradición y la norma jurídica demuestran, atribuyendo dentro de ese binomio, suelo-vuelo, una mayor importancia legal y potencia económica al suelo, o mejor dicho, a la propiedad del suelo.

II. Antecedentes históricos

Encontramos antecedentes de esta figura en el Derecho romano, que llamaba *superficies* al derecho de conservar por largo tiempo, aunque li-

mitado, un edificio que hubiese construido el superficiario, sobre un terreno ajeno.

Surge y se desarrolla para facilitar una solución a la crisis de viviendas existente en la ciudad romana. Se trataba de reducir el costo, y se lograba al sustituir la adquisición de la propiedad del suelo que suponía el pago de presente de su valor, por la adquisición de un derecho sobre el suelo, que seguía siendo de propiedad ajena, a cambio del pago de un canon periódico.

Nuestro Derecho histórico no contiene regulación singular alguna del derecho de superficie, que pasa a nuestra legislación a través de la enfiteusis o de los arrendamientos a largo plazo en los que se transfería el dominio útil.

Para acabar con el feudalismo era necesario unificar la propiedad, borrando la distinción entre dominio directo y útil. Para ello era preciso un desplazamiento de la propiedad. Un desplazamiento que consiguiera pasarla del concedente (señorío directo) al poseedor (terrateniente o dueño del dominio útil). Esa es la razón de que en nuestro CC –aunque aparentemente aceptar ese principio de división del dominio, incluso empleando la terminología clásica–, el dominio útil en el censo enfiteutico, sea el verdadero dominio.

El problema de la vivienda es uno de los eternos problemas de la humanidad y desde un punto de vista socio-político ha ocupado, en su solución, a muchos políticos de nuestra patria. Ya en el siglo XIX, Gaspar Melchor DE JOVELLANOS pretendió acabar con la especulación del suelo y dar, de esa manera, solución al problema de la vivienda respecto a las clases sociales más desfavorecidas, impulsando los llamados patrimonios públicos del suelo, pero a pesar de ese reconocido problema y de esa especial sensibilidad no se previeron por nuestros compiladores instrumentos legales en forma de instituciones de Derecho civil que dieran cumplida respuesta a esa necesidad.

Efectivamente, en nuestro CC no se regula el derecho de superficie, aunque se le alude y, conforme a la interpretación más extendida, se prevé el establecimiento de dos tipos de superficie: superficie enfiteutica –constituida por tiempo indefinido– y superficie arrendaticia, con dos variantes: la superficie arrendaticia y el arrendamiento superficiario (ambas temporales o por tiempo limitado). Como vemos, se trata de dos instituciones bastante alejadas de la finalidad dada al derecho de superficie por el pretor romano.

Así pues, lo cierto es que, a pesar del atractivo poli-funcional de la figura y de su gran potencialidad económica, el derecho de superficie no llegó a tener la importancia que le correspondía en el tráfico jurídico y patrimonial, al no contar, siquiera, con una pequeña regulación.

Por lo que respecta al Derecho comparado, con el fin de fomentar su uso, que siempre se ha considerado conveniente para facilitar la solución al eterno problema de la vivienda facilitando su construcción por el superficiario, se dictaron leyes especiales en los países europeos que encontraron distinta acogida y tuvieron diversa fortuna.

Así en Alemania fue utilizado con profusión para la construcción de casas baratas tras la segunda guerra mundial. En Suiza tuvo un uso bastante intenso, pero es en Inglaterra en donde la superficie tuvo más amplio desarrollo, ya que el principio romano de la accesión se aplicaba como presunción y producía sus efectos cuando no había prueba que demostrase lo contrario, es decir, se aplicaba de manera inversa a como se hacía en el continente. Quizá el embrión de su formidable desarrollo estuviera en las extensísimas propiedades de la Corona y de la nobleza y en su apoyo económico al superficiario, para edificar y rentabilizar financieramente lo construido.

En España, como ya he dicho, nuestro CC pasó por alto su regulación, aunque en su artículo 1.611 alude a él bajo una misma referencia a “*los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes*”, lo que prueba que se refiere al mismo como una variante de la enfiteusis. La Ley Hipotecaria de 1861 lo da por existente, y una Ley de carácter administrativo, como fue la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956, reguló el derecho de superficie, que el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, reformado en 1959, configuró como derecho inscribible en el Registro de la Propiedad.

Así pues, el derecho de superficie ya tenía carta de naturaleza en nuestro Derecho, cuando vino de nuevo a ser regulado por los artículos 171 a 174 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976. Esta norma quiso ser derogada por el RDLEG 1/1992, que aprobó la nueva Ley del Suelo, pero al ser declarados nulos numerosos preceptos de esta Ley por la STC 61/1997, y entre ellos la disposición derogatoria en lo que se refiere a su fuerza como tal respecto a la Ley de 1976, ésta volvió al Ordenamiento vigente, si bien como legislación estatal supletoria.

No obstante, la STC dejó vigentes los preceptos reguladores del derecho de superficie contenidos en los artículos 287.2, 287.3, 288.2, 288.3 y 289 de la Ley del Suelo de 1992, que hoy, una vez entre en vigor el próximo 1 de julio la nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo de Suelo, quedarán derogados y sustituida su regulación por la contenida en los artículos 35 y 36 de dicha Ley.

III. Regulación legal

Actualmente, y a partir de la próxima entrada en vigor de la Ley del Suelo, el 1 de julio del presente año, el derecho de superficie se encuentra regulado:

1.º Por los preceptos contenidos en los artículos 35 y 36 de la Ley del Suelo, de 4 de mayo de 2007, cuya regulación, a partir del día 1 de julio del presente año, sustituirá, como ya he dicho, a la contenida en los artículos 287.2, 287.3, 288.2, 288.3 y 289 de la Ley del Suelo de 1992, vigentes hasta esa fecha según la disposición derogatoria de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV) y que en esa fecha quedarán expresamente derogados por la nueva Ley del Suelo.

2.º Subsidiariamente por las normas de Derecho privado, que serán aplicables en lo no previsto por aquélla, y

3.º Por el título constitutivo del derecho en aquellas materias no reguladas por una y otra regulación legal, o que permitan regular o encomienden a la autonomía privada.

Son complementarias sobre todo las normas del Reglamento Hipotecario (art. 16). A lo anterior añadir que la legislación autonómica remite o reproduce en líneas generales la legislación estatal, que tiene carácter de aplicación plena y, en lo que no se oponga a ello, los preceptos del TRLS de 1976.

Es necesario tener en cuenta que, aun cuando no corresponda a la competencia autonómica la regulación sustantiva del derecho de superficie, en alguna Comunidad Autónoma (Navarra y Cataluña) se regula esta figura desde una perspectiva civil, lo que ha contribuido a diferenciar dentro de la doctrina jurídica entre un Derecho de Superficie Urbanístico y otro Civil.

Por otro lado, y antes de entrar a estudiar la anterior distinción, tengo que recordar que la STS de 31 de enero de 2001, en recurso instado por dos asociaciones de notarios, declaró nulo de pleno derecho el artículo primero del Real Decreto 1867/1998, que modificaba determinados artículos del Reglamento Hipotecario, al afectar, entre otros, al artículo 16.1 de éste, por incurrir como manifiesta la citada sentencia en su FJ decimotercero, en un “desbordamiento de los límites del Reglamento”, ya que, “... mientras el citado artículo de la Ley del Suelo (288 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992) requiere como requisito constitutivo de su eficacia su inscripción en el Registro de la Propiedad, [pero] de este precepto no se deriva que para la válida constitución de dicho derecho sea preceptiva su inscripción sino que para que tenga eficacia frente a terceros debe ins-

cribirse en el Registro de la Propiedad, a pesar de lo cual el Reglamento Hipotecario, que examinamos, va más lejos, incluso con la interpretación que para preservar su legalidad hacen los demandados, pues requiere la inscripción para la eficaz constitución del derecho de superficie...”.

Tras esta sentencia cabe entender que recobra vigencia el artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario en su redacción anterior, salvo en aquellos aspectos en que ya estaba derogado por la Ley del Suelo, como, por ejemplo, en cuanto al plazo de duración.

IV. Modalidades del derecho de superficie

¿Existen dos modalidades del derecho de superficie? ¿Hay un derecho de superficie civil y otro derecho de superficie urbanístico?

La duda surge como consecuencia de sus distintas regulaciones, civil y administrativa. En efecto, por un lado, regulan el derecho de superficie leyes civiles como la de Navarra o Cataluña; por otro lado, hay normas sobre el derecho de superficie en la legislación administrativa y urbanística.

El TS, en sentencia de 20 de marzo de 1997, señala que el derecho de superficie es una institución de Derecho civil, aunque lo regule una ley administrativa. Por otro lado, otra sentencia del alto tribunal de 26 de noviembre de 2002 se pronuncia, clara y contundentemente, a favor de la tesis dualista. Personalmente, considero que en nuestro Ordenamiento jurídico sólo hay una clase de derecho de superficie, sobre todo tras la entrada en vigor de la nueva Ley del Suelo.

El criterio en el que, fundamentalmente, se basa esa sentencia para defender la existencia de dos clases de derecho de superficie para construir es el de la naturaleza de los sujetos. Algunos partidarios de la tesis dualista consideran que el derecho de superficie de naturaleza urbanística es el concertado por las entidades públicas, siendo de naturaleza urbana el que vincula a particulares, de modo que la Ley del Suelo sólo sería aplicable al primero. La importancia que ha dado a este elemento la sentencia del TS de 26 de noviembre de 2002 es enorme, pues el mayor esfuerzo argumentativo se centra en sostener la inaplicabilidad de la Ley del Suelo a un supuesto de constitución de derecho de superficie entre particulares.

Y es que parece que las normas administrativas, al regular este derecho como una institución relativamente frecuente a la que acude la Administración y en la que inciden las normas de planeamiento urbanístico, lo hacen con normas de carácter imperativo, razón por la que nuestro Tribunal y parte de los autores diferencian dos esencias y dos estructuras del derecho.

Coexisten, pues, dos teorías: la dualista, según la cual hay un derecho de superficie que se rige por las normas administrativas y otro por la libertad de pacto entre particulares; y la unitaria o monista, según la cual hay un único derecho de superficie, si bien con cierto margen a la autonomía de la voluntad si lo constituyen los particulares.

Para quienes sostienen la llamada tesis monista, según la cual la legislación urbanística es aplicable a todo tipo de derechos de superficie de contenido edificatorio, únicamente existiría un solo tipo de superficie urbana. Y por el contrario, para quienes defienden la corriente de opinión dualista, cabe distinguir entre la superficie urbana común y la que se constituye en ejecución de un determinado planeamiento urbanístico: a la primera le es exclusivamente aplicable la legislación civil, mientras que a la segunda le sería de aplicación la legislación urbanística.

Con independencia de que hay quien considera que la polémica entre la tesis unitaria y la dualista se decidió definitivamente a favor de la primera, tras la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, que afirma que la regulación de la Ley del Suelo –la del texto refundido de la Ley del Suelo de 1992– sobre derecho de superficie es Derecho privado, así MEZQUITA DEL CACHO, que se pronunció en ese sentido, dando por consagrada la tesis unitaria por el máximo intérprete del Ordenamiento jurídico español, y por desautorizada la dualista, lo cierto es que hoy, tras la entrada en vigor de la nueva regulación contenida en la Ley del Suelo, de 4 de mayo de 2007, podemos considerar, con BLANQUER UBEROS y NAVARRO VIÑUALES, que la misma es única para ambos ámbitos, civil y administrativo, si bien dicha regulación tiene distinta fuerza normativa, según sea el sujeto activo de dicho derecho. Así, si se aplica al derecho de superficie constituido por personas jurídicas públicas, tendría carácter imperativo y, si se trata de un derecho constituido entre particulares en ejercicio de su libertad y autonomía de voluntad, tendría carácter o valor dispositivo.

Estaríamos ante una única fuente legal con diferente vigor normativo, según se trate de un derecho constituido en cumplimiento de lo establecido u ordenado en las normas de planeamiento (vigor imperativo), o se haga uso del mismo por los particulares en el ejercicio de la libertad de contratación y el principio de autonomía de la voluntad (vigor dispositivo). Así parece confirmarlo la nueva regulación legal al decir en su artículo 35.2 que *“el derecho de superficie sólo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado”*, y añadir en su punto 4 que *“El derecho de superficie se rige por las disposiciones de este Capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho”*.

La intención unificadora es clara y manifiesta. Cualquiera que sea el propietario del suelo que lo constituya, público o privado, la Ley del Suelo reclama su preferencia, pero sin olvidar a la legislación civil y a la voluntad expresada en el título constitutivo.

Esta interpretación, por otra parte, claramente dominante en el ámbito notarial español, exige precisar y concretar qué normas de la Ley del Suelo se aplicarán al derecho de superficie constituido por los particulares.

Según la opinión más extendida, y a la que me sumo, serían:

1. De aplicación imperativa a los particulares, pues afectan a la estructura misma del Derecho, las relativas a la limitación temporal y formalidades de constitución.

2. De aplicación dispositiva todas las demás.

V. Concepto

La Ley del Suelo define el derecho de superficie en su artículo 35.1 como un derecho real que *“atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo”*.

VI. Características

De acuerdo con esta definición, el derecho de superficie se configura:

1. Derecho real.

Como un derecho real, del tipo de los de goce, que da lugar a una propiedad separada –la de la edificación con respecto a la del suelo sobre el que se erige–, denominada propiedad superficiaria. Supone, como antes señalaba, una derogación del principio romano *superficies solo cedit*, consagrado en el artículo 358 del CC, al permitir que lo edificado en un terreno no pertenezca al dueño del suelo sobre el que se asienta la edificación.

Por otro lado, es un derecho de carácter esencialmente inmobiliario,

ya que necesariamente debe recaer sobre una finca urbana o rústica esté o no edificada.

Es un derecho esencialmente temporal, como luego veremos.

2. Solemne.

Es un derecho de constitución formal. Dice el artículo 35.2 de la Ley del Suelo que *“Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad”*.

La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001, entre otras cosas que aquí no interesan, al declarar la nulidad del artículo 16.1 del RH, considera que, al atribuir el Reglamento carácter constitutivo a la inscripción del derecho de superficie, está excediendo los límites de una norma reglamentaria, al no ser exigido este requisito para la válida constitución del derecho (art. 288 LS). Por otra parte, considera la sentencia que el desbordamiento de los límites del Reglamento se aprecia también al establecer en sus apartados a), b), c), d) y e) las circunstancias que deben reunir los títulos públicos en que se establezca el derecho de superficie, siendo que no son necesarias para la inscripción (1).

La opinión doctrinal, a mi juicio, mejor fundada no atribuye carácter constitutivo a la inscripción de la escritura de constitución del derecho de superficie en el Registro de la Propiedad, ya que una vez otorgada la escritura pública que formalice tal constitución se producen indudables efec-

(1) Como indica María Isabel DE LA IGLESIA MONJE en “A vueltas con el derecho de superficie, el derecho de elevación, el Reglamento Hipotecario y la sentencia de 31 de enero de 2001, de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo”.

Con la publicación de la Ley del Suelo de 1956 se creó un clima de cierta inseguridad por los términos que utilizó el legislador urbanista, pues podía creerse que, o bien estaba pensando en la constitución de la figura como todos los derechos reales, a través del título y de la tradición y para su eficacia frente a terceros la obligación (deberá) de proceder a realizar la inscripción registral, o bien puede pensarse que el legislador urbanista realmente quería destacar el carácter constitutivo de la figura, aunque, obviamente, referida sólo a la modalidad urbana, esto es, cuando la constituía el ente público, o el suelo era de patrimonio municipal, donde se exigía que como requisito de su existencia debía inscribirse.

Inseguridad o incertidumbre que fue zanjada, independientemente de que fuera o no acertada (como en esta sentencia se ha puesto de manifiesto), con la publicación del Reglamento Hipotecario, que de forma contundente determinó el carácter constitutivo de la inscripción para la institución superficiaria en su modalidad urbanística (que según la corriente unitaria existente en la doctrina es la única posible).

Con ello, el Reglamento Hipotecario se convirtió en un reglamento *contra legem*, puesto que claramente conculcó y destruyó uno de los fundamentos de nuestro Ordenamiento Jurídico, en relación con el derecho de superficie, al exigir para su constitución no sólo el título y la *traditio* como todo derecho real, sino también la inscripción registral. Cuestión que ha venido a certificar la sentencia del Tribunal Supremo más de cuarenta años después.

tos a favor del adquirente del derecho, fundamentalmente frente al propietario del terreno, legitimándole para realizar la construcción a la que tiene, indudablemente, derecho, pero, sin embargo, tal derecho decae frente a un titular registral de buena fe inscrito, al cual no puede perjudicar el contrato. Por tanto, una vez producida la inscripción, se completa la protección culminándose la obtención de la mayor eficacia y protección posibles. Como dice la citada STS de 31-1-2001, la inscripción es constitutiva de la eficacia del derecho de superficie frente al tercero que, en defecto de su inscripción, gozaría de la protección de los efectos sustantivos de la publicidad del registro (2).

3. Alienable.

Es un derecho hipotecable, alienable y transmisible, si bien con la posibilidad de que quede limitada la disponibilidad del superficiario, sometiéndola al consentimiento del propietario de la finca o sujetándolo a derechos de adquisición preferente, siempre que tales limitaciones se incorporen voluntariamente por los constituyentes en el correspondiente título.

(2) El TS recordemos que textualmente señala en el FJ 13 que “el artículo 288.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, vigente según Ley 6/1998, de 13 de abril, requiere para la constitución del derecho de superficie su formalización en escritura pública y como requisito constitutivo de eficacia, su inscripción en el Registro de la Propiedad, pero de este precepto no se deriva que para la válida constitución de dicho derecho sea preceptiva su inscripción, sino que para que tenga eficacia frente a terceros debe inscribirse en el Registro de la Propiedad...”.

A este respecto quizá convenga recordar la STS de 26 de noviembre de 2002, que afirma que la inscripción registral del derecho de superficie que concedió la asociación de vecinos El Fresno a don Ricardo c. E no tiene carácter constitutivo. La sentencia es coherente, en la medida en que, participando abiertamente de la tesis dualista y entendiendo que el derecho de superficie que conciertan los litigantes es propio del ámbito del Derecho privado, considera que la inscripción registral no tiene, en este caso, carácter constitutivo, puesto que no le es aplicable el artículo 288.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, previsto –conforme a los postulados de la tesis dualista– para la superficie urbanística.

Uno de los argumentos utilizados por el registrador para denegar la inscripción se basa en que los nueve locales construidos no constaban inscritos como fincas independientes y, además, en que conceptualmente no se considera posible constituir un derecho de superficie sobre algo que el concedente tiene ya construido, según se desprende del artículo 16 del RH y del 289.3 del TRLS de 1992.

Este segundo defecto fue declarado insubsanable, sin que las partes formularan recurso gubernativo contra dicha calificación.

Es decir, conforme a la calificación que realiza el registrador, no cabe la constitución de un derecho de superficie como el que constituyen las partes.

De ser esto cierto, sería nulo, o el contrato –si se defiende la tesis unitaria–, o el derecho real –en caso de adoptarse la tesis dualista–. En consecuencia, el actor tendría derecho a la devolución del precio pagado por su constitución.

Así lo señala el artículo 36.1 de la Ley 8/2007 cuando dice: “*El derecho de superficie es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo*”. Por su parte, el artículo 107.5 de la Ley Hipotecaria señala que el superficiario puede hipotecar su derecho.

Por otro lado, el citado artículo 36 señala en su punto 3 que: “*En la constitución del derecho de superficie se podrán incluir cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo, para los casos de las transmisiones del derecho o de los elementos a que se refieren, respectivamente, los dos apartados anteriores*”. El apartado 1 ya hemos visto lo que decía. El apartado 2 señala: “*Cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo*”.

La ley reconoce la autonomía de la voluntad de las partes y, en consecuencia, éstas pueden modalizar las facultades dispositivas, llegando, incluso, a suprimir esa disponibilidad si decidieran constituir el derecho con carácter de personalísimo. O podrían establecer los derechos de adquisición preferente que tuvieran por conveniente. Por tanto, se puede afirmar la posibilidad de constituir sobre él, en el bien edificado sobre o bajo el suelo, los gravámenes que resultasen convenientes por su finalidad o su pretendida explotación económica, o por cualquier otra razón, tales como la hipoteca, el usufructo, las servidumbres o el arrendamiento, pero todo ello sujeto al plazo de duración por el que se constituyó el derecho de superficie.

Ahora bien, si su posibilidad *inter partes* no ofrece duda, ¿tendrían acceso tales limitaciones al Registro de la Propiedad al objeto de que surtan efecto frente a terceros?

Aparte de encontrar el apoyo a su inscripción en el artículo 16.1 d) del RH, es necesario detenerse en algún otro supuesto.

En el caso de la prohibición de disponer, como podría ser el supuesto de estar destinada la edificación a viviendas de protección pública, es evidente la posibilidad de su constitución *intuitu personae*. Las dificultades derivadas de la aplicación literal del artículo 26 de la LH (limitaciones del derecho de superficie constituidas a título gratuito) podrían salvarse mediante su constitución a favor de personas pertenecientes a un determinado grupo de renta o condición que se pretendiese favorecer. Por otro lado, en caso de intervenir en su constitución la Administración, tal interpretación tendría, además, su apoyo en favorecer el desarrollo de un

interés público. De tal manera que tales limitaciones tendrían acceso al Registro y surtirían eficacia *erga omnes* aunque el derecho de superficie se constituya a título oneroso. Afirmación que tendría su apoyo, no sólo en el citado artículo 16 del RH, sino también en lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 8/2007 y en su antecedente y derogado precepto 287.3 TRLS del noventa y dos. No olvidemos que, según el orden de prelación de fuentes, la regulación del derecho de superficie se rige en primer lugar por las disposiciones contenidas en la Ley 8/2007 y que, según esta regulación, el derecho de superficie puede ser constituido a título oneroso o gratuito, sin que se haga distinción alguna en su regulación por razón del título de constitución.

4. Atribuye derecho a edificar.

En dicho concepto se señala que el derecho de superficie atribuye al superficiario la facultad de tener y mantener en suelo ajeno una edificación en propiedad separada. Se califica, de esta manera, el derecho a edificar como un derecho que tiene un carácter meramente instrumental. Esto permite que este derecho pueda recaer sobre edificaciones preexistentes, tal y como expresamente admite el texto legal.

La nueva Ley da acogida, así, a la construcción doctrinal y jurisprudencial de este derecho. Efectivamente, la STS de 28 de abril de 1992 distinguía y separaba lo construido y la propiedad del suelo, afirmando que: *“Todo derecho real, confiere a su titular un poder inmediato sobre su objeto. Dentro de los derechos reales de disfrute, la doctrina más cualificada, comprende el derecho real de superficie, precisando que la especialidad más característica del mismo descansa en la necesidad de separar el titular de lo construido (superficiario) que disfruta del suelo ajeno en tanto domina lo construido, y el dueño del suelo sobre el que se construye”*.

5. Es un derecho temporal.

En tercer lugar alude a la característica de temporalidad. Legalmente, el derecho de superficie se configura como un derecho temporal. Así lo concibe la nueva Ley y así lo concibió la legislación sobre el suelo y ordenación urbana desde la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 –y, con base en ella, el Reglamento Hipotecario, tras su reforma por Decreto de 17 de marzo de 1959. Ahora bien, la doctrina no se ha mostrado pacífica a la hora de determinar si la regulación contenida en esas normas tiene o no un carácter institucional, lo que permitiría mantener que el derecho de superficie no es de esencia temporal.

Hoy, tras la entrada en vigor de la nueva Ley del Suelo de 2007, pocas dudas ofrece el carácter temporal de tal derecho, ya que, además de la declaración en tal sentido del artículo 35.1, el mismo artículo, en su punto 2, se pronuncia con contundencia cuando dice “... *En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años*”.

Así pues, pocas dudas quedan al respecto. Incluso la relativa a si el plazo de cincuenta años fijado por el artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario sería aplicable al derecho de superficie constituido por particulares —con lo que vuelve a asomar de nuevo la discusión entre la teoría dualista y monista—, que, ya bajo el régimen legal derogado, había quedado resuelta en el sentido de considerar aplicables los plazos señalados por el Texto Refundido de la Ley sobre el Suelo y Ordenación Urbana de 1992; puede considerarse ratificada con la declaración contenida en el nuevo texto legal.

Ahora bien, una cosa es el plazo de duración del derecho de superficie, que tiene, como hemos visto, un límite máximo de noventa y nueve años, y otra bien distinta el plazo que se conceda al superficiario para realizar la edificación.

La nueva regulación legal, al contrario que el artículo 16.1 del RH, no señala plazo alguno para realizar la edificación, si bien alude a su posibilidad en el artículo 36.5, estableciendo que “*el derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de su constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho*”.

De este texto resulta:

- a) Que el plazo para la realización de la edificación sigue, indirectamente, dependiendo del plazo señalado en la licencia de edificación, pues aquélla ha de realizarse *de conformidad con la ordenación territorial y urbanística*, lo que lleva a considerar que el plazo que convencionalmente se haya señalado en el título de constitución del derecho no podrá ser, en ningún caso, superior al que señale para tal fin la licencia correspondiente.
- b) Que aunque no se señalase plazo regiría en su defecto el determinado en la correspondiente licencia, aunque sólo fuese a efectos de legalidad urbanística, por lo que en este caso, al ser patente la voluntad de los constituyentes de no querer hacer depender la extinción del derecho de superficie del cumplimiento de un plazo de realización que no han señalado, la extinción del derecho sólo dependería del plazo de duración del mismo y no del de realización de la edificación que resulte de la correspondiente licencia.

Esta interpretación equivale a considerar que, en todos aquellos casos en que el plazo de realización de la obra no se haya señalado por los constituyentes del derecho de superficie, existiría algo similar a una prórroga tácita para la realización de la edificación, cuyo final coincidiría con el plazo de duración del derecho señalado en el título constitutivo, por lo que, al concluir dicho plazo sin realización de la obra, no habría más posibilidad que pactar un nuevo derecho de superficie, sin posibilidad alguna de prórroga expresa.

- c) Que esa conformidad de la construcción a la ordenación urbanística no se agota en un simple cómputo de plazos, sino que tiene un alcance de homologación a la legalidad de mayor calado, pues si se realizase la edificación sin que se ajuste al proyecto para el que fue concedida la licencia, el notario no podría proceder a la declaración de obra nueva de tal edificación, y el transcurso del plazo convencional, con la obra materialmente realizada, pero sin que se ajuste a la legalidad, supondría, en mi opinión, el incumplimiento del mandato legal y la extinción del derecho de superficie. Así pues, no es posible contemplar la posibilidad de una edificación materialmente completada, pero que no se ajuste a la legalidad urbanística.
- d) Que si el plazo de realización de la edificación fijado convencionalmente por los constituyentes fuese inferior al señalado por la licencia, o la Administración prorroga la duración de ésta, habría que interpretar la frase antes aludida en el sentido de que al pertenecer a un texto legal de superior rango normativo –Ley del Suelo–, dicho plazo –el de la licencia– actuaría, como antes he señalado, a modo de *condictio iuris* que determinaría la posible prórroga del plazo de realización, pero que tal prórroga habría de figurar inscrita en el Registro de la Propiedad y sólo podría perjudicar a terceros que inscriban su derecho con posterioridad a la inscripción de la misma.

6. Puede recaer sobre propiedad urbana y rústica.

En cuarto lugar, parece referirse a la propiedad urbana. ¿Quiere esto decir que no sería posible pactar un derecho de superficie que atribuya al superficiario derecho a edificar sobre terreno rústico?

La respuesta ha de ser afirmativa. Si hemos considerado, siguiendo la teoría monista o unitaria, que no es posible distinguir entre un derecho de superficie civil y otro urbanístico, tendremos que concluir que este instituto tendrá aplicación, incluso cuando no sea aplicable el ordenamiento

urbanístico y rija el ordenamiento civil aplicable a la propiedad rústica. Así pues, si la construcción es conforme a dicha legislación, no veo la razón para que no pueda ser constituido sobre fincas rústicas y se refiera a construcciones permitidas en dicho suelo.

En cuanto al suelo urbano o, por seguir la terminología de la nueva ley, suelo urbanizado, es decir, aquél que esté integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población, examinaré brevemente el perteneciente a las entidades públicas, pues el perteneciente a particulares no ofrece especialidad alguna fuera de la necesidad de que la edificación cumpla con los criterios urbanísticos.

Estos bienes pueden ser:

- De dominio público, o
- De carácter patrimonial.

Los patrimoniales, al ser disponibles, no plantean problema alguno respecto a la constitución de un derecho de superficie. Es perfectamente posible, cumpliendo los requisitos necesarios para disponer de bienes patrimoniales.

Los demaniales o de dominio público no pueden ser objeto de transmisión, son inalienables, por lo que no se pueden transmitir o gravar. Pero entonces, ¿cómo es posible la construcción de aparcamientos subterráneos en un subsuelo que tiene aquel carácter? Evidentemente, no a través de un derecho de superficie, sino acudiendo a la concesión administrativa que permita la construcción y explotación temporal de tales aparcamientos, pero continuando, en todo caso, el suelo y el subsuelo de titularidad pública o demanial. Es decir, a través de un acto de la Administración —concesión administrativa—, se crea, sobre bienes de dominio público, un derecho subjetivo de uso, aprovechamiento o utilización exclusiva y excluyente durante el plazo por el que se crea.

Por otro lado, el derecho de superficie se concede sobre un solar para construir una edificación, lo que supone que, además de afectar, como es lógico, al suelo, afectará en la medida de lo necesario al subsuelo (cimientos, encofrados, alcantarillado, desagües, etc.). Esta cuestión está contemplada por la Compilación Navarra, que permite la extensión del derecho de superficie a aquella parte del subsuelo que normalmente se precise, pero no ha sido prevista por el legislador estatal, por lo que parece de aplicación este mismo principio.

7. Superficiario.

En quinto lugar habla la Ley del superficiario. El derecho de superficie se constituye por el concedente o dueño del suelo a favor del super-

ficiario, que es la persona física o jurídica que ostenta el derecho a construir y que, una vez terminada dicha edificación, adquiere una propiedad temporal sobre lo edificado, y separada del solar sobre la que se levanta. Su capacidad será la exigible para adquirir derechos y, la del concedente, la requerida para disponer de éstos.

8. Suelo o construcciones.

En sexto lugar permite la Ley que el derecho de superficie pueda constituirse sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones.

El simple enunciado de tal posibilidad termina con una inveterada polémica doctrinal acerca de si era o no posible la constitución del derecho de superficie sobre un edificio ya existente.

El principal argumento sobre el que se sustentaba la tesis negativa era de carácter positivo y consistía en que no existía ninguna norma en nuestro Derecho positivo que contemplara tal posibilidad. Así pues, tras tal declaración legal pocas dudas quedan al respecto. Era lógica, además de necesaria, tal afirmación. Ya una buena parte de la doctrina notarialista había defendido tal posibilidad basándose en el criterio interpretativo de las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, señalado por el artículo 3 del CC y en que, si bien es cierto que el derecho de superficie tiene un doble contenido, edificar y mantener la propiedad separada de lo edificado, la primera fase no es esencial, y si el edificio ya existe podría suprimirse la fase edificatoria, ya que tiene una finalidad instrumental y, en consecuencia, concentrar todo el contenido del derecho en aquello que supone su núcleo central: tener y mantener la propiedad separada (3).

Siguiendo este criterio, que atribuye al derecho a edificar un carácter meramente instrumental, la nueva ley permite la constitución del derecho

(3) En este sentido, María Teresa ALONSO, refiriéndose a la constitución de un derecho de superficie que tiene por objeto una construcción ya realizada, es decir, que atribuye al superficiario la propiedad superficiaria de la construcción ya existente sobre la finca, mientras el concedente se reserva la propiedad del suelo, señala que: "Es cierto que la finalidad del derecho de superficie es la construcción; abundando en ello puede precisarse que la Ley del Suelo lo contempla como un instrumento de intervención en el mercado del suelo y de fomento de la construcción; por ello, lo más habitual es que lleve aparejada la facultad obligacional de construir una determinada edificación por parte del titular del derecho. Sin embargo, no debe haber ningún problema, desde el punto de vista conceptual, en admitir la constitución de un derecho de superficie sobre una finca ya edificada, es decir, sin derecho anejo de edificar. Una relación de estas características provoca la disociación entre, por un lado, la propiedad superficiaria del edificio ya existente —que se atribuiría al titular del derecho de superficie—, y, por otro lado, la propiedad del resto de la finca, que se reservaría el concedente del derecho".

de superficie sobre edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones “*atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo*”, con lo que parece contemplar dos supuestos distintos, de los que ofrece especial interés el relativo a *viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones*, sobre las que tendrá el superficiario la propiedad temporal de éstas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo, por lo que al especificar y singularizar el objeto sobre el que recae el derecho de superficie, contraponiéndolo al ya enunciado anteriormente de construcciones o edificaciones ya realizadas, parece que está admitiendo implícitamente la existencia de un régimen de propiedad horizontal sobre el edificio del que forman parte esas viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, cuya existencia previa o necesidad de constitución simultánea con el derecho de superficie, del que serán objeto, será imprescindible.

En ese caso parece de toda lógica que el superficiario ostente sobre el suelo –elemento común en la propiedad horizontal– la cuota de participación atribuida a los elementos privativos sobre los que recae el derecho de superficie, sin que la rotundidad de la expresión “*sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo*” desnaturalice la figura.

Otro problema diferente es el resultante de lo previsto en el artículo 36.2 de la nueva Ley. Dice así: “*Cuando las características de la construcción o de la edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo*”. Según esta regulación se atribuiría al derecho de superficie un significado equivalente al del suelo en la propiedad horizontal, es decir, el del elemento común sobre el que se levanta el edificio. En este supuesto, el edificio se levantaría sobre el derecho de superficie y, por tanto, la atribución de cuotas de participación sobre los elementos comunes que habría que distribuir entre todos y cada uno de los elementos resultantes de la propiedad horizontal recaerían sobre tal elemento común: el derecho de superficie.

Extinguido tal derecho por el transcurso del plazo, retornaría la propiedad de lo edificado al dueño del suelo, quedando resueltas las transmisiones realizadas y sin efecto alguno los gravámenes constituidos, lo que parece indicar que el régimen de propiedad horizontal quedaría extinguido, formándose un solo bloque de propiedad ordinaria sobre todo el inmueble.

Esta regulación parece estar destinada a la construcción de viviendas de protección pública para su explotación en régimen de arrendamiento, pero no sería incompatible con su posible transmisión en régimen de propiedad temporal o no. A este respecto cabría preguntarse con BLANQUER acerca de la posibilidad de establecer por vía convencional, a la hora de constituir el derecho, normas reguladoras de la continuidad, cuando llegue el momento de extinguirse el derecho de superficie, del régimen de propiedad horizontal y de la propiedad separada de cada una de las viviendas y locales transmitidos, convirtiéndose la propiedad del suelo en el suelo, elemento común de este régimen, con lo que se daría un gran paso en la solución del problema de la vivienda para ciertas capas sociales.

No parece muy deseable, desde un punto de vista social, acometer la construcción de viviendas de protección pública acudiendo para abaratar su coste a la figura del derecho de superficie y, pasado el plazo de duración de este derecho, poner punto final a la propiedad temporal de los beneficiarios. Por muy dilatado que sea el plazo, lo cierto es que a lo largo del mismo se producirían sucesivas transmisiones, con lo que en el momento de extinguirse el derecho surgiría el problema de poner fin a esa propiedad temporal, con todo el drama que ello supone, y sin que se pueda argüir como argumento para aliviarlo al del tiempo transcurrido en el disfrute. Por ello, la posibilidad de acometer su extinción de una manera aparentemente poco ortodoxa y claramente inversa a la indicada por el concepto del derecho de superficie en su formulación legal se hace necesaria.

La cuestión sería: ¿cabe establecer convencionalmente reglas que determinen la reversión de lo edificado a favor del superficiario? ¿Cabría establecer pactos que establezcan que, extinguido el derecho de superficie, en lugar de revertir lo edificado al dueño del suelo, revertiría a favor de los distintos superficiarios, que verían así transformada su propiedad temporal en propiedad perpetua? O por el contrario, ¿es de esencia al derecho de superficie la reversión de lo edificado al propietario del suelo?

Recordemos que el artículo 16.1.a) del RH establece que, pasado el plazo, “lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario” (4). En cambio, el TRLS de 1976 y el de 1992 (art. 173.2 y art. 289.3, respectivamente) imponían que “cuando se extinga el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo, el dueño del suelo hará

(4) Para ROCA SASTRE, a lo que viene a referirse el artículo 16 RH con la expresión “salvo pacto en contrario” es a la diversidad de destino que cabe conferir a lo construido, siempre que suponga una consolidación del dominio. De ahí que, en su opinión, quepa pactar que, a la extinción del derecho de superficie, la propiedad del suelo vaya a parar al superficiario. Igualmente, el apartado b) de dicho precepto admite la posibilidad de “estipular la reversión de todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido”.

suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiese constituido aquel derecho”. De estos preceptos se desprende que, al término del plazo, la edificación revierte en el propietario del suelo de modo automático, como consecuencia directa del carácter temporal del derecho de superficie.

La fundada razón por la que el derecho de superficie tiene una duración temporal es de carácter económico. Un derecho superficiario perpetuo inutilizaría económicamente la propiedad del suelo, salvo que se admitiera el pacto de que, a la finalización del plazo de duración del derecho, la propiedad del suelo se transmitiera al superficiario por un valor prefijado o por el que, en función de unos criterios determinados, se fije. Esto, según hemos visto, no estaba permitido por la regulación hasta ahora vigente.

Es cierto que uno de los argumentos de tipo económico utilizados para la utilización de esta figura es el de que con ella se evita transferir el incremento de valor que el terreno puede experimentar, sobre todo en zonas próximas a poblaciones, a un hipotético adquirente del mismo, y que posibilita la construcción de viviendas sin que el dueño del suelo pierda esa futura plusvalía, posibilitando su explotación y evitando la especulación inmobiliaria. Pero los argumentos de carácter meta-jurídico que antes he esgrimido me llevan a considerar que esto es así cuando las edificaciones levantadas sean destinadas a su explotación arrendaticia, pero ¿y si son objeto de transmisión en régimen de propiedad temporal tal y como prevé la nueva ley? No me resisto a considerar que la intención del legislador era precisamente esa. En ese sentido creo que puede entenderse la declaración contenida en la Exposición de Motivos cuando dice que *“el contenido del Título se cierra con una regulación del derecho de superficie dirigida a superar la deficiente situación normativa actual de este derecho y favorecer su operatividad para facilitar el acceso de los ciudadanos a la vivienda y, con carácter general, diversificar y dinamizar las ofertas en el mercado inmobiliario”*.

En coherencia con lo expuesto, la nueva Ley establece una regulación que refuerza la discutida declaración reglamentaria; por ello, mi opinión es claramente favorable a tal posibilidad. Así creo que debe interpretarse la declaración contenida en el artículo 36.5, segundo párrafo, cuando dice: *“A la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie”*.

Ese “*no obstante*”, con el que se inicia la declaración legal que acoge la posibilidad de establecer normas convencionales que prevean la liquidación del régimen del derecho de superficie, parece determinante a la hora de admitir esa posibilidad. Posibilidad, por otra parte, que permitiría que los beneficiarios pudieran aplazar los costes de adquisición de una vivienda. En una primera fase tendrían que asumir el coste de construcción, gestión y comercialización del edificio, incluido el de la superficie, y al final, es decir, en la segunda fase, una vez concluido el plazo de dicho derecho, el coste del suelo. Con tal sistema se fraccionaría el coste total de la vivienda, posibilitando además la constitución de un régimen de ese derecho que recordaría al, económicamente blando, de acceso diferido a la propiedad. Su valor –repito–, como instrumento de política social, es evidente.

Otro problema diferente, pero en conexión con ese posible valor instrumental del derecho de superficie como herramienta de realización de una política social a la hora de abordar el problema de la escasez y carestía de las viviendas, es el de la posible constitución de dicho derecho sobre un edificio ya construido y que, según hemos visto, es perfectamente posible. El problema, ahora, se centra en si lo es o no con relación a un edificio ya construido y dividido horizontalmente, de manera que si se cediera tal edificio a un nuevo propietario o a varios, reservándose la propiedad del suelo los anteriores copropietarios, habría que poner fin a tal régimen. Es decir, ¿supondría tal posibilidad la extinción del régimen de propiedad horizontal por la necesidad de considerar la edificación sobre la que recae el derecho de superficie como un único objeto que equivaldría al suelo?

En mi opinión, sí sería posible sin necesidad de extinguir el régimen de propiedad horizontal. Así lo indica el artículo 35 ya enunciado, al señalar que podrá constituirse “*sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo*”.

No menciona este precepto los elementos comunes, por lo que podría considerarse excluida la constitución del derecho superficiario sobre los elementos comunes del edificio dividido horizontalmente. No cabe duda de que, si se desafectaran mediante su conversión en elemento privativo del modo legalmente establecido, podrían ser objeto de dicho derecho, pero sin tal conversión, ¿puede recaer sobre los mismos? ¿Puede constituirse un derecho de superficie, con el contenido y características de las que he venido hablando, es decir, no para edificar, sino para tener y mantener la propiedad separada de lo ya edificado sobre un elemento común de la propiedad horizontal?

El artículo 396 del CC dispone que las partes en copropiedad sólo pueden ser gravadas –en este caso con un derecho de superficie– junto con la parte privativa de la que son anejo inseparable. Este precepto se refiere a que un copropietario no puede gravar o enajenar la parte que compone su lote de copropiedad separadamente de la parte privativa, pero no puede impedir el que se enajenen o graven los elementos comunes de la copropiedad al ser enajenados o gravados con la parte privativa de la que son anejo inseparable. Es, por ejemplo, perfectamente admisible la constitución de una servidumbre de paso a favor de una finca vecina por un patio que es elemento común de una finca constituida en régimen de propiedad horizontal, siempre que el acuerdo sea tomado con las mayorías establecidas legalmente.

Así pues, en el caso del derecho de superficie, parece que tampoco debería constituir un impedimento.

Lo que podría plantear verdaderos problemas es la circunstancia de que el derecho real de superficie otorga a su titular un derecho de propiedad superficiario sobre lo construido, de modo que habría que preguntarse acerca del régimen jurídico aplicable a las relaciones del titular de la propiedad superficiaria con el resto de propietarios. Es indudable que el superficiario, al no haberse extinguido el régimen de propiedad horizontal al que pertenece el piso, local o elemento privativo sobre el que se ha constituido el derecho de superficie, podría ser considerado, en principio, titular de un elemento privativo, por lo que tendríamos que preguntarnos acerca de si tiene obligación de contribuir a los gastos comunes, o de si tiene derecho a voto en la Junta de Propietarios.

La respuesta, a mi juicio, es negativa. En mi opinión, no es titular de un elemento privativo individualizado e identificado registralmente como tal dentro del régimen de la propiedad horizontal. El titular de la propiedad superficiaria es, a efectos de sus relaciones con el resto de copropietarios, el titular de un derecho real sobre cosa ajena que se ha constituido, también, sobre un elemento común. Por ello, entiendo que no debe considerársele titular de un elemento privativo en el inmueble, de modo que tampoco debe tener participación en los elementos comunes, ni tiene derecho a voto en la Junta. Tampoco debe contribuir a los gastos comunes, salvo que en el título constitutivo del derecho de superficie se establezca su participación en los mismos.

Su relación no es con el resto de copropietarios, sino que es una relación con el conjunto de la copropiedad, y son las normas sobre el derecho de superficie y el contenido del título constitutivo del mismo, en cuanto no se oponga a aquéllas, las que deben regir sus relaciones con el conjunto de copropietarios del inmueble en régimen de propiedad horizontal.

Caso distinto sería la constitución de un derecho de superficie sobre un elemento privativo de una propiedad horizontal con el contenido tradicional superficiario, es decir, construir y tener y mantener la propiedad separada de lo edificado durante el tiempo acordado, que sí exigiría la disolución de dicho régimen o su modificación, para dar entrada a los posibles nuevos elementos o a la modificación sustancial del elemento sobre el que se haya constituido.

VII. Breve referencia a las contraprestaciones

Dice el artículo 35.3 de la Ley que *“el derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie”*.

En realidad, la constitución del derecho de superficie siempre revestirá un cierto carácter de onerosidad, toda vez que, al revertir lo edificado al dueño del suelo, éste siempre obtendrá un beneficio.

No obstante, y por seguir la pauta marcada por la ley, distinguiré:

A) Constitución a título gratuito:

— Por particulares: no presenta particularidad alguna. Rigen las reglas generales sobre capacidad de obrar y poder de disposición.

— Por entidades públicas: puede recaer sobre bienes patrimoniales, nunca demaniales, y puede hacerse gratuitamente siempre que los terrenos se destinen a viviendas de carácter social o de protección pública o a otras edificaciones como escuelas, hospitales o centros culturales que no persigan finalidad especulativa.

B) Constitución a título oneroso:

La contraprestación puede consistir en:

- El pago de una suma alzada o
- De un canon periódico, o
- En la adjudicación de viviendas o locales
- O derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo,
- O en varias de estas modalidades a la vez.

Si se constituyera por una entidad pública, la concesión habría de formalizarse de alguna de las siguientes maneras:

1. Por subasta pública, que requiere un pliego de condiciones que fije los criterios objetivos que regulen la admisión previa.
2. Por adjudicación directa.
3. Por adjudicación, al haberse procedido a una expropiación parcial del dominio del suelo como consecuencia del plan correspondiente.

El caso de una suma alzada no presenta especialidad alguna.

Si se tratara de una canon periódico, hay que estimar que, en caso de incumplimiento, aparte del régimen de garantías civiles que se pudieran haber pactado y al que luego me referiré, al poder ser calificado el contrato como administrativo, la exigibilidad del pago por parte de la Administración podría hacerse por requerimiento directo, sin necesidad de entablar demanda ante los tribunales civiles.

En los otros supuestos parece aludir el legislador a una forma de permuta, ya que el dueño del suelo concede un derecho de superficie que permite construir y el superficiario le entrega la propiedad o el arrendamiento de cierta parte de lo edificado.

Si el dueño del suelo adquiere desde un principio, tal y como la ley permite, ciertas viviendas o locales, la reversión que al concluir el plazo se produce no será total, por lo que se confirma la teoría ya enunciada de alterar el destino “natural” de los bienes edificados, permitiéndose que la reversión no sea a favor del dueño del suelo. Si se tratara de derechos de arrendamiento, es obvio que esta contraprestación no supone incompatibilidad alguna con la teoría clásica de la reversión total.

VIII. Garantías

Cualquier garantía de trascendencia real que se constituya para garantizar o asegurar el cumplimiento de los pactos del contrato por el que se constituya el derecho de superficie tendrá acceso al registro, tal y como determina el artículo 16.1 del RH.

Las garantías usuales son la hipoteca y la condición resolutoria expresa.

En cuanto a la hipoteca, en el caso de un canon periódico, se puede garantizar su pago a favor del concedente mediante la hipoteca en garantía de rentas periódicas del artículo 157 de la LH constituida sobre el propio derecho de superficie.

Si se trata de una suma alzada aplazada también puede utilizarse la hipoteca ordinaria o la condición resolutoria expresa, admitida por la Direc-

ción General de los Registros y del Notariado en su resolución de 16 de octubre de 1989. No obstante, no parece ésta la garantía más adecuada, toda vez que si se resolviera el contrato por impago, y el superficiario ya hubiese edificado, el dueño del suelo no recupera “lo suyo”, sino el solar ya edificado, produciéndose un enriquecimiento injusto y desproporcionado y un efecto similar al comiso (5).

Si se trata de la adquisición de una vivienda o local en un momento posterior a la constitución, se puede asegurar mediante una hipoteca de máximo en garantía de obligación futura.

IX. Reversión

Además de lo ya considerado a este respecto, en lo que he venido a denominar características del derecho de superficie –sobre todo bajo el punto 8–, y en el epígrafe contraprestaciones, quiero examinar aquí alguna de las otras reglas contenidas en la nueva ley.

X. Referencias a leyes indirectamente relacionadas

a) *Ley Orgánica de la Edificación.*

Conforme a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en las superficies urbanas sobre nuevas construcciones destinadas a vivienda, el superficiario tendrá necesariamente que constituir el seguro de responsabilidad decenal, salvedad hecha de que tenga la condición de autopromotor individual de una sola vivienda unifamiliar para uso propio, según la excepción que se incluyó en la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 30 de diciembre de 2002 y que determina que esta garantía no será exigible en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión *inter vivos* dentro del plazo previsto en el párrafo a) del artículo 17.1 (diez años), el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión *inter vivos* sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida ga-

(5) En este mismo sentido, NAVARRO VIÑUALES señala que, según el artículo 16.1 del RH, “no serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso”.

rantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma.

b) *Catastro.*

Desde el punto de vista catastral y conforme al artículo 3 de la nueva Ley del Catastro Inmobiliario, de 23 de diciembre de 2002, será titular catastral el superficiario, sin que sea preciso amillarar la finca a nombre del propietario.

c) *IBI.*

En cuanto al sujeto pasivo del IBI, lo será el superficiario, con exclusión del propietario, conforme al artículo 62 de la Ley de Haciendas Locales, en su redacción de 25 de diciembre de 2002.

XI. Bibliografía

- ALONSO PÉREZ, María Teresa: “Los requisitos formales de constitución del derecho de superficie: una ocasión más para la polémica entre la tesis unitaria y la dualista”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 667. Octubre 2001.
- BENAVIDES DEL REY, José Luis (registrador de la propiedad): “El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 651. Marzo 1999.
- BREVIARIO CIVIL. 2: *Derechos reales especiales* (septiembre de 2004).
- CÁMARA ÁGUILA, María del Pilar (doctora en Derecho. Profesora Ayudante de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid): *Derecho de superficie urbano: Breves consideraciones acerca de la reforma del artículo 16 del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1988, de 4 de septiembre*.
- DÍAZ FRAILE, Juan María (letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado): “La aportación de don Ramón María Roca Sastre a la construcción doctrinal del derecho de superficie”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 650. Enero 1999.
- DÍAZ GAZTELU, Benigno (abogado y técnico urbanista): *El derecho de superficie*.
- FAUS, Manuel (notario): *El derecho de superficie en Cataluña*.
- *Instrumentos de intervención en el mercado del suelo. El patrimonio municipal del suelo* (mayo de 2007).
- “Regulación del derecho de superficie en Derecho común”. *La Notaría*. Números 9-10. Septiembre 2003.
- GOMÁ LANZÓN, Fernando (notario): “El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicada”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 680. Noviembre 2003.
- IGLESIA MONJE, María Isabel de la (doctora en Derecho. Profesora Asociada de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid): “A vueltas con el derecho de superficie, el derecho de elevación, el Reglamento Hipotecario y la sentencia de 31 de enero de 2001, de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Mayo 1992.
- “El derecho de superficie en la actualidad tras la publicación de la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones y la reforma del Reglamento Hipotecario”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 649. Diciembre 1998.
- MARTÍNEZ DÍE, Rafael (notario de Molins de Rei): “Derecho de superficie: aspectos prácticos”. *La Notaría*. Número 9/2000.

“La acción revocatoria como una vicisitud del concurso”, Esther Muñiz Espada. Editorial Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, un volumen de 284 páginas.

La monografía que se trata tiene, como advierte la propia autora en su introducción, el objeto de analizar los artículos 71 a 73 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), lo que resulta en apariencia un propósito meramente exegetico. No obstante, tal propósito manifestado por la autora no debe entenderse de un modo literal, porque la propia ordenación sistemática de la obra lo desmiente, ya que no estamos ante la ordenación propia de un comentario, regida muy estrictamente por el propio texto comentado, sino ante la sistemática propia de una monografía.

Sentado que estamos en presencia de una verdadera monografía sobre la acción revocatoria, como con toda fidelidad lo pregonan su título, se entiende mejor que la materia se distribuya en nueve capítulos, de los que el primero se dedica al estudio de la responsabilidad patrimonial universal como fundamento de la acción revocatoria o pauliana, y su relación con la existencia de patrimonios especiales de destino y figuras de perfil semejante al trust anglosajón, cuya constitución coetánea a la generación de la insolvencia se trasluce en una ampliación del objeto tradicional de la acción revocatoria.

La contraposición de los intereses del acreedor y del deudor, que radica en que al primero le puede convenir la restricción de la libertad del segundo para impedir la lesión de su crédito, mientras que al segundo le ha de convenir mantener incólume su libertad de movimientos, necesita según la autora un nuevo punto de equilibrio que en el Derecho comparado inspira las más recientes regulaciones en materia de garantías tanto inmobiliarias como mobiliarias, y que debe encontrar su definición precisamente en la regulación del concurso de acreedores y de la acción revocatoria.

A continuación la autora estudia en el capítulo III la naturaleza y función de la acción revocatoria, que prefiere calificar como rescisoria, por ser

así mayor la garantía del acreedor que con la mera inoponibilidad, y que es además la consagrada por nuestra legislación y nuestra jurisprudencia, a lo que añade que tal naturaleza debería ser la base de una conveniente armonización legislativa europea en la materia.

Seguidamente la autora indaga acerca de los perfiles de la acción revocatoria concursal en relación con la objetivación de los supuestos de revocación que aparece clara en la redacción del artículo 71 de la Ley Concursal, que se basa en la lesión y no en la intencionalidad fraudulenta. Pero esta objetivación del carácter perjudicial de las conductas, que afecta también a la constitución posterior de garantías que rompan la *par conditio creditorum*, origina un retorno a técnicas semejantes a las presunciones de fraude, sólo que bajo la apariencia de objetivizadas presunciones de perjuicio, que en rigor serían innecesarias en un sistema absolutamente objetivista, para terminar con un exhaustivo tratamiento de la cuestión en el Derecho comparado y en nuestra jurisprudencia.

El capítulo V se dedica íntegramente al estudio del perjuicio base de la revocación, su conceptualización legal, momento en que ha de apreciarse y cómo valorarlo en sí y en su relación de causalidad con el acto impugnado, y el capítulo VI estudia a continuación algunos de los perfiles más innovadores de la Ley Concursal, cuya excelencia pregonan la Exposición de Motivos, pero que a juicio de la autora, por continuar basándose en un plazo de retroacción de la declaración del concurso, siguen careciendo de la conveniente flexibilidad.

El capítulo VII aborda lo relativo al ámbito de actuación de la revocatoria concursal, comenzando por los actos excluidos del mismo que son como es lógico los incursos en la actividad ordinaria del deudor, y realizando un elenco exhaustivo, para seguir por la más compleja y prolongada enumeración de los actos que sí son objeto de la revocatoria concursal, en la que la antítesis capital gratuito-oneroso en cuanto a los actos traslativos del dominio, y la de puntualidad-anticipación respecto de los pagos y otras causas de extinción de las obligaciones son aplicadas con soltura por la autora, que también reflexiona sobre negocios como la transacción, difíciles de situar con los referidos criterios.

Seguidamente, en el capítulo VIII, aborda la autora los aspectos procesales de la revocatoria concursal, en los que su alejamiento de la revocatoria ordinaria resulta más patente, ya que excluye a ésta y no es un remedio subsidiario como la revocatoria ordinaria, con un seguimiento ordenado de las posibles vicisitudes del procedimiento, y un acertado recurso a las decisiones jurisprudenciales.

Por último, el capítulo IX se dedica a los efectos de la revocación o rescisión que contempla el artículo 73 de la Ley Concursal, en la que aparece con claridad la idea de restitución integral, aunque para precisar su alcance sea necesario hacer hincapié en la coordinación de las obligaciones de restituir que caracterizan tales efectos, con las normas sobre liquidación de los es-

tados posesorios de los artículos 451 y siguientes del Código Civil, y también en la coordinación con las normas protectoras de las adquisiciones por terceros de buena fe, que acertadamente refiere a los subadquirentes.

Sigue al texto hasta aquí descrito una amplia orientación bibliográfica ordenada alfabéticamente por autores, que completa la monografía comentada haciendo de ella una útil herramienta para el teórico y para el práctico que necesiten aproximarse a la realidad actual de nuestro Derecho concursal desde una óptica predominante, aunque no exclusivamente, civilística.

José María de la Cuesta Sáenz

Catedrático de Derecho Civil

“El droit de suite de los artistas plásticos”, Elena Vicente Domingo, prólogo de C. Rogel Vide. Editorial Reus, Colección de Propiedad Intelectual, Madrid, 2007, un volumen de 197 páginas.

La monografía a que se refiere el encabezamiento se ocupa de uno de los aspectos de la propiedad intelectual sin duda más necesitado de reflexión, porque se trata de un instituto de contornos muy difusos tanto en nuestro Derecho como en el Derecho comparado.

Buena muestra de tal indefinición teórica y práctica proporciona el mismo hecho de que su denominación no sea en absoluto pacífica, y que los autores prefieran llamar *droit de suite*, o seguimiento, aunque la palabra española empobrece sin duda la expresión francesa, a lo que la Ley de Propiedad Intelectual llama derecho de participación.

Esta circunstancia, que por sí misma nos habla de la necesidad y oportunidad del trabajo acometido por la autora, se complementa si cabe con el interés no menor que la otra cara de la moneda de ese derecho del artista plástico, que es en principio la propiedad ordinaria o común que ha adquirido el comprador de la obra de arte y la clarificación de su gravamen, ofrece para cualquier interesado en el mercado de obras de arte, y para el jurista teórico y práctico.

Si a todo ello se añade que hay una Directiva de la Unión Europea de obligada transposición al Derecho español, y que el plazo para cumplir esa obligación ya ha expirado, el resultado es que al elevado interés interpretativo que presenta el instituto en cuestión, hay que sumar el no menor interés *de lege ferenda* que tiene la reflexión que constituye el contenido de esta obra.

Y entrando en la descripción y valoración de la obra en sí, hay que indicar que es una investigación profunda y al mismo tiempo de lectura fácil y a menudo apasionante, lo que se debe a una notable claridad expositiva, y a una adecuada ordenación sistemática.

En efecto, encabeza el trabajo una aproximación al *droit de suite* en la que se suscitan muchas de las cuestiones y muchos de los problemas que plantea, de orden estrictamente privado, como los posibles límites del uso y disfrute del adquirente por conflicto con el derecho del autor, o de alcance más difuso como los que derivan del ingreso de la obra en el patrimonio artístico por cuya integridad ha de velar el Estado, o los de orden ya decididamente crematístico que pueden surgir en sucesivas transmisiones de la obra entre el autor y sus herederos y los sucesivos vendedores.

Tras esta breve pero imprescindible introducción, se adentra la investigación en el capítulo segundo en otro enfoque diferente, pero no menos decisivo a la hora de regular e interpretar el *droit de suite*, que es el que proporciona la gran peculiaridad del mercado del arte, en el que el *droit de suite* opera y con el que interactúa, peculiaridad derivada tanto de su carácter altamente especializado e internacional, como de los distintos agentes que además del artista lo integran, como son las galerías, los marchantes, los coleccionistas, y el mundo de las subastas en el que esporádicamente confluyen, ya que todos ellos resultan hipotéticamente afectados por el derecho que nos ocupa, aunque de modos y en medidas muy distintas. Queda puesto de relieve en todo caso que en una economía globalizada, los errores legislativos se pagarán al precio de una deslocalización de las ventas que perjudicará notablemente a todos los afectados, por lo que la armonización de regulaciones se hace casi imperativa.

Con estas premisas, se afronta en el capítulo tercero, desde una depurada técnica jurídica, el estudio del origen, del fundamento y de la naturaleza jurídica y caracteres del *droit de suite*, que se cifra en calificarlo como un derecho de base moral, pero de contenido patrimonial a participar en el precio de las reventas de su obra (con o sin referencia a su aumento de valor), irrenunciable, inalienable y sometido en el ámbito internacional al principio de reciprocidad.

Y en el capítulo cuarto se pasa a examinar en concreto la regulación del artículo 24 de la Ley de Propiedad Intelectual, partiendo de sus antecedentes prelegislativos, y su redacción original, y examinando también su reforma del año 1992, que extendió su duración más allá de la vida del autor, y su desarrollo reglamentario del mismo año.

Pero tampoco en este capítulo la autora se limita a hacer una exégesis de las normas reguladoras del *droit de suite*, sino que formula propuestas *de lege ferenda* ante la necesidad de transponer la Directiva de la Unión Europea, propuestas en las que se muestra proclive a que se mantenga el nivel de protección del artista más elevado posible dentro del margen que el Derecho europeo concede a los legisladores nacionales. Igualmente sistematiza el tratamiento del objeto del derecho, de sus sujetos y de los obligados, con exhaustivo examen de los textos españoles y de los de otros Estados miembros de la UE.

El capítulo quinto se dedica al estudio detallado de la Directiva 2001/84/EC, cuya finalidad armonizadora entiende la autora más preocupada por el mer-

cado del arte, que por los intereses de los artistas, y su transposición por el legislador británico, y el capítulo sexto se dedica a la gestión colectiva de este derecho por parte de organismos especiales, como es el caso español.

El capítulo séptimo se dedica a la exposición sistemática de las regulaciones de Estados miembros de la UE, desde la más antigua regulación francesa hasta las transposiciones más recientes de la Directiva, y los capítulos octavo y noveno hacen un parejo examen del reflejo de la Directiva en legislaciones no europeas, como la legislación del Estado de California, o los trabajos pre-legislativos llevados a cabo en Australia, y el capítulo décimo lleva a cabo una recapitulación del estado generado por la Directiva, que puede decirse más favorable que nunca a la existencia y efectividad de ese derecho de los autores, lo que atribuye la autora al planteamiento realista del texto europeo, que no parece vaya a surtir efectos paradójicos como por desgracia ocurre a menudo con otros intentos armonizadores más ambiciosos.

En fin, culmina la publicación un completo elenco bibliográfico y un índice sistemático de materias, que facilitarán el trabajo a los investigadores y la consulta de la obra a todos los interesados por tan apasionante materia, que la autora expone con profundidad muy alejada de la simple descripción de las reglas que examina.

José María de la Cuesta Sáenz

Catedrático de Derecho Civil

UN APUNTE BIBLIOGRÁFICO SOBRE EL PROTOCOLO FAMILIAR

VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA

Notario

Los que llevamos años dándole vueltas a las familias en cuanto empresarias y a los protocolos familiares no dejamos de extrañarnos de la aparición de nuevos estudios que –desde luego siempre meritorios por procurar avanzar, dar pasos adelante en el conocimiento de la problemática– no calan hondo, a mi entender, en los pilares fundamentales de las empresas que a las familias tienen como titulares, como soporte y fuerza vital de su conservación, continuidad y consolidación.

Durante los años 2004-2005 he coordinado y puesto mi firma además en algunos de los estudios que han constituido el tomo IV: “Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar” de la obra general que, editada por Bosch, se ha realizado al celebrarse el IX Congreso Notarial Español, Barcelona, mayo 2005, y recoge las ponencias y estudios, bajo el patrocinio del Consejo General del Notariado español.

Del primero de los dos estudios que personalmente tienen mi autoría extraigo para poner de relieve la necesidad de considerar:

Primero. La empresa familiar como un sistema, y su tratamiento con el llamado modelo evolutivo tridimensional: el de los tres círculos (familia, propiedad de la empresa y gestión, dirección-trabajo; y ello a través de las eras, ciclos vitales o *estaciones* que jalonan su evolución temporal).

Segundo. La familia propietaria ha de ser tratada como lo que es, al constituir la estructura de gobierno de la empresa. Exige una propiedad: activa, interdependiente y funcional.

Tercero. La dirección de la empresa familiar y la gestión de la misma han de basarse en la profesionalidad y la meritocracia. El liderazgo y el gran reto, la sucesión en la dirección de la empresa familiar exigen profunda atención.

Cuarto. El gobierno de la familia en cuanto empresaria, por el Consejo Familiar –aparte de la Asamblea–, con funciones y responsabilidades tales como: educar a los miembros de la familia para que sepan ser propietarios; aquí aparece el *compromiso* de ellos con la empresa y el Protocolo Familiar. Hacer el seguimiento del patrimonio familiar y mantener siempre el principio de no confusión de la familia y la empresa son misiones fundamentales del Consejo.

Partiendo de estos pilares básicos enfoco el apunte bibliográfico del estudio que recientemente ha visto la luz: *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*. Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, Cuadernos Civitas, 2008.

Primero. En base al Real Decreto 17/2007, de 9 de febrero, regulador de la publicidad de los protocolos familiares, destaca el autor que lo verdaderamente original de la regulación –que no pasará a la historia, por su pobre calidad técnica, como ejemplo de excelencia jurídica de una norma positiva– es la transparencia registral de los pactos parasociales y paradójicamente admitir una extensión aplicativa a los que pactan fuera de estatutos en una inversión de capital de riesgo, una sociedad profesional, una “joint venture”... (contraportada).

Segundo. El concepto positivo y la función del PF (pp. 37 y ss.). Una barroca descripción de sus funciones, inspirada en el consabido modelo gerencial de los “tres círculos” de la EF contiene el RD en su artículo 2.1 (pp. 39 y 40).

El autor –en la nota 23– señala que para describir los conflictos “internos” (o “de agencia”) que caracterizan a la EF, el legislador recurre al modelo gerencial de los “tres círculos”, lo que entraña una discutible consagración normativa expresa (¿en una definición legal!) de uno de los posibles modelos explicativos.

A mi juicio, esta manera de conducirse, que es la que guía todo su estudio, en la sistemática y en su contenido, dificulta calar hondo en la materia objeto de la monografía que comento. Y es que el modelo tridimensional evolutivo ha demostrado ser el adecuado, por realista y omnicomprendivo, para entender y explicar la EF y el PF. De ahí que en la página 88 de mi estudio “La familia empresaria ante el Derecho” (dentro del tomo IV ya citado) reproduzca la extensa conclusión de la Comisión interministerial para el estudio de la EF (febrero 2001), por descriptiva, gráfica y comprensiva de las siete áreas o sectores relevantes que conforman el caleidoscopio que concentra el modelo de los tres círculos repetidamente expuesto (Familia, Propiedad, Gestión).

Tercero. Falta de calado de la obra que comento, que se muestra al tratar de la “posible injerencia legítima de la familia en las facultades de administración” (pp. 93 y ss.).

Como expongo en mi estudio antes citado, una propiedad activa ha de interesarse en la andadura social. De ahí sus competencias (art. 44.1 Ley SRL; con cita de la ilustrativa Resolución “Solán de Cabras” de 1997). Una propiedad interdependiente ha de considerar la facultad de impartir instrucciones al órgano gestor o de que... (art. 44.2 Ley SRL); pp. 76 y 77. Y resalto cómo la conexión propiedad-dirección y gestión puede asegurarse si existen socios familiares *de vértice*, los que intervienen de manera efectiva en la gestión de la EF, en base a lo que permite y hay que saber extraer del artículo 44.2 Ley SRL (p. 81). Y es que si el Consejo de Familia recaba la información acerca de la marcha y los resultados de la EF que han de dar los administradores sociales, y realiza el necesario seguimiento, está en condiciones de adoptar las decisiones de la familia empresaria que tengan por fin marcar la dirección a seguir por los órganos de gestión. Los acuerdos de la Junta/Juntas generales de las sociedades familiares irán sin duda en esta dirección y los socios familiares que dentro del órgano de administración se encuentren, asegurarán su ejecución y cumplimiento [profesionalización de la gestión que puede existir –y desde luego, constituye lo óptimo– si se logra con miembros de la familia, al lado de profesionales externos a ella (p. 87 de mi estudio)].

Cuarto. El Decreto –dice el autor– establece el sorprendente requisito de la publicidad de tan solo un único Protocolo Familiar por sociedad (p. 176). De lo que extrae conclusiones y formula interrogantes que producen la impresión de que la Empresa Familiar está pronta a convertirse en un caótico “campo de Agramante”.

A mi entender no tiene en consideración el autor que la *ratio* normativa trata de lograr que exista el compromiso de la familia con su empresa y así se plasme en el Protocolo Familiar, para la conservación, continuidad y consolidación de la empresa. No voy a extenderme más en esta afirmación, *prius* necesario para considerar el criterio del D – L (me remito a mi estudio; pp. 86, 88 y 89 fundamentalmente).

Quinto. El legislador –dice en la p. 201– está tan obsesionado por la cuestión formal como es cicatero con la competencia registral. Con transcripción del artículo 5.2 dice: más parece un reclamo comercial de la intervención notarial ¡como si el protocolo sólo pudiera estar protocolizado notarialmente! Son expresiones en cuya calificación no voy a entrar; sólo apunto que el apoyo en la intervención notarial se basa en una elemental aplicación del principio de seguridad jurídica lo primero, pero es que ante y sobre todo viene a reconocerse lo que literalmente ha resaltado VICENT CHULIÁ: la sociedad familiar como institución, cualquiera que sea la forma jurídica que adopte, supone una creación sobre todo de la Abogacía y del Notariado.

Sexto. El autor estudia las distintas vías de acceso al Registro Mercantil (a partir de la p. 171: “La publicidad registral del Protocolo Familiar”), cri-

ticando a cada paso los criterios del DL, su técnica regulatoria y la pobreza de redacción (por ejemplo: “la previsión es tan tonta que no merece mayor comentario” ..., dice en la p. 177; “la errada rúbrica de...; regula una bien triste forma de...” p. 197; aparte de lo que ya transcribí de su p. 201, expresión que no es fácil encontrar en una obra jurídica, afortunadamente).

Y para que no se me tache de exagerado, cierro la transcripción de las críticas del autor con lo que expone en la p. 37: la fortuna no acompaña al redactor de nuestro Decreto (como ocurre con tantas otras normas recientes cuya elaboración patrocina la Dirección General de los Registros [y del Notariado, no hay que omitirlo, pienso yo] que, como es lamentablemente notorio, (*sic*) no pasa por sus mejores momentos). La regulación reglamentaria está alejada del mínimo rigor técnico y resulta descaradamente escorada (*sic*) por el lado de la forma (notarial, se entiende), con una obsesiva preocupación (*sic*) por los aspectos rituales...

Para no alargar más la exposición apunto aquí y ahora que cuando se publicó el Real Decreto estudié los medios de publicidad de los Protocolos Familiares y plasmé mi criterio en un estudio (que consta en la obra *Homenaje a Juan Francisco Delgado de Miguel*, pp. 373 y ss. Consejo General del Notariado, Civitas, 2007). Al mismo me remito, así como respecto al criterio de la Resolución de 4 de mayo de 2005, respecto a la posibilidad de reflejar en estatutos la Asamblea y el Consejo de Familia (el autor de la obra que comento considera que “merece más la crítica la DGRN por otras causas que las que formula FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS a esta Resolución; en un artículo –dice– recientemente publicado en esta misma revista. ¿Qué revista?: la pregunta puede contestarse a la vista de lo que FERNÁNDEZ DEL POZO ha escrito en *R de S*, año 2007- 2. número 29; pp. 139 a 183 y que literalmente reproduce en la monografía que comento aquí).

Séptimo. En una nota a pie de página el autor apunta el “pacto de familia” del nuevo artículo 768 bis del Código. No quiero dejar de pasar la ocasión para hacer hincapié en su existencia: tanto la reciente reforma del *Code* francés, como la citada transalpina, son ejemplos de realismo, más aún la italiana por su visión frontal de la clave de bóveda de la problemática que anida en las FE y las EF: la necesidad de asegurar la continuidad de las mismas. A la legislación española le sigue faltando altura de miras para lograrlo; eso sí, se reconoce insistentemente la importancia de las FE para el desarrollo de nuestra economía (que no se acabe *aguardo* las competencias autonómicas favorecedoras fiscalmente de las transmisiones gratuitas entre ascendientes, descendientes, ni *descafeinando* el singular régimen estatal favorecedor de la transmisión de las empresas familiares; al menos que las dejen como están).

Termino. El apunte crítico de la monografía del Registrador, Economista y Catedrático por la Universidad de Cataluña, Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, ha querido poner de relieve la profundidad y el calado de los Protocolos de las Familias Empresarias. Quienes llevamos años dándoles vueltas –decía al

comienzo—, estudiando la problemática real de las familias y de sus empresas, somos conscientes de que se merecen cualitativamente algo diferente a lo que el Real Decreto comentado ha brindado. Ni siquiera un brindis al sol.

Sí, termino. Y lo hago resumiendo una nota de prensa en la que se anuncia que hoy, día 21 de mayo, se encuentra en Madrid Warren BUFFETT: su gira europea tiene por objeto invertir a fondo en EF bien gestionadas y que no persigan el beneficio inmediato, porque —se dice en la nota— si tienen el valor añadido de la excelencia respecto a los competidores, como no tienen la obsesión de repartir beneficios a los socios, ni salen a Bolsa..., para rematar recalcando: me inspira confianza el marco jurídico español. En pocas palabras, la seguridad jurídica que proporciona la actuación notarial y el Registro Mercantil se le reconoce abiertamente. Advertencia clara para los que ponemos nuestro grano de arena diario en lograr su perfeccionamiento en el campo de las familias empresarias y las empresas familiares.