



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



abril-junio 2012

ESPAÑA



NIHIL PRIUS FIDE
NOTARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

ACTUALIDAD JURÍDICA

150

ANIVERSARIO 1862 - 2012
DE LA LEY DEL NOTARIADO



ANIVERSARIO 1862 - 2012 DE LA LEY DEL NOTARIADO

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

11º Congreso Notarial Español

“La Autonomía de la Voluntad”

2011

Marzo. Colegio Notarial de Andalucía

“La Autonomía de la Voluntad: planteamiento general”

Junio. Colegio Notarial de Galicia

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

Septiembre. Colegio Notarial de Cataluña

“La Autonomía de la Voluntad en el Derecho mercantil”

Noviembre. Colegio Notarial de Valencia

“La Autonomía de la Voluntad en el Derecho patrimonial”

2012

Enero. Colegio Notarial de Murcia

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

Marzo. Colegio Notarial del País Vasco

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

28 de mayo de 2012 Colegio Notarial de Madrid

Sesión Plenaria



**CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO**

Número **82**
abril-junio 2012

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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



CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO

Suscripción y distribución:

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

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

Tf. 913 087 232 - Fax 913 087 053

revistajuridica@notariado.org

Sumarios de los números publicados: www.notariado.org

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

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

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

ISSN: 1132-0044

Depósito legal: M-8652-2012

Impreso en España - *Printed in Spain*

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

D. Antonio Rodríguez Adrados

DIRECTOR

D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña (†)

SECRETARIO

D. Víctor Manuel Garrido de Palma

CONSEJEROS

D. Juan Bolás Alfonso

D. Ricardo Cabanas Trejo

D. Adolfo Calatayud Sierra

D. Francisco Calderón Álvarez

D. Elías Campo Villegas

D. José Javier Castiella Rodríguez

D.^a Ana Fernández-Tresguerres García

D. José Manuel García Collantes

D. Francisco Javier García Más

D. Fernando Gomá Lanzón

D. Carlos Marín Calero

D. Jesús Marina Martínez-Pardo

D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés

D. Ubaldo Nieto Carol

D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez

D. Manuel Ángel Rueda Pérez

D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando

D. José Carlos Sánchez González

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

La sucesión <i>mortis causa</i> en las Illes Balears	9
José Antonio Carbonell Crespi	
El legado de crédito (Segunda parte)	53
Juan-Faustino Domínguez Reyes	
Los escribanos en los territorios de órdenes militares según el Catastro de Ensenada. Una élite socioprofesional en el mundo campesino de Castilla la Nueva (Primera parte)	127
Luis Escudero Escudero	
Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad	207
Gabriel García Cantero	
Comentario de una obra jurídica (Pensando en voz alta)	229
Víctor Manuel Garrido de Palma	
La renuncia de herencia en favor de otro	247
Domingo Irurzun Goicoa	

La separación de bienes como régimen económico del matrimonio en el Derecho comparado español	299
Carlos Jiménez Gallego	

La quiebra y el concurso de acreedores en Derecho medieval español	323
Juan Alfredo Obarrio Moreno	

Aspectos notariales de la Ley de Mediación. Referencia a la mediación familiar	439
José Manuel Vara González	

Discapacidad y consentimiento (o disenso) informado: el derecho de la persona a ser dueña de su propia vida	483
Inmaculada Vivas Tesón	

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Dictamina, que algo queda	519
Víctor Manuel Garrido de Palma	

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

¿Hacia la codificación europea del consumo? ¿Paso atrás en la codificación contractual europea?	529
Gabriel García Cantero	

<i>Rétour à la campagne...? Sobre el desarrollo sostenible rural en España, y la nueva PAC (2014-2020)</i>	581
Gabriel García Cantero	

ESTUDIOS DOCTRINALES



LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA* EN LAS ILLES BALEARS (*)

José Antonio Carbonell Crespi
Notario

Resumen:

Sucesión *mortis causa* en las Islas Baleares.

Sucesión *mortis causa* en Mallorca.

Sucesión *mortis causa* en Menorca.

Sucesión *mortis causa* en Ibiza y Formentera.

El artículo aborda el estudio de todo el sistema sucesorio en las Islas Baleares, incluyendo los principios generales en los que se basa; estudio de su sistema legitimario; sucesión testada e intestada; así como el desarrollo de algunas de sus instituciones más importantes, como el heredero distribuidor, la donación universal de bienes presentes y futuros; y la definición.

Abstract:

Succession *mortis causa* in the Balearic Islands.

Succession *mortis causa* in Mallorca.

Succession *mortis causa* in Menorca.

Succession *mortis causa* in Ibiza and Formentera.

The article discusses the study of all the inheritance system in the Balearic Islands, including the general principles on which it is based; study of its legitimate system; both testated and intestated succession; as well as the development of some of its most important institutions, such as the heir distributor, universal donation of present and future assets; and the "definición".

(*) Conferencia pronunciada por el autor el día 21 de agosto de 2012 en Prada (Francia), en el marco de la XLIV Universitat Catalana d'Estiu.

Sería una ingenuidad por mi parte pretender explicar en una hora y media todo el sistema sucesorio existente a día de hoy en las Islas Baleares, pero lo que puedo intentar, no sé si lo conseguiré, es darles a ustedes una visión general del mismo.

La Ley 5/1961, de 19 de abril, que aprobó la Compilación del Derecho Civil especial de las Islas Baleares, fue modificada por la Ley 8/1990, de 28 de junio, dando lugar al Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprobó el texto refundido de la misma. Está estructurada en un Título Preliminar, común a todas las islas; un Libro Primero, que contiene las disposiciones aplicables a la Isla de Mallorca; un Libro Segundo, que contiene las aplicables a la Isla de Menorca, que por la remisión que hace el artículo 65, son las mismas que las de la Isla de Mallorca, excepción hecha, en lo que aquí nos toca tratar, de los pactos sucesorios, que no son admitidos; y un Libro Tercero, relativo a las aplicables a las Islas de Ibiza y Formentera. Señalar que por Ley 3/2009, de 27 de abril, se modificaron y añadieron diversos artículos, en relación con las causas de indignidad sucesoria y desheredamiento. En cuanto a la Isla de Cabrera, al pertenecer al municipio de Palma de Mallorca, le son aplicables las disposiciones del Libro Primero, relativas a la Isla de Mallorca.

Se habrán percatado de que formalmente, no se puede hablar de unidad en el Derecho Civil balear, ya que la misma históricamente nunca existió, por diversas causas, como fueron la mayor influencia del Derecho Romano y del Derecho de Catalunya, fruto de la Reconquista, en Mallorca y Menorca; y la instalación en Ibiza, aun antes de la entrada en vigor del Código Civil, en adelante, CC, de juristas formados en el Derecho de Castilla; por último, la más que posible influencia de notarios y registradores peninsulares destinados en las diferentes Islas, que preferían aplicar instituciones o reglas de Derecho Común, más conocidas por ellos, antes que las ya existentes en cada una de ellas.

Pasemos pues, sin más dilación, a estudiar el sistema sucesorio de cada una de las Islas.

I. MALLORCA Y MENORCA

En cuanto a Mallorca y según el artículo 6 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, en adelante, CDCIB, la herencia

se difiere por testamento, por Ley y por los contratos sucesorios regulados en el mismo Libro I. Por lo que se refiere a Menorca, la herencia se difiere sólo por testamento o por Ley, ya que en dicha isla no son aplicables las disposiciones referentes a la donación universal de bienes presentes y futuros, ni las relativas a la definición.

A) ¿Cuáles son los principios generales que rigen el Derecho sucesorio de Mallorca y Menorca?

1.º El de la necesidad de institución de heredero para la validez del testamento, lo que nos lleva al examen de los artículos 14 y 17 de la CDCIB.

El testamento otorgado por una persona de vecindad civil mallorquina o menorquina, ha de contener necesariamente institución de heredero. En Mallorca, la institución de heredero puede ordenarse tanto en testamento como en donación universal (artículos 8 y 14 CDCIB); en Menorca, sólo en testamento (artículo 65 CDCIB); en ningún caso puede instituirse heredero en codicilo (artículo 17 CDCIB).

La institución de heredero tiene una naturaleza expansiva y excluyente, debido a la incompatibilidad entre la sucesión testada e intestada y se aplican las disposiciones del CC sobre capacidad e incapacidad para serlo.

1a) El *nomen iuris* y la *asignatio*.

Al hablar de la institución de heredero cabe preguntarse si lo esencial en la misma es el empleo de la palabra sacramental "heredero"; o es más importante la atribución patrimonial que se le pueda realizar. La CDCIB de 1961 se decantaba por el criterio de la utilización de la palabra sacramental heredero, criterio que varió con la reforma de 1990, ya que el párrafo 2.º del artículo 14 nos dice que, "aunque no se emplee la palabra heredero, valdrá como hecha a título universal cualquier disposición del testador que atribuya al favorecido esta cualidad".

1b) La ineficacia sobrevenida del testamento y los legados dispuestos en el mismo.

En el supuesto de testamento válido por contener institución de heredero, pero que con posterioridad deviene ineficaz, por premoriencia del instituido al testador, o por su renuncia, sin que se haya previsto en el mismo sustitución vulgar, procederá la apertura de la sucesión intestada, pero ¿qué pasa con los legados ordenados por el causante en el referido testamento?

En las herencias reguladas por la CDCIB de 1961, la ineficacia del testamento producía también la de los legados ordenados en el mismo, salvo que en el testamento estuviese prevista la denominada "cláusula codicilar", es decir, la previsión de que si el testamento no valiese como tal valiese como codicilo, al ser este último compatible con la sucesión intestada. La reforma de 1990 supuso así mismo un cambio de criterio, al señalarse en el párrafo 3.º del artículo 17 que "el testamento ineficaz valdrá como codicilo si reúne los requisitos a que se refiere el párrafo anterior", lo que supone la conversión automática del testamento en codicilo, salvo voluntad expresa en contrario del testador. La consecuencia es que los legados ordenados en testamento ineficaz, serán válidos.

1c) La sustitución vulgar.

Esta sustitución se puede ordenar en testamento y en donación universal (artículo 13.1 CDCIB), pero no en codicilo (artículo 17.1 CDCIB "a sensu contrario").

Según lo dispuesto en el párrafo 5.º del artículo 14 de la CDCIB, la sustitución vulgar va implícita en las sustituciones ejemplar y pupilar, pero sólo con respecto de los bienes procedentes de la herencia del sustituyente.

1d) La sustitución pupilar y ejemplar.

Si el sustituido sobrevive al testador y éste tiene legitimarios, sólo serán válidas estas sustituciones en cuanto no perjudiquen la legítima de éstos, pero el testador, es decir, el ascendiente sustituyente, podrá autorizar el pago de estas legítimas en metálico (artículo 14.3 CDCIB).

La sustitución ejemplar, dice el artículo 14.4 de la CDCIB, quedará sin efecto si el descendiente otorga un testamento o una donación universal válidos.

En Mallorca y en Menorca, ambas sustituciones comprenden tanto la herencia que el ascendiente sustituyente ha dejado al sustituido, así como los bienes o la herencia propia de éste, lo que supone de asunción de la tesis amplia en cuanto a la extensión de este tipo de sustituciones. La más que posible concurrencia en un mismo pupilo o incapaz de varias sustituciones pupilares y ejemplares, es resuelta en el último párrafo del artículo 14 de la CDCIB, en el sentido de que tendrá eficacia cada una de las sustituciones en relación a los bienes que el sustituido haya adquirido por herencia o legado del ascendiente y subsistan al fallecimiento de aquél; pero con re-

lación a la herencia del menor o incapacitado, la tendrá únicamente la ordenada por el ascendiente fallecido de grado más próximo y, si son de igual grado, la del último que fallezca.

1e) Supuestos excepcionales de validez del testamento que no contenga institución de heredero.

Todo principio general tiene excepciones, y el que nos ocupa tiene a mi juicio dos, que serían la del testamento meramente revocatorio de otro anterior, si bien este supuesto es objeto de discusión; y el testamento que contiene única y exclusivamente el reconocimiento de un hijo extramatrimonial.

1f) El codicilo.

El codicilo es compatible con la sucesión contractual, la testada o la intestada. Se pueden distinguir dos tipos de codicilos, que subsisten en la CDCIB, que son:

a) Codicilos intestados: En ellos, cuando no existe disposición testamentaria alguna, se impone a los herederos abintestato la ejecución de las disposiciones ordenadas por el causante, adquiriendo estos herederos lo no dispuesto en el codicilo. A cargo de dichos herederos abintestato, se pueden ordenar legados e incluso fideicomisos.

b) Codicilos testamentarios: Son un apéndice del testamento y dependen del mismo y no hace falta que el testador se reserve de forma expresa la facultad de otorgarlos. Para su otorgamiento se requerirá la misma capacidad y formalidades externas que los testamentos (artículo 17, párrafo 2.º, CDCIB).

En el párrafo 1.º del artículo 17 de la CDCIB se determinan las disposiciones que pueden ordenarse mediante codicilo y las que le están prohibidas. Entre las primeras, se encuentran las disposiciones que expresan el nombre o nombres del heredero o herederos ya instituidos; las que determinan la porción que a cada uno de ellos le corresponda; las que distribuyen los bienes hereditarios entre los coherederos instituidos en el testamento; nombramiento de legatarios; establecimiento de la sustitución vulgar del legatario, y sustituciones fideicomisarias y preventivas de residuo del heredero. Se pueden designar albaceas y contadores partidores; así como tutores y curadores; beneficiarios de seguros de vida y modificando las designaciones ya hechas en los mismos; reconocimiento de hijos extramatrimoniales. Por último y en relación con las donaciones universales y con respecto de los bienes, la disposición de los cuales se hubiese reservado el donante, así como de los bienes excluidos de la

donación, puede disponer de los mismos (artículos 10 y 11 CDCIB). Por el contrario, en el codicilo no puede instituirse heredero; no se le pueden imponer condiciones; no se puede revocar la institución anteriormente otorgada o excluir a algún heredero de la institución; no se pueden establecer sustituciones vulgar, pupilar y ejemplar del heredero; y no se puede desheredar a legitimarios.

El artículo 10 de la CDCIB dice que: "La donación universal revoca los testamentos y codicilos anteriores del donante. Los posteriores sólo serán eficaces en cuanto a la disposición de bienes excluidos de la donación..."

Según el artículo 17 de la CDCIB, los codicilos producen la modificación del testamento o codicilos anteriores en lo que resulten alterados o incompatibles. Los codicilos quedan revocados por el testamento posterior, a no ser que éste los confirme expresamente, siendo válido el codicilo meramente revocatorio.

El inciso final del párrafo 3.º del artículo 17 de la CDCIB indica que no se producirá la conversión del testamento en codicilo si el primero es declarado nulo por preterición no intencional de legitimarios, ya que en este supuesto se declarará nulo todo el testamento. Por el contrario, en los supuestos de ineficacia parcial de la institución de heredero sí cabría tal conversión.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en adelante, TSJIB, de fecha 10 de mayo de 2004, declara que sólo tiene la consideración de codicilo la disposición que no contiene institución de heredero, o en términos más generales, sólo aquella a título particular.

1g) La cuarta falcidia.

Debido al carácter esencial de la institución de heredero en la sucesión testada, la CDCIB regula en sus artículos 38 a 40 la figura de la cuarta falcidia, institución de origen romano por la cual se permite al heredero detraer una cuarta parte del activo líquido hereditario cuando por razón de los legados ordenados por el testador no le queda a él por lo menos una cuarta parte de la herencia; es decir, primero se pagan las deudas y si hay remanente se deben pagar los legados, pero éstos se pueden reducir de tal manera que al heredero le quede para él una cuarta parte de este activo hereditario.

2.º El de la universalidad del título sucesorio, al que se refieren los artículos 15 y 24 de la CDCIB.

El heredero, como sucesor del causante, es llamado a todos sus bienes, derechos, acciones, obligaciones y deudas, es decir, a la universalidad de su patrimonio.

2a) La "institución de heredero en cosa cierta".

Regulada en el párrafo 1.º del artículo 15 de la CDCIB, son sus requisitos:

a) El llamamiento a título universal o de heredero y, b) La atribución al nombrado de una cosa concreta o de una suma de cosas.

Dicho artículo 15 de la CDCIB distingue diversos supuestos, que son:

a) Uno o varios instituidos "*ex re certa*", que concurren con uno o varios instituidos herederos universales. En este caso los herederos deberán entregar la cosa legada al "instituido *ex re certa*", sin perjuicio de poder detraer la cuarta falcidia.

b) Uno solo o varios herederos instituidos sólo "*ex re certa*", en cuyo caso se estimarán legatarios de ella y, en cuanto al resto de la herencia, tendrán el carácter de herederos universales, por partes iguales, si fueran varios.

¿Qué sucede en este supuesto si el causante ha dejado deudas y la herencia no ha sido aceptada a beneficio de inventario? En el ámbito de las relaciones externas de los herederos frente a terceros, está claro que la responsabilidad de los herederos es solidaria –artículos 1084 y 1085 del CC–. Pero en el ámbito de las relaciones internas, si uno sólo de ellos paga la deuda a un acreedor, la reclamación que dirija a los demás, ¿será por partes iguales entre ellos, o proporcional a lo recibido en la sucesión? En principio y según el artículo 15 de la CDCIB parece que su responsabilidad lo sería por partes iguales; pero esta solución parece injusta en el caso de que los bienes especialmente asignados a uno u otro heredero "*ex re certa*" tuviesen mucha diferencia de valoración, y el remanente de la herencia, que se les atribuye como herederos, es de escaso valor. A juicio de Miguel MASOT, podría llegarse a una solución que tuviese en cuenta lo percibido por los herederos por todos los conceptos, tanto como heredero como legatario, y ante la falta de regulación sobre la materia por la CDCIB, podría considerarse de aplicación el artículo 1085 del CC, que dice que: "El coheredero que hubiese pagado más de lo que corresponde a su participación en la herencia podrá reclamar a los demás su parte proporcional".

2b) La institución de heredero en usufructo.

Los párrafos 2.º y 3.º del artículo 15 de la CDCIB nos dicen que “el heredero instituido sólo en usufructo se equipara al instituido en cosa cierta”. Esta “cosa cierta” es el derecho de uso y disfrute de unos bienes, siéndole aplicable por lo tanto la regla general prevista en el párrafo 1.º del mismo artículo. El usufructo universal más normal es el establecido a favor del cónyuge viudo ligado normalmente a la “cautela socini”, prevista en el artículo 49 de la CDCIB, siendo aconsejable su atribución a título de heredero ante la posibilidad admitida en la CDCIB de que el heredero instituido sólo en el usufructo se convierta en heredero universal propietario y libre de la herencia en determinados supuestos.

Por su parte, el párrafo 3.º del artículo 15 de la CDCIB nos dice que a salvo que el testador hubiese señalado lo contrario, el heredero usufructuario tiene la condición de heredero fiduciario, si para después de su muerte se hubiese instituido otro heredero, el cual será considerado como heredero fideicomisario. Ello obedece al propósito de eliminar cualquier duda respecto a la compatibilidad del heredero en usufructo con el principio de perdurabilidad del mismo.

La sentencia del TSJIB de 1 de febrero de 2010 declara que partiendo del artículo 15.2 de la CDCIB, donde a pesar de que el instituido heredero en usufructo tiene la consideración de legatario, se le autoriza a tomar por sí los bienes de la herencia, si concurre con herederos que no lo sean en cosa cierta y si no hay legitimarios, hay que dar igual tratamiento al favorecido con un legado de usufructo universal.

2c) El derecho de acrecer. Examen del artículo 24 de la CDCIB.

Este artículo recoge las dos clases de derecho de acrecer existentes, que son:

a) El derecho de acrecer normal, que es el que tiene una persona instituida heredera que llega a serlo, de hacer suyo el incremento que experimenta su porción hereditaria a causa de no llegar a ser heredero el llamado conjuntamente con él. Se refiere a él el párrafo 1.º del artículo 24 de la CDCIB al decir, “Instituidos conjuntamente y por grupos varios herederos en la totalidad o en una misma cuota de la herencia aunque no fuere en la misma cláusula, si por cualquier causa el que no llegare efectivamente a ser heredero fuese del mismo grupo, el acrecimiento se producirá preferentemente entre los demás del mismo grupo y, sólo en defecto de estos, su cuota acrecerá a los demás instituidos conjuntamente”. En lo demás este

derecho de acrecer normal u ordinario se regirá por los preceptos del CC.

b) El derecho de acrecer excepcional, vinculado al principio "*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*", y que está regulado en el párrafo 3.º del mismo artículo de la CDCIB, al decir, "Las cuotas hereditarias vacantes por la no actuación del derecho de acrecer o por no haber dispuesto de ellas el testador, incrementarán, necesaria y proporcionalmente, las de los demás herederos instituidos que efectivamente lleguen a serlo, con subsistencia de los legados y las cargas que no sean personalísimas".

Por último, una regla especial de acrecimiento es la establecida en el artículo 42.3 de la CDCIB, que dice, "en cualquier supuesto en que la legítima individual no hubiere de satisfacerse pasará a incrementar la parte de libre disposición sin acrecer a los colegitimarios".

3.º *El "semel heres semper heres", o perdurabilidad de la condición de heredero, señalado en el artículo 16 de la CDCIB.*

Dice dicho artículo que "el que es heredero lo es siempre y, en consecuencia se tendrán por no puestos en su institución la condición resolutoria y los términos suspensivo y resolutorio".

Nada impide que la institución de heredero esté sujeta a condición suspensiva. A juicio de MASOT MIQUEL, es aplicable a nuestro Derecho una institución romana llamada "*cautio muciana*", que era la caución o fianza que debía hacer el heredero instituido bajo condición suspensiva, potestativa y negativa, según la cual la adquisición de la herencia estaba subordinada al hecho de que el heredero no realizara un determinado comportamiento. En este caso el heredero podía aceptar de forma inmediata, pero tenía que constituir la caución en garantía de la restitución de todo lo que hubiera adquirido por su condición de heredero en el caso de que hiciera lo que el testador le prohibió. El juego de esta institución exige el nombramiento de otro heredero para el caso de que el primero incumpla la condición.

La CDCIB, siguiendo la orientación del Derecho romano, establece en su artículo 16, párrafo 2.º, que, "en los testamentos, el término incierto implica condición; salvo que en el testamento se pueda deducir claramente la voluntad contraria del testador". La aplicación de este principio dentro de la regulación de la CDCIB produce una serie de problemas en relación a determinadas instituciones, como son:

1.º Las sustituciones fideicomisarias, en especial las condicionales y a término.

2.º La institución de heredero modal, al señalar el último párrafo del artículo 16 de la CDCIB que, "El incumplimiento del modo impuesto a la institución de heredero nunca podrá dar lugar a su resolución". Si el testador insiste en la imposición de un modo, la solución estaría en la utilización del "legado modal", ya que el principio "*semel heres semper heres*" no juega en los legados y se pueden seguir las disposiciones del CC.

3.º La institución de heredero a favor del cónyuge viudo a condición de no contraer ulterior matrimonio.

4.º La institución de heredero bajo condición de no impugnar el testamento.

4.º *El "nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest", del artículo 7 CDCIB.*

Si en todo testamento ha de existir institución de heredero, si el heredero lo es siempre, si al heredero acrece la porción vacante de la herencia, resulta evidente que en caso de fallecer testado el causante, no solamente no es necesaria la sucesión intestada, sino que en caso de concurrir con la testada, se producirían incongruencias y contradicciones notorias; todo ello resultado de la influencia del Derecho sucesorio romano, que se presenta como un todo armónico, sin perjuicio de las excepciones al mismo, como por ejemplo lo era el testamento militar.

En el Derecho mallorquín nunca se ha puesto en duda la vigencia de este principio y de la aplicación práctica resulta que el destino de los bienes o de la parte de la herencia de la que el testador no ha dispuesto expresamente, si existe un solo heredero lo adquiere todo por acreción de la herencia entera, estando su fundamento en el artículo 15 de la CDCIB; y en el caso de que existan varios herederos, se producirá un acrecimiento, según los términos en que esté redactado el testamento, por aplicación de los artículos 15 y 24 de la CDCIB, antes reseñados.

La excepción a la aplicación de este principio estaría en el artículo 17 de la CDCIB, al señalar que, "mediante codicilo, el otorgante puede adicionar o reformar su institución de heredero, dictando disposiciones sobre su sucesión a cargo de los herederos ab intestato".

Por aplicación del artículo 7 de la CDCIB, también son incompatibles la sucesión contractual y la intestada, al igual que en principio son incompatibles las sucesiones contractual y testada; pero no el testamento y la donación universal (artículo 10 CDCIB) en el caso de que el primero tenga por objeto bienes excluidos o reservados al objeto en el momento de efectuar la donación.

B) Sucesión testada

Reconocidos en ambas islas, y en relación con la sucesión testada, dos principios, que son el de libertad de testar, con el límite de los derechos legitimarios, y el "*favor testamenti*", con el que se pretende evitar la apertura de la sucesión intestada, antes desarrollado; en todo lo demás, como clases de testamento, formalidades de su otorgamiento y capacidad para testar, rigen las disposiciones del CC, excepción hecha de los supuestos en que es necesaria la presencia de testigos en los testamentos autorizados ante notario recogidos en el artículo 52 de la CDCIB.

Pasemos seguidamente a estudiar figuras e instituciones que tienen que ver con dicha sucesión testada.

B1. Sistema legitimario

Está regulado en los artículos 41 a 51 del Libro I de la CDCIB, a los que hay que añadir como consecuencia de la Ley 3/2009, de 27 de abril, de modificación de la Compilación de Derecho civil de las Illes Balears, sobre causas de indignidad sucesoria y desheredamiento, el artículo 7 bis; y en el artículo 13 de la Ley 18/2001, reguladora de las parejas estables, que atribuye, tanto en la sucesión testada como en la intestada, al conviviente que sobreviva al miembro de la pareja premuerto los mismos derechos que la CDCIB prevé al cónyuge viudo.

En cuanto a las disposiciones contenidas en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, no hay problemas en aplicar las normas contenidas en la misma, en base a que no existe una norma foral que regule estos puntos y los mismos no contradicen los principios generales que informan nuestro Derecho civil balear, exceptuando, y así lo considera la doctrina de forma casi unánime, las disposiciones relativas a la posibilidad de establecer, cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, una sustitución fideicomisaria sobre la legítima, siendo fiduciarios los hijos o descendientes

judicialmente incapacitados, y fideicomisarios los restantes legitimarios; y la razón de su no aplicación estaría en que ello se opone al principio de intangibilidad de la legítima; y lo mismo cabe decir con el supuesto previsto en el artículo 822 del CC, reformado por la Ley; y con la no computación, para el cálculo de las legítimas, de la donación o un legado del derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado, ello por el hecho de que nuestra CDCIB tiene su propia normativa en cuanto al cálculo de la legítima y en cuanto a la computación y atribución legitimaria. En cambio, sí sería de aplicación la causa de indignidad prevista en el apartado 7 del artículo 756 del CC, debido a la remisión que se hace al mismo cuerpo legal en el artículo 7 bis 1.4 de la Ley 3/2009, de 27 de abril.

¿Quiénes son legitimarios, en qué orden y en qué cuantía?

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la CDCIB, son legitimarios, a saber: En primer lugar, los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos. En relación con los hijos adoptivos y sus descendientes, señala el artículo 44 de la CDCIB que “no tendrán derecho a legítima en la sucesión de sus padres y ascendientes por naturaleza, ni éstos en la de aquéllos”, “salvo en el supuesto de que un cónyuge adopte al hijo por naturaleza del otro, el cual tendrá, juntamente con el adoptante, derecho a la legítima. En este supuesto el hijo adoptivo y sus descendientes serán legitimarios en la sucesión del padre por naturaleza o ascendiente”.

En el caso de premoriencia de un legítimo, serán llamados como representantes suyos sus descendientes, que heredarán por stirpes (artículo 42 CDCIB); y “no se considerarán preteridos los descendientes de un descendiente no preterido que hubiese premuerto al testador” (párrafo 6.º del artículo 46 de la CDCIB), lo que evita la preterición del llamado en virtud del derecho de representación. Si el legítimo renuncia a su legítima, lo hace por él y sus descendientes, por la aplicación supletoria del CC; sin embargo, lo anterior tiene una excepción que es el supuesto en que el testador haya previsto la sustitución vulgar, y haya llamado a los descendientes del renunciante.

En cuanto al destino de la cuota renunciada, tal y como se señaló anteriormente, pasará a incrementar la parte de libre disposición sin acrecer a los colegitimarios.

En el supuesto de definición, a la que nos referiremos más adelante, no son llamados los descendientes del que ha definido, en base al artículo 51 de la CDCIB.

Incurriendo el legitimario en un supuesto de desheredación o de indignidad para heredar, sus descendientes adquirirán su derecho a la legítima (artículo 42, párrafo segundo, “*in fine*”, CDCIB).

Por último, instituido heredero uno de los legitimarios, no puede pedir éste su cuota legitimaria además de lo que por heredero le pudiera corresponder (párrafo penúltimo del artículo 48 de la CDCIB).

En cuanto a la cuota legitimaria que les corresponde, es cuota global variable en razón del número de legitimarios, un tercio en el caso de ser cuatro o menos; y la mitad si son cinco o más. Por lo tanto es muy importante fijar el número de legitimarios para determinar el importe de la legítima y a tal efecto el artículo 42 de la CDCIB establece que “para fijar esta legítima se tomarán en cuenta los hijos y las estirpes de los premuertos, y harán número el legitimario instituido heredero, el renunciante, el desheredado, el que haya otorgado definición y el declarado indigno para suceder”.

En segundo lugar, serán legitimarios, a falta de las personas enumeradas anteriormente, en la sucesión del hijo matrimonial, sus padres, en la del hijo no matrimonial, los padres que lo hubieren reconocido o hayan sido judicialmente declarados como tales, y en el hijo adoptivo, los padres adoptantes.

Su cuota legitimaria es de un cuarto del haber hereditario, que concurriendo ambos padres se dividirá entre ellos por mitad, y si alguno hubiere premuerto corresponderá íntegra al sobreviviente.

En el último párrafo del artículo 43 se señala que, “Lo dispuesto en los párrafos precedentes, se entiende sin perjuicio de lo establecido en los artículos 811 y 812 del Código Civil”.

Y en tercer lugar, será legitimario, según el punto 3.º del artículo 42 de la CDCIB, el “cónyuge viudo” que, conforme al artículo 45 de la CDCIB, al morir su consorte no se hallare separado de hecho, ni en virtud de sentencia firme, salvo que en ambos casos lo estuviere por causa imputable al difunto. La entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, trajo como consecuencia la desaparición del sistema causal en materia de separación y divorcio, lo que ha supuesto la total inoperatividad de la expresión “por causa imputable al difunto” de dicho artículo. En el caso de separación de

hecho, la situación deberá ser apreciada por los Tribunales de instancia.

Después de la reforma de 1990, al cónyuge viudo le corresponde el usufructo de una mitad de haber hereditario, concurriendo con descendientes; el usufructo de dos tercios de dicho haber hereditario, si concurre con los padres del causante; y el usufructo universal, si faltan los descendientes y padres.

Este usufructo es conmutable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la CDCIB.

En la legislación balear los derechos viduales se regulan única y exclusivamente como derechos sucesorios.

Naturaleza jurídica de la legítima mallorquina y menorquina.

La Exposición de Motivos de la Ley de 1990 la configura como una parte del haber hereditario, es decir, como una "*pars bonorum*", respetando los precedentes legales y unificando su regulación bajo ese prisma. Ello se concreta en los siguientes artículos de la CDCIB:

Artículo 42, que establece la legítima de los hijos y descendientes en la "tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos de cuatro y la mitad si excedieren de este número".

Artículo 43, cuando establece la legítima de los padres en "la cuarta parte del haber hereditario".

Artículo 45, al establecer la legítima del cónyuge viudo en "el usufructo de la mitad del haber hereditario, dos tercios... o universal".

Artículo 48: "La legítima atribuye derecho a una porción del haber hereditario, y debe ser pagada en bienes de la herencia...".

A esa configuración de la legítima como *pars bonorum* no es obstáculo la previsión del propio artículo 48 de la CDCIB del pago en metálico de la legítima. El obligado a satisfacerla tiene el deber de entregar una cuota o porción de bienes hereditarios, "*pars bonorum*", con una cláusula facultativa de pago, o facultad de extinguir la deuda legitimaria con la entrega de una suma en metálico.

Consecuencia de lo anterior, en las operaciones de partición de la herencia debe intervenir el legitimario, ya que es copropietario o cotitular de todos los bienes hereditarios y por lo tanto partícipe de la comunidad hereditaria, salvo que la misma pueda ser satisfecha en metálico, en donde basta que intervenga el heredero.

En cuanto a la preterición y desheredación, vienen reguladas en el artículo 46 de la CDCIB, y además, en cuanto a la desheredación

se refiere, el artículo 7 bis de la misma, en cuyo punto 3 dice, "Las causas de indignidad del punto 1, son también justas causas de desheredamiento"; siendo además aplicables las demás disposiciones del CC, por la remisión que efectúa el apartado 4 del mismo artículo. En relación con la preterición, el artículo 46 de la CDCIB dice, "La preterición de un legitimario no anulará el testamento, quedando a salvo al preterido el derecho a exigir lo que por legítima le corresponda. Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o ascendientes no legitimarios conferirá al preterido acción para obtener la anulación del testamento, que caducará a los cuatro años de la muerte del causante". Y también hay unas excepciones a esta regla general, que son: "No se producirá este efecto y el preterido sólo ostentará derecho a reclamar su legítima:

1.º Si el testador hubiere instituido únicos herederos a sus hijos, descendientes o cónyuge.

2.º Si la filiación del preterido resultase de procedimiento judicial de investigación de paternidad iniciado con posterioridad al fallecimiento de causante.

3.º Si el testador respetando las legítimas, hubiere ordenado que valga el testamento aun en el supuesto de preterición no intencional".

En el caso de premoriencia de un descendiente, el artículo 46 de la CDCIB dice, "no se considerarán preteridos los descendientes de un descendiente no preterido que hubiese premuerto al testador".

En el caso de desheredación injusta, si bien la CDCIB por razones de claridad habla de "desheredación hecha sin expresión de causa o por causa la certeza de la cual no se probare, ni fuere contradictoria", no se produce la nulidad del testamento, quedándole al mal desheredado la acción para reclamar su legítima. La desheredación injusta produce los mismos efectos que la preterición intencional.

Cálculo de la legítima.

Se trata de una operación contable, en donde en primer lugar hay que determinar "el relictum o activo hereditario bruto", es decir, el valor de los bienes del causante a la fecha de su fallecimiento; seguidamente fijar cuáles son las deducciones de este activo bruto, o sea, el importe de las deudas o cargas, sin incluir entre ellas las impuestas en el testamento, así como los gastos de última enfermedad, entierro y funeral, las cuales, si existen, se restan al mismo;

el resultado de la anterior operación nos da el "activo o valor líquido de la herencia"; al que hay que sumar las liberalidades computables, por el valor que tenían al ocurrir el fallecimiento, previa deducción de las mejoras útiles y los gastos extraordinarios de conservación o reparación, costeados por el beneficiario y con agregación del importe de los menoscabos causados por culpa del mismo que hubieran disminuido su valor. Una vez finalizadas estas operaciones queda fijado el "haber hereditario"; y de aquí resulta la legítima global, según quienes sean los legitimarios, y la legítima individual o cuota legitimaria que en principio supone una simple operación de división entre los legitimarios del respectivo orden.

La sentencia de la APIB de 29.12.2003, ante la escasa regulación de la CDCIB en esta materia, declara que para el cómputo del activo y para la determinación del haber hereditario líquido procede la aplicación de las fuentes romanas recogidas en el artículo 277 del Código de Sucesiones por causa de muerte de Cataluña; añadiendo además que tales normas son totalmente aplicables en Mallorca, ya que, ante el silencio de la CDCIB, no cabe sino acudir a la tradición jurídica balear encarnada en las antiguas normas del *Hábeas Iuris Civilis*, la subsistencia de las cuales en esta materia afirma rotundamente la doctrina.

De todas maneras, la operación que resulta más compleja en estos casos, antes del pago, es la de imputación a la legítima individual de las liberalidades recibidas por el legitimario, recogida en el párrafo 7.º del artículo 48 de la CDCIB al decir: "La institución de heredero, la asignación o distribución de bienes a favor de quien resulte ser legitimario se imputarán en satisfacción de ella, siempre que otra cosa no haya dispuesto el causante, el donante o el heredero distribuidor. Esta imputación surtirá efecto, aunque el legitimario repudie la herencia, la asignación o distribución o el legado".

Ante la falta de normas reguladoras de la imputación deberán aplicarse las previstas en el CC, salvo en su acepción de atribución y por aplicación del artículo 48 CDCIB, que más adelante veremos.

El resultado de esta imputación, que lo es sólo del valor en el momento del fallecimiento, puede ser triple, según la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de fecha 27 noviembre 2000:

1. La cuota legitimaria se halla exactamente cubierta por la liberalidad, supuesto improbable, en el que se habrían satisfecho los derechos legitimarios.

2. La cuota legítima no queda cubierta por la liberalidad, ni por la institución de heredero, la asignación o distribución de bienes, o legado. En tal caso, el legitimario tendrá un crédito legitimario por el resto, o complemento de legítima (artículo 815 CC).

3. Las liberalidades recibidas por el legitimario más lo recibido testamentariamente excede de su cuota legítima. En tal caso esta liberalidad podrá ser objeto de reducción si es inoficiosa.

Pago de la legítima.

Aunque la legítima en Mallorca y Menorca se calcula atendiendo el valor de los bienes en la fecha de fallecimiento del causante, según el artículo 47 de la CDCIB; para el pago de la legítima se atenderá al valor que tuvieren los bienes hereditarios al tiempo de la liquidación, incrementados con los frutos y rentas producidos desde la muerte del causante, ello según el artículo 48, párrafo 3.º, de la CDCIB. Hay que tener en cuenta que el "tiempo de la liquidación" no es el del fallecimiento del causante, sino el del momento en que se hace efectiva la legítima. Ello supone un doble cálculo: para computar la legítima se atiende al valor de los bienes en la fecha del fallecimiento del causante; pero para su pago, el valor que tuvieren al tiempo de la liquidación. La sentencia del TS-JIB de 10.05.2004 establece que los bienes se deben valorar no en el momento de la interposición de la demanda, sino en la fecha en que se proceda a la adjudicación definitiva, a los efectos del pago de la legítima.

La regla general es el pago de la misma en bienes de la herencia y la excepción es la satisfacción en metálico aunque no lo haya en la herencia, siempre que el testador lo permita, y no haya sido prohibido al heredero distribuidor. La decisión de pago en metálico de la legítima exige una comunicación fehaciente a los legitimarios en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión; y el pago del crédito debe producirse dentro del año siguiente a la misma, si la legítima no es superior a un tercio de la herencia; y en el caso de que lo fuese, en dos años a contar desde la comunicación fehaciente. Transcurridos estos plazos sin haberse efectuado el pago, puede el legitimario reclamarlo judicialmente; pudiendo anotar la demanda en el Registro de la Propiedad. Todos los bienes están afectos al pago de la legítima en metálico, siendo aplicable con relación a terceros lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley hipotecaria.

Intangibilidad cualitativa y cuantitativa de la legítima.

En la CDCIB la regla de la intangibilidad cualitativa se manifiesta en el artículo 49 mediante la llamada Cautela Socini, siendo esta una de las claras diferencias entre nuestro sistema legitimario y el que aparece en el CC. En el plano cuantitativo, al margen de las acciones de petición y división de herencia, y de la promoción del juicio de testamentaría, recogidas en el artículo 47 de la CDCIB, existen las llamadas acciones de defensa de la integridad cuantitativa de la legítima, y si con ello no fuera suficiente el legitimario puede ejercitar acciones de reducción de las donaciones inoficiosas, acciones de suplemento de legítima, la de reducción de legados dirigida contra los legatarios.

La sentencia del TSJIB de 12.03.2003 declara que la acción de suplemento de legítima se transmite a los herederos del legitimario como parte de su patrimonio; y la de 30.01.2009 nos dice que para poder ejercitar la acción de suplemento de legítima no es necesario agregar todas las donaciones colacionables, ya que si no lo hace el actor va en perjuicio suyo y es una carga y no un deber jurídico; el plazo de prescripción de la misma se empieza a contar desde el momento en que se tiene determinado el caudal relicto.

La acción de reducción de donaciones por inoficiosidad no está regulada en la CDCIB, pero existe unanimidad jurisprudencial en entender aplicables supletoriamente las normas del CC (sentencia del TSJIB de 30.01.2009).

Por lo que se refiere a la forma de atribución de la legítima, el actual artículo 48 de la CDCIB establece que: "La institución de heredero, la asignación o distribución de bienes, el legado y la donación a favor de quien resulte ser legitimario implicarán atribución de legítima, aunque no se exprese así".

B2. El heredero distribuidor

Para PASCUAL GONZÁLEZ, al igual que para casi la totalidad de la doctrina, el origen de esta figura es consuetudinario. Por su parte algunas sentencias del Tribunal Supremo, como las de 31.03.1876, 29.01.1883 y 10.12.1931, señalan que deviene de una costumbre catalana. VERGER GARAU opina que la misma tiene claros y abundantes precedentes romanos.

La característica diferenciadora de esta figura de la CDCIB con otras legislaciones que regulan figuras afines a la misma, es que la

persona facultada para realizar la elección o distribución tiene que tener la cualidad de heredero o sucesor del ordenante.

Se regula la institución en los artículos 6, 13, párrafo 5.º, y 18 al 23 del Libro I.

El párrafo 2.º del artículo 18 de la CDCIB establece que, "el encargo comprenderá las facultades de distribución y elección, salvo que la voluntad expresa del testador fuere limitarlo a una sola de ellas".

La figura del heredero distribuidor se produce cuando el testador o donante universal, al que denominaremos ordenante, delega en su heredero o donatario universal, al que denominaremos distribuidor, la facultad de elegir heredero y/o distribuir los bienes adquiridos, libremente o con las condiciones, términos y modos que el ordenante establezca, entre una o varias personas que formen parte de un grupo determinado de parientes bien del propio ordenante y/o distribuidor, a los que denominaremos beneficiarios.

La sentencia de la APIB de fecha 09.05.2000 se planteó la cuestión de si cuando se habla de esta figura se está o no ante un supuesto de sustitución fideicomisaria, y en caso de que la respuesta fuese afirmativa, si la ejecución de la distribución de los bienes chocaba con los límites del artículo 25 de la CDCIB. La sentencia señala que en cuanto a la primera cuestión la jurisprudencia no es unánime, en ocho sentencias del Tribunal Supremo, éste se decanta por alejar la figura objeto de análisis de la sustitución fideicomisaria; añadiendo que el heredero distribuidor no participa de todas las características de la sustitución fideicomisaria, como el no poder detraer la cuarta trebeliánica, y a pesar de la similitud entre ambas instituciones, no que hay una verdadera identidad entre las mismas. De ser la misma institución, el legislador no habría tenido necesidad de regularla explícitamente. Por el contrario, un argumento a favor de tal entendimiento entre ambas instituciones, está en el hecho de que la actual redacción del artículo 18 de la CDCIB fija los mismos límites en cuanto a los llamamientos que se hace en sede de sustitución fideicomisaria.

Por su parte, la doctrina nos dice que el artículo 23 de la CDCIB nos hace ver que la fiducia sucesoria se encuentra en la base de esta institución, aplicándosele los artículos 30 a 35 de la CDCIB, reguladores de la sustitución fideicomisaria, salvo que vayan en contra de los artículos 18 a 23 de la misma.

Para VERGER GARAU, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 23 de la CDCIB, la institución que estudiamos implica un fideicomiso de sustitución, o sea, una sustitución fideicomisaria.

En cuanto a los elementos personales que juegan en esta institución, en principio son tres, el testador o el donante universal, al que denominaremos el ordenante, el heredero o legatario distribuidor y el o los beneficiarios.

a) El ordenante, debe tener vecindad civil mallorquina o menorquina sin olvidar que si tiene la menorquina no puede hacer uso de la facultad a través de la donación universal de bienes presentes y futuros. El posterior cambio de vecindad civil no afecta al nombramiento de heredero distribuidor.

No puede nombrarse heredero distribuidor en codicilo, pero sí que se podrá ordenar en él que el heredero testamentario o ab intestato entregue los bienes de la herencia a otras personas e incluso que puede escoger fideicomisarios, así se deduce de la redacción del artículo 17 de la CDCIB.

El ordenante puede, al nombrar heredero distribuidor, imponerle las condiciones, términos, suspensivos o resolutorios o limitaciones que tenga por conveniente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18, párrafo 3.º, de la CDCIB. También puede poner modos, prohibiciones de disponer a los beneficiarios. Incluso puede facultar al heredero distribuidor para que imponga limitaciones o condiciones. Puede hacer sustituciones con el límite señalado en el artículo 25 de la CDCIB, es decir, en las familiares, a favor personas que no pasen de la segunda generación, sin limitación de número. En las no familiares, dos llamamientos. No hay límite si el llamamiento lo es en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

b) El distribuidor: Será el heredero o el donatario universal, en este último supuesto deberá tener capacidad para contratar, según lo exige el inciso final del párrafo 1.º del artículo 12 de la CDCIB. En cuanto al heredero, su capacidad será la que señala el CC.

¿Puede serlo una persona jurídica? A mi juicio no creo que lo pueda ser, o por lo menos no creo que esta fuese la intención del legislador de la Compilación, para ello basta ver las expresiones "parientes de aquel o del propio distribuidor" que utiliza el artículo 18, párrafo 1.º, de la CDCIB, y "si el distribuidor premuriese" del

artículo 22 de la misma. Argumentos en contra de mi anterior posición serían el que la Compilación no lo prohíbe de forma expresa, por lo cual en caso de nombramiento de heredero distribuidor persona jurídica, la elección o distribución sólo podría hacerse entre parientes del ordenante; pudiéndose interpretar además que el supuesto previsto en el artículo 22 de la CDCIB de premoriencia del distribuidor, se correspondería al caso de disolución o extinción de la persona jurídica designada heredero distribuidor antes del testador u ordenante.

En base a lo establecido en el párrafo 1.º del artículo 18 de la CDCIB, el distribuidor puede ser instituido heredero en pleno dominio de toda la herencia o de una cuota de la misma; también puede ser instituido heredero en el usufructo de todo o parte de los bienes, por lo que se acepta en relación con el distribuidor la institución "ex re certa" del artículo 15 de la CDCIB. A juicio de VERGER GARAU esta facultad también puede concederse al legatario, pero como es natural única y exclusivamente en relación con los bienes legados, y por congruencia la del donatario singular distribuidor.

La aceptación de la herencia o legado lleva implícita la aceptación del encargo de distribución y/o elección, si bien nada impide que pueda renunciarse al cargo, bien de forma expresa, o tácitamente, no cumpliendo el encargo. Lo que no puede hacer el distribuidor es repudiar la herencia o legado y aceptar el cargo.

En cuanto a las facultades del distribuidor, son las siguientes:

Primera: La de elección y/o distribución.

Es la más importante. Está limitada a los parientes bien del propio ordenante o del propio distribuidor, que haya determinado el primero, bien en partes iguales o desiguales e incluso excluyendo a alguno de ellos, y con el respeto de los derechos legitimarios, de quienes lo sean del ordenante.

El distribuidor ha de ejercitar dichas facultades personalmente, pero la ejecución de lo que en uso de las mismas disponga puede encomendarse a otra persona ya que nada impide la posibilidad de utilizar un contador partidor, como así lo admitió la STS de 18.10.1977, o albaceas particulares, para ello basta ver la redacción del inciso final del párrafo 1.º del artículo 19 de la CDCIB.

La facultad de distribución y/o elección se puede ejercer de forma expresa, indicando que se hace uso de la misma, que es lo más

seguro; o de forma tácita, otorgando disposiciones que supongan necesariamente el uso implícito de dicha facultad.

También podrá efectuarse la elección por acto mortis causa, testamento o codicilo, en cuyo caso es revocable; o por acto inter vivos, necesariamente en escritura pública, y en este caso será irrevocable salvo repudiación del beneficiario. El ordenante puede excluir expresamente uno de ambos cauces.

¿En qué plazo debe cumplir el distribuidor la elección o el encargo?

Señala el párrafo 2.º del artículo 19 de la CDCIB que, "cuando el heredero distribuidor tenga el encargo limitado, exclusivamente, a la distribución de los bienes entre los parientes que se señalen en el testamento, la herencia debe deferirse en el plazo señalado por el testador para efectuar la distribución y en su defecto, al tiempo de su muerte. En el caso que tenga facultades de elección o elección y distribución, al mismo tiempo, la herencia no se deferirá a los parientes hasta que quede efectuada definitivamente la elección o distribución".

Por lo tanto, en primer lugar se estará a lo dispuesto por el ordenante. A falta de voluntad expresa es donde surgen las diferencias, ya que si el fideicomiso es sólo de distribución, se deberá hacer en el momento de la muerte del ordenante. En realidad esto no encaja en la normal y concreta voluntad del ordenante, ni siquiera con otras normas de la Compilación que regulan la institución. Si fuese así, que la delación se produjese en el momento del fallecimiento del ordenante a favor de los parientes, presupondría que al fallecer y antes de que el heredero distribuidor haya podido actuar, que éste junto con los parientes designados, sean ya herederos, si es que existen y son capaces de heredar al fallecer el testador. Ello sin perjuicio de entender que el heredero distribuidor legalmente en uso de sus facultades pueda distribuir entre los parientes designados, y sólo los que reciban asignación o atribución serán considerados herederos y los demás no, lo cual es criticable. LLODRÀ GRIMALT entiende que esto puede ser contrario a la finalidad perseguida por la institución, la que pretende retrasar al máximo la delación de los segundos herederos, por lo que entiende que a falta de plazo fijado por el ordenante, se entiende que él da un plazo indeterminado, y que no entra este segundo criterio.

Si el encargo es de elección, o de elección y distribución, el momento de la elección o distribución será todo el tiempo que considere

necesario el distribuidor según la redacción del artículo 19 de la CDCIB.

Nada impide que el heredero distribuidor verifique la distribución en momentos distintos en el tiempo.

Segunda: Pagar las legítimas en metálico.

Ello salvo disposición en contrario del ordenante; teniendo en cuenta que los plazos que señala el artículo 48 de la CDCIB, en el caso de que las legítimas no se hubiesen exigido o satisfecho, no empiezan a contar sino desde el momento de efectuarse la elección o distribución.

Tercera: Derecho de use y disfrute de los bienes objeto de distribución. Así como de sus subrogados y accesiones. Son a su cargo los gastos normales de conservación, en cambio los gastos extraordinarios y refaccionarios serán satisfechos por él pero con cargo a la herencia fideicomitada, según el artículo 32 de la CDCIB.

Cuarta: Actos de disposición.

En cuanto a la posibilidad de que el distribuidor pueda realizar actos de disposición, distinguiremos los siguientes supuestos:

a) Como regla general entiendo que sólo los podrá realizar cuando el ordenante así lo haya dispuesto, salvo que se trate de una distribución en el residuo (artículo 37 CDCIB).

b) Puede realizar aquellas disposiciones que fueran necesarias para satisfacer su legítima y la cuarta trebeliánica, previa notificación a los fideicomisarios conocidos (artículo 33 CDCIB).

c) También puede realizar aquellas disposiciones que fueran necesarias para satisfacer o pagar las legítimas correspondientes a la herencia del ordenante, en los casos en que el distribuidor no esté facultado para pagarlas en metálico; para pagar legados en metálico, deudas y cargas hereditarias, gastos extraordinarios de conservación de los bienes (artículo 33 c) CDCIB).

d) Y puede disponer de cualquier bien con el consentimiento de todos los posibles beneficiarios de la elección, de los legitimarios del ordenante, cuando sus legítimas no hayan sido satisfechas, o con autorización judicial, a salvo el supuesto de que el testador lo hubiera prohibido expresamente.

En el resto de casos no puede el distribuidor disponer de los bienes objeto de distribución.

Quinta: Detracción de la cuarta falcidia y/o de la cuarta trebeliánica.

El distribuidor, cuando es heredero fiduciario, sólo tiene derecho a detraer la cuarta trebeliánica, cuando expresamente estuviese autorizado para ello, según el párrafo 1.º del artículo 23 de la CDCIB, debiendo cumplir con lo establecido en el artículo 29 de la CDCIB. Sólo podrá el heredero distribuidor detraer una cuarta por falcidia y trebeliánica.

Sexta.- Derecho de retención.

El beneficiario, de conformidad con el artículo 36 de la CDCIB, no podrá entrar en posesión de la herencia objeto de elección y/o distribución sin la previa liquidación correspondiente.

Cuáles son sus obligaciones:

El artículo 30 de la CDCIB dispone que el fiduciario, y por lo tanto el heredero distribuidor, está obligado a formalizar inventario, notarial o judicial, de la herencia fideicomitida, salvo dispensa del ordenante, o que sean distribuidores sus hijos y descendientes y que resulten recíprocamente sustituidos. Las garantías para asegurar la restitución de los bienes muebles serán válidas, previo acuerdo entre las partes y a falta del mismo por decisión judicial; en cuanto a los inmuebles, bastará la inscripción de la titularidad del fiduciario sobre los mismos en el Registro de la Propiedad.

Hay que tener en cuenta que en el fideicomiso de residuo la restitución afecta como mínimo a una cuarta parte de los bienes, cuarta inversa, salvo que el testador le hubiere dispensado de tal obligación, según el artículo 37 CDCIB.

c) El beneficiario o beneficiarios: Lo serán el o los parientes, bien del ordenante, bien del distribuidor, que elija este último. Por lo tanto el primer llamamiento más genérico lo hace el ordenante, la función del distribuidor es sólo individualizar o concretar estos beneficiarios, siempre siguiendo las instrucciones del ordenante.

El llamamiento a favor del beneficiario en determinados casos, como en el de premoriencia, se convierte en un llamamiento directo, según determina el artículo 22 de la CDCIB.

Antes de que el distribuidor realice la elección o distribución y de conformidad con lo que dispone el artículo 27 de la CDCIB, los parientes designados por el ordenante nada transmiten a sus propios herederos, por lo tanto hasta este momento tendrán una mera expectativa.

¿Qué sucede en caso de incumplimiento del encargo por parte del heredero distribuidor?

Puede darse el caso de que el nombrado distribuidor incumpla el encargo, bien de forma voluntaria, no hay disposición legal que le obligue a ello; bien de forma involuntaria, a consecuencia de una muerte prematura e inesperada del mismo, o de los beneficiarios. A su vez el incumplimiento del encargo puede ser total o parcial.

Pasemos a examinar las consecuencias derivadas del incumplimiento:

a) Incumplimiento total del encargo.

a1) Por el total incumplimiento propiamente dicho del encargo.

En este supuesto, se estará en primer lugar a lo dispuesto por el ordenante, a falta de previsión se entenderán instituidos por partes iguales aquellos parientes del testador, o del propio distribuidor, que sobreviviendo a él en el caso de que el encargo comporte elección, hubiesen sido determinados individualmente por su nombre o circunstancias, y, en su defecto, los más próximos parientes en grado entre los genéricamente indicados por el testador. En el supuesto de que los citados parientes fueren hijos o sobrinos del causante o del distribuidor, entrarán en lugar del fallecido, aunque hubiere sobrevivido al testador, sus descendientes por estirpes (artículo 20 CDCIB).

a2) Incumplimiento total por premoriencia del distribuidor.

En este supuesto, señala el artículo 22 de la CDCIB que la regla aplicable cuando el primer llamamiento no llega a ser efectivo es considerar herederos directos a los que debían ser llamados en segundo lugar, estableciéndose en base al artículo 26 de la CDCIB una sustitución vulgar a favor de los parientes, entre los que se tenía que verificar la distribución o elección. No procederá en ningún caso la apertura de la sucesión intestada.

La doctrina considera de aplicación la misma solución al supuesto de renuncia o incapacidad del distribuidor, o fallecimiento antes del cumplimiento de la condición suspensiva a la que estaba sujeta su llamamiento, o incumplimiento de la misma.

a3) Total incumplimiento por premoriencia de los beneficiarios.

En este caso se estará a lo dispuesto en el título sucesorio. Consecuencia de lo anterior y en base al artículo 28 de la CDCIB, si el distribuidor es propietario se convertirá en heredero puro, puesto que ha purificado la institución fideicomisaria por carecer de sustitutos. Si es heredero usufructuario, al tener la consideración de heredero "*ex re certa*", también lo adquirirá todo según el artículo 15, párrafo 4.º, de la CDCIB. Si el distribuidor es legatario del usufructo, la herencia sí que pasará a los herederos ab intestato del ordenante, no aplicándosele en este supuesto lo dispuesto en el artículo 15 de la CDCIB.

b) Incumplimiento parcial del encargo.

Dice el artículo 21 de la CDCIB, "En el fideicomiso de distribución los bienes omitidos al hacerse la asignación o distribución serán adquiridos por el pariente o parientes, éstos en partes iguales, a favor de los cuales se hubiera verificado la asignación o la distribución de los otros bienes".

En el fideicomiso de elección, cuando el o los herederos lo sean en cosa cierta, se considerarán legatarios con respecto a ésta y herederos universales, por partes iguales, con respecto a los bienes no distribuidos. Si hay institución conjunta o por grupos o cuotas, se aplica la regla general del acrecimiento del artículo 24 de la CDCIB.

B3. Las disposiciones fiduciarias. El fideicomiso

La sentencia del TSJIB de 28.02.1991 declara lo siguiente: a) que el fiduciario puede ejercitar su derecho de detracción de la cuarta trebeliánica en cualquier momento después de la aceptación de la herencia, y que es un derecho no personalísimo y es transmisible a sus herederos; b) que las mejoras realizadas en los bienes fideicomitidos, atendiendo a los antecedentes legislativos y aplicando supletoriamente las disposiciones del CC, corren a cargo del fideicomisario; y c) que el plazo de treinta días previsto en el artículo 35 de la CDCIB, para la entrega de la posesión de la herencia al fideicomisario, empieza a contarse desde la citación judicial, momento a partir del cual los fiduciarios deben ser considerados como meros detentadores, sin derecho a la percepción de los frutos civiles.

Por su parte, la sentencia del mismo tribunal de 21.05.1993 declara que, en las sustituciones dispuestas para después de la muerte

del fiduciario, su fallecimiento actúa a modo de condición y hasta que no se produzca este fallecimiento no tendrá lugar la entrega de los bienes al fideicomisario. Los sustitutos sujetos a condición adquieren una expectativa de su derecho desde la muerte del testador, pero no adquieren un derecho ni pueden transmitirlo hasta que se cumpla la misma, criterio seguido siempre en Mallorca y en base al cual se modificó el artículo 27 de la CDCIB. El término incierto se equipara a condición, siendo aplicable el artículo 784 del CC. Y por último, que el fiduciario, salvo los supuestos previstos en los artículos 33 y 34 de la CDCIB, carece de poder de disposición, siendo nulos los actos efectuados por el mismo de conformidad con lo que dispone la sentencia del mismo tribunal de 27.07.2009.

La sentencia de 12.03.2003 declara que la finalidad perseguida con esta sustitución es la de que los bienes que conforman el caudal del causante no salgan de la familia.

El artículo 27 de la CDCIB prevé la llamada sustitución fideicomisaria condicional, la cual puede ser familiar o no. A su vez, la primera puede ser "*cum liberis*", "*si sine liberis*" o una combinación de ambas. La sustitución fideicomisaria más utilizada es la familiar "*si sine liberis decesserit*", o hijos puestos en condición, que, según la sentencia del TSJIB de 12.03.2003, tiene la misma estructura que la sustitución fideicomisaria condicional.

El límite de llamamientos en la familiar es de dos generaciones, y en la no familiar, dos llamamientos. Pero no hay limitación de número de llamamientos si son efectuados a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador (artículo 25 CDCIB).

La sustitución fideicomisaria se puede constituir en testamento, en donación universal y en codicilo.

El heredero fiduciario tiene derecho a detraer la cuarta trebeliánica, salvo prohibición del testador, en la cual no se computa la eventual legítima a la que tenga derecho, y conforme a la sentencia del TSJIB de 08.02.2000, se tiene que tener en cuenta a la hora de fijarla, no sólo el valor de los bienes que constituyen el patrimonio fideicomitado en el momento de la muerte del causante, sino también el valor de las mejoras y accesiones incorporadas mientras los bienes estuvieron en posesión del fiduciario; añadiendo además la sentencia del mismo tribunal de 12.03.2003 que la misma se puede detraer por el fiduciario o sus herederos al verificarse la restitución o incluso cuando estén los bienes en posesión

del fiduciario, pudiendo servir el mismo inventario efectuado a la hora de determinar el caudal relicto para calcular el importe de la misma.

El fiduciario tiene derecho al uso y disfrute de los bienes. En cuanto a la facultad de libre disposición, sólo la tiene para satisfacer su legítima y su cuarta trebeliánica, para pagar deudas y cargas de la herencia, legados en metálico y gastos extraordinarios; para hacer disposiciones convenientes, salvo prohibición del testador, con el consentimiento de los fideicomisarios, o del Ministerio Fiscal, si no son conocidos, no comparecen, o no dan su consentimiento unánime; o cuando el testador lo ha autorizado. Tiene el derecho y o deber de liquidar el estado posesorio.

Tiene el deber de aceptar la herencia; hacer inventario de los bienes y prestar garantía; satisfacer legítimas, legados y demás cargas de la herencia; restituir el patrimonio hereditario.

Señala el artículo 26 de la CDCIB que la sustitución fideicomisaria implica siempre la vulgar tácita.

El artículo 37 trata del fideicomiso de residuo, que en Baleares siempre ha sido una verdadera sustitución fideicomisaria, en base a que la potestad dispositiva que tiene el fiduciario afecta al *quantum* de la herencia, que es incierto, pero no a la titularidad jurídica del fiduciario, pues éste conserva el derecho a la cuarta inversa o a lo que quede. Su facultad dispositiva se limita a actos inter vivos y no a los mortis causa, salvo voluntad expresa del testador en contrario. La sentencia del TSJIB de 27.07.2009 señala, en relación con el artículo 37 de la CDCIB, que la exoneración de restituir la cuarta inversa debe ser clara e indubitada al suponer una excepción a la regla general, pudiendo el fiduciario disponer de cualquiera de los bienes que conforman el fideicomiso mientras los tenga en su poder al tener la condición de heredero, pero acreditándose que los mismos superan las tres cuartas partes, pueden resultar ineficaces, en base a que el párrafo 4.º del artículo 37 de la CDCIB impide al fideicomisario impugnar los actos dispositivos hasta que no se hayan concretado los bienes singulares con que se satisface la cuarta inversa.

C) Sucesión contractual

De los diversos pactos sucesorios existentes, los contratos de institución de heredero están reconocidos en Mallorca a través de la donación universal de bienes presentes y futuros, regulada en los

artículos 8 al 13 de la CDCIB; y en Ibiza y Formentera a través de los pactos sucesorios de institución, artículos 72 y siguientes; y los contratos de renuncia de herencia, o "*pacta de non succedendo*", en los artículos 50 y 51, al tratar de la definición; y artículo 77, al regular los "pactos de renuncia".

Cabe plantearse cómo es posible que en una legislación como la balear, en la que el Derecho romano tiene un peso importante, se hayan podido infiltrar este tipo de pactos. PASCUAL GONZÁLEZ formula dos hipótesis, que son:

a) Fueron importadas por los catalanes, nuevos pobladores después de la Conquista, y serían una variante de sus heredamientos.

b) O que sean restos del Derecho consuetudinario propio de las Islas, sirviendo para ello el mismo fundamento utilizado en la opción anterior. Mallorca, hasta la dominación romana, tenía su población aborigen, Roma tuvo dos colonias, Palma y Pollentia, con elementos romanos o latinos; pero en la isla había otras poblaciones que conservaban el Derecho propio. Esta teoría explicaría el porqué la definición existe en Mallorca y no en Catalunya.

Reiteramos lo dicho anteriormente en el sentido de que en Menorca, por aplicación del artículo 65 de la CDCIB, no son aplicables los pactos sucesorios.

Pasamos pues a su estudio.

C1. La donación universal de bienes presentes y futuros

Está regulada en los artículos 8 a 13 de la CDCIB. Cabe plantearse si la donación universal es el único pacto de adquisición hereditaria de posible otorgamiento en el Derecho civil de Mallorca. La sentencia de la APIB de fecha 27.07.1990 así lo considera. Miguel MASOT estima aceptada esta sentencia por los siguientes motivos:

1.º Por la falta de tradición jurídica en las Islas del pacto sucesorio de ordenación de legado, o de atribución de objetos específicos.

2.º Por ser la institución de heredero una institución esencial en el Derecho mallorquín, por lo que no es posible pacto sucesorio sin heredero, de la misma manera que no puede haber testamento sin heredero.

MASOT MIQUEL la define como "un negocio jurídico bilateral, en principio irrevocable, en virtud del cual el donante, a la par que transmite al donatario las cosas y derechos objeto de la donación, le con-

vierte en su sucesor universal". Todas las características contenidas en esta enunciación están recogidas en el artículo 8 de la CDCIB.

Elementos personales.

Son el donante y el donatario. El actual artículo 12 de la CDCIB señala los requisitos de capacidad que deben tener. En cuanto al donante, debe ser de vecindad civil mallorquina, y además debe tener la libre disposición de sus bienes, no pudiéndolas otorgar un menor emancipado. Por lo que se refiere al donatario, basta que tenga la capacidad general para contratar, pudiendo serlo un nasciturus, ya que PASCUAL GONZÁLEZ nos habla de una antigua costumbre en las donaciones universales a favor de los póstumos nacederos, y en especial de que la aceptación de las mismas en nombre de ellos la hacía el mismo notario autorizante del documento, lo que fue admitido por la sentencia de la Audiencia de Palma de 21 de junio de 1898. Pueden serlo las personas jurídicas, incluso en formación, a excepción de las enumeradas en el apartado 2 del artículo 745 del CC.

Donante y donatario deberán concurrir personalmente o por medio de un apoderado con poder especial y no hace falta que donante y donatario tengan vínculos familiares entre sí.

La donación universal podrá otorgarse a favor de uno o varios donatarios, y en este último supuesto de forma simultánea o sucesiva, en cuyo caso no podrán sobrepasarse los límites previstos para la sustitución fideicomisaria. Si la designación es simultánea el donatario que premuera al donante transmitirá, salvo pacto en contrario, a sus herederos todos los derechos adquiridos en virtud de la donación universal.

Elementos reales.

Objeto de la donación universal es el patrimonio del donante, que incluye tanto sus bienes presentes como los futuros, considerados como una universalidad. En el momento de efectuarse la donación, habrá una transmisión anticipada de bienes presentes; pero al producirse el fallecimiento del donante es cuando se produce la "*successio*" o transmisión como universalidad del patrimonio del donante al donatario. Consecuencia de lo anterior es que el donatario no responde de las deudas del donante hasta el fallecimiento del mismo; y que el donante puede seguir adquiriendo

bienes, los denominados bienes futuros, de los que puede disponer incluso a favor de persona distinta al donatario, pero los que no hayan sido dispuestos en el momento de su fallecimiento pasarán al donatario.

En este punto es muy importante fijar el concepto de bienes presentes y bienes futuros.

Con respecto a los "bienes presentes", se transmiten al donatario los bienes presentes incluidos en ella. Esta transmisión puede ser en pleno dominio, o en nuda propiedad, bien porque el donante se ha reservado el usufructo, para sí o su consorte; o porque ha utilizado la fórmula "valedera de presente y efectiva a la muerte del donante, o de éste y su cónyuge". El donante, salvo pacto expreso de reserva de disposición o reversional, pierde la disposición de los bienes presentes donados, que pasa al donatario y con relación a ellos la donación es ya irrevocable, a salvo las excepciones que más adelante se dirán. Por último, cabe preguntarnos si es posible una donación universal sin transmisión de bienes presentes, entiendo que no, debido a los términos claros del párrafo 1.º del artículo 8 de la CDCIB, que atribuye al donatario la cualidad de heredero contractual del donante y además le transmite los bienes presentes "incluidos" en ella. No afectando, según el párrafo 1.º del artículo 11 de la CDCIB, a la universalidad de la donación la exclusión de determinados bienes presentes.

En cuanto a los "bienes futuros", son, según el párrafo 2.º del artículo 9, los bienes que obtenga el donante después del otorgamiento de la donación, que se conserven en su patrimonio al tiempo de su muerte sin haber dispuesto *mortis causa* de ellos, los cuales serán adquiridos en dicho momento por el donatario como heredero suyo. Una vez fijado el concepto de bienes futuros, hemos de entrar en el estudio de los posibles modos de disposición de los mismos por parte del donante.

a) Disposición por actos inter vivos: De la redacción del párrafo 2.º del artículo 11 de la CDCIB será válida la disposición de bienes futuros hecha por el donante por acto inter vivos, tanto a título oneroso como gratuito.

b) Disposición por actos *mortis causa*: La respuesta tiene que ser negativa, salvo que el donante se haya reservado esta posibilidad en el contrato de donación universal, si bien FERRER VANRELL opina lo contrario.

Elementos formales.

El artículo 12 de la CDCIB exige que estas donaciones se formalicen en escritura pública.

Efectos de la donación universal.

A la hora de estudiarlos hay que distinguir el doble aspecto de las mismas, como contrato y como pacto sucesorio.

Como contrato.

a1) Se transmiten los bienes presentes incluidos en la donación del donante al donatario (artículo 8, párrafo 1.º, CDCIB).

a2) Se atribuyen al donatario los bienes futuros del donante (artículo 9, párrafo 2.º, CDCIB).

a3) La donación es irrevocable. Salvo las siguientes excepciones (artículo 8, párrafo 2.º, de la CDCIB):

1. La condena en juicio penal por sentencia firme por haber atentado contra la vida o causado lesiones graves al donante, cónyuge, pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes (artículo 7 bis a) CDCIB).

2. La condena en juicio penal por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad sexual si el ofendido es el donante o alguna de las personas con él mismo relacionadas indicadas anteriormente (artículo 7 bis b) CDCIB).

3. Incumplimiento de cargas.

4. Cometer algún delito el donatario contra la persona, honor o bienes del donante (artículo 648 1.º CC).

5. Imputar el donatario al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimiento de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se haya cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o hijos constituidos bajo su autoridad (artículo 648 2 CC).

6. Negar el donatario al donante indebidamente los alimentos (artículo 648, 3.º CC).

7. Incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales.

8. Anulación del matrimonio si el donatario ha obrado de mala fe.

9. Separación.

10. Divorcio.

Como es lógico, las causas indicadas con los números 7 a 10 hay que entenderlas referidas exclusivamente a las donaciones universales entre cónyuges.

11. El mutuo disenso o retrodonación, supuesto previsto en el artículo 8 de la CDCIB, al decir que la donación universal puede dejarse sin efecto o modificarse por acuerdo entre el donante y el donatario, o de los herederos de éste, consignado en escritura pública.

La sentencia del TSJIB de 28.09.2001 nos dice que una característica esencial de esta figura es su carácter irrevocable, lo cual está recogido en el artículo 8 de la CDCIB, salvo casos de ingratitud o de incumplimiento de cargas, tal como señala la sentencia de 28.09.1990, que niega la consideración de carga a la reserva por parte del donante del usufructo vitalicio de los bienes donados por cuanto no supone una obligación que sujete al beneficiario de una atribución a título gratuito a realizar una determinada prestación, positiva o negativa, real o personal, a favor del propio disponente o de un tercero.

Por contra, no producen su revocación, ni la premoriencia del donatario, quien transmitirá, salvo pacto en contrario, a sus herederos todos los derechos adquiridos en virtud de la donación universal; ni la preterición de un heredero forzoso del donante, sin perjuicio de que los preteridos puedan reclamar su legítima.

Como pacto sucesorio.

b1) Atribuye al donatario la cualidad de heredero universal del donante. Así lo entiende también la sentencia del TSJIB de 05.12.1995.

b2) Supone la imposibilidad de efectuar una nueva institución de heredero a favor de otra persona. Establece el artículo 10 de la CDCIB que el heredero llamado en testamento otorgado con posterioridad a la donación tendrá el carácter de instituido en cosa cierta y determinada y será considerado como legatario.

b3) Quedan revocados los testamentos anteriores y se condiciona la eficacia de los posteriores. Los cuales sólo serán eficaces en cuanto a la disposición de bienes excluidos de la donación.

b4) No es necesario aceptar la herencia del donante una vez fallecido. Sin que pueda repudiar la herencia del donante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la CDCIB. El donatario no puede hacer uso del derecho de deliberar, pero sí del beneficio

de inventario (artículo 8 CDCIB). Tampoco puede detraer la cuarta falcidia, salvo pacto expreso en contra.

b5) Es incompatible la sucesión contractual con la intestada (artículo 7 CDCIB). Al donatario corresponden las porciones vacantes dejadas por el causante, sin poder acudir, con respecto a las mismas, a la sucesión intestada.

Pactos que se pueden incluir dentro de una donación universal.

Establece el artículo 13 de la CDCIB que: "En la donación universal podrán establecerse limitaciones, condiciones y sustituciones conforme a lo preceptuado en la sucesión testada".

Pasemos a estudiar los pactos más frecuentes que se suelen convenir en una donación universal:

a) El de reserva del usufructo a favor del donante, o de éste y su consorte, mediante la fórmula sacramental, "valedera de presente y efectiva a la muerte del donante, o de éste y su cónyuge".

b) El de reservarse el donante la facultad de disponer de algunos bienes donados o de gravarlos.

c) El de reserva de la facultad de disposición de los bienes futuros.

d) Pacto de reversión de los bienes donados a favor del donante.

De conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 13 de la CDCIB, en las donaciones universales podrán efectuarse nombramientos o encargos relativos a la sucesión del donante, "con la misma amplitud y eficacia que en las disposiciones del última voluntad"; como el nombramiento de albaceas o de tutores.

Limitaciones de las donaciones universales.

Deben respetarse los derechos de los legitimarios del donante y si la donación hubiere de tener efectividad en vida del donante, deberá éste reservarse, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias, ello según el párrafo 4.º del artículo 13 de la CDCIB.

Por último, la sentencia del TSJIB de 28.09.2001 nos dice que no es requisito esencial de la institución su efectividad a la muerte del donante.

C2. La definición

Está desarrollada en los artículos 50 y 51 del libro I de la CDCIB,

y no es una figura aplicable a la Isla de Menorca, en base al artículo 65 de la propia CDCIB.

Ámbito de aplicación personal.

El artículo 50 de la CDCIB indica que, "Por el pacto sucesorio conocido por definición, los descendientes, legitimarios y emancipados, pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad civil mallorquina, en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que de éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad... el cambio de vecindad civil no afectará a la validez de la definición...".

Por lo tanto, en este punto las conclusiones son las siguientes:

1.^a Sólo se tiene en cuenta la vecindad civil del ascendiente, que deberá ser necesariamente la mallorquina, ibicenca o formenterense.

2.^a Si después de formalizarse la definición el ascendiente pierde la vecindad civil, la definición es válida, por aplicación del CC.

Para que se dé la figura de la definición es necesaria la concurrencia de dos negocios jurídicos:

1.^o Un negocio dispositivo a título gratuito, donación, atribución o compensación, efectuada por un ascendiente y que tiene como destinatario o beneficiario un descendiente legitimario emancipado, produciendo un resultado económico que será el correspondiente enriquecimiento-empobrecimiento entre los patrimonios puestos en relación.

2.^o Un negocio jurídico unilateral efectuado por el descendiente legitimario emancipado, en virtud del cual y en contemplación a la atribución gratuita efectuada por el ascendiente, renuncia o define sus derechos sucesorios en la sucesión de dicho ascendiente. Este negocio será irrevocable una vez efectuado.

Estos dos negocios jurídicos no requieren una unidad de acto, sino que se contemplan como dos negocios independientes, incluso puede haber atribución sin renuncia y por lo tanto no se darán los presupuestos necesarios para la definición; en cambio lo que no puede haber es renuncia sin atribución.

FERRER VANRELL considera que en la definición no nos encontramos ante un verdadero pacto sucesorio, sino ante otro tipo negocial, sería un negocio jurídico bilateral, recepticio, atributivo y causal,

en cambio la renuncia es un negocio jurídico unilateral, abstracto, dispositivo pero no atributivo. En contra de esta postura se encuentra Jaime FERRER PONS, para el cual tales actos de disposición constituyen verdaderas modalidades de pactos sucesorios, ya que se trata de dos actos mutuamente condicionados, para la eficacia de los cuales y de cada uno en particular, se requiere la intervención de ambas partes, y precisamente porque ambos actos se realizan en atención a los efectos extintivos del derecho a la legítima, se produce este último efecto. Como consecuencia de considerarlo un pacto sucesorio, también tiene, a su juicio, la definición las siguientes características:

Es un contrato voluntario, los padres no pueden exigir al hijo que la donación por ellos efectuada sea recibida como anticipo de su legítima; y los descendientes no pueden obligar a sus ascendientes a que les efectúen una donación como anticipo de la misma. Es un negocio consensual. Es un contrato aleatorio, en especial cuando la definición es amplia, es decir, que afecta a todos los derechos sucesorios. Es un contrato sobre la herencia futura, irrevocable, salvo acuerdo entre las partes, y oneroso, las SS del TSJIB de 28.05.1992 y 28.12.2001 recalcan este último carácter.

Yo me inclino claramente a favor de considerar a la "definición" como un pacto sucesorio, y ello en base a que considero que en la misma existe un negocio jurídico de atribución patrimonial, efectuado por el ascendiente que con total seguridad lo condicionará al otorgamiento de la definición por parte del descendiente, ya que si éste no define aquél no atribuye patrimonialmente; y por el contrario, el descendiente no definirá si no recibe la atribución patrimonial, es decir, que están ambos recíprocamente condicionados.

Elementos personales, son dos, a saber:

a) Los descendientes, legitimarios y emancipados.

En la expresión "descendientes" se comprenden tanto los hijos matrimoniales como los extramatrimoniales y los adoptivos. En lo que se refiere a los "legitimarios", será necesario que el descendiente al tiempo de otorgarse la definición sea posible legitimario del ascendiente (nieto, en el supuesto de premoriencia de su padre, en relación a la herencia de su abuelo).

b) Los ascendientes.

En dicha expresión se comprenden los matrimoniales como los

no matrimoniales y los adoptivos. En cuanto a su capacidad, debe ser la capacidad general exigida para efectuar actos de disposición.

Al no considerarse a la definición como un acto personalísimo, no hay inconveniente en que se pueda formalizar por medio de mandatario con poder especial.

Elementos reales.

La definición se otorga en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que los descendientes reciben o han recibido ya de sus ascendientes.

¿Existen límites a esta donación, atribución o compensación? A falta de regulación expresa en la CDCIB, hemos de acudir a lo que establece el CC en sus artículos 634 a 636, en el sentido de que la donación puede comprender todos los bienes presentes del donante o sólo parte de ellos, con tal que se reserve en pleno dominio o en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias; que no pueden ser objeto de donación bienes futuros; y por último, que nadie puede dar ni recibir por vía de donación más de lo que pueda dar o recibir por vía de testamento.

Elementos formales.

Establece la CDCIB que deberá formalizarse en documento público, requisito *ad solemnitatem*.

En cuanto a las modalidades de definición, distinguiremos:

- a) Por su extensión, puede ser
 - a1) Limitada: en este caso se entiende renunciada sólo a legítima y siempre será así, si no se dice lo contrario.
 - a2) Amplia: en este caso se entienden renunciados todos los derechos hereditarios, incluidos los legitimarios.
- b) Por el momento de formalizarse la definición:
 - b1) Será de presente cuando coinciden en el tiempo el negocio jurídico de atribución patrimonial con la definición.
 - b2) Será de pasado cuando la definición se otorga en contemplación de uno o unos negocios jurídicos de atribución patrimonial que se hayan efectuado con anterioridad a la misma.

Por lo que se refiere a los efectos de la misma, vienen regulados en el artículo 51 de la CDCIB, el cual los distingue según el ascendiente haya fallecido testado o intestado:

- a) Sucesión testada: En el supuesto de que el ascendiente fa-

lleciese con testamento válido, la definición otorgada por el descendiente deja sin efecto cualquier disposición relativa a la legítima del mismo, sea cual fuere la fecha del testamento. Con relación a las otras disposiciones testamentarias, que haya podido establecer el ascendiente en favor del descendiente que ha definido, si la definición de este último está limitada a la legítima, son válidos la institución de heredero y el legado con cargo a la porción libre, sea cual fuera la fecha del testamento; si la definición se hace extensiva a todos sus derechos sucesorios, quedará sin efecto toda disposición patrimonial contenida en testamento de fecha anterior a la definición, sin que entre en juego la sustitución vulgar, salvo la dispuesta a favor de descendientes del renunciante que fuere hijo único; siendo por el contrario válidas las ordenadas en testamento de fecha posterior.

b) Sucesión intestada: Si la definición efectuada por el descendiente se hubiere limitado a la legítima, éste será llamado como heredero; pero si su definición se hubiese extendido a todos los derechos sucesorios, no será llamado nunca; sí lo serán sus descendientes, salvo que del pacto resulte expresamente lo contrario o existan otros descendientes no renunciantes o estirpes de ellos.

Hay una serie de cuestiones a plantearse en cuanto a los efectos de la definición, y que paso a enumerar.

1. ¿Es irrevocable la definición? En principio, sólo de común acuerdo entre ambas partes se podrá dejar sin efecto la misma; pero hay excepciones, ya que parecen aceptables en principio las causas de revocación de las donaciones por ingratitud, señaladas en el CC. En cuanto a la revocación por incumplimiento de cargas, Jaime FERRER opina que esta causa de revocación no debe ser excluida, si bien personalmente creo que deben matizarse los supuestos de incumplimiento de cargas y ponerlos además en relación a la extensión de la definición.

2. ¿Qué sucede con la cuota renunciada por el descendiente que ha definido? Pues que acrece a la herencia.

3. La falta de mención en el testamento de los ascendientes de los descendientes que han definido, ¿provoca de preterición de los mismos? Esta cuestión no está regulada en la CDCIB, si bien tanto la doctrina como la sentencia del TSJIB de 20.12.2001 se decantan abiertamente por la solución negativa.

4. ¿Es aplicable la reversión del artículo 812 del Código Civil? La sentencia del TSJIB de fecha 28 de mayo de 1992 así lo considera.

5. El descendiente que ha definido, ¿debe computar lo recibido y en su caso reducir la liberalidad? Así parece ordenarlo el último párrafo del artículo 50 de la CDCIB al decir que “al fallecimiento del causante se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 47, a efecto de fijación de la legítima”, el cual indica que, “al valor líquido así determinado, se añadirá el de las liberalidades computables, por el que tenían al ocurrir el fallecimiento, previa deducción de las mejoras útiles y de los gastos extraordinarios de conservación o reparación, costeados por el beneficiario y con agregación del importe de los deterioros causados por culpa del mismo que hubieran disminuido su valor”.

6. ¿Cuándo se entiende perfeccionada la definición? En el momento de la firma de la escritura.

D) Sucesión intestada

Por lo que se refiere a la sucesión intestada, el artículo 53 de la CDCIB nos remite al CC, salvo lo que disponen los artículos 45 y 51 de la CDCIB, el primero de los cuales declara legitimario al cónyuge no separado de hecho ni por sentencia firme al morir el consorte, y al cónyuge separado por causa imputable al mismo, siendo la cuantía de dicha legítima el usufructo de la mitad del haber hereditario, si concurre con descendientes; de dos tercios si concurre con los padres; y en los demás el usufructo será universal; y el segundo hace referencia a los efectos de la definición en caso de que el ascendiente hubiese fallecido intestado, antes vistos. Ello sin olvidar que la Ley de Parejas Estables señala que la pareja estable tiene los mismos derechos sucesorios intestados respecto de la herencia del conviviente fallecido, que la CDCIB atribuye al cónyuge viudo.

Por último, no hay que olvidar que según la Disposición Final Segunda de la Compilación, “Las remisiones que hace esta Compilación a las disposiciones del Código Civil se entienden hechas en la redacción vigente a la entrada en vigor de esta Ley”.

II. IBIZA Y FORMENTERA

La materia sucesoria está regulada en el Libro III de la CDCIB, artículos 69 a 84, y de la cual podemos entresacar las siguientes conclusiones:

A) La sucesión se difiere por testamento, por pacto o por disposición de la Ley.

B) Que el testamento y el pacto sucesorio serán válidos aunque no contengan institución de heredero.

C) La necesidad de universalidad de la institución de heredero para la validez del testamento o del pacto.

D) La compatibilidad entre la sucesión testada y la contractual, en base al artículo 70, párrafo 2.º, de la CDCIB; entre la sucesión testada e intestada, artículos 69-2.º y 84-1.º de la CDCIB; y entre la sucesión contractual y la intestada, prevista en el artículo 69-2.º de la CDCIB.

No rigen en Ibiza ni en Formentera ni el "*semel heres semper heres*", ni el "*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*".

Además, la sucesión contractual es mucho más rica que en Mallorca, ya que se admiten muchas modalidades de pactos sucesorios.

A) Sucesión testada

En la sucesión testada y según lo que dispone el artículo 70 de la CDCIB, rigen las disposiciones del CC, salvo las excepciones previstas en el Libro III. Siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 52 del Libro I de la CDCIB sobre los casos en que es necesaria la presencia de testigos en los testamentos. El testamento queda revocado por el otorgamiento de otro posterior, o de un pacto sucesorio válido, salvo que en ellos se dispusiese que aquél subsista en todo o en parte.

A1) Sistema legitimario

Se encuentra regulada la materia en los artículos 79 a 83, a los que hay que añadir también como consecuencia de la Ley 3/2009, de 27 de abril, el artículo 69 bis.

En cuanto a su naturaleza jurídica, es una "*pars valoris bonorum*", y así lo entienden las sentencias de la APIB de 24.09.2001 y de 21.11.2001. Si bien es cierto que por un error producido por la aprobación de enmiendas al proyecto de ley de reforma de la Compilación, sin que se reformara consecuentemente la exposición de motivos de la misma, figura como "*pars valoris qua in specie heres solvere debet*". En base a lo señalado en el artículo 82,1 de la CDCIB, la legítima se conforma por una deuda de valor que tanto puede

ser satisfecha en bienes como en metálico, pero no necesariamente en bienes o metálico de la herencia. Así, en cuanto a los bienes, resulta manifiesto que podrá pagarse la legítima con bienes extrahereditarios (artículo 81,1 CDCIB), y en lo que se refiere al metálico, el mismo artículo establece que la legítima se podrá pagar “en dinero, aunque no lo hubiere en la herencia, salvo disposición en contrario del testador o del instituyente”.

Lo anterior tiene como consecuencia que el legitimario no juega papel alguno a la hora de la partición de la herencia, pues es titular de un mero derecho de crédito por el importe del valor de una parte del haber hereditario. El heredero o sucesor contractual puede, sin intervención de los legitimarios, aceptar la herencia, inscribir los bienes recibidos en los Registros públicos y venderlos o gravarlos por cualquier título; ello sin perjuicio de la afección real legitimaria que se articula a través de la mención del artículo 15 LH, al que implícitamente remite el artículo 81.2 de la CDCIB.

La legítima puede ser atribuida por vía de heredamiento, por delegación de facultades en el cónyuge (fiducia sucesoria); por vía de donación, con o sin definición; por testamento, vía legado o institución de heredero, en bienes o en metálico.

Son legitimarios, según el artículo 79 de la CDCIB, en primer lugar los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales y los adoptivos, su legítima está constituida por la tercera parte del haber hereditario, si fueren cuatro o menos, y por la mitad de la herencia si excediesen de ese número. La legítima renunciada y finiquitada acrece al heredero (artículo 77, párrafo 2.º, CDCIB).

Son legitimarios, en segundo lugar, los padres, por naturaleza y adopción, cuya legítima se regirá por los artículos del CC, en cuanto no contradigan lo preceptuado en la propia CDCIB; es decir, su importe será la mitad del haber hereditario; y de un tercio si concurre con el cónyuge viudo del causante, pero al no ser el cónyuge viudo legitimario en Ibiza y Formentera obliga a entender que siempre será la legítima de los ascendientes de la mitad del haber hereditario.

¿Cuál es la posición del cónyuge viudo? El artículo 79 de la CDCIB no lo menciona, por lo tanto, no es legitimario. Consecuencia de lo anterior tampoco el sobreviviente de una pareja estable tendrá derecho legitimario alguno en la herencia de sobreviviente.

La única regla de cálculo de la legítima es la contenida en el artículo 81.4 de la CDCIB, al decir que el importe de la legítima, fijado a la muerte del causante, variará según las alteraciones intrínsecas del valor de los bienes de la herencia hasta el momento de efectuarse su pago. La legítima devengará el interés legal de su importe desde la muerte del causante, aunque el pago se efectúe en bienes hereditarios, y el legitimario favorecido hará suyos, en lugar de los intereses, los frutos o rentas que la cosa produzca a partir de la muerte del causante, salvo que viva en la casa y compañía del heredero o usufructuario universal y a sus expensas, en que la legítima aún no satisfecha no devengará intereses ni frutos, en su caso.

A2) La fiducia sucesoria

Regulada en el artículo 71 de la CDCIB, puede ser ordenada por el testador, heredante, o simplemente el otorgante de una escritura; siendo el ejecutor de su encargo su consorte; y los destinatarios los descendientes comunes del matrimonio. El cargo es gratuito, temporal y personalísimo, siendo sus facultades las de elección o designación del o de los herederos del causante; distribución de los bienes y la fijación de limitaciones, condiciones, fideicomisos, señalamiento y pago de legítimas.

La fiducia se puede constituir en escritura pública, bien de espòlits, de heredamiento o en cualquier otra clase, o en testamento; y la ejecución del encargo puede ser hecha en testamento o en escritura pública.

Mientras el cónyuge no ha ejercitado las facultades conferidas, tienen los descendientes comunes un derecho expectante, que devendrá definitivo si el cónyuge cumple su encargo, y si lo incumple, y a falta de previsión en el documento donde se constituyó la fiducia, parece que deberá entrar en juego el mecanismo de la sucesión intestada.

El conviviente se asimila al consorte si se ordena la fiducia en testamento, en pacto sucesorio, o en cualquier otra escritura, excepto en espòlits, ya que ellos traen su causa de la celebración de un matrimonio.

B) Pactos sucesorios

Históricamente estos pactos sucesorios eran denominados genéricamente "heredamientos", normalmente se convenían en escritura

de *espòlits*, es decir, con ocasión del matrimonio se otorgaban capítulos cuyo contenido podía ser sucesorio. Pero en la actualidad y en base a la legislación vigente, ni todos los pactos sucesorios pueden englobarse bajo la denominación genérica de “heredamientos”, ni necesariamente han de convenirse en una escritura de “*espòlits*”.

La CDICB dedica los artículos 72 a 77 a esta materia, que arrancan de la distinción entre pactos de institución y pactos de renuncia. En los primeros no es necesario parentesco entre instituyente e instituido. Ambos tipos de pactos deben otorgarse en escritura pública; si ésta fuese de “*espòlits*” habrá de combinarse con las normas del régimen matrimonial paccionado; y el contenido del pacto sucesorio es amplio, todo ello en base al artículo 72 de la CDCIB.

En cuanto a los tipos de pactos sucesorios afirmativos o de institución (heredamientos), pueden ser capitulares, convenidos en “*espòlits*”, o no capitulares, convenidos fuera de “*espòlits*”. Pueden ser heredamientos a favor de los hijos nacederos, a favor de los contrayentes; o recíprocos entre los contrayentes. También caben pactos sucesorios a favor de otras personas diferentes de las reseñadas, siempre que se respetasen los derechos de los legitimarios. Y por último, puede haber pactos sucesorios sin transmisión de la propiedad actual de los bienes, como el heredamiento a favor de hijos nacederos, o con transmisión de la propiedad actual de los bienes.

Por lo que se refiere a los pactos renunciativos, están regulados en el artículo 77 de la CDCIB, que en realidad no es más que una definición a la “*ibicenca*”, si bien se diferencian en el hecho de que en Mallorca se estudian en sede de legítimas, y en Ibiza y Formentera, en sede de los contratos sucesorios; el renunciante tiene que ser mayor de edad, además de descendiente legítimo, y el aceptante puede ser el ascendiente futuro causante, pero también el heredero contractual del mismo. Por último, el finiquito puede ser total, es decir, a todos los bienes presentes y futuros del donante, bien a favor del padre o madre futuro causante, que lo hace casi idéntico a la definición; pero que también puede serlo a favor del heredero contractual o donatario universal del futuro causante. El finiquito parcial se otorga sólo en relación a bienes presentes, concretos y determinados, con respecto a los cuales se levanta la afección real que la legítima implica, subsistiendo la misma sobre los bienes futuros. En lo no convenido por las partes será de aplicación la regulación de

la definición en cuanto sea compatible con la función y significado usuales en Eivissa y Formentera.

C) Sucesión intestada

Señala el artículo 84 de la CDCIB, único precepto destinado a la materia, que la sucesión intestada se rige por las normas del CC. No obstante lo anterior, el cónyuge viudo adquirirá libre de fianza, en la sucesión del consorte difunto, el usufructo de la mitad de la herencia, si concurre con descendientes, y de dos tercios si concurre con ascendientes.

Este artículo es una novedad de la reforma de 1990, ya que en su redacción originaria la CDCIB no hacía referencia alguna a la sucesión intestada en estas islas, siendo aplicables a las mismas las disposiciones del CC.

EL LEGADO DE CRÉDITO

(Segunda parte) (*)

Juan-Faustino Domínguez Reyes
Doctor en Derecho

Para Carmen, mi esposa.

SUMARIO

ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN

Capítulo primero. PRESUPUESTOS DEL LEGADO DE CRÉDITO

- 1.1. PRESUPUESTOS SUSTANTIVOS
 - 1.1.1. Estudio de los artículos 870 y 871 del Código Civil
 - 1.1.2. Antecedentes históricos
 - 1.1.3. Concepto y naturaleza jurídica
 - 1.1.4. Distinción con otras figuras afines: el legado de liberación o perdón, el legado de deuda y el reconocimiento de deuda
- 1.2. EL LEGADO DE CRÉDITO EN EL DERECHO COMPARADO
 - 1.2.1. El párrafo 2173 del Código Civil alemán
 - 1.2.2. Los artículos 1014 y 1015 del Código Civil francés
 - 1.2.3. El artículo 658 del Código Civil italiano de 1942
- 1.3. LOS SUJETOS DEL LEGADO DE CRÉDITO

(*) Publicamos en este número de la Revista la segunda parte de este trabajo (capítulos segundo, tercero y cuarto, índice de sentencias civil y registral, y bibliografía); la primera parte (capítulo primero) la hemos publicado en el número 81.

- 1.3.1. El acreedor testamentario: consideraciones generales
- 1.3.2. El heredero y sus obligaciones: el artículo 870, párrafo 2.º, del Código Civil
- 1.3.3. El prelegado. La posibilidad de que el heredero sea al mismo tiempo legatario de crédito: planteamiento histórico y sustantivo
 - 1.3.3.1. Planteamiento histórico
 - 1.3.3.2. El artículo 890, párrafo 2.º, del Código Civil
- 1.3.4. El legatario o el beneficiario del legado de crédito
- 1.3.5. El legado modal: consideraciones previas y antecedentes históricos
 - 1.3.5.1. Consideraciones previas
 - 1.3.5.2. Antecedentes históricos
- 1.3.6. El modo: la posibilidad de que el legado de crédito pueda ser otorgado bajo cláusula modal
- 1.3.7. El sublegado: la posibilidad de que el testador grave al legatario de crédito en beneficio de un tercero
 - 1.3.7.1. El artículo 858 del Código Civil
 - 1.3.7.2. Naturaleza jurídica
- 1.3.8. El deudor en un legado de crédito
- 1.3.9. Conclusión

Capítulo segundo. EL OBJETO DEL LEGADO DE CRÉDITO

- 2.1. EL CRÉDITO COMO RELACIÓN JURÍDICA OBJETO DE TRANSMISIÓN
 - 2.1.1. Previo
 - 2.1.2. Planteamiento histórico y sustantivo del crédito
 - 2.1.2.1. Síntesis histórica
 - 2.1.2.2. El objeto de la transmisión: el crédito
 - 2.1.3. Los intereses: delimitación conceptual
 - 2.1.3.1. Concepto
 - 2.1.3.2. Naturaleza jurídica
 - 2.1.4. La facultad de disponer por causa de muerte
 - 2.1.4.1. El crédito propio del testador (artículos 870 y 882 del Código Civil)
 - 2.1.4.2. El crédito ajeno: el legado de cosa ajena (artículos 860 y 861 del Código Civil)

Capítulo tercero. EFECTOS DE LOS DERECHOS INCORPORALES EN EL LEGADO DE CRÉDITO

- 3.1. LOS EFECTOS DEL LEGADO ENTRE PARTES Y FRENTE A TERCEROS
 - 3.1.1. El legado surte efectos en el todo o en la parte del crédito más los intereses debidos al tiempo del fallecimiento del testador
 - 3.1.2. La caducidad *versus* la revocación del legado de crédito

- 3.1.3. Los efectos frente a terceros en el legado de crédito

Capítulo cuarto. EL LEGADO DE CRÉDITO EN EL DERECHO FORAL

- 4.1. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 427-31 DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA
- 4.1.1. El artículo 427-31 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las Sucesiones: aspectos generales
 - 4.1.2. El crédito propio del testador
 - 4.1.3. La obligación del heredero respecto del legado de crédito
 - 4.1.4. La revocación del legado de crédito

ÍNDICE DE SENTENCIAS CIVIL Y REGISTRAL

BIBLIOGRAFÍA

ABREVIATURAS

AAMN	Anuario de la Academia Matritense del Notariado.
AC	Actualidad Civil.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
ADGRN	Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
AHDE	Anuario de Historia del Derecho español.
AP	Audiencia Provincial.
Art. (s)	Artículo (s).
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán).
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CCom.	Código de Comercio.
CC	Código Civil.
CCC	Código Civil de Cataluña.
CCJC	Cuaderno Civitas de Jurisprudencia civil.
CE	Constitución Española.

D	Digesto.
DI	Digesto italiano.
Dto. L	Decreto Ley.
EDJ	El derecho jurisprudencia.
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica.
EJE	Enciclopedia Jurídica Española.
JUR	Jurisprudencia de TSJ y AP.
LEC	Ley de Enjuiciamiento civil.
LH	Ley Hipotecaria.
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica.
P.	Partidas del Rey Alfonso X, El Sabio.
Pág. (s)	Página (s).
R (s)	Resolución (s).
RA	Repertorio Aranzadi.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RD	Real Decreto.
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
RDCA	Revista de Derecho Civil Aragonés.
RDEA	Revista de Derecho Español y Americano.
RDM	Revista de Derecho Mercantil.
RDN	Revista de Derecho Notarial.
RDPatrimonial	Revista de Derecho Patrimonial.
RDP	Revista de Derecho Privado.
REJES	Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales.
RGD	Revista General de Derecho.
RGDR	Revista General de Derecho romano.
RGLJ	Revista general de Legislación y Jurisprudencia.
RH	Reglamento Hipotecario.
RJC	Revista Jurídica de Cataluña.
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado.
S.	Sentencia (s).
SEDH	Studia et documenta historiae et iuris.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.

Capítulo segundo

EL OBJETO DEL LEGADO DE CRÉDITO

2.1. EL CRÉDITO COMO RELACIÓN JURÍDICA OBJETO DE TRANSMISIÓN

2.1.1. PREVIO

Nuestro Código Civil no nos proporciona un concepto de crédito, posiblemente, por su relación con el préstamo (art. 1740, 1753 a 1757 del CC), préstamo simple, préstamo de consumo o mutuo. Tampoco aportan un concepto de crédito los arts. 311 y 312 del Código de Comercio, salvo algunas leyes especiales, como es el caso de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario (197), la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicio de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (198) y la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (199).

(197) La Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, posteriormente modificado por los RRDD 1623/1985, de 28 de agosto, y 1289/1991, de 2 de agosto, últimamente, el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril. En su disposición derogatoria única deja expresamente derogado el Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, como todas las disposiciones de igual o inferior rango. Queremos destacar, no obstante, que la mencionada Ley 2/1981, empleaba indistintamente las expresiones crédito y préstamo.

(198) BOE núm. 79, de 1 de abril. Sin embargo, la protección de los consumidores y usuarios tenía un régimen jurídico específico en la derogada Ley de crédito al consumo, que surgió por la transposición de la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, posteriormente modificada por la Directiva 90/88/CEE, del Consejo, de 22 de febrero de 1990, y por la Directiva 98/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998. La Directiva 87/102/CEE, en su art. 1.º, 2.c) proporciona un concepto de crédito: “aquel mediante el cual un prestamista concede o promete conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo o cualquier otra facilidad de pago”; pero nuestro legislador no asumió dicho concepto, sino que optó por una concepción objetiva, amplia y descriptiva cuyo objetivo es la protección del consumidor.

(199) BOE núm. 151, de 25 de julio de 2011.

La Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los distintos Estados miembros en materia de crédito al consumo, que por transposición incorporó a nuestro Derecho interno la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo. Ley que hasta el pasado 25 de junio de 2011 (fecha de su derogación), tenía por cometido la "modulación del régimen de perfeccionamiento, eficacia y ejecución de los contratos en materias reguladas por los Códigos civil y de comercio y por la Ley de venta a plazos de bienes muebles". Pero existiendo diferencias legislativas en el ámbito del crédito, además de la protección a los consumidores, se dicta la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, y, en su lugar, se traspone la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que tiene por objeto incorporar al ordenamiento jurídico interno la referida Directiva 2008/48/CE y que deroga la Ley 7/1995, de 3 de marzo, de crédito al consumo.

La derogada Ley de crédito al consumo, en su art. 1.º,1, bajo el epígrafe: ámbito de aplicación, presenta un concepto amplio y descriptivo de los supuestos aplicables: "crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación". La vigente Ley 16/2011, de 24 de junio, sigue el mismo criterio, disponiendo en su art. 1.º,1: "Por el contrato de crédito al consumo un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación" (200). Comparando ambas disposiciones, lo que

(200) En donde incide la vigente Ley es en las actuaciones previas a la contratación del contrato. Así, se regula con detalle la información básica (art. 9.º), de donde destacamos: la publicidad, comunicación comercial, anuncios y ofertas exhibidas en locales comerciales, así como el tipo de interés o cualquier otra relacionada con el coste del crédito. Asimismo, se establece una información previa (arts. 8.º, 10.º y 12.º) consistente en el ofrecimiento de información por parte del prestamista o, en su caso, del intermediario, ante la celebración del contrato, de un documento en formato normalizado de todas las condiciones del crédito (información precontractual). Además, del derecho a la asistencia (art. 11.º), en donde el prestamista o el intermediario del crédito facilitarán al consumidor las explicacio-

la derogada Ley 7/95 llama empresario, la vigente Ley 16/2011 denomina prestamista (persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad), que concede o se compromete a conceder a un consumidor (persona física que actúa en el ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional, por lo que, en principio, la nota del "aplazamiento" que aparece en el precepto transcrito es el elemento común de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación). Pero solo estamos ante un crédito al consumo cuando la finalidad es para uso personal, familiar o doméstico (contrato ordinario), que determina acto de consumo con destino finalista o predeterminado (noción objetiva), en contraposición al crédito empresarial, dirigido a financiar a la empresa o a un profesional (noción subjetiva) (201). Como ha puesto de relieve AGUILAR RUIZ (2001: 185), la técnica del crédito al consumo, identificada en *otrora* con el mutuo, hoy en día ha evolucionado a otras técnicas de financiación, aunque siguen conservando su nombre original (crédito, préstamo y apertura de crédito).

Ello no supone, como afirma ROMÁN GARCÍA (1995: 162) (202), que pueden ser objeto de legados los créditos personales, quirográficos, letras de cambio, pagarés, títulos de valores, etc.

Por lo que se refiere a la letra de cambio, esta consiste en un medio de pago en las transacciones comerciales de características propias y formales que, generalmente, supone un crédito abstracto entre el librador y el librado (letra girada al propio cargo), pero también cabe la posibilidad de que coincida el librado con el tomador (letra girada a la propia orden). La letra de cambio incorpora una orden de pago dada por el vendedor o prestador de servicio, que

nes adecuadas e individuales que permitan evaluar el contrato de crédito sobre los intereses, necesidades económicas, efectos específicos, así como las consecuencias de impagos. Regula también la Ley 16/2011 (art. 28.º) el derecho de desistimiento por parte del consumidor previa comunicación de catorce días naturales, sin penalizaciones y sin motivos. Por último, regula (art. 5.º) la llamada renuncia a los derechos reconocidos en la Ley como a los actos contrarios serán nulos de pleno derecho, además de ser sancionados aquellos actos dictados en fraude de ley.

(201) Cfr. AGUILAR RUIZ (2001: 157-163); GARCÍA MÁS (1996: 2181); SERRA MALLOL (1995: 6339); SÁNCHEZ HERRERA (1996: 1148).

(202) En análogos términos, DÍAZ CRUZ (1951: 272); SERRANO GARCÍA (1975: 635).

emite dicha letra de cambio contra el adquirente, que, si la acepta, se compromete a pagarla en el momento de su vencimiento.

El cheque, por lo general, es un documento pagadero en el momento de su presentación. Es un documento mercantil que incorpora una orden pura y simple: pagar una determinada suma de dinero a la vista por quien es su tomador y con cargo a los fondos del librador.

En cuanto al pagaré, es muy similar a la letra de cambio, cuyo uso es para obtener cantidades de dinero para pagar a otro en una fecha previamente determinada.

En cuanto al crédito quirografario, también denominado crédito directo, consiste en una operación a corto plazo en donde se entrega dinero a una persona que queda obligada a suscribir uno o varios pagarés a un plazo previamente pactado y a un interés estipulado. Por tanto, se trata de un crédito documentado, suscrito a través de pagarés, usado para satisfacer determinado efectivo de forma inmediata o cubrir situaciones transitorias con pagos temporales.

El crédito refaccionario, aunque no lo cita el autor, sí creo que puede ser objeto de legado. El concepto de crédito refaccionario estaba basado inicialmente en el criterio del crédito nacido de un contrato de préstamo que consistía en sumas de dinero destinadas a la construcción, conservación o reparación de un inmueble (203). De ello destacamos: a) que el crédito contraído es empleado para la construcción, conservación o reparación; b) tiene garantía refaccionaria, derecho de afección del valor entregado que tiene el acreedor como seguridad para su devolución o cobro. Junto a este concepto estricto se amplió la acción protectora a edificios, naves industriales, fincas rústicas, etc. Surge un concepto amplio, asumido por la STS de 21-7-2000 (204), que dice: "El crédito refaccionario no nace necesariamente de un préstamo, en el sentido técnico-jurídico que ha de darse a este contrato, sino también de aquellos otros que hayan contribuido por modo directo al resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble, y la palabra anticipar que usa el art. 59 de la LH para anotar las cantidades entregadas de una vez o de modo sucesivo, ha de entenderse de modo amplio y comprensivo del adelanto que al contratista ha de hacer para ejecutar la obra, siendo la palabra «cantidad» una re-

(203) STS de 19-4-1975 (RA 1722).

(204) (RA 5499).

ferencia a la valoración y determinabilidad a que alude el art. 1273 del CC, máxime cuando el art. 60 de la propia ley habla de «dinero o efectos en que consistan los mismos créditos», a lo que ha de añadirse que no es la Ley Hipotecaria a quien corresponde definir el concepto, sino al Código civil, perteneciendo a aquélla solamente la publicidad en materia inmobiliaria”. La naturaleza jurídica del crédito refaccionario consiste en un privilegio especial regulado en los arts. 1923, apartado 3.º, del CC, y 90, apartado 1.º, párrafo 3.º, de la Ley Concursal, sin perjuicio de que puede ser objeto de anotación preventiva (art. 48-8.º de la LH), mientras duren las obras objeto de refacción. No obstante, el art. 93 de la referida Ley Hipotecaria señala que el acreedor refaccionario podrá pedir la conversión de una anotación preventiva en inscripción hipotecaria, añadiendo el art. 94 de la mencionada LH que para la aludida conversión se procederá a la liquidación y se otorgará escritura pública. Sin embargo, este requisito no es necesario para que estemos ante un crédito refaccionario, según declaró la STS de 21-5-1987 (205). Con todo, estamos ante un crédito preferente sobre los restantes acreedores titulares que intervienen en la reparación, construcción o conservación de la obra, sin perjuicio de que la referida preferencia caduque a los 60 días de concluir las obras (art. 92 de la LH). A pesar de este último dato, podemos considerar la posibilidad de que el acreedor refaccionario puede legar el crédito.

2.1.2. PLANTEAMIENTO HISTÓRICO Y SUSTANTIVO

2.1.2.1. Síntesis histórica

El sentido religioso de *credere*, acto de creencia, acto de fe o dar crédito (PARIENTE 1953: 340), no tiene que ver con *credere* en sentido técnico jurídico, que sería un *certum dare* que concreta el objeto y la seguridad de la persona que lo da. El *creditum*, como lo expresa D’ORS (1956: 198), significa “confiar en alguien”, o como dice ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR (1953: 912), gozar de un buen crédito o no estar desacreditado.

El *creditum* es aquella *res credita* entregada y que se debe restituir a través de una nueva *datio* en sentido inverso (D’ORS 1956: 198). Si

(205) (RA 3552).

no es devuelta, se puede ejercer una *condictio* (acción abstracta que se ejerce contra aquel que retiene algo sin causa y no puede ejercer la acción reivindicatoria) (vid. D'ORS 1956: 195-200). Por tanto, *credittum* tiene una doble dimensión: subjetiva (recuperación de lo que se ha entregado), y otra objetiva (la deuda existe entre partes) (206). El *credittum* se extendió a tres negocios: *datio*, *stipulatio* y *expensilatio* (vid. D'ORS 1956: 201). Con todo, las obligaciones crediticias consistían en un *dare certum*, que podía nacer de una *datio*, una *stipulatio* o de una *expensilatio*, sancionada por una *condictio* (acción de derecho estricto, unilateral y abstracto), D'ORS (1956: 201).

No obstante, D'ORS (1963: 346) afirma que *credere*, como acto de fe o de creencia, se vio favorecido por estimarse posteriormente como vinculación individual fundada en la confianza personal. Así que, en GAYO 3.124, aparece un concepto de crédito: "*Entendemos por crédito pecuniario no solo aquel que damos por causa de un préstamo, sino también todo aquel que resulte claramente debido cuando se contrae la obligación, es decir, el que se deduce en la obligación sin ninguna condición; así, pues, el dinero que estipulamos dar en su día determinado también se comprende en esta clase, porque es cierto que será debido aunque se pida después del tiempo establecido*". De lo expuesto deduce D'ORS (1963: 348) la existencia de un doble sentido de la expresión *credere*: una, estricta, la *causa credendi*; otra, más amplia, derivada de *certum debitum*. La primera (*causa credendi*) es aquella justa causa de la tradición que justifica el acto traslativo. Se trata de un préstamo que al mismo tiempo que proporciona la disponibilidad de lo pactado, obliga al prestatario a su devolución. A este concepto de la *causa credendi* no solo es aplicable el mutuo, sino también lo recibido en préstamo, y que el prestatario no experimenta un incremento patrimonial, pues lo adquirido es ajeno. La *causa credendi* viene recogida en el D. 12,1,1,1. La segunda, *debitum certum*, es compatible con

(206) D'ORS (1956: 199); JORDANO BAREA (1958: 20). Afirma que "la jurisprudencia romana clásica no conoció el contrato real, sino que distinguió, siguiendo la pauta del Edicto pretorio, unas acciones en las que el juez debía juzgar -todo lo que uno de los contratantes debía al otro *ex fide bona*-, y otras acciones en las que el juez debía juzgar estrictamente si el demandado debía dar tal cantidad al demandante. En el primer caso, había un contrato; en el segundo, un crédito".

el pasaje de GAYO 3.124, que consiste en la obligación de restituir el objeto prestado, que puede estar sometido a *dies*, pero no puede someterse a una *condictio*, pues la posibilidad de no restituir desvirtúa la esencia del préstamo.

En el Derecho intermedio se reproduce la cuatripartición gayana (*res, verbis, litteris, consensu*) (vid. JORDANO BAREA 1958: 27-28), salvo en la Escuela de Derecho natural, donde se planteó la obligatoriedad contractual mediante el consentimiento entre partes, generando el efecto sinalagmático (JORDANO BAREA 1958: 28-29). Fue el Código Civil francés el primer ordenamiento jurídico que distinguió, como contratos reales, el préstamo de uso (comodato), en el art. 1875, y el mutuo (préstamo de consumo), en el art. 1892 (JORDANO BAREA 1958: 35) (207). El Proyecto de Código Civil de 1851 siguió la sistemática francesa y lo reguló en el art. 978 (equivalente al art. 1258 del vigente CC), con la idea de que todos los contratos son consensuales. Consecuentemente, el art. 1630 reguló el préstamo en los términos siguientes: "Préstamo es un contrato por el cual una de las partes se obliga a entregar a la otra alguna cosa de las no fungibles para que use de ella gratuitamente y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o a darle dinero u otra cosa de las fungibles, con la condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, y entonces conserva simplemente el nombre de préstamo". Este precepto es de análoga redacción al vigente art. 1740 del CC.

2.1.2.2. El objeto de la transmisión: el crédito

El objeto del legado de crédito es el crédito que transmite su titular (el testador-acreedor) beneficiando con ello a un tercero (legatario), mediante una disposición testamentaria que tiene sus efectos en la parte del crédito al tiempo de fallecimiento del testador, quedando el deudor obligado frente al nuevo titular del crédito.

Cuando el legislador de 1889 redactó el art. 870 del CC, posiblemente usó la expresión "crédito" de dicho precepto como equivalente a "préstamo".

(207) Advierte de que, a pesar de existir la discusión de si mutuo, comodato, depósito y prenda son contratos que se perfeccionan por el mero consentimiento, se mantiene en la doctrina francesa la clasificación romana de contratos reales.

El crédito se rige por la regla de la sustitución (entrega y restitución), sometido a un plazo y a cambio de un interés, por lo general, otorgado por entidades financieras, Bancos o Cajas de Ahorros. Por el contrario, el préstamo puede ser gratuito, en cuyo caso, solo genera la obligación de restituir; en cambio, el préstamo retribuido u oneroso obliga no solo a devolver lo prestado, sino a satisfacer el interés en el tiempo pactado.

A continuación desarrollamos los tres contratos de crédito al consumo que regula Ley 16/2011, de 24 de junio, "crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación".

A) El crédito es un "Acto de confianza que lleva aparejado el intercambio de dos prestaciones desfasadas en el tiempo: los bienes o medios de pago entregados, contra la promesa o esperanza de pago o reembolso" (*vid.* BERNARD y COLLI 1980: 344). Concretando el concepto expuesto, "el crédito constituye, en efecto, el intercambio en un plazo de tiempo de un bien o condición de una contrapartida futura". Por tanto, podemos señalar que el crédito se basa en la confianza y en la garantía: la primera consiste en los compromisos de la empresa, en la financiación, en las inversiones o el consumo, así como en el desarrollo de intercambios; el segundo, garantizando la prestación aplazada.

Este concepto restringido y económico que, por otro lado, no coincide con el concepto jurídico de crédito (ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR 1953: 911), ya que el crédito en sentido jurídico "es el derecho subjetivo integrado por el conjunto de poderes y prerrogativas que competen al acreedor" (*vid.* HERNÁNDEZ GIL 1960: 71) (208).

(208) Al mismo tiempo se ha desarrollado un concepto de crédito denominado por MESSINEO (1961: 7 y ss.) crédito bancario, genéricamente considerados como contratos de créditos, caracterizados por la separación en el tiempo entre el momento en el que el dinero se recibe y el momento en el que debe ser restituido (aplazamiento de la contrapartida), además de oneroso y de ejecución continua. Si bien, añade, que el mutuo es un contrato de crédito, pero no es un contrato bancario, aunque fue su precedente histórico. El mutuo es un contrato real (contrato civil), característica esta que no presentan los contratos bancarios, ya que el dinero permanece en poder del Banco en el acto de perfeccionamiento del contrato. El mutuo es un contrato simple desde la técnica bancaria, si lo comparamos con los con-

Como ha observado Díez-Picazo (1964: 349), en la estructura de la relación obligatoria existe un elemento subjetivo (sujetos de la relación) que son el acreedor o persona titular del poder jurídico que exige la prestación, y el deudor, sobre quien pesa el deber jurídico de cumplir dicha prestación. Otro elemento, objetivo u objeto de la relación (prestación); y, finalmente, el vínculo jurídico, por virtud del cual el deudor queda obligado para con el acreedor. Este último elemento no solo es esencial, sino que forma el contenido de la relación obligatoria (MARTÍNEZ DE AGUIRRE 2011: 48).

Desde el Derecho romano la obligación se sigue entendiendo como "*obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei*" (209).

Inicialmente el vínculo jurídico consiste en una atadura (aprehender temporalmente a una persona) (LACRUZ *et al* 2011: 11) (210), en donde se pueden distinguir dos momentos: uno, sumisión anticipada (*nexum*); otro, ante el incumplimiento, que por la consistencia del vínculo se pasaba a la ejecución material (*manus iniectio*). En la época clásica el vínculo consistía en una *actio in personam* que

tratos de apertura de crédito y apertura de crédito con garantía (contratos mercantiles), de los que hablaremos más adelante. El crédito, escribe FLORES MICHEO (1962: 38-45), puede ser confianza, creación económica, lado activo de una relación jurídica obligacional, operaciones de crédito, operaciones bancarias realizadas en masa o en serie y negocios de créditos, que en sentido amplio consiste sustancialmente en el aplazamiento de una deuda de cosas fungibles. Para que una deuda pueda ser aplazada debe existir con carácter previo o, simultáneamente, un convenio de dilación, cuyo fin es demorar el cobro en intereses. Para AGUILAR RUIZ (2001: 156-157), el crédito consiste "en el aplazamiento o dilación en la exigibilidad del cumplimiento de una prestación, generalmente dineraria, a cambio de un beneficio; acuerdo manifestado a través del *pactum de non petendo*, en virtud del cual el acreedor se obliga a no pedir la restitución inmediata del capital entregado; esto es, a no reclamar el cumplimiento del deudor hasta la fecha señalada de vencimiento".

(209) *Instituciones* de Justiniano (Libro 3.º, tít. 13, pr.), "la obligación es un vínculo jurídico por el cual se nos constriñe a cumplir algo, según las normas de nuestra ciudad", traducción de HERNÁNDEZ-TEJERO, Jorge (1961: 179). Sobre este concepto ha señalado BONET RAMÓN (1967: 837) que se debe al jurisconsulto Florentino, para SANCHO REBULLIDA (1988: 20), se debe a Papiniano.

(210) BONET RAMÓN (1966: 701); RUGGIERO (1977: 10); Díez-Picazo (2008: 677).

tiende a satisfacer primero el patrimonio (*missio in bona*), y solo subsidiariamente sobre la persona (*manus iniectio indicatio*) (LACRUZ *et al* 2011: 12) (211). En la República el vínculo se desnaturaliza y su objeto se patrimonializa (LACRUZ *et al* 2011: 12, Díez-PICAZO 2008: 70). Por último, en la época posclásica decae el formalismo descrito, además del aspecto personalista de la obligación.

La evolución posterior, concretamente, los autores del Derecho común, acentúan el carácter inmaterial del vínculo (*no sicut boves ligantur funibus*), paralelamente se acentúa el carácter objetivo del vínculo (se fue abriendo el camino hacia la concepción patrimonialista) (LACRUZ *et al* 2011: 13).

Así, para la doctrina clásica el vínculo consiste en un acto de libertad del deudor sometido a la voluntad del acreedor (LACRUZ *et al* 2011: 13). De mano de los pandectistas se objeta a la doctrina anterior señalando que los actos del deudor solo se someten al acreedor como exponente de su patrimonio (HERNÁNDEZ GIL 1960: 77-78) (212).

La tensión entre las dos teorías se ha pretendido superar mediante dos direcciones: una, dividiendo el vínculo entre deuda y responsabilidad (RUGGIERO 1977: 13-14); otra, mediante la concepción integradora (HERNÁNDEZ GIL 1960: 67).

El estado actual de la doctrina niega la autonomía de los dos elementos, "débito" y "responsabilidad", añadiendo que son dos momentos de un mismo fenómeno (LACRUZ *et al* 2011: 17, DE LOS MOZOS 1982: 790). Para la concepción integradora, por el contrario, la esencia del vínculo es su naturaleza jurídica: el deudor debe cumplir, pero si no lo hace, la juridicidad del vínculo le impone una sanción a costa del deudor y a favor del acreedor.

Por otro lado, LACRUZ *et al* (2011: 15) escribe que "al afirmar que la obligación es un vínculo jurídico queda compendiada su esencia", opinión que corrobora MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2011: 48) cuando señala

(211) DE LOS MOZOS (1982: 785); BONET RAMÓN (1967: 836); RUGGIERO (1977: 10).

(212) Escribe que se debió a BRINZ, *Der begrift obligatio* (1874) y *Obli-gatio und Haftung* (1886), quien afirmó que la "esencia de la obligación radica en la sujeción del patrimonio del deudor al poder del acreedor para la satisfacción de su crédito, y que, por tanto, el derecho del acreedor no recae sobre un acto del deudor, la prestación, sino sobre el patrimonio del mismo". Véase Díez-PICAZO (2008: 114).

que el vínculo es un elemento esencial y expresa su naturaleza desde el punto de vista jurídico consistente en “la relación de poder y deber correlativos que liga al acreedor y deudor”.

Lo que vincula es la conducta del deudor no como comportamiento debido, sino como responsabilidad patrimonial del deudor, o como escribe Díez-PiCAZO (2008: 186), cuando se dice que la obligación está vinculada al patrimonio es que dicho patrimonio soporta la responsabilidad deducida de la obligación.

Crédito y deuda, añade MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2011: 48), no son dos elementos de la obligación, sino dos perspectivas distintas de un único fenómeno jurídico. La deuda es la conducta contraída por el deudor, que ante el incumplimiento queda sujeto a las consecuencias previstas en el ordenamiento jurídico o, como dice Díez-PiCAZO (2008: 141), la deuda es un deber jurídico que consiste en realizar a favor de otra persona un determinado comportamiento (conducta de prestación).

Crédito, afirma MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2011: 50-51), es, primariamente, “el derecho del acreedor a exigir del deudor el cumplimiento de la conducta que constituye el objeto de la obligación”. Derechos subjetivos que, como señala HERNÁNDEZ GIL (1960: 71), consisten en los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico contra el patrimonio del deudor o equivalente (*vid.* Díez-PiCAZO 2008: 116 y 133).

B) Partimos de que el mutuo es un contrato de crédito, pero no es un contrato bancario (*vid.* MESSINEO 1961: 20). Generalmente, cuando hablamos del mutuo, hablamos del préstamo simple o préstamo de consumo, que el art. 1740 del CC conceptúa como: “Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra [...] dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y cantidad” (*vid.* SIMONETTO 1958: 73) (213).

(213) Escribe que el art. 1740 del Código Civil español, de análoga redacción al art. 1813 del Código Civil italiano de 1942, se fundamenta en la teoría de la sustitución: entrega y restitución, dos momentos que dan una relación de mutuo.

El objeto del contrato de préstamo es una cosa fungible (214), dinero u otra cosa consumible o, como comenta COVIÁN (1953: 508), “todo lo que se presta en concepto de cantidad y solamente en consideración a la clase o especie a que la cosa pertenece”. De ahí que el prestatario adquiera la propiedad de la cosa en el momento de la perfección del contrato, quedando obligado a devolver otro tanto de su misma especie y calidad (art. 1753 del CC) (215). Es, pues, un contrato real de devolución o restitución (GETE-ALONSO CALERA 1979: 374), como así lo tiene reconocido la doctrina jurisprudencial en sus SSTs de 28-3-1983 (216); 27-3-1999 (217) y 6-3-1999 (218), corroborada por un sector doctrinal (219), frente a esta, otro sector de la doctrina (220) estima que en virtud de la autonomía de la voluntad pueden las partes pactar que la entrega no sea en el momento de la perfección, sino posteriormente. Es aquí donde estimo que el préstamo simple deja de ser como tal para pasar al crédito, pues en este último supuesto el Banco es el que se queda con el dinero en el acto de la perfección del contrato. La naturaleza real del mutuo le es ajena al contrato de crédito, pero, por ello, no pierde sus características de devolución de lo pactado más los intereses, que será mercantil cuando una de las partes sea comerciante o el importe se invierta en operaciones mercantiles (art. 311 del CCom.).

(214) MARÍN PÉREZ (1982: 20); SAN JULIÁN PUIG (1996: 220). GETE-ALONSO CALERA (1979: 359-369) señala que en terminología legal son fungibles las cosas que se consumen y no fungibles todas las demás. Las cosas consumibles son aquellas que, por su uso, desaparecen; las no consumibles, por el contrario, su reiterada utilización no lleva consigo su eliminación, que la autora estima inherente al contrato de mutuo. En análogos términos, COVIÁN (1953: 508).

(215) Díez-PICAZO y GULLÓN (1995: 453) señalan que la perfección del contrato no se produce por el mero consentimiento, sino que se precisa la entrega (*datio rei*). Cfr. JORDANO BAREA (1958: 93-108).

(216) (RA 1648).

(217) (RA 2371).

(218) (RA 1854).

(219) MARÍN PÉREZ (1982: 22 y 23); GETE-ALONSO CALERA (1953: 374); LACRUZ y RIVERO (1986: 265); COVIÁN (1953: 504-508); ESPIAU (1993: 352).

(220) O'CALLAGHAN MUÑOZ (2008: 1809); ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (1948: 340-341) señalan que en el mutuo se impone la obligación de restituir, pero no la de entregar. *Vid.* DE CASTRO Y BRAVO (1985: 286-287); LACRUZ en el prólogo a la obra de JORDANO BAREA (1958: 5-6).

Además, debemos tener en cuenta otra característica: el interés. Así, el párrafo 3.º del art. 1740 del CC dispone que “El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés”, cuyos intereses deberán ser pactados expresamente (art. 1755), en caso contrario, si no se han estipulado, no pueden reclamarlos ni imputarlos al capital (art. 1756).

Ya desde el Derecho romano, comenta COVIÁN (1953: 517), era necesario que en el mutuo se añadiera una estipulación para que el capital aumentado con intereses formara una prestación a favor del acreedor (COVIÁN 1953: 517). Así que el préstamo puede ser gratuito, pero también puede pactarse con interés. En dicho caso ha de ser mediante pacto expreso para que pueda ser exigible (COVIÁN 1953: 516).

Aparentemente puede resultar extraño que el prestatario pague intereses no estipulados. Ante dicha posibilidad existen tres teorías: a) la tesis del pacto tácito de intereses, que consiste en que si el prestatario no puede repetir los intereses pagados sin previa estipulación es porque ese pago es debido en virtud de convención tácita, pero después serán expresos por mutuo acuerdo entre partes (221); b) la tesis de la donación de intereses, formulada por BONEL Y SÁNCHEZ (1891: 771) (222), quien entiende que los arts. 1755 y 1756 están en armonía, pues no pugna el hecho de que el prestatario haya pagado intereses no estipulados al prestamista en agradecimiento de que el mismo cree recibir por el mero hecho del préstamo. Cabe objetar a esta tesis, según JIMÉNEZ MUÑOZ (2009: 880), que los agradecimientos son ajenos al Derecho, por lo que no puede ser admitida esta tesis en base a lo dispuesto en el art. 1756. PRATS ALBENTOSA (1992: 152) añade que los intereses transmitidos sin estipulación son en virtud de donación, viéndose afectados por la posible revocabilidad de la donación; c) la tesis de la obligación natural (223), que consiste en que la atribución patrimonial que

(221) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1995: 461); MANRESA Y NAVARRO (1951: 652); MARÍN PÉREZ (1982: 143); ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (1948: 291); en sentido contrario, PRATS ALBENTOSA (1992: 151); JIMÉNEZ MUÑOZ (2009: 878).

(222) PRATS ALBENTOSA (1992: 151) citando a BONEL Y SÁNCHEZ, *Código civil español*, tomo 4.º, Barcelona, 1891, pág. 771.

(223) ESPIAU (1993: 362); JIMÉNEZ MUÑOZ (2009: 880-884); DE CASTRO Y BRAVO (1985: 215-225); MARÍN MONROY (1931: 906); MARTÍNEZ G. CALCERRADA (1964: 360); ROCAMORA (1945: 552-554) afirma que los arts. 1756, 1798 y 1824 definen las obligaciones naturales por sus efectos. Más adelante seña-

realiza el mutuuario en concepto de intereses tiene justa causa en un deber natural. Normalmente, dice JIMÉNEZ MUÑOZ (2009: 884 y ss.), quien paga intereses no pactados es porque se siente moralmente obligado. Por tanto, se trata de un deber de conciencia que justifica una atribución patrimonial. En su opinión, el art. 1755 del CC establece que los intereses para ser exigibles han de ser expresamente pactados; según el art. 1756, por el contrario, el deudor de un préstamo, si paga libre y voluntariamente los intereses no pactados, está cumpliendo una obligación natural, intereses que, por otro lado, son debidos, pero no exigibles, constituyendo la justa causa de la atribución patrimonial.

El estado actual de la doctrina estima que el art. 1755 establece que para que los intereses sean exigibles han de ser expresamente pactados. Por el contrario, el art. 1756 prevé que, si el prestatario paga intereses no pactados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital (*vid.* Díez-Picazo 1988: 343). No obstante, existe una cierta tendencia a estimar que el art. 1756 consiste en una obligación natural, entendida históricamente, como escribe el profesor IGLESIAS (1992: 394), en aquellas de las que no dimana una acción, pero sí ciertos efectos jurídicos, como por ejemplo, el derecho del acreedor a retener lo pagado espontáneamente (*saluti retentio*), sin que pueda el deudor reclamar lo pagado (*condictio indebiti*). Como escribe Díez-Picazo (1988: 343), la regla de que no se deben intereses, sino

la que en las expresiones “oficio de piedad” y “causa justa” de los arts. 1849 y 1901, está el deber de conciencia de las obligaciones naturales. Fuenmayor Champín (1959: 26) escribe que el art. 1901 del CC acoge el concepto moderno de obligación natural, que consiste en el cumplimiento de un deber moral espontáneo. En sentido contrario, Díez-Picazo y Gullón (1992: 461); O’Callaghan Muñoz (1989: 279); Lacruz (1992: 10-11 y ss.). En su autorizada opinión existen las obligaciones naturales, pero no las referidas en los arts. 1756, 1798, 1824 y 1894, sino la recogida en el art. 1901 del CC como categoría general que no se corresponde con la categoría romana. La obligación natural es, pues, un deber moral que tiene relevancia en la vida civil; Vázquez Bote (1975: 901); Roca Sastre y Puig Brutau (1948: 288); Moisset de Espanés (1969: 585-588); Jordano Fraga (2002: 1571), una postura que puede considerarse una cuarta tesis, pues dice: si el prestatario paga de modo voluntario, espontáneo y libre intereses compensatorios no debidos, deriva una legítima retención a favor del prestamista, de la que no queda obligado el prestatario para con el futuro, sino que con base al art. 1756, queda justificada la atribución patrimonial, pese a ser de carácter indebido.

cuando expresamente se pactan, queda limitada por el art. 1756, que viene a decir que los intereses se deben también cuando, aun sin pacto expreso, el deudor paga.

Desde mi punto de vista, los efectos del art. 1756 no se corresponden con las consecuencias de las obligaciones naturales. Ha cambiado, escribe el profesor LACRUZ (1992: 11-16), los medios técnicos de que se vale el Derecho para proteger el cumplimiento de ciertos deberes no jurídicos. La obligación natural no existe sino cuando el deudor afirma su existencia, cuando llega el momento de su cumplimiento (224).

C) No existe en nuestro ordenamiento jurídico un concepto de contrato de apertura de crédito (225), tan solo alusiones aisladas e insuficientes que impiden extraer un concepto (226).

(224) MOISSET DE ESPANÉS (1969: 600 y ss.), en su Estudio de Derecho comparado aprecia una evolución del concepto de derecho natural hacia el concepto de deber moral. Así, por ejemplo, siguen el sistema clásico romano los arts. 1470 a 1472 del Código Civil chileno y los arts. 515 a 518 del Código Civil argentino. Otros, como es el caso del art. 826 del Código Civil boliviano, o el art. 1178 del Código Civil venezolano, siguen el sistema francés. Por el contrario, el art. 1894 del Código Civil mejicano, el art. 1285 del Código Civil peruano o el art. 970 del Código Civil brasileño, siguen el sistema germano. No obstante, en el Derecho comparado europeo la evolución es diferente, por ejemplo, el art. 1235 del Código Civil francés las obligaciones naturales y el deber moral, pese a ser diferentes, son tratadas conjuntamente. El Código Civil italiano de 1865, de clara influencia francesa, reguló en su art. 1237 las obligaciones naturales, pero como deber moral dotado de carácter patrimonial. Sin embargo, el art. 2034 del Código Civil italiano de 1942, bajo la rúbrica de las "obligaciones naturales", desarrolla los deberes morales o sociales. Por su parte, el Código Civil portugués de 1867 no dice de las obligaciones naturales. Pero en el Código vigente, de 1967, de clara influencia germana, se acentúa la confusión entre obligaciones naturales y los deberes morales. Su regulación, arts. 402 a 404 (concretamente, el art. 402), señala que la obligación natural se funda en un deber moral y social. Por último, el Código Civil alemán, en su parágrafo 814 desaparece la expresión: "obligación natural" y aparece en su lugar el concepto de "deber moral".

(225) URÍA (1982: 648); VICENT CHULIÁ (1990: 439); AGUILAR RUIZ (2001: 196); JUAN Y MATEU (2001: 12); GARRIGUES (1958: 188); AMESTI MENDIZÁBAL (1986: 172); GUTIÉRREZ GILSANZ (2007: 630).

(226) Como es el caso del art. 175, párrafo 7.º, del CCom., relativo a las reglas especiales de las compañías de crédito; como el art. 323 del

Sin embargo, la STS de 1-3-1969 (227), citando otras anteriores, reproduce el art. 439 del Código de Comercio para la Zona del Protectorado de España en Marruecos, cuyo título 14.º se ocupaba de "los contratos de cuentas corrientes mercantiles", regulado en sus arts. 439 al 443. Concretamente, como decimos, el art. 439 dispuso: "El contrato de apertura de crédito en cuenta corriente es un contrato por el cual un comerciante o una entidad mercantil abre un crédito ilimitado o por cantidad fija a otra persona, permitiéndole disponer de fondos o librar por dicha cantidad en todo o en parte y haciendo constar en la cuenta corriente la cantidad o cantidades de que vaya disponiendo el otro cuentacorrentista a quien se concede dicho crédito". Este concepto ha sido reproducido por las SSTs de 12-6-1976 (228); de 27-6-1989 (229); de 11-6-1999 (230); de 21-1-2005 (231); y la SAT de La Coruña de 15-5-1984 (232). No obstante, la doctrina (233) suele destacar el art. 1842 del Código Civil italiano de 1942, que dice así: "La apertura de crédito bancario es el contrato por el cual el Banco se obliga a tener a disposición de la otra parte una suma de dinero por un cierto período de tiempo o por tiempo indeterminado".

Como señalamos más arriba, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, surgió de la transposición de la Directiva de las Comunidades Europeas 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, pero esta última no reguló el contrato de apertura de crédito, siendo, como señala AGUILAR RUIZ (2001: 188), una injustificada ausencia que el legislador ha sabido incorporar a la nueva legislación en materia de créditos al consumo dentro de las denominadas "operaciones activas de crédito", situada como la segunda forma de concesión de créditos a los particulares (AGUILAR RUIZ 2001: 195).

mismo Cuerpo legal, sobre los préstamos mercantiles; el art. 153 de la LH en relación con las hipotecas voluntarias, y el art. 19, párrafo 1.º, de la Ley de crédito al consumo.

(227) (RA 1137).

(228) (RA 2750).

(229) (RA 4787).

(230) (RA 1999).

(231) (RA 1619).

(232) RGD, núm. 488, 1985, p. 1683.

(233) GARRIGUES (1958: 188), nota a pie de p. 5; JUAN Y MATEU (2001: 12); AGUILAR RUIZ (2001: 196).

Como ha puesto de relieve el profesor GARRIGUES (1958: 183-184), muchas veces tanto los comerciantes, como los que no lo son, saben que van a necesitar dinero, pero lo que no saben es cuándo y cuánto. Para evitar estos inconvenientes, en lugar de negociar con el Banco un préstamo, se concierta una apertura de crédito, cuyo objeto no es el dinero, sino el crédito como bien económico. De ello ha dicho el profesor VICENT CHULIÁ (1990: 648) que, cuando el cliente necesita no de forma inmediata la totalidad de una suma de dinero, sino el poder disponer de modo permanente e irregular de él para la buena marcha de su empresa o su economía familiar, acude a un contrato de apertura de crédito ordinario y no a un préstamo de consumo. Por tanto, junto a las formas tradicionales de crédito y de préstamo se ha ido incorporando otra forma de financiación, como es el caso del contrato de apertura de crédito.

En definitiva, siguiendo la autorizada opinión del profesor GARRIGUES (1958: 188) (234), podemos conceptuar el contrato de apertura de crédito: "Como aquel contrato por el cual el Banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente" (235). Destacamos de este concepto la disponibilidad (236), que, como señala ALFARO ÁGUILA-REAL (1995a: 195), puede ser utilizada no solo en forma de dinero, sino también en forma de descuento de letras o garantías. Según GARRIGUES (1958: 189), el banco se obliga a conceder un crédito en la medida que el cliente lo requiera, que no se debe entender en sentido abs-

(234) Corroborado por VICENT CHULIÁ (1990: 439); URÍA (1982: 649); AGUILAR RUIZ (2001: 196); ALFARO ÁGUILA-REAL (1995: 195).

(235) Cfr. GUTIÉRREZ GILSANZ (2007: 629); AMESTI MENDIZÁBAL (1986: 188); JUAN Y MATEU (2001: 49); TRABUCCHI (1967: 342) afirma que la apertura de crédito constituye una fundamental operación activa que define como: "el contrato por el que el banco (accreditante) se obliga a tener [poner] a disposición del cliente (accreditato) una suma de dinero por un período de tiempo determinado o indeterminado". Véase la STS de 19-1-2006 (RA 2658).

(236) GARRIGUES (1958: 189); URÍA (1982: 649); VICENT CHULIÁ (1990: 440); ALFARO ÁGUILA-REAL (1995a: 195); JUAN Y MATEU (2001: 24); GUTIÉRREZ GILSANZ (2007: 630); ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR (1953: 914); TRABUCCHI (1967: 352).

tracto, sino que está en función de la modalidad pactada, la duración convenida y la disponibilidad del cliente. Esto nos lleva a las clases de contratos de apertura de crédito, GARRIGUES (1958: 205-206) distingue entre la apertura de crédito simple o en cuenta corriente, que corrobora VICENT CHULIÁ (1990: 441), ALFARO ÁGUILA-REAL (1995a: 496), ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR (1953: 914-916), AMESTI MENDIZÁBAL (1986: 189); por su parte, URÍA (1975: 651-652) distingue entre la apertura de crédito en cuenta corriente y con garantía; JUAN Y MATEU (2001: 13-14) distingue entre la apertura de crédito mediante préstamo y mediante descuento. Esta variedad en la clasificación de los contratos de apertura de créditos no es caprichosa, sino que está en función de las operaciones pactadas en cada momento.

2.1.3. LOS INTERESES: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

2.1.3.1. Concepto

Por interés "entendemos la remuneración que el acreedor puede exigir por privarse de la suma de dinero que se le adeuda, siempre y cuando que esta remuneración se ajusta a la cuantía de la suma adeudada y la duración de la deuda" (237). Este concepto lo asume SANCHO REBULLIDA (LACRUZ *et al*, 1985: 153), añadiendo un concepto más amplio, en donde dice que "se califican de intereses a la prestación de cosa fungible, de la misma especie que la debida, siempre que reúna, además de estos requisitos de accesoriedad y homogeneidad (identidad de especie), el de proporcionalidad a la cuantía y al tiempo". Además añade que para unos no es preciso que las cosas fungibles en que consiste la obligación principal y los intereses sean de la misma especie; para otros tampoco se requiere que el objeto de la obligación principal sea fungible. En todo caso, añade, que donde existe unanimidad es en las deudas de dinero, que dan lugar a las prestaciones de intereses.

El interés es una prestación accesoria incorporada a la deuda principal (*vid.* Díez-PICAZO 1988: 498) o, como señala VON TUHR (1934: 50), el derecho a percibir intereses no es parte integrante, sino un derecho accesorio del crédito principal.

(237) VON TUHR (1934: 46-47); Díez-PICAZO (1988: 488); ROJO AJURIA (1995: 3666); PUIG PEÑA (1968: 216); RODRÍGUEZ ESPEJO (1986: 192).

Los intereses, por lo general, se calculan en tantos por ciento anuales. En Roma, añade VON TUHR (1931: 47), *la usura centésima* era de 1 por 100 al mes, o sea, el 12 por ciento al año.

Económicamente el interés, escribe BECEÑA GONZÁLEZ (1922: 10), "es toda ganancia que proviene del empleo del capital", o como señala CIFUENTES (1926: 86-87), "interés es [...] la indemnización de ese riesgo especial que corre todo capital".

Lo esencial del interés es cuándo nace (VON TUHR 1931: 49-50) (238) y cuándo vence (VON TUHR 1931: 47), ya que, generalmente, su abono es *prorrata temporis* (VON TUHR 1931: 47, Díez-PICAZO 1988: 491), es decir, al capital se suman los intereses y sobre esa cantidad inicial se va disminuyendo primero el interés y una parte del capital; concluido el interés, queda el capital pendiente, que va disminuyendo hasta un período determinado.

Los intereses pueden ser voluntarios o convencionales (239), cuyo origen está en un contrato de préstamo (arts. 1753 y 1255 del CC), o bien pactan libremente las partes. Como escribe SANCHO REBULLIDA (LACRUZ *et al*, 1985: 154-155), los intereses pueden ser legales y negociales: los primeros son los accesorios de una obligación principal; los segundos, de ordinario, proceden del contrato, pero pueden ser establecidos en testamento, sin otro límite que el establecido en la Ley de usura (Ley de Azcárate de 21-7-1908), modificada por la Ley de Enjuiciamiento civil (Ley 1/2000, de 1 de enero) (240). Por dicha ley sería nulo todo pacto que estableciera un tipo de interés superior al legalmente establecido, en cuyo caso, sería considerado leonino.

Los intereses son legales (241) cuando la obligación de pago está establecida por Ley. Generalmente, este tipo de interés es accesorio

(238) Señala que el vínculo de dependencia está en su nacimiento, siendo necesario que exista crédito y, mientras exista, nace el derecho al interés.

(239) LETE DEL RÍO (1988: 63); Díez-PICAZO (1988: 491); RODRÍGUEZ ESPEJO (1986: 194).

(240) La modificación operada por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil, consiste en suprimir los aspectos objetivos de la Ley de usura, como el interés superior al normal y el aspecto subjetivo. Las circunstancias personales del caso serán valoradas por los Tribunales.

(241) LETE DEL RÍO (1988: 63); Díez-PICAZO (1988: 490); RODRÍGUEZ ESPEJO (1986: 194).

de un negocio principal (DORAL y MARTÍNEZ-PARDO 1980: 547). Inicialmente estaba regulado en el art. 1108 del CC, cuyo precepto ha tenido sucesivas modificaciones y, actualmente, viene fijado en la Ley de Presupuestos para cada año (242), sin perjuicio de que la ley no siempre impone la obligación de pagar intereses, sino dado el supuesto de retraso o mora del deudor en donde este estaría obligado al pago de lo convenido o, en su defecto, el legalmente establecido. Por lo general, la ley establece un tipo determinado de intereses que, ante la mora o retraso, da lugar a los intereses moratorios consistentes en el resarcimiento o compensación imputable al deudor, y los retributivos, que se basan en la idea de evitar que se produzca un enriquecimiento injusto del capital ajeno.

Por otro lado, dentro de las distintas teorías que desarrolla la naturaleza jurídica de los frutos (243) y su relación con los intereses (frutos civiles) (244) tenemos, por un lado, la denominada "teoría objetiva que no tiene en cuenta el destino económico", de origen francés, de clara influencia en el derogado Código Civil italiano de 1865, y en el Proyecto de Código Civil español de 1851. Esta teoría

(242) La Ley de 29-6-1984 derogó el párrafo 2.º del art. 1108 del CC, y dispuso en su lugar (párrafo 1.º) que el interés legal se determinará aplicando el básico del Banco de España vigente, salvo que la Ley de Presupuestos generales del Estado establezca otra cosa. En todo caso, el párrafo 2.º del referido art. 1108 señala que cualquiera que sea el acto o contrato, el interés, salvo pacto en contrario, será el previsto en el párrafo anterior.

(243) GARCÍA CANTERO (1955: 94-136); MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ (1949: 527); CABANILLAS SÁNCHEZ (1995: 3165); Díez-PICAZO (1954: 359).

(244) Hemos empezado por las teorías objetivas, que, a mi entender, han sido las que han proporcionado los elementos esenciales para un concepto de frutos, como son: periodicidad, conservación de la sustancia y destino económico. Pero existen otras teorías que han contribuido a la formación de su concepto, como es el caso de la Teoría orgánica, para la cual "frutos" es un producto orgánico, GARCÍA CANTERO (1955: 94-98, Díez-PICAZO 1954: 358); Teoría de la separación, en donde los frutos son aquella parte de la cosa cuya separación corresponde al destino económico de la misma; GARCÍA CANTERO (1955: 100-105, Díez-PICAZO 1954: 358); Teoría subjetiva, iniciada por Petrazycki, entiende que una misma cosa (producto), unas veces tiene la consideración de fruto, otras de capital, según la concreta relación en que una persona se encuentra respecto de la cosa. Esta teoría ha proporcionado elementos básicos para su conceptualización como son: periodicidad y conservación de la sustancia productora (GARCÍA CANTERO 1955: 106-114, Díez-PICAZO 1954: 359).

parte de que los frutos son productos periódicos obtenidos de una cosa sin alterar su sustancia (*vid.* GARCÍA CANTERO 1955: 117), con ausencia de un concepto unitario que englobe todas las categorías, caracterizándose por su periodicidad, separación y reproducción (*vid.* GARCÍA CANTERO 1955: 118-119).

Junto a esta está la denominada "teoría objetiva que tiene en cuenta el destino económico", de origen italiano (245), pero partiendo de la anterior, en donde los frutos son toda utilidad extraída de la cosa (*vid.* GARCÍA CANTERO 1955: 125), cuyas características son la periodicidad, conservación de la sustancia y destino económico (*vid.* GARCÍA CANTERO 1955: 125). Para esta teoría los frutos naturales son distintos de los civiles: aquellos son cosas corporales, estos son incorporeales, como el interés de dinero (*vid.* GARCÍA CANTERO 1955: 116). El fruto civil, escribe VENEZIAN (1928: 457), "es toda clase de renta que se obtiene de una cosa o de un derecho en virtud de un vínculo jurídico". Así, tenemos que el art. 981 del vigente Código Civil italiano recoge la equiparación: conservación de la sustancia, y destino económico.

Los frutos en nuestro Código Civil siguen la sistemática francesa, es decir, como si fueran una modalidad del derecho de propiedad (art. 546 del Código de Napoleón), que, como hemos indicado más arriba, influyó en el derogado Código Civil italiano de 1865, de igual

(245) Ha tenido esta teoría un importante desarrollo en la doctrina italiana. Destacamos, entre otros autores, a PIOLA (1926: 916), citado por GARCÍA CANTERO (1955: 124-125), quien incorpora de modo disperso los elementos esenciales del fruto: periodicidad, conservación de la sustancia y destino económico; COVIELLO (1929: 275-277), citado por GARCÍA CANTERO (1955: 125-126); señala que "fruto es toda utilidad que se extrae de una cosa": los frutos civiles son de distinta naturaleza que los naturales, pero en los frutos civiles incorpora, entre otros, los intereses del dinero. Proporciona en particular FERRARA (1921: 838 y ss.), citado por GARCÍA CANTERO (1955: 129-130), la conocida definición: "Fruto es todo producto o utilidad que constituye el rédito de la cosa según su destino económico. En la idea de rédito está dada también la idea de conservación de la sustancia. Porque rédito se contrapone a capital, y no se tiene si se sacrifica o destruye la cosa productiva. Por lo tanto, fruto es toda utilidad que se extrae de la cosa, sin alteración de sustancia y conforme a su especial destino económico"; por último MOSCO (1947: 6 y ss.), citado por GARCÍA CANTERO (1955: 130), señala que los requisitos esenciales de la cosa-fruto son tres: periodicidad, la conservación de la sustancia y la observancia del destino económico.

modo que en los arts. 354 y 355 de nuestro Código Civil, relativo a la accesión continua que supone una modalidad del derecho de propiedad.

El Código Civil no define los frutos (*vid.* GARCÍA CANTERO 1955: 240), sino tan solo los regula, atribuyendo al propietario los frutos naturales, industriales y civiles (246), que, como comenta LÓPEZ VILAS (1991: 991), tienen su origen en el Derecho romano, no sobre la imagen absorbente y absoluta del dominio en donde no existía la tendencia a la expansión o absorción, sino a la delimitación de la propiedad. Si se daba la conjunción de cosas, se quedaba en suspenso hasta tanto, pero, si cabía la separación, se reivindicaba. Esta confusión, añade ALONSO PÉREZ (1984: 193), surgió en el Derecho moderno al estimar la accesión como una forma de adquisición de la propiedad y, con ello, surgió la máxima de que el propietario de lo principal era propietario de lo accesorio como expansión excepcional (*vid.* ALONSO PÉREZ 1984: 194-195).

A colación de lo expuesto, un importante sector de la doctrina, como es el caso de LETE DEL RÍO (1988: 62), estima que los intereses tienen la categoría de frutos civiles; DORAL y MARTÍNEZ-PARDO (1980: 525, 530-531) estiman que, en sentido jurídico, los intereses son frutos civiles que derivan indirectamente de una relación crediticia; para GARCÍA GARCÍA (2003: 1013), el interés de dinero es un fruto civil, pero es un fruto de derecho de crédito que tiene el prestamista, pues el dinero es ya propiedad del prestatario; por su parte, MARTÍN-RETORTILLO (1949: 526, 527-529, 1951: 144-145) (247), los frutos son siempre un derivado, un accesorio de la cosa principal; comenta DE ROVIRA MOLA (1960: 196) que los frutos civiles se presentan como productos que se arriendan para uso y disfrute, además de los intereses de los créditos de capital; para CABANILLAS SÁNCHEZ (1995: 3165), el fruto civil es un derecho de crédito que se tiene a cambio de una contraprestación; por su parte, Díez-PICAZO (1954: 357) (248) señala que, en

(246) *Vid.* LÓPEZ VILAS (1991: 995), señala que existen dos ideas de frutos, conceptualmente distintas, según se aprecia en el art. 354 del CC: una, la idea de fruto como producto de la naturaleza; otra, como rendimiento de una cosa en virtud de una relación jurídica constituida sobre ella.

(247) Afirma que los frutos civiles son rendimientos de un negocio o contrato sobre la cosa que lo produce.

(248) Escribe que para conceptuar unitariamente los frutos hay que separar la dualidad entre los frutos naturales y los civiles. Del primero, dice que

sentido amplio, "frutos es todo lo que forma la renta de un patrimonio"; y, por último, para el profesor GARCÍA CANTERO (1955: 240), los intereses de los capitales prestados constituyen o pueden constituir frutos civiles, añadiendo que "frutos es, pues, en nuestro Código civil, todo producto periódico que se obtiene de un bien-capital, dejando a salvo su sustancia y observando su destino económico".

A mi juicio, los frutos se rigen por el principio de accesoriedad, correspondiendo al propietario los frutos civiles (intereses) por subordinación o dependencia de la relación principal, como es el caso de la privación de un bien o de una cantidad de dinero, en cuyo caso son denominados intereses. Así se ha manifestado las SSTs de 9-2-1988 (249) y 11-5-1994 (250), que dice: "El TS estima el recurso de casación interpuesto por infracción de los arts. 1253, 1108, 354 y 355 del CC, por la vía del art. 1692 de la LEC. Ello es así porque al actor recurrente se le reconoció el derecho a percibir el 50 % de la cantidad correspondiente a la diferencia de valoración de las fincas objeto de expropiación a que venían obligadas sus hermanas demandadas y hoy recurridas, cantidad que ha de venir incrementada con los intereses por retraso en el pago por la Administración, y el recurrente no puede verse privado de los intereses devengados por la demora administrativa que merecen la calificación de frutos civiles".

2.1.3.2. Naturaleza jurídica

Hemos propuesto en el epígrafe anterior un concepto amplio de interés, además de otro en sentido más restringido que dice: "Los intereses son una prestación accesoria incorporada a la deuda principal" (*vid.* VON TUHR 1931: 49).

El vínculo entre lo accesorio y lo principal, vínculo de dependencia, como lo cita VON TUHR (1931: 49), se produce cuando existe un crédito principal o un préstamo entre las partes que de mutuo acuerdo pactan el interés a que se somete la deuda.

consiste en productos materiales de determinadas cosas de las que forman parte la renta de la cosa; de los segundos, son beneficios económicos o capital de dinero, por lo que caben dos caminos: renunciar al concepto unitario y definir cada uno como realidades diferentes o intentar la unidad conceptual.

(249) EDJ 1988/1026.

(250) EDJ 1994/4245.

DÍEZ-PICAZO (1988: 490) enseña que la deuda de intereses, encuadrada en una relación obligatoria, tiene dos consecuencias: a) los intereses constituyen una obligación accesorio; b) el interés es considerado como un fruto o producto de capital que, generalmente, es el acreedor principal quien lo recibe, pero cabe la posibilidad de que los mencionados intereses se diversifiquen (DÍEZ-PICAZO 1988: 490), o, como señala VON THUR (1931: 49-50), los intereses pueden no adeudarse al acreedor principal, sino a otra persona. Por ejemplo, a favor de un tercero, en un crédito dado en usufructo, los intereses los percibe el usufructuario.

Como han puesto de relieve DORAL y MARTÍNEZ-PARDO (1980: 526), las obligaciones de pago de los intereses, como característica común, han de ser prestaciones accesorias. Por ello, están incorporadas a una obligación principal de la que dependen y siguen la misma suerte que dicha obligación principal. Aunque el préstamo sea por excelencia un contrato de préstamo de intereses, ello no impide que se pueda estipular intereses en otro tipo de contrato. En todo caso estará limitado a lo previsto en la Ley de usura.

Todo interés constituye un rendimiento de las obligaciones del capital, que no puede hacer nada sin él. Pero, una vez nacida la obligación de intereses, esta tiene sustantividad propia. Así que la obligación de pagar intereses debe considerarse como accesorio de la deuda del capital (arts. 1755 del CC y 314 del CCom.). Ambos preceptos, de análogo contenido, vienen a decir que los préstamos no devengarán intereses sino cuando se hubiera pactado, pero existe unanimidad en la doctrina sobre la obligación de pagar intereses como obligación accesorio de la principal.

2.1.4. LA FACULTAD DE DISPONER POR CAUSA DE MUERTE

2.1.4.1. El crédito propio del testador (artículos 870 y 882 del Código Civil)

Nuestro Código Civil no nos dice qué debemos entender por legado (GONZÁLEZ PACANOWSKA 1985: 15), sino que se limita a establecer qué es un sucesor a título particular (art. 660 del CC). Como escribe PUIG BRUTAU (1971: 832), existen ciertas formas de legados de cosa ajena o de cosa propia que excluyen la idea de sucesión. A esto añade ALBALADEJO (1998: 5) que existen legados sin que el le-

gatario suceda al causante, de la misma forma que hay legados sin liberalidad, lo que le lleva a afirmar que el legado es, como regla, “una disposición por causa de muerte de bienes a título particular, en beneficio del legatario y a cargo del patrimonio del difunto”. Este último aserto no siempre se cumple. En efecto, cuando el objeto de la cosa legada no resulta de la transmisión del testador al legatario (legado de cosa ajena), no se puede hablar del legatario como sucesor a título particular (art. 660 del CC), sino de una “sucesión en sentido económico” (GONZÁLEZ PACANOWSKA 1985: 20) (251). Con ello se quieren explicar aquellos supuestos en que la disposición a título singular recae sobre cosas no pertenecientes al testador o, como señala ECHEVARRÍA DE RADA (2001: 16-17) (252), cuando el gravado se sirve de los medios económicos dejados por el testador para obtener la cosa que debe entregar al legatario. Más concretamente, GONZÁLEZ PACANOWSKA (1985: 20) señala que por medio del legado se pretende atribuir al legatario algo que no está en la herencia, es decir, aunque el objeto del legado no se detrae de la herencia, recae sobre el gravado el cumplimiento del legado (253).

Por otro lado, el legado supone una liberalidad, pero esta característica no es esencial en nuestro ordenamiento jurídico, pues el testador puede realizar legados a favor del acreedor para el pago de créditos (art. 873).

Como afirma LACRUZ (LACRUZ y SANCHO 1988: 313), “el legado es una simple atribución de bienes del causante”. El legado no ha perseguido desde su origen otra cosa que distribuir objetos singula-

(251) La expresión se debe, parece ser, a HARTMANN, asumida en la doctrina italiana para explicar los supuestos en los que la disposición a título singular recae sobre algo que no pertenece al testador. Véase a SCUTO (1916), “Il legato di cose non esistenti nel patrimonio del testatore con particolare riguardo al legato di cosa altrui”, RDC 84, citado por GONZÁLEZ PACANOWSKA (1985: 20).

(252) Señala que “podría hablarse de una sucesión al causante en sentido distinto del jurídico, es decir, de una sucesión en el valor proveniente de la herencia, y, concretado, por decirlo así, en la cosa legada, en cuanto el gravado se sirve de los medios económicos dejados por el testador para obtener la cosa que debe entregar al legatario, o bien presta su actividad a cambio de lo que ha recibido del testador”.

(253) Vid. CLEMENTE DE DIEGO (1927: 28); ROCA SASTRE (1948: 202); ALBALADEJO (1998: 4, 1991: 282); OSSORIO MORALES (1957: 345); ECHEVARRÍA DE RADA (2001: 17).

res del caudal relicto o, como escribe ALONSO PÉREZ (2003: 5120), inicialmente empezó siendo una institución reservada al heredero, como continuador de la sacra familiar. El legado, por el contrario, se transformó en el mejor instrumento de la autonomía testamentaria.

El legatario, como decimos, deriva de una disposición testamentaria y está a cargo de la herencia (GONZÁLEZ PACANOWSKA 1985: 25, ALONSO PÉREZ 2003: 5109), cuya eficacia puede ser real o directa, lo que supone que el legatario adquiere la cosa legada desde el fallecimiento del causante; o de eficacia obligacional o indirecta, en donde la cosa legada debe ser entregada por el heredero, salvo determinados supuestos. Sobre este particular, GONZÁLEZ PACANOWSKA (1985: 35) aprecia que en la sección 10.^a del capítulo 2.^o, título 3.^o, del Libro 2.^o del CC, "De las mandas y legados", el casuismo es extremo, pues no es posible determinar a *prima facie* qué legado es de eficacia real u obligacional. En lo relativo al legado de crédito la doctrina está dividida. Así que, un sector estima, en efecto, que el legado de crédito es de eficacia real (254); por el contrario, otro sector doctrinal (255) estima que el legado de crédito es de eficacia obligacional. Es más, la ley permite la doble eficacia (real y obligacional). Por tanto, GONZÁLEZ PACANOWSKA (1985: 35 y ss.) se pregunta si el efecto real puede ser excluido por la voluntad del testador. La doctrina no se ha decantado de modo expreso sobre este tema, pero en opinión de GONZÁLEZ PACANOWSKA (1985: 35) las normas sobre legados no son de *ius cogens*, sino, por el contrario, son interpretativas de la voluntad del testador. Con todo, afirma que, teniendo en cuenta la eficacia real del legado de cosa propia del testador (art. 882), se puede apuntar que tienen dichos efectos los legados de cosa ajena, el legado de crédito y el de liberación o perdón.

En otro orden de cosas, conforme a lo dispuesto en el art. 858, párrafo 1.^o, del CC, el gravado con un legado puede ser el heredero o legatario, pero cuando el gravamen lo soporta el legatario en beneficio de un tercero o del propio testador, estamos ante un

(254) *Vid.* ROCA SASTRE (KIPP *et al*, 1976: 572); ALBALADEJO (1998: 182); FERNÁNDEZ-PACHECO (1979: 10); GARCÍA CANTERO (1973: 795); LACRUZ y SANCHO (1988: 330); GONZÁLEZ PACANOWSKA (1985: 35).

(255) *Vid.* ROYO MARTÍNEZ (1951: 179 y ss.); SERRANO GARCÍA (1975: 633); OSSORIO MORALES (1957: 390); MIGUEL TRAVIESAS (1931: 136); PUIG BRUTAU (1977: 444).

sublegado que, como veremos más adelante, cabe el sublegado de crédito. En opinión de LACRUZ (LACRUZ y SANCHO 1988: 313), además del testador intervienen el favorecido o legatario y el gravado (heredero), que, según sea heredero o legatario, estaremos ante un legado o sublegado. Por su parte, ROCA SASTRE (KIPP *et al*, 1976: 535, ROCA-SASTRE MUNCUNILL 1994: 14) admite, por el contrario, la posibilidad de que un tercero pueda ser beneficiario de un legado. A este respecto, ALBALADEJO (1998: 13-14) comenta que el art. 858, párrafo 1.º, del CC supone la hipótesis de un tercero no sucesor.

A colación de lo expuesto, la STS de 16-1-1932 (256) afirma que “el legado de cosa ajena no debe nunca entenderse más que en sentido restrictivo por ser excepcional, ya que la facultad jurídica de disposición de bienes se ejercita ordinariamente sobre cosas propias”. El art. 870 del CC no supone una atribución patrimonial existente en la herencia, como tampoco una liberalidad, sino una atribución del testador que deja un crédito a un tercero a título de legado, que puede corresponderle al heredero o al legatario, aunque también a un tercero, que es el supuesto más común, pero no necesariamente.

2.1.4.2. El crédito ajeno: el legado de cosa ajena (artículos 860 y 861 del Código Civil)

Los arts. 861 y ss. del CC usan la expresión “cosa” como objeto de legado. A este respecto GONZÁLEZ PACANOWSKA (1985: 51) (257) subraya que dicha expresión no debe quedarse limitada al legado de derecho de propiedad sobre cosa ajena, sino que también puede ser objeto de legado un derecho de crédito perteneciente a una persona distinta del testador. Sería, por tanto, titular del derecho de crédito el gravado o un tercero, quienes tendrían la obligación de ceder el crédito a otro tercero a título de legado, o bien adquirirlo para cederlo al legatario. De este supuesto se hace necesaria

(256) (RA 867).

(257) GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2001: 1017); LACRUZ y SANCHO (1988: 323); MEDINA ALCOZ (2005: 76); GARCÍA CANTERO (1973: 793); FERNÁNDEZ-PACHECO (1979: 19 y 28); ALBALADEJO (1998: 238); OSSORIO MORALES (1957: 392); ECHEVARRÍA DE RADA (2001: 24); MARTÍN PÉREZ (1982: 5323); SERRANO GARCÍA (1975: 636); ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1994: 30); MORENO QUESADA (1961: 636).

la combinación (258) de las disposiciones relativas a los legados de cosa ajena (arts. 861 y 862 del CC) con las normas del legado de crédito (arts. 870 y 871 del CC). Y, esto es así, comenta ALBALADEJO (1998: 44), porque el problema del legado de cosa ajena está en si la cosa debe estar en el patrimonio hereditario o, por el contrario, se trata de una obligación que el testador le impone al gravado. Dicho problema está en que los arts. 861 y 862 hablan de la validez del legado de cosa ajena, pero no dicen cuándo estamos ante dicho legado. Hay que acudir a otros preceptos para lograr dar forma al susodicho legado de cosa ajena.

Así que, retomando el supuesto anteriormente expuesto, habría que añadir que el testador sabía que el crédito era ajeno (art. 861, párrafo 2.º, del CC) (259), cuya prueba corresponde al legatario (art. 862, párrafo 2.º, del CC) (260), pero, si ignora su ajenidad, será nulo de pleno derecho (art. 862, párrafo 1.º, del CC). Además, el art. 865 establece que la cosa legada debe estar en el comercio (GONZÁLEZ PACANOWSKA 1985: 75, MEDINA ALCOZ 2005: 79).

En opinión de GONZÁLEZ PACANOWSKA (1985: 90), "el legado de cosa ajena es el de una cosa que es ajena en el momento del testamento y sigue siéndolo a la apertura de la sucesión", cuya esencia está en la alienidad (GONZÁLEZ PACANOWSKA 1985: 90, GARCÍA CANTERO 1973: 807). De ahí que, si el testador sabía que la cosa era ajena, el legado es válido. LACRUZ (LACRUZ y SANCHO 1988: 323) puntualiza que se trata de un legado de eficacia obligacional, en donde el testador puede imponer al heredero la obligación de proporcionar al legatario bienes, cosas o derechos que no le pertenecen. En consecuencia, se

(258) GONZÁLEZ PACANOWSKA (1985: 44); O'CALLAGHAN MUÑOZ (2008: 874); MARTÍN PÉREZ (1982: 5323); MEDINA ALCOZ (2005: 77); OSSORIO MORALES (1957: 392).

(259) GONZÁLEZ PACANOWSKA (1985: 98-99) lo califica de elemento subjetivo. El art. 861 exige que el testador en el momento de legar la cosa si sabía que era ajena, es válida. Aquí la alienidad tiene valor de presunción *iuris tantum*, que en este caso corresponde al legatario su plena acreditación para la validez del legado.

(260) GONZÁLEZ PACANOWSKA (1985: 102) señala que el origen de la prueba de la alienidad está en un pasaje de Marciano (D. 22,3,21), criterio que ha sido asumido por el art. 861, párrafo 2.º, del CC, así como por la legislación precedente. Cfr. OSSORIO MORALES (1957: 384); SCAEVOLA (1945: 269); ALBALADEJO (1998: 79); MEDINA ALCOZ (2005: 80).

trata de un supuesto excepcional (MEDINA ALCOZ 2005: 75) o anómalo (ROCA SASTRE 1948: 201), que deberá ser interpretado restrictivamente (261) y que consiste en la imposición de una obligación al gravado de adquirir una cosa ajena, quedando el legatario como acreedor favorecido (ROCA SASTRE 1948: 201, MEDINA ALCOZ 2005: 75). Para determinar el momento en que la cosa legada es válida, se atiende al criterio de la apertura de la sucesión (MEDINA ALCOZ 2005: 78), ya que los arts. 861 y 862 no dicen nada al respecto.

No existe unanimidad en la doctrina sobre la naturaleza de la obligación del gravado. Así, el art. 861, párrafo 1.º, del CC dispone: "El heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario; y, no siéndole posible, a dar a ésta su justa estimación". En opinión de ROYO MARTÍNEZ (1951: 171), el fundamento de la obligación de adquirir para después entregar está en la voluntad del testador; para ROCA SASTRE (1948: 204), el heredero debe adquirirla para después entregársela al legatario, pero, si no puede adquirir dicha cosa, podrá satisfacer su valor escueto, es decir, sin perjuicios añadidos; para MORENO QUESADA (1961: 615 y ss.), se trata de una obligación alternativa porque el propio art. 861 del CC establece el deber de adquirir y, si no es posible, entregará en su lugar el valor o precio estimativo; por su parte, OSSORIO MORALES (1957: 386) estima que se trata de una obligación subsidiaria; para DÍAZ CRUZ (1951: 167) (262) estamos ante una obligación facultativa; por su parte, GARCÍA CANTERO (1973: 808) (263) afirma que no cabe una obligación facultativa, como tampoco alternativa, sino que el legado de cosa ajena es la única obligación consistente en adquirir la cosa legada y transmitirla al legatario.

Los arts. 861 y 862 del vigente CC tienen su precedente legislativo en los arts. 846 y 847 del Anteproyecto de 1882-88, así como en el art. 679 del Proyecto de Código Civil de 1851. En todos ellos se sigue la regla de la alienidad para determinar la validez del legado,

(261) STS de 16-1-1932 (RA 867).

(262) *Vid.* ALBALADEJO (1991: 307-308); ECHEVARRÍA DE RADA (2001: 28); GARCÍA CANTERO (1973: 808); GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2001: 1017); OSSORIO MORALES (1957: 194); ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1994: 35); ALBÁCAR LÓPEZ y CASTRO GARCÍA (1992: 828); VALLET DE GOYTISOLO (1947: 2).

(263) *Vid.* GONZÁLEZ PACANOWSKA (1985: 159); ALBALADEJO (1991: 307-308); ECHEVARRÍA DE RADA (2001: 28); GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2001: 1017); ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1994: 35); VALLET DE GOYTISOLO (1947: 2).

cuya regla fue introducida por el Derecho romano (264) (D. 31,67,8). Nuestro sistema parte del concepto que nos proporcionan las *Instituciones* de Justiniano (265), que tomó a su vez del D. 32, único, pasando posteriormente a nuestro Derecho de Partida (P. 6.^a, tít. 9.^o, Ley 10.^a). Pero, como escribe GONZÁLEZ PACANOWSKA (1985: 76 y ss.), en el art. 679 el Proyecto Isabelino se apartó del precedente francés (art. 1021), que estableció la nulidad del legado de cosa ajena que, como anotó GARCÍA GOYENA (1974: 368), nuestro precepto (art. 679) no ha tomado como necesaria la manifestación del testador, porque existen otros medios de prueba que, en todo caso, valorará el juez.

El art. 837 del Código Civil italiano de 1865 admitió el legado de cosa ajena, pero la alienidad no tenía que probarla el legatario, sino el propio testador de modo expreso en el testamento. El vigente art. 651 del Código Civil italiano de 1942 admite, de igual modo, el legado de cosa ajena, pero no existe el rigor probatorio de su precedente legislativo, ya que permite que el testador manifieste la alienidad en testamento o por medio de una declaración escrita. La regulación alemana es totalmente diferente a la expuesta. El parágrafo 2169, apartado 1.^o, bajo el epígrafe "Legado de bienes ajenos", dispone que "el legado de un bien determinado es ineficaz en la medida en que el bien no pertenece a la herencia al producirse la muerte del causante, a no ser que el bien deba atribuirse al designado incluso en el caso en que no pertenezca a la herencia", disponiendo el parágrafo 2170, apartado 1.^o, que "si el legado de un bien que no pertenece a la herencia al producirse la muerte del causante es eficaz según el parágrafo 2169, apartado 1.^o, el gravado debe obtener el bien para el designado".

Conforme a lo expuesto, se parte de que el legado de cosa ajena es ineficaz, si el bien no pertenece a la herencia en el momento del fallecimiento del causante, salvo que dicho bien haya sido designado, aunque no exista en la herencia. El parágrafo 2170 aclara que, si

(264) Según GONZÁLEZ PACANOWSKA (1985: 63), el conocimiento de la alienidad se debe a la sentencia de Neracio Prisco y a una constitución de Antonino Pío.

(265) HERNÁNDEZ-TEJERO, Jorge (1961: 126-127), Libro 2.^o, título 21.^o, que dice: "*Lo mismo pueden legarse las cosas corporales que las incorpóreas y, por tanto, el testador puede legar lo que le deben, en cuyo caso el heredero cederá sus acciones al legatario, salvo si el testador hubiese exigido en vida de la deuda, pues entonces se extingue el legado*".

el bien legado no pertenece a la herencia, pero es válido por el 2169 (ha sido designado, aunque no en la herencia), el gravado debe obtener el bien para el designado.

Nuestra legislación foral tampoco es muy concordante. Así, EGUSQUIZA BALMAEDA (2002: 734-735), comentando la ley 249 del FN, señala los dos requisitos para la validez del legado de cosa ajena: a) el testador sabía que el objeto legado no le pertenecía; b) corresponde al legatario probar dicha alienidad. A diferencia del art. 861 del CC, la ley 249 del FN se aproxima a una obligación facultativa, pues una vez probada la alienidad, el legatario puede liberarse de la obligación, abonando el valor o cumpliendo la voluntad del testador.

Por el contrario, el art. 427-24, párrafos 1.º y 2.º, del Código Civil de Cataluña reconoce el legado de cosa ajena, pero lo plantea de forma diferente. Así, el legado de cosa determinada, propia del gravado o de un tercero, solo será válido cuando el testador atribuya la cosa al favorecido, aunque no exista en la herencia. Por ello, el gravado queda obligado a adquirir la cosa y entregarla al legatario. Pero si no puede o la cosa es muy gravosa, puede liberarse pagando su justo valor. Este precepto no sigue la doctrina romanista del legado de cosa ajena, como es el caso del art. 861 del CC, o de la ley 249 del FN, en donde se parte de una cosa ajena y su prueba corresponde al legatario. En cambio, el art. 427-24 del CCC parte de una cosa propia que, por voluntad del testador, es atribuida al favorecido, no teniendo que probarlo el legatario. Coinciden la ley 249 del FN y el art. 427-24 del CCC en la liberación del legado.

Capítulo tercero

EFFECTOS DE LOS DERECHOS INCORPORALES EN EL LEGADO DE CRÉDITO

3.1. EFECTOS DEL LEGADO ENTRE PARTES Y FRENTE A TERCEROS

3.1.1. EL LEGADO SURTE EFECTOS EN EL TODO O EN LA PARTE DEL CRÉDITO MÁS LOS INTERESES DEBIDOS AL TIEMPO DEL FALLECIMIENTO DEL TESTADOR

El epígrafe del que hemos partido es casi la redacción del art. 870,

párrafo 1.º, del CC, pues el testador titular de un crédito frente a un tercero puede legarlo en la parte del crédito, pero también cabe legarlo en el todo, según lo dispuesto en la parte final del repetido art. 870, párrafo 1.º, donde dice: "subsistente al tiempo de morir el testador". Es completado con lo dispuesto en el párrafo 4.º del mencionado art. 870, que establece: "el legado comprenderá los intereses que por el crédito [...] se debieren al morir el testador".

El legado de crédito consiste en una atribución económica susceptible de transmisión por un acto de disposición testamentaria, operando de este modo una sucesión particular en el crédito, en el cual, no obstante, la sustitución del sujeto permanece inalterado.

En el Derecho romano, escribe BIONDI (1960: 459), se transmite el crédito, pero no la cosa debida. En la práctica actual se lega un crédito para obtener una suma de dinero (FERNÁNDEZ-PACHECO 1979: 8) más los intereses que se debieran al morir el testador, por ello, con acierto el profesor GARCÍA CANTERO (1973: 794) escribe que el testador puede legar toda clase de créditos susceptibles de transmisión por causa de muerte, siendo titular de varios, de uno o de todos los que le pertenecen, salvo los personalísimos (FERNÁNDEZ-PACHECO 1979: 2, SERRANO GARCÍA 1975: 635), pues con el crédito se transmiten todos sus accesorios, garantías, fianzas, prenda e hipoteca con que se hubiese garantizado (arts. 883 y 1528 del CC) (266). Ello supone que el heredero debe actuar a favor del legatario beneficiario, proporcionándole todas las acciones y derechos del testador en el momento de su muerte (art. 870, párrafo 1.º, del CC). Por tanto, si el crédito se ha pagado en parte, solo se transmite el crédito restante, pero si el crédito se ha pagado en su totalidad, no existe el legado por falta de objeto (267), es totalmente ineficaz. Esta ineficacia también se produce, según GARCÍA CANTERO (1973: 794), cuando el acreedor demanda judicialmente al deudor, quedando, por tanto, revocado el legado.

La solución del art. 870, párrafo 1.º, del CC no cambia el crédito por el hecho de que el testador (acreedor) disponga por causa de muerte del mencionado crédito del que es titular frente a un tercero, pues dicha disposición se transmite *ipso iure* al legatario testamentario, quedando el tercero (el deudor) obligado frente al beneficiario

(266) *Vid.* GARCÍA CANTERO (1973: 795); ALBALADEJO (1998: 220).

(267) *Vid.* GARCÍA CANTERO (1973: 794); ALBALADEJO (1998: 228-229).

del crédito, o, como lo expresa DE HARO (1929: 506), se produce una transferencia de crédito del acreedor a favor del legatario, el cual se convierte en beneficiario del crédito frente al deudor. En todo caso, si el testador no impusiera instrucciones al heredero para entregar de inmediato al legatario el crédito, deberá, como ha puesto de relieve GARCÍA CANTERO (1973: 795) (268), notificar al legatario que ha sido designado titular de un crédito y, por tanto, le pertenece dicho crédito desde el fallecimiento del testador. Esta solución, como comenta ALBALADEJO (1998: 229), consiste en elegir el camino más largo para llegar al efecto del crédito testado. Esto es debido a la dualidad existente entre los arts. 882 y 885 del CC, en donde el primero establece el efecto automático, cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador (269), adquiriendo el legatario la cosa desde su fallecimiento; y el segundo dice que el legatario no puede acceder a la cosa legada por su propia autoridad (270).

La dualidad planteada tiene su origen en el Derecho romano, que, como ha señalado BIONDI (1960: 459), inicialmente era el heredero quien sucedía al causante y, por tanto, este cedía el crédito mediante una *procuratio in rem suam*. El *heres* otorgaba un *mandatum* al legatario, designándole como *procurator* y quedando como titular del crédito (*vid.* ARIAS BONET 1950: 66). En la época posclásica impera la libertad de formas (GAYO 2.197), y, con ello, empezó a separarse la cesión como acto de voluntad del heredero y como negocio entre este y el legatario (ARIAS BONET 1950: 68), consolidándose por la Constitución de Diocleciano del 294, donde otorga una *actio utilis* (271), que, como escribe BIONDI (1960: 460), se desvincula de la cesión y comienza a tener efectos directos.

(268) En análogos términos, LACRUZ y SANCHO (1988: 330); FERNÁNDEZ-PACHECO (1979: 11).

(269) *Vid.* OSSORIO SERRANO (1991: 2127); OSSORIO MORALES (1954: 390); MIGUEL TRAVIESAS (1931: 136); SERRANO GARCÍA (1975: 635).

(270) *Vid.* GARCÍA CANTERO (1973: 795); LACRUZ y SANCHO (1988: 330); FERNÁNDEZ-PACHECO (1979: 10-13); ALBALADEJO (1998: 229); DÍAZ CRUZ (1951: 274).

(271) D. 30,82,5.

A mi juicio, el problema está en que el objeto del legado en el Derecho romano tiene varias acepciones (272), y en las Instituciones de Justiniano (Libro 2.º, tít. 20.º, párr. 21.º) se recoge el criterio de que "el heredero cederá sus acciones al legatario", pasando de ese modo al Derecho de Partidas (P. 6.ª, tít. 9.º, Ley 47.º), y al art. 686 del Proyecto de 1851, de análoga redacción al art. 854 del Anteproyecto de 1882 y al vigente art. 870 del CC.

Con todo, estoy de acuerdo con la mejor doctrina, que estima que el legatario recibe *ipso iure* el legado, salvo disposición en contrario.

3.1.2. LA CADUCIDAD *VERSUS* LA REVOCACIÓN DEL LEGADO DE CRÉDITO

La dicción del art. 871, párrafo 1.º, del CC es clara cuando dice: "Caduca el legado de que se habla en el artículo anterior si el testador, después de haberlo hecho, demandare judicialmente al deudor para el pago de su deuda, aunque éste no se haya realizado al tiempo del fallecimiento" (273). Lo que no está claro es que estemos ante una caducidad, sino ante una revocación tácita (GARCÍA CANTERO 1973: 794). Pues, cuando el testador haya legado un crédito, si después demanda judicialmente al deudor, se entiende revocado tácitamente el legado (274), porque con el ejercicio de dicha demanda lo que pretende el testador es cobrar el crédito existente. Si, en efecto, lo cobra, no existe el crédito, ni tampoco existe legado de crédito o, como dice ALBALADEJO (1998: 224), cuando tenga lugar el cobro, se extingue el legado, no por revocación, sino por suprimir su objeto. Por tanto, estamos ante una imprecisión técnica (275): se usa "caducidad" cuando en realidad es una "revocación".

(272) D. 50,16,6; 30,82,5; 31,76,3.

(273) Este precepto, que tiene su antecedente en el art. 687 del Proyecto de Código Civil de 1859, que empleó la expresión "caduca", el art. 855 del Anteproyecto de 1882-89, de análoga redacción al vigente art. 871, párrafo 1.º, del CC.

(274) Cfr. ALBALADEJO (1998: 225); OSSORIO SERRANO (1991: 2129); MARÍN CASTÁN (2000: 51); ALBÁCAR LÓPEZ y CASTRO GARCÍA (1992: 849).

(275) Vid. ALBALADEJO (1998: 225); OSSORIO SERRANO (1991: 2129); MARÍN CASTÁN (2000: 52); ALBÁCAR LÓPEZ y CASTRO GARCÍA (1992: 849); ROYO MARTÍNEZ (1951: 175).

No importa, comenta O'CALLAGHAN MUÑOZ (2008: 882), que la demanda prospere o que sea desestimada e, incluso, que fallezca el testador antes de finalizar el proceso (OSSORIO SERRANO 1991: 2129) (276). Lo relevante del art. 871, párrafo 1.º, del CC es que el testador (acreedor) del crédito reclame judicialmente al deudor la deuda pendiente, aunque esta no haya sido realizada al tiempo de su fallecimiento. No obstante, escribe OSSORIO SERRANO (1991: 2129), para entender que estamos ante una revocación del legado es imprescindible obtener una satisfacción del crédito por vía judicial; por el contrario, MARÍN CASTÁN (2000: 53) estima que hay que combatir la expresión literal de la presentación de la demanda con todos sus requisitos procesales, pues en su opinión basta con la mera reclamación o, en su caso, conciliación, aunque después no llegue a interponerse la demanda para entender el legado revocado tácitamente. ALBALADEJO (1998: 225) (277) objeta a esto, afirmando que, para que el legado de crédito quede revocado, deberá el testador reclamar judicialmente contra el tercero. Esta opinión la comparten ALBÁCAR LÓPEZ y CASTRO GARCÍA (1992: 849), diciendo que, para que se hable de revocación del legado, hay que ejercer una pretensión por el causante contra el tercero. La reclamación para que sea válida debe tener carácter previo a la demanda judicial. No caben, por el contrario, comunicaciones extrajudiciales de pago para ser revocado el legado efectuado. Por su parte, SCAEVOLA (1945: 339) señala que la regla de la caducidad no significa otra cosa que el cambio en la intención del testador; a lo que SERRANO GARCÍA (1975: 639) añade que el legado de crédito puede quedar sin efecto (caducidad) por varias razones: porque el crédito fue satisfecho; por demanda judicial hecha contra el deudor para el pago de la deuda (caducidad presunta). Sin embargo, apreciamos en FERNÁNDEZ-PACHECO (1979: 17-18) (278) el doble sentido que tiene "caducidad" y "revocación". Así, el legado caduca por cancelación, renuncia, condonación, prescripción y por

(276) Estima que, si el testador dispone que no prospere la demanda, el legado puede ser válido.

(277) Este criterio ha sido corroborado por MANRESA y NAVARRO (1951: 753); DÍAZ CRUZ (1951: 275); SÁNCHEZ ROMÁN (1910: 1316); LLEDÓ YAGÜE (1991: 547).

(278) SÁNCHEZ ROMÁN (1910: 1315) sostiene que el pago es una forma de caducidad en donde se transforma el legado de crédito en un legado de cantidad, salvo voluntad en contrario del testador.

insuficiencia en la masa hereditaria, pero, cuando el testador reclama del deudor la deuda debida es lo que justifica la revocación del legado por voluntad del testador. Como escribe con acierto GARCÍA CANTERO (1973: 794), el testador, después de haber ordenado el legado, si demanda judicialmente al deudor para el pago de la deuda, produce una revocación tácita, aunque el pago no se haya realizado. Compartimos la doctrina mayoritaria, para la cual la expresión "caducidad" del art. 870, párrafo 1.º, del CC se trata de una imprecisión y, en su lugar, estamos ante una "revocación", que se produce ante la reclamación judicial del acreedor frente al deudor, una vez legado el crédito.

Nótese que los arts. 737 a 742 del CC regulan la revocación e ineficacia de los testamentos. Concretamente, el art. 737 establece que: "Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables". Con ello se quiere poner de relieve el carácter universal del negocio jurídico testamentario, además de recoger la última voluntad de su autor (el testador); y su carácter esencialmente revocable (FERNÁNDEZ HIERRO 2005: 812, PUIG BRUTAU 1977: 204). Por tanto, la revocación consiste en "la declaración de voluntad, expresa o tácita del testador, por la que priva de eficacia jurídica en todo o en parte de un testamento anterior".

El art. 739, párrafo 1.º, del CC recoge la regla general de la revocación tácita, salvo disposición en contrario (ALBALADEJO 1983b: 402, LACRUZ y SANCHO 1988: 294), que tiene su antecedente en el Derecho romano de la incompatibilidad de llamamientos testamentarios sucesivos (PASTOR RIDRUEJO 1964: 192) "*quod nullum est nullum producit effectum*", que recogió nuestro Derecho de Partidas (6,1,25) (279) constituyendo los antecedentes del art. 719 del Proyecto de Código Civil de 1851, de análoga redacción al vigente art. 739-1.º del CC.

Por otro lado, añade FERNÁNDEZ HIERRO (2005: 814) que en la revocación se distingue: la expresa, tácita y real o material. Concretamente, la tácita sería aquella "derogación en la que por una nueva manifestación testamentaria se entiende la primera derogada", remitiéndose al art. 739, donde se añade (FERNÁNDEZ HIERRO 2005: 815) que tiene lugar la revocación tácita cuando el testador otorga otro testamento sin expresar que revoca el anterior.

(279) PASTOR RIDRUEJO (1964: 193); LACRUZ y SANCHO (1988: 295) DÍEZ-PICAZO (1960: 43).

Como señala LACRUZ (LACRUZ y SANCHO 1988: 296), el art. 739, párrafo 1.º, sólo está fundado en la presunción de que responde a la voluntad del testador. Por tanto, cuando la interpretación permita llegar a una conclusión contraria, la regla debe quedar descartada, o, como escribe PASTOR RIDRUEJO (1964: 21-22), la ley protege la última voluntad: la manifestada posteriormente enerva la anterior porque tiene más probabilidades objetivas de ser real.

En el Derecho comparado el art. 682 del Código Civil italiano de 1942, del que ha señalado CICU (1959: 209) "que el testamento posterior que no revoca de manera expresa los precedentes anula en estos únicamente las disposiciones que sean incompatibles", añade que para el testador que redacta un nuevo testamento, olvidándose del anterior, no existe un efecto revocatorio, sino una incompatibilidad objetiva. Según el parágrafo 2258 del Código Civil alemán, la revocación supone una ineficacia posterior a su otorgamiento. En opinión de BINDER (1953: 118), en el Derecho alemán la revocación sigue el criterio del Derecho romano, pues no solo se puede realizar por medio de un nuevo testamento, sino por la destrucción o cambio en donde se manifiesta la voluntad de suprimir en todo o parte el testamento anterior.

3.1.3. LOS EFECTOS FRENTE A TERCEROS EN EL LEGADO DE CRÉDITO

El legado ordenado por el testador, vía testamentaria, tiene efectos entre las partes y frente a terceros, una vez fallecido el causante.

Por lo que se refiere al efecto frente a tercero, GETE-ALONSO (1981: 327-328) (280), escribe que el art. 42, párrafo 7.º, de la LH es una de las pocas garantías que se establecen a favor del legatario y fuera del Código Civil. Por esta particularidad ofrece una especial calificación, esto es, aquel que no pueda promover el juicio de testamentaria. Ciertamente, el art. 42, párrafo 7.º, de la LH admite la anotación preventiva del legado cuando dice: "El legatario que no tenga derecho, según las leyes, a promover el juicio de testamentaria". Obviamente, el legatario de crédito no puede promover el juicio voluntario de testamentaria (art. 782 de la LEC), pues está reservado al legatario de parte alícuota (GETE-ALONSO 1981: 328).

(280) En análogos términos, LACRUZ y SANCHO (1988: 319-320); OSSORIO SERRANO (1985: 365).

Además, es un legado, como dice CHICO Y ORTIZ (1994: 1162), de cosas determinadas a las que se pueden asimilar los créditos, pensiones o bienes inmuebles. La preventiva supone una titularidad de consolidación por la entrega (GETE-ALONSO 1981: 329) (281). Por otro lado, el mencionado art. 42-7.º, puesto en relación con el art. 47 de la LH, en sentido amplio, dice, a los legados de bienes inmuebles, de créditos o de pensiones se les podrá pedir en cualquier tiempo su anotación preventiva. Este derecho, a favor del legatario, escribe CHICO Y ORTIZ (1994: 1164), tiene su razón de ser y necesidad de protección frente a los herederos que, gravados con legados, pueden incidir en la herencia.

En general, como hemos apuntado más arriba, cabe decir que se puede anotar preventivamente en cualquier momento, pero se debe contar desde el fallecimiento del testador y hasta que se verifique la entrega de la cosa legada. Transcurrido dicho plazo no pueden obtener anotación y, con ello, pierden, según CHICO Y ORTIZ (1994: 1169), la protección a modo de garantía *erga omnes*, que el legatario tiene a los posibles actos dispositivos del heredero.

En cuanto a los efectos entre las partes, los designados beneficiarios son quienes han de demostrar su cualidad ante el notario actuante. LACRUZ (LACRUZ y SANCHO 1988: 218) (282) explica que en el período que media entre el otorgamiento y la muerte del testador, el testamento carece de toda relevancia frente a terceros, y frente a los propios designados. Como añade FERNÁNDEZ HIERRO (2005: 7), no puede afirmarse que la voluntad del testador sea interina o provisional, porque el testador que emite su voluntad testamentaria es para tener carácter definitivo y vinculante después de su muerte, lo que no impide que pueda modificarlo o revocarlo. CÍCU (1959: 21) añade que el testamento no produce ningún efecto hasta el momento de

(281) Señala que la LH clasifica los legados en base al principio de especialidad y, conforme al mismo, distingue entre: específico, aquellos que el art. 47 de LH denomina bienes inmuebles, créditos y pensiones, y no específicos, los de género o cantidad según los arts. 48 y 52 de la LH.

(282) Señala que nuestro Código no proporciona un concepto de testamento (art. 667 del CC), y que ha sido criticado por la doctrina por no ser un acto, sino un negocio jurídico en donde el testador no ruega o aconseja, sino que ordena o manda. Por ello, el TS, en sus sentencias de 8-7-1940 (RA 689), 21-11-1958 (RA 3800) y 12-11-1964 (RA 5080), entre otras, ha completado el concepto del art. 667 del CC.

la muerte del testador, por ello se dice que estamos ante un negocio jurídico, cuyos efectos, añade FERNÁNDEZ-PACHECO (1979: 14-15), son de carácter real porque adquieren la titularidad del objeto al morir el testador, lo que conlleva los siguientes efectos: a) el legatario tiene la titularidad del crédito, pudiendo disponer a título gratuito o por causa de muerte; b) el heredero no puede disponer del objeto legado, gravarlo o enajenarlo, pues solo le corresponde la posesión; c) los acreedores del heredero no pueden dirigirse contra el crédito legado, pues el heredero es un mero poseedor; d) los acreedores del legatario pueden solicitar el afianzamiento.

Capítulo cuarto

EL LEGADO DE CRÉDITO EN EL DERECHO FORAL

4.1. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 427-31 DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

4.1.1. EL ARTÍCULO 427-31 DE LA LEY 10/2008, DE 10 DE JULIO, DEL LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA, RELATIVO A LAS SUCESIONES: ASPECTOS GENERALES

El art. 427-31 del Código Civil de Cataluña regula el “legado de crédito y de deuda”, dedicando dicho precepto cinco párrafos a los mencionados legados.

El referido art. 427-31, párrafo 1.º, del CCC dispone que “El legado de crédito [...] solamente es eficaz en la parte del crédito [...] subsistente al momento de la muerte del causante”. Añadiendo en el párrafo 3.º que “el heredero tiene que entregar al legatario los documentos y los títulos de los créditos que se encuentran en el patrimonio del causante” (283).

(283) El art. 427-31 del Código Civil de Cataluña tiene su antecedente en el derogado art. 291, párrafos 1.º y 2.º, de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, cuyos preceptos son de análoga redacción, salvo matizaciones, como es el caso de que el vigente art. 427-31 emplea la expresión “el legado de crédito”; en cambio, el art. 291, párrafo 1.º, emplea la expresión

Los dos párrafos transcritos son los que el legislador catalán de 2008 dedica al legado de crédito, que, como dispone la exposición de motivos de la Ley 10/2008, de 10 de julio, “en materia de legados, se sistematiza la extensa y cuidada normativa del anterior Código de Sucesiones, que recuperó la del Proyecto de compilación de 1955, y se introducen algunas disposiciones para satisfacer las necesidades del tránsito [...]”. Se mantiene también la posibilidad de reducir los legados si son excesivos”. Quedando aclarado con lo expuesto que la intención del legislador es, por un lado, sistematizar la extensa y cuidada normativa del Código anterior, y por otro lado, reducir los legados si son extensos.

El art. 427-31, párrafo 1.º, del Código Civil de Cataluña, al igual que lo dispuesto en el parágrafo 2173 del Código Civil alemán, el art. 658 del Código Civil italiano de 1942, y el art. 870 del Código Civil español, no define el legado de crédito, sino tan solo se limita a proporcionar una descripción (concepto descriptivo): en qué consiste el legado de crédito. Si cotejamos dichos preceptos, apreciamos que el Código Civil alemán (BGB) dispone que “si el causante ha legado un crédito que le corresponde, y antes de la muerte del causante se ha realizado la prestación y el bien prestado todavía se encuentra en la herencia, en caso de duda se entiende que este bien debe ser atribuido al designado”; el art. 658 del *Codice* dispone que “el legado de un crédito [...] tiene efectos sólo en cuanto a la parte del crédito [...] que existe al tiempo de la muerte del testador”; en cambio, el art. 870, párrafo 1.º, del Código Civil español dispone que “el legado de un crédito contra tercero [...] sólo surtirá efecto en la parte del crédito [...] subsistente al tiempo de morir el testador”.

De la lectura expuesta se aprecia a primera vista que la redacción de los Códigos catalán, italiano y español coincide ampliamente, pero el precepto alemán, según BINDER (1953: 329-330) (284), trata

“el legado de un crédito”, estimando que la dicción del precepto vigente, art. 427-31, es más acertada, por cuanto permite legar no solo uno, sino varios o todos. Esta es la opinión que sostenemos.

(284) Escribe que en el Derecho romano se podía transmitir el crédito mediante tres formas: la atribución de un crédito existente en la masa de la herencia al legatario; la liberación del deudor de su deuda mediante legado; y el legado del cumplimiento de una obligación hecha al acreedor. El BGB optó por el primero, concretamente en la modalidad contra terceros. El BGB regula expresamente el supuesto de que el crédito se haya extinguido por cumpli-

de la atribución de un crédito existente en la masa de la herencia al legatario, que de existir todavía en la herencia se entiende subrogado en lugar del crédito.

De los cuatro preceptos expuestos se puede entresacar que el crédito debe pertenecer al testador (acreedor), aunque cabe legar un crédito ajeno, como veremos más adelante. Puede ser en el todo, o en la parte del crédito restante más los intereses debidos, aunque ninguno de los artículos trascritos aluden a ello. Además ha de beneficiar a un tercero (legatario) y debe subsistir el crédito al tiempo de fallecer el testador. A mi juicio, esta última expresión, "testador", es más exacta que "causante", pues con ella alude al ya fallecido y la eficacia del legado de crédito se debe entender desde el fallecimiento de su autor (el testador). Por lo demás, las coincidencias son notables como hemos puesto de relieve a lo largo del trabajo, pues se trata de un legado de crédito y cada ordenamiento jurídico proporciona las normas sobre las que ha de regirse.

Debemos, no obstante, destacar que el art. 427-31, párrafos 1.º y 3.º, está complementado por el art. 427-20, párrafo 1.º, en donde el legado de eficacia real hace suyos los frutos e intereses a la muerte del causante, pues, como decimos, la regulación del legado de crédito (art. 427-31) omite lo relativo a los intereses que le corresponde al legatario en la parte del crédito legado al tiempo del fallecimiento del testador. Así, el art. 427-10, párrafo 2.º, señala que, en efecto, en los legados de eficacia real el legatario tendrá derecho a los intereses pendientes desde el momento de la muerte del testador. En mi opinión, estamos ante un legado de eficacia directa, pues el art. 427-10 del *Codi* distingue entre los legados de eficacia real u obligacional. Así que el párrafo 2.º del repetido art. 427-10 afirma el carácter real o vindicatorio de la cosa legada, cuando es propia del causante. Además, el párrafo 1.º del mismo art. 427-10, sobre los legados obligaciones o damnatorios, añade en su parte final que "Si la prestación consiste en entregar los bienes o derechos que el legatario tiene que adquirir en cumplimiento del legado, estos se consideran adquiridos directamente del causante". Todo ello corroborado por los arts. 427-14,1.º y 427-15,1.º del *Codi*.

miento antes de la apertura de la sucesión. Así que, si el objeto de la prestación existe en la masa hereditaria, se entiende subrogado en el lugar del crédito.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico catalán regula con detalle la aceptación y repudiación del legado en el art. 427-16 del *Codi*. Así, según el párrafo 1.º del repetido art. 426-16, el legatario puede aceptar expresa o tácitamente y con ello consolida su situación, pero, si repudia el legado, queda en la herencia o en el patrimonio del gravado, salvo que esté prevista la sustitución vulgar o el derecho a acrecer. Añadimos que el legatario no puede aceptar y repudiar conjuntamente, sino una cosa u otra, ya que son excluyentes e irrevocables (art. 427-16, párrafo 3.º), *vid.* GARRIDO MELERO (2000: 587-588) (285).

Asimismo, el legatario favorecido con otro legado puede aceptar uno y repudiar el otro, salvo que el legado repudiado sea oneroso o el causante disponga otra cosa, en cuyo caso estamos ante un sublegado (GARRIDO MELERO 2000: 368) (286). El heredero favorecido con un legado puede aceptar la herencia y repudiar el legado, e inversamente. De aceptar el legado, estamos ante un prelegado (arts. 427-16, párrafo 6.º y 427-5) (287).

El Fuero Nuevo no regula de forma expresa el legado de crédito, como es el caso del art. 427-31 del Código Civil de Cataluña. La

(285) Señala que tanto en el ordenamiento común como en el catalán, no es necesario que el legatario acepte el legado, pero el Código vigente –decimos nosotros– regula con detalle la aceptación y la repudiación del legado. Este último es discutido en la doctrina. Así, para ROCA SASTRE (1948: 116-117) se trata de una renuncia preventiva; o, como ha manifestado ALBIOL MARÉS (1994: 588), se trata de una repudiación auténtica con efectos retroactivos, pues con ello se rechaza el llamamiento y destruye la presunción de adquisición.

(286) Señala que “el sublegado es el legado impuesto al legatario”. Añade ROCA TRÍAS (1984: 40) que el sublegado tiene los mismos efectos que el legado, donde el gravamen que soporta el legatario beneficia a otro y no al heredero.

(287) GARRIDO MELERO (2000: 368-369) señala que el prelegado es un legado realizado por un heredero. El art. 219 de la Compilación pasó al art. 257 del CS, que resuelve su concepto en sentido negativo: “El coheredero o el heredero único favorecido con algún legado, lo adquirirán integrante a título de legatario y no del heredero, aunque el testador lo haya impuesto determinadamente a cargo de ellos mismos”. El sistema catalán sigue distinto criterio al Derecho romano, en donde era incompatible que una persona fuese a la vez heredero y legatario. El Derecho catalán asumió, por el contrario, el criterio de la dualidad de títulos o la concurrencia en un mismo sujeto de la cualidad de heredero y legatario. Véase ALBIOL MARÉS (1994: 910-913); LARRONDO LIZÁRRAGA (2008: 132).

ley 242 del FN establece el efecto real, directo e inmediato de los legados de cosa específica y determinada propia del testador. Con ello, como ha señalado EGUSQUIZA BALMADEA (2002: 711), el efecto vindicatorio también puede ser objeto de un derecho de crédito del testador a favor de un tercero o, como comenta ARREGUI GIL (1998: 1166), el legado de crédito puede quedar comprendido en las disposiciones testamentarias a favor de un tercero (legatario).

La cuestión de la ley 242, párrafo 1.º, del FN consiste en que dicho precepto asumió el criterio romano-justiniano de clasificar los legados en dos categorías (288), aunque en opinión de EGUSQUIZA BALMADEA (2002: 710), la ley 242 del FN aborda la adquisición de la propiedad del legado, no teniendo en cuenta, como dice ARREGUI GIL (1998: 1163), la polémica suscitada por la redacción de los arts. 882 y 885 del CC, afirmando que, en efecto, “ha desaparecido en el Derecho navarro, al igual que en el Derecho común, la necesidad que se precisaba en Derecho romano (D. 26,2,9) de que el heredero instituido acepte la herencia para que adquieran vigor las disposiciones de última voluntad”.

Por otro lado, la eficacia del legado de cosa específica y determinada, propia del testador, a que se refiere la ley 242 del FN, se ve corroborada por la ley 321 del mismo Cuerpo legal cuando dice que los legados se adquieren desde el momento de la muerte del causante, siendo de aplicación lo dispuesto en las leyes 315 y 316 (aceptación o renuncia del legado) y la ley 317 (el derecho a transmitir la aceptación o renuncia). El párrafo 2.º de la referida ley 321 añade que, salvo voluntad en contrario del testador, el legatario que sea a la vez heredero (prelegado) podrá aceptar la herencia o renunciar al legado, pero, de ser favorecido con varios legados, podrá renunciar a unos o aceptar otros, salvo que la disposición sea onerosa, en cuyo caso la renuncia o aceptación deberá ser conjuntamente.

De igual modo, el Código de Derecho Foral de Aragón (289) no regula el legado de crédito, pero contempla la eficacia directa del legado de cosa cierta en el art. 479, de análoga redacción al art. 882

(288) *Instituciones* de Justiniano, Lib. 2.º, tít. 20.º, párr. 2.º.

(289) Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA núm. 63, de 29 de marzo de 2011).

del Código Civil, el art. 470-10 del Código Civil de Cataluña y la ley 242 del Fuero Nuevo.

El art. 479 del Derecho Civil aragonés dice: "el legatario de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario puede, por sí solo, aun habiendo legitimarios, tomar posesión de la misma y, si fuera inmueble, obtener la inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad en virtud de la escritura pública en que formalice su aceptación". Este precepto tiene su antecedente legislativo en el derogado art. 164 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, que, en opinión de GARCÍA ALMAZOR (1999: 135-136) (290), estamos ante una norma innovadora, pues aporta la solución de que el legatario puede por sí tomar la posesión de la cosa legada, además de obtener la inscripción registral a su favor, si se trata de bienes inmuebles. O, como sostiene ASENSIO PALLÁS (2000: 147), este precepto tiende a evitar pleitos judiciales en caso de que el heredero se oponga a la entrega de la cosa legada, ya que adquiere la propiedad desde que se defiere.

Por otro lado, regula el art. 477, apartado 1.º, del Derecho Foral de Aragón la llamada "adquisición del legado", cuando dice: "en los legados de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario, el legatario adquiere su propiedad desde que se le defiere. En los demás legados, la delación le convierte en acreedor de la persona gravada". Precepto que, como el anterior, tiene su origen en el derogado art. 162 de LS, que, como ha puesto de relieve GARCÍA ALMAZOR (1999: 134-135), la regulación de los legados no es completa, sino partiendo de lo que es propiedad del testador puede el legatario adquirir la cosa si existe en el patrimonio hereditario y desde que la acepte, el resto de los legados, por la delación se transforman en acreedores del gravado, sin perjuicio de que el testador ordene una eficacia diferida. Por tanto, la legislación aragonesa sigue la sistemática romana de distinguir entre la eficacia real (art. 479), si existe en la herencia, aunque concurra con legitimarios, y la eficacia obligacional (art. 477), en donde el legatario adquiere la propiedad si acepta el legado.

(290) *Vid.* SERRANO GARCÍA (2006: 565); NAVARRO VIÑUALES (www.eljusticiadearagon.com: 39).

4.1.1.2. EL CRÉDITO PROPIO DEL TESTADOR

El art. 427-31, párrafo 1.º, del Código Civil de Cataluña habla del legado en parte del crédito, pero puede abarcar la totalidad de un crédito, de la misma forma que puede afectar a uno o varios.

Como hemos expuesto en epígrafes precedentes, tanto la legislación extranjera como la nacional usan la expresión "crédito", que, en mi opinión, es equivalente a "préstamo". Por lo general, cuando hablamos de crédito nos estamos refiriendo a que una de las partes contratantes es comerciante y las cosas prestadas se destinan al comercio (art. 311 del CCom.). En la práctica el segundo de los requisitos no siempre se cumple, lo que no impide que estemos ante un contrato de crédito. Pero, cuando existe la relación "entrega y restitución" (*vid.* SIMONETTO 1958: 73), basada esencialmente en la confianza de los compromisos adquiridos (*vid.* GARRIGUES 1958: 35), y la garantía de la prestación aplazada, estamos ante un crédito bancario. La cuestión está en que el mutuo es un contrato de crédito, pero no es un contrato bancario (*vid.* GARRIGUES 1958: 36, MESSINEO 1961: 20). Cuando hablamos del mutuo, nos estamos refiriendo a un préstamo simple o préstamo de consumo (art. 1740 del CC), que consiste en que una de las partes entrega a la otra dinero u otra cosa fungible con la condición de devolver otro tanto de la misma especie y cantidad. El préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar intereses (art. 1755 del CC), el primero consiste en entregar una cantidad de dinero a devolver en un tiempo determinado y sin intereses; en el segundo, se entrega una cantidad de dinero a devolver en plazos más los intereses previamente pactados.

Conforme a lo expuesto, estimo que cuando el legislador catalán emplea la expresión "crédito" en el art. 427-31, párrafo 1.º, se puede entender como equivalente a "préstamo". Nótese que el art. 427-31 no alude a los intereses, pero si resulta que inicialmente el crédito está pactado a un tipo de interés, al legar dicho crédito, este se transmite con los intereses debidos por su carácter accesorio y al tiempo del fallecimiento del testador, quedando el deudor responsable ante el legatario beneficiario de la deuda más los intereses debidos al tiempo de morir el testador.

En consecuencia estamos ante un supuesto normal, pero en mi opinión cabe en el ordenamiento jurídico catalán el supuesto excepcional o anómalo, como así lo denomina ROCA SASTRE (1948: 201),

consistente en legar un crédito ajeno que supone combinar los arts. 427-31 y 427-24.

El art. 427-31, párrafo 1.º, del *Codi* habla del legado en la parte del crédito, pero puede abarcar la totalidad, como puede comprender uno o varios créditos. En principio, es el testador el titular del crédito, pero puede legarse un crédito ajeno que, en nuestro Código Civil, resulta de la combinación de los arts. 870, 861 y 862.

Recordemos que nuestro sistema sigue el criterio de que si el testador, al legar la cosa, sabía que lo era, es válido, quedando el heredero obligado a adquirirla para entregarla al legatario. No siendo posible, entregará su justa estimación. La prueba de que el testador lo sabía corresponde al legatario, por el contrario, si el testador ignora que la cosa era ajena, el legado es nulo, pero será válido si lo adquiere después (291).

El sistema catalán, según dispone el art. 427-24, regula el legado de cosa ajena desarrollado bajo cuatro epígrafes que, en principio, nos hace pensar en que tiene efecto totalizador. El párrafo 1.º del mencionado art. 427-24 dice que el legado de cosa propia del gravado o de un tercero será eficaz cuando el testador se lo atribuya al legatario. La persona gravada deberá adquirir la cosa para transmitirla al legatario. El párrafo 2.º establece que si el gravado no puede adquirir la cosa, o se le exige un precio excesivo o desproporcionado, podrá liberarse pagando el justo valor de la cosa legada. El párrafo 3.º añade que, si la cosa no pertenece al testador, pero la adquiere antes de su fallecimiento, el legado es válido. Por último, el párrafo 4.º establece que el causante o el gravado solo tiene una parte de la cosa legada o un derecho sobre la misma. Así, el legado será eficaz únicamente respecto de la parte o del derecho, salvo voluntad en contrario del testador.

En principio, apreciamos un tratamiento diferenciador entre el art. 427-24, párrafo 1.º, y su precedente legislativo, el derogado

(291) GONZÁLEZ PACANOWSKA (1985: 89 y 97) define: "legado de cosa ajena es el de una cosa que es ajena en el momento del testamento y sigue siéndolo a la apertura de la sucesión". Y añade que la alienidad significa voluntad de imponer al gravado la obligación precisa para conseguir el resultado final de proporcionar al legatario la cosa legada. La admisibilidad de este legado está en la legitimación, concedida al testador, de crear una obligación *post mortem* a cargo del heredero.

art. 285, párrafo 1.º, del CS. El primero parte de que el legado propio del gravado o de un tercero es válido solo cuando el testador lo atribuya al favorecido; el segundo, por el contrario, parte de la presunción de ineficacia (GIMÉNEZ DUART 1994: 994) del legado propio del gravado o de un tercero, salvo que el testador atribuya la cosa legada al favorecido. Por tanto, es la voluntad del testador la que inicialmente transforma la eficacia del legado. Sin embargo, apreciamos una diferencia radical (GIMÉNEZ DUART 1994: 994) entre el vigente art. 427-24, párrafo 1.º, del CCC, y el art. 861, párrafo 1.º, del CC, pues este último basa su eficacia en la ignorancia del testador, mientras que en el párrafo 2.º del art. 427-24 prevalece la voluntad del testador.

El párrafo 2.º del art. 427-24 del *Codi* establece que si el gravado no puede adquirir la cosa legada o bien se le exige un precio o una contraprestación desproporcionada, puede liberarse pagando el justo valor de la cosa legada, precepto que, salvo matizaciones, es de análogo contenido y significado al art. 861 del CC, que dice: "El heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario; y, no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación". También es análoga al art. 863 del mismo Cuerpo legal, que dice: "deberán entregar la cosa legada o su justa estimación", cuya única obligación consiste en adquirir la cosa para entregarla al legatario. Por el contrario, según la expresión "liberarse" del art. 427-24, cuando no pueda adquirirlo, o es excesivo o desproporcionado, la liberación es de carácter subsidiario, pero con un matiz, como apunta GIMÉNEZ DUART (1994: 996), que deberá demostrar la imposibilidad o la sobrevaloración.

4.1.3. LA OBLIGACIÓN DEL HEREDERO RESPECTO DEL LEGADO DE CRÉDITO

Una cuestión que resulta compleja y debatida en el Derecho común es la redacción del art. 870, párrafo 2.º, del CC cuando dice: "el heredero cumplirá con ceder al legatario todas las acciones que pudieran competirle contra el deudor". Esta cuestión, desde mi punto de vista, parece resuelta en el art. 427-31, párrafo 3.º, del Código Civil de Cataluña, que dice: "El heredero tiene que entregar al legatario los documentos y los títulos de los créditos que se encuentren en el patrimonio del causante". Este precepto es de análogo re-

dación al derogado art. 291, párrafo 2.º, del Código de Sucesiones de 1991. Así que, tanto el artículo derogado como el vigente tienen naturaleza jurídica de una obligación de dar (entregar la cosa legada), más acertada que ante una posible cesión de acciones (870-2.º del CC), que para un sector de la doctrina se traduce en una cesión de créditos; para otro sector, en una novación; y hay hasta quien plantea una cesión de acciones, lo que ha proporcionado tanta confusión sobre la naturaleza del legado de crédito.

Así lo estimo, porque el art. 427-10, párrafo 2.º, otorga eficacia real al legado sobre cosa propia del testador, así como el párrafo 3.º del mismo art. 427-10 añade que las prestaciones consistentes en entregar bienes o derechos que el legatario tiene que adquirir, se estimarán adquiridas directamente. Por tanto, si la cosa es propia del testador, como si debe entregar bienes o derechos al legatario, estos se transmiten *ipso iure*. Y es que en el ordenamiento jurídico catalán no existe la polémica que subsiste entre los arts. 882 y 885 del CC, sino que ha optado por diferenciar entre legados de eficacia real y de eficacia obligacional, cuyos efectos determina el requisito de la muerte del testador, una vez manifestada su voluntad de legar un crédito a un legatario.

A continuación abordamos el tema de la capacidad del legatario, que el art. 427-2 del *Codi* regula bajo el epígrafe "Los legados y sus efectos" de la Sección primera del Capítulo séptimo de "Los legados", cuyo art. 427-2 dispone que "es eficaz el legado a favor de persona todavía no nacida ni concebida al momento de morir el causante, en caso de que llegue a nacer, y también el dispuesto a favor de legatario determinable por un acontecimiento futuro y razonable posible expresado por el causante. En ambos casos se entiende que eso contiene una condición suspensiva del legado".

Este precepto tiene su antecedente legislativo en el derogado art. 254, párrafo 2.º, del Código de Sucesiones de 1991, de análoga redacción, y del que ha comentado ALBIOL MARÉS (1994: 904) que el CS acude a la ficción con el objeto de resolver las normas relativas a la condición suspensiva, en donde se le reconoce derechos sucesorios al no concebido y no nacido (*concepturus*). Por otro lado, como escribe ALBALADEJO (1991: 79-80) (292), existe la posibilidad de que

(292) Expone dos ejemplos: uno, sería aquel del fallecido bajo testamento en el que instituye a los hijos que pudiera tener su hermana recién

el causante llame a la sucesión a título de heredero o legatario a personas no concebidas ni nacidas, considerándolas como una institución sometida bajo condición suspensiva. Así que el sentido del art. 427-2 es reconocer la eficacia o capacidad sucesoria al no nacido ni concebido al tiempo de fallecer el testador, siempre que llegue a nacer, como declara la eficacia del legado designado mediante un acontecimiento futuro y razonable. En ambos casos están sometidos a condición suspensiva.

La personalidad es condición de persona, situación jurídica que le reconoce el Derecho (293). La personalidad coincide con la capacidad (294), aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos (295) o la idoneidad para ser titular de relaciones jurídicas. Pero, a pesar de que la capacidad jurídica y la personalidad coinciden, la personalidad la determina el nacimiento (MARTÍNEZ DE AGUIRRE 2000: 239-240 y 253), y la capacidad es una cualidad que otorga el ordenamiento jurídico (LARRONDO LIZÁRRAGA 2008: 35). Lo que regula el art. 427-2 del CCC es la capacidad del no concebido y no nacido (*concepturus*), que en opinión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2000: 304), lo que se protege a través de mecanismos jurídicos es la libertad contractual y testamentaria del disponente, añadiendo más adelante, ante bienes o derechos, que pueden ser destinados o reservados a un ser humano todavía no existente.

Nótese que la derogada Ley de Sucesión aragonesa dedica un precepto de análoga característica al art. 427-2 del Código Civil de Cataluña, aunque no regula el legado de crédito.

Así, art. 326 del Código del Derecho Foral de Aragón (296) (en adelante, CDFA), de análoga redacción al derogado art. 11 de la LS, contempla las asignaciones testamentarias a favor de los no nacidos no concebidos (*concepturus*) al tiempo de fallecimiento del

casada; en otro, el causante puede testar a título de heredero o legatario a pesar de no estar concebido ni nacido.

(293) Vid. LACRUZ (1992: 89); MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (2000: 239).

(294) STS 31-10-1977 (RA 4048).

(295) Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2000: 243); Díez-PICAZO y GULLÓN (2004: 214).

(296) Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo (BOA núm. 63, de 29 de marzo), por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón, Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

testador. En opinión de MATA DE ANTONIO (2003: 667) (297), comprende la capacidad sucesoria pasiva de los llamados a la herencia, no así la capacidad testamentaria, por lo que solo está referido a las personas físicas. No obstante, el mencionado art. 326 del CDFA se complica, pues la herencia deferida a favor de los *concepturus* se pondrá en administración, lo que supone un perjuicio para el resto de los demás interesados en la herencia, concretamente ante el legado será específicamente asignado, hasta que se cumpla la condición suspensiva de certeza o no, que, de cumplirse, cesará dicha administración.

Nuestro ordenamiento no regula la capacidad jurídica del *nondum concepti* (vid. MATA DE ANTONIO 2003: 660, DÍAZ PASTOR 1952: 552-553), muy al contrario, se deduce de la redacción de los arts. 29, 745 y 758 del CC, en donde se establece como regla general que la capacidad del heredero o legatario se entenderá a la muerte del causante. La doctrina posterior (298), en general, la jurisprudencia

(297) Aunque la opinión expuesta está referida al derogado art. 11 de la LS.

(298) La doctrina favorable la iniciamos con GONZÁLEZ PALOMINO (1946: 451, 456-457), quien afirma que "a pesar de lo dispuesto en el art. 785 del CC surtirán efecto como sustituciones fideicomisarias las cláusulas testamentarias en que no se da *nominatum* ninguno de los dos requisitos sacramentales que dicho artículo establece". Esta doctrina ha sido asumida por la RDGRN de 2-12-1986 (RA 7883); por ALCÁNTARA SAMPELAYO (1953: 105). A lo que objeta DÍEZ PASTOR (1964: 548-550): en la práctica forense cabe destacar que el no nacido no concebido pueda ser instituido mediante una sustitución fideicomisaria, pero también cabe una institución directa mediante usufructo previo, estimando más adecuada la segunda. Por su parte, LACAL (1947: 259) señala que "los *nondum concepti*, como personas inciertas, pueden suceder por testamento si se cumple el evento que son ciertas". ALBALADEJO (1991: 80) afirma que ante un supuesto de un no concebido no nacido puede ser instituido mediante una sustitución fideicomisaria, pero también directamente (recta vía) del causante al heredero futuro, sin intermediarios, dejando hasta tanto la herencia en administración; para DE CASTRO y BRAVO (1984: 138), el Derecho permite al testador por equidad crear situaciones de pendencia a favor de personas inexistentes, pero determinables. Esta teoría la siguen en parte LACRUZ y SANCHO (1988: 73-74), cuando dicen que la capacidad de las personas futuras es una realidad posible e identificable, quedando en situación de pendencia, además de estar protegidos por los arts. 801-804 del CC.

y, en particular, la legislación periférica (299) se inclinan hoy por la solución contraria.

Así, la STS de 25-4-1993 (300) dispuso que “en nuestro Derecho positivo no existe prohibición alguna respecto de la posibilidad de suceder *mortis causa* de las personas no nacidas, siempre que sean de algún modo identificables e identificadas en su existencia real como tales personas”; sin embargo, la STS de 3-4-1965 (301), de análogo supuesto, declaró que “no se opone [...] al contenido de los arts. 657, 661 y 758 del CC, pues si bien es cierto que los herederos suceden al difunto por el hecho de la muerte, y desde este momento nacen los derechos de sucesión, no lo es menos que su efectividad puede demorarse por las instituciones condicionales o a plazo en que hasta que esta se cumpla queda retardado o, en situación de derecho expectante”. La STS de 4-2-1970 (302) de igual modo sigue la doctrina anterior, cuando declara que “estamos ante dos designaciones: una pura y simple a favor del marido del usufructo universal; y otra condicional que deja de momento en suspenso la determinación de la persona que ha de ser heredera”. Hay que observar que no es que se nombren herederos a los que en el momento del fallecimiento de los causantes sean sus herederos legítimos y que estos no entren en posesión de la herencia hasta que se produzca el evento, en cuyo caso estaría en juego el art. 799 del CC, sino ante una institución condicional a la que es plenamente aplicable lo dispuesto en el art. 759 del mismo Código [SS de 20-10-1954 (303) y 28-2-1959 (304)]. La Resolución de la DGRN de 29-1-1988 (305) dispuso: “Hay también llamamientos a favor de «*nondum concepti*» los cuales, aunque por no revestir de forma prevista en el art. 781 han de ser examinados con la máxima cautela, son posibles en nuestro ordenamiento conforme a los arts. 745-1.º en relación con los arts. 29, 30, 758, 781 y 785 del CC, siempre que los favorecidos sean, como ahora ocurre, identificables”. Por último, la STS de

(299) Art. 427-2 del Código Civil de Cataluña y el art. 326 del Derecho Foral Aragonés.

(300) (RA 1996).

(301) (RA 1979).

(302) (RA 524).

(303) (RA 2036).

(304) (RA 1496).

(305) (RA 316).

9-2-1998 (306) dice: "Conforme admite nuestra jurisprudencia que recoge la doctrina científica que no ve obstáculo alguno en que el «*concepturus*» sea declarado heredero, no sólo por la vía indirecta de sustitución, sino también por la vía directa de la institución [STS de 28-11-1986 (307)]".

4.1.4. LA REVOCACIÓN DEL LEGADO DE CRÉDITO

Hemos expuesto en el capítulo anterior que el art. 871, párrafo 1.º, del CC dice que el legado caduca cuando el testador, después de haber legado, demanda judicialmente al deudor para el pago de la deuda. También hemos señalado que estamos ante una revocación tácita y no una caducidad. Por el contrario, el Código Civil de Cataluña no regula la revocación tácita para el legado de crédito, sino dentro de la Sección tercera, "La ineficacia de los legados", el art. 427-37 está referido a la "revocación de los legados", cuya revocación puede ser expresa y tácita, que, como veremos más adelante, no se detalla el supuesto del art. 871, párrafo 1.º, del CC, por lo que, en principio, si se diera el supuesto de que el testador demanda al deudor una vez legado el crédito, sí podemos entender que estamos ante una revocación tácita del legado de crédito del art. 427-31, por aplicación supletoria del art. 871-1.º.

Ciertamente, estamos ante un problema de sistemática, ya que el art. 427-31 regula estrictamente el legado de crédito, pero los efectos revocatorios del legado se remiten a lo dispuesto en el art. 422-8, párrafo 1.º, que declara que los testamentos son esencialmente revocables. El art. 422-9, párrafo 1.º, añade que la revocación será expresa cuando así lo ordena el testador en testamento, complementado por el mencionado art. 429-9, párrafo 2.º, que dice: "El otorgamiento de un testamento válido y eficaz revoca de pleno derecho el testamento anterior".

Puntualizamos, siguiendo a LARRONDO LIZÁRRAGA (2008: 68), que la revocación consiste en un "negocio jurídico en virtud del cual se deja sin efecto una disposición testamentaria, codicilar o memoria testamentaria otorgada anteriormente". En su opinión, la revocación consiste en un negocio jurídico que implica la existencia de una vo-

(306) (RA 609).

(307) (RA 6622).

luntad, personal, formal, no recepticia y accesoria. Se añade que el art. 429-9 regula la revocación expresa salvo que el testador ordene en el posterior que el anterior subsista en parte.

Por otro lado, apreciamos que el art. 422-8 es de análoga redacción al art. 737 del CC, como el art. 422-9, párrafo 2.º, al 730, párrafo 1.º. Este último mantiene la diferencia con el anterior en que regula la revocación tácita, es decir, el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, expresión que omitió el legislador catalán en el art. 422-9, párrafo 2.º, y, en su lugar, parece que optó por “el testamento válido y eficaz revoca de pleno derecho el testamento anterior”. Este precepto tiene su antecedente en el derogado art. 130, párrafo 2.º, del CS, del que ha comentado TARRAGONA COROMINA (1994: 497) que el derecho no puede admitir una revocación tácita por inseguridad y dificultad, solo existe una voluntad expresa manifestada en testamento de la que se hace derivar un efecto *ex lege* en revocar el testamento anterior. Por tanto, existe una nueva voluntad expresa de revocar la anterior por otra posterior. La razón de esto la podemos encontrar, escribe LACRUZ (LACRUZ y SANCHO 1988: 295), en la existencia de dos sistemas: uno, romano, en donde el testamento posterior deroga al anterior (revocación tácita); otro, de corte continental, en donde el testamento posterior revoca al anterior en la parte en que lo contradice. Nuestro Código Civil sigue el sistema romano en su art. 739-1.º, en donde el testamento anterior queda revocado por el posterior perfecto. Sin embargo, el legislador catalán de 2008 sigue la regla de la incompatibilidad objetiva.

De acuerdo con lo expuesto, habría que pensar que, cuando el testador haya legado el crédito, si demanda al deudor en reclamación de su deuda, en el Derecho civil catalán no opera una revocación tácita, sino que deberá el testador revocar expresamente el legado o, en su caso, la disposición testamentaria.

Nótese, no obstante, que el principio de revocación es una constante en nuestro Derecho Foral, como es el caso de la ley 208, párrafo 1.º, del Fuero Nuevo (308), y el art. 432 del Derecho Foral de Aragón (309), cuyos preceptos son de análoga redacción al art. 737,

(308) GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE (2002: 615) señala que la revocación es un acto de voluntad mediatizado por el posterior perfecto.

(309) BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA (2006: 523-524), comentando el derogado art. 117 de LS, señala que “las disposiciones testamentarias son

párrafo 1.º, del CC, por otro lado la ley 210 del FN regula la revocación tácita (GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE 2002: 617), al establecer que el testamento quedará revocado de pleno derecho por el posterior, salvo que por voluntad del testador subsista en todo o parte. Así que la regla es que el testamento posterior derogue al anterior, salvo que por voluntad implícita o explícita del testador subsista el primero o, como comenta RODRÍGUEZ ROSADO (2002: 944-945), la mencionada ley 210 del FN establece una revocación total a través del testamento posterior y una revocación parcial por causa de muerte.

Así mismo, el art. 432 del Derecho Foral Aragonés dispone que el testamento anterior queda revocado por otro posterior perfecto, salvo que el posterior infiera en el anterior en todo o parte. En opinión de BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA (2006: 524) (310), el testamento o pacto posterior no precisa de la llamada imperfección interna del testamento para que la revocación produzca sus efectos. En consecuencia, la revocación no afecta a la validez de las demás disposiciones, salvo voluntad en contrario (art. 424-3.º del Derecho Foral de Aragón). La revocación produce sus efectos, aunque el testamento pierda su eficacia (art. 433-1.º del Derecho Foral de Aragón), el testamento anterior recobra sus efectos si el testador declara en el posterior que las disposiciones del anterior revivan (art. 433-2.º del Derecho Foral de Aragón). El precepto, en opinión de MERINO HERNÁNDEZ (2002: 944-945) (311), se refiere cuando el primer testamento fue revocado por uno posterior, pero un tercer testamento se limita a revocar el segundo, haciendo renacer la eficacia del primero.

esencialmente revocables lo que implica la ineficacia de cualquier manifestación del testador". Véase MERINO HERNÁNDEZ (2002: 815-816), GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE (2000: 615).

(310) Comentario relativo al derogado art. 117 de la LS, de análoga redacción al vigente art. 432 del Derecho Foral Aragonés.

(311) Comentario referido al derogado art. 118 de la LS, de análogo contenido al vigente art. 433.

ÍNDICE DE SENTENCIAS CIVIL Y REGISTRAL

Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera)

- STS 26-10-1928 (Colección legislativa núm. 141, serie 1.^a, parte 8.^a, tomo 103, pp. 603-619).
STS 21-1-1930 (RA 31).
STS 16-1-1932 (RA 867).
STS 8-7-1940 (RA 689).
STS 3-6-1942 (RA 760).
STS 11-2-1943 (RA 133).
STS 1-7-1946 (RA 760).
STS 19-5-1947 (RA 1044).
STS 19-11-1952 (RA 2816).
STS 20-10-1954 (RA 2036).
STS 6-2-1958 (RA 1016).
STS 21-11-1958 (RA 3800).
STS 28-2-1959 (RA 1496).
STS 27-5-1963 (RA 3588).
STS 29-5-1963 (RA 3589).
STS 12-11-1964 (RA 5080).
STS 3-4-1965 (RA 1979).
STS 4-6-1965 (RA 3437).
STS 18-12-1965 (RA 5898).
STS 1-5-1969 (RA 1137).
STS 4-2-1970 (RA 524).
STS 17-3-1971 (RA 31).
STS 19-4-1975 (RA 1722).
STS 12-6-1976 (RA 2750).
STS 31-10-1977 (RA 4048).
STS 28-3-1983 (RA 1648).
STS 27-7-1984 (RA 4787).
STS 21-1-1985 (RA 256).
STS 7-7-1986 (RA 4416).
STS 28-11-1986 (RA 6622).
STS 1-4-1987 (RA 79).
STS 21-5-1987 (RA 3552).
STS 9-3-1990 (RA 3696).
STS 30-11-1990 (RA 9290).
STS 10-5-1991 (AC 1991-3, 723/1991).
STS 19-2-1993 (RA 997).
STS 25-4-1993 (RA 1996).
STS 11-5-1994 (RA 100).
STS 28-5-1994 (AC 1994-4, 1109/1994).
STS 30-7-1994 (RA 6308).
STS 21-4-1997 (RA 3248).

STS 9-2-1998 (RA 100).
STS 9-2-1998 (RA 609).
STS 6-3-1999 (RA 1854).
STS 27-3-1999 (RA 2371).
STS 5-6-1999 (RA 2888).
STS 11-6-1999 (RA 1999).
STS 21-7-2000 (RA 5499).
STS 21-3-2003 (RA 64).
STS 21-4-2003 (AC 2003-3, 503/2003).
STS 7-7-2003 (AC 2003-3, 3079/2003).
STS 21-1-2005 (RA 1619).

Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales

STSJ de Navarra de 19-10-1995 (www.vlex.es).
STSJ de Cataluña de 4-5-1998 (EDJ 1998/7041).
SAP de Orense de 14-5-2002 (EDJ 2002/38127).
SAP de Madrid de 3-3-2005 (JUR\2005\84351).
SAP de Murcia de 22-5-2006 (JUR\2006\187784).
SAP de Lugo de 17-9-2008 (JUR\2009\81813).
SAP de Badajoz de 13-11-2008 (JUR\2009\119139).

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

R. 11-3-1896 (Colección legislativa, vol. 1.º, p. 581, Gaceta de 1-4-1896).
R. 16-11-1944 (RA 1386).
R. 19-5-1947 (Jurisprudencia Registral, tomo 8.º, 1940-1950, p. 769).
R. 19-11-1952 (RA 2816).
R. 27-3-1982 (RA 8065).
R. 1-10-1984 (RA 5183).
R. 2-12-1986 (RA 7883).
R. 29-1-1988 (RA 316).
R. 13-4-2009 (BOE núm. 109, de 5-5-2009).

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR RUIZ, Leonor (2001): *La protección legal del consumidor de crédito*, Valencia: Tirant lo Blanch.
ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y DE CASTRO GARCÍA, Joaquín (1992): *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, tomo 3.º, 3.ª edición, Madrid: Editorial Trivium.
ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (1998): *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo 12.º, vol. 1.º, 2.ª edición, Madrid: Editorial RDP.

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (1991): *Curso de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, 4.ª edición, Barcelona: Editorial Bosch.
- (1984): *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo 10.º, vol. 2.º, Madrid: Editorial RDP.
- (1983a): *Derecho civil III, Derecho de bienes*, vol. 1.º, 5.ª edición, puesta al día de legislación, Barcelona: Editorial Bosch.
- (1983b): *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo 9.º, vol. 2.º, Madrid: Editorial RDP.
- (1983c): "Consideraciones sobre algunos extremos del modo testamentario", ADC 34 (fascículo 4.º): 1093-1108.
- (1961): "Cuestiones en materia de revocación de testamentos", AAMN, 12: 35-60.
- (1957): "Condición, término y modo", RDN 17-18: 45-95.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (1987): *El reconocimiento de deuda: Aspectos contractuales y probatorios*, Granada: Editorial Comares.
- ALBIOL MARÉS, Pedro (1994): *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, coordinado por Lluís Jou I Mirabent, tomo 2.º, Barcelona: Editorial Bosch.
- ALCÁNTARA SAMPELAYO, José (1953): "Atribuciones patrimoniales a favor de *concepturus*", RDP. 37: 93-111.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (1995a): *Voz: Apertura de crédito*, EJB 1: 495-500.
- (1995b): *Voz: Crédito al consumo*, EJB 2: 1795-1799.
- ALONSO PÉREZ, Mariano (1984): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo 5.º, vol. 1.º, 1.ª edición, Madrid: Editorial RDP.
- (2003): "Sobre el legado y sus rasgos esenciales", *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo 4.º, 1.ª edición, Madrid: Thomson-Civitas.
- ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio (1990): *Curso de Derecho Hereditario*, 1.ª edición, Madrid: Editorial Civitas.
- ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael (1965): "La distribución de toda la herencia en legados", RGLJ 218: 677-722.
- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina (1993): *Voz: Prelegado*, NEJ 20: 185-202.
- AMESTI MENDIZÁBAL, Christi (1986): "Consideraciones sobre el concepto de contrato de apertura de crédito y su diferenciación respecto al contrato de préstamo", RDBB 21: 169-189.
- AMORÓS GUARDIOLA, Manuel (1984): "Legado de cosa gravada", *Estudio de Derecho civil en homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca.
- ARIAS BONET, Juan Antonio (1950): "*Legatum nominis*", RGLJ 2: 60-90.
- ARREGUI GIL, José (1998): *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo 37.º, vol. 1.º, Madrid: Editorial RDP.
- ASENSIO PALLÁS, Manuel (2000): "Posesión del legado de cosa cierta y determinada en Aragón", RDCA 6 (fascículo 2.º): 145-148.

- ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro (1988): "Resolución de 29 de enero de 1988. BOE de 16 de febrero", RCDI 586: 977-1011.
- BADENES GASSET, Ramón (1979): *El contrato de compraventa*, tomos 1.º y 2.º, Barcelona: Librería Bosch.
- BARASSI, Lodovico (1955): *Instituciones de Derecho civil*, traducción y notas de comparación al Derecho español por Ramón García de Haro y Mario Falcón, vol. 1.º, Barcelona: Editorial Bosch.
- BARBERO, Doménico (1967): *Sistema del Derecho privado V, Sucesiones por causa de muerte*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ediciones EJE.
- BECEÑAS GONZÁLEZ, Francisco (1922): *El interés del capital y la Ley de Azcárate contra la usura*, Madrid: Librería General.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena (2006): *Manual de Derecho civil Aragonés*, dirigido por Jesús Delgado Echeverría, coordinado por María Ángeles Parra Lucán, Zaragoza: El Justicia de Aragón.
- BERNARD, Yves y COLLI, Jean Claude (1980): *Diccionario Económico y Financiero*, revisión y adaptación de Enrique Fernández Peña, versión española de José María Suárez, traducción de Antonio Lois, 2.ª edición, Madrid, Asociación para el progreso de la dirección.
- BILLOCH BARCELÓ, Miguel (1968): "El prelegado en Derecho civil especial de Cataluña, antes y después de la Compilación de 21 de julio de 1960", RJC 30: 833-875.
- BINDER, Julius (1953): *Derecho de Sucesiones*, traducido de la 2.ª edición alemana y anotado conforme al Derecho español por José Luis Lacruz Berdejo, Barcelona: Editorial Labor.
- BIONDI, Biondo (1960): *Sucesión testamentaria y Donación*, traducción del italiano por Manuel Fairén, 2.ª edición, revisada, Barcelona: Editorial Bosch.
- BONET RAMÓN, Francisco (1966): "El vínculo jurídico obligacional", RGLJ 221: 701-744.
- BONFANTE, Pedro (1979): *Instituciones de Derecho romano*, traducción de la 8.ª edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa, 5.ª edición, Madrid: Instituto Editorial Reus.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (1995): *Voz: Frutos*, EJB 2: 3164-3166.
- CALVO MEJIDE, Alberto (1991): *La posesión en el Derecho hereditario*, 1.ª edición, Madrid: Editorial Trivium.
- CANO TELLO, Celestino (1966): "La institución y legado «sub modo» en el Código civil", RCDI 454: 679-690.
- CARDENAL FERNÁNDEZ, Jesús (1979): *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid: Editorial Montecorvo.
- CÁRDENAS, Luis (1950): "Responsabilidad «ultra vires» por legados", RDP 43 (fascículo 2.º): 151-155.
- CARDONA GIRAL, Luis (1947): "La institución hereditaria en favor de los *non-dum concepti*", *La Notaría*, 1: 13-26.
- CARRETERO GARCÍA, Tirso, FERNÁNDEZ CABALETRO, Eugenio y AMORÓS GUARDIOLA, Manuel (1967): *Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General*

- de los Registros y del Notariado (Publicadas en la "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario" durante los años 1969 a 1982)*, Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios.
- CASTÁN TOBEÑAS, José (1979): *Derecho civil español, Común y Foral, Derecho de Sucesiones*, 8.^a edición, revisada y puesta al día por José Bautista Montoro-Ríos y José María Castán Vázquez, tomo 6.^o, vol. 2.^o, Madrid: Editorial Reus.
- (1918, 1919 y 1921): "El «modo» en los actos jurídicos", RDP 4 (fascículo 1.^o): 91-101, 5 (fascículo 1.^o): 102-109 y 7 (fascículo 2.^o): 213-221.
- CHICO Y ORTIZ, José María (1994): *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo 2.^o, 1.^a edición, Madrid: Marcial Pons.
- CICU, Antonio (1959): *El testamento*, traducción y notas al Derecho español por Manuel Fairén Martínez, Madrid: Editorial RDP.
- CIFUENTES, Ramón (1926): *El interés del capital desde el punto de vista económico*, Madrid: Imprenta de Samarán y Compañía.
- COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri (1981): *Curso Elemental de Derecho civil*, traducción de la 2.^a edición francesa por la redacción de la RGLJ, con notas sobre el Derecho Civil español por Demófilo de Buen, reimpresión de la 3.^a edición, revisada por Pascual Marín Pérez, tomo 8.^o, Madrid: Editorial Reus.
- COVIÁN, Víctor (1960): *Voz: Préstamo*, 25: 502-545.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel (1990): "La formulación dogmática de la obligación", ADC 43 (fascículo 2.^o): 475-494.
- (1988): "La responsabilidad de los legatarios de toda la herencia", RDP 72 (fascículo 3.^o): 427-465.
- (1986): "El Pago: El papel de la voluntad de acreedor y deudor", ADC 39 (fascículo 2.^o): 539-570.
- CUADRADO IGLESIAS, Manuel (2003): "Responsabilidad por razón de legados", *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Derecho civil, Sucesiones y otras materias, tomo 4.^o, 1.^a edición, Madrid: Thomson-Civitas.
- CUADRADO PÉREZ, Carlos (2002): "Distribución de toda la herencia en legados", AC, 3: 827-850.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe (1912): *La transmisión de las obligaciones*, Madrid: Librería general de Victoriano Suárez.
- (1927): *El prelegado en el Derecho romano y en el Derecho moderno*, Madrid: Editorial Reus.
- D'ORS, Álvaro (1991): *Derecho privado romano*, 8.^a edición, revisada, Pamplona: EUNSA.
- (1963): "Credutum", AHDE 38: 345-364.
- (1956): "Credutum" y "Contractus", AHDE 26: 183-207.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1985): *El negocio jurídico*, Madrid: Editorial Civitas.
- (1984): *Derecho civil de España*, Madrid: Editorial Civitas.
- (1959): "Los llamados derechos de la personalidad", ADC 2 (fascículo 4.^o): 1237-1275.

- DE HARO, Carlos (1926): "Legados demostrativo y causal", RGLJ, 502-524.
- DE LOS MOZOS, José Luis (1982): *Voz: Obligación*. NEJ 17: 785-795.
- (1978a): "El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial", RDP 62: 223-234.
- (1978b): *Voz: Modo*. NEJ 16: 541-552.
- (1966): "Negocio abstracto y reconocimiento de deuda", ADC 19 (fascículo 2.º): 369-422.
- (1962): "La adquisición de la posesión en los legados", ADC 15 (fascículo 3.º): 865-920.
- DE ROVIRA MOLA, Alberto (1960): *Voz: Frutos*, NEJ 10: 193-202.
- DÍAZ CRUZ, Mario (1951): *Los legados*, Madrid: Instituto Editorial Reus.
- DÍAZ PASTOR, José Luis (1952): "Las disposiciones testamentarias a favor de los no concebidos", AAMN 6: 543-584.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2008): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, 6.º ed., Pamplona: Thomson Civitas.
- (1988): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 1.º, 2.ª edición, 2.ª reimpresión, Madrid: Editorial Tecnos.
- (1960): "La pluralidad de testamentos", RDN 27: 9-97.
- (1964): "El contenido de la relación obligatoria", ADC 2 (fascículo 2.º): 349-366.
- (1954): "Naturaleza jurídica de los minerales. ¿Tiene o no la condición de frutos?", ADC 2 (fascículo 2.º): 355-376.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (2004): *Sistema de Derecho civil, Introducción, Derechos de la persona, autonomía privada y persona jurídica*, vol. 1.º, 11.ª edición, reimpresión, Madrid: Editorial Tecnos.
- (1995): *Sistema de Derecho civil, El contrato en general, en especial, cuasi contrato, y responsabilidad extracontractual*, vol. 2.º, 7.ª edición, reimpresión, Madrid: Editorial Tecnos.
- (1992): *Sistema de Derecho civil, Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, vol. 4.º, 2.ª reimpresión, 6.ª edición, Madrid: Editorial Tecnos.
- DORAL, José Antonio y MARTÍNEZ-PARDO, Marina (1980): "Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses", ADC 3 (fascículo 3.º): 523-569.
- DURÁN RIVACOBIA, Ramón (1988): "Modo y liberalidad (Aproximación jurisprudencial a su estudio unitario)", *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. 3.º, Madrid: Consejo General del Notariado.
- ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa (2001): *El legado de cosa propia del legatario favorecido*, Madrid: Editorial Dykinson.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles (2002): *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil Foral de Navarra*, dirigidos por Enrique Rubio Torrano y coordinado por María Luisa Arcos Vieira, Pamplona: Editorial Aranzadi.
- ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, y WOLFF, Martin (1976): *Tratado de Derecho civil. Derecho de Sucesiones*, traducción de la 11.ª revisión de Helmut Coing, estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por Ramón María Roca Sastre, vol. 1.º, 2.ª edi-

- ción, al cuidado de Luis Puig Ferriol y Fernando Badosa Coll, Barcelona: Editorial Bosch.
- ESPIAU, Santiago (1993): *Voz: Préstamo*, NEJ, 20: 350-373.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego (1978): *Manual de Derecho civil español. Derecho de Sucesiones*, tomo 5.º, 5.ª edición, Madrid: Editorial RDP.
- FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel (2005): *Los testamentos*, 2.ª edición, Granada: Editorial Comares.
- FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, María Teresa (1993): "Los legados de crédito y de liberación de deuda", *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, Derecho civil. Derecho de sucesiones*, tomo 4.º, 1.ª edición, Madrid: Thomson-Civitas.
- (1979): "Los legados de crédito y de liberación de deuda", RDP 1: 1-30.
- FLORES MICHEO, Rafael (1962): "Los negocios de crédito" RJC 61: 36-62.
- FRANCISCO SÁNCHEZ, J. (1912): "Prelegado", *La Notaría*, 8: 57-59.
- FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo (1959): "El cumplimiento «post mortem» de las obligaciones naturales", AAMN 10: 5-50.
- FUENTESECA, Pablo (1953): "Los sistemas expositivos de las obligaciones contractuales en la jurisprudencia romana y la idea de *contractus*", AHDE 23: 539-578.
- GARCÍA ALMAZOR, José (1999): *Ley de Sucesiones. Comentarios breves, por los miembros de la Comisión aragonesa de Derecho Civil*, coordinado por Jesús Delgado Echeverría et al, Zaragoza: Librería General.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel (1991): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo 19.º, 2.ª edición, Madrid: Editorial RDP.
- (1973) "Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código civil", RCDI 4: 781-810.
- (1955): "Concepto de frutos en el Código civil español", RDN 9-10: 61-24.
- GARCÍA GARCÍA, José Miguel (2003): "Teoría general de los bienes y de las cosas", RCDI 676: 919-1031.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel (1959a): "Gayo 2.216-223 sobre el *Legatum per praeceptionem*", AHDE 31: 487-513.
- (1959b): "La concepción clásica del legado «sinendi modo» y su probable estructura originaria", AHDE 29: 575-595.
- GARCÍA GOYENA, Florencio (1974): *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, Zaragoza.
- GARCÍA MÁS, Francisco Javier (1996): "Breve análisis sobre la Ley de Crédito al Consumo de 23 de marzo de 1995", RCDI 637: 2178-2202.
- GARCÍA RUBIO, María Paz (1980): *La distribución de toda la herencia en legados. (Un supuesto de herencia sin heredero)*, 1.ª edición, Madrid: Editorial Civitas.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo (1988): "Prelegado y adjudicación testamentaria", *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. 7.º, Madrid: Consejo General del Notariado.
- GARRIDO MELERO, Martín (2000): *Derecho de Sucesiones (Un estudio de los*

- problemas sucesorios a través del Código civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*), Madrid: Marcial Pons.
- GARRÍGUEZ, Joaquín (1958): *Contratos bancarios*, Madrid: Imprenta Silverio Aguirre.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio (2001): *Comentarios al Código Civil*, coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Pamplona: Editorial Aranzadi.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente (1993): *La cesión de créditos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (1992a): "Sistemas germánicos de cesión de créditos (I)", ADC 45 (fascículo 1.º): 53-129.
 - (1992b): "Sistemas germánicos de cesión de créditos (y II)", ADC 45 (fascículo 3.º): 535-649.
 - (1991): "El sistema codificado francés de cesión de créditos", ADC 44 (fascículo 2.º): 485-552.
 - (1990): "La formación del sistema francés codificado de cesión de créditos: La cesión y la transmisión inter vivos de otros bienes", ADC 43 (fascículo 4.º): 1093-1188.
- GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen (1981): "Las garantías hipotecarias del legado", RJC 2: 55-89.
- GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Juan Luis (2002): *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil Foral de Navarra*, dirigidos por Enrique Rubio Torrano, coordinado por María Luisa Arcos Vieira, Navarra: Editorial Aranzadi.
- GINET LOBATERAS, Francisco (1950): "La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho común y foral", ADC 3 (fascículo 4.º): 1057-1099.
- GIORGI, Jorge (1980): *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, traducción de la 7.ª edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americana, por la Redacción de la RGLJ, vol. 6.º, Madrid: Editorial Reus.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro (1850): *Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español*, tomo 1.º, Madrid: Imprenta de la Compañía de Impresores y libreros del Reino.
- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia (1996): *El prelegado: un problema de concurrencia de títulos sucesorios*, Granada: Editorial Comares.
- GONZÁLEZ GARCÍA, José (1989): *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario*, Madrid: Editorial Montecorvo.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel (1985): *El legado de cosa ajena (Estudio sobre las disposiciones "mortis causa" a título singular en el Código civil)*. Madrid: Editorial Montecorvo.
- GONZÁLEZ PALOMINO, José (1946): "Diagnóstico y tratamiento del pseudo usufructo testamentario", AAMN 2: 441-497.
- GRIMALT SERVERA, Pedro (2000): *Los legados pecuniarios*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier (2007): "El contrato de apertura de crédito", *Contratación bancaria*, dirigidos por Andrés Sequeira Martín *et al*, 1.ª edición, Madrid: Editorial Dykinson.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio (1960): *Derecho de Obligaciones I*, Madrid: Artes Gráficas.
- HERNÁNDEZ GIL, Félix (1981): "Revocación tácita de los legados: notas sobre el art. 869.2.º del Código Civil", *La Ley*, 1: 1007-1013.
- HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, Francisco (1967): *Las Instituciones de Justiniano*, Madrid: Sección de Publicaciones e Intercambio, Universidad de Madrid.
- HORNERO MÉNDEZ, César (2004): "Interpretación del testamento: legado modal o disposición testamentaria sujeta a condición. Comentario a la STS de 21 enero 2003 (RJ 2003, 604)", *RD Patrimonial*. 12: 355-365.
- IGLESIAS, Juan (1992): *Derecho romano. Historia e Instituciones*, revisada con la colaboración de Juan Iglesias-Redondo, 1.ª reimpresión de la 10.ª edición, Barcelona: Editorial Ariel.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier (2009): "El artículo 1.756 del Código civil: el pago de intereses no estipulados", *AC* 1: 875-890.
- JORDANO BAREA, Juan Bautista (1958): *La categoría de los contratos reales*, Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
- JORDANO FRAGA, Francisco (2002): "El pago, por el prestatario, de intereses no pactados (art. 1756 CC)", *ADC* 55 (fascículo 4.º): 1541-1606.
- JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang (1965): *Derecho privado romano*, traducción de la 2.ª edición alemana por Leonardo Prieto Castro, 1.ª reimpresión, Barcelona: Editorial Labor.
- JOSSERAND, Louis (1932): *Derecho civil*, revisada y completada por André Brun, tomo 3.º, vol. 3.º, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires: Editorial EJE.
- JUAN Y MATEU, Fernando (2001): *La extinción de los contratos bancarios de apertura de crédito*, Granada: Editorial Comares.
- LACAL, Pascual (1947): "El tema de los *nondum concepti*", *RCDI* 2: 252-260.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al* (2011): *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Parte General. Teoría general del Contrato*, vol. 1.º, 5.ª ed., revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Madrid: Editorial Dykinson.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (1992a): *Nociones de Derecho civil patrimonial e Introducción al Derecho*, revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, 6.ª edición, Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- (1992b): *Estudios de Derecho Privado Común y Foral, Obligaciones y Sucesiones*, dirigidos por Rams Albesa, Corral Dueñas y Lacruz Bescós, tomo 2.º, Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís (1988): *Elementos de Derecho civil V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona: Editorial Bosch.
- LACRUZ BERDEJO, *et al* (2005): *Elementos de Derecho Civil I, Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría, Parte general, vol. 3.º, 3.ª edición, Madrid: Editorial Dykinson.

- LACRUZ BERDEJO, *et al* (1990): *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, 2.ª edición, reimpresión, Barcelona: Editorial Bosch.
- LAMARCA MARQUÈS, Albert, *et al* (2008): *Código Civil alemán y Ley de introducción al Código Civil*, Madrid: Marcial Pons.
- (2006): *El modo sucesorio. Código de Sucesiones Catalán y Código Civil*, 1.ª edición, Navarra: Thomson-Aranzadi.
- LARRONDO LIZÁRRAGA, Javier (2008): *El nuevo Derecho Sucesorio Catalán, Análisis del libro IV del Código civil de Cataluña*, Barcelona: Editorial Bosch.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (1998): *Principios de Derecho civil. Derecho de Sucesiones*, tomo 7.º, 1.ª edición, Madrid: Editorial Trivium.
- LETE DEL RÍO, José Manuel (1988): *Derecho de obligaciones. La relación obligatoria en general*, vol. 1.º, Madrid: Editorial Tecnos.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco (1991): *Derecho de Sucesiones, La adquisición de la herencia y la sucesión testamentaria*, vol. 2.º, 2.ª parte, Bilbao: Universidad de Deusto.
- LÓPEZ CONTRERAS, Francisco Javier (1965): "La responsabilidad *intra vires* y *ultra vires* en la herencia y en los legados", *Estudios de Derecho Privado II*, bajo la dirección de Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, Madrid: Editorial RDP.
- LÓPEZ VILAS, Ramón (1996): "Sobre la distinción entre legados e instituciones modales hechas en testamento", *ADC* 19 (fascículo 3.º): 575-615.
- (1991): *Comentario del Código Civil*, dirigidos por Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, tomo 1.º, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- (1965): "Estudio sobre el reconocimiento de deuda", *RDP* 10 (fascículo 7.º): 845-873.
- LUNA SERRANO, Agustín (1968): "Disciplina del modo testamentario imposible", *ADC* 21 (fascículo 1.º): 109-138.
- MALAUURIE, Philippe (2008): *Droit Civil. Les Successions Les Libéralités*, París: Lextenso Éditions.
- MANRESA Y NAVARRO, José María (1951): *Comentarios al Código Civil español*, 7.ª edición, revisada y puesta día por Tomás Ogáyar y Ayllón, tomo 11.º, Madrid: Instituto Editorial Reus.
- (1950): *Comentarios al Código Civil español*, 5.ª edición, revisada por Fernando Téllez y Miguelez, tomo 11.º, Madrid: Instituto Editorial.
- MARÍN CASTÁN, Francisco (2000): *Comentario del Código civil*, dirigidos por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, tomo 5.º, 1.ª edición, Barcelona: Editorial Bosch.
- MARÍN MONROY, Antonio (1931): "Obligaciones naturales", *RCDI* 82: 721-737, 83: 801-812, 84: 899-908, 85: 31-41.
- MARÍN PÉREZ, Pascual (1982): *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo 22.º, vol. 1.º, Madrid: Editorial RDP.
- MARTÍN PÉREZ, José Antonio (2002): "El legado de cosa específica y determinada, de propiedad del testador. Estudio sobre sus efectos", *Estudios*

- jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo 4.º, 1.ª edición, Madrid: Thomson-Civitas.
- MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ, Cirilo (1951): "Clases de frutos en el Código civil", ADC 2: 139-155.
- (1949): "Los frutos en el Derecho español", RJC, 3: 519-536.
- (1932): "Notas sobre el concepto de frutos", RDP, 1: 86-89, 350-354.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, et al (2011): *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, 3.ª ed., Madrid: Colex.
- (2000): *Comentarios al Código Civil II*, coordinado por Joaquín Rams Albesa y Rosa María Moreno Flórez, vol. 1.º, Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- MARTÍNEZ GÓMEZ, María Isabel (2003): "La atípica regulación del prelegado en Derecho romano y su ausencia en la reglamentación del Código civil", *SABERES (Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales)*, vol. 1.º, (separata), Madrid.
- MARTÍNEZ Y G. CALCERRADA, Luis (1964): "Problemática de las obligaciones naturales. (Eficacia jurídica del deber moral cualificado)", RGLJ 216: 327-373.
- MATA DE ANTONIO, José María (2003): "Problemas prácticos en torno a la capacidad sucesoria del *concepturus*", RDP 7: 658-694.
- MAZEAUD, Henri y LÉON Y MAZEAUD, Jean (1965): *Lecciones de Derecho civil. La transmisión del patrimonio familiar*, 4.ª parte, vol. 2.º, traducción de Luis Alcalá-Zamora Castillo, Buenos Aires: Editorial EJE.
- MEDINA ALCOZ, María (2005): "La regulación del legado de cosa ajena en el Código civil español: una síntesis de las cuestiones que plantea", *La Notaría*, 17: 74-109.
- MENÉNDEZ, José (1967): "El crédito bancario. Modalidades de crédito practicadas por los Bancos: sus repercusiones fiscales antes y después de la Reforma Tributaria", RGLJ 222: 75-151.
- MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (2002): *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo 34.º, vol. 1.º, Madrid: Editorial RDP.
- MESSINEO, Francesco (1956): *Manual de Derecho Civil y comercial, Derecho de Sucesiones*, traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo 7.º, Buenos Aires: Editorial EJE.
- (1951): "Caracteres jurídicos comunes, concepto y clasificación de los contratos bancarios", RDM 7-33.
- MIGUEL TRAVIESAS, M. (1931): "Legados", RDP 18: 97-106, 130-146 y 177-185.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, Carmen (2004): *El pago de las deudas hereditarias*, Madrid: Editorial Dykinson.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis (1969): "Obligaciones naturales y deberes morales. (Estudio de Derecho comparado)", RGLJ 226: 567-621.
- MOLLEDA, José Antonio (1959): "Legado de renta vitalicia y legado a cargo del legatario", RDEA 4: 1059-1091.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente (1995): *Voz: Modo*, EJB 3: 4324-4328.
- (1974): "El modo testamentario y las prohibiciones de disponer", ADC 37 (fascículo 1.º): 301-338.

- MORENO QUESADA, Bernardo (1967): "Régimen jurídico de los frutos pendientes", RCDI 27: 963-1015.
- (1961): "El cumplimiento del legado de cosa ajena", ADC 14 (fascículo 3.º): 615-658.
- MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, Evelia (1993): *El art. 891 del CC: La distribución de toda la herencia en legados*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MURILLO VILLAR, Alfonso (1993): *El riesgo en el legado (Del Derecho romano al Código civil)*, Burgos: Biblioteca Universitaria Burgalesa.
- NAVARRO PÉREZ, José Luis (1998): *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*, Granada: Editorial Comares.
- NAVARRO VIÑUALES, José María: "Diez años de la Ley Aragonesa de Sucesiones por causa de muerte", 1: 9-104, URL: <http://www.eljusticiadearagon.com>.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (2008): *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 6.ª edición, Madrid: Editorial La Ley.
- (1989): *Compendio de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, tomo 2.º, vol. 2.º, Madrid: Editorial RDP.
- (1988): *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo 29.º, vol. 1.º, 2.ª edición, Madrid: Editorial RDP.
- ORTÍN GARCÍA, Carmen (2006): *La vacante en los legados*, Madrid: Editorial Dykinson.
- OSSORIO MORALES, Juan (1957): *Manual de sucesión testada*, Madrid: Instituto Estudios Políticos.
- OSSORIO SERRANO, Juan Miguel (1991): *Comentario del Código Civil*, dirigidos por Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, tomo 1.º, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- (1985): "El legado de deuda", ADC 38 (fascículo 4.º): 941-977.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1988): "Cesión de créditos", ADC 12 (fascículo 4.º): 1033-1131.
- PARIENTE, Antonio (1953): "Sobre la etimología de «credere»", *Studia et documenta historiae et iuris (SDHI)*, 19: 340-342.
- PASTOR RIDRUEJO, Félix (1965): "Reconocimiento y legado de deuda", *Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al Prof. Ignacio Serrano Serrano*, 707-739, Valladolid.
- PÉREZ CONESA, María del Carmen (2001): *Comentarios al Código civil*, coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra: Editorial Aranzadi.
- PÉREZ SAUQUILLO, Gregorio (1952): "Responsabilidad del heredero respecto a los legados", AAMN 7: 215-257.
- POLACCO, Vittorio (1950): *De las sucesiones*, 2.ª edición al cuidado de Alfredo Ascoli y Evelina Polacco, traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo 1.º, Buenos Aires: Ediciones EJE.
- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo (1992): "El pago de los intereses no estipulados. (Sobre el sentido del artículo 1756 del Código civil)", ADC 45 (fascículo 1.º): 131-154.

- PUIG BRUTAU, José (1977): *Fundamentos de Derecho civil*, tomo 5.º, vol. 2.º, 2.ª edición, ampliada y puesta al día, Barcelona: Editorial Bosch.
- (1971): *Voz: Legados*, NEJ 14: 832-841.
- PUIG PEÑA, Federico (1968): *Voz: Interés del dinero*, EJE 13: 215-234.
- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José (1992): *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, tomo 2.º, 2.ª edición, Madrid: Editorial Dykinson.
- ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Alfredo (1953): *Voz: Crédito*, NEJ 5: 911-935.
- ROCA GUILLAMÓN, Juan (1984-85): "Sobre el concepto de legado", *Anales de la Universidad de Alicante*, 3-4: 145-166.
- ROCA SASTRE, Ramón María (1981a): "La conmutación modal. Precedida de una síntesis de la figura jurídica del modo", *Estudios sobre sucesiones*, tomo 1.º, Madrid: Artes Gráficas Soler.
- (1981b): "La supressió de la regulació romana del prellugat", *Estudios sobre sucesiones*, tomo 2.º, Madrid: Artes Gráficas Soler.
- (1948): "El legado de cosa ajena", *Estudios de Derecho privado I. Sucesiones*, tomo 2.º, Madrid: Editorial RDP.
- (1946): "Eficacia de los llamamientos sucesores a favor de los «nascituris»", RDP 30: (313-336).
- ROCA SASTRE, Ramón María y MOLINA JUYOL, Joaquín (1953): *Jurisprudencia registral*, tomo 8.º, años 1940 a 1950, Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
- ROCA SASTRE, Ramón María y PUIG BRUTAU, José (1948): "La causa en el negocio jurídico", *Estudios de Derecho Privado I. Obligaciones y contratos*, tomo 1.º, Madrid: Editorial RDP.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis (1994): *Derecho de Sucesiones*, tomo 3.º, 1.ª edición, Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
- ROCA TRÍAS, Encarna (1984): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo 29.º, vol. 2.º, Madrid: Editorial RDP.
- ROCAMORA, Pedro (1945): "Contribuciones al estudio de las obligaciones naturales", RDP 29: 488-554.
- RODRÍGUEZ ESPEJO, José (1986): "El interés de los préstamos bancarios; anatocismo, liquidación anticipada, intereses remuneratorios y moratorios", RDBB, 21: 191-199.
- ROJO AJURIA, Luis (1995): *Voz: Intereses*, EJB, 3: 3666-3670.
- ROMÁN GARCÍA, Antonio (1995): *Las obligaciones testamentarias en el Código civil español*, Madrid: Editorial Montecorvo.
- ROYO MARTÍNEZ, Miguel (1951): *Derecho Sucesorio "mortis causa"*, Sevilla: Editorial Edelce.
- RUGGIERO, Roberto (1978): *Instituciones de Derecho civil*, traducción de la 4.ª edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, tomo 2.º, vol. 2.º, Madrid: Instituto Editorial Reus.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén (2006): *El legado de cosa hipotecada*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- SAN JULIÁN PUIG, Verónica (1996): *El objeto del contrato*, Navarra: Editorial Aranzadi.

- SANAHUJA, José María (1945): "Estudio del reconocimiento de deuda", *La Notaría*, 3: 204-228.
- SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier (1991): *Comentarios del Código Civil*, dirigidos por Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, tomo 1.º, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- SÁNCHEZ HERRERA, José Ramón (1996): "Comentario a la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo", *La Ley*, 4: 1147-1151.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe (1910): *Estudios de Derecho civil, Derecho de Sucesiones "mortis causa"*, tomo 6.º, vol. 2.º, 2.ª edición, Madrid: Impresores de la Real Casa.
- SCAEVOLA, Quintus Mucius (1945): *Código Civil. Comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día*, por Francisco Ortega Lorca, tomo 15.º, 4.ª edición, Madrid: Instituto Editorial Reus.
- (1943): *Código Civil. Comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día*, por Francisco Ortega Lorca, tomo 13.º, 5.ª edición, Madrid: Instituto Editorial Reus.
- SCHULZ, Fritz (1960): *Derecho Romano Clásico*, traducción directa de la edición inglesa por José Santa-Cruz Teijeiro, Barcelona: Editorial Bosch.
- SERRA MALLOL, Antonio J. (1995): "Ley de Crédito al Consumo (Ley 7/1995, de 23 de marzo): un examen de su regulación", RGD 609: 6337-6363.
- SERRANO GARCÍA, Ignacio (1975): "Legado de crédito y legado de liberación", RCDI 508: 627-642.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio (2006): *Manual de Derecho Civil aragonés*, dirigido por Jesús Delgado Echeverría y coordinado por María Ángeles Parra Lucán, Zaragoza: El Justicia de Aragón.
- SIMONETTO, Ernesto (1958): *Los contratos de crédito*, traducción de Juan Martínez Valencia, y notas al Derecho español por Juan Fuentes Lojo, Barcelona: Editorial Bosch.
- TERRÉ, Francois y LEQUETTE, Yves (1997): *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 3.ª édition, París: Dalloz.
- TORRALBA SORIANO, Orencio Vicente (1967): *El modo en el derecho civil*, Madrid: Editorial Montecorvo.
- (1966): "Estudio crítico del artículo 1.110 del Código civil", RCDI 4: 1509-1534, Madrid.
- TRABUCCHI, Alberto (1967): *Instituciones de Derecho civil*, traducción de la 15.º edición italiana, con notas y concordancias al Derecho español, por Luis Martínez-Calcerrada, Madrid: Editorial RDP.
- URÍA, Rodrigo (1975): *Derecho mercantil*, 12.ª edición, Madrid: Imprenta Aguirre.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan (1987): *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. 1.º, 2.ª edición, revisada y ampliada, Madrid: Editorial Montecorvo.
- (1982): *Panorama del Derecho de Sucesiones I, Fundamentos*, Madrid: Editorial Civitas.
- (1980): *Estudios varios. Obligaciones, contratos, empresas y sociedades*, Madrid: Editorial Montecorvo.

- VALLET DE GOYTISOLO, Juan (1967): "Comentario a las sentencias de 4 de junio y 18 de diciembre de 1965", RCDI 458: 166-175.
- (1948): "Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios", RDP 32: 315-348.
- (1947): "Notas para la interpretación del párrafo segundo del art. 1.056 y el art. 863 del Código civil", RGD 27: 673-676, 28: 2-6.
- VÁZQUEZ BOTE, Eduardo (1975): "Sobre el artículo 1.901 del Código y la obligación natural", RCDI 509: 891-902.
- VENEZIAN, G. (1928): *Usufructo, uso y habitación*, anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas por José Castán Tobeñas, traducción castellana por la RDP, Madrid: (reimpresión facsímil por Editorial Analecta, Navarra: 2006).
- VERDERA SERVER, Rafael (2003): "Algunas consideraciones sobre el incumplimiento del modo testamentario impuesto al heredero: una comparación entre el Código civil y el Codi de Successions", *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, 1.ª edición, Madrid: Thomson-Aranzadi.
- VICENT CHULIÁ, Francisco (1990): *Compendio crítico de Derecho mercantil*, tomo 2.º, 3.ª edición, Barcelona: Editorial Bosch.
- VON TUHR, Andreas (1934): *Tratado de las obligaciones*, traducción del alemán y concordado por W. Roces, tomo 1.º, 1.ª edición, Madrid.
- ZUMALACÁRREGUI MARTÍN-CÓRDOVA, Tomás (1977): *Causa y abstracción causal en el Derecho civil español*, Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios.

LOS ESCRIBANOS EN LOS TERRITORIOS DE ÓRDENES MILITARES SEGÚN EL CATASTRO DE ENSENADA. UNA ÉLITE SOCIOPROFESIONAL EN EL MUNDO CAMPESINO DE CASTILLA LA NUEVA (1) (Primera parte) (*)

Luis Escudero Escudero

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: El estudio de los escribanos, así como el del resto de los oficiales de la fe pública (notarios, amanuenses), es un tema de investigación fructífero en los últimos años. Sin embargo, el número de trabajos que versan sobre el papel de estos profesionales en el medio rural es aún escaso. Nuestra investigación está centrada en el estudio de esta élite socioprofesional en doce localidades representativas de los territorios de órdenes militares de Castilla la Nueva, en concreto de la región de La Mancha, a través del tratamiento de la documentación del *Catastro de Ensenada*, lo que sitúa este trabajo a la altura del año 1752 aproximadamente. Hemos registrado el número y nombre de oficiales de la fe pública que ejercían sus funciones en este territorio, así como hemos reconstruido

(*) Publicamos en este número de la Revista la primera parte del trabajo (epígrafes 1, 2, 3 y 4). En el próximo número, el 83, publicaremos la segunda parte (epígrafes 5, 6, 7, bibliografía y anexos).

(1) Este artículo está enmarcado en los trabajos realizados por el autor como beneficiario de una beca F.P.U. del Ministerio de Educación, convocatoria del año 2009. Ref. 2009-2995. Estas páginas forman parte del Trabajo Fin de Máster en Investigación en Letras y Humanidades homónimo presentado en diciembre de 2010, y que fue dirigido por el Dr. D. Jerónimo LÓPEZ-SALAZAR PÉREZ, al que doy las gracias por su paciencia, sus correcciones y su confianza hacia mí. También quiero acordarme de la profesora doña María Luisa DE LA CÁMARA, artífice en gran parte de esta publicación.

su entorno familiar y doméstico. El patrimonio de los escribanos ha sido otro de los focos que han merecido nuestra atención, para conocer qué tipo y qué cantidad de bienes poseían: casas, tierras, ganado o censos. El cruzamiento de ambos tipos de información nos ha permitido establecer tanto la sociología como el nivel económico de estos profesionales, para así poder determinar la importancia que tuvieron en la sociedad manchega de mediados del siglo XVIII.

Palabras clave: escribano, notario, fe pública, patrimonio, élite.

Abstract: The study of the scribes, as well as that of the rest of the notarial attestation officials (notaries, amanuenses), has become a fruitful research topic in the last years. However, the number of works dealing with the role of these professionals in the rural areas is still limited. Our research is focused on the study of this socio-professional elite in twelve representative locations from the military order of *Castilla la Nueva*, in particular of the region of *La Mancha*, thanks to the processing of the documents found in *Catastro de Ensenada*, what places this work around the year 1752 approximately. The number and name of the notarial attestation officials who carried their functions out in this territory have been registered, at the same time that their home and domestic environment has been reconstructed. The scribes' patrimony has also deserved our attention, in order to learn the kind and quantity of properties they owned: houses, lands, livestock or *censos*. The cross-checked information has led us to establish both the sociology and the economic level of these professionals, so that we can determine their relevance in the society of *La Mancha* in the middle of the XVIII century.

Key words: scribe, notary, notarial attestation, patrimony, elite.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
 - 1.1. Fuentes y metodología
2. ESTADO DE LA CUESTIÓN
3. EL OFICIO DE ESCRIBANO EN LA CASTILLA MODERNA
 - 3.1. Marco legal
 - 3.2. Tipología y definición de funciones

4. LAS ESCRIBANÍAS. NÚMERO Y TIPOLOGÍA

- 4.1. Escribanos y escribanías
- 4.2. Otros oficiales de la fe pública
- 4.3. Sociología y posición
- 4.4. Escribanías enajenadas

5. ENTORNO FAMILIAR Y DOMÉSTICO

- 5.1. La casa de los escribanos

6. ECONOMÍA DOMÉSTICA Y PATRIMONIO

- 6.1. Nivel de ingresos
- 6.2. Tierras y ganado
- 6.3. Juros y censos

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

1. INTRODUCCIÓN

La importancia de los escribanos públicos dentro de la sociedad del Antiguo Régimen ha sido puesta de manifiesto por diversos autores a lo largo de décadas de producción historiográfica (2). Podemos decir que en los últimos años es un tema de estudio fructífero, ya que incluso algunos proyectos de investigación han versado sobre estos oficiales (3). Los escribanos están siendo redescubiertos de un tiempo a esta parte desde una perspectiva social y económica, en contraposición con los trabajos más antiguos, que enfocaron el

(2) El listado de obras que se refieren al papel de los escribanos es muy amplio. En el capítulo sobre historiografía veremos este punto con más detenimiento. De momento, baste con citar las obras de Miguel Ángel EXTREMERA y de María de los Ángeles GUAJARDO-FAJARDO. Véase EXTREMERA EXTREMERA, M. A.: *El notariado en la España Moderna. Los escribanos públicos de Córdoba (siglos XVI-XIX)*. Madrid, 2009, y GUAJARDO-FAJARDO CARMONA, M. A.: *Escribanos en Indias durante la primera mitad del siglo XVI*. Madrid, 1995, 2 vols.

(3) *El oficio de escribano en Castilla en el Siglo de Oro: poder, memoria, cultura escrita*, cuyo investigador principal es Enrique VILLALBA PÉREZ, de la Universidad Carlos III de Madrid.

estudio de estos profesionales de una forma más jurídica y paleográfica. Es obvio que este grupo era lo suficientemente destacado entre sus contemporáneos, ya fuera por sus funciones o por su relación con el resto de capas sociales, como para que en la actualidad merezca la atención de los profesionales de la historia.

La tremenda desigualdad era la tónica que marcaba la sociedad estamental. Mientras una minoría de poderosos dominaban la vida diaria de cada localidad, mediante el control de los medios de producción y la toma de decisiones que afectaban a todo el conjunto de la población; el resto de personas, la mayoría, estaban sujetos a las decisiones de unos pocos, y debían soportar sobre sus economías la carga fiscal que la hacienda del Antiguo Régimen les imponía. Esta brecha tan profunda se reproducía también en lo cultural. Durante los siglos que comprenden la Edad Moderna, solo había una minoría de personas a las que podemos considerar "letradas", frente a un gran número de hombres y mujeres que no sabían ni leer ni escribir. En la doble desigualdad es donde el papel de los escribanos públicos cobra sentido. Formaban un grupo intermedio entre gobernantes y gobernados, debido a las funciones que les tocaba ejercer; esto es, dado que en la Modernidad, como hemos dicho, solo unos pocos conocían los mecanismos de la escritura, estos profesionales de la fe pública eran los encargados de dejar constancia y dar validez a los contratos privados que se producían entre personas de toda condición. Ello les confería a estos oficiales un tremendo poder y una situación privilegiada, por cuanto la labor que realizaban les permitía tener acceso a información relevante, además de mantener un contacto permanente con la nobleza local o nacional.

El interés por este grupo de profesionales viene dado también por la complejidad que presentaban en cuanto a su tipología y funciones. Cuando hablamos de los escribanos en la Edad Moderna, no nos referimos a una sola modalidad de oficial, sino que había una variedad tipológica importante. Existían los escribanos públicos del número, pero también los de concejo o ayuntamiento, los de rentas, los de visitas y residencia, etc. A todos ellos hay que añadirles una serie de profesionales, que si bien no eran escribanos, sí que en su trabajo estaba presente la fe pública, como notarios apostólicos, oficiales de la pluma o amanuenses; estos últimos solían actuar como auxiliares de los escribanos en sus despachos. Pero es que además la tipología de realidades en que estaban inmersos crece cuando ob-

servamos que muchos de estos profesionales no solo ejercían funciones relacionadas con la fe pública: los había que eran administradores de bienes, otros compaginaban la escribanía con el trabajo en el campo, incluso algunos notarios tenían como labor principal la de ser maestros de primeras letras. A todo ello debemos sumarle que, aunque teóricamente y según la legislación de la época no se podía acumular más de un oficio público en la misma persona, fueron varios los casos en los que un escribano actuó también como contador, fiel o procurador.

En la Edad Moderna, la fe pública abarcaba más funciones que en la actualidad. Por un lado, los escribanos debían actuar cuando se les requiriera para dejar constancia de un acto o negocio privado entre personas. Fruto de ello son los contratos o los poderes. Pero también debían estar presentes en momentos vitales importantes para el ser humano, y dar fe por escrito del hecho que se iba a producir. De esta manera, cuando se celebraba una boda, la carta de dote y arras era el testimonio escrito de ésta, al igual que el testamento era el reflejo del acto final de la vida. Pero más allá de todo esto, que podríamos catalogar como función escrituraria, los escribanos debían ejercer también una función actuaria (4). Si se quiere ver de otro modo, función escrituraria y actuaria no significan otra cosa que función extrajudicial y judicial. Es decir, la fe pública llevaba consigo una serie de funciones dentro del mundo de lo judicial, cosa que permaneció sin cambios hasta la Ley del Notariado de 1862, cuando se despojó a los escribanos públicos de sus funciones judiciales, como eran la de recibir y tramitar los testimonios y pruebas de los implicados en un pleito. Las funciones judiciales de los escribanos eran diferentes en función del tipo de tribunal donde ejercieran su trabajo. De igual forma, si en una localidad había solo un escribano público, éste se ocupaba tanto del juzgado como del ayuntamiento; mientras que si había varios, podían repartirse las funciones, aunque ninguno dejaba de tener la facultad para poder ejercer la función escrituraria del oficio.

Otra de las tareas más destacadas en la vida local que podían ejercer los escribanos era la de escribano del concejo o del ayun-

(4) MARTÍNEZ GIJÓN, J.: "Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Moderna", en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección Primera, Estudios Históricos, vol. 1, Madrid, 1964, pp. 302-317.

tamiento. Cuando un hombre obtenía el oficio de escribano real, debía intentar conseguir una escribanía del número. Pero aparte de ello, tanto un escribano real como uno del número podía desempeñar las funciones de escribano del cabildo (5). Éste podía ser un puesto bien remunerado, con un salario fijado por el ayuntamiento y no sujeto al número de clientes o de negocios tratados. Como decimos, los escribanos que lo eran también del concejo, aunque no tenían voz ni voto en las decisiones de gobierno de la localidad, sí que estaban plenamente implicados en la vida del gobierno local. Entre sus numerosas funciones estaba la de levantar acta de todas aquellas reuniones del cabildo, anunciar cuándo se iba a producir la siguiente reunión y quién debía estar en ella, así como custodiar el archivo del ayuntamiento. Debían tener una especial meticulosidad a la hora de ejercer esta última labor, y conservar de forma correcta los documentos, ordenados y preparados para que pudieran ser consultados o poderse sacar una copia de ellos. De esta manera, si por su trabajo como escribanos públicos ya estaban en contacto con las capas de gobierno y las oligarquías locales, los que ejercían como escribanos del concejo multiplicaban de forma considerable estas relaciones.

A lo largo de la Edad Moderna se forjó una especie de leyenda negra en torno a los escribanos y a sus prácticas delictivas. ¿Qué hay de verdad en ello? Para reconstruir la imagen social de un grupo, en este caso el de los escribanos, es necesario recurrir a lo que sus contemporáneos pensaban de ellos. Escritores, literatos religiosos y viajeros extranjeros son tres de los colectivos que plasmaron la mala reputación de estos oficiales de la fe pública. En la literatura del Siglo de Oro encontramos varios ejemplos de autores que vierten una mala opinión sobre los escribanos, de los cuales las obras más destacadas son *El Licenciado Vidriera*, de CERVANTES, o *Los Sueños*, de QUEVEDO. En cuanto a los viajeros extranjeros, Alicia MARCHANT ha recogido las opiniones desfavorables del inglés Townsend en su viaje por España (6). Sin embargo, entre los tratadistas hubo reflexiones

(5) ROJAS VACA, M. D.: "Los escribanos de concejo en Cádiz (1557-1607)", en *Historia, Instituciones, Documentos*, 24, 1997, pp. 429-448.

(6) MARCHANT RIVERA, A.: "Los escribanos españoles del siglo XVIII a la luz de la literatura de viajes: *Viaje por España* de Joseph Townsend", en *Baetica. Estudios de Geografía, Arte e Historia*, 28, 2006, pp. 325-335.

tanto en contra, como las de CASTILLO DE BOVADILLA; como a favor, por ejemplo, las de SUÁREZ DE FIGUEROA (7). Las actuaciones delictivas más comunes entre los escribanos fueron falsear documentación, aceptar sobornos, conseguir el oficio de una manera fraudulenta o alargar intencionadamente los pleitos (8). Tampoco el hecho de que se aprovecharan de su privilegiada situación para intervenir y manipular en los asuntos del concejo ayudó a mejorar su imagen (9). Pero hay que tener en cuenta que entre los escribanos existían muy diferentes niveles de riqueza, y no todos los componentes de este colectivo vivían holgadamente. Algunos estaban en una situación económica complicada, lo que condicionaba parte de sus actuaciones, como por ejemplo la falsificación de documentos o el alargar innecesariamente algunos pleitos.

Las características especiales de su oficio, marcadas por la posesión de la fe pública, hacían que su comportamiento tuviera incidencia en la vida de la mayoría de las familias con quienes trataban. Igualmente, su incontenible ansia de ascenso no era bien vista por todos los miembros de las capas más altas de la sociedad. Por todo ello, se instaba a corregidores y justicias a vigilar las conductas de los escribanos. La forma en que se controlaba el ejercicio de la profesión escribanil era mediante las visitas y residencias (10). Tras conocer las negligencias cometidas, se aplicaban las sanciones

(7) Dado que en este apartado solo queremos ofrecer una visión global de la imagen proyectada por los escribanos a la sociedad, para más información sobre los literatos que retrataron las formas de vida de los escribanos, véase EXTREMEIRA EXTREMEIRA, M. A.: *El notariado...* ob. cit., pp. 336-337; y el clásico artículo de HERRERO, M.: "El notariado español y la evolución en su nombre", en *Hispania*, núm. 8, vol. 33, oct.-dic. 1948, pp. 562-585. En ambos se citan varios autores y obras que versan sobre los depositarios de la fe pública.

(8) EXTREMEIRA EXTREMEIRA, M. A.: "Los escribanos de Castilla en la Edad Moderna. Nuevas líneas de investigación", ob. cit., pp. 178-181.

(9) DÍAZ-PINTADO, J.: *Conflicto social, marginación y mentalidades en La Mancha (siglo XVIII)*. Ciudad Real, 1987, pp. 66-67.

(10) Las visitas eran inspecciones periódicas en las que examinaba el proceder de los escribanos y los instrumentos de su labor. Las residencias eran más bien un examen de las conductas de los escribanos al final de su carrera. Cfr. MENDOZA GARCÍA, E. M.: "Mecanismos de control de los oficiales públicos: visita a los escribanos de Antequera en 1654", en *Actas de la IX Reunión Científica de la FEHM-UMA*. Málaga, 2009, p. 913.

correspondientes, que iban en teoría desde las multas económicas a incluso la muerte o la amputación de una mano. No obstante, y como en muchos otros aspectos, la teoría era una cosa y la práctica otra muy distinta. Los castigos se limitaban a multas económicas, suspensión temporal del oficio o pequeñas penas de prisión (11). De esta forma, los escribanos públicos, por una serie de circunstancias, se granjearon una mala imagen de sus contemporáneos, la cual se extendió mediante la literatura hasta nuestros días. Si bien es cierto que encontramos entre sus actuaciones algunas prácticas delictivas, hay que buscar el porqué de esos hechos, y si verdaderamente la crítica se refería a los posibles delitos que cometieran, o si en realidad eran vistos como un peligro o amenaza para algunos sectores de las capas más altas, al tratarse de oficiales que desde los estratos medios intentaban llegar a cotas más elevadas mediante distintas estrategias familiares y profesionales.

Esta investigación está situada en un periodo de tiempo y en un contexto geográfico muy determinado. Nos referimos a mediados del siglo XVIII en algunas localidades de órdenes militares significativas de Castilla la Nueva, en concreto de la región de La Mancha. ¿Por qué este marco espacio-temporal? De un lado, creemos que aunque la figura del escribano ha sido objeto de muchas investigaciones, la mayoría de ellas se han centrado en el ámbito urbano (12). Y si bien conocemos cómo actuaban estos profesionales en las ciudades, necesitamos más investigaciones para poder generar modelos de comportamiento de estos personajes investidos de la fe pública en al ámbito rural, para así, a través de la comparación entre unos y otros, poder esclarecer las diferencias y similitudes que habría entre

(11) Ibídem, p. 913.

(12) Sobre los escribanos del mundo rural, véase GARCÍA GONZÁLEZ, F.: "Réseaux familiaux, réseaux sociaux: richesse, pouvoir et parenté dans la Sierra d'Alcaraz au XVIII^e siècle", en CASTELLANO, J. L., y DEDIEU, J. P. (dirs.): *Réseaux, familles et pouvoirs dans le monde ibérique à la fin de l'Ancien Régime*. París, 1998, pp. 89-110; GÓMEZ VOZMEDIANO, M. F.: "En los umbrales del poder: los escribanos de las hermandades viejas manchegas durante los siglos modernos", en *Actas de la IX Reunión Científica de la FEHM-UMA*. Málaga, 2009, pp. 745-763 o CÓZAR GUTIÉRREZ, R.: "'De lo que yo el infrascripto escribano doy fe'. Los escribanos de la villa de Albacete durante el siglo XVIII", en *Revista de Historia Moderna. Anales de la Universidad de Alicante*, 28, 2010, pp. 269-299.

los que tenían su ámbito de actuación en el mundo urbano y los que lo tenían en el medio agrario. Los escribanos rurales debieron ejercer una fuerte influencia sobre sus convecinos, aún más acentuada que la de sus colegas urbanos, puesto que, con mucha frecuencia, eran las únicas personas que, aparte de saber leer y escribir, conocían los rudimentos del derecho. Su indiscutible preponderancia en la sociedad campesina junto con la escasez de trabajos sobre este colectivo justifica un estudio sobre ellos. Y más en concreto, hemos enfocado este trabajo en la región de La Mancha, ya que en nuestra opinión, aunque se ha tratado el tema de los escribanos manchegos de forma fragmentaria en diferentes publicaciones, son necesarias investigaciones que se ocupen de estos personajes de forma unitaria, si bien estas páginas constituyen un estudio meramente introductorio a una investigación más amplia en forma de tesis doctoral.

Las localidades escogidas para el estudio se repartían a la altura de 1752 entre las antiguas provincias de Toledo y La Mancha (13). La provincia de Toledo estaba dividida en cinco partidos (Toledo, Alcalá, Talavera, Ocaña y San Juan) (14), de los cuales nos interesan los dos últimos, pues a ellos pertenecían varias de las localidades estudiadas, como Ocaña, Uclés, Tarancón y Villaescusa de Haro (partido de Ocaña); y Alcázar de San Juan, Tembleque, Madridejos y Consuegra (partido de San Juan). En cuanto a La Mancha, este es un concepto territorial más complejo y merecedor de algunas líneas por nuestra parte.

(13) Existe una amplia gama de obras sobre la zona de La Mancha y sus límites en el Antiguo Régimen. Destacamos algunas, como JESSEN, O.: "La Mancha. Contribución al estudio geográfico de Castilla-La Nueva", en *Estudios Geográficos*, 23 y 24, 1926, pp. 269-312 y 179-534 respectivamente; PILLET CAPDEPÓN, F.: *La Mancha. Transformaciones de un espacio rural*, Madrid, 2001; MARTÍN GALÁN, M.: "La población de Madrid y Castilla-La Mancha según el censo de Floridablanca", en *La población española en 1787. II Centenario del Censo de Floridablanca*. Madrid, 1987, pp. 157-192; GARCÍA GONZÁLEZ, F. (coord.): *Castilla-La Mancha en la Edad Moderna*. Ciudad Real, 2004; CAMACHO CABELLO, J.: *La población de Castilla-La Mancha. Crisis y renovación*. Toledo, 1997.

(14) DONÉZAR DÍEZ DE ULZURRUN, J. M.: *Riqueza y propiedad en la Castilla del Antiguo Régimen. La provincia de Toledo en el siglo XVIII*. Madrid, 1984, pp. 19-21.

Podemos distinguir La Mancha como región natural o como división administrativa. Como región natural, estaba compuesta de diferentes territorios: el Campo de Montiel, La Mancha de Aragón, el Campo de Calatrava, el Priorato de San Juan o La Mancha santiaguista. A la altura del siglo XVIII, su poblamiento se articulaba a base de núcleos grandes y distantes, con suelos llanos pero de buena calidad, en los que predominaban los cultivos extensivos, y donde la falta de industria y las malas cosechas causaban cierta superpoblación. Las órdenes militares de San Juan, Calatrava y Santiago dominaban amplias superficies de terreno, pero carecían de autoridad. Estos males se acrecentaron con la atribución del Priorato de San Juan a miembros de la familia real (15). La disyuntiva entre región natural y división administrativa ya se observa desde siglos atrás. Jerónimo LÓPEZ-SALAZAR ha tratado del concepto de La Mancha para el siglo XVI (16). En esta centuria, era necesario distinguir la conciencia que las localidades tenían o no de pertenencia a La Mancha de lo que jurisdiccionalmente se entendía por esta región (17). Las divisiones administrativas cambiaron con los años, y si según el vecindario de 1530 La Mancha era un partido de la provincia de Castilla de la Orden de Santiago, en 1571 el territorio más parecido al de “esta” Mancha era el del partido de Quintanar de la Orden. Es decir, la nomenclatura cambiaba para definir un territorio difícilmente delimitable, donde se superponían varias realidades.

La Mancha como entidad administrativa comenzó a gestarse en 1691. En ese año, se segregaron del Reino de Toledo los partidos de Alcaraz, Almodóvar, Almagro, Ciudad Real e Infantes. Años más tarde, en 1718, se le dotó de un intendente, para después agregársele los pueblos de la Orden de Santiago que conformaban la Mesa de

(15) DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: *Sociedad y Estado en el siglo XVIII español*. Barcelona, 1978, pp. 194-198.

(16) LÓPEZ-SALAZAR PÉREZ, J.: “El mundo rural en La Mancha cervantina: labradores e hidalgos”, en SANZ CAMAÑES, P. (coord.): *La Monarquía Hispánica en tiempos del Quijote*. Madrid, 2005, pp. 15-62.

(17) LÓPEZ-SALAZAR da varios ejemplos de localidades que según ellas pertenecían o no a La Mancha. Por ejemplo, según las *Relaciones Topográficas*, Ballesteros y Tirteafuera decían estar en La Mancha, pero Daimiel y Manzanares no. Véase LÓPEZ-SALAZAR PÉREZ, J.: “El mundo rural en La Mancha cervantina: labradores e hidalgos”, ob. cit., p. 21.

Quintanar de la Orden (18). Esta era la situación en 1752, una provincia de 22.714 km² de superficie total (19), a la que pertenecían otras cuatro de las localidades de las que hemos tratado: Almagro, Daimiel, Manzanares y Quintanar de la Orden. En 1799, la provincia se redefinió, pues el partido de San Juan se separó de Toledo para incorporarse también a La Mancha. La ausencia de una verdadera capital (nos referimos a una capital fiscal) reconocida como tal marcó la existencia de esta provincia. En lo eclesiástico, estaba dividida entre las diócesis de Toledo y Cuenca, y los territorios *nullius* de las órdenes militares, con jurisdicción exenta. La capitalidad osciló entre Ciudad Real y Almagro, y la primera acabó por triunfar a pesar de que Almagro tenía más aires o hechuras de capital. Por su parte, La Mancha Oriental perteneció al Reino de Murcia hasta el fin del Antiguo Régimen (20).

En cuanto al marco temporal, alrededor de 1752, éste viene definido por la fuente en la que se centra esta investigación, el *Catastro de Ensenada*. A través de la consulta de la documentación generada para el establecimiento de la Única Contribución para doce poblaciones correspondientes a tres órdenes militares distintas, pretendemos dar una visión de conjunto de todo el territorio, sin olvidar las peculiaridades que estos oficiales pudieran presentar en las diferentes localidades, aunque hemos intentado no caer en la comparación fácil sin argumentación entre estas doce poblaciones.

Nuestra hipótesis de partida era la de intentar demostrar si, con el estudio no solo de los escribanos, sino también de los notarios y amanuenses, el grupo de los profesionales de la fe pública era homogéneo en cuanto a la composición de sus familias, a su entorno doméstico y a su patrimonio, o si por el contrario, era más bien heterogéneo, donde bajo la denominación de "escribanos públicos" pudieran caber distintas realidades en cuanto a riqueza, propiedad y relaciones parentales y domésticas. Igualmente, intentaremos demostrar la pertenencia o no de los oficiales de la fe pública al grupo de las élites de la sociedad manchega del Antiguo Régimen.

Con la masa documental estudiada, nos planteamos distintos objetivos. El primero de ellos era el de elaborar un censo individualiza-

(18) DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: *Sociedad y Estado...* ob. cit., p. 195.

(19) CAMACHO CABELLO, J.: *La población de Castilla...* ob. cit., pp. 69-70.

(20) DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: *Sociedad y Estado...* ob. cit., pp. 195-196.

do de escribanos por localidades en el momento de la realización del *Catastro*. Por otro lado, intentamos reconstruir el patrimonio y hacienda de los escribanos a partir de la rica documentación generada por las investigaciones para el establecimiento de la Única Contribución. Para ello, resultó esencial conocer el fenómeno de la venta de escribanías, así como los ingresos por su oficio de cada escribano, notario o amanuense en función de sus distintas ocupaciones; y sobre todo, establecer distintos niveles de riqueza patrimonial a través de la posesión de casas, criados o ganado, y observar la posesión de bienes raíces y deuda pública (juros) o privada (censos). Por último, intentamos rastrear las estrategias de familiares y redes de parentesco de los escribanos a través de la reconstrucción de su entorno familiar y doméstico, pues los escribanos siempre tuvieron fama de lograr casamientos ventajosos para ellos y sus hijos.

Las circunstancias vitales de los escribanos, amanuenses y notarios tenían similitudes. Obtuvimos algunos resultados que hablaban de cierta uniformidad en algunos aspectos, como pudo ser el de que la mayoría de estos profesionales estaban inmersos en un hogar de los que podemos llamar nuclear. Pero nuestro colectivo no era un grupo totalmente homogéneo. No podemos enfocarlos solo desde la óptica del oficio que ejercían, hay que mirar más allá del hecho de que todos eran escribanos, y buscar las condiciones en las que desarrollarían su vida personal y laboral, para así poder reconstruir de forma más certera cómo transcurría el día a día de estos profesionales. Aunque su oficio, la fe pública, era lo que les cohesionaba, no podemos agrupar a unas personas simplemente en virtud de su ocupación laboral, pues con ello no contribuimos al conocimiento histórico, sino a caer en viejos errores como el de tratar de explicar cómo se estructuraba la sociedad del Antiguo Régimen en función de un único sistema de clasificación, como puede ser en este caso el del trabajo (21).

Para conocer en profundidad el tema, era preciso adentrarnos en el manejo de la bibliografía sobre éste. Por ello, el primer capítulo de nuestra investigación es un estado de la cuestión sobre lo que se ha escrito en nuestro país acerca del tema de los escribanos para

(21) AMELANG, J. S.: *La formación de una clase dirigente: Barcelona, 1490-1714*. Barcelona, 1986, p. 128, citado por EXTREMERA EXTREMERA, M. A.: *El notariado...* ob. cit., p. 23.

constatar los logros y carencias de las investigaciones sobre este sujeto historiográfico. Hemos podido comprobar que en los últimos años los historiadores han girado en sus estudios sobre los escribanos desde enfoques jurídicos a perspectivas más socioeconómicas. Igualmente, hemos constatado el dominio de las obras sobre escribanos en el mundo urbano respecto a las que se centran en estos profesionales en el mundo rural. Por lo demás, los temas tratados sobre los escribanos son, a grandes rasgos, número y tipo de escribanos y escribanías, venta de oficios, papel de estos oficiales en la sociedad estamental, rendimiento del oficio, sociología de los titulares de escribanías, imagen proyectada del colectivo, así como formación cultural de los mismos. Aunque en estas páginas no nos vayamos a centrar más que en algunos de estos grandes temas, era de todo punto necesario conocer qué se había investigado y desde qué perspectivas.

Antes de entrar en los capítulos que versan específicamente sobre los escribanos de nuestro territorio, hemos incluido unas páginas en las que hemos hablado sobre el oficio de escribano en Castilla. En primer lugar, hemos acotado el marco legal en el que los escribanos accedían a la profesión y luego desempeñaban las funciones propias de ésta. Después nos hemos centrado en la práctica notarial, mediante la definición de cada tipo de oficial de la fe pública que existía en Castilla, con una especial atención a los escribanos del número. Además, y dado que una parte de los profesionales que hemos estudiado son notarios y amanuenses, en estas páginas sobre el oficio de escribano hemos incluido sendos epígrafes sobre la labor tanto de los notarios apostólicos como de ese personal auxiliar de las escribanías. Las escribanías en los territorios de señorío también han merecido nuestra atención, toda vez que el presente trabajo se centra precisamente en unas localidades pertenecientes al territorio de señorío, el de las órdenes militares.

En el siguiente capítulo hemos querido exponer la situación general en que se encontraba nuestro territorio por lo que al número y tipo de escribanías se refiere. Para ello, hemos confeccionado un censo de escribanos, en el cual hemos observado cómo algunos de ellos compaginaban varias funciones, y cómo en algunas localidades el número de escribanías era muy distinto al de otras. También hemos intentado reconstruir el fenómeno de las escribanías arrendadas y enajenadas en nuestro territorio, así como hemos rastreado

en la documentación para encontrar lo poco que nos puede decir el *Catastro* acerca de la sociología de estos oficiales.

El capítulo referido al entorno familiar se divide en dos grandes bloques, uno que versa sobre la casa de los escribanos y otro sobre el entorno familiar de éstos. En cuanto a esto último, hemos dividido a los escribanos en función del tipo de hogar en el que estuvieran incluidos, ya fuera nuclear, múltiple o solitario, para después conocer el número de miembros que componía cada familia. También hemos estudiado el estado civil de nuestros oficiales, para así determinar la incidencia de la viudedad o la soltería dentro de un grupo en el que lo más usual era estar casado. Por su parte, el número de hijos y el oficio de éstos en el caso de que los tuvieran también han centrado nuestras preocupaciones, ya que era importante saber hasta qué punto se reproducía el oficio dentro de la misma familia. Pero dado que el concepto de familia en el Antiguo Régimen iba más allá del matrimonio y la descendencia, el resto de parientes y los criados también han merecido su espacio en este capítulo, sobre todo los criados. Y por lo que respecta al estudio de la casa, ésta también puede tomarse como un referente del nivel de riqueza de estos oficiales. Hemos querido saber cómo serían estas casas en cuanto a su tamaño y morfología; pero también qué porcentaje de oficiales de la fe pública podrían permitirse mantener la propiedad de uno o varios inmuebles.

La economía escribanil es el capítulo que ha ocupado el resto del trabajo. Para hablar del patrimonio de los escribanos, nos hemos centrado en aspectos de diferente naturaleza que pudieran aclararnos cómo eran las posesiones de estos oficiales, así como de qué manera se repartían sus ingresos. Para ello, tierras, ganado, bienes vinculados, así como los ingresos por la profesión y la dedicación paralela a otras actividades como la administración de rentas o la inversión en juros y censos son los factores que hemos tenido en cuenta para poder hacer una medición lo más fiable posible del patrimonio escribanil.

Para acabar, deseamos reiterar que también los notarios y los amanuenses han centrado parte de nuestro trabajo, debido a la importancia que éstos tenían en nuestro ámbito, sobre todo en algunas localidades, ya que nos sería imposible estudiar a los escribanos sin tener en cuenta a estos otros oficiales de la fe pública tan cercanos a ellos en cuanto a las funciones del oficio. Además, y por otra parte, nuestro único objetivo ha sido el de acercarnos con todos

estos indicios a la realidad histórica sobre los escribanos y otros oficiales de la fe pública en algunas localidades representativas de órdenes militares en el territorio de La Mancha única y exclusivamente según una fuente, el *Catastro de Ensenada*, el cual hemos intentado exprimir al máximo. Esperamos que los resultados obtenidos sean los más rigurosos posibles.

1.1. FUENTES Y METODOLOGÍA

La fuente primaria a la que hemos acudido para realizar este trabajo ha sido el *Catastro de Ensenada*. De toda la masa documental que generaron las averiguaciones para el establecimiento de la Única Contribución, nosotros hemos consultado para la elaboración de este estudio varios *Libros*. El establecimiento de la Única Contribución tenía tras de sí objetivos más allá de lo meramente fiscal. Las averiguaciones pretendían “averiguarlo todo de todos” (22), y que así se fijara un impuesto único a cada contribuyente, un porcentaje igual para todos, procedente de la riqueza en tierras y edificios que cada uno tuviera. Con este nuevo impuesto se querían cubrir dos frentes: uno social, de redistribución de las cargas fiscales en función de las “fuerzas” de cada uno, sin excepción; y otro económico, el de aumentar los ingresos de la Real Hacienda (23). Estos objetivos respondían a una serie de causas que motivaron la confección de la averiguación para el establecimiento del nuevo impuesto. En primer lugar, las arcas de la Real Hacienda estaban vacías, debido a la Guerra de Sucesión y a las campañas en Italia, lo que derivó en 1739 en una bancarrota. En segundo término, el sistema de contribución a la Real Hacienda era tremendamente complejo, por lo que urgía simplificarlo. Las cuatro principales fuentes de ingresos de la Corona eran las Rentas Generales, las Rentas Provinciales, las Rentas Estancadas y Tribuciones Eclesiásticas (24). Como la Real

(22) Véase CAMARERO BULLÓN, C.: “Averiguarlo todo de todos: el Catastro de Ensenada”, ob. cit., pp. 493-531.

(23) DONÉZAR DÍEZ DE ULZURRUN, J. M.: *Riqueza y propiedad...* ob. cit., 1984, pp. 6-7.

(24) MARTÍN GALÁN, M.: “Los fondos de los Archivos Históricos Provinciales: el *Catastro de Ensenada*”, en *La investigación y las fuentes documentales de los archivos*. Guadalajara, 1996, p. 83. Las Rentas Generales eran las aduanas, las Provinciales eran las alcabalas, cientos, tercias reales, servicio

Hacienda arrendaba la recaudación, se veía reducido notablemente lo recogido, y de esta forma, para sufragar los gastos que surgían, hubo que recurrir a la enajenación de derechos y emisión de deuda pública, a lo que había que añadirle que los bienes de "manos muertas" habían ido creciendo, gracias sobre todo a donaciones *in artículo mortis*.

Las averiguaciones se iniciaron en 1750, mediante la realización de un primer ensayo en una localidad de cada intendencia. En nuestro territorio, en la provincia de La Mancha, la localidad elegida fue Torralba de Calatrava (25), y en la de Toledo, Ajofrín. En 1752 entraron en acción más de 1.200 equipos investigadores para llevar a cabo unas averiguaciones que se extenderían durante varios años, hasta que en 1758 pareció que se iba a implantar la Única Contribución. En ese año, se hizo un inventario de papeles que dejó constancia de los pueblos y despoblados averiguados, y el número de libros generados. La Mancha generó 841 volúmenes (480 de originales y 361 de copias), y Toledo 1.706 (850 de originales y 856 de copias) (26). Pero el impuesto nunca entró en vigor, aunque en dos ocasiones Carlos III decretó su aplicación, en 1759 y en 1770. En el último cuarto de siglo, Cabarrús intentó presentar otro proyecto semejante, pero la Dirección de Rentas lo impugnó y el Conde de Floridablanca se opuso; en su lugar planteó una contribución de "frutos civiles". Ello evidencia la lucha interna entre las fuerzas reformistas y las estamentales (27).

A pesar de ser una fuente utilizada para un sinnúmero de investigaciones, los estudios basados en el *Catastro* siguen dando sus frutos, algo que delata las enormes posibilidades de éste. Aunque la mayoría de ellos son estudios que se ciñen a lo local, a la historia de una

ordinario y extraordinario, los millones, las siete rentillas, y la renta del aguardiente; las Rentas Estancadas estaban formadas por el tabaco, naipes y sellos; y las Tribuciones Eclesiásticas eran las Tres Gracias, pensiones sobre obispados, diezmos de novales, décimas extraordinarias, etc.

(25) Véase MORENO DÍAZ DEL CAMPO, F. J. y NOGUERAS ATANCE, M.: *Torralba de Calatrava en el s. XVIII: la primera villa manchega en el Catastro de Ensenada*. Ciudad Real, 2004.

(26) CAMARERO BULLÓN, C.: "El Catastro de Ensenada, 1746-1756: diez años de intenso trabajo y 80.000 volúmenes manuscritos", en *CT Catastro*, 46, 2002, pp. 41-68.

(27) DONÉZAR DÍEZ DE ULZURRUN, J. M.: *Riqueza y propiedad...* ob. cit., p. 9.

localidad concreta según esa única fuente, no deja de ser destacable ese gran número de obras, quizá muchas de ellas de jóvenes investigadores que tienen los primeros contactos con grandes fuentes documentales gracias a esta obra del Setecientos castellano (28).

De toda la documentación que generó el *Catastro*, para nuestra investigación han sido objeto de estudio, en primer lugar, las *Respuestas Generales*. Eran las contestaciones a las cuarenta preguntas del interrogatorio dadas por la junta local de cada población constituida al efecto. La información que podemos encontrar en ella es amplia y variada, a saber: situación administrativa del municipio, extensión y límites del mismo, información sobre población y demografía, cifras acerca de la producción de los distintos sectores económicos, explicaciones que versan sobre los ingresos y los gastos del común, así como la relación de los bienes y las rentas propias del Rey, etc. De todo ello, la parte más importante que hemos consultado ha sido la pregunta 32, donde aparecían entre otros oficios los nombres de todos los escribanos, amanuenses y notarios de la localidad. Junto al nombre de estos oficiales y su trabajo, aparece también la ganancia anual que se les regulaba. Este era el primer paso para realizar el censo de escribanos, es decir, conocer sus nombres y oficios. Asimismo, las preguntas sobre rentas enajenadas, propiedades del común o gastos del concejo también nos han sido útiles, por cuanto necesitábamos observar el número de escribanías enajenadas, así como el precio de los arrendamientos y salario de los oficiales de la fe pública (29).

(28) Los estudios locales a partir del *Catastro* ya se vienen haciendo desde hace años en nuestro territorio. Como ejemplo, véase PÉREZ VALERA, I.: *Argamasilla de Alba: Siglo XVIII. Datos, notas y transcripción del Catastro que mandó hacer el Marqués de la Ensenada*. Ciudad Real, 1973.

(29) Las referencias de las *Respuestas Generales* de las doce localidades estudiadas son: Almagro, Archivo General de Simancas (en adelante, AGS), CE, L466, pp. 1r-96v. Daimiel, AGS, CE, L468, pp. 507r-544v. Manzanares, AGS, CE, L1472, pp. 1r-36v. Alcázar de San Juan, AGS, CE, L611, pp. 50r-128r. Tembleque, AGS, CE, L622, pp. 537r-680r. Consuegra, AGS, CE, L613, pp. 863r-924r. Madridejos, AGS, CE, L618, pp. 652r-703v. Ocaña, AGS, CE, L619, pp. 687r-813v. Uclés, AGS, CE, L623, pp. 611r-646r. Tarancón, AGS, CE, L623, pp. 430r-487r. Quintanar de la Orden, AGS, CE, L471, pp. 335r-372v. Villaescusa de Haro, AGS, CE, L624, pp. 1r-65v. Igualmente, en la colección *Alcabala del Viento* encontramos dos transcripciones de las *Respuestas Generales* que nos fueron de utilidad. Véase BRAÑA, F. J.

Una vez habíamos realizado esta consulta, pasábamos al análisis de las *Respuestas Particulares*. En primer lugar, el *Libro de Personal o Vecindario* de cada localidad (30), en los que se detallan las familias, y en nuestro caso nos interesaban las de los escribanos. La información que suele aparecer es el nombre del cabeza de familia (casi todos los oficiales de la fe pública encontrados eran cabeza de familia), su edad, el estamento al que pertenecía, estado civil y ocupación. En ocasiones, aparece el nombre de la esposa, si es que la hubiere, acompañado de su edad. Si tenían hijos, se anotaba el número de éstos y a veces el nombre; y si eran mayores de dieciocho años, también su ocupación. Fue de esta manera como documentamos la presencia de algunos hijos de escribanos que se iniciaban en el oficio como amanuenses. Por último, si nuestros oficiales tenían criados, también aparecía el número de éstos, a veces también el nombre y aunque lamentablemente no en todas las ocasiones, su ocupación: bien de propio servicio, bien para la casa o para la labor, por ejemplo.

Una vez registrada la información sobre las personas que formaban parte del hogar de los escribanos, si la documentación así lo permitía nos dirigíamos al *Libro de Casas* para así empezar a analizar las propiedades de estos oficiales, y para ello empezábamos por sus hogares. Lo que encontrábamos en esta parte de la documentación era una descripción de las casas y de su producto bruto regulado, ordenadas según la calle donde se ubican; no obstante, las descripciones variaban mucho de unos municipios a otros (31).

(Intr.): *Almagro 1751: según las Respuestas Generales del Catastro de Ensenada*. Alcabala del Viento núm. 61, Madrid, 1994; ARROYO ILERA, F. (Intr.): *Daimiel 1752: según las Respuestas Generales del Catastro de Ensenada*. Alcabala del Viento núm. 56, Madrid, 1993; y LÓPEZ-SALAZAR PÉREZ, J. (Intr.): *Valdepeñas 1752: según las Respuestas Generales del Catastro de Ensenada*. Alcabala del Viento núm. 63, Madrid, 1994.

(30) La referencia de los *Libros de Personal* consultados son: Almagro, AHPCR, H649. Daimiel, AHPCR, H680. Manzanares, AHPCR, H708 bis. Alcázar de San Juan, AHPCR, H631. Tembleque, AHPTO, H662 (secular) y H665 (eclesiástico). Consuegra, AHPTO, H202. Madrudejos, AHPTO, H360. Ocaña, AHPTO, H456. Uclés, AHPTO, H760 (secular) y H763 (eclesiástico). Tarancón, AHPTO, H655 (secular) y H658 (eclesiástico). Quintanar de la Orden, AHPTO, H563. Villaescusa de Haro, AHPTO, H815.

(31) En cuanto a los *Libros de Casas*, éstos no aparecen para todas las localidades, pero hemos consultado los siguientes: Almagro, AHPCR, H649;

Dado que nuestros objetivos de partida eran conocer tanto el entorno familiar como el patrimonio de los escribanos, se hacía necesario acudir a los *Libros de Hacienda* o *Libros de lo Real* (32); y cruzar la información para así combinar profesiones y propiedad (33). Estos libros eran unos registros en los que, divididos por un lado seculares y por otro eclesiásticos, se copiaban de forma ordenada los memoriales de los terratenientes. Cada escribano o notario que fuera propietario declaraba en ellos sus parcelas y contenido (extensión, calidad, dedicación), pero nada más. Al margen, aparecía un cálculo del producto anual bruto en dinero, labor de la cual se encargaba la oficina de comisionados (34). Además, se citan los ganados especificándose el número de cabezas, la especie, el producto anual, la edad y la función. Al mismo tiempo, también se evalúan y enumeran las colmenas. La última parte de cada uno de estos registros estaba referida al capital mobiliario de los escribanos, donde se incluyen los censos, hipotecas, memorias o juros que tenía el propietario consignado y el interés al que estaba sujeto. En cuanto a los notarios que eran eclesiásticos, los bienes amortizados eran consignados bajo el nombre de la entidad que los disfruta, y cada declarante enumera sus rentas y si participaba, de algún modo, en las fiscales de la Iglesia o en las procedentes de préstamos.

Por último, y para completar o cotejar datos que habíamos obtenido de los libros anteriores, o bien información que no habíamos encontrado, en ocasiones hemos tenido que recurrir a las *Relacio-*

Daimiel, AHPCR, H680; Manzanares, AHPCR, H708 bis; Quintanar de la Orden, AHPTO, H563.

(32) Las referencias de los *Libros de lo Real* consultados son: Almagro, AHPCR, H644, H645 y H646. Daimiel, AHPCR, H681, H683 y H686. Manzanares, AHPCR, H706 y H708. Alcázar de San Juan, H632, H633 y H634. Tembleque, AHPTO, H666, H667 y H669 (secular) y H665 (eclesiástico). Consuegra, AHPTO, H206. Madridejos, AHPTO, H366. Ocaña, AHPTO, H645. Uclés, AHPTO, H762 (secular) y H763 (eclesiástico). Tarancón, AHPTO, H656 y 657 (secular) y H658 (eclesiástico). Quintanar de la Orden, AHPTO, H560-561. Villaescusa de Haro, AHPTO, H817, H818 y H819.

(33) LÓPEZ-SALAZAR PÉREZ, J. (Intr.): *Valdepeñas 1752: según las Respuestas Generales del Catastro de Ensenada*. Madrid, 1994, pp. 7, 15 y 90-91.

(34) DONÉZAR DÍEZ DE ULZURRUN, J. M: *Riqueza y propiedad en la Castilla del Antiguo Régimen. La provincia de Toledo en el siglo XVIII*. Madrid, 1984, pp. 8-9.

nes de eclesiásticos y seglares (35). En ellas, lo que encontramos son las declaraciones de cada uno de los oficiales de la fe pública que fueran "cabezas de casa". Estos *memoriales* nos aportan una información similar a la que nos ofrecen los libros mencionados con anterioridad, pues se especificaba el nombre, sexo, edad y estado civil de cada declarante, así como el de mujer, hijos, parientes y sirvientes que vivían en la casa. Se hacía también una descripción detallada de los bienes que poseía y las cargas que había sobre ellos y se aplicaba para todo tipo de ocultación de bienes la pena de 200 ducados (36). Los *memoriales* estaban clasificados en dos grandes grupos: seculares y eclesiásticos, y en cada uno de los estados se separan los de aquellos que solo tienen lo personal y los terratenientes o personas con bienes.

Merece la pena detenerse en los problemas de fiabilidad con que el investigador se encuentra a la hora de acercarse a la documentación catastral (37). Jerónimo LÓPEZ-SALAZAR planteó la dificultad de que en los *Libros de lo Real* aparecen algunos cambios respecto a los *Libros de Personal*, como la existencia de haciendas de menores, personas que estaban ausentes de forma temporal o forasteros propietarios en el término de una localidad que no son cabeza de familia (38). Francisco GARCÍA opina que las cifras que aporta el *Catastro* no concuerdan bien entre los distintos *Libros*, y surgen problemas a la hora de homogeneizar la información. MARTÍN GALÁN también describe algunos problemas a los que el investigador debe atender a la hora de utilizar esta documentación. La falta de concordancia entre las cifras

(35) La documentación consultada en este sentido fue: Alcázar de San Juan, AHPCR, H630. Tarancón, AHPTO, H659.

(36) DONÉZAR DÍEZ DE ULZURRUN, J. M.: *Riqueza y propiedad...* ob. cit., p. 10.

(37) Sobre este aspecto, véase CAMARERO BULLÓN, C.: "Averiguarlo todo de todos: el Catastro de Ensenada", ob. cit., y "El Catastro de Ensenada, 1749-1756: diez años de intenso trabajo y 80.000 volúmenes manuscritos", ob. cit.; MARTÍN GALÁN, M.: "Los fondos de los Archivos Históricos Provinciales: el Catastro de Ensenada", ob. cit.; DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: "El Catastro de Ensenada en su circunstancia", en *CT: Catastro*, vol. 46, 2002, pp. 7-16; PÉREZ GARCÍA, J. M.: "El Catastro del Marqués de la Ensenada en tierras de León: problemas y soluciones para su adecuado uso historiográfico", en *Minius. Revista do Departamento de Historia, Arte e Xeografía*, 1, 1992, pp. 167-182.

(38) LÓPEZ-SALAZAR PÉREZ, J. (Intr.): *Valdepeñas 1752: según las Respuestas Generales del Catastro de Ensenada*. Madrid, 1994, p. 91.

totales de habitantes proporcionadas por las *Respuestas Generales* y las *Respuestas Particulares* es uno de los más corrientes. En este sentido, hay que tener cuidado con las duplicaciones de datos, pues a veces un criado puede aparecer como cabeza de su familia y parte de la familia de su amo al mismo tiempo. También puede haber confusiones, dentro de los *Libros de Familias*, entre la edad o el oficio, por lo que es necesario contrastar siempre con las *Relaciones* (39).

En definitiva, si en un primer momento la documentación que generó el *Catastro de Ensenada* fue fruto de una serie de averiguaciones destinadas a crear un impuesto nuevo y unitario, el fracaso de éste, la Única Contribución, propició que una ingente masa documental fuera aprovechada a lo largo de los siglos por los investigadores, y así acercarse al conocimiento de muy diversos temas. La visión que nos aporta esta fuente, la de una foto fija de la realidad en el momento de su redacción, junto con su ágil consulta y enorme cantidad de datos medianamente fiables, han sido las claves que nos llevaron a elegir el *Catastro de Ensenada* como la fuente primaria en torno a la cual gira toda nuestra investigación sobre los escribanos y notarios de los territorios de órdenes militares.

Por otro lado, también debemos hacer mención a la legislación de la época, como la *Nueva Recopilación* y la *Novísima Recopilación* (40); y también hemos citado otras leyes anteriores a la Modernidad, como las *Partidas*, el *Fuero Real* o el *Espéculo*, así como nos han sido de utilidad determinados diccionarios para aclarar el significado de algunos términos, como el *Diccionario de Autoridades* o el *Diccionario histórico y forense del derecho real en España* (41). No obstante, reiteramos que esta investigación tiene un carácter in-

(39) MARTÍN GALÁN, M.: "Los fondos de los Archivos Históricos Provinciales: el *Catastro de Ensenada*". Ob. cit., pp. 83-184.

(40) *Nueva Recopilación*. Madrid, 1640, 3 vols.; y *Novísima Recopilación*. Madrid, 1805-1807, 6 vols.

(41) *Diccionario de la lengua castellana en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad, con las frases o modos de hablar, los proverbios o rephranes, y otras cosas convenientes al uso de la lengua...*, Madrid, 1726-1739. Ha sido consultado en red gracias a la página web de la RAE sobre el Nuevo Tesoro Lexicográfico de la Lengua Española, <http://buscon.rae.es/ntlle/SrvltGUILoginNtlle>. Por otro lado, CORNEJO, A.: *Diccionario histórico y forense del derecho real en España*. Madrid, 1789.

troductorio, y más adelante cubrirá otros frentes documentales que aquí no se han consultado.

En cuanto a la metodología empleada (42), combinar la información obtenida tras la lectura de la bibliografía seleccionada con la información que proporciona la documentación que compone el *Catastro de Ensenada* era la primera pauta de la que deseábamos dejar constancia. Solo mediante la combinación de lo que han escrito otros profesionales y lo que una fuente primaria nos puede aportar podemos conseguir una perspectiva amplia sobre el objeto de estudio historiográfico en el que estamos inmersos. De la misma forma, el cruzamiento de fuentes es el pilar más fiable sobre el cual podemos enfocar la realidad histórica. Para nuestra investigación, hemos cruzado sistemáticamente la información que sobre los distintos oficiales de la fe pública nos otorgaban las distintas secciones del *Catastro*: las *Respuestas Generales*, el *Libro de Personal*, el *Libro de lo Real*, el *Libro de Casas* y las *Relaciones*. De todo este proceso, hemos creado una serie de tablas, gráficos y cuadros que acompañan y apoyan al texto escrito, y que permiten de una forma más gráfica observar y verificar lo que con nuestras palabras queremos expresar.

Por lo que respecta a la cronología, hemos estudiado una realidad estática, los años cercanos a 1752, donde no hemos contemplado la evolución. Si una fuente nos da valiosa información sobre un punto fijo en el tiempo, nos hace un retrato detallado pero inmóvil de un momento concreto, esa es el *Catastro de Ensenada*, con todas sus virtudes y defectos.

2. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En las páginas precedentes, ya hemos advertido de la menor producción de obras acerca de la figura del escribano público en el medio rural durante la Edad Moderna, en comparación con lo que se ha escrito sobre el mismo tipo de oficial para el medio urbano. Con esta afirmación, iniciamos este estado de la cuestión, con la

(42) Hemos utilizado el sistema ISO, pues en nuestra opinión es el más adecuado para los estudios de investigación en ciencias sociales.

creencia de que es de vital importancia conocer lo que otros autores han escrito sobre un tema antes de iniciar las investigaciones sobre éste. Más aún en una ciencia como la historia, donde el discurso del conocimiento se reescribe una y otra vez, la necesidad de conocer todos aquellos logros y debilidades que presenta la producción historiográfica acerca de un tema concreto es sin duda imprescindible.

A la hora de iniciar un trabajo de investigación histórica, el encargado del mismo debe abrir sus miras a lo que se ha escrito en otros lugares y en otras lenguas, para así poder tener una perspectiva más amplia del conocimiento de su tema, así como familiarizarse con enfoques nuevos y distintos. A lo largo de todo el siglo xx, la influencia de las investigaciones realizadas por los historiadores franceses ha tenido un profundo calado en los historiadores y tendencias historiográficas de nuestro país, desde la primera escuela de *Annales* hasta las últimas novedades. En este sentido, el estudio de los escribanos no ha sido una excepción, ya que los temas y perspectivas abordados en Francia se han convertido en una referencia para algunos investigadores españoles (43). Las figuras francesas más destacadas en el estudio de los escribanos son los historiadores LAFFONT y POISSON. Ambos autores representan las tendencias historiográficas más modernas en el país galo si nos referimos al estudio de esta élite profesional (44). Aparte de algunos aspectos clásicos como la transmisión de escribanías, las tendencias más actuales en Francia estudian a los escribanos de forma muy minuciosa mediante la investigación de determinadas escribanías en localidades muy concretas, es decir, la llamada "microhistoria notarial", cuyo máximo representante es EL ANNABI (45).

(43) Este es el caso, entre otros, de Miguel Ángel EXTREMERA, cuya pretensión es que la metodología de los autores franceses sea conocida por la historiografía española; *El notariado en la España Moderna. Los escribanos públicos de Córdoba (siglos XVI-XIX)*. Madrid, 2009, p. 39.

(44) LAFFONT, J. L.: *Notaires, notariat et société sous l'Ancien Régime*. Toulouse, 1990; POISSON, J. P.: *Notaires et société. Travaux d'histoire et de sociologie notariales*. 2 vols., París, 1985-1990.

(45) EL ANNABI, H.: *Être notaire à Paris au temps de Louis XIV. Henri Boutet, ses activités et sa clientèle (1693-1714)*. Túnez, 1995.

No podemos dejar de mencionar en este punto algunas aportaciones francesas al tema que nos ocupa en este trabajo, el del mundo escribanil en el medio rural. De antemano, podemos anunciar que en este país la historia sobre los oficiales de la fe pública en las zonas rurales ha recibido más atención de lo que lo ha hecho dentro de nuestras fronteras (46). De esta forma, deben sernos familiares, si hablamos de escribanos rurales, los nombres de BARDET, MINOVEZ o MARGIER; pero sobre todos estos destacan los trabajos de LEMAITRE para el bajo Limousin (47). Por último, debemos hablar para este país de una tipología de fuente cada vez más utilizada, y que aporta una nueva óptica a la historia de los escribanos, la que los mismos protagonistas tenían acerca de su propia vida. Nos referimos a los *livres de raison* (48).

Somos conscientes de que la producción historiográfica francesa sobre los escribanos públicos daría para hablar un buen número de páginas, dada su calidad y alto número de publicaciones. Igualmente, en otros países como Inglaterra, Italia o Alemania también se han estudiado y se están investigando a los oficiales de la fe pública en la Edad Moderna (49). No obstante, es hora de iniciar nuestro recorrido por las diferentes tendencias que la historiografía sobre los escribanos en España ha recorrido hasta llegar a nuestros días.

(46) EXTREMERA EXTREMERA, M. A.: *El notariado...* ob. cit., pp. 57-58.

(47) LEMAITRE, N.: *Le Scribe et le Mage: Notaires et société rurale en Bas-Limousin aux XVII^e et XVIII^e siècles*. París, 2000.

(48) Libros de memorias y diarios personales de los notarios franceses, que están siendo estudiados y publicados.

(49) LIVA, A.: *Notariato e Documento Notarile a Milano. Dall'Alto Medioevo alla fine del Settecento*. Roma, 1979; SCHMIDT-THOMÉ, W.: "Contribución al estudio de la historia del Notariado en Alemania", en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección Primera, Estudios Históricos. Vol. 2, Madrid, 1964, pp. 439-469; CRUZ COELHO, M. H. DA: "Los notarios en Portugal. Perfil profesional y socioeconómico (siglos XIV-XV)", en *Historia. Instituciones. Documentos*, 23, 1996, pp. 173-211; PREVENIER, W., MURRAY, J. M., y OOSTERBOSCH, M.: "Les notaires publics dans les anciens Pays-Bas du XIII^e au XVII^e siècle", en *Historia. Instituciones. Documentos*, 23, 1996, pp. 385-401; SKUPIENSKI, K.: "Les notaires publics en Pologne au Moyen Âge", en *Historia. Instituciones. Documentos*, 23, 1996, pp. 403-419; y ZUTSHI, P.: "Notaries public in England in the fourteenth and fifteenth centuries", en *Historia. Instituciones. Documentos*, 23, 1996, pp. 421-433.

En un primer momento, la perspectiva jurídico-institucional fue la predominante en el estudio sobre los escribanos en España. En este punto debemos destacar la aportación temprana de Miguel HERRERO al conocimiento del tema, a través de un artículo en el que explicaba la etimología de los términos escribano y notario, al tiempo que ello le servía para hacer un repaso a las funciones que éstos ejercían en la sociedad, así como a la mala imagen que estos oficiales habían proyectado y la literatura del Siglo de Oro había recogido en sus obras (50). Aunque es una obra que se enmarca en el siglo xv, lejos del Setecientos, en el que se centra este trabajo, ARRIBAS ARRANZ define en su artículo con claridad los distintos tipos de escribanías, el número de escribanos que las ocupaban, así como el proceso por el que se producía el nombramiento de éstos, para concluir con un apartado sobre los castigos que podían recibir en función de las falsedades que cometieran (51). En esta línea jurídica podemos enmarcar algunos congresos y reuniones científicas de cierta importancia. La primera de ellas fue la que se produjo en 1962 con motivo del Centenario de la Ley del Notariado, cuyas actas se publicaron en 1964 (52). A pesar del paso de los años y de la llegada de nuevas formas de hacer la historia de los escribanos, muchos de los estudios que se publicaron con motivo de este congreso son hoy imprescindibles para poder conocer con garantía la estructura de la institución notarial. Sin embargo, la realización de congresos sobre el tema que nos ocupa se paralizó hasta la década de 1990, cuando, con la ocasión del centenario de la muerte de José FEBRERO (53), se inició una nueva etapa de publicaciones (54), muchas de las cuales se alejaron de esta forma clásica de entender la historia de los escribanos. Por otro lado tenemos las aportaciones de MARTÍNEZ GIJÓN,

(50) HERRERO, M.: "El notariado español y la evolución en su nombre", en *Hispania*, 33, 1948, pp. 562-585.

(51) ARRIBAS ARRANZ, F.: "Los escribanos públicos en Castilla durante el siglo xv", en *Centenario de la Ley del Notariado*. Sección Primera, Estudios Históricos, vol. 1, Madrid, 1964, pp. 167-260.

(52) VVAA: *Centenario de la Ley del Notariado*. Sección Primera, Estudios Históricos, vol. 1, Madrid, 1964.

(53) Autor del famoso manual notarial *Librería de escribanos e instrucción jurídica teórico práctica de principiantes*, Madrid, 1789-90, 4.ª ed.

(54) VVAA: *Bicentenario de la muerte de Don José Febrero. Acto de homenaje y catálogo de la exposición bibliográfica*. Madrid, 1991.

quien, en un completo artículo, aborda desde las diferencias entre los escribanos y otros oficiales como notarios y secretarios, hasta las obligaciones del oficio, sin olvidarse de indagar en la duplicidad de funciones que ejercían estos oficiales, esto es, entre actuaria y escrituraria o extrajudicial y judicial (55).

Aún en la actualidad esta visión institucional sobre los estudios del notariado tiene un relativo éxito, aunque las obras que enfocan estos temas desde una perspectiva social, económica y cultural estén creciendo en número de publicaciones. Igualmente, casi todos los trabajos consultados incluyen un apartado, más o menos extenso, acerca de los requisitos y condiciones de acceso a la profesión. Algunas obras sobre nuestro tema aparecen en publicaciones de carácter local, aunque también es cierto que tienen cabida en revistas más prestigiosas relacionadas con el derecho y las instituciones, como *Cuadernos de Historia del Derecho*; *Documenta & Instrumenta* o *Historia. Instituciones. Documentos*, por citar algunas (56). Ya que nos hemos referido a las publicaciones periódicas, debemos decir que en España no existen revistas dedicadas a la historia de los oficiales de la fe pública, al contrario de lo que ocurre en Francia. Sin embargo, sí que han aparecido catálogos e índices que facilitarán un primer acercamiento a los fondos de protocolos notariales, así como ofrecerán una primera fotografía básica de la institución notarial en cada localidad para la que contemos con estos índices (57). Por otro lado, hay instituciones que han contribuido al estudio del notariado dentro de nuestras fronteras, en niveles de producción científica similares a los de las universidades. Son los Colegios Notariales ubicados en ciudades importantes como Madrid, Barcelona, Sevilla o Valencia, cuyas publicaciones en ocasiones aparecen salpicadas con

(55) MARTÍNEZ GIJÓN, J.: "Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Moderna", en VVAA: *Centenario de la Ley del Notariado...* ob. cit., pp. 263-340.

(56) Precisamente, y para el ámbito manchego en el s. XVIII, Ramón CÓZAR ha publicado en el número de 2010 de *Revista de Historia Moderna. Anales de la Universidad de Alicante* el artículo "De lo que yo el infrascripto escribano doy fe". Los escribanos de la villa de Albacete durante el siglo XVIII", pp. 269-299.

(57) Destacamos para nuestra zona la obra de MENDOZA EGUARAS, M.: *Catálogo de escribanos de la provincia de Toledo (1524-1867)*. Toledo, 1968.

estudios institucionales sobre los escribanos en el Antiguo Régimen, o también el Consejo General del Notariado (58).

La venta de oficios públicos, entre ellos, las escribanías, fue un fenómeno que marcó todo el periodo de la Edad Moderna. Con sus momentos de mayor o menor incidencia, este proceso, propiciado por la Monarquía y seguido por la población, nunca dejó de tener éxito. En un principio, la designación de un escribano era algo vitalicio. Solo se elegía un sustituto cuando el oficio quedaba vacante por causa de muerte, impedimento o dejación de su titular, y la designación del nuevo escribano correspondía a la Corona, salvo en determinados casos en que dicho privilegio lo tenía un concejo. Todo este mecanismo cambió con el fenómeno de las renunciaciones, ya que al poderse adquirir el oficio por juro de heredad, ello convertía el cargo en casi parte del patrimonio. Los trabajos sobre la enajenación y transmisión de escribanías y otros oficios públicos se enfocaron desde el principio con un punto de vista jurídico. En esta línea, podemos enmarcar algunos trabajos clásicos, como el de FRAGA y BENEYTO (59). En una línea más moderna está el artículo de CUARTAS RIVERO (60). Por su parte, ESTEVES SANTAMARÍA toma como marco geográfico la Corte madrileña para analizar las transmisiones de escribanías desde una perspectiva más moderna (61). En su trabajo, observa de manera pormenorizada los distintos mecanismos que existían en la sociedad de la época para poder transmitir el oficio de

(58) Este es el caso, sin ir más lejos, de la *Revista Jurídica del Notariado*, entre otras publicaciones del Consejo General del Notariado.

(59) FRAGA IRIBARNE, M., y BENEYTO PÉREZ, J.: "La enajenación de oficios públicos en su perspectiva histórica y sociológica", en VVAA, *Centenario de la Ley del Notariado...* ob. cit., pp. 395-472.

(60) CUARTAS RIVERO, M.: "La venta de oficios públicos en el siglo XVI", en *Actas del IV Symposium de Historia de la Administración*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1983, pp. 225-260.

(61) ESTEVES SANTAMARÍA, M. P.: "Transmisiones de escribanías en Madrid (siglos XVI-XIX)", en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 7, 2000, pp. 129-159. Además, MOLINA PUCHE para Yecla habla de señores de tierras, aguas y ganado que redondean sus ingresos con el alquiler o ejercicio de oficios cuyos beneficios eran importantes, sobre todo las escribanías del número, de ayuntamiento y de millones. Cfr. MOLINA PUCHE, S.: "Estrategias familiares de una élite de poder en proceso de consolidación: el caso de Yecla en la Edad Moderna", en IRIGOYEN LÓPEZ, A. y PÉREZ ORTIZ, A. L. (eds.): *Familia, transmisión y perpetuación (s. XVI-XIX)*, Murcia, 2002, pp. 190-191.

escribano. Distingue hasta siete formas distintas de transmisión del oficio, como arrendamiento, traspaso, por juro de heredad, etc. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar en este apartado al malogrado Francisco TOMÁS Y VALIENTE, autor de varios trabajos muy importantes sobre la venta de oficios, en los que desde su perspectiva de la historia del Derecho, analizaba todo este fenómeno (62). Para finalizar con esta temática, es necesario citar un par de trabajos relativamente recientes sobre la venta de oficios y jurisdicciones en Castilla; nos referimos a los estudios realizados por Mauro HERNÁNDEZ y María Isabel OSTOLAZA (63).

Otro tema que los historiadores han abordado es el del papel de los escribanos en la sociedad como élite poderosa. En este sentido, encontramos varias valiosas aportaciones, de las cuales vamos a destacar tres, dos de ellas centradas en la zona de Andalucía. Por un lado, MENDOZA GARCÍA toma como marco geográfico Málaga para explicar la figura del escribano de concejo en esta ciudad (64). Primero relata todas las funciones que según las ordenanzas municipales tenían los escribanos del ayuntamiento, para luego analizar las relaciones de estos profesionales y los órganos de poder. En la misma senda temática, CALERO PALACIOS y CRESPO MUÑOZ se fijaron en las relaciones sociales, económicas y familiares que surgieron entre la oligarquía local bastetana y los escribanos de esta población (65).

(62) TOMÁS Y VALIENTE, F.: "La venta de oficios de regidores y la formación de oligarquías urbanas en Castilla (siglos XVII y XVIII)", en *Historia. Instituciones. Documentos*, 2, 1975, pp. 523-547. Del mismo autor, "La formación del Estado y la venta de oficios", en IGLESIA FERREIRÓS, A. y SÁNCHEZ-LAURO PÉREZ, S. (coord.): *Centralismo y autonomismo en los siglos XVI-XVII: homenaje al profesor Jesús Lalinde Abadía*. Madrid, 1990, pp. 387-399.

(63) HERNÁNDEZ BENÍTEZ, M.: "Cuando el poder se vende: venta de oficios y poder local en Castilla: siglos XVII y XVIII", en ALVARADO PLANAS, J. (coord.): *Poder, economía, clientelismo*. Madrid, 1997, pp. 71-95. OSTOLAZA ELIZONDO, M. I.: "La venta de jurisdicciones y oficios públicos durante los siglos XVI-XVII", en *Príncipe de Viana*, año 67, 237, 2006, pp. 113-146.

(64) MENDOZA GARCÍA, E. M.: "Vínculos de los escribanos con las élites de poder en el municipio malagueño durante el siglo XVII", en SORIA MESA, E. y DELGADO BARRADO, J. M. (eds.): *Las élites en la época moderna: la Monarquía Española*. Tomo III, economía y poder, Córdoba, Servicio de publicaciones, 2009, pp. 209-221.

(65) CALERO PALACIOS, M. C., y CRESPO MUÑOZ, F. J.: "Clientelismo social,

La última gran aportación sobre los escribanos como grupo de poder la ha hecho Leonor ZOZAYA, quien publicó en 2011 su monografía sobre los escribanos de concejo en la ciudad que acabó albergando la Corte, Madrid (66).

Ya hemos comprobado que no había un único tipo de escribano. Más aún, la variedad tipológica de éstos era bastante amplia: escribanos del número, de concejo, reales, etc. Varios investigadores se han preocupado por estudiar las distintas funciones de cada uno de estos cargos, así como por observar las diferencias y similitudes entre ellos. Este tipo de obras sirven para poder situar a cada escribano en el contexto de sus ocupaciones, y tener claro cuál era su papel en la sociedad en función del cargo que ocuparan. Además, podemos observar una evolución en las labores que debían llevar a cabo según el tipo de escribanía que ejercieran. Un autor que se ha alejado del enfoque jurídico para darle a su investigación un carácter más social es Alfredo ALVAR, quien, junto con otros investigadores, ha definido cuál era el papel que los escribanos de concejo cumplían en la sociedad madrileña a finales del siglo XVI (67). Más en la línea jurídico-institucional encontramos otros trabajos que merecen ser incluidos en este estado de la cuestión, como el de la investigadora Amparo BEJARANO, quien prefiere poner el acento en las diferencias que había entre los escribanos del número y los escribanos de ayuntamiento, aunque sin dejar de lado que algunos de estos profesionales podían ejercer las dos escribanías al mismo tiempo; para ello, toma como referencia la villa castellana de Ledesma (68).

Por su parte, los investigadores también han centrado su estudio en aquellos otros escribanos que presentaban algunas diferencias respecto al resto, ya fuera porque ejercían su oficio en territorios

estrategias familiares y relaciones de poder en la institución notarial del Reino de Granada. El caso de Baza en el siglo XVI", en *IX Reunión Científica de la FEHM-UMA*. Málaga, 2009, pp. 329-345.

(66) ZOZAYA MONTES, L.: *De papeles, escribanías y archivos: escribanos del concejo de Madrid (1557-1610)*. Madrid, 2011.

(67) ALVAR EZQUERRA, A., et alii: "Los escribanos del concejo de Madrid (1561-1598)", en *Cuadernos de Historia de España*, LXXIX, 2005, pp. 167-201.

(68) BEJARANO RUBIO, A.: "Los escribanos públicos en Castilla: el condado de Ledesma en el siglo XVI", en *Miscelánea Medieval Murciana*, vol. XIX-XX, 1995-1996, pp. 9-26.

bajo la jurisdicción de un señor, o porque no eran escribanos que trabajaran para una localidad, sino para un tipo de órgano gubernativo. De esta forma, David GARCÍA HERNÁN ha expuesto en uno de sus últimos artículos cómo era la situación de aquellos escribanos que estaban bajo la jurisdicción señorial (69). Igualmente, los escribanos de los distintos consejos de la Monarquía han centrado las últimas investigaciones de autores como Fernando NEGREDO o José María VALLEJO (70). También relacionado con esto, han surgido trabajos sobre cómo la Monarquía ejercía su poder sobre las escribanías, por ejemplo, mediante la promulgación de una serie de reformas que llegaron fruto del cambio de dinastía en el siglo XVIII. Nos vamos a referir a otra obra que se centra en la figura de los escribanos de ayuntamiento, ese sujeto historiográfico que tan cerca estuvo de los resortes del poder municipal. Se trata de otro artículo centrado en Andalucía, en concreto en Cádiz, y su autora es ROJAS VACA (71).

Como venimos observando, cada vez son más las obras acerca de nuestro colectivo que toman como eje de su investigación la delimitación de un territorio concreto. Las últimas tendencias conducen hacia unos estudios más bien regionales, y han propiciado que no falten investigaciones sobre los oficiales de la fe pública en virtud del territorio en que se encontraban. En este sentido, se han celebrado algunos congresos que han versado sobre el notariado en zonas concretas de nuestro país, como ocurrió para Andalucía (72); o se han publicado importantes trabajos sobre los escribanos de una región determinada que abarcan un periodo de tiempo de varios siglos (73). Por otro lado, algunos autores han aprovechado

(69) GARCÍA HERNÁN, D.: "Señorío y escribanos señoriales en Castilla en el Siglo de Oro", en *IX Reunión Científica de la FEHM-UMA*. Málaga, 2009, pp. 661-676.

(70) NEGREDO DEL CERRO, F.: "Los escribanos de los consejos de la Monarquía en el Siglo de Oro. Un apunte prosopográfico", en *IX Reunión Científica de la FEHM-UMA*. Málaga, 2009, pp. 961-978, y VALLEJO GARCÍA-HEVIA, J. M.: *El Consejo Real de Castilla y sus escribanos en el siglo XVIII*. Valladolid, 2007.

(71) ROJAS VACA, M. D.: "Los escribanos de concejo en Cádiz (1557-1607)", en *Historia, Instituciones, Documentos*, 24, 1997, pp. 429-448.

(72) OSTOS SALCEDO, P. y PARDO RODRÍGUEZ, M. L. (eds.): *El Notariado Andaluz en el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna*. Sevilla, 1996.

(73) SIMÓ SANTONJA, V. L.: *El notariado foral valenciano (1238-1707)*. Valencia, 2004.

la coyuntura de la celebración de jornadas científicas con motivo de centenarios como el del descubrimiento de América o el reinado de Felipe II para elaborar nuevos trabajos sobre los escribanos y el notariado (74). La última gran reunión sobre nuestro tema fue la celebrada en 2008 en el Círculo de Bellas Artes de Madrid, organizada por las Universidades Carlos III y de Alcalá, titulada *Los escribanos en la Monarquía Hispánica (siglos XVI-XVII)*, que acogió a los mejores especialistas en la materia.

Pero las investigaciones sobre estos oficiales no se han centrado solo en los territorios peninsulares. Los escribanos de las Indias también han merecido su sitio en la producción historiográfica; y aparte de los congresos sobre escribanos que surgieron con motivo del V Centenario del Descubrimiento, María de los Ángeles GUAJARDO-FAJARDO publicó precisamente en 1992 su tesis sobre los escribanos de Indias (75). Pero han sido varias las investigaciones destacadas en torno a estos profesionales del otro lado del Atlántico. Citaremos alguna, como la de Jorge LUJÁN, quien estudió la figura del escribano público en las Indias Occidentales, aunque le prestó especial atención al territorio de Guatemala (76). Otro ejemplo destacado es la investigación que Tamar HERZOG llevó a cabo más recientemente sobre los escribanos ecuatorianos (77).

Los estudios sobre los escribanos públicos y otros oficiales han tenido otros enfoques metodológicos en los últimos años. Las más recientes tendencias evidencian cómo han surgido trabajos centrados en la organización del colectivo y en la intrahistoria del oficio. En esta línea, para la ciudad de Málaga han surgido dos investigaciones destacadas. La primera de ellas, obra de Alicia Carmen

(74) En este sentido, es necesario mencionar algunas obras clave, como *Escribanos y protocolos notariales en el Descubrimiento de América*, Madrid, 1993; o *Felipe II y el notariado de su tiempo*, textos separados de la *Gaceta de los Notarios*, 97 (junio/julio 1998).

(75) GUAJARDO-FAJARDO CARMONA, M. A.: *Escribanos en Indias durante la primera mitad del siglo XVI*. Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 1992; editada como GUAJARDO-FAJARDO CARMONA, M. A.: *Escribanos en Indias durante la primera mitad del siglo XVI*. Madrid, 1995, 2 vols.

(76) LUJÁN MUÑOZ, J.: *Los escribanos en las Indias Occidentales, y en particular en el Reino de Guatemala*. Guatemala, 1977.

(77) HERZOG, T.: *Mediación, archivos y ejercicio. Los escribanos de Quito (siglo XVII)*. Fráncfort, 1996.

MARCHANT RIVERA, ha versado sobre la organización de la institución notarial en la ciudad en un periodo determinado, concretamente el del reinado del Emperador Carlos V (78). El otro trabajo sobre el entorno malacitano ha sido realizado por Eva María MENDOZA GARCÍA, en el cual se ha centrado en el mismo espacio geográfico, pero en un periodo de tiempo distinto, en el Seiscientos (79). Por otro lado, se han publicado algunas investigaciones que se centran también en la organización del colectivo escribanil, pero que están situadas más en el periodo del Medievo que en el de la Modernidad. Así pues, CRUSELLES GÓMEZ enfoca el estudio de los notarios valencianos desde una perspectiva social, ya que analiza tanto el comportamiento de estos oficiales en la sociedad como el ejercicio de sus funciones (80). Por su parte, Jorge GÜNZBERG concluyó en 1996 su tesis doctoral sobre la organización social de los escribanos de Barcelona (81).

Otros autores también han encauzado el estudio de los escribanos desde una perspectiva muy amplia, aglutinadora, en la que dejan escapar pocos detalles sobre el transcurrir de la vida diaria y ejercicio laboral de estos profesionales. Son representantes de esta nueva tendencia más cercana en lo social y patrimonial y menos en lo jurídico. En este sentido destaca el libro de David GONZÁLEZ CRUZ acerca de los escribanos onubenses del Setecientos (82). Este es un estudio que está basado sobre todo en fuentes municipales y notariales. GONZÁLEZ CRUZ se ocupa de los escribanos de una forma global. Primero se centra en el número y tipo de escribanías que

(78) MARCHANT RIVERA, A. C.: *Institución notarial y protocolos notariales en Málaga bajo el reinado de Carlos I (1516-1556)*. Tesis doctoral inédita, Universidad de Málaga, 2000.

(79) MENDOZA GARCÍA, E. M.: *Los escribanos de Málaga en el siglo de Oro, (1598-1700)*. Tesis doctoral inédita, Universidad de Málaga, 2005.

(80) CRUSELLES GÓMEZ, J. M.: *Comportamiento social y actividad profesional entre los notarios de la ciudad de Valencia. S. xv*. Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 1991; editada como CRUSELLES GÓMEZ, J. M.: *Els notaris de la ciutat de València. Activitat professional i comportament social a la primera meitat del segle xv*. Barcelona, 1998.

(81) GÜNZBERG MOLL, J.: *Los notarios y su organización social en Barcelona (1275-1544)*. Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 1996; editada como GÜNZBERG MOLL, J.: *Los notarios y su organización en Barcelona (siglos XIII-XVI)*. Madrid, 2004.

(82) GONZÁLEZ CRUZ, D.: *Escribanos y notarios en Huelva durante el Antiguo Régimen (1701-1800)*. Universidad de Sevilla, Huelva, 1991.

existían en Huelva, y observa las diferencias entre los distintos grupos de escribanos y notarios. Por su parte, el aprendizaje del oficio y condiciones de acceso al mismo también están presentes en su obra, en la que le dedica una especial atención al tipo de exámenes que debían pasar estos oficiales para lograr el título de escribanos. Tampoco deja de lado la influencia y privilegios de éstos, así como analiza la formación de verdaderas dinastías familiares en la ciudad onubense. Para acabar, analiza al colectivo en cuanto a sus actitudes religiosas, algo para lo que recurre a la propia documentación notarial, pilar sobre el que se sostiene buena parte de su investigación.

Una actitud propia de los escribanos es el asociacionismo. Las cofradías y colegios medievales de escribanos se actualizaron en la Edad Moderna, y surgieron otros nuevos (83). En todos ellos, las funciones que estos oficiales ejercían solían ser similares. Por ejemplo, en Madrid los escribanos del número se agruparon en el Cabildo y Hermandad bajo la protección de San Juan Apóstol y Evangelista, y se reunían para establecer sus derechos, obligaciones, privilegios y preeminencias. Los escribanos de la Corte, a su vez, se agruparon en la Real Hermandad de Nuestra Señora del Ruego y Ánimas (84).

EXTREMERA EXTREMERA y GONZÁLEZ CRUZ han analizado los colegios de escribanos de Córdoba y Huelva respectivamente (85). Sus conclusiones nos sirven para enumerar las que en general eran las labores de estas instituciones. Para entrar en ellos, se pedían duros requisitos, aunque casi todos ellos se cumplían si los aspirantes habían obtenido el título de escribano real. Los temas tratados en sus reuniones eran, además de derechos, obligaciones, privilegios y preeminencias, la organización interna del Colegio, celebración de fiestas, ayuda a los hijos de escribanos que aspiraban a una escribanía y financiación del propio Colegio.

Respecto al caso onubense, sus escribanos fueron miembros del Colegio de Sevilla desde 1787, que actuaba también como monte-

(83) Sobre colegios y cofradías en otros países, ha escrito, entre otros, ZUTSHI. Véase ZUTSHI, P.: "Notaries public in England in the fourteenth and fifteenth centuries", en *Historia. Instituciones. Documentos*. 23, 1996, pp. 421-433.

(84) VILLALBA PÉREZ, E.: "El escribano en su laberinto: poder, memoria y cultura escrita", ob. cit., pp. 1375-1376.

(85) Véase EXTREMERA EXTREMERA, M. A.: *El notariado...* ob. cit., pp. 121-144, y GONZÁLEZ CRUZ, D.: ob. cit., pp. 83 y 118-122.

pío. Sus objetivos eran evitar las dificultades económicas de viudas y huérfanos de escribanos, ayudar a los notarios enfermos, costear sus entierros, vigilar la educación de sus hijos o asistir a los escribanos con escasos ingresos en su vejez o enfermedad. Este colegio a la larga se liberó de su función asistencial y se centró en la defensa del oficio. También habría colegios en Málaga, Granada o Salamanca. En todas estas ciudades se pondrían bajo el patrocinio de determinados santos, y celebrarían fiestas en honor a éstos (86). Sin embargo, para la zona de La Mancha no está documentada la presencia de ningún colegio o cofradía en la que se agruparan los escribanos de una localidad, seguramente debido a que el fenómeno de las cofradías de escribanos es más propio del mundo urbano que del medio rural (87).

Una de las últimas tesis doctorales centradas en el colectivo escribanil ha sido la dedicada a los escribanos públicos de la ciudad de Córdoba por el anteriormente citado Miguel Ángel EXTREMERA, la cual ha sido ya publicada en forma de monografía (88). Este autor enfoca el estudio y conocimiento del notariado en Córdoba desde una perspectiva social y patrimonial, y por lo tanto se aleja de esa perspectiva más clásica centrada en todos aquellos aspectos más jurídicos referidos a los escribanos. Entre sus aportaciones, está la metodología utilizada, en la que incluye técnicas como la prosopografía o la genealogía, lo que le sirve para poder tener una visión más amplia del colectivo a través de las distintas generaciones de escribanos, concepto este en el que incide a lo largo de la obra para justificar la formación de dinastías escribaniles en la Córdoba del Antiguo Régimen. Como decíamos, es una obra en la que deja pocos temas sin abordar, ya que trata de aspectos como el patrimonio de los escribanos, la sociología o la familia de éstos, pero también temas de actualidad historiográfica como la cultura escrita de estos oficiales. Además, es partidario de encajar la historia social de

(86) HERRERO, M.: "El notariado español y la evolución en su nombre", ob. cit., pp. 567-568.

(87) Véase RUIZ CASTELLANOS, A.: "Las cofradías en los pueblos de La Mancha toledana. Siglo XVIII", en *Anales toledanos*, 40, 2004, pp. 287-320.

(88) EXTREMERA EXTREMERA, M. A.: *Los intermediarios del poder. Escribanos públicos de Córdoba en la Edad Moderna (siglos XVI-XIX)*. Tesis doctoral, Universidad de Córdoba, 2006; editada por Calambur como EXTREMERA EXTREMERA, M. A.: *El notariado...* ob. cit.

los escribanos con la historia de la familia y la historia social de la administración. Creemos, pues, que esta monografía marca un hito historiográfico, una forma renovada de entender la historia de los depositarios de la fe pública en nuestro país.

Uno de los temas que más éxito tiene en la actualidad es el de la cultura y mentalidad de los escribanos, así como la imagen que proyectaban al resto de la sociedad. Son conceptos muy generales, donde los investigadores han incluido muy diversos aspectos. De un lado, encontramos algunos autores que han tomado las fuentes literarias contemporáneas a los escribanos del Antiguo Régimen como base para observar la imagen que entre la sociedad tenían estos oficiales, una imagen controvertida en ocasiones. Los literatos del momento dejaban translucir en sus obras una imagen peyorativa del escribano, que sería un oficial dado a la artimaña y al engaño con cierta frecuencia. De esta forma, los investigadores más clásicos ya se referían a autores como LOPE DE VEGA o QUEVEDO para demostrar esta imagen negativa de los escribanos (89). En esta línea, destaca una autora más actual, Alicia MARCHANT, quien, a través de fuentes como el refranero o la literatura de viajes, ha intentado definir cómo sería la imagen de nuestro colectivo para aquellos que convivían con ellos (90).

Dentro de una sociedad en la que muy pocas personas conocían los rudimentos de la lectura y la escritura, los escribanos y el resto de profesionales de la fe pública formaban parte de un grupo privilegiado, por cuanto eran emisores, transmisores y receptores de la cultura escrita entre todas las capas de la población (91). Dentro del conjunto social de una localidad, eran parte de la minoría letrada, junto con presbíteros, comerciantes y encargados de las profesio-

(89) HERRERO, M.: "El notariado español y la evolución en su nombre", ob. cit., pp. 571-584.

(90) MARCHANT RIVERA, A. C.: "Los escribanos españoles del siglo XVIII a la luz de la literatura de viajes: *Viaje por España* de Joseph Townsend", en *Baetica. Estudios de Geografía, Arte e Historia*, núm. 28, 2006, pp. 325-335; y "Aproximación a la figura del escribano público a través del refranero español: condición social, aprendizaje del oficio y producción documental", en *Baética*, 26, 2004, pp. 227-239.

(91) TORNÉ, E. y CRUZ, V. DE: "Los manuales de escribanos en el Siglo de Oro: aproximación a su catalogación, su tipología y su uso", en *IX Reunión Científica de la FEHM-UMA*, Málaga, 2009, p. 1186.

nes liberales. Una minoría letrada que se reconoce a sí misma como un grupo, en función del instrumento escrito (92). Los escribanos adquirirían una formación cultural dividida en distintas fases, con el objetivo de dominar la lectura y la escritura. Primero acudían a las escuelas, y de allí pasaban a las cátedras de gramática. Por último, la formación del escribano se completaba con la etapa de aprendizaje del oficio, donde aparte de en la práctica notarial, basaban su formación en la lectura de tratados y manuales. Para ejercer el oficio, no era necesario un título universitario.

Aquellos que poseían la capacidad de escribir, entre los que se encontraban los escribanos, disponían de un mayor y mejor acceso a la información. Acerca de todos estos aspectos ha reflexionado Fernando BOUZA, quien indica que en la Edad Moderna es cuando se produce el cambio cultural mediante el cual crece la importancia de la escritura, y en consecuencia de la minoría letrada (93).

Así pues, decíamos que la cultura letrada de los escribanos es un tema de cierta actualidad historiográfica. El mismo Miguel Ángel EXTREMERA en 2001 ya anunciaba en uno de sus artículos que una de las posibles nuevas vías de investigación en el campo de la historia de estos oficiales era el de la cultura escrita, concretamente se refería a que deberían hacerse estudios minuciosos de los manuales de escribanos, así como rastrear en los inventarios de estos profesionales en busca de alguna biblioteca; incluso iba más allá, pues uno de sus objetivos era intentar documentar la presencia de algún escribano literato (94). Todas estas intenciones acabaron plasmadas en el capítulo que sobre la cultura escribanil encontramos en su tesis doctoral mencionada más arriba. Esta senda abierta a nuevos estudios sobre la cultura de los escribanos fue seguida por Enrique VILLALBA PÉREZ, investigador principal del proyecto *El oficio de escribano en Castilla en el Siglo de Oro: poder, memoria, cultura escrita*. Dicho proyecto, cuyo centro fue la Universidad Carlos III de

(92) BOUZA ÁLVAREZ, F.: *Del escribano a la biblioteca. La civilización escrita europea en la Alta Edad Moderna* (siglos XV-XVII). Madrid, 1992, pp. 26-31. Aparte de BOUZA, otros autores que han tratado el tema de la cultura escrita son Armando PETRUCCI, Reyes ROJAS GARCÍA o Maxime CHEVALIER, entre otros.

(93) BOUZA ÁLVAREZ, F.: *Del escribano...* ob. cit.

(94) EXTREMERA EXTREMERA, M. A.: "Los escribanos de Castilla en la Edad Moderna. Nuevas líneas de investigación", en *Chronica Nova*, 28, 2001, pp. 180-181.

Madrid, ha estado vigente entre 2005 y 2008, y entre sus logros ha estado el de organizar el último congreso específico sobre nuestro tema, titulado *Los escribanos en la Monarquía Hispánica (siglos XVI-XVII)*, citado anteriormente. Aparte de la organización de estas jornadas, en relación al proyecto han surgido algunos trabajos dignos de mención, como son los artículos publicados con motivo de la IX Reunión Científica de la FEHM, presentados tanto por el investigador principal del proyecto, Enrique VILLALBA (95), como por otros miembros del proyecto como Emilio TORNÉ o Vanessa DE CRUZ (96). Pero por supuesto, la obra que culmina todo el esfuerzo realizado por los investigadores citados y otros nuevos es el libro coordinado por VILLALBA y TORNÉ sobre el oficio de escribano en el Siglo de Oro (97).

Queremos finalizar este estado de la cuestión, dado que nuestro trabajo versa sobre este aspecto, con la historiografía española sobre los escribanos del medio rural. Si más arriba valorábamos cómo en Francia las aportaciones a esta materia han sido relativamente numerosas, en nuestro país la situación es distinta. La producción de obras de este tipo ha sido escasa, aunque por fortuna para nosotros, han aparecido una serie de aportaciones al tema que se han centrado en el territorio manchego. La primera de ellas fue la que hizo Francisco GARCÍA GONZÁLEZ sobre los Asenjo, una dinastía notarial del s. XVIII en la Sierra de Alcaraz (98). Más recientemente, han aparecido publicaciones que han animado el estudio sobre estos oficiales en nuestro territorio. En esta línea, Miguel Fernando GÓMEZ VOZMEDIANO ha escrito sobre los escribanos de las hermandades

(95) VILLALBA PÉREZ, E.: "El escribano en su laberinto: poder, memoria y cultura escrita", en *IX Reunión Científica de la FEHM-UMA*. Málaga, 2009, pp. 1365-1379.

(96) TORNÉ, E. y CRUZ, V. DE: "Los manuales de escribanos en el Siglo de Oro: aproximación a su catalogación, su tipología y su uso", ob. cit., pp. 1185-1198.

(97) VILLALBA PÉREZ, E. y TORNÉ VALLE, E. (eds.): *El nervio de la República: el oficio de escribano en el Siglo de Oro*. Madrid, 2010.

(98) GARCÍA GONZÁLEZ, F.: "Réseaux familiaux, réseaux sociaux: richesse, pouvoir et parenté dans la Sierra d'Alcaraz au XVIII^e siècle", en CASTELLANO, J. L. y DEDIEU, J. P. (dirs.): *Réseaux, familles et pouvoirs dans le monde ibérique à la fin de l'Ancien Régime*. París, 1998, pp. 89-110.

viejas manchegas (99). En su trabajo, ha abordado temas más clásicos como las funciones de estos escribanos o la enajenación de plazas, a lo que ha unido un apartado muy interesante sobre la proyección social y familiar de este grupo escribanil. Por su parte, Ramón CÓZAR ha publicado un artículo acerca de los escribanos albaceteños del Setecientos (100). En esta última investigación, aparte de tratar materias como el acceso al oficio o la transmisión de éste, también se acerca al perfil social y familiar de los escribanos de esta población manchega.

En definitiva, con estas líneas hemos querido hacer un repaso de los hitos historiográficos más importantes que han salpicado la historia de los escribanos en nuestro país. Aunque la producción en España ha sido menor y con perspectivas distintas a las que ha tenido la historiografía francesa, podemos afirmar que han sido varios los momentos importantes que ha vivido la investigación sobre estos oficiales. En un primer momento, dominó la visión en la que especialistas del derecho y paleógrafos eran los que escribían acerca de estos temas. De hecho, ésta ha sido la visión predominante hasta los años 90 del siglo xx; cuando apreciamos un cambio de tendencia en cuanto a los temas de la historia escribanil, pues los estudios sociales, económicos, patrimoniales y culturales empiezan a tener cada vez más importancia. En esta nueva forma de entender la historia de los escribanos, tiene más protagonismo el propio oficial, el encargado de la fe pública y las circunstancias que le rodean. Al mismo tiempo que este cambio se produjo, también ganaron importancia aquellos estudios referidos a regiones concretas de España, así como la celebración de distintos centenarios propició la organización de congresos sobre nuestro tema. Hoy día, los temas que predominan son la familia de los escribanos, la organización social del colectivo, la posición social y económica de éstos, así como su formación y riqueza cultural. Por lo demás, no nos queda sino recordar que aún faltan estudios que miren a los escribanos del mundo

(99) GÓMEZ VOZMEDIANO, M. F.: "En los umbrales del poder: los escribanos de las hermandades viejas manchegas durante los siglos modernos", en *Actas de la IX Reunión Científica de la FEHM-UMA*. Málaga, 2009, pp. 745-763.

(100) CÓZAR GUTIÉRREZ, R.: "De lo que yo el infrascripto escribano doy fe". Los escribanos de la villa de Albacete durante el siglo xviii", ob. cit., pp. 269-299.

rural, pues pensamos que estas investigaciones pueden aportar una nueva perspectiva al estudio de los oficiales de la fe pública.

3. EL OFICIO DE ESCRIBANO EN LA CASTILLA MODERNA

La multiplicidad de funciones que tenían encomendadas los escribanos en el Antiguo Régimen, así como la existencia de una gran variedad de oficiales de la fe pública, son los dos condicionantes que van a marcar en la práctica el ejercicio de la profesión. Al mismo tiempo, no todos accedían de la misma forma a una escribanía, ni se respetaba siempre la ley. En definitiva, la teoría iba por un lado, y la práctica notarial por otro, de manera que las posibilidades que debemos tener en cuenta para el estudio del oficio de escribano son muchas y complejas.

3.1. MARCO LEGAL

Desde las culturas de la Antigüedad, siempre ha habido personas encargadas de escribir para otros, como los *symboliaiographos* griegos, y *tabelliones* romanos (individuos que redactaban contratos, y con el tiempo pasaron a ser considerados los que escribían escrituras públicas). En el s. x, León el Grande reguló el oficio en Constantinopla, lo que influyó en la Bolonia plenomedieval, ciudad donde en el siglo XIII se crearía una escuela notarial. En España, fue una función olvidada durante el reino visigodo, y no fue hasta el siglo XIII, con el reinado de Alfonso X, cuando la profesión empezó a quedar definida y legislada, a través del *Fuero Real* y las *Partidas* (101).

La legislación sobre escribanos y escribanías parte para Castilla del Bajo Medievo. Desde ese momento, y durante la Modernidad, diversas leyes, ordenanzas o decretos incidieron en el desarrollo de esta profesión. Para repasar todas las disposiciones que se realizaron con respecto a los oficiales de la fe pública, es necesario

(101) MATILLA TASCÓN, A.: "Escribanos, notarios y archivos de protocolos", en *Boletín de ANABAD*, núm. 4, tomo XXVIII, 1978, pp. 19-35.

consultar la *Nueva Recopilación* y la *Novísima Recopilación* (102). La legislación procuró definir con claridad los deberes y atribuciones de estos oficiales públicos, y señaló tres campos de actuación: el ejercicio del gobierno municipal, el ejercicio de la fe pública en los negocios privados, y la misión notarial dentro de la justicia (103). Es decir, las obligaciones de los escribanos eran la fidelidad (a las declaraciones de las partes o testigos), evitar la parcialidad en sus actuaciones, prohibición de participar en la recaudación, administración y arriendo de las rentas reales; y por último, guardar secreto de lo que ante ellos pasase (104).

La primera regulación sobre el oficio de escribano se estableció en el *Fuero de Soria*, en el que Alfonso VIII, entre 1170-1174, ordenó que aparecieran oficiales en los concejos para legitimar la documentación en forma de instrumento público (105). Más tarde, en el siglo XIII y bajo el reinado de Alfonso X, la figura del notario empieza a ser un hecho en códigos como el *Fuero Real*, las *Partidas* y el *Espéculo*. En ellos, se hace una primera distinción entre los escribanos al servicio de la cancillería regia y los escribanos públicos que desarrollan su oficio en las villas y ciudades (106).

A lo largo de los siglos XIV y XV, en diferentes reuniones de Cortes, se trataron temas relacionados con los escribanos, como el número

(102) *Nueva Recopilación*. Madrid, 1640, 3 vols.; y *Novísima Recopilación*. Madrid, 1805-1807, 6 vols.

(103) MENDOZA GARCÍA, E. M.: "Mecanismos de control de los oficiales públicos: visita a los escribanos de Antequera en 1654", en *Actas de la IX Reunión Científica de la FEHM-UMA*. Málaga, 2009, p. 912.

(104) MARTÍNEZ GIJÓN, J.: "Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Moderna", en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección Primera, Estudios Históricos, vol. 1, Madrid, 1964, pp. 328-335.

(105) BEJARANO RUBIO, A.: "Los escribanos públicos en Castilla: el condado de Ledesma en el siglo XVI", en *Miscelánea Medieval Murciana*, vol. XIX-XX, 1995-1996, p. 10.

(106) En el *Fuero Real* se establece que haya escribanos públicos en ciudades y villas mayores, que debían ser jurados y puestos por el Rey. En las *Partidas* se especifican las cualidades de los escribanos, los pasos para su nombramiento, la metodología sobre redacción de escrituras y legislación en caso de enfermedad y muerte de estos oficiales; y por último el conjunto de libros sobre leyes conocido como *Espéculo* apenas introdujo variaciones. Cfr. MATILLA TASCÓN, A.: "Escribanos, notarios y archivos de protocolos", ob. cit., pp. 20-24.

de éstos en las Cortes de Palencia de 1388 o la suficiencia de estos oficiales en las Cortes de Valladolid de 1442 (107). Además, se valoraron otros asuntos de importancia, como nombramientos de estos oficiales, así como cuestiones relacionadas con los aranceles y los derechos. Todo ello desembocó en un desorden que concluyó con las Cortes de Toledo de 1480, donde los Reyes Católicos estipularon el requisito de superar un examen en el Consejo Real para todo aquel que quisiera ejercer como escribano público (108). No obstante, antes de acudir al examen, el aspirante debía haber conseguido la aprobación de la justicia de la ciudad o villa sobre su habilidad y suficiencia. Además, en esta misma reunión de Cortes, los monarcas regularon la amortización de los oficios concedidos desde 1440, debido al exceso de escribanos existente (109). Más de un siglo después, en 1609, se estableció que antes de pasar el examen, los aspirantes debían acreditar una experiencia de al menos dos años de trabajo junto a un escribano público, procurador o abogado. Este proceso de aprendizaje, basado en la práctica del oficio, solía durar entre dos y cuatro años, aunque algunos autores hablan de una media de siete años como aprendices (110). Esta forma de transmisión de conocimientos tuvo como consecuencia que la enseñanza del oficio variara poco a lo largo de los años, ya que las mismas ideas pasaban de unos escribanos a otros; muchas veces de padre a hijo o de suegro a yerno. No obstante, el número de aprendices no era ilimitado, ya que cada escribano podía tener dos o tres ayudantes como máximo (111). Los costes del examen y del viaje podían llegar a suponer una

(107) Véase ARRIBAS ARRANZ, F.: "Los escribanos públicos en Castilla durante el siglo xv", en *Centenario de la Ley del Notariado*. Sección Primera, Estudios Históricos, vol. 1, Madrid, 1964, pp. 172-176, donde repasa todas las reuniones de Cortes del siglo xv donde se tocara el tema de los escribanos.

(108) MARTÍNEZ GIJÓN, J.: "Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Moderna", ob. cit., p. 337.

(109) ARRIBAS ARRANZ, F.: "Los escribanos públicos en Castilla durante el siglo xv", ob. cit., pp. 176 y 200.

(110) David GONZÁLEZ anota que un 72,72 % de los escribanos onubenses del Setecientos aprobaron el examen tras más de 4 años de aprendizaje, y que la media de años como aprendices fue de 7,38. Véase GONZÁLEZ CRUZ, D.: *Escribanos y notarios en Huelva durante el Antiguo Régimen (1701-1800)*. Universidad de Sevilla, Huelva, 1991, p. 100.

(111) *Ibidem.*, pp. 103-110.

cantidad similar a la de los ingresos anuales de un escribano público (112). De todas formas, se podían obtener dispensas para no acudir al examen, ya que el Consejo enviaba a jueces para que realizaran los exámenes por pueblos y ciudades, lo cual trajo consigo que estos delegados pudieran cometer fraude (113). A la hora de realizar el examen, los aspirantes debían presentar una serie de documentos acreditativos para poder presentarse a éste (114). En cuanto al tipo de examen, los investigadores no han encontrado en la documentación de qué materias se debía componer estrictamente, aunque gracias a la labor de algunos autores, podemos suponer que se trataría de pruebas de escritura y lectura, manejo de diferentes documentos, caligrafía y algunas preguntas sobre cómo redactar escrituras notariales (115). Además, los aspirantes podían encontrar información sobre la dinámica del examen en algunos manuales para escribanos (116). En cualquier caso, era un examen de carácter esencialmente práctico, debido básicamente a dos motivos: por un lado, los aspirantes ya habían estado al servicio de algún escribano, con lo que conocían los entresijos del oficio; por otro, a lo largo de la fase de aprendizaje habían tomado contacto con la documentación propia del oficio, gracias a la consulta de manuales o formularios en el despacho de sus

(112) EXTREMERA EXTREMERA, M. A.: *El notariado en la España Moderna. Los escribanos públicos de Córdoba (siglos XVI-XIX)*. Madrid, 2009, pp. 68-69.

(113) En 1705 se decretó anular cualquier licencia sin el previo examen del Consejo; y en 1715 se acabaron por prohibir estas prácticas, aunque en 1769 hay dispensas para realizar el examen en la Chancillería o Audiencia más cercana.

(114) Véase ESCOLANO DE ARRIETA, P.: *Práctica del Consejo Real*. Madrid, 1796, tomo II, pp. 241-242. Citado en EXTREMERA EXTREMERA, M. A.: *El notariado...* ob. cit., p. 69. ESCOLANO habla de tres documentos: documento acreditativo de la práctica, documento donde se cita al procurador síndico del lugar de la práctica informando al corregidor o justicia y certificación de la cabeza del partido del último vecindario hecho, para saber el coste de la "media annata", y el número de escribanos en la villa.

(115) PARDO RODRÍGUEZ, M. L.: "Exámenes para escribano público en Carmona de 1501 y 1502", en *Historia. Instituciones. Documentos*, 20, 1993, pp. 303-312.

(116) Véase GONZÁLEZ DE VILLARROEL, D.: *Examen y práctica de escribanos*. Madrid, 1641. Citado en EXTREMERA EXTREMERA, M. A.: *El notariado...* ob. cit., p. 71.

maestros (117). Finalizado el examen de forma exitosa, el aspirante obtenía el título de escribano real, con el cual podía desempeñar el oficio. A continuación, podría optar o no a una escribanía del número, en función de las vacantes que hubiera en cada localidad.

En el siglo XVI, se produjo un incremento en el número de estos profesionales, y se hizo necesaria una nueva actuación por parte de los distintos reyes. Así, en 1503, la reina Isabel la Católica aprobó las ordenanzas de los escribanos públicos, que se incorporaron a las *Ordenanzas reales de Castilla*. En ellas se abordaron temas como la elaboración de un libro de protocolos, o plazos para dar copias de documentos, así como se insistió en el tema de los aranceles. Dicha cuestión se reguló en ese mismo año mediante la promulgación de unas pragmáticas sobre aranceles y derechos de algunos oficiales, entre los que estaban los escribanos (118). Durante el resto del Quinientos, se siguió regulando el oficio. En 1526 se redactaron otras ordenanzas, más enfocadas hacia los escribanos que centraban sus actuaciones en el ámbito judicial. En 1566, se establece que los nombramientos de los notarios apostólicos deben ser realizados por el obispo correspondiente o el nuncio (119). En ese mismo año se estableció que para poder ser escribano hacía falta tener la mayoría de edad, que en el Antiguo Régimen era de 25 años (120). No obstante, cuando no se tenía la edad estipulada, a veces se hacían nombramientos provisionales hasta que se alcanzara el número de años suficiente para que pudieran ejercer, o bien se obtenían dispensas reales, algo que, aunque prohibió Felipe V en 1715 (121), parece que en la práctica nunca dejó de hacerse.

(117) EXTREMERA EXTREMERA, M. A.: "Los escribanos de Castilla en la Edad Moderna. Nuevas líneas de investigación", en *Chronica Nova*, 28, 2001, p. 162.

(118) ARRIBAS ARRANZ, F.: "Los escribanos públicos en Castilla durante el siglo XV", ob. cit., pp. 220-221 y 234. El autor define, por un lado, todas las medidas que se tomaron en las Ordenanzas de 1503; y por otro, aborda las cinco pragmáticas sobre aranceles promulgadas el mismo año.

(119) MATILLA TASCÓN, A.: "Escribanos, notarios y archivos de protocolos", ob. cit., p. 27.

(120) *Novísima Recopilación*, Ley 2, título 15, libro 7. Citado en EXTREMERA EXTREMERA, M. A.: *El notariado...* ob. cit., p. 63.

(121) *Novísima Recopilación*, Ley 10, título 15, libro 7. Citado en EXTREMERA EXTREMERA, M. A.: *El notariado...* ob. cit., p. 69.

Las condiciones de acceso a la profesión escribanil han sido estudiadas por distintos autores y para diversos ámbitos geográficos (122). La pertenencia al estamento eclesiástico era totalmente incompatible con el ejercicio de una escribanía pública, pero no así con la propiedad de un oficio de escribano (123). Así pues, no era lo mismo ejercer una escribanía que poseerla. De igual forma, aunque los escribanos debían ser varones, pues las mujeres no tenían capacidad jurídica para ejercer un oficio público, sí que éstas podían tener la propiedad patrimonial de las escribanías, que vendían o arrendaban a terceros (124).

Tras la obtención del título, se producía el nombramiento del escribano (125). En Castilla, la legislación sobre este proceso se remontaba a Alfonso X, quien en el *Fuero Real* estableció que la Monarquía era la única que podía realizar su nombramiento (126). Sin embargo, la Corona podía delegar excepcionalmente esta facultad en algunos concejos en virtud de privilegio, con lo que dichos concejos podían hacer nombramientos o proposiciones de escribanos del cabildo o del número (127). De la misma forma, en los territorios de señorío, el rey a veces concedía al señor por merced real la ca-

(122) Véase, por ejemplo, GONZÁLEZ CRUZ, D.: ob. cit., pp. 100-117, o MARTÍNEZ GIJÓN, J.: "Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Moderna", ob. cit., pp. 336-340.

(123) *Nueva Recopilación*, Ley 20, libro 4, título 25. Igualmente, un notario eclesiástico no podía otorgar escritura en que interviniese un lego, excepto en cuestiones sobre la jurisdicción eclesiástica. Véase *Nueva Recopilación*, Ley 19, libro 4, título 25. Citado en EXTREMERA EXTREMERA, M. A.: *El notariado...* ob. cit., p. 65.

(124) EXTREMERA EXTREMERA, M. A.: *El notariado...* ob. cit., p. 66.

(125) Para el proceso de nombramiento en otros países, cfr. por ejemplo, SCHMIDT-THOMÉ, W.: "Contribución al estudio de la historia del notariado en Alemania", en *Centenario de la Ley del Notariado...* ob. cit., p. 447, o PREVENIER, W., MURRAY, J. M., y OOSTERBOSCH, M.: "Les notaires publics dans les anciens Pays-Bas du XIII^e au XIV^e siècle", en *Historia. Instituciones. Documentos*, 23, 1996, pp. 385-392.

(126) *Fuero Real*, 1, 8, 1. Citado por MARTÍNEZ GIJÓN, J.: "Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Moderna", ob. cit., p. 271.

(127) BEJARANO RUBIO, A.: "Los escribanos públicos en Castilla: el condado de Ledesma en el siglo XVI", ob. cit., p. 12, o ARRIBAS ARRANZ, F.: "Los escribanos públicos en Castilla durante el siglo XV", ob. cit., pp. 184-185, donde habla de los privilegios de Zamora, Burgos o Madrid.

pacidad para proveer escribanías (128). De esta manera, podemos distinguir dos procesos. De un lado, el nombramiento del escribano, que corresponde al rey o a quien éste eligiera. De otro lado, la aprobación o confirmación del mismo, algo que fue siempre un privilegio exclusivo del monarca (129). Pero el control de la Monarquía sobre los escribanos públicos no acababa con el examen, pues el rey, a través de sus delegados, vigilaba regularmente a los oficiales de la fe pública mediante las visitas o residencias (130).

Una vez obtenido el título de escribano real, el proceso hasta ocupar una escribanía pública del número era lento, salvo para los hijos o yernos de los escribanos, que contaban con más ventajas en este sentido. Ante esta falta de escribanías del número, muchos de los nuevos escribanos reales trabajarían como auxiliares en otros despachos hasta ocupar el suyo propio. Otros podían alcanzar distintos puestos, como el de escribano de rentas o escribano del concejo (131). Cuando al fin lograban una escribanía del número, se producía una ceremonia de toma posesión del oficio de escribano. En esta ceremonia, podemos distinguir dos momentos: el recibimiento (presentación del título, nombramiento de un diputado para recibir la información, comunicación del diputado al cabildo y votación secreta) y el juramento. En este acto se ponía de manifiesto la importancia de la experiencia previa en el oficio (132).

En algunas ocasiones, el escribano aceptó el oficio, pero en un periodo corto de tiempo lo dejó en manos de otra persona. Las explicaciones a este fenómeno pueden ser dos; bien se trataba de mercadear con el oficio, bien otra persona aceptaba el cargo hasta que el verdadero aspirante obtuviera la edad mínima (133). Finalmente y

(128) GARCÍA HERNÁN, D.: "Señorío y escribanos señoriales en Castilla en el Siglo de Oro", en *Actas de la IX Reunión Científica de la FEHM-UMA*. Málaga, 2009, p. 662.

(129) MARTÍNEZ GIJÓN, J.: "Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Moderna", ob. cit., p. 273.

(130) Sobre este tema, Eva María MENDOZA ha escrito un completo artículo: MENDOZA GARCÍA, E. M.: "Mecanismos de control de los oficiales públicos: visita a los escribanos de Antequera en 1654", ob. cit., pp. 911-928.

(131) ARRIBAS ARRANZ, F.: "Los escribanos públicos en Castilla durante el siglo xv", ob. cit., p. 171.

(132) EXTREMEIRA EXTREMEIRA, M. A.: *El notariado...* ob. cit., p. 73.

(133) *Ibíd.*, p. 78.

tras el juramento, el cabildo correspondiente comunicaba al escribano las ordenanzas que debía cumplir en el ejercicio de sus funciones (134). Estas ordenanzas eran dadas por el concejo en los territorios de realengo y por el señor en los territorios de señorío; y en ellas se solían establecer las condiciones para que los escribanos ejercieran su oficio correctamente: competencias, derechos, aranceles o algunas restricciones como no poder admitir regalos, ni cobrar a los pobres por los procesos civiles y criminales (135). Los escribanos públicos debían tener formación jurídica (136), ser libres, cristianos, de buena fama, entendidos en el arte de la escribanía, vecinos y hombres de probidad, es decir, discretos. Otra condición para poder ejercer el oficio de una escribanía es que, mientras ejercieran este oficio, no podían ostentar otros oficios públicos como alcaldes, jurados o regidores, a no ser que éstos renunciasen a la escribanía (137).

Por último, la normativa sobre la forma de transmitir los oficios es abundante. Carlos V entendió los oficios públicos como una forma de obtener recursos y organizó el sistema de venta. Las escribanías comenzaron a venderse en 1543, y en 1574 ya se habían puesto a la venta siete tipos distintos de oficios de escribanos (138). Todo ello generó protestas, sobre todo de los concejos, a los que no les

(134) Por ejemplo, las Ordenanzas dadas a los escribanos malagueños en 1489 y luego en 1566, estudiadas por Eva María MENDOZA. Cfr. MENDOZA GARCÍA, E. M.: "Vínculos de los escribanos con las élites de poder en el municipio malagueño durante el siglo XVII", en SORIA MESA, E. y DELGADO BARRADO, J. M. (eds.), *Las élites en la época moderna: la Monarquía Española*, tomo III, economía y poder, Córdoba, 2009, pp. 209-221.

(135) MARCHANT RIVERA, A.: "Los escribanos españoles del siglo XVIII a la luz de la literatura de viajes: *Viaje por España* de Joseph Townsend", en *Baetica. Estudios de Geografía, Arte e Historia*, 28, 2006, pp. 328-329.

(136) MARTÍNEZ GIJÓN, J.: "Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Moderna", ob. cit., p. 338.

(137) CÓZAR GUTIÉRREZ, R.: "De lo que yo el infrascripto escribano doy fe". Los escribanos de la villa de Albacete durante el siglo XVIII", en *Revista de Historia Moderna. Anales de la Universidad de Alicante*, 28, 2010, pp. 269-273. Según David GONZÁLEZ CRUZ, en el caso de los escribanos onubenses, también les haría falta un alto conocimiento de la gramática latina. Véase GONZÁLEZ CRUZ, D.: ob. cit., p. 110.

(138) En 1543 se pusieron a la venta las escribanías, en 1549 las escribanías de concejo, en 1557 las de chancillerías, en 1557 las de behetrías, en 1564 las de aldeas y lugares sujetas a otra jurisdicción, en 1571 las de lugares de Órdenes Militares, y en 1574 las de Hermandad. Véase CUARTAS

agradaba la venta de escribanías del cabildo, ya que ello les hacía perder control sobre el nombramiento de éstas. La venta de oficios fue un mercado no solo para la Corona, también para los particulares. Cuando la Monarquía no disponía de oficios vacantes para venderlos, recurrió al acrecentamiento de éstos o creación de otros nuevos. Con ello, el mercado seguía abierto, y los ingresos no dejaban de llegar a las arcas de la hacienda. Ante las quejas de algunos colectivos como los concejos, en 1609, mediante las pragmáticas de Valladolid y Sevilla se mandan consumir todas las escribanías acrecentadas desde 1540, a cambio de un servicio de millones. De hecho, desde 1640 en adelante las disposiciones que hablaban de limitar la enajenación, los arrendamientos, las renunciaciones, etc. fueron múltiples, pero con el tiempo se volvió a demostrar que en la práctica fueron muchos más los oficios enajenados que recuperados (139).

De todo ello se ha ocupado María Pilar ESTEVES (140). Esta autora ha tratado los diversos problemas que surgieron, como el acrecentamiento y consumición de oficios, la prohibición de que ejerciera el oficio alguien que no fuera su titular, abusos, arrendamiento y enajenación de escribanías o la reforma de los Reyes Católicos sobre la renuncia del oficio. La conclusión de la autora es que la teoría y la práctica iban por lados distintos y, por ejemplo, mientras se prohibía enajenar las escribanías, aparecían normas sobre cómo debían llevarse a cabo las enajenaciones.

3.2. TIPOLOGÍA Y DEFINICIÓN DE FUNCIONES

En el *Diccionario histórico y forense del derecho real de España* encontramos una triple definición de la palabra escribano (141). En primer lugar, estarían los escribanos públicos del número. Estos oficiales intervenían en las materias públicas y privadas entre

RIVERO, M.: "La venta de oficios públicos en el siglo XVI", en *Actas del IV Symposium de Historia de la Administración*. Madrid, 1983, pp. 228-230.

(139) FRAGA IRIBARNE, M., y BENEYTO PÉREZ, J.: "La enajenación de oficios públicos en su perspectiva histórica y sociológica", en *Centenario de la Ley del Notariado...* ob. cit., p. 425.

(140) ESTEVES SANTAMARÍA, M. P.: "Transmisiones de escribanías en Madrid (siglos XVI-XIX)", en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 7, 2000, pp. 134-140.

(141) CORNEJO, A.: *Diccionario histórico y forense del derecho real en España*. Madrid, 1789, pp. 245-248 y 453-455.

particulares, mediante el otorgamiento de instrumentos, la formalización de autos y la autorización de cualquier escritura o contrato. En segundo lugar, tenemos la definición de escribano real, aunque también eran llamados escribanos generales. No estaban asignados a ninguna localidad, aunque en la Corte siempre podían encontrarse algunos de ellos. Estos escribanos carecían de las facultades que tenían los escribanos públicos del número. El tercer tipo mencionado son los escribanos de ayuntamiento o concejo, entre cuyas obligaciones estaba la de asistir a todas las juntas, reuniones y disposiciones del ayuntamiento. Según esta definición, los tres tipos de escribanos convergen en la necesidad de pasar el examen previo, así como en que hubieron de dar informaciones sobre su persona, en virtud de las cuales se les despachó el título.

En cambio, para la voz "notario", CORNEJO busca los orígenes de este oficio en los cargos romanos de *canciller* y *questor*. La siguiente referencia en el tiempo la encuentra en el reinado de Alfonso VIII, de cuyos notarios explica que eran casi siempre eclesiásticos. Sobre el rey Alfonso X, el autor del diccionario opina que fue este monarca quien le dio dignidad al oficio, más allá del hecho de que proveyera un buen número de oficios de notario. Sin embargo, en la fecha de redacción del *Diccionario*, CORNEJO piensa que poco queda de aquel significado de notario, pues las funciones que éstos ejercerían en ese momento serían distintas de aquellas que tendrían siglos atrás.

En una de sus obras, MARTÍNEZ GIJÓN también incluye una definición de escribano, en concreto la que aparece en la *Nueva Recopilación*. Por un lado, serían aquellos que enseñan a leer y a escribir. Por otro, la "escribanía" sería concebida como un tributo a pagar al rey. Finalmente, define escribano como la persona que con su presencia, firma y signo autoriza los contratos de los particulares y las diligencias judiciales, en virtud de la fe pública que se les ha atribuido. Precisamente la fe pública es para este autor la "esencia" de la función notarial (142).

Hemos incluido una tercera definición, que a nuestro juicio es la más acertada para definir lo que eran los escribanos en el Antiguo

(142) MARTÍNEZ GIJÓN, J.: "Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Moderna", ob. cit., pp. 277-278, 286 y 299. En este mismo artículo, el autor enfoca el carácter vitalicio del oficio de escribano, entre las páginas 324 y 327.

Régimen. ESCOLANO DE ARRIETA hablaba de que con la palabra “escribano” se podían definir distintas realidades. En primer término, serían los que intervienen en la formación de leyes y providencias que sirven al gobierno del Estado. Es decir, se refiere a todos aquellos oficiales que trabajaban en los consejos u otros órganos gubernativos en la elaboración de leyes. En segundo término, serían los que en los juzgados y ayuntamientos extienden los autos judiciales y actas de estos cuerpos. Con ello describe a los escribanos del concejo, así como constata las funciones judiciales de estos oficiales. La tercera realidad bajo la que podemos agrupar a los escribanos es la de aquellos que autorizan contratos y escrituras de particulares; esto es, la fe pública y la función escrituraria. Por último, también serían escribanos los que sirven para la cobranza y resguardo de las rentas públicas (143). Como veremos más adelante, para nuestro territorio no faltan los ejemplos de escribanos generales de rentas, o de la renta del tabaco.

La amplia tipología de escribanos fue una constante en la Castilla Moderna. Los escribanos reales ejercían su oficio en cualquier punto del Reino salvo que hubiera en esa localidad un escribano público del número asignado (144). En caso de coincidencia entre ambos tipos de escribanos, las funciones estaban muy delimitadas, y las del escribano real eran casi siempre judiciales. Si no se especificaban bien las competencias, podían surgir conflictos. En las localidades más pequeñas, donde no solía haber ningún escribano del número de forma permanente, la figura del escribano real cobraba más importancia, pues aglutinaría en su persona todas las funciones relacionadas con la fe pública. Era el primer estadio dentro de la profesión, aunque muchos seguirían siendo escribanos reales toda su vida, y se dedicarían a ser oficial en un despacho notarial, a ejercer otras escribanías como la de millones o rentas, o a cubrir suplencias de algún escribano del número (145).

(143) Citado en NEGREDO DEL CERRO, F.: “Los escribanos de los consejos de la Monarquía en el Siglo de Oro. Un apunte prosopográfico”, en *IX Reunión Científica de la FEHM-UMA*, Málaga, 2009, p. 968.

(144) Los escribanos reales también son llamados escribanos de la Corte, o de los Reinos, o del Rey.

(145) En este sentido, en Huelva se creó la figura del “escribano de ausencias”. Cfr. GONZÁLEZ CRUZ, D.: ob. cit., p. 59.

Aunque hoy día sus funciones no son exactamente las mismas, podemos considerar a los escribanos de ayuntamiento como el origen de los actuales secretarios judiciales y municipales. Eran elegidos por el ayuntamiento de la ciudad o villa, casi siempre de forma vitalicia y de entre los escribanos del número y reales de la localidad. En teoría, era un cargo incompatible con el ejercicio de una escribanía pública del número, o con oficios como el de recaudador y arrendador de rentas (146). Entre sus diversas actividades, debían anotar todo lo que ocurriese en las reuniones del concejo, velar por el protocolo y orden en éstas, custodiar el archivo y el arca del ayuntamiento, validar cualquier escritura del concejo o asistir a las subastas de arrendamientos de los bienes municipales (147). Aunque no tenían voz ni voto en las decisiones del concejo, su posición les servía para relacionarse con los principales agentes políticos de la ciudad o villa, e incluso tenían la capacidad de poder hacer peticiones personales (148).

Las funciones que debían realizar estaban reguladas, por un lado, por la legislación del Reino. Por otro, por las ordenanzas municipales. En las ordenanzas de cada localidad se delimitaban las competencias de estos escribanos con respecto a los del número. Igualmente, se especificaban las sanciones que recibirían si incumplían sus obligaciones, pero también sus derechos, salarios y aranceles. Además, se regulaba qué se debía hacer en caso de ausencia o enfermedad del escribano del concejo (149).

(146) A la larga esto no fue así, ya que en ciudades como Huelva, se acabó asociando la escribanía del cabildo a una del número de la ciudad, ya que la del ayuntamiento por sí sola no daba para vivir. Véase GONZÁLEZ CRUZ, D.: ob. cit., p. 61.

(147) Las citadas son solo algunas de las actividades que realizaban. Por no extendernos más, nos remitimos a ROJAS VACA, M. D.: "Los escribanos de concejo en Cádiz (1557-1607)", en *Historia, Instituciones, Documentos*, 24, 1997, pp. 429-448, donde expone una larga lista de funciones de estos oficiales; o a MENDOZA GARCÍA, E. M.: "Vínculos de los escribanos con las élites de poder en el municipio malagueño durante el siglo XVII", ob. cit., pp. 213-216.

(148) Sobre el dirigismo de los escribanos escribe Juan DÍAZ-PINTADO, quien afirma que en el entorno del escribano de cabildo se podía crear una red de influencias interesadas. Véase DÍAZ-PINTADO, J.: *Conflicto social, marginación y mentalidades en La Mancha (siglo XVIII)*. Ciudad Real, 1987, p. 66.

(149) BEJARANO RUBIO, A.: "Los escribanos públicos en Castilla: el condado

En 1501 los Reyes Católicos ordenaron que los escribanos de concejo debían hacer dos libros: uno de papel encuadernado donde se copiasen las cartas y ordenanzas enviadas desde el gobierno de los reyes, y otro donde se copiasen los privilegios de la villa. Es decir, se trataba de registrar por un lado las comunicaciones oficiales y por otro los documentos importantes de la población (150).

El salario de los escribanos de concejo era una cantidad fija, que salía de los caudales del concejo, y legalmente no podían percibir ningún otro derecho o arancel, pero esto último no se cumplió, ya que en muchas ocasiones compaginaban sus tareas como escribanos del ayuntamiento con las de escribanos públicos del número (151). Nuestro territorio no fue una excepción en este punto. Era un oficio codiciado y caro, que además se convirtió en la primera dignidad municipal en ser considerada un bien enajenable (152). Parece que los candidatos eran propuestos por los propios escribanos mayores de cabildo, que solían tener el oficio en propiedad, lo que daba lugar a una endogamia familiar y clientelar. Pero en la escribanía del concejo no trabajaba solo su titular. Junto a éste, estaban una serie de escribanos y amanuenses que actuaban como auxiliares. Se les denominaba como "tenientes" u "oficiales de cajón". Sin embargo, estos oficios complementarios al de escribano de concejo no se convirtieron en enajenables, y su elección siempre correspondió al concejo (153).

Los notarios apostólicos o notarios eclesiásticos eran otros oficiales de la fe pública, competentes en la jurisdicción eclesiástica (154). Podían actuar ante los tribunales de la Iglesia, o bien autori-

de Ledesma en el siglo *xvi*", ob. cit., pp. 15-18. La autora se refiere a la duplicidad de funciones, por lo que ejercerían también su oficio en el ámbito privado. Además, algunas de sus prerrogativas en Ledesma serían tener ganado en la dehesa gratis o que las juras de algunos oficios se hicieran ante ellos.

(150) ARIBAS ARRANZ, F.: "Los escribanos públicos en Castilla durante el siglo *xv*", ob. cit., p. 248.

(151) CÓZAR GUTIÉRREZ, R.: "De lo que yo el infrascripto escribano doy fe". Los escribanos de la villa de Albacete durante el siglo *xviii*", ob. cit., p. 284.

(152) Véase TOMÁS Y VALIENTE, F.: "Origen bajomedieval de la patrimonialización y enajenación de los oficios públicos en Castilla", en *Actas del I Symposium de Historia de la administración*. Madrid, 1972, pp. 141-158.

(153) EXTREMEIRA EXTREMEIRA, M. A.: *El notariado...* ob. cit., pp. 84-85.

(154) En otros países, como por ejemplo Alemania, también observamos la dualidad entre los oficiales de la fe pública encargados de los legos y

zaban los actos en los que intervenía al menos una persona acogida al fuero eclesiástico. Aunque las competencias que tenían los notarios estaban bien delimitadas, existieron problemas respecto a éstas con los escribanos públicos. La diferencia de nomenclatura entre notario y escribano se producía en el Reino de Castilla, pero no así en el de Aragón, donde el término notario se utilizaba para ambos oficiales de la fe pública.

Aunque los notarios apostólicos no solían ser eclesiásticos, sí que encontramos algunos casos, también en nuestro territorio, en los que estos oficiales eran presbíteros o clérigos de menores. No obstante, muchos de los notarios se dedicaban a otras profesiones laicas, como boticarios o maestros. También hemos encontrado algunos casos en que un escribano público ejercía al mismo tiempo como escribano y notario. En cuanto a las leyes, éstas eran tajantes, y les prohibían hacer contratos y escrituras entre legos.

El título de notario apostólico era necesario para llegar a otro tipo de notaría, la de vicaría. El obispo de cada diócesis, y en su defecto el nuncio o el cabildo catedralicio correspondiente eran los encargados de nombrar a estos notarios. Dicho título no era vitalicio, y solían compaginarlo con las labores que ejercían como cura o capellán. Tanto los notarios apostólicos como los de vicaría aprendían el oficio tras un periodo de prácticas. Este es otro signo de cómo la enseñanza a base de la experiencia en el oficio superaba los conocimientos teóricos recibidos en las escuelas (155).

El oficio que mejor ilustra el ejercicio de la fe pública en el Antiguo Régimen es el de escribanos públicos del número. Estos profesionales garantizaban la fe pública, tal y como hacen los notarios actuales, de los cuales son antecesores. Se les llama así debido a la limitación del número de éstos que podía haber en cada ciudad o villa. Hasta la Ley del Notariado de 1862, tenían duplicidad de funciones: actuaría y escrituraria, esto es, judicial y extrajudicial (156).

de los eclesiásticos. Véase SCHMIDT-THOMÉ, W.: "Contribución al estudio de la historia del notariado en Alemania", ob. cit., p. 447; en donde se establece la diferencia entre notarios pontificios e imperiales.

(155) GONZÁLEZ CRUZ, D.: ob. cit., pp. 140-146.

(156) Sobre esta duplicidad de funciones, véase MARTÍNEZ GIJÓN, J.: "Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Moderna", ob. cit., pp. 305-317.

Las ordenanzas de cada ciudad delimitaban sus funciones, y muchas de sus atribuciones no las poseen los actuales notarios. A lo largo de la Modernidad, surgieron problemas de competencias entre los distintos tipos de escribanos (157). Existían algunas obligaciones generales, como servir personalmente los oficios sin poder darlos en arrendamiento (algo que no se cumplía en la práctica), probidad, sigilo, fidelidad o lealtad al rey. No obstante, algunos de sus abusos y comportamientos delictivos les granjearon una mala imagen (158).

Sus funciones se pueden dividir en dos grupos, como hemos comentado más arriba. De entre las funciones escriturarias o extrajudiciales, la más importante era el proceso de formación del instrumento público. En la *Pragmática de Alcalá* de 1503 se regula todo lo referente a la elaboración y redacción del documento (número de líneas, tipo de letra, etc.), así como el establecimiento de un libro encuadernado donde almacenar los papeles que ante ellos pasaran (159). Después, el escribano debía transcribir en un libro de registros el documento protocolizado, también firmado por el otorgante. A primeros de cada año debía redactar un índice con los nombres de los otorgantes en dicho registro. Para dar fe de su autenticidad, los escribanos debían plasmar su signo y fijar las tarifas de cada actuación, recogidas en los aranceles. Todo ello son los protocolos notariales (160).

Respecto a las funciones actuarias o judiciales, el escribano en el juicio confeccionaba los documentos que formaban los sumarios: presentación de la demanda, examen de testigos y declaraciones, entre otras cosas. La *Nueva Recopilación* concreta en algunos tér-

(157) Véase PARDO RODRÍGUEZ, M. L.: "El notariado en Sevilla en el tránsito a la Modernidad", en OSTOS SALCEDO, P., y PARDO RODRÍGUEZ, M. L. (eds.): *El notariado andaluz en el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna*, Sevilla, 1992, p. 280; y EXTREMERA EXTREMERA, M. A.: *El notariado...* ob. cit., pp. 87-88, sobre los pleitos entre escribanos del número y otros tipos de escribanos en Sevilla y Córdoba, respectivamente.

(158) CÓZAR GUTIÉRREZ, R.: "De lo que yo el infrascripto escribano doy fe". Los escribanos de la villa de Albacete durante el siglo XVIII", ob. cit., p. 281.

(159) El proceso de formación del instrumento público estaba formado por diversas partes: rogatio, minuta, registro, lectura y traslados.

(160) BEJARANO RUBIO, A.: "Los escribanos públicos en Castilla: el condado de Ledesma en el siglo XVI", ob. cit., pp. 21-23.

minos, y por ejemplo, los escribanos no podían participar como abogados de las partes litigantes ni favorecer en los pleitos. Tampoco podían admitir ante ellos demandas de sus primos o hermanos, ni recibir dones ni dádivas de las partes, ni habitar en casas de personas poderosas del concejo (161).

Según el tipo de tribunal, así ejercerían unas funciones u otras. De esta manera, en los tribunales de primera instancia y regionales de apelación estaba la figura del escribano de la Audiencia (o denominaciones similares), mientras que en los tribunales locales solía ser el escribano de concejo el que realizaba esta función (162). Además, en las localidades donde solo había un escribano, éste llevaba a cabo tanto la función actuarial como la escrituraria. En las poblaciones donde hubiera más de un escribano, se hallaba especificado qué escribano se encargaba de las tareas del ayuntamiento, y cuál de las tareas del juzgado; pero a la vez todos serían competentes en la función escrituraria.

Por lo que respecta a los salarios, los asuntos criminales estaban mejor pagados que los asuntos civiles. Los escribanos públicos del número solían cobrar derechos y aranceles en función de la documentación generada, al contrario que los de concejo, que tenían un sueldo fijo establecido por el ayuntamiento. En algunas poblaciones, los escribanos del número debían pagar al concejo una determinada cantidad al año como derecho para ejercer el oficio. Ello favoreció prácticas discutibles, como que quien pagara más dinero, accedería con más facilidad al cargo (163).

En opinión de José BONO, en los siglos XVI y XVII se produce una crisis del notariado, debido a la importancia que cobran las actividades judiciales frente a las extrajudiciales (164); esto es, la función judicial era

(161) *Nueva Recopilación*, Ley 30, título 6, libro 2; y Ley 7, título 25, libro 4, respectivamente. Citado por EXTREMERA EXTREMERA, M. A.: *El notariado...* ob. cit., p. 91.

(162) MARCHANT RIVERA, A.: "Los escribanos españoles del siglo XVIII a la luz de la literatura de viajes: *Viaje por España* de Joseph Townsend", ob. cit., p. 327.

(163) En Albacete, a la altura del siglo XVIII, debían pagar 250 reales al año. Cfr. CÓZAR GUTIÉRREZ, R.: "De lo que yo el infrascripto escribano doy fe. Los escribanos de la villa de Albacete durante el siglo XVIII", ob. cit., p. 280.

(164) BONO HUERTA, J.: "Los proyectos de reforma notarial anteriores a la Ley de 1862", en *Centenario de la Ley del Notariado...* ob. cit., p. 525.

más lucrativa que la extrajudicial, por lo que se produjeron problemas en la adjudicación de las escribanías judiciales, ya que algunos escribanos no respetaban el turno establecido, y ejercían durante más años de los que en realidad les correspondían (165). Por todo ello, la labor actuarial de los escribanos se situó por encima de la escrituraria, incluso algunos de estos profesionales intentaban alargar los procesos para así obtener más beneficios de la gestión de los mismos.

Los escribanos tenían a su servicio a un conjunto de escribientes que trabajaban como personal auxiliar en las labores de la escribanía. Dentro de este personal auxiliar, podemos distinguir dos grupos. Por un lado, estarían los escribanos del rey, que actuaban como oficiales; y por otro, los simples oficiales de la pluma (o escribientes, o amanuenses), que aspirarían a ser escribanos. Éstos, al mismo tiempo que colaboraban en las tareas del despacho, sumaban experiencia en su proceso de aprendizaje. Sin embargo, ambos tipos de oficiales redactaban las escrituras y realizaban labores necesarias para el funcionamiento de la escribanía.

El *Catastro de Ensenada* es una fuente valiosa para conocer mejor la situación de este personal auxiliar. Aparte de las referencias a escribanos del reino o a amanuenses que encontramos en las *Respuestas Generales*, en el *Libro de Personal* constatamos cómo muchos de los escribanos cabezas de familia tienen un hijo, un sobrino, un ahijado o incluso un sirviente, generalmente jóvenes, que actúan como amanuenses. Estas prácticas muestran una reproducción del oficio dentro de la familia, al mismo tiempo que nos ayuda a conocer un poco mejor a estos auxiliares. Por su parte, el *Libro de lo Real* nos informa de las propiedades de estos auxiliares, y como veremos en el apartado correspondiente, en nuestro territorio los amanuenses y oficiales no tenían un patrimonio muy grande. También obtenemos información del personal auxiliar a través de otras fuentes, como por ejemplo la literatura de viajes; gracias a la cual conocemos otras facetas de los oficiales de la pluma. Alicia MARCHANT habla de la figura del escribiente, que iba a redactar cuantos documentos le requería la población, en su mayoría analfabeta (166).

(165) EXTREMERA EXTREMERA, M. A.: *El notariado...* ob. cit., p. 93.

(166) MARCHANT RIVERA, A.: "Los escribanos españoles del siglo XVIII a la luz de la literatura de viajes: *Viaje por España* de Joseph Townsend", ob. cit., p. 332.

No todos los que empezaban como oficiales de la pluma llegaban a ejercer como escribanos, y no todos los que lo deseaban entraban al servicio de un escribano titular de una escribanía, pues parece que los titulares de éstas seleccionaban a sus ayudantes en función de la calidad social o familiar del pretendiente; ya que detrás de todo ello estaban las estrategias familiares y profesionales de los escribanos, cuyo objetivo era el de perpetuar el oficio en su familia o círculo más cercano.

En Castilla podemos encontrar también otro tipo de escribanías diferentes a las que ya hemos visto. En las instituciones judiciales, como las Audiencias o Chancillerías, existían otros oficiales, como los escribanos mayores de hijosdalgo. Al mismo tiempo, en la Corte eran muchos los escribanos que se daban cita, como los de provincia y del crimen (167). Los escribanos de provincia se dedicaban a las causas civiles, y los del crimen a causas penales, aunque todos ellos eran dependientes de la sala de Alcaldes de Casa y Corte (168). También en la Corte estaban los secretarios y los escribanos de cámara de los consejos. Aunque eran escribanos, algunos de ellos, como los de Cámara, de los Consejos o de las Audiencias, no tendrían asociada la función escrituraria del oficio (169).

Otras instituciones como la Mesta o las hermandades también tenían a su disposición a algunos oficiales, como los escribanos de los alcaldes mayores entregadores de la Mesta. En algunas regiones con características especiales, como son las zonas portuarias y costeras, encontramos escribanías relacionadas con estas actividades, como era en Cartagena la escribanía del Adelantamiento y Guerra, entre otras (170). En definitiva, en determinados órganos relaciona-

(167) Sobre su importancia y sus funciones, véase ESTEVES SANTAMARÍA, M. P.: "Transmisiones de escribanías en Madrid (siglos XVI-XIX)", en ob. cit., p. 132.

(168) VILLALBA PÉREZ, E.: "El escribano en su laberinto: poder, memoria y cultura escrita", en *IX Reunión Científica de la FEHM-UMA*, Málaga, 2009, p. 1369.

(169) CASTRO MONSALVE, Concepción DE: "Las secretarías de los consejos, las de estado y del despacho y sus oficiales durante la primera mitad del siglo XVIII", en *Hispania: Revista española de historia*, vol. 59, 201, 1999, pp. 193-215.

(170) Son numerosas las obras sobre estas otras escribanías. Para las hermandades viejas manchegas, véase GÓMEZ VOZMEDIANO, M. F.: "En los um-

dos con el gobierno o la administración de un territorio, existían profesionales cuyo oficio se orientaba más a la redacción y tramitación de leyes que a dar fe de determinados actos públicos o privados.

En el ámbito local, aparte de las escribanías del número y de concejo, encontramos otras según la importancia de la población. En algunas de las localidades estudiadas aparece la escribanía de la Gobernación, en la que se tramitaba todo lo referente al Gobernador del partido y a su labor en el ejercicio de la justicia. Existían el escribano de millones, el de rentas, el que se encargaba de una renta determinada, como la del tabaco, o también los escribanos del pósito. Además, algunos escribanos tenían la misión de acompañar al alcalde en su ronda por la noche (171). También en algunas localidades existía la figura del fiel de hechos. No era un escribano como tal, ya que no tenía sus mismas atribuciones, es decir, no podía otorgar testamentos o documentos públicos. Pero estos funcionarios eran competentes en asuntos de pósitos, de cuentas de propios y arbitrios, y en momentos de verdadera urgencia podían dar fe de los asuntos municipales, entre otras atribuciones (172). Más aún, las funciones de los escribanos llegaban a ser asumidas en ocasiones incluso por clérigos, curas y sacristanes. Estos personajes sustituían a los escribanos en los lugares en que no los había, en actos sobre todo referentes a la administración de rentas reales (173).

Las escribanías que encontramos en los territorios de señorío son las mismas que las que existen en los de realengo. Sin embargo, el funcionamiento de las primeras difiere en algunos aspectos del de las segundas. Las prerrogativas del señor en sus territorios hacían que determinadas funciones, nombramientos o formas de acceso

brales del poder: los escribanos de las hermandades viejas manchegas durante los siglos modernos", en *Actas de la IX Reunión científica de la FEHM-UMA*, Málaga, 2009, pp. 745-763; y para las escribanías murcianas del siglo XVIII, MONTOJO MONTOJO, V.: "Las escribanías murcianas en las reformas de los Borbones", en *Documenta & Instrumenta*, núm. 6, 2008, pp. 7-28.

(171) MARCHANT RIVERA, A.: "Los escribanos españoles del siglo XVIII a la luz de la literatura de viajes: *Viaje por España* de Joseph Townsend", ob. cit., p. 334.

(172) GONZÁLEZ CRUZ, D.: ob. cit., pp. 63-64.

(173) Sobre aspectos relacionados con otras figuras que ostentan la fe pública, véase MARTÍNEZ GIDÓN, J.: "Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Moderna", ob. cit., pp. 287-298.

al cargo de escribano cambiaran. En ocasiones, el escribano en los territorios de señorío era un funcionario más del régimen señorial, un criado más del señor. Había veces en que los derechos de los señores sobre los escribanos estaban muy claros, expresados por ejemplo en una merced real, pero en otras ocasiones estos derechos no aparecían tan especificados, e incluso se llegaban a producir pleitos entre los señores y los concejos. Pero por otro lado, algunos escribanos veían la jurisdicción señorial de una forma más cercana que la jurisdicción real, y podían acercarse de esta forma al señor para intentar acceder a determinadas mercedes y privilegios (174).

Por lo que se refiere a la forma de tramitar los cargos, los señores solían nombrar a los escribanos en sus dominios, aunque algunos cargos como el de escribano de concejo o del número se desempeñaban de una forma similar a como se hacía en el realengo. Si en estos territorios las funciones de los escribanos venían marcadas por las ordenanzas municipales, en las zonas de señorío éstas estaban reguladas en las ordenanzas señoriales (175). En algunas villas, los señores confirmaban los nombramientos que hacían los concejos, así como recibían una renta anual del escribano elegido por disponer éste de la escribanía (176).

Los señores estaban especialmente interesados en determinadas escribanías, como la del ayuntamiento, por el interés que les suscitaba el control del gobierno municipal. También existía el cargo de escribano-secretario de la Audiencia señorial, encargado, entre otras cosas, de la redacción de un libro de condenas. Pero en la escribanía donde más se notan las peculiaridades del régimen señorial es en la de rentas, ya que entre sus cometidos estaba la redacción y conservación de los documentos de la administración hacendística del señor (177). Observamos, pues, que en los territorios de señorío

(174) A pesar de todo, parece que solía haber coordinación entre el señor y la Corona a la hora de los nombramientos, y los concejos quedaban a merced de las decisiones de ambas instituciones. Cfr. GONZÁLEZ CRUZ, D.: ob. cit., p. 115.

(175) GARCÍA HERNÁN, D.: "Señorío y escribanos señoriales en Castilla en el Siglo de Oro", ob. cit., pp. 662-666.

(176) BEJARANO RUBIO, A.: "Los escribanos públicos en Castilla: el condado de Ledesma en el siglo XVI", ob. cit., pp. 19-20.

(177) GARCÍA HERNÁN, D.: "Señorío y escribanos señoriales en Castilla en el Siglo de Oro", ob. cit., p. 671.

lo que nos encontramos es una gran diversidad y complejidad en los cargos ejercidos por los escribanos.

Para hablar de la relación entre señores y escribanos, más que dependencia o vasallaje, la palabra clave era fidelidad (178). Los señores eran conscientes de la importancia del documento escrito, y querían dominarlo. La fidelidad del escribano se anteponía a otras capacidades como la habilidad y la competencia. La mayoría de escribanos, pues, se mantuvieron fieles a sus señores (179). David GONZÁLEZ, en su estudio de los escribanos onubenses, también insiste en esta idea de la fidelidad, en concreto al Duque de Medinasidonia. El escribano debía tener plena confianza del señor, pues de la decisión de éste dependían nombramientos y mercedes; pero también multas y sanciones (180). A pesar de todo ello, se conocen casos de escribanos que se rebelaron contra su señor, como ocurrió en la localidad manchega de Villarrubia de los Ojos (181).

4. LAS ESCRIBANÍAS: NÚMERO Y TIPOLOGÍA

La investigación llevada a cabo se basa en las escribanías de doce localidades representativas de los territorios de órdenes militares situadas en la región de La Mancha. Para ello, nuestra fuente ha sido el *Catastro de Ensenada*, cuya documentación ya ha sido ob-

(178) Esta palabra, o algún sinónimo, solía aparecer en los nombramientos de escribanos hechos por los señores. Véase GARCÍA HERNÁN, D.: "Señorío y escribanos señoriales en Castilla en el Siglo de Oro", ob. cit., p. 674.

(179) Se conocen algunos casos de escribanos aliados con sus señores. Véase LÓPEZ-SALAZAR PÉREZ, J.: "Los pleitos antiseñoriales en Castilla la Nueva: tipología y factores de conflictividad", en SERRANO MARTÍN, E., y SARASA SÁNCHEZ, E. (coord.): *Señorío y feudalismo en la Península Ibérica (siglos XII-XIX)*. Zaragoza, 1993, pp. 389-418.

(180) GONZÁLEZ CRUZ, D.: ob. cit., pp. 60-64. Para el caso concreto de Huelva, los nombramientos hechos por el Duque de Medinasidonia eran vitalicios, aunque no se documentan despidos salvo por engaños o asuntos graves, y en general el Duque propiciaba el ascenso del escribano a lugares más importantes si su comportamiento era el adecuado.

(181) LÓPEZ-SALAZAR PÉREZ, J.: "Los protocolos notariales. Fuentes documentales para la historia moderna", en *La investigación y las fuentes documentales de los archivos*. Guadalajara, 1996, pp. 70-71.

jeto de estudio en otras ocasiones por parte de diferentes autores para realizar trabajos acerca de determinados oficios y estructuras socioprofesionales (182).

LOCALIDADES ESTUDIADAS (AÑO 1752)

Localidad	Orden Militar	Provincia en el siglo XVIII	Provincia actual
Almagro	Calatrava	La Mancha	Ciudad Real
Daimiel	Calatrava	La Mancha	Ciudad Real
Manzanares	Calatrava	La Mancha	Ciudad Real
Alcázar de San Juan	San Juan	Toledo	Ciudad Real
Tembleque	San Juan	Toledo	Toledo
Consuegra	San Juan	Toledo	Toledo
Madridejos	San Juan	Toledo	Toledo
Ocaña	Santiago	Toledo	Toledo
Uclés	Santiago	Toledo	Cuenca
Tarancón	Santiago	Toledo	Cuenca
Quintanar de la Orden	Santiago	La Mancha	Toledo
Villaescusa de Haro	Santiago	Toledo	Cuenca

Fuente: AHPCR, AHPTO, Sección Catastro de Ensenada, *Respuestas Generales*

4.1. ESCRIBANOS Y ESCRIBANÍAS

El número de escribanías en las localidades manchegas es lógicamente inferior al que había en el mundo urbano (183). Un menor número de habitantes propiciaba que la demanda de los servicios de

(182) GÓMEZ DE ENTERRÍA GARCÍA, P.: *Oficios mecánicos en el Catastro de Ensenada*. Universidad Complutense de Madrid, 2008; CASTRO CUENCA, F.: "Los artistas en el siglo XVIII: reflexiones en torno a un concepto", en *Hispania*, vol. 54, núm. 187, 1994, pp. 505-556; MEYA IÑÍGUEZ, M.: "Aproximación a los oficios y la población de Albacete entre el siglo XVIII y principios del siglo XIX", en *Al-Basit: Revista de estudios albacetenses*, 47, 2003, pp. 57-128.

(183) Por ejemplo, en el momento de redacción del *Catastro de Ensenada*, en Córdoba habría 43 escribanías del número. Cfr. EXTREMA EXTREMA, M. A.: *El notariado en la España Moderna. Los escribanos públicos de Córdoba (siglos XVI-XIX)*. Madrid, 2009, p. 153.

los escribanos fuera también menor. Por lo tanto, nos encontramos con pueblos, o pequeñas agrocidades como Almagro donde el número de escribanías es en general bajo.

NÚMERO DE ESCRIBANÍAS (AÑO 1752)

Localidad	Escribanías del número	Escribanías de ayuntamiento	Otras	TOTAL
Almagro	3	2	13	18
Daimiel	5	2	2	9
Manzanares	7	1	1	9
Alcázar de San Juan	4	2	4	10
Tembleque	2	1	0	3
Consuegra	2	1	2	5
Madridejos	2	1	0	3
Ocaña	4	1	6	11
Uclés	2	1	1	4
Tarancón	3	3	0	6
Quintanar de la Orden	2	2	0	4
Villaescusa de Haro	2	1	1	4
TOTAL	38	18	30	86

Fuente: AHPCR, AHPTO, Sección Catastro de Ensenada, *Respuestas Generales y Libro de Personal*

Más allá de las escribanías del número y de ayuntamiento que había en cada una de las localidades estudiadas, lo que más destaca es que en muchas de estas poblaciones existían otro tipo de escribanías, que también merecen nuestra atención. De esta forma en Consuegra, localidad residencia del prior de San Juan, constatamos la presencia de la escribanía mayor de rentas, y por otro lado la escribanía de rentas de la dignidad prioral; en Uclés había una escribanía de gobernación; y Villaescusa de Haro contaba con una escribanía de millones (184). En Manzanares, las *Respuestas Ge-*

(184) Los millones eran servicios pecuniarios concedidos periódicamente por el reino a la Corona y sucesivamente renovados. Gravaban los consumos como el vino, vinagre, aceite, carne, azúcar, chocolate o papel. La

nerales cuentan hasta siete escribanos del número (185), una cifra alta a la que habría que añadir otro escribano más, que aparece en el *Libro de Personal* como suspenso y sin uso (186).

En Ocaña, capital de su partido, había cuatro escribanías del número en activo, además de otro escribano que se encontraba impedido (187). Por lo que respecta a esas escribanías que hemos calificado como "otras", encontramos seis, debido a la importancia de esta localidad como centro administrativo de su partido, pero también de la Orden de Santiago. Como cabeza de la Mesa Maestral, allí se encontraba la escribanía de esta institución. También la escribanía de visitas y residencias de su partido, la de la superintendencia de rentas reales, la de administración de rentas provinciales (188) y la de renta de millones. Este tipo de escribanías relacionadas con la gestión y recaudación de rentas también existían en Daimiel, donde se encontraba un escribano de rentas y otro de millones, comisiones y rentas reales, aunque el oficial encargado de esta última labor se encontraba impedido a la altura de 1752 (189).

Los casos más llamativos son los de Alcázar de San Juan y Almagro. Alcázar era la localidad más importante del Priorato de San Juan, y contaba con cuatro escribanías numerarias, provistas por el gobernador (190). La importancia de esta localidad también radica en que allí ejercían sus funciones un escribano de rentas provinciales, un escribano de la gobernación y otro encargado de la renta de tabacos. Por último, Almagro era la capital de la provincia de La Mancha y centro importantísimo de la Orden de Calatrava, y es lógico que en esta ciudad se concentraran más escribanías de muy di-

recaudación se ejecuta por administración de los pueblos o encabezamiento, según convenga al Rey. Cfr. CORNEJO, A.: *Diccionario histórico y forense del derecho real en España*. Madrid, 1789, p. 437.

(185) AGS, CE, L1472, p. 29r.

(186) AHPCR, H708 Bis, núm. 42, Agustín de Medina.

(187) AHPTO, H456, p. 302 r. Gabriel Tomás Pastrana.

(188) Las Rentas Generales eran aranceles que se aplicaban en la entrada y salida de mercancías en los puertos marítimos y fluviales y en los puertos secos. Algunas de ellas eran el almojarifazgo, los diezmos de la mar o la renta de la lana. Rentas Provinciales es la denominación bajo la que se agrupan desde 1716 una serie de imposiciones, como la alcabala, los millones y los cientos.

(189) AHPCR, H680, núm. 59, Francisco Dotor de los Escuderos.

(190) AGS, CE, L611, p. 52v.

versos tipos: seis escribanías de gobernación, dos escribanías de comisiones y rentas, la escribanía de millones, la de diligencias (191), la de la Mesa Maestral, la de la Intendencia y la de la ronda del tabaco (192); trece en total.

Como observamos, en ninguna localidad falta el escribano del número ni el del ayuntamiento. El resto de escribanías nos da la medida de la importancia socioeconómica que tenía cada localidad en este momento. De esta forma, poblaciones que eran el centro de su partido, o que encabezaban la Mesa Maestral, o en las que se encontraba presente algún órgano de gobierno de su orden militar o intendencia, contaban con un mayor número de estos oficiales. Para esta investigación, hemos intentado elegir localidades importantes, excepcionales dentro del territorio manchego, para que así su riqueza en cuanto al número y tipo de escribanías y escribanos fuera alta. No obstante, muchos de estos encargados de la fe pública compaginarían distintas escribanías, como ya hemos explicado en el capítulo referido a la institución notarial. En nuestro territorio la situación no era distinta (193).

El caso más común es el de los escribanos de ayuntamiento. Elegidos por el concejo de cada villa, para su nombramiento se solía escoger de entre los escribanos reales o numerarios. De las dieciocho escribanías de ayuntamiento encontradas, quince eran servidas por escribanos del número (83,3 %). En cuanto a las otras tres, en Madridejos, la escribanía del cabildo la ocupaba un escribano real, mientras que en Almagro eran dos escribanos de gobernación los que se encargaban de las escribanías del concejo. Ello viene a ratificar la tendencia general en Castilla de que los escribanos del número compaginaban su cargo con el de la escribanía del concejo sin ningún problema. Un ejemplo de ello lo encontramos en Tarancón, donde los únicos tres escribanos del número ocupaban las tres escribanías del concejo.

(191) Ejecuciones y cumplimientos de autos, decretos y otras comisiones que se comenten a los receptores, alguaciles y escribanos. *Diccionario de autoridades*. 1732, p. 281, 2.

(192) El estanco del tabaco se decretó en 1636, convirtiéndose la Corona en única importadora, fabricante, comercializadora y exportadora de la planta, es decir, lo monopolizó.

(193) Véase Anexos. Tabla 1. Censo de escribanos y otros oficiales. Multiplicidad de funciones de los profesionales de la fe pública.

En algunas ocasiones, los escribanos llegaron a ocupar tres o más cargos al mismo tiempo. Por ejemplo, en Ocaña, Tomás Martínez Colmenar acumulaba en su persona los cargos de escribano del número, escribano de ayuntamiento, escribano de la Mesa Maestral y escribano de visitas y residencias de su partido (194). En la misma localidad, Juan José Pineda era al mismo tiempo escribano del número y de visitas y residencias de su partido (195). Igualmente, son varios los casos de escribanos del número que al mismo tiempo eran escribanos de la gobernación. También hemos encontrado otro caso de un escribano real de Ocaña, Juan Alfonso Guerrero, que aparece citado como “acompañado” (196) de la gobernación. Es decir, se le habilitó solo temporalmente para ejercer una función específica dentro de la escribanía de gobernación.

En síntesis, de los 66 escribanos documentados en estas localidades, más del 50 %, 34 de ellos, ejercen dos o más oficios relacionados con la fe pública (ya sea alguna escribanía o notaría); y obviamente los otros 32 se dedicaban solo a un oficio. Es decir, hay muchos menos escribanos (66) que escribanías (86) en las doce localidades objeto de la investigación, con lo cual existe una concentración de 1,3 escribanías por escribano.

NÚMERO TOTAL DE OFICIALES DE LA FE PÚBLICA ESTUDIADOS (AÑO 1752)

ESCRIBANOS		OTROS OFICIALES	
Una sola actividad	Más de una actividad	Una sola actividad	Más de una actividad
15 escribanos públicos del número	22 ocupan más de una escribanía	35 amanuenses	4 son notarios apostólicos y amanuenses
8 escribanos reales	4 ocupan una notaría apostólica y más de una escribanía		1 es notario apostólico y procurador del número
2 escribanos de gobernación			
2 escribanos de comisiones y rentas	3 ocupan una notaría y más de una escribanía	16 notarios apostólicos	2 son notarios y procuradores del número
2 escribanos de tabacos	4 ocupan una escribanía y una notaría apostólica		2 son amanuenses y procuradores del número

(194) AHPTO, H456, pp. 301r-301v. Tomás Martínez Colmenar.

(195) AHPTO, H456, pp. 302v-303r. Juan Josphe Pineda.

(196) AHPTO, H456, pp. 302r-302v. Juan Alphonso Guerrero.

ESCRIBANOS		OTROS OFICIALES	
Una sola actividad	Más de una actividad	Una sola actividad	Más de una actividad
1 escribano de millones	1 ocupa una notaría y una escribanía	15 notarios	1 notario que se encarga de varias notarías
1 escribano de diligencias			
1 escribano de rentas provinciales			
Total: 32 (48,49 %)	Total: 34 (51,51 %)	Total: 66 (86,84 %)	Total: 10 (13,16 %)
Total: 66		Total: 76	
TOTAL: 142 oficiales			

Fuente: AHPCR, AHPTO, Sección Catastro de Ensenada, *Respuestas Generales y Libro de Personal*

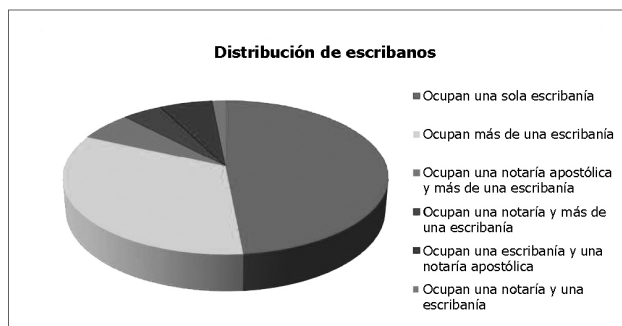
4.2. OTROS OFICIALES DE LA FE PÚBLICA

Existían en nuestro territorio algunos oficiales de la fe pública que no eran escribanos. Nos referimos, cómo no, a los propios notarios apostólicos y otras categorías de notarios (de vicaría, de cruzada), pero también a ese personal auxiliar (197), agrupado bajo diferentes nombres (oficiales de la pluma, amanuenses o escribientes).

Muchos de estos profesionales no eran escribanos, pero sus funciones están ligadas a las de éstos de forma íntima. Es por ello, y porque numéricamente representan un porcentaje relativamente alto de personas dedicadas a la fe pública en nuestro territorio, por lo que merecen nuestra atención a la hora de encuadrarlos en la sociedad del Antiguo Régimen. Un buen número de ellos eran amanuenses, es decir, auxiliares de los escribanos. Redactaban algunos documentos y ayudaban al correcto funcionamiento de la escribanía, con la esperanza de poder obtener algún día el título de escribanos y ejercer un oficio público. Algunos de ellos combinaron el oficio de auxiliar de un escribano con una notaría o una procuraduría del número (198).

(197) Dentro del personal auxiliar también podríamos incluir los escribanos reales, pero a éstos los agrupamos junto al resto de escribanos, y no junto a notarios y amanuenses.

(198) Son aquellos que por oficio, en los tribunales y audiencias, en virtud de poder de alguna de las partes, la defiende en algún pleito o causa, haciendo las peticiones y demás diligencias necesarias al logro de su pretensión. *Diccionario de autoridades*, 1737, p. 392, 1.



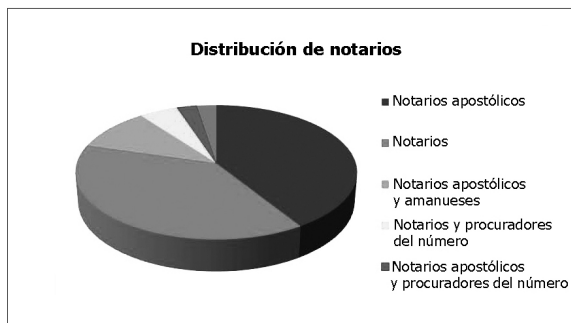
Fuente: AHPCR, AHPTO, Sección Catastro de Ensenada, *Respuestas Generales y Libro de Personal*

Otros oficiales se dedicaron al oficio de notario apostólico. Como hemos visto más arriba, eran competentes en asuntos de la jurisdicción eclesiástica, o en los que intervenía alguna persona acogida al fuero eclesiástico. No debe llevarnos a engaño la nomenclatura de su oficio, pues la mayoría de ellos no eran clérigos, sino seglares. Sin embargo, en nuestra investigación hemos encontrado algunos presbíteros que ejercían las funciones de notario, como es el caso de Manuel del Álamo Cerro, presbítero en Tembleque (199), o en Tarrancón Andrés de Abajo Sánchez, también presbítero (200). Al igual que ocurría con los amanuenses, parte de estos notarios apostólicos ejercían las funciones de procurador del número. Además, en la documentación también encontramos otros oficiales que aparecen sencillamente bajo la denominación de notarios, u otra nomenclatura como notario receptor (201), notario de cruzada o notario mayor de la vicaría.

(199) AHPTO, H665, p. 7r, Manuel del Álamo Zerro.

(200) AHPTO, H658, s. f., Andrés de Abajo Sánchez.

(201) Receptores son las personas que, bien en virtud de comisión van a residencias y otras diligencias judiciales, bien son los tesoreros que reciben los caudales de las Audiencias. *Diccionario de autoridades*. 1737. p. 514, 1.



Fuente: AHPCR, AHPTO, Sección Catastro de Ensenada, *Respuestas Generales y Libro de Personal*

Como vemos, existía una enorme variedad de oficiales relacionados con la fe pública, muchos de los cuales no se dedicaban solo a una función (202). Asimismo, en cuanto a cifras totales, hay algunos hechos dignos de mención. En seis localidades había más escribanos que otros oficiales, y en otras seis al contrario: Almagro, Manzanares, Consuegra, Tembleque, Uclés y Tarancón. En Almagro, el número de escribanías de por sí es alto, debido a la importancia que tenía la villa en este momento; pero lo que destaca es el alto número de amanuenses que aparecen, al igual que en Manzanares. En Tembleque y Tarancón, sin embargo, contrasta el escaso número de escribanías con un alto porcentaje de notarios apostólicos. Y por su parte, en Uclés y Consuegra, la presencia del castillo-convento del prior en Consuegra, y del convento de Santiago en Uclés, genera una fuerte presencia de encargados de su administración, entre ellos una amplia gama tanto de notarios apostólicos como de la audiencia o receptores.

Una vez hemos desengranado las cifras absolutas, vamos ahora a observar el número de escribanos en términos relativos. Nuestra intención es conocer el porcentaje de estos profesionales dentro del conjunto de vecinos cuyo trabajo se encuadra en el sector terciario. También queremos comprobar la incidencia de los escribanos en cuanto a la cifra total de personas con un oficio público. Para ello, hemos tomado como referencia cuatro localidades. Tres de ellas (Almagro, Ocaña y Daimiel) han sido estudiadas en este trabajo. Ade-

(202) No obstante, si sumamos notarios y amanuenses, solo 10 de los 75 encontrados compaginaban más de una función.

más, hemos incluido a Valdepeñas, debido a que por su proximidad geográfica y su vinculación con el medio agrario puede servirnos para tener una perspectiva más amplia. La muestra tomada es muy escasa, pero podemos sacar alguna conclusión.

PORCENTAJE DE ESCRIBANOS Y NOTARIOS DENTRO DEL SECTOR TERCIARIO.
AÑO 1752 (203)

Loc.	Núm. escribanos	Vecinos sector terciario		Oficios públicos	
		Núm.	% escribanos	Núm.	% escribanos
ALM	15	449	3,34	55	27,27
DAI	6	97*	6,18	-	-
OCA	8	138	5,79	53	15,09
VAL	3	141	2,13	26	11,53

* En Daimiel, esos 97 vecinos se refieren a funcionarios y profesiones liberales.

Ayer como hoy, el porcentaje de escribanos en el conjunto de personas que se dedican al sector terciario es muy bajo. Son grupos muy reducidos, exclusivos, algo que refuerza el carácter de élite de los oficiales de la fe pública en la sociedad rural. Almagro, que ya destacó en cuanto a sus cifras absolutas, vuelve a ser la localidad en la que los escribanos ocupan una porción más amplia dentro de los oficios públicos, con cifras que casi doblan el porcentaje de Ocaña y triplican el de Valdepeñas. Sin embargo, dentro del sector terciario este porcentaje no es tan alto respecto al de otras localidades, pues el número de escribanos se diluía entre actividades en las que se empleara más

(203) Las cifras de escribanos y notarios de estas tres localidades (Almagro, Daimiel y Ocaña) son parte de nuestra investigación. El número de vecinos dedicados al sector terciario y a los oficios públicos lo hemos tomado, para Almagro, de BRAÑA, F. J.: (Intr.): *Almagro 1751: según las Respuestas Generales del Catastro de Ensenada*. Madrid, 1994, p. 26, y de LÓPEZ-SALAZAR PÉREZ, J.: "Evolución demográfica de La Mancha en el siglo XVIII", en *Hispania*, vol. 36, 1976, p. 251. Para Daimiel, de ARROYO ILERA, F. (Intr.): *Daimiel 1752: según las Respuestas Generales del Catastro de Ensenada*, Madrid, 1993, p. 64. Para Ocaña, de LÓPEZ-SALAZAR PÉREZ, J.: *Estructuras agrarias y sociedad rural en La Mancha (ss. XVI-XVII)*. Ciudad Real, 1986, p. 26. Para Valdepeñas, las cifras han sido tomadas de LÓPEZ-SALAZAR PÉREZ, J. (Intr.): *Valdepeñas 1752: según las Respuestas Generales del Catastro de Ensenada*. Alcabala del Viento, núm. 63, Madrid, 1994, pp. 89-90.

gente, como el comercio y la alimentación, ya que Almagro era una villa económicamente más dinámica que el resto de las estudiadas.

4.3. SOCIOLOGÍA Y POSICIÓN

Aunque con el *Catastro* no podemos conocer el origen de los escribanos, sí es cierto que en su mayoría pertenecían a las llamadas clases medias, grupo donde cabía un espectro social muy amplio, en el que podíamos encontrar diferentes niveles de riqueza, desde los que subsistían con su empleo hasta los más adinerados que además complementaban sus ingresos con los de otros oficios. Conscientes de que la documentación consultada no genera demasiada información sobre este aspecto, hemos creído conveniente incluir este epígrafe a modo de introducción para futuras investigaciones más extensas realizadas con otra documentación como los protocolos notariales o libros de bautismo y matrimonio, entre otros fondos (204). De momento, el *Libro de Personal* ha sido la fuente que nos ha servido algunos datos a partir de los cuales podemos inferir ciertas conclusiones.

La endogamia familiar fue un rasgo común en la Castilla Moderna (205). Fruto de las estrategias familiares llevadas a cabo por algunos escribanos mediante las cuales intentaban que sus descendientes tuvieran asegurado el oficio, podemos encontrar oficiales pertenecientes a verdaderas dinastías escribaniles, es decir, que fueran hijos, incluso también nietos de otros escribanos. Pero esta transmisión familiar no se produce siempre vía padre hijo. Muchos escribanos emparentaban con la hija de otro de estos oficiales, y así surgieron compactas tramas familiares, tanto por vínculos de sangre como por afinidad, lo que provocó el nacimiento de monopolios familiares. En la tendencia de la reproducción del oficio dentro de la

(204) Un buen estudio de la sociología escribanil fue realizado por Miguel Ángel EXTREMERA, en el cual estudió los orígenes sociales y geográficos de estos oficiales. La larga duración y la genealogía fueron la metodología utilizada. Cfr. EXTREMERA EXTREMERA, M. A.: *El notariado...* ob. cit., pp. 195-213.

(205) Por ejemplo, en el traspaso de escribanías de las hermandades viejas. Véase GÓMEZ VOZMEDIANO, M. F.: "En los umbrales del poder: los escribanos de las hermandades viejas manchegas durante los siglos modernos", en *Actas de la IX Reunión Científica de la FEHM-UMA*. Málaga, 2009, pp. 761-763.

misma familia nos encontramos en la documentación catastral con que algunos amanuenses eran hijos de escribanos o notarios. Los padres tratarían de que sus hijos siguieran en el oficio, y por ello desde muy jóvenes empezarían a trabajar junto a otros escribanos, o en el despacho de su propio padre.

También hubo escribanos que descendieron de familias relacionadas con las oligarquías y la mesocracia; y otros que eran hijos de labradores, artesanos o comerciantes, es decir, personas que mediante el oficio pretendían medrar en la escala social. Si bien en el *Catastro* en muy pocas ocasiones se dice de quién es hijo cada oficial de la fe pública, sí que hemos encontrado alguna referencia, que, aunque escasa, nos sirve para documentar la presencia de escribanos con orígenes tales como los del hijo de Bernardo de Criado, cuyo padre era labrador y guarda de una dehesa (206). Otro ejemplo lo encontramos en Tarancón. Allí ejercía como notario apostólico Cristóbal Domínguez, que aparece clasificado en la fuente como “pobre de solemnidad” (207). El objetivo de los escribanos siempre fue el de ascender, llegar a posiciones más altas, por lo que para ello se preparaban y se profesionalizaban, con la esperanza de que el oficio que desempeñaban les permitiera, mediante la aplicación de diversas estrategias familiares y profesionales, conseguir el ansiado ascenso social.

En ocasiones, los más críticos con los escribanos potenciaron los orígenes menos ilustres de algunos de ellos para extrapolar ese hecho a todo el conjunto, y considerar el oficio de la escribanía como algo propio de gente baja, de personas con antecedentes familiares más bien oscuros. En este sentido, no faltaron ejemplos de escribanos que se vieron marcados por un apellido polémico, o por unos orígenes sospechosos de ser conversos. De hecho, desde la Edad Media la profesión notarial había sido considerada como típica de converso, junto a otras como médico, contador, administrador o cambista (208).

(206) BRAÑA, F. J. (Intr.): ob. cit., p. 166; o AHPCR, H649, núm. 493, Bernardo de Criado.

(207) AHPTO, H655, p. 229r. Christóval Domínguez.

(208) EXTREMERA EXTREMERA, M. A.: *El notariado...* ob. cit., p. 212.

Por lo que respecta a la posición de estos profesionales en la sociedad, los escribanos eran el eslabón intermedio entre los distintos grupos sociales, que acudían a ellos para dejar constancia tanto de los hechos privados como de los públicos. Su peso social era evidente, consecuencia de la diversidad de funciones y de ámbitos donde ejercían éstas. Ello les permitía establecer contactos laborales y personales con distintos estratos socio-culturales (209). Por ejemplo, se relacionaban estrechamente con las élites locales, incluso determinadas familias de la oligarquía local podían recurrir siempre al mismo escribano. Es decir, poseer una escribanía ayudaba a ascender en la escala social, mediante la formación de auténticas redes clientelares. Estas redes también podían pasar de padre a hijo, por lo que la antigüedad de una escribanía podía ser algo que influyera en los beneficios que se pudieran obtener de ella (210).

Aunque hemos reiterado en varias ocasiones que el ejercicio de una escribanía era a la larga un método para conseguir la hidalguía, hemos encontrado entre los amanuenses un hidalgo, Juan Pinilla, de Ocaña (211). No sabemos a qué puede deberse este hecho, pero los escribanos no solían pertenecer a la nobleza, sino a las capas medias de la sociedad, grupo amplio en que estarían incluidos la mayoría de los oficiales de nuestro territorio. Como sabemos, la pertenencia al estado eclesiástico estaba prohibida en el caso de los escribanos, y era algo poco frecuente entre los notarios. Sin embargo, sí que hay algunos presbíteros con cargos de la fe pública, como el alcazareño don Carlos Facundo Belinchón (212), que era notario mayor de la audiencia eclesiástica; don Manuel del Álamo Cerro (213), notario en Tembleque; en Uclés, don Francisco de la Fuente y Ugena y don Francisco Moreno y Gualda (214), notario apostólico

(209) MENDOZA GARCÍA, E. M.: "Mecanismos de control de los oficiales públicos: visita a los escribanos de Antequera en 1654", en *Actas de la IX Reunión Científica de la FEHM-UMA*. Málaga, 2009, pp. 912 y 919.

(210) CÓZAR GUTIÉRREZ, R.: "De lo que yo el infrascripto escribano doy fe". Los escribanos de la villa de Albacete durante el siglo XVIII, en *Revista de Historia Moderna. Anales de la Universidad de Alicante*, 28, 2010, p. 289.

(211) AHPTO, H456, p. 77r., Ignacio Pinilla (hijodalgo)

(212) AHPCR, H630, p. 39r, don Carlos Facundo Belinchón.

(213) AHPTO, H665, p. 7r., don Manuel del Álamo Zerro.

(214) AHPTO, H763, p. 4r., don Francisco de la Fuente y Ugena; p. 4v., don Francisco Moreno y Gualda.

y notario y fiscal de la audiencia, respectivamente; y en Tarancón tres sacerdotes eran notarios apostólicos: Sebastián de Matamoros, Andrés de Abajo Sánchez y Antonio Camarero (215).

Otra forma de conseguir el ascenso social era emparentar con alguna de las familias importantes de la localidad, ya que ello podía dar a los escribanos la posibilidad de conseguir una escribanía del número (216). Así ocurrió en localidades como Baza, caso estudiado por CALERO PALACIOS y CRESPO MUÑOZ (217). Pero no todo fueron buenas relaciones entre los escribanos y las oligarquías locales, ya que a lo largo de la Modernidad también se produjeron diversos conflictos entre estos grupos por determinados privilegios.

Algunos escribanos o sus cónyuges podrían tener tratamiento de "don" (218). En solo tres de los casos estudiados, la mujer de un escribano aparece intitulada como "doña". En Consuegra, con doña María Antonia Jiménez, era la esposa del escribano de rentas de la dignidad prioral don Manuel Mercado y Maroto, precisamente el único "don" que hemos encontrado entre los escribanos (219). En Uclés, encontramos otras dos esposas de escribanos intituladas como "doña". Doña Isabel de la Fuente estaba casada con el escribano de ayuntamiento José Carrión, mientras que doña Teresa Camarero y Villegas lo estaba con el escribano del número Nicolás Jerónimo Ruipérez (220).

(215) AHPTO, H658, s. f.

(216) Sobre ascensos sociales resulta muy útil el artículo de Juan Díaz sobre la hidalguía asturiana. Véase DÍAZ ÁLVAREZ, J.: "Estrategias de ascenso social de la hidalguía asturiana en los siglos XVI y XVII: el ejemplo de los Argüelles", en *Actas de la IX Reunión Científica de la FEHM-UMA*. Málaga, 2009, pp. 503-514.

(217) CALERO PALACIOS, M. C., y CRESPO MUÑOZ, F. J.: "Clientelismo social, estrategias familiares y relaciones de poder en la institución notarial del Reino de Granada. El caso de Baza en el siglo XVI", en *Actas de la IX Reunión...* ob. cit., Málaga, 2009, pp. 338-339.

(218) Sobre este grupo, véase DONÉZAR DÍEZ DE ULZURRUN, J. M: *Riqueza y propiedad en la Castilla del Antiguo Régimen. La provincia de Toledo en el siglo XVIII*. Madrid, 1984, p. 298. No obstante, los presbíteros iban precedidos del "Don", al igual que algunos notarios apostólicos.

(219) AHPTO, H202, pp. 70v-71r.

(220) AHPTO, H760, p. 10v. Joseph Carrión; pp. 109r-109v. Nicolás Gerónimo Ruipérez.

La importancia de los oficiales de la fe pública en la sociedad del Antiguo Régimen también podía medirse mediante la forma en que las leyes examinaron la figura del escribano. Aunque la posibilidad de que los escribanos dejaran de pechar nunca existió (221), sí que gozaron de algunos privilegios; por ejemplo, el castigo por atacar a un escribano era más alto que si el delito se cometía sobre otros que no ejercieran este oficio (222). Igualmente, podían acompañar a los cargos municipales en determinadas procesiones y funciones religiosas, algo que remarcaba su imagen de cercanía a las capas más poderosas de la sociedad local.

Pero a pesar de su posición privilegiada, los escribanos no disfrutaban de una completa libertad de actuación en el ejercicio de su trabajo, ya que cuando ejercían la función actuarial dependían de un mandato superior para expedir despachos o decretar ingresos en prisión. Si se trataba de la función escrituraria, siempre trabajaban a requerimiento de las partes que lo necesitaban. Y si trabajaban para el gobierno municipal, actuaban siempre por iniciativa de los alcaldes y regidores (223). En el marco de la sociedad del Antiguo Régimen, controlar la escritura convertía a los escribanos en una especie de bisagra entre grupos sociales (224). Del mismo modo, aunque no tenían voz ni voto en los asuntos del concejo, su cercanía a las élites locales les hacía conocer los resortes del poder municipal. Es decir, a la larga todas las estrategias de los escribanos por

(221) MENDOZA GARCÍA, E. M.: "Vínculos de los escribanos con las élites de poder en el municipio malagueño durante el siglo XVII", en SORIA MESA, E. y DELGADO BARRADO, J. M. (eds.), *Las élites en la época moderna: la Monarquía Española*, tomo III, economía y poder, Córdoba, 2009, p. 221.

(222) Así, en teoría, quien hiriera a un escribano tendría el doble de castigo, y si alguien matase a uno de estos oficiales, se le aplicaba la pena de muerte. Véase GONZÁLEZ CRUZ, D.: *Escribanos y notarios en Huelva durante el Antiguo Régimen (1701-1800)*. Universidad de Sevilla, Huelva, 1991, p. 86.

(223) MARTÍNEZ GIJÓN, J.: "Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Moderna", en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección Primera, Estudios Históricos, vol. 1, Madrid, 1964, pp. 318-322.

(224) El papel de intermediario de los escribanos también ha sido puesto de relieve por autores extranjeros, como por ejemplo María Helena DA CRUZ. Véase CRUZ COELHO, M. H. DA: "Los notarios en Portugal. Perfil profesional y socioeconómico (siglos XIV-XV)", en *Historia. Instituciones. Documentos*, 23, 1996, p. 186.

conseguir una mejor posición en la sociedad estaban encaminadas al constante ascenso. Podían marcarse otros objetivos aparte del de la hidalguía, como aspirar a un regimiento, a una juraduría o a ser familiar del Santo Oficio, todo ello igualmente sinónimo de prestigio.

Por desgracia, los datos sobre los orígenes sociales entre los escribanos y notarios manchegos no son más de los que hemos mencionado. Con esta muestra tan pequeña, poco novedoso podemos añadir a lo que distintos autores han dicho sobre ellos, que pertenecían a las capas medias de la sociedad, con expectativas de ascender en la escala social. Sin embargo, en el medio rural, y aparte de los orígenes que tuvieran, muchos escribanos tuvieron que compaginar sus tareas de la fe pública con la posesión de tierras o ganado, pero eso es algo en lo que nos detendremos más adelante.

4.4. ESCRIBANÍAS ENAJENADAS

El fenómeno de la enajenación de oficios públicos, entre ellos las escribanías, es lo suficientemente importante como para que merezca una monografía completa. Para estas páginas, baste con decir que las necesidades económicas de la Real Hacienda propiciaron su surgimiento y desarrollo. Aunque generó muchos beneficios a los gobernantes, éstos se vieron obligados a plantear leyes que teóricamente iban contra el proceso mientras al mismo tiempo se potenciaba en la práctica.

La venta de escribanías estaba relacionada con el ascenso social, en particular con el deseo de conseguir la hidalguía, ya que los componentes de la burguesía eran compradores de oficios públicos, lo que les permitió abrirse paso entre las esferas del poder concejil (225). Los compradores de oficios valoraban éstos tanto por el poder y prestigio que les pudieran ofrecer como por los beneficios económicos que les reportarían. En muchas ocasiones, los compradores

(225) Sobre este aspecto, véase CÓZAR GUTIÉRREZ, R.: "De lo que yo el infrascripto escribano doy fe". Los escribanos de la villa de Albacete durante el siglo XVIII", ob. cit., pp. 271-286; ESTEVES SANTAMARÍA, M. P.: "Transmisiones de escribanías en Madrid (siglos XVI-XIX)", *Cuadernos de Historia del Derecho*, 7, 2000, pp. 129-159; o FRAGA IRIBARNE, M., y BENEYTO PÉREZ, J.: "La enajenación de oficios públicos en su perspectiva histórica y sociológica", en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección Primera. Estudios Históricos, vol. 1, Madrid, 1964, pp. 395-472.

eran personas cercanas a los funcionarios del gobierno central y local, gracias a los cuales obtendrían una valiosa información acerca de las futuras ventas de oficios.

En la cuestión 28 del *Interrogatorio del Catastro de Ensenada* se pregunta sobre las rentas enajenadas. Esta es la base desde la que podemos construir unas líneas acerca de los posibles oficios enajenados en las localidades manchegas analizadas a mediados del Setecientos. En total, son veintiuno los oficios enajenados en nuestra zona. La mayoría de ellos, doce, son escribanías del número. También hay seis escribanías de ayuntamiento, y otras tres de comisiones, rentas provinciales y millones. Con la documentación que hemos manejado no conocemos la fecha de todas las enajenaciones, pero lo que sí sabemos es a favor de quién estaban enajenadas.

La transmisión de escribanías se podía ejecutar de diferentes formas. El primer tipo de transmisión que vamos a mencionar es la que se hacía por juro de heredad (226), es decir, para siempre. El oficio normalmente se conseguía tras servicios prestados a la Corona, casi siempre en forma de dinero. Se transmitía bajo la fórmula "concesión por merced real", y solían llevar aparejada la capacidad para nombrar teniente. En teoría, y según la ley, solo en el caso de que el oficio recayese en una mujer o un menor se podía nombrar teniente, pero los casos en que se otorgó esta facultad superaron las limitaciones legales. Si el oficio era propiedad de una institución, como fundaciones, capellanías u obras pías, también se hacía necesario nombrar teniente. Los métodos por los que estas instituciones podían llegar a ser propietarias de escribanías fueron varios: bien como garantía de un censo a favor, bien cuando el oficio era parte de los bienes vinculados a la institución desde un principio. A la larga, muchos tenientes acabaron haciéndose con la propiedad de las escribanías.

En nuestro estudio hemos encontrado escribanías enajenadas a comunidades religiosas (227), a escribanos, y también, como en el caso de Tembleque, a alguien que aparece como parte del estado

(226) Un ejemplo de este tipo de transmisión lo ha encontrado Miguel GÓMEZ VOZMEDIANO en el cargo de notario de la Hermandad Vieja de Toledo y Ciudad Real. Cfr. GÓMEZ VOZMEDIANO, M. F.: "En los umbrales del poder: los escribanos de las hermandades viejas manchegas durante los siglos modernos", ob. cit., p. 755.

(227) AGS, CE, L1472, p. 27r.

de los hijosdalgo, un tal Alonso de Rojas, a quien según las *Respuestas Generales* se le concedió la escribanía de ayuntamiento por 550 ducados (228). En el momento de la redacción del *Catastro*, y gracias a los *Libros de lo Real*, hemos comprobado que pertenecía a sus herederos, Luis y Mariana, los cuales compartían la posesión de la escribanía, dos terceras partes para ésta y el tercio restante para aquél (229). En el caso de la escribanía de ayuntamiento de Villaescusa de Haro, el dueño es un vecino de San Clemente, aunque desconocemos si procedía de esa localidad o bien se había mudado de vecindad desde la propia Villaescusa. La escribanía se había enajenado a un antecedente suyo, Tomás Melgajero, durante el reinado de Carlos II, y en 1752 la poseía Juan Melgarejo (230).

El segundo tipo de transmisión son los arrendamientos, que se producen cuando se cede el disfrute de un oficio de escribano a cambio de una renta. En el contrato se especificaba la renta a pagar y quién debía encargarse de cada uno de los gastos generados. En 1737 se reguló en quinientos ducados la renta máxima que los arrendatarios de los oficios debían pagar. También se estipulaban en los contratos un buen número de cláusulas de tipo económico, como quién debe ser el encargado de mantener el despacho en buenas condiciones o de correr con los gastos del encuadernado de escrituras. Se ha apuntado la posibilidad de que debido, entre otras cosas, a los impuestos que había sobre el oficio de escribano, como la *media annata* (231), que debía pagarse cada vez que una escribanía cambiaba de escribano, la Corona no puso demasiadas restricciones a estas prácticas. Lo cierto es que los arrendamientos fueron más comunes cuando se concedían las escribanías a personas con varios oficios, o a personas no cualificadas legalmente, como mujeres, clérigos o menores de edad (232).

Para el Priorato de San Juan, se especifica en las *Respuestas Generales* que las escribanías de ese territorio se enajenaron al prior

(228) AGS, CE, L622, pp. 644v-645r.

(229) AHPTO, H666, pp. 574v-575r., Luis de Rojas. AHPTO, H667, p. 942r., Mariana de Rojas.

(230) AHPTO, H815, 324r.

(231) El 2,5 % del valor del oficio.

(232) CUARTAS RIVERO, M.: "La venta de oficios públicos en el siglo XVI", en *Actas del IV Symposium de Historia de la Administración*. Madrid, 1983, p. 227.

en tiempos de Felipe V para el transcurso de sus días (233). En el momento de redacción del *Catastro*, la facultad de quitar o remover a los escribanos de ayuntamiento, número y gobernación estaba concedida al prior, el infante don Felipe, desde 1737. Ello era una práctica habitual en el Priorato de San Juan, y ya Felipe IV en 1661 hizo merced al entonces prior don Juan José de Austria de las escribanías de ayuntamiento, por el tiempo que ejerciese el cargo. La tendencia se repitió con el cambio de dinastía, ante la desconfianza de los priores borbónicos con respecto a los poderes locales, por lo que prefirieron contar con la colaboración de los escribanos (234). Es decir, los priores tuvieron la intención de controlar los nombramientos de escribanías como una de sus prerrogativas, pues por razones políticas y económicas necesitaban que los escribanos estuvieran de su lado. No obstante, a la altura de 1752 nos encontramos con que algunas de las escribanías están enajenadas a particulares y, o bien las ejercían ellos, si eran escribanos, o bien las arrendaban. En cuanto al resto de escribanías en manos de la dignidad prioral, ésta las arrendaba, y por dicha operación recibía distintas cantidades, desde los 500 a los 750 reales en el momento de redacción del *Catastro*.

El oficio de escribano también fue objeto de compraventas. No siempre se pagaba al contado, pues otra posibilidad era hacerlo con un censo a favor del vendedor. Las escribanías eran más caras o más baratas según el volumen de negocio o la clientela. En ocasiones, para poder pagar, los compradores debían recurrir a las dotes de sus esposas, a la venta de propiedades o de bienes del mayorazgo. También en los contratos se estipulaba todo tipo de cláusulas económicas. En cuarto lugar, encontramos la subasta pública. Los casos en los que se aplicaba este proceso son varios. Solía recurrirse a esto tras un concurso de acreedores, para solventar deudas; o cuando el propietario quería vender el oficio al mejor postor, especialmente si la propiedad del mismo recaía en una viuda; pero otro motivo podía ser el de haber quedado el oficio vacante tras la muerte repentina del propietario.

(233) AGS, CE, L618, p. 678v.

(234) LÓPEZ-SALAZAR PÉREZ, J.: "El gran priorato de San Juan: señorío y conflictividad en la Edad Moderna", en RUIZ GÓMEZ, F. y MOLERO GARCÍA, J. M. (eds.): *La orden de San Juan entre el Mediterráneo y La Mancha*, Cuenca, 2009, pp. 289-292.

También existían las renunciaciones. Podían ser en favor de un pariente o extraño, y podían ser plenas (sin derecho de reserva alguno) o menos plenas (con reserva de parte de los rendimientos durante un tiempo). El oficio se dejaba en manos del Rey, previa designación de un sucesor que la Corona solía respetar (235). Por lo general, la incapacidad física o la incompatibilidad de oficios son los motivos de las renunciaciones. En teoría, debían ser gratuitas, algo más corriente cuando se renunciaba en un familiar que en un extraño, ya que en este último caso más que renunciaciones eran compraventas encubiertas. El fraude continuó a pesar de todos los intentos de los gobernantes por evitarlo, y en ocasiones renunciante y renunciario llegaban a estar juntos en el mismo despacho, a la espera de que el primero abandonara el cargo. Por otro lado, no se cumplía la ley que prohibía acumular más de un oficio público en la misma persona, pues cuando el monarca impedía una renuncia, a veces el cedente retenía más de un oficio. El último procedimiento es el de las sucesiones "mortis causa", algo que se convirtió en usual desde que se admitió la propiedad por juro de heredad. El mecanismo es sencillo, pues consiste en que el propietario designa un sucesor para ejercer la escribanía a su muerte.

En resumen, podemos decir que la venta de oficios en general y de escribanías en particular generó todo un mercado en el que se vieron inmersos, primero la Corona y luego los particulares. En determinadas ocasiones, la comercialización de estos oficios entre particulares se produjo en un mercado fraudulento y subterráneo, paralelo al que potenciaba la Real Hacienda. El oficio de escribano se patrimonializó, y las teóricas designaciones vitalicias dieron paso a una nueva forma de acceder al oficio, que empezó a heredarse como un bien más; de la misma manera que el fenómeno de las renunciaciones fomentó el sistema de formación de redes clientelares.

(235) Miguel Ángel EXTREMERA define algunos conceptos relacionados con las renunciaciones. La "cláusula de reserva" se daba cuando el escribano saliente se aseguraba de que si el entrante renunciaba, él primero se quedaría con el oficio. Se habla de "cláusula de los veinte días" cuando la renuncia se hace "in artículo mortis", y solo pasados veinte días más de vida desde que establece la renuncia tiene validez. Véase EXTREMERA EXTREMERA, M. A.: *El notariado...* ob. cit., pp. 121-144, y GONZÁLEZ CRUZ, D.: ob. cit., pp. 158-162.

ESCRIBANÍAS ENAJENADAS EN 1752

Núm.	Loc.	Escribanía	A favor de	Fecha	Producto anual
1	ALM	De ayuntamiento	Bernabé de la Caballería, clérigo de menores	-	300 reales
2	ALM	De comisiones	María Uriarte	-	1300 reales
3	MAN	Pública del número	La comunidad de religiosas franciscanas de la villa, por 5500 reales	-	800 reales
4	MAN	Pública del número	Sebastián Blázquez, escribano, por 6000 reales	-	1100 reales
5	ALC	Pública del número	Juan Díaz Maroto, escribano, por 500 ducados	-	1000 reales
6	ALC	Pública del número	Infante don Felipe, prior de San Juan	1737	500 reales
7	ALC	Pública del número	Infante don Felipe, prior de San Juan	1737	500 reales
8	ALC	Pública del número	Infante don Felipe, prior de San Juan	1737	500 reales
9	ALC	De ayuntamiento	Infante don Felipe, prior de San Juan	1737	500 reales
10	ALC	De ayuntamiento	Infante don Felipe, prior de San Juan	1737	500 reales
11	ALC	De rentas provinciales	Juan Martín Espadero, escribano	-	1500 reales
12	TEM	De ayuntamiento	Herederos de Alonso de Rojas y Borja: Luis de Rojas y Borja (1/3 de la escribanía) y Mariana de Rojas y Borja (2/3), por 550 ducados a perpetuidad del primero y sus sucesores	1717	800 reales
13	TEM	Pública del número	Infante don Felipe, prior de San Juan	1737	500 reales
14	CON	Pública del número	Infante don Felipe, prior de San Juan	1737	500 reales
15	CON	Pública del número	Infante don Felipe, prior de San Juan	1737	450 reales
16	CON	Pública del número	Infante don Felipe, prior de San Juan	1737	450 reales
17	CON	Ayuntamiento	Infante don Felipe, prior de San Juan	1737	450 reales
18	MAD	Pública del número	Infante don Felipe, prior de San Juan	1737	750 reales

Núm.	Loc.	Escribanía	A favor de	Fecha	Producto anual
19	MAD	Pública del número	Infante don Felipe, prior de San Juan	1737	750 reales
20	MAD	De ayuntamiento	Francisco Martín de Bustos, por servicio de 450 ducados que hicieron a S. M. Francisco Rodríguez de Tembleque y Joseph García del Álamo	1717	2200 reales
21	VIL	De millones	Juan de Melgarejo, de San Clemente	1672	300 reales

Fuente: AHPCR, AHPTO, Sección Catastro de Ensenada, *Respuestas Generales y Libro de Personal*

REFLEXIONES SOBRE LA MEJOR REGULACIÓN JURÍDICO-PRIVADA DE LA DISCAPACIDAD

Gabriel García Cantero

Catedrático de Derecho Civil

Emérito de la Universidad de Zaragoza

Resumen: La Ley de 1.º agosto 2011, al incorporar al ordenamiento español el Convenio de Nueva York de 2006, aprobado por la Asamblea General de la ONU, sobre las personas con discapacidad, remitió a una ley posterior la integración del art. 12, todavía no promulgada. En el estudio se recogen las diversas opiniones doctrinales, decantándose por mantener el sistema tutelar de la Ley de 1983, con la numerosa legislación posterior, desarrollando todas sus posibilidades inéditas, e incorporando las nuevas formas de protección de personas con discapacidad, siguiendo las sugerencias de la STS de 29 abril 2009.

Palabras clave: Convenio de Nueva York de 2006, interpretación correctora del art. 12, discapacidad e incapacidad, tutela y curatela, seguimiento judicial de las tutelas, tutor y curador profesionales.

Abstract: The Law of 1 August 2011, to incorporate the New York Convention of 2006, adopted by the ONU General Assembly, on persons with disabilities, forwarded to a subsequent law the integration of the art. 12, nor yet enacted. In the study include the various doctrinal views, choosing to maintain the system of guardianship of 1983, with the large social legislation later, developing their unprecedented opportunities and incorporating the new forms of protection for people with disabilities, by following the suggestions of the STS of April 29, 2009.

Key words: New York Convention of 2006, corrective interpretation of the art. 12, inability and disability, guardianship and "curatela", judicial follow-up to guardianship, professionals tutor and curator.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. ¿QUÉ SIGNIFICA “REGULACIÓN JURÍDICO-PRIVADA”?
3. EL IMPACTO DEL DERECHO INTERNACIONAL
4. LAS DOS VÍAS, HISPANA Y ONUSINA DEL TEMA
5. LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA
6. LOS PROBLEMAS DE LA INTEGRACIÓN DEL ART. 12 DEL CONVENIO: TERMINOLOGÍA
7. ¿QUIÉN ES PERSONA CON DISCAPACIDAD? EL DESACIERTO, O POCO ACIERTO, DE LA LEY 26/2011
8. EL IMPRECISO ART. 12 DEL TRATADO DE NUEVA YORK Y SU DEFICIENTE REDACCIÓN. ¿CABE UNA RECONSTRUCCIÓN VIRTUAL?
9. LA INTERPRETACIÓN DE LA STS DEL PLENO DE LA SALA 1.^a DE 29 ABRIL 2009
10. ALGUNAS DEDUCCIONES DE LA STS DE 29 ABRIL 2009
11. ¿DEBE AMPLIARSE EL NÚMERO DE ÓRGANOS TUTORIOS *LATO SENSU*?
12. REVALORIZAR Y OBTENER EL MÁXIMO RENDIMIENTO DEL RÉGIMEN CODICIAL

1. INTRODUCCIÓN

Se me encarga la conferencia de clausura –y no, evidentemente, las *conclusiones*– de este atrayente Congreso internacional celebrado en la Facultad de Derecho de Zaragoza durante los días 18 y 19 de octubre de 2012, bajo el sugestivo y actual tema de *La reforma de los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad*, debiendo enhebrar o desgranar ante Vds. unas personales

Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad (1). Después de agradecer a la organización tan honrosa tarea, quiero, en primer lugar, exponerles mis propios razonamientos antes de aceptarla.

Se me pide *la mejor regulación*. Ello presupone que ha habido, o hay actualmente, *varias* regulaciones de la discapacidad. En primer lugar, las ha habido en *la historia jurídica española* a partir de la codificación en 1889, que en síntesis han sido, la basada en el sistema de tutela familiar y en el opuesto sistema judicial, dos modelos que admitirían, a su vez, varias modalidades mixtas. Pero siendo imposible sustraerse al *entorno continental europeo*, la elección puede, también, recaer entre la *tutela iuris romani* y la *tutela iuris germanici*, designaciones aproximadas que apuntan a una modalidad originariamente inspirada lejanamente en el Derecho romano, y a la impronta que en ella dejaron las transformaciones medievales y modernas. Fijándonos en la conocida definición de SERVIO (*Vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem suam [... vel sexum, se añadirá más tarde] sua sponte se defendere nequit*), podemos atisbar en ella dos de los rasgos esenciales del vigente art. 200 CC esp. aunque la evolución histórica posterior de la institución entre los pueblos germánicos insistirá sobre todo en el control más intenso por la autoridad judicial, tanto de la constitución y designación, como de la actuación de los diversos órganos tutelares (2).

(1) Se ha conservado fundamentalmente el texto y el estilo de la conferencia de clausura pronunciada en el Congreso de referencia, añadiendo alguna nota aclaratoria.

(2) Sobre la tutela y curatela en Derecho romano, puede verse, entre la doctrina del s. XIX, SERAFINI, *Instituciones de Derecho romano* (trad. esp. de TRÍAS) (Barcelona, s. f. pero 1899), II, pp. 306 ss.; más reciente, con abundante bibliografía monográfica, cfr. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho privado*, 6.^a ed. (Madrid, 1972), pp. 577-591; últimamente, ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho privado romano*, 2.^a ed. (Madrid, 2009), pp. 64 ss. y bibliografía actualizada, pp. 82 s. Sobre la evolución de la tutela entre los pueblos germanos, hay abundante información histórica en KIPP-WOLFF, "Derecho de Familia", en el *Tratado de Derecho Civil de ENNECERUS-KIPP-WOLFF* (trad. española de PÉREZ y ALGUER, con estudios de comparación de PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN), IV-2.^o, 2.^a ed. (Barcelona, 1952), pp. 266 ss., esp. pp. 269 s. Antes del BGB, la tutela se regulaba por los Derechos territoriales, siendo de especial importancia la Ordenanza prusiana de 1875, por su influencia en el BGB.

Y si nos fijamos también en los modelos codificados (3), podemos optar entre el *sistema francés*, todavía fiel al modelo de tutela familiar aunque con importantes modificaciones complementarias en 1968 y 2007; el *italiano de 1942*, que supuso una ruptura con el de 1865, demasiado fiel al napoleónico y también revitalizado en 2004; el *suizo*, con importante presencia del Derecho cantonal (¿autonómico, diríamos?) y predominio del sistema de tutela de autoridad en el CCS de 1911 (4), o el *alemán* poscodicial, que ofrece, a su vez, varios modelos sucesivos, el inicial judicial del BGB, el

(3) Con indudable acierto y oportunidad han intervenido en el Congreso tres especialistas en el tema, pertenecientes a los países de nuestro entorno: la profesora y magistrada de la *Cour de Cassation* de Francia Françoise MONÉGER, *La protection juridique des personnes après la ratification par la France de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées*; el profesor emérito de la Univ. de Friburg i. Bgr. FRANK, *Le traitement des handicapés mentaux en Allemagne*; la profesora de la Univ. de Salerno Elvira Gabriella AUTORINO, *Incapacità e persona: la soluzione italiana* [he utilizado los textos de sus respectivas Ponencias, proporcionadas durante el Congreso].

(4) Según el art. 360 del CC suizo, los órganos de la tutela son las autoridades de la tutela, el tutor y el curador. El art. 361 regula por regla general la tutela pública, aunque excepcionalmente admite tutela privada o familiar. Las autoridades de la tutela son la *autoridad tutelar* y la *autoridad de vigilancia*, cuya regulación se defiende a los Cantones, autorizándose, incluso, que la segunda autoridad tenga hasta dos instancias. Los arts. 362 a 366 reglamentan con bastante detalle la tutela de familia, que se constituye por la autoridad de vigilancia a petición de familiares (a título de ejemplo se menciona como causa invocable por los familiares proponerse la continuación de una empresa o sociedad), previéndose además un Consejo de Familia. La Autoridad de vigilancia puede revocar, en cualquier momento, esta modalidad tutelar, si incumplen sus deberes los miembros del Consejo de Familia o si lo exige el interés del pupilo. El art. 367 diferencia, según el esquema clásico, la actuación del tutor y del curador. El art. 368 sujeta a interdicción y se provee de tutor a todo mayor de edad que por causa de enfermedad mental o de debilidad de espíritu, es incapaz de gestionar sus asuntos, precisa de cuidados y ayuda permanente o amenaza la seguridad ajena. La curatela es objeto de una minuciosa regulación (arts. 392-397), pudiéndose constituir por causa legal (art. 393) o a petición del interesado (art. 394). La Ley federal de 6 octubre 1978 ha introducido mediante artículos bis la figura de la privación de libertad de una persona con finalidad de asistencia, mediante un procedimiento cuya regulación se encomienda a los Cantones.

tendencialmente administrativo de la época nacional-socialista, y el profundamente transformado en 1990, que ha roto los moldes clásicos aunque sin dejar de pertenecer al sistema de tutela judicial. Dentro todavía de nuestras fronteras, la elección podría recaer entre el modelo catalán, el aragonés o el gallego, que todavía carecen, sin embargo, de suficiente perspectiva histórica para ser valorados y comparados con la experiencia del CC.

2. ¿QUÉ SIGNIFICA “REGULACIÓN JURÍDICO-PRIVADA”?

Tengo que agradecer a la organización que se me encomiende sólo la regulación *jurídico-privada*, por tratarse del único sector del ordenamiento al que me he dedicado fundamentalmente en mi vida investigadora y docente, aun siendo consciente, como decía DE CASTRO, que lo público-privado no supone ya una distinción tajante, sino sólo diversas perspectivas para interpretar las mismas y únicas normas. Tampoco olvido que, entre nosotros, y después de la CE de 1978, en ciertos sectores del ordenamiento civil –singularmente en Derecho de familia– se ha *abierto de hecho la veda* permitiendo al legislador y al operador jurídico incursiones y desbordamientos del Derecho público en el otrora campo exclusivo del CC, cuyas últimas consecuencias, positivas o negativas, están todavía por ver. A algunos civilistas nos extraña –por no decir, nos molesta– que algunos iuspublicistas manejen con desenvoltura delicadas instituciones civiles, cuya quintaesencia se ha ido decantando a lo largo de la historia para llegar a su configuración actual. Pero también debemos admitir que otros civilistas adoptan a la ligera criterios hermenéuticos administrativistas, sin calcular sus consecuencias. En resumen: se me pide un *ejercicio de reflexión jurídico-privado sobre la discapacidad*, que intentaré desarrollar, aunque será inevitable que la normativa más reciente en esta materia muestre con evidente fuerza su dimensión iuspública.

3. EL IMPACTO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Pero este encargo no puede desconocer el –todavía no asimilado– reciente *impacto del Derecho Internacional* en el tema, porque

nuestro país ha suscrito y ratificado el Convenio de Nueva York de 2006, sobre protección de las personas con discapacidad, que debe integrarse en el ordenamiento español interno, tarea en cuya realización nuestro legislador ordinario ha adoptado un singular e inédito método de *adaptación por etapas* al ordenamiento interno español, fundamentalmente iniciado por la Ley 26/2011 que, con evidente optimismo, concedió una *vacatio* anual –plazo, por cierto, ya vencido– para *hincar el diente* al art. 12 del Convenio, *punctum ardens* del Tratado. Porque resulta que, además de una *prehistoria* de los trabajos legislativos de orden internacional (con el inédito episodio del *escamoteo* en la Asamblea General de la ONU, de una nota a dicho precepto reservando su aplicación en los países musulmanes y asiáticos, aprobada previamente en sede de Comisión), existe para españoles una *intrahistoria*, inspirada en el art. 49 CE, y que ha dado origen desde 1982 a un *corpus legislativum*, en parte coincidente y en parte divergente respecto al Convenio de 2006 (5). El

(5) Pienso que resulta conveniente y aconsejable la relectura del Informe que, hacia 1975, el Patronato de Ayuda a Subnormales, de la Fundación General Mediterránea, encomendó al prof. D. Luis Díez-PICAZO, de un estudio sobre la tutela de subnormales. Dos años más tarde, la Fundación, en colaboración con SEREM, publicó las conclusiones del equipo que, además del director, estaba formado por los profesores R. BERCOVITZ, ROGEL VIDÉ, CABBANILLAS SÁNCHEZ y CAFFARENA, en forma de texto articulado, a modo de anteproyecto privado de ley, que sirvió de base al que presentó el Gobierno a las Cortes el 8 mayo 1981. Tras algunas vicisitudes se convirtió en la Ley de 1983. Los mismos autores habían publicado el *Estudio para la reforma de los preceptos del CC relativos a la tutela* (Madrid, 1977). En esa vía doctrinal hispana de reforma tutelar pueden figurar además: MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)”, ADC, 1992, pp. 1391 ss., ya que además de los menores se ocupa de los problemas derivados del art. 49 CE, anticipando ya una orientación, ulteriormente bien perfilada sobre *El sistema público de protección de menores e incapaces*, que se ha incorporado al vol. IV, *Derecho de familia*, 3.ª ed. (Madrid, 2011), pp. 395-413, que él coordina. Sofía DE SALAS, *La publicidad de la discapacidad en el Registro civil* (Cizur Menor, 2011), con un jugoso prólogo de M.ª Ángeles PARRA (pp. 15 ss.). Ignacio SERRANO GARCÍA, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003* (Madrid, 2008); *Autotutela (el art. 223-II, del Cc y la Convención de N.Y., sobre derechos de las personas con discapacidad, de 2006* (Valencia, 2012). RAMS ALBESA, “Hombre y persona. Personalidad.

encargo que por la organización se me hizo, por tanto, tenía dentro algún morbo y hasta ciertos visos de desafío.

4. LAS DOS VÍAS, HISPANA Y ONUSINA DEL TEMA

En el momento actual no parece difícil identificar una singular y anchurosa *vía hispana de la regulación de la discapacidad* (6), diversificada y calificada, una como de carácter fundamentalmente *social* y otra en menor medida *civil*, que discurren hasta nuestros días, demasiadas veces incomunicadas entre sí, aunque no falten intentos voluntariosos de tender puentes, confluyendo ambas con la *vía onusina del Convenio de Nueva York*. Por supuesto que hasta hace muy poco nuestro CC no conocía la discapacidad, y su inclusión con *fórceps* apenas si está resultando de utilidad para aclarar conceptos. Por otro lado, el Derecho comparado revela, en principio, preocupaciones y actuaciones similares en los países de nuestro entorno. Los problemas que se han suscitado a nivel doctrinal a propósito del art. 12 del Convenio podrían ser buen motivo y excelente ocasión para realizar un intento de integración entre ambas vías.

Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes)", RCDI, enero-febrero 2011, núm. 723, pp. 211 ss.

(6) Pueden enumerarse, como más significativas, las siguientes disposiciones:

Ley 13/1982, de 13 de abril, de integración social de minusválidos (LIS-MI);

Ley 41/2003, de 18 noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (LPPD);

Ley 51/2003, de 2 diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LION-DAU);

Ley 62/2003, de acompañamiento a los Presupuestos generales del Estado, y transposición de la Directiva 2000/78 del Consejo;

Ley 39/2006, de 14 diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (LAPE);

Ley 1/2009, de 25 marzo, de reforma de la Ley de Registro civil de 1957, y otras materias;

Ley 26/2011, de 1 agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las Personas con discapacidad.

5. LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA

No creo inconveniente que la doctrina social que, últimamente, parece dominante replantee el tema de las personas con discapacidad bajo la *perspectiva de los derechos humanos*, pues la doctrina civilista que ha comentado la reforma de la tutela de 1983 está de acuerdo en rodear el proceso de incapacitación del máximo de garantías jurídicas para el enfermo, por estar en juego la dignidad de la persona humana. Por otra parte, en la encomiable labor que la ONU está realizando para desarrollar los principios contenidos en la Declaración de 1948, no ha habido nunca un calendario prefijado que se habría de cumplir de modo inexorable. En este sentido, el Convenio sobre personas discapacitadas de 2006 parece que ha logrado adelantarse al que debiera tratar de las Personas Mayores (ancianos, jubilados o Tercera Edad), cuya elaboración venía gradualmente preparándose; así, en 1981 se había celebrado en Viena la 1.^a Asamblea Mundial del Envejecimiento, que se concreta en la Resolución de 1991 con la aprobación de un Plan de cinco puntos, y el acuerdo de celebrar el Año Internacional de los Mayores en 1999; a su vez, en 2002 se reúne en Madrid la 2.^a Asamblea Mundial del Envejecimiento, que elabora un Plan internacional más detallado, en el que, sin embargo, se destaca el punto relativo a las personas con discapacidad. Estas no son, necesaria ni exclusivamente, los mayores, aunque muchos de ellos son discapaces en sentido amplio, y, a partir de cierta edad, casi todos o una buena mayoría de los mayores vienen a ser personas dependientes. Débase, o no, a la influencia de grupos de presión que legalmente actúan ante los órganos de la ONU, lo cierto es que el tema de la posición jurídica de los mayores de edad (que se denominan también, miembros de la 3.^a edad, jubilados, etc.) ha quedado pospuesto y en su lugar se ha legislado sobre las personas con discapacidad, siendo regulado con criterios muy amplios, que tratan transversalmente una gran variedad de cuestiones que les afectan.

6. LOS PROBLEMAS DE LA INTEGRACIÓN DEL ART. 12 DEL CONVENIO: TERMINOLOGÍA

Nuestra tarea se dificulta porque los obstáculos se han ido acumulando para su implementación en el ordenamiento español. La

integración del art. 12 del Convenio ha suscitado inicialmente, y en gran medida, *discrepancias terminológicas*. Se nos dice insistentemente que se trata de retirar de los textos legales vigentes toda expresión que sea peyorativa respecto de los interesados; se siente, por tanto, la necesidad de depurar el lenguaje jurídico. Los Estados adherentes renuncian así a utilizar expresiones como *incapacitación*, o declaración judicial de *incapacidad*, así como la de *minusválido* o *deficiente*. No deberá hablarse de *procesos de incapacitación*, sino de *modificación de la capacidad de obrar*. Yo estoy de acuerdo en eliminar todo término despectivo o minusvalorador, siempre que las expresiones que se propongan en su sustitución tengan un significado claro e indubitado a la hora de decidir sobre la existencia de un posible nuevo estado civil de la persona. El Tratado internacional de 2006 se refiere exclusivamente a *personas con discapacidad*. En la doctrina social se huye con especial empeño del término abstracto *discapacidad*, cuando, en realidad, podría hablarse, sin desdoro para nadie, de un *aspecto subjetivo* (persona con discapacidad) y de otro meramente *objetivo* (discapacidad). Tampoco parece claro, además, que haya diferencia esencial entre *in-capacidad* y *dis-capacidad*, pues en ambos casos se utiliza en español un prefijo que implica negación o privación.

7. ¿QUIÉN ES PERSONA CON DISCAPACIDAD? EL DESACIERTO, O POCO ACIERTO, DE LA LEY 26/2011

Se me encomendó *la mejor regulación de la discapacidad*. Pero se observa que el art. 12 del Tratado –único precepto todavía no implementado en el momento de celebración del Congreso– no define a la persona con discapacidad. Tampoco lo hace el art. 2, que recoge las definiciones fundamentales del Tratado, y, en particular, *la discriminación por motivos de discapacidad*, que es distinta. Únicamente en el art. 1, pár. 2, hay una mera descripción o ejemplificación bajo una perspectiva subjetiva: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Comparándola con la norma más cercana de nuestro ordenamiento, a saber, el art. 200 CC, hay en-

tre ellas coincidencia al hablar de “deficiencias... a largo plazo”, siendo más breve el texto español al referirse –con carácter meramente ejemplificativo– a “deficiencias de carácter físico o psíquico”, discrepando en cuanto al *autogobierno* del CC, que en el art. 12 se expresa como “impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás”, y también difieren en la total omisión en el art. 200 de la *interactuación de diversas barreras*. No parece fácil concordar ambas nociones. Pero debe advertirse que la recepción del concepto onusino de persona con discapacidad se ha hecho ya por la **Ley 26/2011**, por vía de modificación del art. 1, pár. 2, de la Ley 51/2003, cuyo texto conviene analizar:

“2. Son *personas con discapacidad* aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás. –Las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial contempladas en esta Ley [Ley 51/2003] serán de aplicación a las personas con discapacidad, con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad. En todo caso, las Administraciones públicas velarán por evitar cualquier forma de discriminación que afecte o pueda afectar a las personas con discapacidad. –Ello no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.– La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional”.

Este texto confirma, por un lado, el *excesivo mimetismo* –aunque sólo sea *de fachada*– de que, a mi juicio, el legislador español adolece al adaptar el Convenio tratando de definir la persona con discapacidad, y por otro, el empeño en seguir manteniendo sus propias definiciones, aunque claramente no se adecuen al texto onusino.

En efecto, en un texto legal, Ley 26/2011, con propósito de implementar nuestro ordenamiento, parece postularse, por un lado, una *concepción fáctica* de aquélla, sin necesidad de que ninguna autoridad u organismo así lo declare, pero luego se restringe su aplicación a los que administrativamente se les declara por encima de ciertos porcentajes, estableciendo también *pasarelas*, por otro lado, con los declarados pensionistas de la SS. Además, si bien se parte de situaciones duraderas, el texto legal llega a aceptar situaciones transitorias. Parece erizado de dificultades, en definitiva, la tarea de incorporar al CC este concepto en cierto modo evanescente, fáctico más que médico, y de efectos jurídicos más o menos delimitados según las situaciones fácticas en que se encuentra la persona con discapacidad (7).

8. EL IMPRECISO ART. 12 DEL TRATADO DE NUEVA YORK Y SU DEFICIENTE REDACCIÓN. ¿CABE UNA RECONSTRUCCIÓN VIRTUAL?

Por otra parte, parece claro que el art. 12 precisa de interpretación y adaptación a las categorías europeas de la dogmática civil. Hay que partir de que todas las personas, por el mero hecho de serlo, tienen derecho a que se les reconozca *su capacidad civil general y universal*, ya se trate de personas con discapacidad o no. Normalmente al llegar a la mayoría de edad todas las personas reúnen, de hecho, plena capacidad jurídica y también de obrar. Además, es una presunción *iuris tantum*, de modo que quien alegue una *in- o discapacidad*, deberá probarlo; bien sea en un proceso que persiga anular un negocio jurídico determinado por estar viciado el consentimiento prestado en el mismo por una de las partes, bien sea cuando se inste precisamente la declaración judicial de la incapacitación

(7) Sobre la calificación administrativa de la capacidad, puede verse ampliamente: Sofía DE SALAS, "La valoración de la (dis) capacidad en nuestro sistema jurídico: una visión general", en el vol. *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (Zaragoza, 2010), pp. 23 ss. También en su com. al art. 199 CC en *Código civil comentado* (dir. Ana CAÑIZARES y otros) (COORD. DE PABLO CONTRERAS y Ana VALPUESTA), I (Cizur Menor, 2011), pp. 977 ss.

total o parcial de una persona en atención al estado de sus facultades intelectivas o volitivas. Literalmente, resultaría asumible el art. 12.2 (*Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*) siempre que se entienda referido, precisamente, al concepto técnico de capacidad jurídica, y no, como algunos pretenden, al de un híbrido que también abrace la capacidad de obrar. Pero el art. 12.3 hay que modificarlo necesariamente (*Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad de obrar*). También hay que corregir en el 12.4 la expresión *capacidad jurídica* por la de *capacidad de obrar* (8).

9. LA INTERPRETACIÓN DE LA STS DEL PLENO DE LA SALA 1.^a DE 29 ABRIL 2009

Ante la atonía hasta ahora manifestada por el Poder Legislativo, resulta impagable el servicio prestado al ordenamiento jurídico español por parte de la STS indicada, que al haber sido dictada en Pleno viene a representar la visión judicial oficial en espera de que el Legislativo cumpla con su deber institucional, y al margen de que habiendo sido reiterada puede hablarse de que poseemos, en líneas generales, una *doctrina jurisprudencial* sobre el significado del art. 12 del Convenio, sin perjuicio de la facultad legislativa de implementar el art. 12 y de las aportaciones que pueda efectuar la doctrina. Lo singular del caso es que el Fiscal que se adhirió al recurso ha asumido decididamente las posturas defendidas por la denominada orientación o dirección social del concepto de discapacidad. En el 5.º FD, rotulado *Reglas interpretativas de la legislación vigente en materia*

(8) La exposición realizada en el Congreso por los Ponentes extranjeros nos ha permitido constatar que ni en Francia ni en Alemania ni en Italia ha suscitado especiales reservas la implementación del art. 12 del Tratado en sus respectivos ordenamientos, y ello en el sentido de no considerar necesario modificar, como consecuencia de su implementación, las nociones básicas de capacidad jurídica y de obrar, vigentes en aquéllos y similares a las nuestras.

de *incapacitación*, la STS citada hace una constatación, con la que me identifico plenamente: *El Derecho español, en aplicación de lo establecido en el art. 49 CE ha tomado la iniciativa en la protección de este grupo de personas que por sus características personales pueden sufrir una serie de limitaciones en su integración social y ello se ha realizado tanto en el campo del Derecho civil, como en el ámbito del bienestar social.* Oportunamente recuerda que el derecho de la persona está recogido en el art. 10 CE, y que su regulación no puede fraccionarse, porque la unidad de la persona impide la división en bienes o situaciones aisladas. La persona es un valor, que debe ser tutelado por el legislador y por el juez, porque existe un interés jurídico protegido en el ordenamiento. *El problema que puede plantear la entrada en vigor de la Convención y la necesidad de interpretación conjunta de todo el ordenamiento a la luz de estos principios consiste en cómo integrar la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer. Y ello partiendo de una base indiscutible de acuerdo con la que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de la persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección.*

Para que funcionen los *sistemas de protección* se requiere, según la STS, que concurren algunos requisitos: la situación de falta de capacidad [sin duda, la s. alude aquí a la de obrar], entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir, que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y, sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre la personalidad. Esto comporta que puedan producirse: a) Una variedad de diversas hipótesis, caracterizada por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica, y b) La mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello, hay que afirmar rotundamente que *la incapacidad, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio.* De aquí que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.

De aquí la afirmación estelar de esta STS de 29 abril 2009. *Debe ser positiva la respuesta a la pregunta de si está de acuerdo con los valores constitucionales una regulación específica de la situación jurídica del incapaz.* En el caso concreto se confirman las decisiones

de instancia que de modo prácticamente unánime resolvían que la persona en cuestión debía considerarse incapacitada plenamente y sujeta a una tutela total sobre su persona y bienes. Ello frente al recurso de algunos familiares y también del MF que sostenían conjuntamente que lo procedente era declarar la constitución de la curatela, y ello precisamente porque el art. 12 del Convenio vedaba la incapacitación total.

Sentado lo anterior, cabría decir que el Pleno de la Sala 1.^a, en términos taurinos, *hace un quite* al Poder legislativo, al afirmar que *esta Sala no tiene la competencia para juzgar sobre los términos más adecuados para identificar las instituciones de protección*. El sistema tutelar actual es plenamente constitucional y conforme a la Convención, pero el Derecho comparado ofrece variedad de sistemas y entre ellos podrá elegir.

10. ALGUNAS DEDUCCIONES DE LA STS DE 29 ABRIL 2009

No sólo el denso contenido argumental de esta importante resolución, sino la aplicación de la vía hispana hacia la discapacidad en sus dos proyecciones y la pluralidad de normas reguladoras, la abundante jurisprudencia menor y la realidad social, muestran en España, al igual que en otros países de nuestro entorno, un amplio muestrario de situaciones reales que desbordan los límites por los que ha discurrido lo que hasta ahora ha sido interpretación normal de la regulación de la tutela de los incapacitados.

Hay que huir de esquemas excesivamente rígidos en cuanto a las ahora denominadas *modificaciones judiciales de la capacidad de obrar* (antigua incapacitación).

Será necesario *revalorizar la figura de la curatela* contemplada en el art. 287 CC. Habrá que seguir, en concreto, la última evolución de la jurisprudencia del TS (todavía no demasiado abundante –así, SSTS de 31 diciembre 1991, 16 marzo 2001, 20 noviembre 2002, 30 junio 2004–, aunque previsiblemente creciente, y también la jurisprudencia de las AAPP, más frecuente en la materia). Debe insistirse en que el juez no está sujeto a los criterios médicos –aunque siempre habrá de tenerlos en cuenta–, sino que debe atender a las condiciones de entendimiento, voluntad, raciocinio, lucidez, normalidad y madurez mental del afectado, en relación con su ca-

pacidad volitiva e intelectual, apoyándose también en la flexibilidad que ofrece el art. 200.

No creo, a mi parecer, que el legislador deba pronunciarse, *a priori*, sobre si la regla general debe ser el establecimiento de una tutela o una curatela. Pero el principio de presunción de la capacidad de obrar obliga, de hecho, a recurrir en último extremo a la tutela, dentro de la cual, como se sabe, hay modalidades para que el juez elija entre ellas alguna de las que reducen menos la capacidad de obrar del sujeto afectado; posibilidad, por cierto, no siempre suficientemente destacada en la praxis. Así, cabe que la tutela afecte exclusivamente a los bienes, bien sea en su totalidad o en alguna parte importante (por ej., en la empresa que el padre fundó y proporcionó durante muchos años medios económicos a la familia), o sólo para realizar los actos dispositivos pero no para los de administración ordinaria. En tal caso, el (parcialmente) incapacitado seguirá siendo plenamente capaz en su ámbito personal y familiar, y también en el ámbito de la administración ordinaria. También cabe que el juez designe dos tutores, uno para la persona y otro para el patrimonio. Esta situación puede ser delicada si cada uno toma decisiones sin consultar con el otro. Hay que defender que, aun en tal hipótesis, el juez, en la medida de lo posible, deberá oír al incapacitado que, por sí mismo, puede encontrarse en condiciones de calcular mejor que nadie las consecuencias de la gestión divergente de ambos tutores. Lo mismo se diga sobre la obligación de atender a cualesquiera previsiones anticipadas del sujeto sobre alguno de estos temas otorgadas legalmente mientras la persona era plenamente capaz.

En principio, no creo necesario incorporar a nuestro lenguaje jurídico los términos de *apoyo* o *salvaguardia*, mencionados en el art. 12.4 (por su escasa aplicación en el ámbito civil), pero sí, en cambio, tener en cuenta las puntuales descripciones que se hacen de ellos: *Estas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica [rectius, capacidad de obrar] respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses, ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial*. El redactor de este profuso apartado parece desconocer, en términos generales, la regulación

actual de la tutela, y, en particular, los arts. 267-270 CC español. Si acaso, habría que insistir en el futuro en ese *deber de respetar la voluntad y las preferencias de la persona*. Entiendo que ello no sólo cuando el afectado haya previsto *cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes* (art. 223, pár. 2.º, CC), sino en cualquier momento de desarrollo de la tutela o curatela, y ello realizado por simple manifestación verbal de la persona protegida al tutor o curador, o, eventualmente, al fiscal o juez.

Esto se facilitará, sin duda, cuando se organice adecuadamente, en el marco de la organización de la Oficina Judicial, el *seguimiento de las instituciones tutorias*, actuación de los jueces tutelares que no parece estar regulado prácticamente entre nosotros, con carácter general. La indicación relativa a la aplicación de la medida acordada por el juez *en el plazo más breve posible*, parece referirse más bien al curador nombrado para una actuación determinada, que en determinadas hipótesis se demora; otra interpretación aludiría, eventualmente, a una organización judicial que no se preocupase del cumplimiento puntual y efectivo de sus acuerdos en materia tutelar, lo que no parece probable que se dé habitualmente entre nosotros. El informe y la rendición de cuentas anuales (art. 269-4.º), y la cuenta final justificada al extinguirse la tutela o curatela (art. 270), junto a lo dispuesto en los arts. 232 y 233, podrían corresponder, según parece, a esa exigencia de rendir exámenes periódicos exigida por el art. 12.4. Ello se enmarcaría mejor en el contenido general que cabría atribuir al seguimiento.

11. ¿DEBE AMPLIARSE EL NÚMERO DE ÓRGANOS TUTORIOS LATO SENSU?

La introducción en Francia desde 1968 de la sumisión del *majeur protégé a la sauvegarde de la justice*, completada en 2007 –al parecer con éxito–, así como la incorporación al CC it. en 2004 del *amministratore di sostegno* junto a las tradicionales figuras del tutor y curador, plantean entre nosotros el debate sobre su oportunidad de introducirlos en nuestra legislación protectora de la discapacidad. En su favor milita la necesidad de flexibilizar nuestro sistema, pues muchos autores denuncian el excesivo encorsetamiento de las clásicas figuras de la tutela y curatela; asimismo, la circunstancia de que

el art. 287 parece aplicarse sólo al discapacitado psíquico. En contra, cabe aducir que ello complicaría el mundo de la discapacidad, demasiado sectorizado (9).

Personalmente me inclinaría a tratar de obtener, de ahora en adelante, el máximo provecho de la reforma de la tutela operada en 1983. Entonces fue abrumadora la opinión favorable a abandonar el sistema de tutela de familia, propósito sometido a una política jurídica algo híbrida, en algún caso de *parcheo* o de resolución de problemas puntuales para no preterir totalmente a aquélla (10). Hora es de reclamar que si es de orden público el sistema de tute-

(9) Entre nosotros, la profesora Inmaculada VIVAS TESÓN, *Más allá de la capacidad de entender y querer... Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español* (Olivenza, Badajoz, 2012), ha analizado en profundidad, acudiendo a las fuentes doctrinales y jurisprudenciales nacionales, la nueva figura incorporada al Derecho italiano por la Ley de 2004. A su juicio, se ajusta perfectamente en su *ratio* y en sus presupuestos al modelo social de discapacidad, y cumple a la perfección con lo dispuesto en el art. 12.4 del Convenio de N. Y., aunque lo hizo adelantándose a su aprobación, de modo que ya no precisa incorporarlo expresamente a su ordenamiento (*op. cit.*, pp. 62 s.). Pero a la hora de sentar algunas conclusiones *de lege ferenda* se muestra muy prudente, al escribir: "En el caso de optar por la coexistencia de múltiples medidas protectoras de la persona, el legislador debe definir, con suma precisión, los contornos de cada una de ellas, con el fin de evitar problemas de aplicación práctica, tales como los que genera la administración de apoyo y la incapacitación judicial en el Ordenamiento jurídico italiano. –Si no se considerara oportuna la introducción ex novo en el Ordenamiento español de instrumentos de protección similares a la administración de apoyo italiana o a la reciente asistencia catalana, sería aconsejable, al menos, asimilar, en lo posible, la normativa de la persona incapacitada judicialmente (actualmente, en periodo de reforma, de la cual estamos a la espera) a la de la menor de edad, [...]. El menor de edad, con una capacidad en vías de madurez pero no plena, goza de condiciones legales notablemente mejores que el incapacitado judicialmente" (*loc. cit.*, p. 86).

(10) Otra de las conclusiones que se desprenden del Derecho comparado es que, actualmente, ya no se trata, como cuestión preferente, de ponderar las cualidades intrínsecas del sistema de tutela de familia o de autoridad (eventualmente, de los sistemas mixtos), sino de que unos y otros traten de acomodarse a la nueva situación de la discapacidad tal como se plantea en la realidad social del siglo XXI. Esta perspectiva de un cierto relativismo es un efecto de la utilización del método comparativo, destacado hace ya tiempo por la doctrina comparatista.

la de discapacitados, y la última reforma de la Lec. de 2000 así lo confirma, seamos consecuentes hasta el final. Dótese a los jueces tutelares de los medios adecuados, interésese a la sociedad civil en el tema sin temor a que algunos vean con ello, acaso, un retroceso del estado del bienestar. Promuévase la figura del *tutor profesional* para suplir la posible falta de designaciones de cargos tutelares por el propio interesado, y el desinterés o imposibilidad de la familia de atender personalmente a sus discapaces. Desarróllese la importante función del *Juez de Familia* (en el Japón occidentalizado la especialización de la jurisdicción familiar llega hasta el Tribunal Supremo, incluida la mediación obligatoria).

Por supuesto que deben perfeccionarse las últimas figuras introducidas en el ordenamiento civil: *autotutela*, *poder preventivo* y *patrimonio del dependiente*. Creo que su reciente regulación en nuestro ordenamiento, a veces, ha respondido a circunstancias coyunturales, o a la transacción de posturas encontradas en trámite de discusión parlamentaria; otras veces, han carecido de suficientes estudios previos y la improvisación no suele dar buenos resultados normativos. Dando por buena la intención del legislador en cada caso, creo que ahora corresponde a los juristas en general el seguimiento de la implantación de aquéllas en la sociedad, propulsando y realizando prospecciones de sociología jurídica para comprobar su arraigo en la sociedad.

12. REVALORIZAR Y OBTENER EL MÁXIMO RENDIMIENTO DEL RÉGIMEN CODICIAL

Me parece lo más conveniente y oportuno, en trámite de implementar el Convenio de 2006, y, en particular, de su ya famoso art. 12, insistir en que no hay razones para derogar los Títulos IX y X (11) del Libro I del CC, y sus correspondientes normas procesales, dentro de un distinto marco constitucional e internacional, sino más bien para insuflar nuevo espíritu a la incapacitación, y a la tutela,

(11) Véanse mis comentarios a los arts. 215-216 y 218-221 del CC en *Código civil comentado*, I, cit., pp. 1007 ss., en donde he intentado situar la reforma de 1983 en un marco legislativo y constitucional variable, propugnando las interpretaciones que se sugieren en el texto.

curatela y guarda de los incapacitados, sin olvidar la variopinta pluralidad de situaciones que pueden albergarse en la guarda de hecho prevista en la reforma de 1983.

Formalmente la drástica derogación de los arts. 202 a 214 por la nueva Lec. de 7 enero 2000, originó, de hecho, un vaciamiento de contenido en el Tít. IX del CC, pero los artículos restantes poseen, a mi juicio, suficiente entidad para permanecer en su actual ubicación e informar plenamente las normas del título siguiente. Por su parte, entiendo que el Tít. X debe considerarse en pleno vigor, aunque acaso precise de avivar la imaginación del operador jurídico para aplicarse a una realidad social no siempre coincidente con la que se contemplaba en 1983.

El art. 199 CC ha venido a ser emanación del art. 10.1 CE, pues la dignidad de la persona exige que nadie pueda ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de causas establecidas por la ley. Si la capacidad jurídica es atributo de toda persona natural o física, con anterioridad, incluso, a una norma positiva, que se limitará meramente a reconocerlo, y la mayoría de edad es el momento en que, normalmente, se aúnan la capacidad jurídica y la de obrar, la presunción en el tráfico debe establecerse a favor de esta última, siendo necesario una sentencia judicial firme para que se restrinja o, eventualmente, se suprima originándose inmediatamente un mecanismo de protección jurídica del enfermo que, en sentido amplio, denominamos tutelar o, si se quiere, asistencial. También es garantía del derecho de la persona que la ley defina las causas de incapacitación, sin que personalmente tenga objeciones para que esta última se sustituya por otra que se considere menos ofensiva o discriminatoria para la persona (causas de modificaciones de la capacidad de obrar), bien entendido que ello no puede impedir que el juez, a la vista de la situación del enfermo, declare procedente, en el caso, la total y plena incapacidad de obrar del sujeto, pues se trata de situaciones reales que se dan en nuestra sociedad. El criterio orientador de la actuación del juez es siempre el *beneficio del tutelado* (art. 216, pág. 1.º), lo que está de acuerdo con el *respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona* (art. 12.4 Convención). Lo que en la práctica obliga al juez a tener en cuenta la voluntad del interesado, no sólo en el momento de declarar judicialmente el grado de incapacitación, sino anteriormente (autotutela y mandato preventivo), e incluso también después de constituida la tutela o

curatela, en cualquiera de sus fases. Todo lo cual se facilitará si se introduce en nuestro ordenamiento el *seguimiento de las instituciones tutorias*, con base en los arts. 232 y 233 CC. Hay que regular de forma dinámica las relaciones entre el juez, el fiscal, el órgano tutelar y el mismo protegido. Habrá que desarrollar funcionalmente la frase *actos que pueda realizar por sí solo* del art. 267, dotándola de contenido real y efectivo, y no reduciéndola a mera cláusula de estilo. Habrá que instruir debidamente al tutor o curador para mejor cumplir el art. 268. Ya que *ejercer el cargo de acuerdo con la personalidad del pupilo*, presupone en aquéllos la posesión específica de facultades psicológicas previamente desarrolladas y cultivadas; y lo mismo se diga del *respeto a la integridad psicológica del mismo*. Algo similar puede decirse del denso contenido del art. 269. 3.º: *El tutor [y el curador] está obligado a promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad*. Esa inserción puede incluir la ayuda al pupilo para superar toda clase de barreras sociales; pero ya se ha advertido que no parece fácil definir con exactitud todas las existentes y aplicables a la totalidad de las discapacidades posibles. Es una manifestación del respeto a los derechos fundamentales del pupilo la regla del art. 271 (*el tutor necesita autorización del juez para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental*). En el resto de casos de este precepto, entiendo que es procedente que tanto el tutor como el juez competente para autorizarlo, oigan al pupilo si ello es posible, y sobre todo en la autorización de todos y cada uno de los actos y negocios de mayor importancia económica en relación con la cuantía del patrimonio del discapacitado. Una oposición razonable por su parte, suficientemente expresada, debe ser tomada en consideración por el juez y, acaso, aconsejarle recabar nuevos informes (art. 273) antes de otorgar la autorización judicial solicitada.

La regulación de la curatela en nuestro CC, con especial referencia a la contemplada en el art. 287, se hace fundamentalmente por vía de remisión, partiendo de que se trata de una institución tutoria en la que el pupilo conserva la iniciativa y el protagonismo del acto que el discapacitado se propone realizar (no hay sustitución de la voluntad del discapacitado). Encaja adecuadamente en la noción de apoyo y salvaguardia de que habla el art. 12 del Convenio. Ello explica la frecuente remisión que a ella realizan los partidarios de la concepción social de la discapacidad. Puede ser ocasión de que,

entre nosotros, se intensifiquen los estudios doctrinales de orientación civil y su aplicación práctica, como muchos autores propugnan. *Pari passu* lo que se ha sostenido aquí respecto del tutor en sentido estricto, ha de entenderse aplicable a los curadores. Sin perjuicio de aceptar la autocuratela, y de fomentar un mandato preventivo que tenga por objeto la designación de curador en el futuro, su actuación habitualmente intermitente puede aconsejar, con mayor énfasis todavía que en el caso de los tutores, la creación de *curadores profesionales*, cuya formación previa el Estado debiera estimular y también regular. Adviértase que el art. 287 no excluye que el curador ejerza alguna función en relación con el cuidado de la persona del pupilo. Por ej., las visitas periódicas al especialista médico, o el tratamiento de rehabilitación, o, incluso, la medicación periódica que el pupilo que vive solo en su domicilio omite frecuentemente. La eventual curación de la enfermedad o dolencia que le aquejaba, puede revalorizar la función del curador para solicitar precisamente la extinción de la misma por haberse curado el enfermo. Lo propio se diga cuando se produzca un empeoramiento en la situación mental de éste, que postularía el acceso a la institución tutelar, y que produciría que el anterior curador se transforme en tutor del enfermo, en todo o parte, con excelente preparación, sin duda, lo que puede hacer valer aquél, a la vista de los informes periódicos y el trato asiduo que mantuvo con aquél y con los órganos judiciales.

COMENTARIO DE UNA OBRA JURÍDICA (Pensando en voz alta)

Víctor Manuel Garrido de Palma

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. LOS FUNDAMENTOS, DE LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN

LA DENOMINADA PROPIEDAD HORIZONTAL O DE CASAS POR PISOS

INTRODUCCIÓN: INSTITUCIÓN CENTRAL DEL DERECHO PRIVADO ESPAÑOL

- I. LA CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE PH Y EL TÍTULO CONSTITUTIVO
- II. LA DISTINCIÓN ENTRE ELEMENTOS PRIVATIVOS Y COMUNES
- III. VUELO, ANEJOS, SÓTANOS, GARAJES, PROCOMUNALES
 - 3.1. El vuelo y el subsuelo
 - 3.2. Sótanos. Garajes
 - 3.3. ¿Y los anejos?
 - 3.4. El llamado departamento procomunal
 - 3.5. División material: agregaciones o segregaciones
 - 3.6. Apunte acerca de los órganos de gobierno de la PH
 - 3.6.1. El presidente
 - 3.6.2. Un cierto organicismo presenta su construcción legal
 - 3.6.3. Los poderes otorgados por el presidente que cesa
- IV. EN TEMA DE DERECHOS Y DEBERES DE LOS PROPIETARIOS
 - 4.1. Su obligación de contribuir a los gastos generales
 - 4.2. Su incumplimiento
 - 4.3. Jurisprudencia. Un apunte
 - 4.4. Y otro apunto de la experiencia profesional

V. LOS COMPLEJOS URBANOS Y LA PH. EL ARTÍCULO 24 DE LA LEY

ADDENDA: UN NOTARIADO DE ALTURA. LOS NEGOCIOS
DE TRASCENDENCIA REAL SOBRE BIENES INMUEBLES

INTRODUCCIÓN. LOS FUNDAMENTOS

Hace bastantes años, primero sustituyendo la notaría de Re-dondela y luego sirviendo la de Jódar, con escasísimo material bibliográfico, pero con ilusión, ganas de estudiar y tiempo para hacerlo, *ensayé* escribir de un modo que me pareció original. No buscaba originalidad, ciertamente, ésta, si la hubo, fue su resultado, pero para mi mente y mi aprendizaje, fructífero resultaba a mi parecer.

Pienso, en efecto, que lo era, y lo era porque discurría sin *apoyos*; y realizaba variaciones sobre temas jurídicos centrales, dándoles vueltas y más vueltas.

Con el tiempo, observé que D. Miguel DE UNAMUNO, decía, no escribía novelas, *nivolas*; que D. Nicolás PÉREZ SERRANO, al lado de los dictámenes, emitía notas-dictamen; que D. Joaquín GARRIGUES... Los ensayos y bocetos de artistas de toda índole ahí están (sobre el cuerpo yacente de Cajal hizo Victorio Macho tres bocetos, una vez fundido el molde de la cabeza; uno de ellos está en el I. Colegio de Médicos de Madrid, otro pertenecía a don Gregorio Marañón, hijo, y el tercero –el menos logrado, según me dijo la viuda del escultor palentino– lo adquirí yo. Ha estado en la sala de juntas de la notaría, en Madrid, hasta mi jubilación).

Concreto: hace bastantes años, 1967 (?), ante un supuesto que en la notaría se me planteó, acabé escribiendo: “¿Superficies solo cedit?”, pero no autoricé la escritura que se me pedía. Más tarde, y sobre el *Compendio* de D. Federico DE CASTRO (allá por 1968-69), “medité en voz alta”; breve estudio que la amabilidad de Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS hizo, como el antes citado, que apareciera publicado en la *Revista de Derecho Notarial*, hoy *Revista Jurídica del Notariado*, a la que tengo actualmente el honor de atender; luego lo he hecho ha poco ante una monografía sobre “El Capital Social” (el de

las *llamadas* sociedades de capital). Ahora voy a hacerlo teniendo delante los *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, VI. *Derechos Reales*, y, específicamente, el capítulo V, La propiedad horizontal, de Luis Díez-PICAZO. Para ello me valgo de los conocimientos adquiridos durante mis casi sesenta años de vida jurídica, de mis últimas lecturas de obras de Derecho, y de la jurisprudencia al día, y todo delante de la obra de base que acabo de citar. Destaco de ella concretos puntos.

LA DENOMINADA PROPIEDAD HORIZONTAL O DE CASAS POR PISOS

Institución central del Derecho privado español, sobre todo en la medida en que ha abierto la facilitación y la disponibilidad de las viviendas (p. 95), enfoca Díez-PICAZO su naturaleza jurídica señalando que el legislador opta por una posición ecléctica: suma de propiedad exclusiva y comunidad (con cita del art. 396 CC). Con todo, alejado relativamente el autor de su posición anterior, de colectividad organizada la calificaba, si mal no recuerdo, ahora –con cita de J. M.^a MIQUEL– y aludiendo a la posición de la jurisprudencia, dice: la defensa de los intereses de cada propietario no puede subordinarse a los de la colectividad (en la página anterior, la 99, afirma: parece predominar en nuestra legislación la consideración como propiedad exclusiva, con cita posterior del art. 33 de la Constitución).

Y es que no debería ser de otra manera: ya la Ley en su art. 1 habla de la PH como “forma especial de propiedad”, y el reformado art. 396 CC de “esta forma de propiedad”; y en la Exposición de Motivos de la Ley de 1960 se lee: “dando un paso más, pretende llevar al máximo posible la individualización de la propiedad desde el punto de vista del objeto” (Exposición de Motivos que paladinamente, en sus primeras líneas, dice textualmente: “... se concibe el Derecho positivo en función del Derecho natural... las determinaciones del legislador... siempre han de hallarse limitadas y orientadas por la idea de justicia, la cual como virtud moral...”. ¿Se atreven hoy los legisladores a decirlo tan claro?, ¿y si son tecnócratas?).

No pasa Díez-PICAZO por alto la delimitación de esta propiedad: el art. 7, apartado segundo, es buena muestra, comenzando por el 396 CC y siguiendo por el art. 3 LPH.

I. LA CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE PH Y EL TÍTULO CONSTITUTIVO

En la p. 101 y ss. desarrolla Díez-Pícazo las posibles variantes de aquélla y de éste.

Sobre la 3.^a de las que expone, quisiera apuntar que la Exposición de Motivos de la Ley –luminosa, como puede observarse, a mi entender– dice que: “... y el caso menos frecuente de que varios propietarios... construyan un edificio con ánimo de distribuirlo *ab initio*, entre ellos mismos...”. En la época en que yo preparaba las oposiciones (en plural, pues son varias las que he hecho), había en Valencia un racimo de notarios que hicieron malabarismos con la PH y –contra viento y marea– convencieron a todos, Dirección General incluida. Hoy, hablar de “levante”, de “comunidad valenciana”, de “propiedad horizontal tumbada” (*volcada* decía LACRUZ, a pesar del *tomber* francés), de “procomunales”... no es infrecuente. Detrás queda mucho estudio, sacarle jugo a la letra y sobre todo al espíritu de la Ley y a la Exposición de Motivos (“*ab initio*”... varios; no es que salen de la indivisión adjudicándose los pisos; es que cada uno se construye *su* piso “*ab initio*” –y su *adosado* también, *tumbando* la PH–). En fin, en el aún reciente Congreso Notarial de Benidorm 2012, he rememorado la categoría profesional de ese *racimo* de notarios. Recuerdo que, como *addenda*, uno a lo que ahora escribo.

Díez-Pícazo los conocía bien –él y el llorado Manolo BROSETA dirigían aquel recordado seminario del Paseo de Valencia al Mar (antigua, entonces no lo era, Facultad de Derecho)–, donde sosegadamente impartían notarios y no notarios lecciones de sapiencia– (Díez-Pícazo dirá en la p. 129: “el ilustre notario J. SAPENA” –la cita es con mayúsculas, lo que no emplea en todas las autorías que constan en el libro–, al hilo de las urbanizaciones privadas. Se refiere a SAPENA TOMÁS; hoy los dos notarios Sapena Davó continúan en Valencia la tradición paterna de asesoramiento y consejo profesional y los otros dos varones la jurídica en el noble ejercicio de la abogacía).

La constitución de la PH y la prehorizontalidad

Si directo va Díez-Pícazo a la problemática destacando la resolu-

ción de 17 de julio 1997: la constitución es posible cuando la construcción del edificio se encuentre al menos comenzada (art. 8.4 LPH), yo también lo hago: ¿cuándo lo está?, y contesta CÁMARA ÁLVAREZ, lo está cuando cuenta con la licencia urbanística y los requisitos técnicos para su *material* inicio, sin necesidad de tener que abrir una pequeña zanja (absurdo sería).

Si se otorgara el título constitutivo ya en ese momento (y se hace en ocasiones, menos de las que se debiera), por el propietario único del inmueble, por los copropietarios del solar con voluntad de enajenar los pisos-locales, o por éstos con voluntad de distribuirse el edificio *ab initio* entre ellos, evitarían la problemática que supone la fase de prehorizontalidad con la existencia de documentos privados firmados por los compradores... Díez-PICAZO destaca con maestría el supuesto de autorización por éstos al constructor para que constituya la PH (su papel de arbitrador, con un *arbitrium boni viri*, que conoce bien; ya lo demostró tiempo atrás con su estudio acerca de esta figura, y con el que cita en bibliografía, p. 131).

II. LA DISTINCIÓN ENTRE ELEMENTOS PRIVATIVOS Y COMUNES

La PH –dice en la p. 99, como ya expuse– aparece como una suma o yuxtaposición de propiedad exclusiva y comunidad. Y es que –conforme al art. 3–, “el dueño de cada piso o local tiene el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre... comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos... y la copropiedad, con los demás... de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes”.

De ahí, de su contrastada experiencia y de la jurisprudencia considera que hay una especie de *vis attractiva* de los elementos comunes sobre los privativos (pp. 105 y 106).

El actual art. 396 enumera los que pueden ser elementos comunes (si yo, opositor, era capaz de aprenderlos todos, empezando por: el suelo, vuelo... y terminando con: corredores, cubiertas, canalizaciones y servidumbre, la actual enumeración –extraordinariamente prolija, como la califica Díez-PICAZO–, creo que es de absurda memorización y sinceramente recomiendo que no se intente. Máxime al ser ejemplificativa, como señala Díez-PICAZO; p. 106).

III. VUELO, ANEJOS, SÓTANOS, GARAJES, PROCOMUNALES

Sobre el vuelo y el subsuelo, los llamados derechos de sobreelevación y de subedificación muestran el fértil campo de la autonomía de la voluntad en estas figuras (DÍEZ-PICAZO las estudia en las pp. 342 y ss.). Con cita de la profesora F. M. CORVO LÓPEZ, profundiza en su naturaleza jurídica y en sus efectos (la tesis de “la doble fase”, de ROCA SASTRE, es realista, justa y adecuada; p. 344).

Sobre los sótanos, y no digamos sobre los garajes, mucho podría decirse. DÍEZ-PICAZO realiza una apretada síntesis conforme a las distintas situaciones jurídicas que en la *praxis* acaecen (la normativa urbanística, licencias, es decisiva aquí), y el recuerdo de AZPITARTE CAMY es obligado: en el Simposium sobre PH, Valencia, año 1972, lo dijo *todo*.

¿Y los anejos? DÍEZ-PICAZO los trata en las pp. 107 y 108, con cita de GÓMEZ CALLE. Yo me permito la crítica –constructiva– de la letra legal: *aunque...* No, art. 3.º, no “aunque”. Y es que para que estemos ante un anejo, apéndice del *corpus* privativo, ha de hallarse necesariamente situado fuera del espacio delimitado que constituye el piso o local.

¿Y EL LLAMADO DEPARTAMENTO PROCOMUNAL?

DÍEZ-PICAZO (p. 109) lo configura –interpretando el art. 4 LPH– como un elemento común de *todos* los propietarios del inmueble afectado al servicio de una utilidad común de todos ellos. Por ejemplo: vivienda de portero, zona común de esparcimiento o aparcamiento. No cabe la acción de división, pero todos los copropietarios, actuando de consuno, pueden desafectar esa parte del inmueble de la finalidad común, lo *procomunal*, y libre queda de tal afectación en adelante.

A mi entender –y sigo a SAPENA TOMÁS– es posible y hacedero (sí, no me parece que lleva razón POVEDA DÍAZ en su enfoque), la configuración aparte de la ya apuntada como elemento *privativo de* todos los que sean copropietarios (pueden ser todos los del inmueble o varios y no todos: piscina, gimnasio, cuarto de juegos, de recreo... de los que lo han adquirido en el inmueble). Nada hay que desafectar entonces, puesto que la premisa mayor ya no es que se trata de un elemento común por destino (no por naturaleza), y el art. 4 es

de aplicación. Este enfoque tiene el refrendo de la DGRN (mas no la de su posible disposición por mayoría y no por unanimidad de los que condueños son).

Recuerdo cómo en el Congreso Notarial de Benidorm, 2011, MARTÍNEZ-GIL PARDO DE VERA (Julio; apellidos notariales cien por cien) hablaba de los dos enfoques dependiendo de la autonomía de la voluntad su opción: en un caso, previa desafectación, podrá el presidente de la comunidad, facultado al efecto, disponer del mismo, y en el otro deben comparecer individualmente todos los copropietarios actuales del elemento procomunal (también la legitimación del presidente, facultado al efecto en el primer supuesto, hubo que *batallarla*; SANZ FERNÁNDEZ *dixit*).

Y a todo esto, ¿no se nos olvida una pieza del engranaje? Sí, la que constituye la base para que haya que discurrir jurídicamente como se ha hecho en lo que acabo de exponer: los elementos comunes no son disponibles si no es juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo (no los *anejos* ya estudiados) inseparable (art. 396 CC). De ahí los enfoques anteriores, de ahí la desafectación previa si el tratamiento es el de elemento común por destino.

DIVISIÓN MATERIAL: AGREGACIONES O SEGREGACIONES

DÍEZ-PICAZO, ante el art. 8 LPH y concretamente acerca de la cláusula –de uso generalizado, dice en la p. 127– por la que se permite al propietario de locales comerciales su división sin necesidad de acuerdo de la Junta y fijando unilateralmente las cuotas de los locales resultantes (los términos que emplea a continuación no los entiendo; interpreto que lo factible es fijar las cuotas, pero sin poder evidentemente alterar las restantes). Lo que sí dice con toda claridad es que “... semejante cláusula no puede considerarse válida, pero... normalmente se inscribe en el Registro de la Propiedad sobre la base de la autorización concedida en el título constitutivo; ésta es por sí suficiente”.

Su criterio, contrario a la *validez*, se debe, pienso, a que dados los términos literales del art. 8, considera que se trata de una norma imperativa. La *praxis* demuestra que la literalidad del precepto no es el único medio interpretativo. ¿No es de sentido común, se preguntaba el autor anteriormente citado –en el Congreso Notarial

de Benidorm, 2011–, y acorde con la realidad social, la cláusula obrante en el título constitutivo (y evitadora de *vetos*, en más ocasiones de las deseables, arbitrarios, productores de abuso de derecho) que permita lo anterior? Sin duda hay que responder afirmativamente, y partiendo de esta premisa, la inscripción registral no convalida lo que... –no puede hacerlo–; al contrario, parte de una cláusula *válida*, lícita y útil. Evidentemente, “no patentes de corso”: licencia urbanística, si necesaria fuere, y cumplimiento de los requisitos legales exigibles a los elementos privativos: “salida a la vía pública o a un elemento común (art. 396 CC y 1 LPH) y sin poder atentar las obras a la seguridad del edificio, su...” (art. 7 LPH).

Más, mucho más podría decirse aquí desde que ESCRIVÁ DE ROMANÍ estudió la imperatividad y el carácter dispositivo de las normas de la LPH, de los enfoques del TS y de la DGRN –divergentes en casos, diferenciando si se trata de pisos o locales–... pero aquí y ahora deseo romper una lanza en pro de la autonomía de la voluntad ex art. 1255 CC: derivado de ella considero que en la LPH (me ciño a lo que es objeto de mi estudio) el axioma y la presunción de que las normas jurídico-legales son dispositivas, a menos que expresamente establezcan su carácter imperativo o que éste se deduzca necesariamente de su contenido (su *ratio*).

¿Comunidad *valenciana*, propiedad horizontal *tumbada*? Sí, he afirmado que su uso es hoy por hoy indudable: “... la Resolución-Circular de 3 de diciembre 2003 afirmó la inclusión... de la comúnmente llamada «comunidad valenciana» para la construcción de edificios...”, dice la Resolución de 13 de diciembre 2012. “Propiedad horizontal *tumbada*”, la de 15 de octubre 2012 (citando a su vez la Resolución de 3 de abril 2012, en la que “este Centro Directivo se ha pronunciado sobre un supuesto sensiblemente igual”).

Y si de 2012 hablamos, la Resolución de 19 de junio (BOE del 26 de junio) considera al art. 8 norma dispositiva (ref. art. 396, último párrafo, del C. Civil) y estima que son inscribibles las cláusulas estatutarias de: agrupación en sentido vertical, dado que se trata de unidades privativas colindantes; y agrupación o agregación con un elemento privativo colindante aunque no esté integrado en la misma propiedad horizontal (acudiendo al concepto de finca especial). El consentimiento previo hace innecesaria la autorización de la Junta de propietarios ex art. 8.

SOBREVOLANDO LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LA PH

Como dice Díez-PICAZO –p. 111–, los menciona y recoge el art. 13 LPH. Delimita en la obra las competencias de las Juntas de Propietarios, las del presidente, los acuerdos (convocatoria, quorums y las mayorías exigibles para la validez de los acuerdos: unanimidad en casos, mayoría del...; art. 17) y su impugnación (art. 18), así como reflejo de aquéllos en un libro de actas. Las obligaciones del administrador..., la figura del secretario (art. 9.i).

Sólo me detengo en concretos puntos sobre los que he conocido profesionalmente y he tratado de profundizar.

1. El presidente: ostenta legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que le afecten (art. 13.3).

2. Presenta –dice Díez-PICAZO en las pp. 119 y 120– la construcción legal un cierto organicismo (*cuasiorgánica* decía CÁMARA ÁLVAREZ de su representación legal, dado que la PH no es persona jurídica).

“En todos los asuntos que afecten a la comunidad”, pero ¿está legitimado para *todos ellos* sin más? Ante todo, su actuación ha de ceñirse al ámbito de su competencia; si lo son de la Junta, él no puede tomar la iniciativa, sino ejecutar o cumplir los acuerdos de aquélla (DÍEZ-PICAZO, p. 120). De ahí que la exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones de los propietarios (ex art. 9) al presidente corresponde, máxime considerando el enfoque legal de las funciones del administrador (art. 13.4, 5 y 6; art. 20).

3. Los poderes a abogados y a procuradores otorgados por el presidente, como legal representante de la comunidad, siguen siendo válidos, eficaces y operativos, aunque cambie aquél, y es que los mismos están conferidos por la comunidad, no por el que la representa (hoy, art. 30.2 LEC).

Apunte relativo a los derechos y deberes de los propietarios

1. Su obligación de contribuir a los gastos generales.

En épocas *normales* y en las de crisis más todavía, es “uno de los caballos de batalla de la regulación de la PH” (calificación de Díez-PICAZO, p. 124).

Los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspon-

dientes a... tienen la condición de preferentes a efectos del art. 1923 CC y preceden...

El adquirente –a título oneroso o gratuito–... responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades... El piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación. Y en el instrumento público –escritura– mediante el que se transmita, por cualquier título, la vivienda o local, el transmitente deberá declarar hallarse al corriente en el pago de... (art. 9.e).

2. “Los propietarios que no contribuyen o se hallan en mora en el pago de sus cuotas de comunidad, ordinarias o extraordinarias, tendrán vedado el acceso a la piscina comunitaria y a las pistas de tenis”. Acuerdo adoptado por unanimidad de los asistentes y con remisión del acta, de forma fehaciente, a los ausentes... Resolución de 23 de octubre 2012, las limitaciones anteriores son coherentes tanto con el objeto sobre el que la prohibición recae, elementos comunes no necesarios para la habitabilidad, como con la eventualidad de la privación o la razón de proporcionalidad que lo justifique, y por último su finalidad, que todos los propietarios coadyuven a contribuir al pago de los gastos derivados de los elementos comunes.

3. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de octubre 1993 (citada por la DGRN en la Resolución anterior), ha declarado constitucional el art. 7 LPH, que establece la sanción de privación temporal del uso de la vivienda o local privativo “cuando se constata determinada conculcación del ordenamiento”.

Profesionalmente *he sabido* de la inscripción de una cláusula por la que: “la persistencia durante x tiempo y con intensidad superior a... durante las horas nocturnas en una urbanización existente promovida por los que a su vez lo habían sido de un Santuario Mariano muy próximo a aquélla –tanto en elementos privativos como en los comunes– podría llegar a la privación del uso del elemento privativo durante un plazo de tiempo muy elevado con opción por parte del propietario a venderlo a la comunidad por el valor que se conviniera y a falta de acuerdo...”. Aspecto este último que recuerda –no es lo mismo en cuanto a su *ratio*, ciertamente– a lo que el art. 564 CC establece en el supuesto de servidumbre de paso continua permanente para todas las necesidades del predio dominante. Conforme a la singularidad del supuesto de hecho –por lo demás, en absoluto extravagante–, la cláusula estatutaria adoptada por unanimidad se

inscribió después de alguna reticencia salvada con la adecuación al caso real concreto.

LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS URBANOS Y LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Ya transcribí la merecida cita de Díez-PiCAZO al ilustre notario J. SAPENA, artífice de la construcción jurídica de las urbanizaciones horizontales *tumbadas* (p. 129).

En efecto, por la Ley 8/1999, de 6 de abril, se introdujo en la LPH de 1960 un artículo, el 24, relativo al régimen de tales complejos, los inmobiliarios privados, a los que comienza aludiendo la LPH en su reformado art. 2.c.

Señala Díez-PiCAZO –en las pp. 129 y 130– cómo, en base al art. 24, es factible tanto la constitución de una sola comunidad de propietarios (por cualquiera de los procedimientos establecidos en el art. 5, párrafo segundo, en cuyo caso es aplicable la LPH íntegramente), como la de una “agrupación de comunidades de propietarios” (en cuyo caso se aplica la LPH, si bien con las especialidades que el apartado 3 establece).

Por último, el apartado 4 contiene una cláusula que puede llamarse *de cierre*: con ella los complejos inmobiliarios, cabe afirmar, se elevan a la categoría de género, para poder albergar configuraciones diversas con el nexo común a través de los elementos comunes sujetos a una comunidad indivisible y conforme al régimen jurídico de la PH.

Baste apuntar, en fin, que el CC catalán, en su art. 553-48 y 52, regula la *PH compleja*, que incluye los conjuntos inmobiliarios, así como subcomunidades e integración de supracomunidad, con mayor amplitud que el régimen de la PH, así como la PH por parcelas con categoría jurídica propia.

NOTA FINAL

El repaso a la propiedad horizontal en la obra de Luis Díez-PiCAZO, con mis sugerencias, apreciaciones y pensamientos manifestados, ha tenido un primer propósito: al que fue miembro del tribunal calificador cuando vine profesionalmente a Madrid (con el primer tema del

segundo ejercicio: "Construcción en régimen de comunidad. Aportación de solar por edificio a construir"), dedicarle este estudio, para que, como *anejo*, se una a la obra que en su homenaje se le ha tributado (y respecto a la cual no tuve conocimiento oportuno). He querido que versara sobre una materia de Derecho patrimonial, que es donde, a mi entender, el homenajeado, juez, profesor universitario y abogado ejerciente, obtiene mayores sinergias, deja profunda huella.

En los *Fundamentos* –fiel a su etimología– quiere dejar claras las bases esenciales de las figuras jurídicas que el autor trata. Prima esto sobre el intento, que no persigue, de agotar las materias. Y lo hace con *elegantia iuris*, con lo que Blas PASCAL decía: *spirit de finesse*, difícil facilidad que pocos logran. Luis Díez-PICAZO sí.

UN NOTARIADO DE ALTURA. LOS NEGOCIOS DE TRASCENDENCIA REAL SOBRE BIENES INMUEBLES

Comunicación presentada en la sesión celebrada en Benidorm, en noviembre de 2011 (no publicada)

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. EL NOTARIADO QUE CONOCÍ EN LOS AÑOS SESENTA

I. UN NOTARIADO DE ALTURA

1. Cómo profundizaron en la propiedad horizontal
2. Los pisos meramente proyectados. Prehorizontalidad. Los elementos procomunales
3. Los anejos
4. Garajes. Configuración jurídica
5. Urbanizaciones privadas
6. Conjuntos o complejos inmobiliarios privados
7. La construcción en comunidad con distribución, *ab initio*, del edificio entre los comuneros
8. Otros avances en sede de negocios de trascendencia real

II. CONCLUSIÓN

INTRODUCCIÓN

En los años sesenta, comenzada la preparación de la oposición, empecé a tener relación con notarios de Valencia. Primero en el seminario que tenía lugar en la Facultad de Derecho (entonces en el Paseo de Valencia al Mar). Bajo la dirección de Luis Díez-PICAZO y de Manuel BROSETA (que sería vilmente asesinado años después en ese Paseo), tomaban parte activa además y entre otros, SERRANO MONFORTE, MONTÉS PENADÉS, VICENT CHULIÁ, notarios como Julio PASCUAL, Tito SIMÓ, Antonio SOTO, Francisco LLOBERA, Roberto BLANQUER, Gregorio PÉREZ SAUQUILLO y quienes iban a constituir a lo largo de los años venideros algo así como *el estado mayor* de la preparación de dictámenes y en general de los ejercicios prácticos de la oposición, al menos en mi caso. Hablo de Joaquín SAPENA, Fernando MONET, Ramón FRAGUAS, Carmelo DE MOTA y más adelante Domingo IRURZUN. Yo ya no les dejaría ni en las libres ni en las dos entre notarios que preparé.

Pude percatarme de cómo extraían de la norma todo su jugo y cómo, ante la carencia de norma en casos, daban, *extra legem* (para algún contradictor, *contra*), la solución adecuada a supuestos de hecho, acudiendo a vías directas, sin rebuscadas configuraciones, costosas y relativamente eficaces (segregaciones como recurso, servidumbres a cada paso, titularidades *ob rem* por doquier).

I. UN NOTARIADO DE ALTURA

¿A qué me refiero? A que, contra viento y marea, en más ocasiones de las que la lógica requería y la realidad exigía, al Notariado –y desde luego creo que es de justicia decirlo, de una manera destacada– a notarios del Colegio de Valencia se ha debido en buena medida el avance jurídico, impensable en los primeros cincuenta años del siglo xx, en el diagnóstico y el tratamiento de los negocios de trascendencia real sobre bienes inmuebles. Basta para comprobarlo con lo que expongo a continuación.

1. LA PROPIEDAD HORIZONTAL

El enfoque, trabajado con persistencia, de la propiedad urbana para conseguir “llevar al máximo posible la individualización de la

propiedad desde el punto de vista del objeto" (palabras textuales de la Exp. Mot. de la Ley PH de 1960). Esta propiedad especial, compleja, interdependiente y funcional, como ya en 1957 la calificó MONET ANTÓN en la Academia Matritense del Notariado, constituye hoy por hoy el soporte económico de la mayoría de los españoles (personal, familiar y sucesoriamente hablando).

2. PISOS MERAMENTE PROYECTADOS. PREHORIZONTALIDAD. LOS PROCOMUNALES

Precisión de lo que constituye el piso-local y el régimen aplicable a "los pisos meramente proyectados", a "la construcción por lo menos ya comenzada" y a la "prehorizontalidad", así como lo calificable de elementos comunes –no susceptibles de división; y tampoco de enajenación, gravamen o embargo si no es junto a la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable–. Y diagnóstico acertado para los *procomunales*, extrayendo petróleo de la letra y de la *ratio* del art. 4 de la Ley (configurados por SAPENA TOMÁS, seguido de CÁMARA ÁLVAREZ, de elementos privativos al servicio procomunal y, por ende, enajenables *per se*; sin perjuicio de su posible enfoque como elementos comunes por destino, con su necesaria desafectación para caso de enajenación. Y en ambos supuestos con legitimación distinta para realizar la misma).

3. LOS ANEJOS. Precisión de los *anejos* (corrigiendo, por de pronto, la dicción legal: el "aunque" del art. 3, *in fine*, de la Ley).

4. GARAJES. CONFIGURACIÓN JURÍDICA

Configuración de los garajes-aparcamientos subterráneos: todo el garaje, cada plaza; propiedad separada, accesorio del piso-local, elemento común, anejo, procomunal... Y configuración con posibilidad de que sirvan a varias comunidades de propietarios (decía Enrique MARISCAL, registrador de la propiedad de Navalcarnero, en el año 2003, al comentar la Res. de 3 de abril de 1987, que "parecía insólita tal posibilidad, pero la realidad se imponía". Claro que se imponía; LACRUZ dirá en 1991: "en la práctica notarial se aconseja...", al tratar de las agrupaciones de plantas de garaje de varios edificios formando una sola finca registral.

5. URBANIZACIONES PRIVADAS

Auténtico malabarismo, si la expresión me es permitida, configurando las urbanizaciones privadas como propiedades horizontales *tumbadas*, en la ingeniosa teoría de SAPENA TOMÁS (la alabanza se debe a DELGADO TRUYOLS y vale la pena corroborarla leyendo la conferencia que pronunció en la Academia Matritense del Notariado el 23 de mayo de 1966). La Resolución de 2 de abril de 1980 refrendó tal enfoque partiendo de la inscripción de la figura sobre la base del principio del folio múltiple, cuando ya Joaquín SAPENA llevaba más de veinte años plasmándola en su Protocolo.

6. CONJUNTOS O COMPLEJOS INMOBILIARIOS PRIVADOS

Y no sólo las urbanizaciones privadas, en general los conjuntos inmobiliarios han dado el paso de gigante que la realidad exigía. Sí, pero hubo que hacerla ver, "a pesar de los pesares". Si la Ley PH se quedaba corta: "el edificio", los supuestos ahora apuntados, con la expresión terminológica de "complejos inmobiliarios privados" recibieron en 1999 el espaldarazo legal en el actual artículo 24 de la Ley PH. Convenza o no éste, el mérito es de los notarios que plasmaron la realidad.

Sólo como resumen, cabe decir que para la DGRN el concepto de "propiedad horizontal tumbada" es amplio, constituye un género con dos especies distintas: las PH en las que el suelo es elemento común y los elementos privativos que la integran se sitúan en el mismo plano horizontal (están *tumbados*), y el complejo inmobiliario con parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes, pero que participan en otros elementos en comunidad (Res. de 10 de diciembre de 2003; 14 de junio de 2004; 27 de enero de 2006; 3 de diciembre de 2009).

7. CONSTRUCCIÓN EN RÉGIMEN DE COMUNIDAD

Y... "si varios propietarios construyen un edificio con ánimo de distribuirlo, *ab initio*, entre ellos mismos, transformándose en propietarios singulares de...", palabras textuales de la Exp. Mot. de la Ley del 60, ha dado lugar a lo que se ha calificado de "comunidad valenciana" (y es que, como dice LÓPEZ COLMENAREJO, ha sido en aque-

lla región donde comenzó a utilizarse con regularidad); y el 18 de abril de 1988 la admitió la DGRN. Sí, pero inmediatamente después de la Ley de PH, notarios del Colegio de Valencia hacían valer la redacción transcrita llevándola a sus lógicas consecuencias sustantivas, registrales y fiscales (eso si ya no la estaban haciendo valer antes).

No por casualidad se celebró en Valencia el I Simposio sobre propiedad horizontal. En 1972, notarios que vengo citando nos ilustraron con la exposición de figuras como las que apunto, precisando las líneas maestras de su aplicación real.

8. OTROS AVANCES EN SEDE DE NEGOCIOS DE TRASCENDENCIA REAL

¿Sigo? Sólo cito aportaciones y avances jurídico-reales: en la aportación de solar (cambio de suelo por edificación futura), con todas las modalidades jurídicas que esta *renovatio* negocial ha supuesto (a invitación de Joaquín SAPENA tuve el honor de colaborar con él y con Jerónimo CERDÁ, en la ponencia del XIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Barcelona, 1975. Tratamos de esta figura –entre otras– en “Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores”); en el derecho de superficie; en el de subedificación; en el de vuelo, sobreelevación o “levante” (término con el que cabe aludir a la región que acoge el Congreso; este espléndido enclave alicantino, dicho sea de paso, era hace no muchos años una playa desierta, unas casas de planta baja hacia la montaña y un huertano con su jumento al fondo; así aparece en el daguerrotipo que conservo).

En mis primeros años de ejercicio profesional, ejerciendo en Galicia, me enfrenté a una cuestión problemática. A vueltas con el problema y con las orientaciones recibidas (de Fernando MONET), profundicé en la accesión inmobiliaria: mi estudio vio la luz años después –en 1969– en la *Revista de Derecho Notarial* y las extensas conclusiones transcritas han sido en los *Fundamentos* de L. Díez-PICAZO. En mi estudio –con cita de René SAVATIER– hablo de que llegará un día en que el espacio cúbico acotado podrá ser objeto de tráfico jurídico sin cortapisas ni frenos exagerados: hoy las “propiedades superpuestas o propiedad por volúmenes” constituye incontestable realidad. En la actualización del estudio al que acabo de referirme, plasmada en el *Libro homenaje a J. F. Delgado de Miguel*, comento

Resoluciones de 2002 y específicamente las de 24, 26 y 27-II-2007, acerca de la configuración de la "propiedad volumétrica". En estas últimas se afirma que: entre las excepciones al principio de accesión del dominio está "la delimitación del suelo y el vuelo como *objetos diversos* en el tráfico jurídico, posibilidad amparada en el principio general de libertad de creación de derechos reales existente en nuestro Derecho (respetando las exigencias esenciales o estructurales de nuestro sistema registral)".

II. CONCLUSIÓN

Ego palam locutus. "A la luna de Valencia" no se quedaron di-
letantes, notarios que –lejos del "*dolce far niente*"– nos han dado
(como los naturales de la tierra que me vio nacer, gentes laboriosas
y festivas) ejemplo admirable. He querido rememorar algunos as-
pectos de su hoja de servicios, en noviembre de 2011, con motivo
del Congreso Notarial celebrado en Benidorm.

LA RENUNCIA DE HERENCIA EN FAVOR DE OTRO

Domingo Irurzun Goicoa
Notario

Extracto:

Ante el proyecto de una renuncia de herencia a favor de otro, el notario debe aconsejar una escritura de renuncia cuando el favorecido resulte beneficiado por el acrecimiento de la porción que la renuncia deja vacante.

Si tal acrecimiento no pudiera producirse, procede otorgar una "escritura de cesión de derechos", la que se suele denominar venta de herencia.

Para justificar debidamente esta conclusión, el autor dedica la mayor parte del trabajo al estudio previo y detallado de numerosos conceptos, entre los que destacan la renuncia (que distingue del abandono), la renuncia de un patrimonio ofrecido (renuncia de herencia), el de acrecimiento y el de venta de herencia, entre otros.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN: UN LARGO CAMINO A RECORRER

I. LA RENUNCIA DE DERECHOS

1. La renuncia de derechos y su admisibilidad
2. La renuncia de derechos y sus clases, según la doctrina
3. La renuncia y la dejación voluntaria de derechos
4. La dejación y su objeto: modalidades y su denominación
 - a) Si el derecho es propio: abandono
 - b) Si el derecho es ajeno: renuncia
5. La renuncia ante el ofrecimiento de un patrimonio

II. LA RENUNCIA Y LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA*

1. Renuncia a la sucesión universal
 - A) Sucesión y tránsito sucesorio. Nombramiento para suceder
 - B) Ofrecimiento de un patrimonio: la herencia yacente

- C) El nombramiento y el derecho a heredar... o no heredar
 - D) La renuncia sucesoria, renuncia de derechos ajenos
 - E) Efectos de la renuncia a la sucesión universal
 - 2. Renuncia a la sucesión singular o particular
 - 3. Renuncia en caso de doble título sucesorio
- III. LAS RENUNCIAS EN EL DERECHO DE SUCESIONES
- 1. Toda renuncia sucesoria favorece siempre a alguien
 - 2. No es renuncia si pretende favorecer a alguien determinado
 - 3. No es renuncia si se hace por precio
 - 4. No es renuncia si se pretende disponer
 - 5. Toda renuncia tratada como aceptación es una pseudorrenuncia
- IV. LA RENUNCIA DE HERENCIA Y OTROS CONCEPTOS BÁSICOS
- 1. Heredero
 - 2. Acrecimiento
 - 3. Venta de herencia
 - A) La venta de herencia en sentido técnico
 - B) La venta de herencia en lenguaje habitual
 - C) La venta de herencia en el Código Civil
- V. EL NOTARIO ANTE EL PROYECTO DE RENUNCIA
- 1. El enfoque notarial en términos generales
 - 2. Particularidades según sea el cauce sucesorio
 - A) La cualidad de heredero en ambos interesados
 - B) La igualdad de sus respectivas cuotas hereditarias
 - 3. Escrituras públicas que pueden surgir de tal proyecto
 - A) De renuncia que favorece al causar acrecimiento
 - B) De renuncia que favorece sin causar acrecimiento
 - C) De cesión de los derechos heredados

INTRODUCCIÓN: UN LARGO CAMINO A RECORRER

Lo que el autor se proponía al comenzar este pequeño estudio era hallar la práctica notarial correcta para la redacción de una escritura en la que debía documentarse la denominada renuncia de herencia a favor de un tercero cuando la verdadera voluntad del sedicente renunciante era, de hecho, convertir en heredero a esa misma persona en cuyo favor decía renunciar.

Tal propósito surgió a consecuencia de haber tenido conocimiento de un hecho vulgar y cotidiano que dio lugar al otorgamiento de una discutida escritura pública. El caso era el siguiente:

Un causante intestado deja viuda y cinco hijos y por toda herencia, un modesto piso ganancial. En el cuaderno particional que otorgan todos, después de liquidar la sociedad conyugal y adjudicar el piso por mitades indivisas, los cinco hijos manifiestan su deseo de que su madre sea dueña única de la vivienda y renuncian a la herencia paterna en su favor.

*La escritura en que se protocolizaba dicho cuaderno particional, en su "Otorgamiento" decía que **"en virtud de la renuncia, la viuda se adjudica el pleno dominio del único bien inventariado como heredera única del causante"**.*

El registrador de la propiedad que tenía pendiente de despacho tal escritura, a pesar de la evidente impropiedad de las últimas cinco palabras transcritas, ya había encontrado la fórmula que le permitía poder inscribir el título. Y tuvo la gentileza de preguntarme cuál era a mi juicio el título adquisitivo de la viuda y cómo lo hubiera expresado en la escritura.

Mi respuesta fue que, en tal supuesto, una vez asegurado de que tales hijos carecían de ascendientes, hubiera aconsejado que renunciaran la herencia. De este modo se hacía necesaria una nueva acta de notoriedad del abintestato en la que se habría de nombrar a la viuda. Ello le permitiría aceptar la herencia y adjudicarse –ahora sí por ser heredera única– la mitad indivisa del piso, cuya otra mitad también le correspondería en pago de su haber en la sociedad conyugal disuelta. Y todo ello con un mínimo coste fiscal. Y que, de haber existido aquellos otros parientes del causante, mi consejo hubiera sido que los hijos aceptasen la herencia y donasen a su madre la mitad del piso que habían heredado y que ella habría de aceptar.

Pero me quedó dentro la cuestión de que ignoraba si el tema había sido estudiado doctrinalmente y si había precedentes acerca de cómo deben acometerse supuestos de este o parecido corte en un correcto ejercicio de la función notarial. Y pensé en la posibilidad de aportar un grano de arena al problema en el intento de buscar la solución.

Me había sorprendido que, en mi propia respuesta, una cuestión al parecer marginal como la de que los hijos renunciantes tuvieran ciertos parientes o carecieran de ellos, pudiera causar dos consejos tan distintos: si los había, el consejo era una renuncia de los hijos que favorecía a su madre al hacer posible que heredase a su esposo; de no haberlos, el favor a la madre exigía que los hijos tuviesen que aceptar la herencia y donarle lo heredado.

Ello me hizo plantearme el concepto de la renuncia en sí misma, al que entreveía como el concepto previo y fundamental, necesitado de clarificación, y cuyo análisis era preciso aprehender y analizar. Y, tras repasar la opinión de los autores y las clases de renuncia que estudiaban, cavilando sobre varios aspectos, creí haber llegado a comprender que convenía ver en la renuncia –tipificada por ser un querer negativo– no una, sino dos instituciones diferentes.

Llegar desde el concepto de renuncia hasta el enfoque notarial de lo que es la voluntad de los posibles otorgantes de una escritura de renuncia de herencia a favor de otro y a la formalización del instrumento público en que se documente, al menos en algunas de sus principales variantes, supone un largo trayecto por el que me ha parecido necesario discurrir y en el que me agradaría estar acompañado por el paciente lector, que puede comprobar todos los pasos con una detenida lectura del sumario (1).

En este caso no es un tópico referirse a la paciencia. Va a ser necesaria porque para acometer este empeño de modo inteligible y con posibilidades de éxito resultó necesario remontarse al estudio de otras muchas cuestiones, lo que lleva consigo el riesgo de dedicarles una extensión que pudiera resultar desproporcionada, al crear un desequilibrio entre el fin que se quiere lograr y los medios que es necesario utilizar para llegar a él.

Se ha tratado de evitarlo huyendo de las pormenorizaciones y de citas eruditas, a través del resumen de consideraciones de tipo general.

(1) No parece que sea ocioso la advertencia al lector de que *no va a encontrar aquí un formulario para la redacción de escrituras*. Es tarea de cada notario redactar los instrumentos públicos que autorice.

I. LA RENUNCIA DE DERECHOS

El Código Civil, a lo largo de su articulado, habla de renuncia en múltiples sentidos: renuncia de cargos (como la tutela o el albaeazgo), de acciones (las de revocación o reducción de donaciones), de situaciones jurídicas (a la nacionalidad o la prescripción adquisitiva ganada), o a la renuncia de derechos (al de alimentos, al del usufructo, al de saneamiento por evicción, al de las servidumbres, y trata la renuncia de herencia, la de legados, etc.).

Y aunque no de un modo literal, también se refiere a la renuncia de las leyes, y la doctrina es unánime en entenderlo así, cuando emplea –en el artículo 6.2.º– el eufemismo de la “exclusión voluntaria de la ley aplicable”.

1. LA RENUNCIA DE DERECHOS Y SU ADMISIBILIDAD

Y ya en este mismo precepto, dentro de su Título Preliminar, dedicado, según su epígrafe, a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, allí, sin demasiada lógica y en extraña compañía, admite la renuncia de derechos estableciendo su validez, aunque limitada, según dice, a los reconocidos en la ley y que “no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”.

La renuncia de la acción para hacer efectivas las responsabilidades que proceden del dolo, no es sino la renuncia del derecho a exigir tales responsabilidades. Pues bien, el artículo 1102, al proclamar su nulidad, parece claro que se apoya en la idea de que contraviene el interés o el orden público, gravemente afectados por una dolosa actuación en el ámbito contractual.

Cuando el derecho afectado por la renuncia es de una estructura compleja en el sentido de que se halle indisolublemente unido con el cumplimiento de un deber jurídico protegido por la ley –es decir, cuando integra una “función”–, la renuncia tampoco es viable. Es también la vulneración del interés o el orden público la que lleva consigo la nulidad de derechos tales como los atribuidos a los titulares de la patria potestad.

El perjuicio a terceros, en cuanto motivador de la nulidad de la renuncia de derechos, no es sino la natural aplicación del principio *alterum non laedere*. Pero hay ocasiones, ciertamente excepcionales, en que la ley decreta la validez de la renuncia si, por otro lado,

exigencia de justicia, logra evitar el perjuicio del tercero aun en contra de la intención del renunciante.

Esto es lo que, por ejemplo, hace el artículo 1001 del Código Civil, creando un ingenioso mecanismo en cuya virtud pueden salvar sus créditos los acreedores de quien renuncia el derecho a adquirir la herencia que se le ofrece, cuando tal renuncia pueda perjudicarles. Se mantiene la validez de la renuncia de herencia, pero se permite a los acreedores del renunciante solicitar del juez que les autorice a aceptar la herencia, aceptación que sólo aprovechará a los acreedores. (Y el exceso, si lo hubiere, nunca pertenecerá al renunciante –su renuncia surte plenos efectos para él–, sino a quienes, en su lugar, hayan devenido herederos).

A pesar de que la literalidad del artículo 6.2.º parece limitar la validez de la renuncia de los derechos a los que estén “reconocidos” en la ley, no parece que ello se deba sino a la necesidad sintáctica o gramatical de adaptar la frase al texto inicial del precepto, y que en modo alguno puede entenderse en el sentido de que los derechos negocialmente establecidos por las partes no puedan ser objeto de renuncia. Porque, en definitiva, todo verdadero derecho ha de estar reconocido en la ley para que la situación de poder en que consiste pueda ser exigida, realizarse y, en su caso, gozar de la protección y defensa de los poderes públicos.

2. LA RENUNCIA DE DERECHOS Y SUS CLASES, SEGÚN LA DOCTRINA

De todo ello se infiere con claridad que los derechos son renunciabiles, aunque no todos, ni en todas las circunstancias. Pero no se nos da ninguna idea concreta acerca de lo que es la renuncia, cuál es su esencia, en qué consiste.

La doctrina se ha visto obligada a reaccionar y lo ha hecho estudiando estos aspectos que se acaban de mencionar. Pero tal vez no haya conseguido la necesaria y adecuada generalidad o, la mayoría de las veces, se ha dejado llevar por un mal sentido práctico que es el de verla –y en sentido más bien estricto– en sus dos aspectos más habituales.

El primero de estos es el de estudiar la renuncia de los derechos dentro de lo que es la teoría general de los derechos subjetivos y, en particular, de la de su extinción o pérdida. Y el segundo, en el Derecho sucesorio, en relación a las posibles situaciones en que puede

encontrarse la herencia –la herencia yacente–, en particular, por su contraste con la aceptación de la herencia.

Se observa también que es frecuente la existencia de estudios en los que el autor acomete el análisis de una de las manifestaciones de la renuncia para, conforme a ella en concreto, prejuzgar aspectos que son de carácter general. Es lo que creo que ocurre en el caso de POU DE AVILÉS (2) que, al estudiar en un excelente y utilísimo trabajo la renuncia que llama “abdicativa”, presupone que toda renuncia es un acto de disposición.

Hay otros casos, más raros, en los que, a la inversa, al dar una definición general de la renuncia, se menciona una característica que luego falta en alguna de las clasificaciones habituales. Así le ocurre a LACRUZ (3), que, al hablar de la renuncia en general, la califica de “autodespojo del propio derecho”. O a DORAL (4) en idéntico sentido, cuando señala al lado de la idea de la unilateralidad de la renuncia, la de estar referida a un derecho propio.

A la hora de definir la renuncia, hay autores que incurren en una excesiva generalización que la priva de utilidad. En esta línea puede situarse a BATLLE, para quien la renuncia es la voluntaria abdicación de una situación, derecho o expectativa tutelada por la ley (5).

Mirando ya a su contenido, GULLÓN (6) se refiere al objeto de la renuncia para indicar que “lo constituyen desde luego los derechos subjetivos de que sea titular el renunciante.” Y añade que cabe también la renuncia de derechos potestativos o facultades de configuración jurídica, derechos eventuales (titularidad sometida a condición), las excepciones que se posean para enervar reclamaciones de otros.

(2) POU DE AVILÉS, José María: “La renuncia en el Derecho Civil español”. *Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*. Barcelona. Bosch. 1983. Vol. II, pp. 695-742.

(3) LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Manual de Derecho civil*. Barcelona, 1979, p. 122.

(4) DORAL GARCÍA DE PAZOS, José Antonio: “La renuncia abdicativa de derechos”. *Libro-homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*. Madrid. Centro de Estudios Registrales, 2006, tomo I, pp. 409-445.

(5) BATLLE VÁZQUEZ, Antonio: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Editorial Revista Derecho Privado. 1978, p. 108.

(6) GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Comentario al Código civil* (Art. 6.2.) VVAA. Ministerio de Justicia. Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica. Madrid, 1991. Tomo I, p. 34.

CASTÁN (7), al decir de ella que es “dejación o abandono de un derecho por su titular sin transmitirlo a otro”, dentro de su habitual precisión, acaso se ciña con exceso al modelo de la pura extinción del derecho subjetivo.

AMORÓS (8) incurre en similar fallo (supuesto que lo sea) cuando afirma que la renuncia es el negocio jurídico dispositivo que pretende la extinción del derecho renunciado. Aunque a renglón seguido le da mayor amplitud, al agregar que supone la dejación o abandono voluntario de una ventaja patrimonial de la que es beneficiario.

Hay otros muchos autores que se van incorporando a la idea, que tiende a mayoritaria, de considerar la renuncia como dejación o abandono.

El hecho real es que, no obstante la abundante literatura jurídica sobre la materia, no se ha conseguido ni una verdadera y satisfactoria definición de la renuncia, ni una clara distinción entre las clases que de ella se pueden encontrar.

Siempre se ha reconocido la enorme dificultad de hallar verdaderas definiciones, pero se ha olvidado la frase atribuida a Aristóteles de “Adoraré como a un dios a quien sepa definir y dividir”, cuando en ella se está parangonando con la dificultad de definir, la de dividir o clasificar lo definido. Y es que no se tiene en cuenta que la dificultad de la clasificación radica en que consiste en una re-definición de cada una de las que se presentan como clases de lo antes definido.

La doctrina, en general, menciona muy diversas clases de renuncia. El citado AMORÓS enumera, si bien de modo incidental, la abdicativa, traslativa, preventiva, y reconocitiva y liberatoria.

Lo más frecuente, y partiendo de la base de que es siempre unilateral, ha sido distinguir la renuncia abdicativa (dentro de la cual se incluyen las llamadas liberatorias o exonerativas), la preventiva, y (con el rechazo de la mayoría) la traslativa. Con razón se decía de ésta que, con su paladina incongruencia, estaba demostrando que no era una propia renuncia.

Hoy se puede considerar abandonada, por lo que prescindiremos de ella en este momento. Más adelante, sin embargo, habremos de reen-

(7) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil común y foral*. Décima edición. Tomo I. Vol. II, p. 82.

(8) AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: *Comentarios a las reformas del Código civil* (Art. 6.2.) VVAA. Ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 320.

contrarla obligados por la circunstancia de que el Código Civil la utiliza de hecho en alguna de sus normas y a causa de que la práctica forense (e incluso la notarial, de la que convendría erradicarla) sigue sus pasos.

Las otras dos, mal adjetivadas ambas, mantenían el mismo nombre de renuncia de carácter unilateral, pero las diferencias resultantes de sus respectivas calificaciones ponían de relieve una disparidad de tal envergadura que hacía dudar que tuvieran una misma sustancia. (Esta es la conclusión a la que, por un camino similar, creo que se debe llegar, como veremos).

La renuncia abdicativa era el modo de extinguir un derecho propio y se caracterizaba por manifestar la voluntad de que no continúe en el patrimonio del renunciante un derecho que existe en él.

La preventiva, por el contrario, quiere impedir que un derecho subjetivo que puede considerarse en formación ingrese en el patrimonio propio.

Es muy precisa y técnica la postura de LLORÉNS (9) que define la renuncia como la declaración de voluntad por la que una persona rechaza una atribución patrimonial puesta a su disposición, por ejemplo, la renuncia de herencia. Y de la renuncia de derechos dice que es la declaración de voluntad por la que se abandona la titularidad de un derecho subjetivo o de cualquier otra situación de poder. Ve auténticos supuestos de ella en los artículos 395, 460, 513.4º, y 546.

Distingue varias clases: la abdicativa, en la que el titular de un derecho ya adquirido hace dejación o abandono del mismo, es decir, separa de su propia esfera de voluntad un derecho incorporado a su patrimonio. Y la contrapone a la renuncia preventiva, por la que no se admite la entrada en la esfera jurídica propia del renunciante de un derecho que aún no formaba parte de su patrimonio (*omissio adquirendi*). Considera aparte la renuncia reconocitiva, la dejación o abandono de un derecho controvertido o dudoso, propia de los convenios transaccionales.

(9) LLORÉNS VALVERDE, Alberto: "La renuncia a los derechos y el Registro de la Propiedad. Examen especial de la renuncia abdicativa". *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, sept.-oct. 2005, pp. 232-242.

3. LA RENUNCIA Y LA DEJACIÓN VOLUNTARIA DE DERECHOS

La renuncia de derechos es siempre un acto de la humana voluntad y, en cuanto tal, contiene unos elementos internos, dos de los cuales son verdaderos presupuestos de existencia: la consciencia, el juicio o discernimiento, que permite distinguir entre los conceptos (que resulta viciada o contradicha, por la falta o enfermedad de la razón), y la libertad (que, viciada, faltaría si el sujeto sufriera violencia física o intimidación); y hay un tercer elemento, en función de su proyección finalista, de su tendencia a un fin, la intención o el propósito que se busca como efecto (10).

En el panorama que antes vimos, lo relativo a la renuncia podía aparecer desdibujado y confuso, en gran parte debido a una deficiente terminología, pero no era desalentador, porque había surgido la idea de “dejación” que hemos visto emplear a CASTÁN, entre otros distinguidos civilistas, que aportaba un rayo de luz si se la veía con la utilidad de destacar en la voluntad un cierto componente negativo, de pasividad o de desinterés, por parte del renunciante.

Por lo que a mí se refiere, la clave para comprender la renuncia, y de un modo concreto, la intención o propósito que la animan, me vino dada, en principio, al pensar en una voluntad negativa, en la idea de “nolición”, convertida en elemento sustancial, de lo que se venía llamando renuncia, y de lo que podía tipificar la conducta del renunciante.

Y no tengo reparo alguno en reiterar lo que ya expresé en otro lugar, que lo que definitivamente abrió mis ojos a la verdadera naturaleza de la renuncia la debo a una fuente no jurídica.

Fue la inestimable ayuda del que fue académico de la Real de la Lengua don Julio CASARES (11), la que me permitió entender, por lo menos de modo inicial, que la renuncia de derechos a que se refiere

(10) Se podría decir que lo primero es saber qué es lo que se puede hacer y elegir con buen juicio. Luego, gozar de libertad que permita llevar a la práctica lo elegido; y, por último, decidir hacerlo mediante el acto de voluntad que lo saca de la intimidad del sujeto y le permite producir el efecto lícito, amparado por el Derecho, de modificar la realidad jurídica.

(11) En su *Diccionario Ideológico de la Lengua Española* (Editorial Gustavo Gili, S. A. Segunda Edición. Barcelona, 1959, p. 723), al definir en su primera acepción la voz **renunciar**: **“Hacer dejación de una cosa que se tiene o de un derecho y acción que se puede tener”**.

el artículo 6.º del Código, es **“la dejación voluntaria de un derecho que se tiene o de un derecho que se puede tener”**.

La frase inicial nos coloca ante un acto con el que el sujeto, reflexiva y deliberadamente, pretende alejar de sí algo, desentenderse de ello. Luego se concreta que ese algo es un derecho que, en un caso, se halla en su patrimonio y, en otro, fuera de este patrimonio pero de posible ingreso en él.

De ese conjunto me parece que pueden destacarse con nitidez estas dos ideas:

— La *primera*, que la renuncia es una voluntad negativa, una noción (unilateral, por supuesto) y que su contenido es la dejación, el acto de no querer la titularidad de un derecho. El sujeto sólo quiere llegar a un total desentendimiento de él (12).

Y es una noción total, completa, porque tampoco pretende ninguna otra finalidad distinta de la enunciada. Al agente ya nada más le importa, ni el destino de ese derecho al que renuncia, ni a quién le pueda corresponder en el futuro.

A mi juicio, nos da el género del negocio jurídico. De un modo provisional, se le podría denominar –aunque quede hoy tan devaluada la expresión– “renuncia de género”.

- La *segunda*, que este derecho se encuentra
 - unas veces, en el patrimonio propio del sujeto renunciante (la que se venía llamando renuncia abdicativa); y
 - otras (en los que se llamaban de renuncia preventiva) está fuera de él, en un patrimonio ajeno, perteneciente a otro sujeto, y que es ofrecido al que luego será renunciante, para que lo adquiera.

Contendría las dos únicas modalidades específicas en que aquel género se puede manifestar.

La distinción es capaz de acabar con la posibilidad de entender que hay una sola figura a la que se pueda diversificar por la aplicación de dos adjetivos que marquen la diferencia entre dos clases de una misma sustancia.

(12) Es claro que lo que sí importa, y de modo sustancial, es que la decisión exista. No se trata de la pérdida involuntaria o del extravío del objeto de un derecho.

Es la sustancia misma la que varía en uno y otro caso. O, al menos, hay dos figuras diversas, aunque ambas arranquen de una idea común que es la dejación nolitiva.

4. LA DEJACIÓN Y SU OBJETO: MODALIDADES Y SU DENOMINACIÓN

Bien se podría pensar que la presencia en ambas de la idea de dejación les permita merecer que se les considere verdaderas renunciaciones. Pero, aun así, debe primar la idea de que es necesario emplear siempre términos unívocos, lo cual aconseja que, si son en realidad dos figuras distintas, distinta ha de ser su denominación, para separarlas y diferenciarlas de modo taxativo.

Al hacerlo de este modo, no hay por qué desechar que acaso una de ellas pueda acreditar mayores méritos para conservar con preferencia el nombre de renuncia. O que, en otro sentido, pueda convenir fijarse en otra que presente una nota que la distinga con mayor claridad y que sea aún más relevante y llegue a sobreponerse a la función negativa de dejación que se le reconoce.

Partamos para ello de lo que aparece como causa diferenciadora crucial:

a) Si el derecho es propio: abandono

Si el derecho está en el patrimonio del sujeto que quiere renunciar a él, su voluntad se centra en no querer continuar siendo titular del mismo.

La voluntad del sujeto es pura negación. Y aun se podría añadir que es doblemente negativa: porque a la voluntad primordial de no querer continuar con la titularidad del derecho se añade la complementaria de que tampoco se le quiera transmitir ni enajenar a persona alguna. Nada tiene que ver con lo que signifique transmisión o enajenación del derecho, que se produciría cuando aquella extracción del derecho del patrimonio propio fuera enlazada y vinculada con la voluntad de otro sujeto encaminada a incorporarlo al suyo. Lo único querido es el resultado, es su pérdida y extinción.

Pero, aunque la esencia se halle en este “no querer”, para que esta voluntad negativa sea operante y no quede ineficaz en la intimidad del propio sujeto, exige una exteriorización que la haga cognoscible por terceros. Y así, imprescindiblemente, la nolición ha de

ir acompañada de modo necesario por un acto de ejecución, acto extintivo, unilateral y no recepticio que la pone de manifiesto y, al revelarla al exterior, la materializa.

La consecuencia que acarrea es que el centro de gravedad de la figura se desplace desde el acto interno de negar la continuidad del derecho en el patrimonio propio y su extinción por la pérdida de la titularidad, hacia lo que es la expresión exterior de tal dejación.

Y esta dejación, aunque es auténtica y causa la pérdida del derecho, debe ceder su nombre para usar el de abandono, de mayor expresividad, acto de desposesión del objeto de aquel derecho, que explicita la dejación, la publica y hace que pueda ser conocida por terceros a los efectos oportunos.

Y así nace el **abandono**, el acto ostensible de dejación del derecho, por el que se le saca del patrimonio, y se le desecha mediante el desentendimiento del objeto sobre el que recae, "desapoderándose" por completo de él.

De este modo en el acto del público abandono del objeto del derecho se subsume la íntima voluntad de sacar a éste del propio patrimonio.

El abandono de los derechos como causa de su extinción no es, por cierto, ninguna novedad. Es la *derelictio* que nos fue legada por el Derecho romano. ROCA SASTRE (13) lo dice con toda claridad: "La renuncia abdicativa, o sea la declaración de voluntad de abandono...".

La relación existente entre la renuncia y el abandono podría resumirse diciendo que en la voluntad de renunciar se halla el *animus derelinquendi* y que el abandono representa el *corpus derelinquendi*.

Su campo de acción propio y característico es el de los bienes muebles, por la gran importancia que la posesión reviste en cuanto a su publicidad.

El efecto que la ley anuda a dicho acto cuando se refiere a bienes muebles es el de que la cosa queda convertida en un objeto carente de dueño, se hace *res nullius* (14), "cosa de nadie", de la que cual-

(13) ROCA SASTRE, Ramón María: *Derecho Hipotecario*. Quinta edición. Bosch. Barcelona. Tomo I, p. 739.

(14) Hay autores que sólo califican así a las cosas muebles que nunca han tenido dueño, con natural referencia a "los animales que son objeto de la caza y la pesca", en frase del artículo 610, y llaman *res derelictae* a las que,

quiera puede apoderarse y ocupar. Y tal ocupación es el modo –originario– de adquirir su dominio, como resulta de los artículos 609 y 610 del Código Civil.

Pero, aunque no sean susceptibles de ocupación, y tengan un régimen posesorio tan diferenciado, también conviene aplicar a los bienes inmuebles la idea de abandono, aunque sus efectos sean muy diversos de los expuestos hasta ahora, en especial porque el régimen de tenencia, pérdida y publicidad de las relaciones jurídico-inmobiliarias, en el sistema de los Registros de la Propiedad, les aparta de modo sustancial de lo que hasta ahora se ha expuesto.

Por lo que se refiere al abandono del dominio inmobiliario, se le reconoce sin objeción el valor de acto causante de la pérdida del dominio. Pero en el momento en que, por el abandono del dueño, el inmueble carece de titular pasa *ex lege* y de automático modo a convertirse en propiedad privada del Estado, es decir, en bienes patrimoniales (no demaniales) de éste (15), con independencia del estado posesorio en que el inmueble se halle.

El Código Civil regula varios casos de renuncia del dominio, unas veces del compartido en comunidad, caso del artículo 395, que admite a todo copropietario que “renuncie a la parte que le corresponde en el dominio” para eximirse de contribuir a los gastos de conservación de la cosa común, renuncia que algunos autores llaman “exoneratoria”. Y hay ocasiones en que se refiere al llamado dominio “dividido”, en los censos, como en los artículos 1625, relativo al supuesto en que se permite al censatario “abandonar la finca al censualista”, o el 1631 que, regulando un caso de expropiación parcial de la finca, da opción al enfiteuta para que abandone el resto a favor del dueño directo.

El **abandono** es el acto por el cual el titular de un derecho se desposee de él materialmente como medio de publicar y poner de manifiesto su voluntad de dejar de considerarlo como propio, con la que provoca su extinción al extraerlo de su patrimonio.

habiendo tenido un dueño, han sido abandonadas por él y a las que el propio precepto denomina “las cosas muebles abandonadas”. Pero por regla general no se distingue entre ambas expresiones y se las considera intercambiables.

(15) El artículo 21 de la Ley de Patrimonio del Estado dice: “Pertenece

b) Si el derecho es ajeno: renuncia

Si está en un patrimonio que no es el del sujeto, es indudable que la voluntad del sujeto ya no es espontánea e independiente como la que acabamos de ver. La situación ahora es otra y tan distinta que hace difícil ver entre ellas alguna conexión relacionada con esta materia que estudiamos.

La conexión se logra sólo con añadir que ese derecho ajeno tiene que haber sido *ofrecido* (16) al agente para que lo adquiriera, con la particularidad de que la oferta se haga en circunstancias de las que siga la necesidad de que exija una congrua respuesta.

El *ofrecimiento* es necesario para enlazar el sujeto a quien se le formula con el derecho que pertenece a otro. Pero, para que el mismo pueda tener alguna relevancia jurídica, no es menos preciso el hecho de que el sujeto tenga que dar una respuesta a ese ofrecimiento.

Es clara la existencia cotidiana de innumerables ofrecimientos para adquirir derechos de otro, que están privados de toda relevancia jurídica inicial. Basta pasar la vista por la interminable relación de los “anuncios por palabras” de la prensa diaria.

Hay ofrecimientos que incluyen consigo las consecuencias de la respuesta negativa. Por ejemplo, cuando un accionista recibe de la Sociedad el aviso de que ha acordado un aumento de capital y le invita al ejercicio de la suscripción preferente, suele predeterminar, a la vez, que la negativa a la adquisición de las nuevas acciones por el socio se realice mediante la autorización para vender los derechos

al Estado como bienes patrimoniales los inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño conocido”.

Tal redacción procede del Decreto 1022/1964, de 15 de abril, norma promulgada al amparo de lo dispuesto en la disposición final de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado de 2 de diciembre de 1962, que autorizó al Gobierno para aprobar por Decreto el texto articulado de la misma.

La norma parece que obliga a entender que en materia de inmuebles no se puede hablar de *res nullius*. Pero, abandonado el inmueble por un titular capaz, el hecho de quedar vacante, ¿determina su pertenencia al Estado, su adquisición *ope legis*, de modo automático y sin tener siquiera conocimiento de él?

(16) Hay que reconocer a Ramón María ROCA SASTRE la primacía en descubrir la necesidad de este ofrecimiento de un derecho que es ajeno.

de suscripción. Y tienen, por tanto, su propio régimen, por lo que no nos referiremos a esta oferta.

En otro aspecto, muy distinto ya, porque la respuesta es necesaria, se producen los ofrecimientos significativos de adquisición de derechos, los cuales pueden provenir de convenciones negociadas, como la opción de compra de una finca, o las que la ley crea a favor de algunas personas a consecuencia de la venta de ciertos derechos o del proyecto de venta de otros, como es el caso de los tanteos y retractos legales.

Ante tal oferta, si la respuesta que se le exige de aquel a quien se formula es una respuesta negativa, estamos de nuevo ante una dejación, si bien referida al derecho ajeno que se ofreció. ¿Qué denominación es la que le conviene?

En su búsqueda es preciso tener muy presente que la figura está basada también en la idea de “no querer”, en este caso, la de no querer el ingreso o la recepción en el patrimonio propio del derecho ajeno ofrecido. Y, además, por lo menos a mi juicio, en la de que sólo esto es lo que interesa al Derecho. La pura negativa, lisa y llana, neutra, a la adquisición del derecho deferido.

La palabra –el verbo, en sentido gramatical– que tratamos de encontrar para la pura acción de “no admitir la adquisición”, en contra de su aceptación, debería ceñirse de modo muy estricto a tal fin. Y lo mismo el término, correlativo y de igual raíz, que se aplique al efecto de tal acción.

Es preciso insistir en su neutralidad, en que no se debe ni siquiera aludir, porque nada importan en Derecho a estos fines, a las causas o razones que el sujeto tenga para tal acción (que las tiene, por supuesto), ni el juicio que la oferta le haya merecido, ni el estado de ánimo que haya provocado en el que responde.

Por eso creo que deben excluirse de la elección términos que, revelando la voluntad negativa, no respeten la citada neutralidad. Así ocurre con las voces rechazar o repeler, que envuelven un cierto matiz de violencia, aunque sea mínima o incipiente; o con las de desear, desdeñar o repudiar, que tienen una innegable connotación despectiva, peyorativa o de menosprecio, o, en sentido contrario, la de declinar, reveladora de que el sujeto no se considera digno de merecer el derecho ofrecido.

En mi opinión, el término verdaderamente apropiado para designar la acción que consiste sólo en *no aceptar*, es el de *rehusar*,

pero tiene el grave inconveniente de que la Academia (así como los diversos autores de otros diccionarios) no reconoce la existencia de un sustantivo que se aplique al efecto de dicha acción de rehusar. Porque no existen las palabras “rehúse”, ni tampoco “rehusamiento” ni “rehusación” (aunque para una acción no muy distinta, se acepte el término “recusación”).

Y, en consecuencia, me inclino a creer que el término aplicable es el tradicional y acostumbrado de renuncia, ahora ya sólo, sin adjetivo alguno, para designar el efecto de la acción de renunciar o rehusar.

Y así, la dejación de que tratamos, la **renuncia**, es el acto por el cual una persona declara su voluntad de rehusar el ofrecimiento que se le hace para la adquisición de un derecho o de un conjunto de ellos que pertenecen al patrimonio de otro.

Con lo que precede puede decirse que se ha creado ya la base necesaria para entrar en otro aspecto del mismo tema, que nos acerca a lo que buscamos.

Hemos centrado la renuncia propiamente dicha en la negativa a adquirir un derecho ajeno ofrecido para ello. En este momento damos un paso adelante, para entrar en terreno sucesorio, en el que encontramos el ofrecimiento –y por ende, la posible renuncia– de un patrimonio.

Ello aconseja hacer un breve recordatorio tanto de lo que se entiende por patrimonio como del singularísimo ofrecimiento que de un patrimonio se hace en ese tránsito sucesorio que es precedente necesario de la sucesión universal por causa de muerte.

5. LA RENUNCIA ANTE EL OFRECIMIENTO DE UN PATRIMONIO

Hemos venido hablando de renuncia de derechos, pero en este momento vamos a dar un viraje para hablar no ya sólo de derechos en plural, de varios derechos, sino de un conjunto de ellos que son considerados de un modo especial en cuanto forman parte de un patrimonio.

Sí, pero ¿qué se entiende por patrimonio?

Ser persona es, desde el punto de vista del Derecho, gozar de personalidad jurídica; y ésta produce, en su ámbito y a modo de emanación, cuanto le va a ser necesario en la vida social, como es, por ejemplo, lo que llamamos su **patrimonio personal**.

Enseña DE CASTRO (17) que, en su significado técnico útil para la aplicación del Derecho, la idea de patrimonio supone la existencia de un conjunto, de una masa de bienes susceptible de estimación dineraria de una doble faz, una activa (poderes) y otra pasiva (garantía para los acreedores). Y añade (18) que bienes y derechos, como un todo, establecen el estado del patrimonio (solvencia).

Hablamos del patrimonio personal (19), el de la persona individual. En lo que aquí interesa es irrelevante la posible existencia, dentro de él, de algunos conjuntos de bienes a los que se considera con una cierta unidad y autonomía bajo el nombre de "patrimonios separados" (20), por una concreta finalidad exclusiva o destino, o, en frase de DE LOS MOZOS (21), "por estar adscritos a un fin o a otras consideraciones".

Forman el patrimonio de la persona individual, en el que van a tener cabida, teniéndole como titular activo, las situaciones de poder con protección pública y, correlativamente, en cuanto titular pasivo, queda sometido a las situaciones de poder de otros, a los derechos o poderes jurídicos de las demás personas.

El ordenamiento jurídico concede al titular de relaciones jurídicas activas y pasivas unas facultades muy amplias para actuar sobre ellas, con las que realiza actos de su voluntad que las constituyen, modifican o extinguen. Pero, por el contrario, sobre el patrimonio *como tal*, en el que están aglutinadas todas esas relaciones, el susodicho ordenamiento no le concede ninguna facultad, absolutamente ninguna. Niega, por completo, a la voluntad del sujeto toda posibilidad, por pequeña que sea, de actuar con eficacia actual sobre él. El patrimonio no es negociable.

Esa innegociabilidad del patrimonio no es, sin embargo, absoluta. La excepción, única, singularísima, y su momento de eficacia tienen una misma y única justificación, la de que el hombre es mortal.

(17) DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El patrimonio. Temas de Derecho civil*. Madrid, 1972. Reedición 1982, p. 40.

(18) *Ibídem*, p. 44.

(19) DE LOS MOZOS, José Luis: *Aproximación a una teoría general del patrimonio*. Revista de Derecho Privado, 1991, p. 596.

(20) Me atrevería a sugerir la conveniencia de hablar de "subpatrimonios separados".

(21) *Ibídem*, p. 597.

En esa especial excepción, la Ley va a reconocer eficacia a la voluntad del hombre sobre su propio patrimonio personal y nada menos que para disponer de él... cuando ya no sea suyo. O, por hablar con más precisión, para disponer de él hoy, aunque con eficacia diferida a un momento futuro, precisamente aquel en que el patrimonio ya "no es suyo".

Es el testamento un acto negocial de disposición del patrimonio que se permite a su titular, *causa mortis*, para el momento en que la muerte haya eliminado el vínculo que existía entre ellos. La voluntad del testador nombra a quien desearía ver ocupando su puesto cuando ya esté vacante por su muerte.

La innegociabilidad del patrimonio personal le sigue acompañando cuando ha dejado de serlo, y –ya sin titular– se ha convertido en herencia yacente en espera de su sucesor. Y sigue en su unidad durante el tránsito sucesorio.

De este modo pasamos ya a recordar lo que son la sucesión universal por causa de muerte y el tránsito sucesorio que permite llegar a ella como resultado.

II. LA RENUNCIA Y LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA*

El patrimonio relicto por el causante está destinado por la ley a ser adquirido por otra u otras personas mediante la sucesión *mortis causa* y a tal fin se les formula su ofrecimiento a través de dos cauces: el cauce intestado, vía legal, lo ofrece tan sólo en su conjunto, como unidad patrimonio, en sucesión universal; el cauce testamentario, vía voluntad del hombre, permite tanto ofrecer el patrimonio global, activo y pasivo, sucesión universal, como tan sólo algunos elementos concretos del activo, sucesión singular o particular.

1. RENUNCIA A LA SUCESIÓN UNIVERSAL

A) Sucesión y tránsito sucesorio. Nombramiento para suceder

Al fallecer una persona se causa su sucesión, que se entiende consumada en el momento en que el patrimonio relicto por el causante obtiene un nuevo titular que subingrese en la titularidad de

sus relaciones jurídicas y de los bienes y derechos que contienen adquiriéndolos con asunción de sus obligaciones y cargas. Esta sucesión consumada es, a un tiempo, el resultado de la sucesión.

Pero tal resultado no nace espontáneamente, por sí solo, de la nada. Exige lo que llamamos el tránsito sucesorio, un procedimiento civil en que aquel resultado se prepara con la determinación y nombramiento de aquel a quien, conforme a la ley, corresponda la sucesión.

Con brevedad telegráfica hay que recordar:

- 1.º Es imprescindible que todo fallecido tenga un sucesor.
- 2.º Para ser sucesor se requiere un previo nombramiento habilitante, de carácter personalísimo, nacido en un procedimiento civil, conforme a la ley.
- 3.º El nombrado se hace heredero por el libre ejercicio de su propia voluntad expresada en la aceptación de la herencia.
- 4.º Esta aceptación no cabe sino cuando la herencia esté ya abierta y ofrecida al nombrado idóneo para suceder al causante (22).

B) Ofrecimiento de un patrimonio: la herencia yacente

Al examinar, al principio, los derechos cuya renuncia admitía el Código Civil, se hizo una referencia concreta a la renuncia de herencia y de legados.

El Código no habla literalmente de derechos a la herencia ni de derecho a los legados, sino de la aceptación y repudiación *de la herencia* (artículo 889, por ejemplo, entre muchos) y de aceptar y renunciar *el legado* (así, el 880).

La realidad es que al fallecer una persona, su patrimonio queda vacante. Al dejar sin titular al patrimonio personal del fallecido, la muerte lo ha convertido, sin perder su unidad, en su herencia, en la herencia yacente que busca su nuevo titular y que lo obtendrá a lo largo del tránsito sucesorio. Este imprescindible preámbulo de la su-

(22) En esta síntesis quedan resumidas unas ideas que he ido expresando a través de diversos estudios breves publicados en la *Revista Jurídica del Notariado* y, de modo más completo y sistemático, en mis recientes *Rudimentos de la Sucesión y el tránsito sucesorio (Introducción al Derecho sucesorio del Código civil)*. Editorial Hécice, Madrid, 2010.

cesión hereditaria culmina en el ofrecimiento de la herencia yacente a quien, conforme a las normas establecidas, le haya correspondido la posibilidad de convertirse en sucesor universal y obtenido para ello el preceptivo nombramiento.

Es ahí donde cabe que se produzca la renuncia al ofrecimiento de un patrimonio. Veamos, pues, cómo se puede llegar a ello.

C) El nombramiento y el derecho a heredar... o no heredar

Y en el mismo momento en que el nombrado es idóneo para suceder al causante y la sucesión está abierta para él, la ley, por sí sola, de modo automático y sin acto alguno del interesado, hace emanar del nombramiento un derecho que, de inmediato, le dota de eficacia y operatividad en beneficio de su titular.

No hay duda de su naturaleza de derecho al que los romanos denominaron *ius adeundi vel repudiandi hereditatis*. Es un poder jurídico concreto, ya que es capaz de actuar sobre la realidad y modificarla; pero tiene unas particularidades que lo singularizan, ser adjetivo y accesorio.

Es un puro derecho instrumental, que carece de verdadera autonomía, pues está creado para el servicio y la operatividad del nombramiento que permite suceder al causante y para complementar su contenido dándole ejecución. Es una parte de él y participa de su naturaleza personalísima y sus consecuencias. Además de personalísimo, ello le hace ser también irrenunciable e intransmisible.

Importa mucho destacar que la idea del “derecho a heredar”, de uso común –y no sólo entre profanos– (23), carece de precisión técnica y puede dar lugar a muchos errores. Creo que es tolerable siempre que se sepa que la voz “derecho” se emplea en un sentido muy especial.

(23) Nada menos que un Maestro de la talla de don José CASTÁN menciona la expresión *derecho de suceder* para referirse a lo que los romanos llamaron *facultas adeundi*. LACRUZ BERDEJO es quien lo cita al definir a esta facultad como la “que compete al llamado a una herencia, por título de heredero, una vez abierta la sucesión” (LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 36).

Nadie tiene verdadero derecho de heredar a otro. Lo que puede llegar a tener es un derecho sucesorio instrumental que le permite optar, es decir, elegir entre heredar o no heredar.

Que son cosas muy dispares y que, con precisión innegable, pone de manifiesto la citada denominación latina del derecho. Su contenido es una opción, una elección entre dos posibilidades, "adir o repudiar", "aceptar o renunciar".

Aunque así lo parezca, el titular del derecho sucesorio –el **nombrado**, como se ha dicho– **no tiene dos derechos, el de heredar y el de no heredar.**

El **nombrado** que en nuestro Código Civil llega a ser **titular** del llamado *ius delationis*, el *ius addeundi vel repudiandi hereditatis*, tiene **un solo derecho, el de optar** entre dos posibilidades: la de adquirir la herencia o la de no adquirirla.

La opción afirmativa, **aceptación**, "es adir la herencia", admitir el derecho ajeno ofrecido. La negativa, **renuncia**, es la dejación de ese mismo derecho, rehusar su adquisición.

Las consecuencias de lo que representa ejercer la opción están a la vista. Al ser la opción una simple alternativa de elección, de elección forzosa e inevitable, entre dos figuras contrapuestas, sus efectos son también, de modo alternativo, uno u otro. Se opta por adquirir o se opta por rehusar. Nunca por las dos y nunca, tampoco, por ninguna.

Si el nombrado, para que pueda heredar, gozase dos derechos autónomos e independientes, el de heredar y el de no heredar, es evidente que no podría ejercer los dos a la vez, porque se lo veda el principio de no contradicción. Pero no habría el menor obstáculo en que pudiese dejar de ejercer uno y otro. Y, siendo ambos propios de su titular, su dejación por él no sería renuncia, sino abandono.

Por el contrario, el titular del *ius addeundi vel repudiandi hereditatis* goza de una opción emanada de su nombramiento y por ende, de la misma naturaleza que éste. Y así como el nombramiento es irrenunciable, también lo es el derecho a ejercer la opción.

(Se podría objetar que nada obliga a dicho ejercicio, y es cierto... hasta que haya alguien que se sienta lesionado por su inactividad y le haga una interpelación judicial. El artículo 1005 impone al juez el señalamiento de un plazo breve, inferior a treinta días, para optar, y fija los efectos de que su silencio no se haya roto antes de su vencimiento.)

D) La renuncia sucesoria, renuncia de derechos ajenos

La conclusión a que se llega después de lo que se acaba de decir es que la renuncia sucesoria, el ejercicio negativo de la opción, es una propia renuncia de derechos ajenos ofrecidos para su adquisición. Pero, por su cualidad de sucesoria, con unas especiales características:

— *Primero*. La opción no se refiere a un derecho aislado, ni siquiera a un grupo mayor o menor de derechos, sino a lo que es un conjunto patrimonial y, en el fondo, a un conglomerado de derechos y de obligaciones. Un conjunto al que se da un tratamiento unitario por razones funcionales, no ontológicas. Se le considera de modo unitario, pero no es “una cosa nueva”.

Por supuesto que todo ello implica una gran complejidad, pero que en modo alguno le distancia ni le separa un ápice de la idea de renuncia que estudiamos.

— *Segundo*. Que el ofrecimiento no es, como suele ocurrir de ordinario, producto de la autonomía de la voluntad de los sujetos. Porque el sujeto de ese conjunto patrimonial ofrecido ha muerto. Y el ofrecimiento para adquirir ese conjunto patrimonial que deviene herencia al fallecer su titular, es una imperiosa exigencia de la política legislativa establecida, conforme a la cual toda persona fallecida ha de tener un sucesor, alguien que se haga cargo de su patrimonio y se convierta en su nuevo titular. En suma, el ofrecimiento es obra de la ley.

Que el autor del ofrecimiento no sea el titular del derecho, sino el ordenamiento jurídico, tampoco obsta al juego de la renuncia. Ya hemos aludido a los tanteos y retractos legales, en los que, viviendo el titular, y sin su voluntad y aun contra ella, la ley ofrece a ciertas personas el derecho a adquirir el derecho que se pretende enajenar o que ya se ha enajenado.

— *Tercero*. Que no hay en Derecho un ofrecimiento de una importancia social que le sea parangonable y que su frecuencia tampoco puede ser igualada por ningún otro. Y, por último

— *Cuarto*. Que, en puridad, es inapropiada la denominación que, por simple comodidad de expresión, se le suele dar. El derecho a

heredar no es lo que se ofrece al nombrado: se le ofrece el derecho de optar o elegir una de las dos posibilidades alternativas del ofrecimiento mismo. Lo que se ofrece en verdad es el conjunto patrimonial en que la herencia consiste, y que, en cuanto ofrecimiento, entraña tanto la posibilidad de heredar como la de no heredar.

E) Efectos de la renuncia a la sucesión universal

El acto de renunciar a una herencia no va acompañado de hechos concluyentes como ocurre en la aceptación o por un acto expreso de afirmación. Y ello explica que la renuncia sucesoria, cuando la sucesión es universal, sea un acto rigurosamente formal, de aquellos en los que la forma *dat esse rei*, es decir, dando cumplimiento a lo que el artículo 1008 dispone, que se ha de hacer en "instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el Juez competente".

El **efecto sustantivo** de rehusar el ofrecimiento del patrimonio relicto es que deja sin adquirir la herencia y la cualidad de titular de sus derechos, apartándose por entero de la sucesión del causante. Y todo ello de modo total, irrevocable e irreversible.

Pero este efecto sustantivo, el único verdaderamente querido por el renunciante, no es, sin embargo, el único a que da lugar la renuncia.

Aunque no hayan sido conocidos, ni previstos, ni queridos por el autor del acto voluntario de renuncia, ésta produce otros efectos que son añadidos por la ley a los sustantivos causados por la voluntad del renunciante. Desde el punto de vista de éste son involuntarios o no voluntarios. Se les puede calificar **de colaterales o accesorios** y presentan una doble versión, interna y externa.

El efecto colateral externo es el de **la necesidad de un nuevo nombramiento**, y se da cuando la frustración es total, ya porque renuncia el único que fue nombrado, o bien, si hay una pluralidad de nombrados, por la renuncia de todos ellos. Hay que hallar, en su defecto, aquellas personas a las que en el momento corresponda la posibilidad de suceder al causante conforme a la legalidad vigente.

El efecto colateral interno es el acrecimiento al heredero o herederos (nombrado o nombrados que aceptaron la herencia) de la cuota de ésta que hubiera correspondido al nombrado o nombrados que formalizaron su renuncia. Se produce siempre en el cauce intestado, pero en el testamentario en la institución plural de herederos se han de dar los requisitos exigidos por los artículos 981 y 982 del Código.

Como es un puro hecho, la expansión del derecho del heredero hacia la totalidad de la herencia, no parece acertado hablar de derecho de acrecer, sino del hecho del simple acrecimiento. El Código Civil parece inclinarse en este mismo sentido en los artículos 922 y 981, cuando emplea los términos "acrecerá" o "acrecerá siempre". Pero al epigrafiar la sección y en los artículos 982 y siguientes, habla claramente de "derecho de acrecer".

Si el acrecimiento no se produce, hay una frustración parcial del nombramiento en cuanto a la porción vacante, por falta de aceptación, y deberá abrirse la sucesión legal.

2. RENUNCIA A LA SUCESIÓN PARTICULAR

No regula el Código la renuncia de mandas o legados (24) en sentido general, salvo su referencia en el artículo 888 a que "el legatario no pueda o no quiera admitir el legado" sino únicamente en un aspecto muy concreto, que es el que pasamos a examinar si bien dentro de un marco más amplio, en el que queda situado.

3. RENUNCIA EN CASO DE DOBLE TÍTULO SUCESORIO

Se ostenta un doble título sucesorio (o plural) siempre que una misma persona está designada para suceder al mismo causante en virtud de causas jurídicas diversas, lo mismo en la sucesión universal que en la particular, los dos cauces por los cuales discurre en el Código Civil el tránsito sucesorio.

El doble título sucesorio universal lo trata el Código Civil en el artículo 1009 y precisamente para regular los efectos de la repudiación de la herencia realizada por quien "está llamado a una misma

(24) Aunque no sea el tema que aquí se debate, no me resisto a la tentación de mostrar mi desacuerdo con la idea de que "en los legados no hace falta la aceptación". Creo que de la aceptación nunca se puede prescindir, aunque sea muy distinta de la del heredero. En ningún momento se debe olvidar que el Código ve en el legado un gravamen que se impone al heredero (art. 858), a éste como a un deudor "obligado a su cumplimiento" (arts. 859 y 860) y que ha de hacer la entrega del legado al legatario (art. 886), ya que al legatario se le ha prohibido en el 885 que "pueda ocupar por su propia autoridad la cosa legada".

No nos puede extrañar, por tanto, que la aceptación del legado no exista

herencia por testamento y abintestato". Y dispone que si la repudia por el primer título se entiende haberla repudiado por los dos; para añadir en su segundo párrafo que, "repudiándola como heredero abintestato y sin noticia de su título testamentario, podría todavía aceptarla por éste".

El doble título de derechos sucesorios singulares tiene su regulación en el artículo 890,1.º al estudiar el caso del legatario de dos legados en el que se dispone que si ambos son onerosos o gratuitos, es libre para aceptarlos todos o de repudiar el que quiera. Pero que si de ellos uno fuera oneroso, no podrá renunciar éste y aceptar el otro (25).

El doble título mixto de derechos sucesorios, es decir, del título sucesorio universal y de uno o varios títulos sucesorios singulares, está también contemplado en el Código Civil (con su habitual despreocupación terminológica, por supuesto), pues el artículo 890,2.º dice: "El heredero que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquélla".

En presencia de tal texto, si el que el Código llama "heredero" es el nombrado para poder ser sucesor universal y el que denomina "legatario" el nombrado para que pueda ser sucesor singular, juzgo evidente que el doblemente nombrado puede elegir entre uno y otro tipo de sucesión, sin que, ante la finalidad de la norma y el doble título sucesorio contemplado, pueda objetarse la unidad del concepto de herencia como patrimonio.

como tal propiamente y que resulte de modo tácito por la petición o reclamación de cumplimiento que habrá de formular frente al heredero.

(25) No faltará quien muestre su sorpresa por el texto de esta norma que parece pugnar con la idea de que aceptación o repudiación (artículo 990) sólo pueden hacerse por entero, que no pueden ser "en parte" o parciales. Así es, en efecto. Pero tan sólo puede entenderse así, por separado, respecto a cada uno de los diferentes títulos que se ostenten. Y con el objetivo de impedir cualquier práctica dirigida a contravenir o subvertir los fines institucionales de la sucesión o contrariar la voluntad del testador, deformándola para satisfacer intereses particulares del titular del derecho a aceptar o repudiar. Lo evidencia así la comparación de este primer párrafo con el que le sigue.

VALLET reconoce llanamente (26) que el artículo 890,2.º tiene aplicación plena a la legítima que el testador ha atribuido por medio de un prelegado.

En rigor, poco importa el modo de atribución que utilice el testador. A los efectos de la norma lo único que importa es que la legítima, en su esencia, es un derecho sucesorio singular que, salvo en su origen, en nada se diferencia de un legado parciario o de cuota. Ni el legitimario ni el legatario van a responder de las deudas y cargas de la herencia. No son, pues, ni lo pueden ser, sucesores universales.

Una vez admitido esto, cosa muy distinta es el modo en que quien ostente el doble título haya de expresar una voluntad negativa o de renuncia, según cuál sea el alcance que le quiera dar.

Pese a su excepcional importancia, mucho me temo que, en la práctica notarial, y ante el anuncio de que ese doble titular *quiere renunciar a la herencia*, serán muy contados los casos en los que se le pregunte si lo que quiere es apartarse por completo de la herencia o conservar algún derecho sobre ella. Que podría renunciar a ser heredero, pero aceptar la legítima o a la inversa (27).

Creo que se puede considerar seguro que la renuncia a la herencia, sin más, implica o lleva consigo la pérdida de los derechos legitimarios.

Pero, como me permito dudar de que esto lo sepa el interesado, me parece prudente que el notario le haga saber con claridad que tiene dos derechos distintos: por un lado, el de convertirse en sucesor universal del causante y, por otro, el de exigir su derecho a la legítima. Y que, con las consecuencias que se le advierten, lo mismo uno que otro derecho pueden ser aceptados o rehusados, y que debe concretar si lo que quiere es apartarse de la herencia por entero, renunciando a cuantos derechos le correspondan en ella, o

(26) VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Las legítimas*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1974. Tomo II, p. 79.

(27) Nunca puede olvidarse que todo hijo, sólo por el hecho de serlo, tiene sobre la herencia de sus padres un derecho de naturaleza sucesoria para que se le abone la legítima que la ley le ha concedido; y que, además, también puede llegar a ostentar la cualidad de sucesor universal si el testador le ha instituido heredero o si, caso de abintestato, ha recibido el oportuno nombramiento en el acta de notoriedad que a tal fin habrá sido autorizada; y que cada uno de esos derechos puede ser aceptado o renunciado, lo mismo de forma conjunta que por separado.

si sólo quiere “no ser heredero”, conservando su derecho a la legítima como sucesor singular.

III. LAS RENUNCIAS EN EL DERECHO DE SUCESIONES

Si en Derecho sucesorio la renuncia es rehusar la adquisición de un patrimonio que se ofrece, puede ser útil examinar las diversas posibilidades que a la misma se presentan, los efectos que va a producir sin que en ellos intervenga la voluntad del renunciante, y qué ocurre si la voluntad del renunciante no se limita a un mero “rehusar la adquisición ofrecida”.

1. TODA RENUNCIA SUCESORIA FAVORECE SIEMPRE A ALGUIEN

La consecuencia de que la ley imponga, inexcusablemente, que todo fallecido ha de tener un sucesor, es que si el nombrado para que pueda suceder renuncia a la herencia que se le defirió, esa renuncia, el rehusar la adquisición, va a producir siempre –sin que el renunciante lo haya querido e, incluso, sin que ni siquiera lo sepa– el efecto colateral o reflejo de favorecer a otros.

Por ejemplo, en la sucesión intestada y a causa de que el primer criterio establecido para poder suceder *ab intestato* a un causante es el parentesco, y con el grado preferente que en su caso proceda, los parientes de tal grado serán los nombrados, y los únicos que podrán suceder.

Pues bien, si todos los nombrados renuncian y se frustra su nombramiento, tal como se acaba de ver, se habrá de incoar un nuevo procedimiento para designar a parientes del grado siguiente en preferencia. Los parientes que en él sean nombrados resultan así favorecidos por aquella renuncia, ya que, en su virtud, tienen ahora un derecho a heredar del que antes de ella carecían.

Si de los nombrados *conjuntamente* por el testador para que le hereden, alguno renuncia, el acrecimiento que sobreviene favorece a los que aceptaron la herencia.

En uno y otro caso, desde el punto de vista del renunciante despreocupado de quienes puedan resultar beneficiados por su acto, éste, que es una verdadera renuncia sucesoria según quedó antes definida, y el “favor” que en ella tiene su origen, recae en “otros”,

en personas que le pueden ser desconocidas o indiferentes y cuya determinación o identidad tal vez no le interesa ni le afecte.

2. NO ES RENUNCIA SI PRETENDE FAVORECER A ALGUIEN DETERMINADO

Las cosas cambian si la voluntad del que dice renunciar está orientada en el concreto sentido de lograr un favor que beneficie a las personas que tiene previstas. Porque ya no es un efecto “no querido”. Y por eso no es, tampoco, una auténtica renuncia; y la ley le niega tal carácter del modo más radical posible: considerándola de modo terminante como verdadera aceptación por vía tácita. Es el resultado que ordena el artículo 1000 del Código.

Por ello ya no se debiera hablar de renuncia, sino de una pseudo-renuncia que la ley tipifica como aceptación tácita de herencia.

Hay, sin embargo, y en el mismo precepto, una excepción significativa. A pesar de que el renunciante ha predeterminado las personas a las que con su renuncia gratuita quiere favorecer, se le respeta el nombre y los efectos de la renuncia, de dar al renunciante por apartado definitivamente de la sucesión. En efecto, el artículo 1000, 3.º, en su final ordena que si los designados “son aquellos a quienes deba acrecer la porción renunciada, no se entenderá aceptada la herencia”.

Es evidente que si la renuncia se mantiene como tal –como si hubiera sido una verdadera *volición*– es sólo por la irrelevancia de ese querer favorecer del renunciante que coincide con el efecto de origen legal, el colateral reflejo de orden interno que se estudió en el acrecimiento. Y lo mismo parece debe ocurrir caso de la renuncia gratuita que haga el nombrado con carácter único en un *ab intestato* en favor de los parientes del grado siguiente en preferencia, aunque los identifique con sus nombres y apellidos.

3. NO ES RENUNCIA SI SE HACE POR PRECIO

Cuando la renuncia se hace por precio a favor de todos los coherederos es también entendida como aceptación tácita, a diferencia del caso que se acaba de ver, cuando es gratuita. Y la expresión del Código responde a la necesidad de que esa circunstancia, la gratuidad, quede resaltada como elemento diferenciador.

Porque es natural considerar que toda renuncia por precio se hace siempre en favor de alguien, que es el que lo satisface precisamente en calidad de contraprestación del favor recibido. Y ello con independencia de que el beneficiado sea un heredero, todos los herederos, alguno o algunos de ellos, o un extraño.

Se menciona aquí, por separado, porque así figura en el número 1.º del propio artículo 1000, iniciando la enumeración de casos en que se entiende aceptada la herencia de modo tácito.

Pero la verdadera motivación es que, contra esta idea del Código, es preciso dejar constancia de que es otra la verdadera motivación de que la renuncia por precio tenga que ser considerada aceptación.

Definida como la “no voluntad” de adquirir el derecho ajeno ofrecido, la renuncia es siempre, por necesidad, un acto unilateral. La existencia de un precio requiere el concurso de la voluntad de otro, y ello es, por sí solo, la causa de que no exista renuncia. Ha de ser, pues, aceptación, conforme a la alternativa en que consiste la opción del *ius adeundi* o *ius delationis*.

Y es aceptación, porque la misma queda manifestada, aunque no expresada en forma oral o escrita, sino en un acto unilateral de señorío del derecho, que es revelador de que lo considera “suyo”.

4. NO ES RENUNCIA SI SE PRETENDE DISPONER

Lo determinante de la aceptación tácita, según la dicción literal del artículo 1000.1.º, es que el heredero “venda, done o ceda su derecho”. Son negocios jurídicos dirigidos a la enajenación o traslación de derechos, son actos bilaterales necesarios para que la disposición se consuma.

Como se acaba de decir, su bilateralidad demuestra que no pueden ser actos de renuncia.

Y es que, como he argumentado en otro lugar (28), el solo hecho de que el nombrado para que pueda suceder realice un acto revelador de que proyecta, ofrece o desea disponer de su derecho, está

(28) Es un breve trabajo titulado “La aceptación tácita en el artículo 1000 del Código Civil”, que forma parte del número de la *Revista Jurídica del Notariado* publicado en memoria de Juan Bms. Vallet de Goytisolo, el núm. XII, extraordinario 2012, pp. 155-166.

poniendo de manifiesto que lo considera **suyo**, que es un acto "de señorío", como decían Las Partidas.

Y es ese acto unilateral el que constituye la aceptación tácita de la herencia, el que el sujeto realiza al ofrecer a otros la venta, donación o cesión de su derecho a la herencia, ya sea de su totalidad, de una cuota de ella o de bienes que la integran.

Porque esa llamada renuncia a favor de persona determinada es una clara *contradictio in terminis*. Y el nombre que se le da ha de ceder ante la realidad de los efectos que la ley le impone. Y es verdadera aceptación de la herencia.

5. TODA RENUNCIA TRATADA COMO ACEPTACIÓN ES UNA PSEUDORRENUNCIA

De cuanto se viene diciendo resulta la incongruencia de que se siga manteniendo el nombre de renuncia para referirse a situaciones de las que nacen unos efectos radicalmente contrarios a los de una verdadera renuncia.

Lo natural es que su nombre responda a la realidad de sus efectos, y que se le denomine conforme a lo que es, aceptación tácita. No obstante, hay que reconocer que es lo que el Código dice y que ello ha dado lugar a una práctica terminológica generalizada de un modo absoluto, de la que el Notariado no ha querido o no ha sabido escapar.

Ello parece aconsejar que se mantenga con tan extraña práctica una cierta tolerancia que no impida combatirla y que no suponga la consagración de un contrasentido. Por eso, en adelante me voy a referir a las renunciaciones que son verdaderas aceptaciones, con el nombre de pseudorrenunciaciones. Y que se habrá de tener muy en cuenta que la voluntad de ese pseudorrenunciante puede obedecer a la idea de favorecer a una persona determinada.

IV. RENUNCIA DE HERENCIA Y CIERTOS CONCEPTOS BÁSICOS

La "renuncia a favor de otro" establece una relación entre dos interesados: uno, *el renunciante*, que pretende renunciar los derechos que dice tener en una herencia, y el otro, *el favorecido*, a quien quiere beneficiar proporcionándole la adquisición de tales derechos.

Aunque es evidente que varias personas pueden tener la misma intención para favorecer a otras varias, por comodidad de expresión, salvo en casos especiales, se hablará siempre en singular.

La cuestión se desarrolla en el ámbito del Derecho sucesorio y en íntima relación con conceptos propios del mismo. Por respeto al lector y, a la vez, para ser bien entendido, el autor se cree obligado a exponer su opinión sobre ciertos conceptos y figuras jurídicas que van a tener en aquélla un papel protagónico. La comprensión de lo que más adelante se expone –en especial cuando se examine el enfoque notarial del proyecto de escritura– no podría captarse con rectitud sin una exacta fijación de ciertos conceptos.

1. HEREDERO

La palabra **heredero** requiere un detenido examen porque no siempre es correcto el uso que de ella se hace, en ocasiones, ni siquiera en los propios instrumentos públicos, testamento, por ejemplo. Y nada tiene ello de extraño porque el Código, como es sabido, es el primero que la emplea de modo inadecuado en numerosos artículos.

El auténtico heredero, el genuino y verdadero sucesor universal, es el que hereda por ministerio de la ley, el que sucede por el cauce legal, el heredero abintestato. Y si en este cauce hubo un nombramiento plural, también cada coheredero es sucesor universal.

La sucesión universal, además de suponer de modo *esencial* la asunción de las deudas de la herencia, está caracterizada también por el hecho *natural* de dotar a su titular de la tendencia a adquirir la herencia, activo y pasivo, en su totalidad y plenitud –en su universalidad– y así ocurre cuando el heredero es único. Y, de hecho, ese goce íntegro se produce siempre, salvo que esa tendencia hacia lo universal –su expansividad o elasticidad– debe soportar o sufrir algún freno o limitación exterior.

El dato es de notable interés si el nombramiento ha sido plural, capaz de crear varios coherederos, y debe retenerse por su vinculación con otro concepto básico que se ha de ver, el de acrecimiento.

En efecto, el heredero único no siempre goza de la integridad

del caudal relicto porque pueden concurrir junto a él los llamados sucesores singulares, cuyos derechos inciden sobre el activo de la herencia, ya en una cuota o parte proporcional del mismo, ya en alguno o algunos de los bienes que lo integran. Su importe reduce o merma lo que hubiera correspondido al sucesor universal si no se hubiera dado tal concurrencia.

Pero la referida expansividad no padece por ello alteración alguna, y lo prueba el hecho de que, si tales sucesores singulares han premuerto al causante, son indignos de sucederle o renuncian a su derecho, desaparecido el freno, el objeto de la sucesión singular vuelve a ingresar en la herencia que el heredero recibe.

Pero hay otro freno, y de mayor entidad. Es el que nace cuando el heredero no es único. Si para que puedan ser herederos han sido instituidos o nombrados varios sujetos y todos aceptan, hay una pluralidad de herederos, y el derecho de cada uno es el freno para la plenitud del derecho de los demás, y la herencia tiene que dividirse en partes, tantas cuantas sean los herederos concurrentes; porque es esta concurrencia la que lleva a la existencia de las partes, *concurso partes fiunt* decían los romanos (29).

La frase se completaba con la de que cuando deja de haber concurrencia, las partes también dejan de existir (*cessante concurso, partes cessant*).

Que esto sea cierto o falso en nuestro Derecho sucesorio va a depender de quiénes sean los que integran el concurso. Porque si son coherederos, personas que han aceptado la herencia, en el Código Civil ocurre exactamente lo contrario. Su concurrencia sigue inalterada y permanece sin cambio (30) para cesar cuando, por la

(29) El modo de determinación de estas partes, fijo en el cauce intestado, puede variar en el testamentario según la voluntad del testador y ello acarrea transcendentales consecuencias. No son infrecuentes los casos en que el testador asigna numéricamente una cuota de herencia, cuota estrictamente limitada y que el atributario no pueda rebasar en ningún caso. Al negarse la expansividad de la cuota se niega a un tiempo la cualidad de heredero del posible aceptante. Y el propio Código distingue en el artículo 983 entre la designación de partes alícuotas "por mitad o por partes iguales" y la hecha "numéricamente o por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado"; y excluye, para este último caso, el que llama derecho de acrecer. Pronto volveremos sobre ello al estudiar el acrecimiento.

(30) La aceptación, además de ser voluntaria y libre, es también irre-

partición, hayan desaparecido sus cuotas hereditarias, sustituidas por los bienes concretos que se les adjudican para su pago y la correlativa asunción o pago de las deudas.

Las partes o cuotas, en cuanto tales, sólo cesan *per consequentiam* cuando las personas a las que venían atribuidas por estar nombradas para poder heredar, no llegan a hacerlo. Es la falta de estos “nombrados” la que puede extinguir la concurrencia, y a las cuotas con ella.

Y este es el factor decisivo para captar cuál es el verdadero concepto del

2. ACRECIMIENTO

El Código Civil muestra en esta materia –por lo menos en apariencia– una postura un tanto imprecisa que hace difícil captar la verdadera naturaleza de la figura.

Por el concepto que da de él y por el régimen con que lo regula, el acrecimiento del Código Civil es, en términos generales, un fenómeno en cuya virtud la cuota o porción que en una herencia venía atribuida a una persona, si ésta renuncia, pasa a incrementar la cuota que en la misma herencia ha correspondido a quienes la hayan aceptado. En este aspecto, nada que objetar.

En la manera de referirse a los interesados de una y otra parte, el artículo 981 habla “del que repudia” y “de los coherederos”. El 982, al mencionar sus requisitos, exige que “dos o más [sujetos] sean llamados a una misma herencia o a una misma porción de ella” y, en el párrafo siguiente “que uno de los llamados” no llegue a heredar (por premoriencia, renuncia o indignidad). Y es también uno de estos llamados el “instituido” que ha dejado vacante su porción de que habla el artículo 986. Esto es también inobjetable.

No parece dudoso que la voz *llamados*, seguida de *a una misma herencia* comprende igual al que repudia que al que acepta. (Y es también claro que estos llamados son los mismos que aquí se denominan *nombrados*, los que obtuvieron el nombramiento para heredar al causante y que les da la opción para decidir aceptar o rehusar la herencia).

vocable e irreversible. El que aceptó válidamente no puede dejar de ser heredero por una declaración de voluntad posterior y contraria; ya no le es admisible la renuncia o repudiación.

Y ahí está la diferencia que el Código no ha llegado a precisar con la claridad necesaria.

Porque, en un determinado momento del tránsito sucesorio, en el conjunto de esos *nombrados*, puede haber unos que hayan aceptado la herencia, otros que la han renunciado y otros, por último, que aún no han decidido sobre la opción de que disponen para suceder o rehusar la sucesión.

El acrecimiento se produce cuando, en un tránsito sucesorio, sea cual sea el cauce por el que discurra, se dan de modo cumulativo ciertas circunstancias, que parece son las siguientes:

1.º Que haya habido un nombramiento plural de sujetos a los que se atribuye la posibilidad de ser sucesores universales de un causante, lo cual les permite optar entre aceptar o rehusar la herencia.

(No ha de olvidarse que la cuota del coheredero tiende a la totalidad de la herencia por su natural expansividad o elasticidad, a la que sólo detienen frenos u obstáculos exteriores).

2.º Que ese nombramiento plural atribuya a los diferentes nombrados el derecho a adquirir cuotas iguales de la herencia y convertirse en coherederos.

3.º Que alguno, o una parte, de ellos haya premuerto al causante, haya sido declarado indigno de sucederle o renunciado a la herencia.

(Dados los fines que aquí se trata de conseguir, el párrafo que precede debería leerse: 3.º Que alguno o algunos de ellos hayan renunciado a la herencia).

4.º Que de tales nombrados, alguno, al menos, haya aceptado o acepte la herencia convirtiéndose en heredero.

Como resumen, se podría decir que la clave del acrecimiento que aquí nos interesa está centrada en dos puntos:

A) Que *los nombrados para ser sucesores universales se encuentren divididos en dos situaciones distintas*, formando dos cla-

ses: una, en la que ha de haber uno de ellos, al menos, que ya ha aceptado la herencia; otra, en la que también uno de ellos tiene que haberla renunciado.

El Código se refiere a estas dos situaciones en el propio concepto del derecho de acrecer, cuando el artículo 981 muestra de un lado al que repudia (el nombrado renunciante) y de otro a los coherederos (los nombrados que aceptaron la herencia).

B) *Que tales nombrados tengan cuotas iguales en la herencia*, lo mismo renunciante que aceptante. Aunque todo nombramiento tienda a la totalidad de la herencia, la concurrencia de varios determina que la misma, funcionalmente constituida en unidad, haya de dividirse en partes, tantas cuantas hayan sido los nombrados: y el acrecimiento requiere que tales partes o cuotas, la del nombrado que ya aceptó y la del que renuncia, sean iguales, representen la misma fracción de herencia.

Y esta igualdad de cuotas se halla también en el Código, ya que se refiere el acrecimiento como algo que se ciñe y se limita al caso de que a las personas afectadas por él se les haya atribuido su cuota en la herencia o porción de ella "por partes iguales" (artículo 983, que las contrapone a las que han sido fijadas "numéricamente") o "sin especial designación de partes" (artículo 981,1.º). Y que si hay especial designación de partes o se ha determinado expresamente una cuota para cada uno, el derecho de acrecer queda excluido.

A pesar de que estas causas se contienen en lo esencial en el artículo 982,2.º, respecto al derecho de acrecer en la sucesión testamentaria (31), son de idéntica aplicación en la intestada o legal.

Si se dice que en todo abintestato (el artículo 981 menciona en ese sentido a "las sucesiones legítimas") el derecho de acrecer se da siempre (32) es porque su régimen es fijo e invariable en dos as-

(31) A esta acertada norma se le podría hacer la leve objeción de que su literalidad refiera las causas que menciona a "uno de los llamados", y no a alguno o algunos de ellos, aunque no todos, como parece que debería decir.

(32) Algo, por cierto, que, como veremos, no es tan absoluto.

pectos, el primero, porque todo nombrado para heredar en un abintestato al aceptar, se convierte en heredero, en sucesor universal. Y porque si el nombramiento es plural, es decir, entre parientes del testador, la regla general es que los nombrados sean de igual grado y, por ende, de igual cuota.

(En la sucesión testamentaria las cosas pueden resultar mucho más complejas. Y, en lo que atañe a la cuestión esencial, la cualidad de sucesor universal del instituido heredero, no parece disparatado pensar que el Código prevea posibles discrepancias entre la verdadera voluntad del testador y el texto literal de lo que en el testamento dice).

Sobre estos presupuestos se puede ya decir que el **acrecimiento** es, en su formulación general, el hecho de que quien ha aceptado la herencia ve que la cuota hereditaria que ha heredado se incrementa, sin necesidad de que su voluntad opere, por obra exclusiva de la ley, con las cuotas o porciones que, siendo iguales a las suyas, dejaron vacantes otros nombrados que premurieron al causante, eran indignos de heredarle o renunciaron su herencia.

3. VENTA DE HERENCIA

No pretendo, ni me atrevería a intentar siquiera, estudiar la venta de herencia. Y tampoco lo creo preciso a los fines que aquí se quieren lograr. Pero es necesario inquirir lo que en términos generales significa aquella expresión, y ello exige hacer ciertos distingos.

A) La venta de herencia en sentido técnico

Ante la frase “venta de herencia”, el jurista, o simplemente, el sencillo profesional del Derecho al ejercer su oficio, entiende y *debe entender* cada una de sus palabras según lo que constituye su propia y verdadera naturaleza jurídica:

— **La venta**, en el campo del Derecho de las obligaciones y contratos, como el contrato cuyo objeto recae sobre cosa determinada y precio, que se perfecciona por el consentimiento y se consuma con un cambio de titularidad en el dominio de la cosa.

— **La herencia**, en su calidad de patrimonio que ha quedado sin

titular a causa de su fallecimiento, en cuanto objeto de su sucesión universal, en sede de Derecho Sucesorio.

La consecuencia es obvia. No son conceptos conciliables. La venta de herencia no existe, porque el título de heredero no puede ser objeto de transmisión ni de negociación alguna (33).

Y porque, en todo caso, la herencia es siempre y en todo caso un patrimonio, algo innegociable en cuanto tal. Nunca “una cosa” en el sentido a que se refiere el artículo 1445 y los que lo desarrollan. Ni aunque se la quiera recubrir con el manto de la *universitas* o con una pretendida similitud con la biblioteca o el rebaño.

Creo que un resumen muy preciso de lo que es la visión técnica de la llamada venta de herencia se puede tener con la simple exposición de algunas de las ideas de PUIG BRUTAU (34):

— Para ella está legitimado activamente el heredero o coheredero. Su objeto es cada una de las relaciones jurídicas activas que integraron la herencia del causante y que el heredero ha adquirido en todo o en parte. (Y no se extiende ni afecta, en absoluto, a las relaciones jurídicas pasivas que se hallaren en la herencia).

— No hay paralelismo entre la adquisición del heredero y la que se realiza negocialmente. Esta es *uti singuli*, aquélla fue universal. Ya no se adquieren en bloque todos los derechos que componen la herencia, sino uno a uno, y con la correspondiente tradición indispensable para que la adquisición se consume, aunque pueda darse la tradición instrumental prevista en el artículo 1462. Cuestión aparte serán los actos que en cada caso sean necesarios, como el endoso de las letras de cambio o ciertas notificaciones, como ejemplo.

— No se adquieren las deudas que asumió el heredero que, no obstante la “venta de herencia”, continúa siendo deudor mientras no las pague a su vencimiento o llegue antes a algún convenio con

(33) Dicho sea con el mayor respeto a Manuel ESPEJO –junto a una gran admiración por su talento y su valentía– que, contra la generalidad de la doctrina, ha roto con ardor una magnífica lanza en defensa de que, precisamente por lo que resulta de la que llama “cesión de herencia”, la figura del heredero no puede tener siempre la intransmisibilidad que de ella se predica. Véase ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: “La cesión de la herencia en el Código Civil: ¿Cambio personal?”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, fascículo IV, pp. 1867-1971.

(34) PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*. Bosch. Barcelona, 1963. Tomo V, volumen 1.º, pp. 388 y siguientes.

el acreedor, cualesquiera que sean los términos de lo pactado con su comprador.

B) La venta de herencia en el lenguaje habitual

En el sentir popular, en lenguaje llano, la verdadera voluntad empírica de quienes pactan la venta de una herencia es que la misma funcione trasladando al comprador la cualidad de heredero que corresponde al vendedor.

El caso límite y más claro es el que tiene lugar cuando un emigrante afincado en el extranjero llega a conocer que ha sido nombrado para heredar al causante, de ordinario su padre o madre. Alejado de España y sin interés alguno en adquirir bienes fuera del lugar en que reside, prefiere apartarse de la herencia y de todas las complicaciones, molestias y gastos que le supone el ser heredero y proyecta repudiar a favor de un hermano a cambio de un precio.

El convenio se pacta –hay que entender que de buena fe– no sólo sin conocimientos jurídicos, sino con absoluta independencia de ellos y al margen de que sus efectos estén o no permitidos por la ley.

Las partes no se plantean siquiera la cuestión de qué es lo que la ley pueda tener que decir al respecto. Ellos van a lo suyo y “lo suyo”, lo único que quieren es establecer un medio para que el comprador sea de hecho el que realmente herede y que el vendedor-heredero, al repudiar la herencia, no reciba nada de ella, sino únicamente una cantidad –precio– que le entregue su comprador.

El comprador paga el precio con gusto porque cree que lo que va a recibir por la parte de herencia que el vendedor le cede tiene un valor superior a lo pagado. Por su parte, el repudiante la recibe si, en su cálculo, la cree equivalente a lo que le hubiera correspondido heredar una vez deducida una cantidad que cree adecuada para “pagar” las molestias, tiempo perdido, deudas hereditarias, gastos, impuestos, y, en general, cuanto se ahorra al quedar fuera de la herencia.

Acordado el precio, y una vez “adquiridos aquellos derechos”, el comprador actuará libremente en las operaciones particionales de la herencia, sin contar ya para nada con su ya desaparecido vendedor. No puede desconocerse que en el cálculo del precio ambas partes tienen sobreentendida la aleatoriedad que se halla en el fondo de lo que han convenido.

C) La venta de herencia en el Código Civil

En el modo de expresarse el Código Civil cuando trata de la venta de herencia vamos a encontrar un extraño maridaje entre ambos lenguajes, el jurídico y el profano.

Llama la atención el hecho de que PANTALEÓN (35) comience su glosa del artículo 1531 del Código, con toda naturalidad y sin el menor preámbulo, con la mención de que la herencia se puede vender entera por el heredero único, y que el coheredero puede vender la cuota que le corresponde o una cuota de ella.

Tiene claro que su objeto es “el íntegro contenido patrimonial (activo y pasivo) de la herencia”; pero también que no hay cambio de la cualidad o de la posición jurídica de heredero; y que el comprador no es sucesor universal del causante, del difunto, sino sucesor *inter vivos* y a título particular del vendedor.

Y dice que “sólo hay venta de herencia en el sentido de la ley [Código civil] cuando el vendedor y el comprador han querido que, si no jurídico-hereditariamente, en lo jurídico-obligacional y económicamente, todo suceda, en cuanto de ellos dependa, como si el comprador hubiera sido el heredero en vez del comprador”.

Creo que su idea es –en la mente de las partes– que el contrato que celebran actúe **como si** trasladase al comprador la cualidad de heredero de que el vendedor se halla investido. **Como si** el heredero-vendedor, mediante el recibo del precio convenido, se apartase de la herencia trasladando sus derechos y obligaciones al comprador-heredero.

En ese ingenioso y acertado “**como si...**” me parece que el profesor PANTALEÓN viene a concretar y centrar algo muy similar a aquella idea de maridaje a que antes he aludido. Se parte de que, en lo que dependa de las partes, ya que desde el punto de vista sucesorio no es posible, éstas quieren alcanzarlo económicamente por vía obligacional. Como si el comprador hubiera llegado a ser heredero reemplazando al vendedor. Y han de llegar a convenir los pactos con los que consigan lograrlo de hecho.

(35) PANTALEÓN PRIETO, Fernando: *Comentario del Código Civil* (Artículo 1531), VVAA. Ministerio de Justicia. Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica. Madrid, 1991. Tomo II, p. 1035.

Y es que no se puede dejar de reconocer que, en el fondo, lo que es la esencia de la llamada venta de herencia, el Código Civil la tiene que configurar con la mentalidad del hombre de la calle, que es lo que halla en la cotidiana realidad.

Y en su regulación jurídica, con el lenguaje adecuado, va a tratar de resolver los problemas que surgen en la vida cotidiana, y ello a causa de que lo que con la venta de herencia se quiere conseguir no es sino un verdadero "cambio personal", una traslación de la cualidad de heredero desde el vendedor al comprador. Para acercarse a lo que no se puede lograr de modo directo, hay que abordar los problemas de modo indirecto, dentro del ámbito de la eficacia *inter partes* del negocio jurídico celebrado.

Porque es esto, y no otra cosa, lo que el Código trata de realizar en los artículos 1531 y los tres que le siguen. No puede dudarse de que es bien poca cosa si se compara con la magnitud del problema al que nos estamos refiriendo. Y hay que comprender que el legislador no quisiera comprometerse en seguir los pasos de la doctrina (36) para la creación de un régimen extenso y complejo en materia tan vidriosa. Y que optara por dar a la institución un encuadramiento sistemático de un cierto carácter orientativo, y limitarse a establecer unas breves normas indicativas de su régimen y que, a la vez, proporcionen a las partes la dirección que han de seguir para dar

(36) Aparte las obligaciones que corresponden a las partes en su calidad de vendedor y comprador, los mayores problemas de la venta de herencia se relacionan con el pasivo, inalterabilidad de las responsabilidades del heredero como deudor de cargas y obligaciones hereditarias y la posibilidad de su corrección mediante pactos de los interesados; y todo lo relativo al activo hereditario, su cuantía al deferirse la herencia y rendimientos, y los posteriores aumentos o incrementos que pueden sobrevenir a causa de colaciones, sustituciones, acrecimientos, nulidad o repudiación de legados... y tantos otros.

No puede extrañar, por tanto, que la venta de herencia haya dado lugar a una ingente bibliografía, acaso comparable en su extensión en Derecho sucesorio con la motivada por el estudio de las legítimas. Se puede encontrar expuesta en dos excelentes y utilísimas obras recientes: RUBIO GIMENO, Gemma: *La venta de herencia*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid-Barcelona, 2003. 244 páginas. Y RIVERA SABATÉS, Vidal: "Algunas reflexiones sobre la venta de herencia". *Revista de Derecho Privado*. Enero-febrero 2009, pp. 67-104.

solución paccionada a cuestiones que vienen marcadas por la naturaleza de ciertas normas sucesorias.

Y aunque, acaso con deliberación, mencione al que “venda una herencia” en el artículo 1531, ha sacado a este precepto del régimen típico del contrato de compraventa para enmarcarlo, creo que muy significativamente, en un capítulo al que titula “De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales”.

Tal exclusión equivale a negar que la herencia pueda constituir el objeto de una compraventa, cosa absolutamente lógica, por otra parte, pues es evidente que la herencia no es una “cosa” de las que pueden constituir el objeto de la prestación del vendedor conforme al artículo 1445.

Debe tenerse muy presente que en esos cuatro artículos toca tres puntos de la máxima importancia en la problemática que entraña ese negocio en que consiste la llamada “venta de herencia”.

1.º Subsistencia de la responsabilidad del heredero “vendedor” en cuanto a las deudas y cargas hereditarias. Da por supuesto que es el vendedor quien las ha de satisfacer o las ha satisfecho ya, y constituye al “comprador” en la obligación de su reintegro. Todo ello resulta del texto del artículo 1534.

2.º Se impone al vendedor la obligación de abonar al comprador todo cuanto hubiere percibido o aprovechado de la herencia en su propio beneficio. En realidad es la consagración de la idea de que aquello de lo que dispone el vendedor de la herencia es del conjunto de los derechos que de ella va a recibir, prefigurados en la aceptación y puestos de manifiesto y especificados en la partición hereditaria. El artículo 1533, que así lo dispone, está en congruencia perfecta con el 1534.

3.º Se establecen dos regímenes de la obligación de saneamiento, cuya distinción se apoya en que la venta de herencia se haga “sin enumerar las cosas de que se compone” (artículo 1531), o se “venda alzadamente o en globo la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos”. En el primer caso solo ha de responder de su cualidad de heredero y en el segundo, de la legitimidad del todo en general, pero no del saneamiento de cada una de las partes, salvo en el caso que como excepción se indica.

El comentario de estos preceptos nos revela la exactitud del diagnóstico del profesor PANTALEÓN de lo que es el propósito de los que han convenido esa enajenación de herencia, así como la concordancia del régimen legal con lo que es voluntad empírica de las partes. Éstas no pueden por sí alterar el régimen sucesorio, y en consecuencia el “renunciante”, aceptante tácito de la herencia conforme al artículo 1000, y heredero, se hace responsable de las deudas hereditarias y no puede dejar de responder de ellas sin el consentimiento de los acreedores. Y esto es así (37), digan lo que quieran vendedor y comprador de herencia; ahora bien, obligacionalmente, *inter partes*, bien pueden acordar que el comprador abone al vendedor todo cuanto éste haya debido satisfacer para saldar las deudas y cargas hereditarias. Y así se lo reconoce el artículo 1534.

En lo demás, en cuanto a lo que el heredero haya de recibir por razón del activo hereditario, el convenio es que lo reciba el comprador en su integridad. Y si el heredero ha percibido algo, habrá de restituirlo. Y los interesados pueden pactar otra cosa si lo convinieren, resolviendo un aspecto económico en ejercicio de sus facultades en la vía obligacional. El artículo 1533 da el régimen aplicable a falta de pacto.

V. EL ENFOQUE NOTARIAL ANTE EL PROYECTO DE RENUNCIA

1. ENFOQUE NOTARIAL EN TÉRMINOS GENERALES

En el caso que nos ocupa, la idea inicial del futuro otorgante sobre el objetivo o propósito que pretende lograr es claro: Se trata de una persona que dice tener ciertos derechos en una herencia ya causada, y se presenta como posible renunciante de ellos, porque quiere que pasen a pertenecer y beneficien a una determinada persona.

Como ocurre por regla general, el ejercicio de la función notarial se inicia también en este caso oyendo al interesado la exposición de su

(37) La doctrina no tiene la menor duda al respecto. Basta leer a GOMÁ cuando afirma: “Mediante la venta de herencia no se transmiten las deudas hereditarias, de las que quedará responsable el vendedor” (GOMÁ SALCEDO, José Enrique: “La universitas como posible objeto de derechos”. *Estudios de Derecho Privado*. VVAA, bajo la coordinación de Antonio de la Esperanza Martínez-Radío. Editorial Revista de Derecho Privado, 1962, tomo I, p. 311.

voluntad empírica. A partir de ella, y puntualizada la situación familiar del interesado, el notario va inquiriendo un cúmulo de circunstancias que afectan a aquella voluntad. Ello le permite ir la modelando y adaptando a las normas jurídicas en vigor, hasta darle la forma que el propio interesado haga suya y reconozca como definitiva.

Lo primero es comprobar que tal interesado tiene en realidad los derechos de que habla, es decir, si goza de un nombramiento testado o intestado, para ser sucesor universal del causante. Comprobado este dato por el notario, hay que ver si aquel a quien se quiere favorecer obtuvo también un nombramiento análogo.

Porque la clave se halla en saber si en el supuesto de que el interesado renuncie a la herencia y deje vacante la cuota que el nombramiento le atribuía, tal cuota acrece o no a la que el favorecido, nombrado también para tal sucesión, adquiere al aceptar la herencia. Estamos, pues, recordando la insoslayable premisa del acrecimiento: que exista un nombramiento plural (38) y que los nombrados tengan cuotas de la misma cuantía.

Este es el enfoque notarial ante la proyectada renuncia de herencia cuya exclusiva finalidad es favorecer a otro.

Para la aplicación de estas ideas se partirá de la base de que se quiere que el *favor sea total*, afectando al conjunto íntegro de los derechos que atribuye el nombramiento; y que hay *un único favorecido*, una sola persona a la que se le quiere beneficiar con la adquisición de aquellos derechos.

Ello simplificará la exposición de las soluciones. La adaptación de éstas a los casos en que se quiera conservar una parte de los derechos en la herencia o de que haya varios favorecidos, no parece puedan presentar dificultades graves.

Una vez concretadas las circunstancias de variada índole que se dan en el caso presentado, el enfoque notarial tiene el indicado

(38) La consecuencia de tal premisa es evidente. Si no ha habido nombramiento plural, si hay un único nombrado, no puede haber acrecimiento y **si tal nombrado pretendiese hacer el favor de que tratamos** habrá de pasar necesariamente por la aceptación de la herencia, ya sea expresa o tácita, y **convenir con el favorecido la cesión de los derechos heredados**.

punto central de atención: **si la proyectada renuncia en favor de otro es idónea para dar origen al acrecimiento en que se materializa el favor que se pretende conseguir.**

Conviene anticipar el resumen de que, según sea esta situación, el notario **aconsejará que se renuncie la herencia si hay acrecimiento**, o sea, si se logra que el favorecido se beneficie con la porción hereditaria que la renuncia dejó vacante.

Porque de este modo no sólo se satisface plenamente la voluntad del renunciante, sino que se consigue con la ventaja fiscal añadida que resulta del artículo 28 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre sucesiones y donaciones. En efecto, en su primer párrafo, la renuncia, la que aparta de la herencia, la antítesis de la aceptación, a la que denomina "renuncia pura, simple y gratuita", es declarada acto no sujeto al impuesto.

Y habrá que recurrir a la cesión de los derechos heredados cuando el acrecimiento no pueda darse. En este caso el favor ya no se obtiene por la renuncia (aunque hemos visto que se sigue hablando de pseudorrenunciante) y es necesario que el interesado acepte la herencia, sea expresa o tácitamente, para proceder a lo que se ha llamado enajenación o venta de herencia, a la que aquí se denominará en adelante "cesión de los derechos heredados", que es lo que parece más adecuado en nuestro Derecho (39).

Este pseudorrenunciante, cuya voluntad real es transmitir a otro la herencia o una cuota de ella al favorecido, paga el impuesto sucesorio porque está heredando. Y aquel a quien quiere favorecer, otorgándole un acto que es aceptado y que lleva consigo una enajenación, sea inmediata o mediata (la venta de herencia), será sujeto pasivo del impuesto que corresponda por la transmisión onerosa o lucrativa que hayan celebrado.

El párrafo segundo del citado artículo dice: "En los demás casos de renuncia en favor de persona determinada, se exigirá el

(39) La vital importancia que en la materia adquieren los conceptos de heredero, acrecimiento y venta de herencia, explica la necesidad y extensión de los largos párrafos que antes les fueron dedicados.

impuesto al renunciante" (ya que es aceptante tácito). Y añade, "sin perjuicio de lo que deba liquidarse, además, por la cesión o donación de la parte renunciada."

2. PARTICULARIDADES SEGÚN SEA EL CAUCE SUCESORIO

Los dos puntos centrales del acrecimiento, cualidad de herederos de los afectados e igualdad de sus respectivas cuotas hereditarias, presentan ciertos matices diferenciales, según sea intestado o testado el cauce sucesorio, que deben ser cuidadosamente estudiados en el enfoque notarial del tema.

A) La cualidad de heredero en ambos interesados

En el cauce intestado todas las personas que figuran designadas en el auto judicial o en el acta notarial de notoriedad están nombradas para que puedan llegar a heredar al causante en calidad de herederos, de sucesores universales.

No se puede decir lo mismo de los que el testador haya establecido una institución plural de herederos, la primera tarea del notario es la de comprobar si la expresión de la voluntad del testador al hacerla supone en verdad un nombramiento de sucesores universales.

Porque no basta que el testador dé al instituido el nombre de heredero, para que lo sea. Así ocurrió en cierta etapa primitiva del Derecho de Roma, pero en nuestro Código Civil no se es heredero *mera voluntate*, *sed ex re*. Cuando aquel a quien se denomina heredero tiene atribuidas las características que antes se expusieron.

Porque no son infrecuentes los casos en que el testador da el nombre de heredero a quien, a la vez, por la disposición que hace en su favor, le está negando la cualidad de verdadero sucesor universal. Así ocurre, por ejemplo, si en otra cláusula del testamento le excluye de responsabilidad por las deudas hereditarias, o si se le instituye en una cuota pero constreñido y limitado a ella de tal modo que nunca la pueda rebasar.

Ante un testamento con institución plural, a favor de renunciante y favorecido, lo primero que el notario ha de decidir es si las disposiciones del testador han dado a los instituidos, en efecto, el carác-

ter de auténticos herederos, de verdaderos sucesores universales. Porque de ello dependerá, en definitiva, que pueda surgir el deseado acrecimiento.

Si el testador ha fijado *expresa o numéricamente* una cuota para cada instituido, cada uno de ellos no es un verdadero sucesor universal. Porque no es heredero, sino "legatario de cuota o parciario", ya que tal expresión o fijación de la cuota significa la negación de que pueda ser ampliada o superada, es decir, negación de lo que es premisa imprescindible del acrecimiento, la expansividad de la cuota hereditaria atribuida. Sólo esa mencionada expansividad es la que da base y puede explicar el mecanismo automático propio del acrecimiento y del incremento de cuotas que origina.

B) La igualdad de sus respectivas cuotas hereditarias

En la sucesión intestada los nombramientos plurales se dan porque hay varias personas que ostentan, respecto del testador, el mismo grado preferencial de parentesco. A cada uno de ellos le corresponde una misma cuota de herencia, resultado de dividir el caudal entre los nombrados. Un tercio si son tres los nombrados, un quinto, si hubieren sido cinco, etc.

Pero esta equivalencia entre el número de los nombrados y su cuota respectiva sufre una quiebra cuando, por excepción, concurren en la sucesión parientes de grado diverso.

Por poner un ejemplo práctico, veamos el caso de que concurren en la herencia hijos del causante con nietos de éste, los hijos de un hijo premuerto.

Si en el acta de notoriedad del abintestato del causante han sido nombrados sus dos únicos hijos y los dos nietos, stirpe de otro hijo que le premurió, la cuota correspondiente a cada uno de los hijos es un tercio de la herencia, y un sexto la de cada uno de los nietos (*Supuesto primero*).

Si uno de los hijos renunciara a la herencia (y lo mismo si lo hicieran los nietos), habría acrecimiento por la igualdad de sus respectivas cuotas. El hijo favorecido heredaría dos tercios de la herencia, uno por su propia aceptación y el otro por acrecimiento de la cuota del renunciante. A su vez, si un nieto renuncia, el otro nieto heredará un tercio de la herencia: un sexto por su aceptación y el otro, vacante a causa de la renuncia, por acrecimiento.

Pero si los nombrados fueren más de dos, v. gr. hubiere tres hijos y cuatro nietos (*Supuesto segundo*), para que el efecto automático del acrecimiento favoreciera a un hijo, era necesaria la renuncia de los otros dos; o la renuncia de tres nietos, para que sus cuotas acrecieran al cuarto.

Si sólo uno de los hijos renuncia, su cuota acrece (por la igualdad de cuotas) a sus dos hermanos, por mitad. Y si lo hiciera uno o dos de los nietos, el acrecimiento incrementaría, por la misma razón, la cuota de los aceptantes, por iguales partes entre ellos (*Supuesto tercero*).

En los dos primeros supuestos se debe recomendar la renuncia porque el acrecimiento que desencadena satisface por entero el deseo del interesado. La cuota acrecida beneficia también a otros herederos. El favor al "otro" es sólo parcial. Si ello satisface al interesado, se aconsejará la renuncia.

Si la sucesión es testamentaria los mismos supuestos anteriores han podido aparecer por la voluntad del testador, y cuanto queda dicho le es aplicable y se ha de dar por reproducido.

Pero las cuotas iguales de los instituidos en testamento de modo plural, pueden, en ciertos casos, no ser aptas para llegar a producir el acrecimiento deseado.

Si el testamento dijera (*Supuesto cuarto*): "Instituyo herederos a mis cuatro hermanos, cada uno de ellos en un cuarto de mi herencia", se plantearía la duda de si, vacante la porción de algún instituido, se produciría el acrecimiento o no, dados los términos que antes vimos empleaban los artículos 982 y 983. Creo que la renuncia causaría acrecimiento siempre que el nombre de heredero que se emplea no está contradicho en el contenido de otras cláusulas. Y, ya con seguridad, si hubiera una cláusula de sustitución vulgar recíproca (*Supuesto quinto*).

Si el testamento (*Supuesto sexto*) estableciera: "Instituyo herederos a mis dos hermanos, cada uno de una mitad de la herencia", parece obligado entender que se excluye el acrecimiento porque se designan numéricamente una cuota para cada uno (artículo 983). A mi juicio, sin embargo, al no haber otra institución de heredero es de aplicación el artículo 891, que en el caso de la herencia distribuida en legados ordena que se prorroten las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas.

El texto literal de la norma no se presta a duda alguna. Es una norma de *ius cogens*, de incuestionable imperatividad, "se prorrostarán",

dice. Ello implica hacer responsables de las deudas a los designados, es decir, enmendar la plana al testador de tan drástica manera que **reconvierte en herederos** a quienes aquél, a pesar de darles este nombre, quiso –por la disposición– que solo fueran simples legatarios de cuota, sucesores singulares. Por ello, ya herederos, el acrecimiento se impone si alguno de ellos incidiera en causa que lo origina.

Pero si el testamento dispusiera (*Supuesto séptimo*): “Instituyo herederos a mis dos hermanos, cada uno en una cuarta parte, y en el resto a Ticio, hermano de mi mujer”, creo, en cambio, que es Ticio el heredero, y legatarios de cuota cada uno de los hermanos. La cuota que alguno de éstos dejara vacante acrecería al heredero. Por su parte, la premoriencia, indignidad o renuncia de Ticio exigiría abrir la sucesión intestada, conforme al artículo 912.

La presentación de los anteriores casos, que se han numerado con vistas a una exposición simplificada del próximo apartado, puede ser suficiente para hacerse una idea de cuáles son las principales incidencias en las que el notario ha de prestar atención para enfocar con criterio el problema si se debe aconsejar la renuncia de herencia o la cesión de los derechos heredados.

3. ESCRITURAS PÚBLICAS QUE PUEDEN SURGIR DE TAL PROYECTO

Podría darse por cumplido el objetivo propuesto con el contenido de los párrafos que preceden: los criterios básicos para el enfoque notarial de la renuncia en favor de otro y los principales caracteres que han de darse en los dos interesados, cualidad de nombrados para suceder en calidad de herederos e igualdad de sus cuotas participativas.

No obstante, ya que la función notarial alcanza su cúspide al autorizar los instrumentos públicos, ha parecido útil e incluso necesario, reconsiderar la cuestión con brevedad, desde el punto de vista de las dos escrituras que el proyecto de renuncia en favor de otro puede originar, la de renuncia de herencia y la de cesión de derechos heredados. La primera ha de contemplar dos casos, según que la escritura se apoye o no en el acrecimiento para conseguir el favor que se pretende.

A) De renuncia que favorece al causar acrecimiento

La más frecuente de las escrituras de renuncia es la que consigue

el efecto favorable al tercero, por medio de la figura del acrecimiento, que nace cuando el renunciante y el favorecido que acepta están nombrados para suceder con carácter universal y sus cuotas son iguales.

La escritura es unilateral, y sólo el renunciante es quien la otorga, y sin necesidad alguna de que aflore en ella la benéfica intención que la motiva.

Y es en el momento en que el favorecido acepte la herencia cuando se produce el acrecimiento de la porción que la renuncia dejó vacante. Y se opera *ex lege* por la renuncia sin que su voluntad intervenga.

a) El acrecimiento es total, si ambos son los únicos nombrados, ya que al aceptar el favorecido queda como único heredero. Es de aplicación también en el *supuesto sexto* que antes se expuso.

b) El mismo doble resultado se logra cuando, siendo mayor el número de nombrados, todos con igualdad de cuotas, sólo acepta el favorecido y los demás, unánimes en el deseo de beneficiarle, renuncian a la herencia.

c) Será total también el acrecimiento de cuota en el *supuesto primero*, si renuncia un hijo y el otro acepta, y lo mismo cuando se da entre los nietos. O en el *supuesto segundo*, si, habiendo varios hijos y nietos, sólo uno de ellos acepta y los demás renuncian.

d) En el mismo *supuesto segundo*, si todos los hijos renuncian, sus cuotas acrecerán a los nietos aceptantes, y la renuncia de todos los nietos hará que sus cuotas acrezcan a las de los hijos aceptantes. Si sólo uno de ellos aceptara, las renunciaciones le hacen heredero único y adquirirá por acrecimiento todas las cuotas vacantes.

e) El acrecimiento será parcial si no hay unanimidad o si hay nombrados con cuotas de desigual cuantía. Sólo se otorgará si el renunciante se conforma con que el favor sea parcial porque, también en parte, recae en otros aceptantes.

f) Será también parcial en el *supuesto segundo*, si hubiera más de un hijo o más de un nieto que acepte la herencia.

Que se aconseje su uso está plenamente justificado porque renunciante o renunciantes realizan un acto que fiscalmente "no está sujeto" al Impuesto de sucesiones y donaciones, como ya se dijo antes. Sólo el favorecido o los favorecidos si el acrecimiento fue parcial, serán sujetos pasivos de este impuesto.

Si no cabe el acrecimiento total ni parcial, o si éste no fuere aceptado, la renuncia ya no es aplicable y el proyecto de favorecer a otro, si se quiere mantener, ha de ser en el campo de la cesión de los derechos heredados.

B) De renuncia que favorece sin causar acrecimiento

Como ya quedó apuntado en el caso práctico de la "Introducción", hay también una renuncia de herencia con la que se puede favorecer a otro sin que el acrecimiento tenga en ella función alguna.

Es la renuncia de herencia otorgada por el único o por todos los parientes del causante que fueron nombrados para sucederle por ostentar el grado de parentesco preferente en el caso.

Tal renuncia frustra el nombramiento y lleva a la necesidad de hallar al sucesor entre los parientes del siguiente grado preferencial, que adquieren de este modo, ya nombrados, la posibilidad de suceder que antes de la renuncia no tenían.

Para que la renuncia de todos los hijos pueda favorecer a su madre, viuda del causante, es preciso que carezcan de ascendientes. En efecto, desde la reforma del Código en la Ley 11/1981, el cónyuge viudo es llamado a heredar con preferencia a cualquier pariente colateral del causante, si no hay parientes en línea recta.

Aun siendo del parecer de que la renuncia a la herencia de un nombrado que sea a la vez legitimario del causante, supone también la renuncia a la legítima, he aconsejado siempre que se haga extensiva a "todos cuantos derechos sucesorios le correspondan en la herencia por cualquier título", lo cual elimina cualquier "arrepentimiento" posterior.

C) De cesión de los derechos heredados

Si todos los nombrados para suceder abintestato quieren favorecer a persona que no puede adquirir por acrecimiento la cuota que queda vacante por la renuncia, para lograr su propósito, tales

nombrados han de convertirse en herederos, **han de aceptar la herencia y transmitir los derechos que adquieren a la persona a quien quieren favorecer.**

En mi opinión, una técnica notarial depurada debe proscribir en estos casos el uso de la palabra renuncia. Por lo tanto, lo primero que debe aflorar en la escritura es la constancia expresa de que aceptan la herencia los nombrados para ello.

Luego vendrá lo que ya puede ser más problemático, la documentación del negocio traslativo que las partes hayan convenido; en la frase habitual, para la venta de herencia.

En términos generales, recordando lo que se dijo al exponer la venta de herencia, parece que conviene partir de un negocio que revista la forma de un **contrato de cesión de derechos**, para que, con el clausulado que libremente estipulen, los aceptantes transmitan al favorecido los derechos que adquirieron en la herencia.

Las circunstancias determinarán, en cada caso, si la cesión va a ser gratuita u onerosa. A salvo lo que las partes convengan, la cesión gratuita, acto sujeto al Impuesto de sucesiones y donaciones, solo es recomendable cuando el parentesco entre las partes implique la aplicación de un tipo ventajoso (40) y, en este último caso, el tipo de la contraprestación que se convenga a cargo del favorecido.

Entiendo que no es preciso que los cedentes hagan manifestación alguna relativa a que son ellos quienes asumen las deudas y cargas de la herencia, ya que es un efecto que procede de la propia cualidad de herederos con la que están contratando.

En todo caso lo que parece conveniente que no falte en la escritura es la expresión concreta de que su otorgamiento tenga el valor de tradición instrumental que el artículo 1462 reconoce a la de compraventa. Y acaso pueda ser útil una expresa remisión al régimen establecido en los artículos 1531 y siguientes del Código.

(40) En el caso mencionado en la "Introducción", el registrador resolvió su problema haciendo constar en el asiento de inscripción que la viuda adquiriría por el título de cesión gratuita de derechos, apoyándose en que de uno de los documentos complementarios de la escritura, la autoliquidación presentada, resultaba que los interesados habían satisfecho el impuesto alegando la donación.

LA SEPARACIÓN DE BIENES COMO RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO COMPARADO ESPAÑOL (1)

Carlos Jiménez Gallego

Notario. Miembro de la Academia de Jurisprudencia
y Legislación de Baleares

Resumen: El trabajo compara la regulación del régimen económico matrimonial de separación de bienes en distintos Ordenamientos españoles, especialmente el Código Civil, en el que sólo se aplica si es pactado expresamente, y en los Derechos de Cataluña, Valencia y Baleares, en los que se aplica si los cónyuges no pactan otro régimen. Se reseña la evolución habida en los últimos años, marcada por la aparición de leyes reguladoras de las parejas de hecho y de normas que reducen el efecto de la separación para imponer determinadas obligaciones en interés de la familia.

Palabras clave: separación de bienes, capitulaciones, libertad de pacto, interés de la familia.

Abstract: This essay compares the different regulations of the marriage settlements of separation of estates in the Spanish civil legal systems, mainly in the Civil Code, in which it is applicable only in case of explicit agreement, and in Catalonia, Valencia and the Balearic Islands, in which it is applicable unless the spouses agree a different settlement. The legal evolution in the recent years, which has brought the regulation of "de facto" couples and some rules reducing the effects of the separation settlements pursuing the protection of the family, is also explained.

Key words: separation of estates, marriage settlement, freedom of agreement, family protection.

(1) Trabajo publicado en el libro *Jornadas de Derecho Civil balear con motivo del 50 aniversario de la Compilación*, páginas 77-98, Colegio Notarial de las Islas Baleares, Carlos Jiménez Gallego (coordinador), 2011/2012.

A la hora de realizar un análisis crítico de la regulación actual del régimen de bienes en el matrimonio que contiene la Compilación del Derecho Civil de Baleares puede ser útil comenzar con un repaso esquemático de la evolución histórica y de Derecho comparado.

En la economía del matrimonio se dan situaciones y se generan actos impulsados por la mera existencia del matrimonio y la familia. El Derecho puede regular algunos o muchos de estos actos o establecer una regulación más o menos omnicompreensiva. La amplitud de la regulación, la concreción de ésta o por el contrario su generalidad y/o abstracción es algo que depende de las diversas épocas históricas y de la manera de entender la determinación y aplicación del Derecho.

Lo que llamamos "régimen de separación de bienes" es la respuesta que ha dado la tradición jurídica a la situación patrimonial que tiene lugar en el matrimonio.

La separación de bienes es algo en principio muy sencillo: cada uno es titular de sus bienes, sin que éstos ni sus frutos ni subrogados pasen a un fondo del que formen parte más partícipes (hay relación directa entre título de adquisición y titularidad); los usa, disfruta, administra y dispone por sí solo de ellos, sin necesitar el consentimiento de nadie; y de las obligaciones que contrae responde con sus bienes, sin que responda nadie más. Si se aplica esto al matrimonio, sería como si éste no se hubiera celebrado. Así, más que de régimen económico matrimonial de separación, aunque se llamara de "separación absoluta", no debería hablarse de régimen, pues lo que habría sería una total falta de influencia del matrimonio en la esfera patrimonial de los cónyuges.

La comunidad de vida que se origina en un matrimonio, no obstante, nunca se ha ignorado en, por lo que ahora nos afecta, la tradición jurídica que se remonta al Derecho romano, aunque no siempre haya recibido (dicha comunidad de vida) forma jurídica en lo patrimonial, pues podía, o puede, bastar la comunidad personal y la confianza mutua de los cónyuges; en caso extremo, podría pensarse que ni siquiera hacen falta instituciones reguladas por el Derecho. Pero el Derecho, sin establecer –salvo en tiempos muy recientes– regulaciones de un "régimen económico matrimonial", siempre ha tipificado instituciones nacidas previamente por razón de que el matrimonio y la familia generan gastos, exigen la dedicación de recursos y facilitan la confusión de titularidades. Cuál sea el ropaje jurídico que se dé a

estas situaciones, y cuál sea la extensión de ese ropaje jurídico, es lo que ha ido variando con el tiempo y en cada sociedad.

En el Derecho romano apareció desde muy antiguo la figura de la dote, que debió de llegar a ser algo completamente usual, y en el Derecho posclásico la *donatio ante nuptias*, que desde Justiniano pudo ser también constante matrimonio, que consistió en un principio, más que en una entrega actual de bienes, en una deuda que el marido contrae para el caso de disolución del matrimonio. El Derecho justiniano estableció la equivalencia entre dote y *donatio propter nuptias*, y así se ha podido decir que estableció la paridad de los cónyuges frente a las cargas del matrimonio: la mujer aporta la dote y el marido la *donatio*, ambas de idéntica cuantía. Y la misma paridad se estableció en los lucros nupciales: cuotas de la *donatio* garantizadas a la mujer o cuotas de la dote exceptuadas de la restitución. Los estudiosos del Derecho romano han puesto de relieve, además, otros pactos por los que determinados rendimientos se harían comunes. La existencia de tales pactos no resulta directamente de las Leyes, pero sí puede deducirse de algunos textos que recogen negocios de familia y testamentos, a veces incluso pactos sucesorios, por los que se establecía algo parecido a una *societas omnium bonorum*. A día de hoy, no obstante, no es posible aventurar cuál era la frecuencia de dichos pactos, pero la minuciosidad de su regulación ha hecho pensar que no se trataba de casos aislados.

Esta "comunicación" de bienes, o sea, aportaciones iguales de ambos cónyuges y reparto por igual de frutos no consumidos, sin rendición de cuentas, aunque poco significativa, o poco estructurada jurídicamente, hace ver que tanto ella misma como su intensificación –por ejemplo, por reparto de los capitales ganados durante el matrimonio, o incluso por actualización de la comunidad al limitarse determinadas facultades de gestión y disposición de los cónyuges– son compatibles con la situación de "separación de bienes" que constituye siempre su sustrato.

La evolución del Derecho intermedio hizo frecuentes diversos tipos de pactos de comunicación de ganancias o de bienes en muchos Ordenamientos, que coexistían con la dote.

En general, todas estas figuras jurídicas, incluso la dote, perdieron su importancia o incluso desaparecieron cuando los patrimonios familiares pasaron a basarse en las rentas del trabajo o en las del

ejercicio de una profesión o empresa, dada la escasa importancia de los patrimonios inmobiliarios para la mayoría de las familias y los ínfimos rendimientos de los inmuebles rústicos cuando la economía ya no es de mera subsistencia.

Ello pudo determinar una gran preponderancia, de hecho, de las sociedades legales de ganancias, una vez tipificados estos pactos y declarados directamente aplicables sin pacto capitular; incluso se han podido llegar a ver como algo incompatible con la separación de bienes, algo que no tiene por qué ser así y en España nunca se vio así en la fase codificadora, a la que se ha llegado a calificar también de "régimen".

Sin embargo, en algunos Ordenamientos ese pacto de comunicación de ganancias no ha sido nunca impuesto como Derecho directamente aplicable sin pacto, porque no era utilizado en la práctica, o incluso ni siquiera tipificado (para ser utilizado por quien quisiera convenirlo en capítulos).

Por qué en unos casos ha sido de una forma y en otros de otra es algo que ha sido poco estudiado. No se debe a la falta de potestad normativa de las Comunidades con Derecho propio, pues unas veces se han mantenido los pactos de comunicación de bienes (Aragón, Navarra, Vizcaya), otras se han regulado como meramente opcionales (Cataluña, aunque en un momento en que ya prácticamente no se pactaban) y otras no se han regulado, salvo alguna breve mención a la dote (Balears). Supongo que, en la práctica, en Baleares y en gran parte del territorio catalán (Barcelona y Cataluña central, principalmente) los pactos de comunicación de ganancias no se han sentido como algo necesario para asegurar la economía de la familia; ésta quedaría asegurada por otras vías, ya sean las aportaciones de los propios cónyuges o de parientes o bien las titularidades fiduciarias, que por cierto revelan (estas últimas) una gran influencia del matrimonio en lo patrimonial, pero no por la vía del Derecho, porque no institucionalizan figuras jurídicas, sino que usan moldes jurídicos cuya tipificación obedece a otras causas, y que se utilizan por la confianza recíproca que se tienen los cónyuges. En cambio, consideraciones como un mayor sentimiento de individualismo, o de absolutismo en cuanto al derecho de propiedad no me parecen relevantes, pues el concepto de propiedad ha sido básicamente el mismo en la tradición jurídica de los países continentales occidentales, y por ello en toda España, y no hay nada que haga pensar que en la

fase codificadora española la admisión de los pactos de gananciales en el Código, a pesar del cierto debilitamiento de titularidad que provocan, se basara en un concepto más débil de propiedad. Más bien podía obedecer a una mayor penetración del matrimonio en el Derecho patrimonial.

Ahora no nos vamos a referir a las causas de esa diferencia en la evolución de los distintos Ordenamientos, sino que nos tenemos que limitar, por razón de estas jornadas, a la separación de bienes.

Vamos por tanto a exponer brevemente las diferentes regulaciones de la separación de bienes en los Derechos españoles, para apreciar las similitudes y diferencias.

En general, en todos hay normativa que traduce una cierta influencia del matrimonio y la familia en el ámbito patrimonial. Esta normativa se refiere a todos o alguno de los siguientes puntos: confusión de titularidades, aportación de fondos para la digna subsistencia de la familia, deudas contraídas con terceros relacionadas con dicha digna subsistencia, posible consentimiento del cónyuge no titular para disponer de determinados bienes, celebración de contratos entre cónyuges que no tendrían lugar en caso de no ser cónyuges y eventuales responsabilidades con terceros por razón de deudas propias de un cónyuge.

Estos conjuntos de normas permiten hablar de "régimen de separación de bienes" y no de "mera situación de separación de bienes", porque constituyen un entramado de instituciones que dan forma jurídica en lo patrimonial, aun fragmentaria, a una comunidad de vida intensa, como es el matrimonio, que de hecho influye en lo patrimonial, no ya por una voluntad específica en ese sentido, sino por su mera existencia, de manera cuasirrefleja.

La regulación de efectos patrimoniales se ha considerado necesaria en todos los Derechos que vamos a citar; también en el caso de las parejas no casadas, aunque se trata de regulaciones separadas, si bien en algunos casos con contenidos similares. Por ello, también haremos alguna referencia a ellas.

LA SEPARACIÓN DE BIENES EN EL CÓDIGO CIVIL

Se trata de una regulación que exige pacto en capitulaciones, si bien puede pactarse antes o durante el matrimonio. Se regula en

los artículos 1435 a 1444 CC, redactados por la Ley de 13 de mayo de 1981, que no ha sido modificada en esta materia hasta la fecha.

En la regulación anterior a 1981, la falta de formación de fondos comunes era algo excepcional. Sólo desde la Ley de 2 de mayo de 1975 podía pactarse en capitulaciones otorgadas tras el matrimonio, pues hasta dicha fecha los capítulos sólo podían ser prenupciales.

La Ley de 13 de mayo de 1981 recoge la regulación típica de toda separación de bienes: pertenecen a cada cónyuge los bienes que le pertenecen al comenzar el régimen y los que después adquiera por cualquier título; cada cónyuge tiene el uso, disfrute, administración y disposición de sus bienes; y cada cónyuge responde de las obligaciones que ha contraído.

La influencia que la situación personal de los cónyuges (o sea, el matrimonio y la familia) tiene en el ámbito patrimonial ha dado pie a la siguiente regulación, que impide decir que en las relaciones patrimoniales se da la misma situación que si no existiera el matrimonio, pero que no obstante permite a la Ley seguir hablando de "separación de bienes":

— Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio (art. 1438). A falta de convenio, en proporción a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será reputado como contribución y dará derecho a obtener una compensación a la extinción del régimen, que el juez señalará, a falta de acuerdo.

— Ambos cónyuges responden de las obligaciones contraídas en ejercicio de la potestad doméstica (art. 1440). Ésta se define en el art. 1319: actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia; quizá "conforme al uso del lugar y circunstancias de la misma", aunque esto puede referirse a la actuación individual de uno de los cónyuges. De estas deudas responden solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y subsidiariamente los del otro cónyuge.

— Se exige, por aplicación de la regla general del art. 1320 CC, el consentimiento del cónyuge no titular para realizar actos dispositivos de los derechos sobre la vivienda habitual y muebles de uso

ordinario de la familia, aunque el adquirente de buena fe queda siempre protegido, sin que se exija, al menos expresamente, que la adquisición de éste sea a título oneroso y sin que parezca deducirse de la norma que ésta imponga al adquirente una determinada conducta investigadora para preservar su buena fe.

— Hay una regla sobre prueba de la titularidad: cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad (art. 1441). En todo caso es posible la confesión del otro (art. 1324, aplicable a todos los regímenes matrimoniales) si bien no puede perjudicar a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores.

— En el CC rige actualmente la regla de libre contratación entre cónyuges, incluso a título gratuito (art. 1323), si bien en caso de quiebra de uno se presume, salvo prueba en contrario, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración o en el período a que alcance la retroacción de la quiebra, según establece el art. 1442, aunque este último es posible que haya quedado derogado por la Ley concursal.

— Finalmente, hay una regla especial, de mucho menor calado, sobre la rendición de cuentas del cónyuge administrador de bienes del otro: no tiene que rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos, salvo que el otro cónyuge demuestre que los invirtió en atenciones distintas del levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1439).

También hay que tener en cuenta, para los casos de separación y divorcio, que el art. 97 CC, aplicable a todo matrimonio, permite exigir una compensación al "cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio", y lo mismo el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio ha sido declarado nulo, si existió convivencia conyugal (art. 98 CC). Esta compensación es distinta a la que prevé el art. 1438.

El CC también regula, desde la reforma de 13 de mayo de 1981, un régimen de participación en las ganancias, que puede ser pacta-

do en capitulaciones y que hasta la fecha ha quedado inédito en la práctica.

En el Derecho estatal no hay regulación de las parejas de hecho, sin perjuicio de que varias Comunidades Autónomas en las que rige el Código Civil sí la tienen, aunque sin regulación en cuanto a lo patrimonial, salvo alguna excepción, que será de constitucionalidad dudosa, pues no tienen competencia legislativa en materia civil. Así, la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de la CA de Madrid establece un cierto contenido imperativo a los pactos (patrimoniales) de regulación de la convivencia, aunque lo hace copiando expresiones del Código Civil.

Para concluir este apartado:

El pacto de separación de bienes es prácticamente el único caso de otorgamiento de capitulaciones por personas de vecindad civil común que se da en la práctica, y se da muy pocas veces en comparación con el número de matrimonios sujetos al régimen supletorio, aunque sí puede decirse que en los últimos diez años el número de estos otorgamientos ha ido en aumento. En mi opinión, la causa del otorgamiento no es, la mayoría de las veces, que se reputa perjudicial el régimen de gananciales, sino formar un patrimonio al cónyuge que no realiza actividades empresariales, de forma que la familia pueda tener un patrimonio a salvo de los acreedores del cónyuge empresario.

En todo caso, la falta de costumbre de capitular, las incertidumbres jurídicas de pactar regímenes no típicos y la más que posible carga fiscal que éstos podrían suponer para los cónyuges, debido a que las exenciones de la Ley de ITPAJD sólo se dan para supuestos muy concretos de regímenes típicos, sin duda tienen influencia en el escaso número de otorgamientos de capitulaciones. También podría alegarse que, cuando el matrimonio “va bien” parece importar poco cuál sea el régimen económico, pues los cónyuges van organizando sus patrimonios con base en la confianza recíproca y así los regímenes económicos de la vida real no suelen ser una trasposición de los regímenes legales: los gananciales pueden reducirse con las confesiones de privaticidad y la separación de bienes puede amortiguarse, y de hecho así ocurre, adquiriendo bienes por partes iguales, ya provenga la contraprestación de ambos por igual, o en partes desiguales o de uno sólo de los cónyuges adquirentes.

Respecto de la regulación, que permanece inalterada desde mayo de 1981, lo más destacable es que impone afectación (aunque no en sentido de gravamen real) de todos los bienes al levantamiento de las cargas y responsabilidad de todos los bienes de los cónyuges frente a terceros por deudas derivadas de las cargas familiares. La compensación por trabajo para la casa puede exigirse al extinguirse el régimen, incluso por muerte, aunque no se diga expresamente, si bien no se fijan criterios para su cuantificación; no pretendo decir que debieran haberse fijado, sino simplemente constatar el hecho de que no se fijan. La reciente e interesante sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2011 (Sala 1.^a) ha declarado que el derecho a obtener esta compensación exige que se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo para la casa, pero (frente al criterio que había mantenido la Audiencia Provincial) no exige que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge; por lo demás, admite que la cuantía de la indemnización sea equivalente al coste de haber contratado una empleada de hogar durante todos los años de matrimonio, aunque este criterio se admite como una de las opciones posibles de cuantificación.

El CC también admite y regula, fuera del capítulo de la separación de bienes, las donaciones por razón de matrimonio, tanto por los propios cónyuges como por terceros, aunque éstas en la práctica se dan en la forma de pago de deudas por terceros. Ya no se regula la dote ni ninguna figura análoga. El consentimiento para disponer de la vivienda habitual tiene poca actuación práctica en el Derecho común, porque la vivienda habitual suele ser ganancial.

LA SEPARACIÓN DE BIENES EN EL DERECHO DE CATALUÑA

La regulación del régimen económico matrimonial de la Compilación de 1960 experimentó una primera modificación por la Ley 13/1984, de 20 de marzo, y el Decreto legislativo promulgado a consecuencia de ésta (1/1984, de 19 de julio), que básicamente fue una adaptación del texto a la Constitución de 1978.

La primera modificación importante vino por la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, que estableció una regulación amplia de los efectos patrimoniales del matrimonio (no sólo del contraído bajo el régimen supletorio de separación de bienes), distinguiendo entre efectos en-

tre vivos y mortis causa. La regulación de los primeros versaba sobre la determinación del régimen económico matrimonial, los gastos familiares, la contribución a los mismos, la responsabilidad de los cónyuges por deudas familiares y la limitación para disponer de la vivienda habitual y de sus muebles de uso ordinario. La regulación de los segundos se refería a la atribución al cónyuge sobreviviente del ajuar de la vivienda familiar y al beneficio del año de luto. Mantuvo la regulación del régimen de separación de bienes como régimen supletorio de primer grado (y en ella, la presunción de cotitularidad en caso de duda y la presunción de donación en caso de compra por un cónyuge con dinero del otro), con la innovación de que el cónyuge que trabajó para el hogar o para el otro cónyuge de forma desinteresada pudiera obtener una compensación. Por otro lado, reguló el régimen de participación en las ganancias, como régimen opcional, y mantuvo la regulación de la dote, tenuta, esponsalicio, *tantundem* y *aixovar* y *cabalatge*, así como los cuatro "régimenes locales": asociación a compras y mejoras del Campo de Tarragona, *agermanament* de Tortosa, la *mitja gadanyeria* del Valle de Arán y el pacto de igualdad de bienes y ganancias del territorio de la antigua diócesis de Gerona.

El siguiente paso vino en 1998 con el Código de Familia (Ley 9/1998, de 15 de julio), que recogió, en lo que se refiere al régimen económico matrimonial, el contenido de la Ley 8/1993. Sin embargo, amplió la regulación general de los efectos patrimoniales entre vivos del matrimonio, así como de las capitulaciones y donaciones por razón de matrimonio, amplió también la regulación sobre el régimen de separación de bienes en lo referido a la compensación económica por razón del trabajo, estableciendo expresamente que es compatible con los demás derechos de carácter económico que puedan corresponder al cónyuge beneficiario de la misma, si bien será tenido en cuenta en su cuantificación, y reguló el ejercicio de la acción de división de cosa común en el procedimiento de nulidad, separación o divorcio.

La regulación actualmente vigente se contiene en el libro II del Código Civil de Cataluña, aprobado por la Ley 25/2010, de 29 de junio, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2011, que ha derogado el Código de Familia (Ley 9/1998, de 15 de julio), así como también la Ley de uniones estables de pareja (Ley 10/1998, de 15 de julio), y la Ley de lo que se llamó "situaciones convivenciales de

ayuda mutua" (Ley 19/1998, de 28 de diciembre). Toda la regulación sobre estas materias se contiene ahora por tanto en un único texto normativo.

El Código mantiene básicamente la regulación del Código de Familia. Regula una serie de disposiciones generales aplicables a todo matrimonio, tanto en lo personal como en lo patrimonial (art. 231) y a continuación regula el régimen de separación de bienes como Derecho supletorio de primer grado (art. 232). También regula, por separado, determinados efectos patrimoniales de las parejas estables no casadas (art. 234).

Del art. 231 reseñamos lo siguiente:

— Los cónyuges deben contribuir a los gastos familiares, de la forma que pacten, con los recursos procedentes de su actividad, o de sus bienes, en proporción a sus ingresos, si éstos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios. La aportación al trabajo doméstico es una forma de contribución.

Si existen bienes especialmente afectos a los gastos familiares, sus frutos y rentas deben aplicarse preferentemente a pagarlos.

Los hijos y parientes que conviven con la familia deben contribuir proporcionalmente a estos gastos.

Son gastos los de alimentos en el sentido legal más amplio, incluidos los de hijos comunes y de parientes que convivan, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de las viviendas y demás bienes de uso de la familia, y las atenciones de previsión, médicas y sanitarias. El Código aporta una novedad: ha desaparecido la norma que calificaba de gastos familiares los de adquisición y mejora de la vivienda habitual, si bien circunscritos al valor de uso (como hacía la Ley de 1998); estos gastos, y las deudas derivadas de ellos, se vinculan ahora a la titularidad del inmueble.

— Ante terceros, ambos cónyuges responden solidariamente, no de forma subsidiaria, a diferencia de lo que establece el CC, de las obligaciones contraídas para atender a las necesidades y gastos familiares ordinarios de acuerdo con los usos y el nivel de vida de la familia.

En caso de otras obligaciones, responde el cónyuge que la contrae.

— Para los actos de disposición o gravamen de la vivienda familiar o los muebles de uso ordinario que comprometan su uso, es necesario el consentimiento del cónyuge no titular. Este consentimiento no puede excluirse por pacto ni otorgarse con carácter general, aunque si no se da puede ser suplido por la autoridad judicial teniendo en cuenta el interés de la familia u otra justa causa.

Se precisa que el adquirente queda protegido si es de buena fe y a título oneroso y el transmitente ha manifestado que no se trata de vivienda familiar. No hay buena fe si el adquirente conocía o podía razonablemente conocer en el momento de la adquisición la condición de la vivienda. Como se ve, se intenta dar más protección al cónyuge no titular en detrimento de la protección del tercero adquirente, pues a éste se le impone una cierta carga de realizar averiguaciones sobre el uso de la vivienda que va a comprar.

— Los cónyuges pueden celebrar entre sí todo tipo de negocios jurídicos y transmitirse bienes por cualquier título. En caso de impugnación judicial, corresponde a los cónyuges la prueba del carácter oneroso de la transmisión.

— En caso de declaración de concurso de uno, los bienes adquiridos por el otro a título oneroso el año anterior a la declaración: si la contraprestación procedía del cónyuge concursado, se presume la donación; si no puede acreditarse la procedencia de la contraprestación, se presume la donación de la mitad, salvo que se acredite que en el momento de la adquisición el adquirente tenía ingresos o recursos suficientes. Esta norma plantea la cuestión de su relación con la Ley concursal, pero no es ahora el momento de tratar esto.

— Se regulan los pactos de sobrevivencia, si bien ya no se limita la posibilidad de su celebración a cónyuges casados en régimen de separación de bienes, sino que se permite en general a “cónyuges o futuros contrayentes” y a los integrantes de lo que se define legalmente como pareja estable no casada; ni tampoco se limita la posibilidad de su celebración a las compraventas, sino que cabe en toda adquisición onerosa.

— Se amplía la regulación que existía en el Código de Familia relativa a los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, sin

limitación de contenido, salvo que las exclusiones y limitaciones de derechos deben afectar a ambos cónyuges y deben precisarse con claridad y contenerse en capitulaciones o en escritura, pero con una cierta prevención: el cónyuge que pretenda hacerlos valer en una ruptura tiene la carga de acreditar que el otro disponía al firmarlo de información suficiente sobre su patrimonio, ingresos y expectativas económicas.

Del art. 232, relativo al régimen de separación de bienes, reseñamos lo siguiente:

Recoge, de entrada, la regulación típica de toda separación de bienes: pertenecen a cada cónyuge los bienes que son suyos al comenzar el régimen y los que después adquiera por cualquier título; cada cónyuge tiene la propiedad, goce, administración y disposición de sus bienes; y cada cónyuge responde de las obligaciones que ha contraído.

Y a continuación establece:

— Una regla para el caso de adquisiciones onerosas por un cónyuge cuando la contraprestación se pagó con bienes o dinero del otro cónyuge: los bienes pertenecen al cónyuge titular, pero se presume la donación. No obstante, si se trata de muebles de valor ordinario destinados al uso familiar, se presume la cotitularidad “sin que prevalezca contra esta presunción la mera prueba de la titularidad formal”. Esto puede llevar a establecer comunidades “por la puerta falsa”.

— Si es dudoso a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho (de cualquier clase), se entiende que corresponde a ambos por mitad. Pero los bienes muebles de uso personal que no sean de extraordinario valor y los que estén directamente destinados al ejercicio de su actividad le pertenecen exclusivamente.

— Finalmente, hay una regulación extensa y prolija (mucho más que en el Código de Familia) de la compensación económica si un cónyuge ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro y este otro ha obtenido un incremento patrimonial superior calculado conforme a las reglas del propio Código, o si el primero ha trabajado para la casa sin retribución o con una retribución insuficiente.

En la herencia del otro cónyuge, puede pedirse esta compensación si con los derechos que le corresponden, ya sea por testamento o por herencia intestada, no se cubre el importe que correspondería, lo que crea una gran inseguridad a los herederos.

Las reglas de cálculo son, en esquema, las siguientes: del valor neto del patrimonio al extinguirse el régimen, aumentado en el valor de lo dispuesto a título gratuito, se resta el valor neto de los bienes que tenía al comenzar el régimen y que sigue conservando en ese momento. La compensación económica tiene como límite la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges. Esta norma aproxima el régimen económico de separación al de participación en las ganancias.

Para el caso de ruptura de la convivencia, el art. 233.14 establece que "el cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicada" tiene derecho a solicitar una prestación compensatoria "que no exceda del nivel de vida del que gozaba durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago, teniendo en cuenta el derecho de alimentos de los hijos, que es prioritario". En caso de nulidad, sólo el cónyuge de buena fe tiene derecho a la prestación.

Por otro lado, el Código regula, como opcionales, el régimen de participación en las ganancias y tres de los cuatro regímenes que se regulaban en la Compilación de 1960: la asociación a compras y mejoras, propia del Campo de Tarragona, el *agermanament*, propio del Derecho de Tortosa, y el pacto de *convinença*, del Valle de Arán. No se ha conservado regulación alguna del pacto de igualdad de bienes y ganancias del territorio de la antigua diócesis de Gerona. De todas formas, las tres últimas no existían ya en la práctica al tiempo de la Compilación de 1960, y la asociación a compras y mejoras apenas se ha pactado desde los años 70. También se regula, como régimen opcional, el régimen de comunidad de bienes, que es más bien una comunidad de ganancias, aunque pueden aportarse los bienes que pertenecen a cada cónyuge al convenir el régimen, si bien en este caso hay reglas particulares de división.

Finalmente, en caso de parejas estables no casadas, el art. 234 establece que los efectos se regulan "exclusivamente" por los pactos de los convivientes. La única limitación se refiere a los actos dispositivos de la vivienda "familiar", que se rige por lo preceptuado para el matrimonio. Hay que notar que la normativa sobre el llamado régi-

men económico matrimonial primario no debe aplicarse, creemos, a las parejas no casadas, porque la rúbrica de la sección que lo regula dice "El matrimonio: disposiciones generales y efectos". No obstante, se aplica, en caso de extinción, la compensación económica por trabajo en términos análogos al caso de extinción del matrimonio. Y también puede uno de los convivientes reclamar al otro, en caso de extinción, una prestación alimentaria, si la necesita para atender adecuadamente a su sustento, si la convivencia ha disminuido su capacidad de obtener ingresos o si ésta se ve disminuida por la guarda de hijos comunes.

No comentamos la regulación de las situaciones convivenciales de ayuda mutua por tratarse de casos que no guardan analogía con un matrimonio.

Para cerrar este apartado:

La regulación ha ido aumentando su extensión a medida que se producían las sucesivas reformas legislativas. La diferencia de "tamaño" con la regulación de 1960 es enorme. Tengo mis dudas de que esto redunde en mayor justicia a la hora de resolver los conflictos. Se ve que se quiere reducir todo lo posible el arbitrio judicial, pero el reglamentismo suscita por sí mismo nuevas dudas e inseguridades.

De la regulación, destaca la afectación de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas, de forma similar al CC, aunque la normativa es algo más prolija, y la responsabilidad directa y solidaria de ambos cónyuges por tales deudas. La solidaridad no implica, en la práctica, tanta diferencia –como a primera vista parece– con la subsidiariedad, pues la demanda puede dirigirse contra ambos cónyuges en reclamación del pago, si bien demandando a uno sólo de forma subsidiaria. En materia de titularidades dudosas, se ha llegado a más "comunitarización" que en el CC.

Pero lo más destacable, en mi opinión, es el aumento de la regulación del consentimiento del cónyuge no titular para disponer de la vivienda habitual y sobre todo la extensa regulación de la compensación por trabajo (que constituye casi toda la regulación del régimen de separación), que puede pedirse tanto en caso de crisis matrimonial como de muerte del otro cónyuge, y que desdibuja bastante el propio régimen de separación, hasta el punto de que por más de uno se habla ya, no de separación de bienes, sino de "separación de bienes con compensación por razón de trabajo". No toca

ahora examinar esta compensación, pero aproxima esta regulación a la de un régimen de participación en ganancias.

No se regula la dote ni figuras similares, pero sí las donaciones por razón de matrimonio, ya sean por los cónyuges o por terceros. No vamos a entrar en su estudio, pero sí apuntamos que no siempre es posible su revocación (más bien ocurre lo contrario) en los casos de separación o divorcio si no se ha previsto tal causa en el contrato.

LA SEPARACIÓN DE BIENES REGULADA EN LA LEY VALENCIANA DE 20 DE MARZO DE 2007, DE REGULACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL VALENCIANO

No vamos a entrar en la cuestión de si la CA valenciana tiene o no competencias para regular esta materia o si las puede tener por delegación que pudiera haber realizado el Estado en la LO que aprobó el Estatuto de Autonomía y/o en la que luego lo modificó. Baste decir que su promulgación causó sorpresa, pero en todo caso es una Ley vigente. La entrada en vigor se estableció por la propia Ley el 25 de abril de 2008. La suspensión de su vigencia se levantó por el Tribunal por auto de 12 de junio de 2008. Algunos puntos de la regulación, que no afectan a lo que aquí tratamos, fueron modificados por la Ley 8/2009, de 20 de marzo.

Esta Ley ha establecido la libertad de elección por los cónyuges del régimen económico de su matrimonio, una regulación (aunque al final de la Ley, en su título III) del régimen de separación de bienes como régimen aplicable en defecto de pacto, ha efectuado una extensa regulación de lo que llamamos régimen matrimonial primario en todo su título I, imponiendo la afección de los bienes al levantamiento de cargas, responsabilidad de bienes frente a acreedores y limitaciones a los actos dispositivos sobre la vivienda habitual familiar, que incluye una regulación de las capitulaciones y otra de las donaciones por razón de matrimonio, y ha reservado un título entero (el II) para el (interesante) pacto llamado de germanía.

De toda esta regulación interesa destacar lo siguiente:

— La contribución a las cargas del matrimonio.

El art. 6, tras establecer el régimen supletorio (de separación de

bienes), dice que éste no tendrá "otra trascendencia económica para los consortes que afectar a sus respectivas rentas y patrimonios al levantamiento de las cargas del matrimonio". Y la Ley contiene una regulación sobre cargas del matrimonio, aplicable a todo régimen económico, en los arts. 8 a 15. Según el art. 8, los cónyuges están obligados a contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La forma y medida será la que resulte del acuerdo de los dos, y en defecto de acuerdo, en proporción a sus respectivas rentas y patrimonios. El art. 9 dice qué son esas cargas: lo necesario para el mantenimiento de la "familia" (aquí usa un concepto más amplio que el de matrimonio), con adecuación a los usos y nivel de vida familiar. A continuación realiza una enumeración. Llamam la atención los gastos de adquisición de bienes y derechos de titularidad conjunta y también de titularidad sólo de alguno de los miembros de la familia (parece que puede ser no sólo un cónyuge, sino también un hijo), pero en este último caso, sólo en proporción al valor de su uso efectivo por la familia, criterio éste que regía antes en el Derecho catalán, pero que, como hemos visto, ha sido rectificado por la Ley 25/2010.

Y se insiste en que el trabajo para la casa o para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional del otro cónyuge tiene que ser considerado como contribución al levantamiento de cargas. Para la fijación de la compensación a que da derecho, se dan unos criterios a tener en cuenta, aunque no se trata de reglas de cuantificación. El pago de esta compensación se hará según los acuerdos de las partes y en su defecto por decisión judicial.

— También se establece (art. 11) una responsabilidad directa por deudas que provengan de actos dirigidos a satisfacer las "necesidades ordinarias de la familia": responden solidariamente los bienes del cónyuge que contrajo la deuda y los bienes agermanados y las donaciones por razón de matrimonio, y subsidiariamente (no solidariamente) los del otro cónyuge.

Obsérvese que no se usa la expresión "cargas del matrimonio" que aparece en los artículos 6, 8.1 y 9 y 12, por lo que habrá que concluir que se trata de algo más restringido, pero no se precisa.

— Se contiene una regulación extensa de los actos dispositivos sobre la vivienda habitual familiar (arts. 16 a 18). El primero señala

que el consentimiento se ha de prestar con conocimiento de los elementos esenciales y de las circunstancias accidentales del concreto negocio dispositivo, algo que puede provocar inseguridad jurídica. El adquirente de buena fe está protegido, pero siempre que adquiera con los requisitos del 18.1: a título oneroso, de buena fe, lo que se entiende en el sentido de que no se le ha informado o se le ha informado de forma inexacta, y razonablemente no puede conocer el carácter del inmueble como vivienda habitual, y que inscriba en el Registro de la Propiedad. Todo esto recuerda el art. 34 LH. La Ley trata de ir a favor del cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido y por ello mismo en contra del adquirente. El carácter ético y no puramente psicológico de la buena fe, de todas formas, no evita que la buena fe del tercero se presuma siempre (el tercero no tiene que demostrar que razonablemente no podía conocer eso).

Es interesante el pacto de germanía, antes citado, aunque la germanía es calificada por el desafortunado art. 38 de la Ley como "comunidad conjunta en mano común de bienes", concepto éste totalmente innecesario, que facilita con flexibilidad y sentido práctico que a partir de una situación de separación de bienes entre cónyuges se cree por éstos un fondo colectivo de bienes o de ganancias, tan amplio o tan limitado como quieran, pudiendo ser excluidos en cualquier momento de ese fondo bienes o derechos ya aportados. De todas formas aunque la idea es buena, su regulación plantea muchas dudas (¿cuántas limitaciones van a deducirse del principio de "absoluta" igualdad de los cónyuges?) y deja numerosas cuestiones sin resolver.

En la CA valenciana hay regulación sobre las uniones de hecho. Se contiene en la Ley 1/2001, de 6 de abril, que no toca la materia civil patrimonial, salvo en lo que se refiere a los pactos que regulen las relaciones económicas y la liquidación tras el cese, respecto de los que se contiene (sólo) la exigencia de que no sean contrarios a las leyes ni limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente, ni gravemente perjudiciales para uno de ellos. La Ley también presume que los convivientes contribuyen equitativamente al sostenimiento de las cargas de la unión.

Para concluir este apartado:

De la regulación valenciana llama la atención la extensa regulación de la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas y de las responsabilidades derivadas de ellas, así como también,

más que en ningún otro Derecho, de los actos dispositivos sobre la vivienda habitual familiar y las predetracciones. Lo que en el CC son dos breves artículos (1320 y 1321), en la Ley valenciana son dos hojas enteras de regulación (arts. 16 a 21); creo que la eficacia práctica de toda esta normativa, al igual que la del CC, por mucho que se aumente, sigue siendo mínima y que es más bien un producto de debates profesoraes y/o gremiales. También llama la atención que esta Ley exija cautelas, requisitos, obligaciones de información, posibilidades de impugnación, etc. –referidos a actos dispositivos de la vivienda familiar– que en situaciones de normalidad familiar son superfluos, y pretender responder a problemas que en la vida real sólo pueden darse en momentos de crisis matrimonial grave, siendo así que ha sido elaborada tras la Ley estatal 15/2005, de 8 de julio, que permite que un cónyuge disuelva el matrimonio (por divorcio) sin ni siquiera consultarlo con el otro y sin alegar causa.

No se regula la dote, pero sí el pacto de germanía, aunque no está siendo usado en la práctica. Se regulan las donaciones por razón de matrimonio, también de manera, en mi opinión, excesivamente farragosa, especialmente su revocación. Se impone que se hagan en escritura pública, si bien cuando no se trate de inmuebles “se respetarán los usos y costumbres del lugar”.

OTROS DERECHOS EN LOS QUE LA SEPARACIÓN DE BIENES HA TENIDO UNA IMPORTANCIA MENOR, POR NO SER DERECHO SUPLETORIO

En el Derecho Civil del País Vasco no se contiene regulación sobre la separación de bienes, si bien puede pactarse en capitulaciones, antes o después del matrimonio. En el libro de Vizcaya se dice expresamente (art. 93). La Compilación de 1959 permitía capitular (art. 41), pero el régimen de bienes en el matrimonio, una vez contraído éste, era inmutable. En los demás territorios, puede pactarse igualmente. No se dice en la Ley, pero esto no es necesario decirlo pues ya rige el Código Civil.

Hay una Ley de parejas de hecho (Ley 2/2003, de 7 de mayo), que en cuanto a lo patrimonial (similar a la regulación navarra, que fue anterior en el tiempo), remite a los acuerdos de sus miembros, en documento público o privado. En defecto de pacto expreso, los

miembros de la pareja podrán adherirse a cláusulas generales, respecto de las que se establece una regulación legal mínima sobre lo que deberán prever: contribución a gastos, considerándose tal el trabajo doméstico y la colaboración no retribuida en la actividad del otro; pensión periódica en caso de extinción, para atender adecuadamente al sustento si la unión le hubiera supuesto disminución de ingresos o si el cuidado de hijos le dificulta la realización de actividades laborales; compensación económica en caso de haber trabajado para el hogar o la actividad del otro, si se ha generado un enriquecimiento injusto.

En el Derecho de Galicia tampoco se regula la separación bienes, si bien la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, contiene la norma (innecesaria) de que el régimen económico será el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, que podrían otorgarse antes o durante el matrimonio.

En el Derecho de Aragón se ha establecido recientemente una regulación relativa a la separación de bienes. Se trata de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, que también estableció una regulación general de efectos del matrimonio. Antes podía pactarse un régimen de separación al amparo de la libertad de pactos en capitulaciones, pero carecía de regulación típica. Toda esta normativa ha pasado al Código del Derecho foral de Aragón (D. Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que entró en vigor el 23 de abril de 2011), que ha incluido también la contenida en la Ley de parejas estables no casadas, de 26 de marzo de 1999.

El régimen de separación de bienes se regula en los arts. 203 a 209 del Código. Las normas que se refieren a la materia que tratamos son las siguientes:

— La titularidad de bienes corresponde a quien determine el título de adquisición. Cuando no sea posible acreditar a quién corresponde la titularidad o en qué proporción, se entenderá que pertenece a ambos cónyuges por mitad. Se exceptúan los bienes de uso personal y los directamente destinados al desarrollo de la actividad o profesión de uno de los cónyuges y que no sean de extraordinario valor, que se presumirá que pertenecen a éste.

— Si un cónyuge administra bienes del otro sin su oposición no

está obligado a rendir cuentas del destino de los frutos percibidos, salvo que se demuestre que los ha empleado en su propio beneficio.

La regulación aplicable a todo matrimonio contiene las siguientes normas:

- Los cónyuges pueden celebrar entre sí todo tipo de contratos.
- Ambos tienen el deber de contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares. En defecto de pacto, se tendrán en cuenta los medios económicos de cada uno, así como sus aptitudes para el trabajo y para la atención del hogar y los hijos. No se dice nada acerca de compensaciones por trabajo para la familia. Los hijos que convivan deben contribuir equitativamente a satisfacer tales necesidades.
- Los cónyuges responden solidariamente frente a terceros de buena fe de las obligaciones contraídas por uno de ellos para atender a la satisfacción de las necesidades familiares.
- Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y bienes de uso ordinario de la misma, y para sustraerlos al uso común, es necesario el consentimiento del otro o autorización judicial. No procede la anulación del acto contra adquirentes a título oneroso de buena fe cuando el disponente manifestó que no se trataba de la vivienda o mobiliario familiar.

La regulación de parejas estables no casadas se contiene actualmente en los artículos 303 a 315 del Código. Se rige, en lo patrimonial, por lo que hayan convenido en escritura pública, siempre que no perjudiquen los derechos o dignidad de cualquiera de los otorgantes y no sean contrarios a normas imperativas aplicables en Aragón. En defecto de pacto, contribuirán a los gastos comunes en proporción a sus ingresos, y en su caso a sus patrimonios. Ambos responden solidariamente ante terceros de las obligaciones contraídas por estos gastos, si se adecuan a los usos sociales.

En caso de extinción en vida de ambos, el conviviente que ha contribuido con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de bienes comunes o del otro, o se ha dedicado al hogar, o ha trabajado para el otro, puede exigir una compensación económica "si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos que implique un enriquecimiento injusto".

Finalmente, en el caso de Navarra hay que decir que la Compilación de 1973 dispuso que los cónyuges podrían celebrar entre sí toda clase de estipulaciones, contratos y donaciones (ley 76) y reguló la separación de bienes en la ley 103, que podía pactarse en capitulaciones, antes o durante el matrimonio.

La Ley 5/1987, de 1 de abril, ha dado nueva redacción a la ley 103, cuyo contenido es el siguiente:

Cada cónyuge responde de sus propias deudas, sin perjuicio, en caso de concurso, de las acciones por fraude de acreedores. De las obligaciones contraídas por uno solo para atender las necesidades ordinarias de la familia conforme a las circunstancias de ésta y uso del lugar, responderán subsidiariamente los bienes del otro, si fuere insuficiente el patrimonio del cónyuge deudor, sin perjuicio del reembolso que procediere.

Respecto al sostenimiento de cargas rige la regla de que en defecto de pacto, cada cónyuge puede exigir al otro que contribuya en proporción a sus ingresos, y si fueran insuficientes, a sus bienes. Se computa como contribución el trabajo en el hogar familiar.

Y se presumirá la cotitularidad, por mitad, de los bienes y derechos cuya pertenencia privativa no conste.

También en Navarra hay Ley de parejas de hecho (Ley 6/2000, de 3 de julio). En lo patrimonial, se rigen por lo que los miembros hayan pactado, en documento público o privado, pero existen las normas imperativas que reseñamos:

Hay obligación de contribuir a los gastos comunes, en proporción a sus ingresos, y si no son suficientes, a sus patrimonios. Se considera contribución el trabajo doméstico y la colaboración no retribuida en la actividad del otro.

Hay responsabilidad solidaria de ambos convivientes frente a terceros por las obligaciones por razón de gastos para mantenimiento de la casa y atención de los hijos comunes.

Los pactos sobre compensaciones para el caso de disolución tienen que respetar los derechos mínimos contemplados en la propia Ley.

Se puede exigir pensión periódica en caso de extinción, para atender adecuadamente al sustento si la unión le hubiera supuesto disminución de la capacidad de obtener ingresos o si el cuidado de hijos le dificulta la realización de actividades laborales; y compensación económica en caso de haber trabajado para el hogar o la actividad del otro, si se ha generado un enriquecimiento injusto.

Para concluir:

En el País Vasco, Navarra, Aragón y Galicia es poco frecuente el régimen de separación de bienes, al igual que ocurre en el Derecho común.

La regulación surgida en estas cuatro Comunidades en los últimos años apenas se ha referido al régimen de separación de bienes, salvo en Aragón.

Un estudio más detallado de todas las regulaciones que hemos ido reseñando no corresponde en este trabajo, que sólo pretende ser comparativo de las regulaciones generales. Como hemos visto, las materias reguladas suelen ser las mismas, aunque las soluciones varían. Lo que parece ser igual es que las Leyes aumentan sin cesar su extensión, la imperatividad de las normas va también en aumento, y el ejercicio por los particulares de su autonomía de la voluntad se usa poco, no se fomenta y permanece con múltiples inseguridades legales, no sólo fiscales.

LA QUIEBRA Y EL CONCURSO DE ACREEDORES EN DERECHO MEDIEVAL ESPAÑOL

Juan Alfredo Obarrio Moreno

Profesor Titular de Universidad
Universidad de Valencia

Resumen: El presente estudio aborda la cuestión de la insolvencia y el concurso de acreedores en los reinos hispanos durante la Baja Edad Media. En concreto, se analizan los problemas jurídicos y procesales del concurso de acreedores, desde la venta en subasta pública, la búsqueda y localización de los bienes, así como los remedios concedidos a los deudores: la cesión de bienes, la moratoria y la remisión o quita de acreedores.

Palabras clave: Edad Media, quiebra, insolvencia, cesión de bienes.

BANKRUPTCY AND CREDITORS IN SPANISH MEDIEVAL LAW CONTEST

Abstract: This study tackles the issue of insolvency and the competition of creditors in the Hispanic kingdoms during the middle ages. In particular, analyses the legal and procedural problems of the competition of creditors, from sale in public auction, search and location of the goods, as well as the remedies granted to debtors: the assignment of property, the moratorium and the remission or remove it from creditors.

Key words: middle ages, bankruptcy, insolvency, assignment of property.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I. LA SUBASTA JUDICIAL EN LOS REINOS BAJO-MEDIEVALES
 - 1. Origen
 - 2. La ejecución jurídica –*De executio iuris*
 - 3. La ejecución efectiva –*De executione facti*
 - 3.1. Ejecución de los bienes muebles
 - 3.2. Ejecución del deudor
 - 3.3. Ejecución del patrimonio inmobiliario
- II. LA EJECUCIÓN DE LOS BIENES
 - 1. Concepto de *excussio*
 - 2. Vigencia y excepción
 - 3. Prohibiciones
 - 4. Regulación del procedimiento
 - 5. La acción hipotecaria contra el tercero poseedor de los bienes
- III. LA CESIÓN DE BIENES
 - 1. Antecedentes históricos
 - 2. Concepto
 - 3. Naturaleza jurídica
 - 4. Finalidad y efectos
 - 5. Procedimiento
 - 6. Prohibiciones
- IV. LA MORATORIA O TREGUA EN EL PAGO
 - 1. Origen y finalidad
 - 2. Requisitos
 - 3. Limitaciones
 - 4. Consecuencias jurídicas
- V. LAS INDUCIAS O TREGUAS QUINQUENALES
 - 1. Origen
 - 2. Naturaleza jurídica
 - 3. Requisitos
 - 4. Limitaciones
 - 5. Orden de prelación de créditos
 - 6. Procedimiento

INTRODUCCIÓN

El presente estudio aborda la cuestión de la insolvencia y el concurso de acreedores en los reinos hispanos del bajomedievo, donde, a través de la lectura de las fuentes jurídicas, doctrinales y jurisprudenciales, hemos tratado de desarrollar un esquema de los problemas jurídicos y procedimentales del ámbito concursal, desde la venta en subasta pública, la pesquisa de los bienes o los remedios concedidos a los deudores: la cesión de bienes, la moratoria y la remisión o quita de acreedores.

I. LA SUBASTA JUDICIAL EN LOS REINOS BAJO-MEDIEVALES

1. ORIGEN

Dentro del estudio que la doctrina realizó del *Ordo iudicarius*, se contemplaba la ejecución de la sentencia sobre el patrimonio del condenado, la denominada *distractio bonorum* (1).

En el ámbito medieval nace un proceso ejecutivo, el cual, como afirmara FEBRERO, "era un juicio sumario introducido a beneficio de los acreedores" (2). En éste, siguiendo el planteamiento de FAIRÉN, no cabe ver un procedimiento con carácter de provisionalidad, donde la observancia de los elementos substanciales del proceso pudieran verse sustituidos por el arbitrio judicial, sin límites normativos formales o materiales, sino, únicamente, un intento por alcanzar una mayor celeridad en la resolución de las controversias, ya sea simplificando sus formalismos, ya reduciendo los plazos procesales

(1) Con relación a su origen, véase I. 3,12,pr.: *Erant ante praedictam successionem olim et aliae per universitatem sucesiones. Qualis fuerat bonorum emptio, quae de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta tunc locum habet, quando iudicia ordinaria in usu fuerunt: sed cum extraordinariis iudiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones exspiraverunt et tantummodo creditoribus datare officio iudicis bona possidere et prout eis utile visum fuerit ea disponere; quod ex latioribus Digestorum libris perfectivus apparebit.* Con carácter ejemplificador, SOLAZZI, S., *Il concorso dei creditori nel diritto romano*. Napoli, 1937-1943. Vol. IV, pp. 180-183.

(2) FEBRERO, J. M., *Del juicio ejecutivo*, Lib. 3, Cap. 2, Tít. 1, p. 361.

o bien disminuyendo los medios de prueba y las posibilidades de apelación (3).

Este procedimiento tuvo su origen en la *cognitio extraordinem* romana (4), al establecerse diversos supuestos en los que era posible sustanciar el proceso de forma abreviada, ya fuese a través de una *cognitio sumaria*, como en la acción para reclamar alimentos (5), o prescindiendo de las formas *-sine scriptis* (6)- y de los plazos en los que se debía iniciar el litigio (7).

Esta necesidad por simplificar las formas procedimentales se acentuó con la recepción del proceso romano-canónico y la subsiguiente complejidad del *solemnis ordo iudiciarius*.

Para subsanar las complejas y lentas actuaciones, así como los numerosos cauces que tanto el Derecho procesal como la práctica forense concedían a las partes para la dilatación del proceso, el Ordenamiento canónico impulsó, como apuntara SALVIOLI (8), el nacimiento de un nuevo procedimiento, el plenario, cuyo ámbito, a tenor de lo dispuesto en c. 6,X,2,1 (9), se circunscribía más a la esfera arbitral que a la judicial, lo que permitía que la verdad de los

(3) FAIRÉN GUILLÉN, V., *El juicio ordinario y los plenarios rápidos. (Los defectos en la recepción del Derecho Procesal común; sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*. Barcelona, 1953, p. 56; "La clasificación de los procesos y procedimientos. El juicio ordinario, los plenarios rápidos y los sumarios". En *Estudios de Derecho Procesal*. Madrid, 1955, pp. 375-383. Recientemente, "El proceso ede la extravante *Ad Reprimendum* del Emperador Enrique VII (1313) y su exégesis por Bártolo de Sassoferrato". AHDE, 73 (2003), pp. 265-287; *Sobre la historia del juicio sumario ejecutivo en Valencia. La ordenación del Rey Don Martín I de 1403*. Valencia, 2004; ROCASOLANO, G. DE, "El juicio sumario ejecutivo en los Fueros y Observancias del Reino de Aragón". ADA, 1949, en especial, pp. 28-30.

(4) BIONDI, B., "*Summantium cognoscere*". BIRD (1920), pp. 227-229. Con carácter genérico, ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *Curso de Derecho Romano. Introducción, cuestiones preliminares. Derecho Procesal civil romano*. Madrid, 1955, pp. 596-698.

(5) D. 25,3,5,8 y 9.

(6) C. 12,30,3,4; Nov. 17,3, Nov. 28,3.

(7) C. 8,1,4; Cth. 2,4,3 y 6.

(8) c. 6,X,2,1; SALVIOLI, S., *Storia della procedura civile e criminale. Storia del Diritto italiano*. Florencia, 1921, pp. 773-775. Asimismo, ALONSO ROMERO, M.^a P., *El proceso penal en la Castilla moderna*. Estudis, 22 (1996), p. 290.

(9) Asimismo, en c. 13,X,2,1; c. 27,X,4,1; c. 8,X,3,38; c. 26,X,5,1.

hechos se impusiera a las propias estructuras formales del proceso, por cuanto éstas contribuían a la mala fe procesal (10).

Posteriormente, la legislación estatutaria y el propio Derecho canónico encauzaron la necesidad de eliminar el número de formalidades inherentes al proceso ordinario dentro de la propia estructura judicial, naciendo así el procedimiento sumario, entendiéndose por éste, un juicio que, aunque breve, debía contener la esencia del procedimiento ordinario (11).

Este deseo por simplificar el proceso se consolidó plenamente en el año 1036, con la disposición *Saepe Contingit*, del Papa Clemente V (12). En esta constitución –“*A menudo ocurre*”–, después de ordenarse que se procediera llanamente, de plano, sin estrépito y sin figura de juicio (13), se intentaba explicar sus posibles confusiones o interpretaciones (14). En este sentido, se sostuvo que los jueces, para alcanzar una mayor brevedad en el procedimiento, podían actuar en los días feriados, sin necesidad de exigir demanda ni *litis contestatio*, eliminando las excepciones y las alegaciones dilatorias,

(10) c. 6,X,2,1: *Provideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cuiusmodi actio intentetur, inquiratis, sed simpliciter et pure factum ipsum, et rei veritatem secundum formam canonum et sanctorum Patrum instituta investigare curetis*; SALVIOLI, S., *Storia della procedura*, ob. cit., p. 374: “... abandonando i protocolli scritti, le *positiones* e le *responsiones*, tutto ciò che era perdita di tempo, e favoriva la mala fede”.

(11) Tomo la cita de Bártolo de PERTILE, A., *Storia del Diritto dalla caduta dell'imperio romano alla codificazione*. Roma-Napoli-Milano. 1902, VI, 2.ª, p. 116, not. 7: *Summarie ideo breviter, non diminutive sed ita, quod totam substantiam comprehendat*.

(12) Clem. 5.11.2. Con anterioridad, numerosos estatutos en los que, circunscribiéndose a materias concretas, se simplificaba el proceso. Así, en el Estatuto de Pisa de 1286: *Si inter creditores de bonis obligatis, aut hypoteca bonorum Quaestio fuerit –summatim–, de plano et sine magna disceptatione, et litis contestatione, et ordinaria cognitione, condempnet judicans creditorem...* Vid. PENNINGTON, K., “Due process, community and the prince in the evolution of the ordo iudiciarius”, *Rivista internazionale di diritto commune*, 9 (1998), pp. 9-47.

(13) Clem. 5,11,2: *Saepe contingit, quod causa committimus, et in earum aliquibus simpliciter et de plano, ac sine estrepitu et figura iudicii procedi mandamus*.

(14) Clem. 5,11,2: *de quorum significatione verborum a multis contenditur, et qualiter procedi debeat dubitatur*.

el número masivo de testigos, así como las superfluas disputas entre las partes y sus representantes (15).

Con todo, a pesar de su brevedad, no se podían relegar algunos requisitos que, por su naturaleza, les hacían consustanciales al procedimiento: la necesidad de aportar pruebas, la defensa jurídica de las partes o la correlación entre lo pedido y lo sentenciado (16).

La influencia de esta disposición de Clemente V, como han puesto de relieve –entre otros– FAIRÉN y ALONSO ROMERO, fue decisiva para el desarrollo del proceso sumario en el ámbito secular, tanto en el Derecho castellano como en el resto de los Ordenamientos peninsulares (17).

A tenor de lo expuesto en la mencionada constitución, y de su recepción en el Derecho peninsular, MATHEU Y SANZ, con el objeto de aclarar su significado y de eliminar los obstáculos que la doctrina y la práctica jurídica pudieran poner, intentó delimitar su naturaleza jurídica, para diferenciarla de la del procedimiento ordinario, porque, a su juicio, la ausencia de una precisión conceptual la haría inviable, ya por la posibilidad de que el silencio normativo pudiera ser aprovechado por los jueces para interpretar esta cláusula a su arbitrio, o ya porque no se podrían salvar los innumerables resortes contruidos por la práctica forense (18).

(15) Clem. 5,11,2.

(16) c. 2,X,5,11: *necessario libellum non exigat, litis contestationem non postulet, tempore etiam feriarum, ob necessitates hominum indultarum a iure, procedere valeat, amputet dilationum materiam, litem, quantum poterit, faciam breviorum, exceptiones, appellationes dilatorias et frustratorias repellendo, partium advocatorum et procuratorum contestationes et iurgia testiumque superfluam multitudinem refrenando.*

(17) Furs 1,6,5-6: *Stablim e ordenam que en tots plets o causes civils puxa ésser enantat sens tota figura de plet o juhí, atesa solament la veritat del fet o negoci. Emperò, si serà enantat solempnialment en tot o en partida, lo procés per la dita rahó no-n valla meyns ne-n puxa ésser irritat o anul·lat; 1,3,7: Caeterum statuimus et etiam ordinamus quod in curiis ordinariorum et delegatorum dicti regni procedi valeat sine omni figura iudicii, solum atenta veritate negotii, et quod aliqua sententia non valeat dici nulla occasione ob missionis ordinis iudiciarii substantialis, puta oblationis libelli, litis contestationis solemnitis et presentationis calumpniae iuramenti.*

(18) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 10, Tít. 1, núm. 10: *Et ratio est quia similis procedendi forma excludit omnes solemn-*

Esta delimitación conceptual la inicia distinguiendo dos tipos de procedimiento: uno ordinario, que descansaba sobre los principios del proceso romano-canónico, y otro extraordinario –*absque figura, vel strepitu Judicii*–, el cual únicamente debía preservar las solemnidades reconocidas por el Derecho divino y por el Derecho natural, lo que permitía excluir, con mayor facilidad, el conjunto de requisitos que el Derecho civil aportaba (19). En concreto, los requisitos formales que podrían verse reducidos cabría resumirlos en los siguientes:

[a] Innecesaria presencia del libelo, de la *litis contestatio* y del juramento de calumnia (20).

[b] Reducción de los plazos otorgados para la presentación de pruebas, dejándolos al *arbitrio Judicis*.

[c] La no admisión de excepciones reprobatorias a las pruebas testificales o documentales.

[d] La posibilidad de que el juez dictase sentencia sin que el juicio hubiera concluido, aunque siempre se debía ajustar a lo probado y a lo pedido (21).

Estos caracteres se presentan con mayor claridad en las distintas causas por las que se procedía a su ejecución. Así, a la pregunta *quaenam executionem paratam habeant*, del estudio de la práctica y del uso forense se desprenden las siguientes causas por las que se podía proceder, en vía ejecutiva, en los tribunales seculares:

[1] En virtud de la obligación contenida en una cláusula de garantía –*guarentigia* (22).

tates, et dilationes juris civilis, et tantum retinet substantialia de jure divino et naturalis.

(19) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 10, Tít. 1, núms. 1, 3 y 20.

(20) Furs 1,3,7; 1,6,5; AO, Jaime I, Privilegio 27 y 65; AO, Jaime II, Privilegio 32 y 68. LEÓN, F. J., *Decisiones*, *Decisio* 202, núm. 5; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 10, Tít. 1, núms. 24-26.

(21) LEÓN, F. J., *Decisiones*, *Decisio* 198, núms. 3-4: *sola facti veritate inspecta, potest ferri sententia non conformis libello*; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. III, Tít. 10, Cap. 1, núms. 36-40.

(22) Furs 7,4,20; Recopilación 4,21,1-2; LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 64, núm. 5; CÁNCER, J., *Variarum*, Pars 2, Cap. 3, núm. 7: *Et ut clarius rem doceam, hodie illud instrumentum dicitur clausulam guarentigiae continere, quod ex privilegio, seu statuto paratam habet executionem*,

[2] Por las pensiones vencidas a cargo del censo (23), ya sea por acción personal o real (24).

[3] En virtud de testamento (25).

[4] Por evicción (26).

ita ut eius vigore competeat exactio sine strepitu, et figura iudicii, de facto incidiendo ab executione reali seu personali; Práctica y Orde judiciari, Cap. 4, pp. 57-69; SUÁREZ DE PAZ, G., Praxis, Tomo 1, Pars 4, Cap. 1, núm. 6: Secundo, quod instrumenta publica hodie de Jure Regio habent executionem paratam...; núm. 7: Intellige tamen, quod non quodlibet instrumentum publicum de Jure Regio habet executionem paratam; sed tantum illud, quod confectum fuerit a Tabellione numerario Civitatis; núm. 9: Rursus intellige, quod non quodlibet instrumentum publicum confectum a Tabellione numerario... sed tantum illud, in quo a Tabellione numerario, vel Regio apposita fuerit clausula guarentigia, quae apud scribentes Italicos diversis nominibus nuncupatur.

(23) Incluso, como advierte TROBAT, J. B., *Tractatus de effectibus immemorialis praescriptionis et consuetudinis...* Valentiae, 1609. Tom. 2, Tít. 1, Quaestio 5, núm. 40, cuando el censo viene adosado al contrato de compraventa: ... *ut censum solvere teneatur etiam is, qui illum in se accolavit, et sumpsit, dicitur principalis debitor census, intelligitur, ut ipse ait Quaestio 95, núm. 6 casu in quo novum titulum firmavit in favores domini census, eum eisdem clausulis.*

(24) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núm. 67, *Pluribus privilegiis prosecuta in nostro Regno Valentiae reperitur via executiva instituta pro redditibus, sive pensionibus censualium reservatorum consignatorum vel vitaliorum, et debiti cum responsione reddituum, resultantis expressio rei fructiferae venditae habita fide de pretio, quod debitorium inter nos dicitur.* A la que BELLUGA, P., *Speculum*, Rubrica 41, *De materia censualium*, le dedica un amplio estudio.

(25) SUÁREZ DE PAZ, G., *Praxis*, Tomo 1, Pars 4, Cap. 1, núm. 1, *Legatarius, vel fideicommissarius particularis, vigore testamenti, praecedente jussu Judicis, facto haeredi de solvendo legato, petere potest via executiva legatum, vel fideicomisum*; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, Pars 2, Observatio 42, núm. 1: *Legatum executive peti potest. Foro 6. Idque quotidie apud nos praxi receptissimum est: sed an id de jure communi procedat...* No obstante, recoge, a continuación, las reservas que la práctica jurídica tuvo sobre su aplicabilidad. Así, en núm. 2: *Illud multoties dubitatum, an interesse legati peti possit executive? Et in nostra Regia Aula pluries fuit decisum, peti non posse, sed reservandum jus legatario respectu interesse in alia debita instantia. Idque sic invenimus Senatium censuisse, et alterius Regiae Aulae sententias, in quibus contrarium frequenter deciditur, revocasse.*

(26) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 58, núm. 25: ... *quod pro evictione possit emptor agere via executiva, expedi-*

- [5] Por confesión judicial (27).
- [6] En virtud de sentencia, ya sea ésta judicial (28) o arbitral (29).
- [7] Por el alquiler de vivienda (30).
- [8] Por deudas reales, fiscales, patrimoniales o de la Ciudad y de la *Generalitat* (31).
- [9] Por los cambios e intereses (32).
- [10] Por razón de la venta de un bien anexo a un censo (33).

No obstante su vigencia, hallamos en la praxis y en la doctrina ejemplos en los que se repudia esta forma de proceder:

BUV. Alegación jurídica de 1676, fo. 6, núm. 14.

No creo que nadie ignore, que el orden de proceder breve, y sumariamente, ò la via ejecutiva sea odiosa, y aun contraria à la disposicion del Derecho; ó porque empieza por donde acaba la ordinaria, de que

endo mandatum executivum, etiam si evictio promissa non fuerit, neque de ea fuerit instrumentum publicum confectum; CRESPI DE VALDAURA, C., Observaciones, Pars 2, Observatio 42, núm. 6: Evictio a Foro habet executionem.

(27) GUTIÉRREZ, J., *Tractatus de iuramento*, Pars 1, Cap. 54, núms. 1-2: *communis opinio quae habet, quod confessio extrajudicialis facta absente parte, non plena probat, sed semiplene; SUÁREZ DE PAZ, G., Praxis, Tomo 1, Pars 4, Cap. 1, núm. 1: Primo igitur dicendum est, sententiam in auctoritatem rei judicatae transactam executionem paratam habere... procedit ex eo quod de jure communi confessio judicialis absolute non habet executionem paratam: sed jure valentino confessio judicialis de re certa habetur pro re judicata, et haec habet paratam executionem.*

(28) Furs 7,7,5; P. 3,22,19; P. 3,27,2; SALGADO DE SOMOZA, F., *Tractatus de regia protectione*, Pars 4, Cap. 9, núm. 150: *... pro quibus pariter sententia exequenda est.*

(29) Partidas 3,4,23-24; Recopilación 4,21,4; SUÁREZ DE PAZ, G., *Praxis*, Tomo 1, Pars 4, proemio, núm. 3: *quinimo de Jure Regio introductum fuit, nedum sententiam Judicis, verum etiam sententiam arbitri, arbitratoris, et amicabilis compositoris, executioni mandari posse.*

(30) *Práctica y Orde judiciari*, Cap. 4, Tít. 9, p. 106.

(31) Cortes de 1585, Cap. 38: *excepto quant los deutes seran verda-derament fiscals o patrimonials, o de la generalitat, o de la ciutat, o causats per raho de administració de offici publich... Práctica y Orde judiciari*, Cap. 4, Tít. 8, pp. 106-107.

(32) *Práctica y Orde judiciari*, Cap. 4, Tít. 8, p. 108.

(33) Cortes de 1645, Cap. 21; *Práctica y Orde judiciari*, Cap. 4, Tít. 8, p. 109.

se sigue notable perjuicio al reo; ó porque se le priva del remedio de la apelación suspensiva, y consequentemente de poder alegar sus excepciones, con plena satisfacion, sin ceñirse à determinados, y precisos terminos (34).

Manuel Román VALERÓN: *Multum interest reo via ordinaria, se defendere, suasque exceptiones deducere, suasque exceptiones deducere, et altiori indagine litem prosequi, quam strictis viae executivae terminis adstringi* (35).

Una vez expuesto el origen y las causas por las que se podía proceder a la ejecución en el Derecho bajo-medieval, la literatura jurídica planteó la existencia de una doble ejecución: de Derecho y de hecho (36).

2. LA EJECUCIÓN JURÍDICA -DE EXECUTIO IURIS

La *executio juris* era un juicio sumario, de apenas diez días de duración, encaminado fundamentalmente a determinar si la demanda de ejecución se ajustaba a Derecho; motivo por el que fue conocido por los prácticos del Derecho como *Judicium rationum* (37).

Su procedimiento nos viene dado a través de las distintas obras judiciales, por la doctrina foral y por la tradición manuscrita (38).

(34) BUV. Varios. *Alegación por Don Ximen Perez Calatayud, y Chaves, Conde de Real, en nombre de marido, y conjuntamente persona de Doña Inès Maria Ferrer, y Calatayud; en pleito con Don Fernando Diez Giron de Rebolledo, y de Ribera... sobre que se declare no haber habido la execucion que se despachò a su intancia contra dicha Doña Inès.*

(35) VALERÓN, M. R., *Tractatus de transactionibus: in quo intergra transactionum materia theorice ac practice ingenti studio... continetur.* Lugduni, 1665. Tít. 2, *Quaestio* 7, núm. 43.

(36) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núm. 1: *Duplicem executionem praxis Regni Valentiae observat aliam juris, et aliam facti.*

(37) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núm. 1: *... Iuris executio dicitur summaria illa cognitio in qua breviter, et de plano infra decem dies mandati executivi, discutitur de viribus exceptionum contra eum popositarum, quas fori patiuntur admitti, in similibus judiciis: quae cognitio per nostros practicos dici solet Judicium rationum;* núm. 2: *Ex eo denominato vocabulo, quod in eodem mandato executivo reus moneatur, quod si aliquas habet rationes propter quas executio non habeat locum, deducat intra easdem decem dies.*

(38) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2,

En esencia, el esquema era muy simple: una vez que la sentencia alcanzaba el valor de cosa juzgada (39), su beneficiario (40), o un tercero en su nombre (41), pasados los diez días de la condena (42), debía solicitar la petición de su ejecución (43), ya que,

núm. 3: ... *quae specialitates plurimas continent, et simul de his quae ex inveterato Curiarum stylo observantur, et observari debent.*

(39) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núm. 4: *Si enim executio instituenda est virtute sententiae in rem iudicatam transactae pro quantitate, et illa obtenta fuerit in Curia iudicum inferiorum.* Criterio que, en virtud de las Cortes de 1585, Cap. 75, será excepcionado cuando la cantidad a reclamar fuera menor a trescientas libras, por cuanto en este supuesto podrá ejecutarse la sentencia otorgando la caución establecida: *no obstant que de aquelles se haja appellat e introduhit dita appellacio en la real Audiencia.*

(40) Véase, en este sentido, SUÁREZ DE PAZ, G., *Praxis*, Tomo 1, Pars 4, Cap. 2, núm. 18: *Caeterum quando quis instrumentum publicum purum, et liquidum, vel sententiam transactam in auctoritatem rei iudicatae habuerit contra aliquem, et ejus executionem petere voluerit coram Iudice, in cujus territorio reus domicilium, vel bona habuerit, tunc actor coram Iudice, in praesentia Tabellionis producet sententiam, vel instrumentum illud, et per viam actus petet quod executioni mandetur contra personam, et bona debitoris pro quantitate debita.*

(41) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 2, *Decisio* 90, núm. 4: *Tertius non potest instare executionem, virtute instrumenti per alios firmati.* No obstante esta afirmación, el jurista valenciano nos informa de cómo este criterio no fue de aplicación en la praxis del reino. *Vid.* núm. 5: *Sed his non obstantibus contrarium iudicavit hic noster Regius Senatus, quia ubicunque tertio ius queritu, et ex instrumento ille agere potest, si tale instrumentum est guarentigiatum, virtute illius instare potest executionem...*

(42) Furs 3,4,13; 4,23,58; 7,4,10 y 13. Véase su precedente legal en I. 4,17,pr., y sus precedentes doctrinales en DURANDUS, G., *Speculum iudiciale*. Basel, 1574. Reed. Aalen, 1975. Lib. 2, Part. 3, Rúb. *De executione sententiae*, Tít. 4, núm. 1: *est statim post decendum executioni mandanda: quoniam tunc transit sententia in rem iudicatam*; TANCREDUS, *Ordo iudiciarius*. En *Libri de iudiciorum Ordine*. Ed. Bergmann, F. C. Aalen, 1965. Pars 4, Tít. 4, Cap. 4, *De executione sententiae*: ... *statim post decem dies mandanda est sententia executioni, quoniam tunc transit sententia in rem iudicatam.*

(43) CÁNCER, J., *Variarum*, Pars 2, Cap. 13, núm. 3; Cap. 14, núm. 17: *In Cathalonia tamen debet fieri reconventio intra octo dies, ex quo actor petitionem suma obtulit*; BELLUGA, P., *Speculum*, rúb. 41, núm. 15: *Ex quo supra diximus, quod positis rationibus, resolvitur mandatum in vim simplicis citationis ostenditur esse mala practica, quae in regno servatur, quae est, quod sicut positis rationibus infra decem fit retroclamum, et datur man-*

en algunos Ordenamientos –en Valencia, a diferencia de Cataluña (44)– no se requería que ésta fuera acompañada de ningún otro documento probatorio o de pronta ejecución (45).

Interpuesta la *reclamación*, el juez ordenaba la citación del reo, o, en su ausencia, se le comunicaba a los familiares o vecinos la necesidad de su comparecencia ante la Curia (46), ya que la omisión de esta garantía procesal provocaba la nulidad de lo actuado (47).

Recibida la oportuna citación, el Ordenamiento foral concedía al reo un plazo de diez días (48) para que interpusiese cuantas excep-

datum executorium, ut possit procedi usque ad realem executionem exclusive, quia videtur mala practica...; LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 7, núm. 5: *obligatus aliquid solvere sub poena tertii in libris Curiarum, vel Baiuli Barchinonae, facto inde retroclamo, sive secunda querela, debet capi, et captus detineri quousque satisfaciat creditori*; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núm. 4: *... necessarium est, quod retroclamum prorigatur...*; núm. 5: *Est enim reclam sive reclamatio secunda querela, vel instancia actoris, qui virtute primae obtinuit sententiam pro se mediante qua, executioni deduci postulat condemnationem.*

(44) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núm. 7: *se nota obiter magna differentiam quae versatur inter reclamationes usu receptas in Regno Valentiae, et assuetas in Principatu Cathaloniae, in eo enim fiunt quoties executio rigida instrumenti guarentigia roborari, quod scriptura tertii, dicitur instituenda est, ut ipsa executio concedatur...*

(45) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núm. 9: *In nostro vero Regno reclamatio non requiritur ad obtinendam executionem instrumenti guarentigia corroborati, nam eo Curiae ostenso absque libelli oblatione, vel alia solemnitate conceditur... quare sequitur quod non loquebatur de executione instrumenti, sive scripturae tertii.*

(46) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núm. 15: *Mandato igitur expedito, injungendum est reo personaliter, vel in domo propriae habitationis relinquendum, quod habet vim injunctionis, si domestico relinquatur, et in defectum ipsius vicinori..., quod ex inveterato stylo Curiarum quotidie observatur*; núm. 19: *quia solum limitant in casu latitationis, nam subrogari ejus loco citationem factam in domo habitationis relinquendo memoriam in scriptis, uni ex consanguineis domesticis, vel vicinoribus.*

(47) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núm. 16: *Sed si injunctio personalis, domi facta deficiat, executio nullius momenti reputatur... anulando executionem, et revocando sententiam Regiae Audientiae, ex defectu hujus citationis.*

(48) Furs 4,23,58: *... si per rahó de censal e violari serà inpetrat e fet algun manament executori contra... tal excepció o deffensió no serà stada posada e ab acabament provada per instrument públich o altra pública o*

ciones estimara oportunas (49). Plazo que en el Derecho valenciano se amplió a trece días (50).

Si el demandado presentaba alegaciones dentro del período de los trece días concedido por la ley (51), el juez, a tenor de lo expuesto en diversas disposiciones legales (52), debía proceder, de oficio, a examinar si éstas se ajustaban a Derecho (53), dando paso

autèntica scriptura plena fe fahent dins los dits X dies en lo dit manament executori contenguts; Furs 3,4,13: Declarants que si l'actor, contra les excepcions del condempnat, volrà posar e provar replications, que·u puxa fer dins X dies tan solament següents; Furs 3,4,14: Item, ordenam per lo present novel fur que passats los X dies de la condempnació, per lo procehiment en lo precedent fur contengut ne per altra rahó o manera, lo cors de la execució fahedora per rahó de la condempnació de la pena de quart no sia embargat ne detardat, ans sens altre perjuí del condepnat sia continuat.

(49) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núm. 22: *Facta hujusmodi citatione, virtute praecepti de parendo, vel mandati executivi, suis respective in casibus infra terminum in eo contentum (in quo non computantur feriae); Cortes de 1626, Cap. 16: que los dies de les ferias de Nadal, y de la Semana Santa, y Pasques... ni entren, ni hajen de entrar en conte dels deu dies del manament executori.*

(50) Furs 4,23,62: *Per tal, suppliquen los tres braços a Vostra Magestat que qualsevol scriptura o scriptures de rahons, sobrechiment e salvetat, après de ésser posada dins tres dies comptadors "de momento ad momentum", sia intimada.*

(51) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núm. 24: *Reus vero allegat exceptiones instrumentis publicis comprobandas, et eis sumarie ac de plano auditis Judex pronunciat.*

(52) *Aureum Opus*, Jaime II, Privilegio 165: *executionibus non admittatur aliquod exceptio nisi probata fuerit cum publico instrumento; Furs 7,4,8-11; Furs, capítols, provisions e actes de cort fets per lo serenísimo don Phelip den lo any M.D.XXXVII. Cap. 20; Práctica y Orde, 4,1,23: Lo qual manament executori es notifica al deutor deixantli copia per medi de un ministre, o porter, y si lo deutor dins los deu dies contenguts en lo manament executori, contadors en apres de la intima, aquell no es val de remey de rahons passa lo executori en jutgat, y es possa la Cort contra el deutor.*

(53) Obligación que, aunque estaba sancionada legalmente –Cortes de 1547, Cap. 20–, el propio MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, núm. 22, reconoce que no siempre se llevaba a cabo: *Reus se opponit allegando exceptiones quas habere credit, contra ipsum, quas Judex ex officio examinare tenetur secundum foro 20 Curiarum anni 1547, de cujus observantia non semper curatur in Regia Audientia eis admissis per decretum de injungendo parti expediri solent.*

a un proceso sumario –*breviter, summarie et de plano* (54)–, con el que se evitaba alargar innecesariamente la causa (55).

El proceso se iniciaba con la necesaria comparecencia de las partes, toda vez que la contumacia del reo determinaba que fueran rechazadas sus alegaciones y, por consiguiente, que se procediera a la posterior ejecución; mientras que si era el actor quien no comparecía –*quod raro evenire solet*–, quedaba en suspenso el mandamiento ejecutorio (56).

Presentes las partes, el juez les ordenaba que esgrimiesen sus alegaciones. Una vez alegadas, el juez podía decretar la efectiva ejecución, cuando entendía que las declaraciones del demandado eran insubstanciales. Si eran consistentes, declaraba continuar la causa (57). Criterio que se aplicaba cuando el magistrado tenía duda sobre la certeza de ambos testimonios: de las pruebas aportadas por el actor y de las excepciones esgrimidas por el reo (58).

(54) *Aureum Opus*, Jaime II, Privilegio 82, discernimiento al que se llega a través de *foro et ratione*.

(55) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, núm. 25: *Compareant partes prima die juridica post notificationem hora tal, et interim nihil innoventur et intimetur*; *Práctica y orde*, p. 63; *Practica Caussarum Civilium*, Capite XVII, *De les execucions*.

(56) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, núm. 27: *... si autem reus non compareat ter citatus, admissis contumaciis, repelluntur rationes, et in executione procedendum est... Si autem actor non compareat, quod raro evenire solet, admissa contumacia per contrariam supersederi jubetur, in cursu decem dierum, et si bis monitus contumax efficiatur, revocandum mandatum venit*.

(57) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, núm. 24: *Si jura tam activa, quam passiva liquide probat remanent, et nulla exceptio foralis comprobetur: quod habitis pro repulsis rationibus, procedatur ad ulteriora in executione. Et tunc tempus remanens ex decem diebus, solum deservit reo pro dilatione ad solvendum. Si jura activa, vel passiva non justificantur, revocatur statim madatum executivum*; *Práctica y orde*, p. 63; *Practica Caussarum Civilium*, Capite XVII, *De les execucions*.

(58) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, núm. 25: *Si autem aliqua dubitatio emergat, tam respectu probationis jurium activorum, quam passivorum ab Actore probandorum, vel exceptio legitima opponatur, exigens aliquam liquidationem, tunc Judex pronunciat quod supersedeatur in executione et procedatur in causa rationum, ut instructo processu executivo, quid juris sit statui possit*.

Una vez decretada la provisión de proceder *in causa rationum*, a las partes únicamente se les abría la posibilidad de aportar actas o documentos justificativos de su petición (59), por aplicarse, como regla general, la prohibición testifical en el juicio ejecutivo (60), así como la imposibilidad de excepcionar tres sentencias conformes (61). Principios que fueron cuestionados por la literatura jurídica y por los tratados de práctica procedimental (62):

(59) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, núm. 28: ... quae in summa sunt solutionis, absolutionis, et transactionis, instrumento publico probandae, vel nullitatis resultantis ex eiusdem actis, quae nunquam exclusa censetur; TARAÇONA, M., *Intitucions*, rúbrica *De dret de cosa que fera donada a cens, y dels violaris, y de usures*, fo. 349: *En la causa de manament executori, impetrat en virtut de carta de carregament de censal, nos allegue excepcio de paga, de fals, de nulletat, ni altra, si nos provara per acte publich dins los deu dies del manament executori: y aquells pasats, per se provar en altra instancia, mas per ella nos retarde lo manament executori, fins que pendent aquell se mostre sentencia en la segona instancia, donada contral impetrat passada en cosa jutjada...* Aureum Opus, Jaime II, Privilegio 10: *Statuimus, ac etiam ordinamus ad humilem supplicatione, et postulationem iuratorum, et probarum hominum civitatis Valentiae, ac praesenti edicto in dicta civitate cunctis temporibus observandum decernimus, quod si quis suam, coram iustitia civitatis praedictae de aliquo querelam posuerit de pecunia, re, vel alia quacunque causa, in qua cum instrumento publico sibi actor adversarium suum ad aliquid dandum, solvendum, faciendum, ostenderit obligatum, de tali querela nullus in scriptis libellus, vel petitio offeratur, et si oblata fuerit, nullatenus admittatur, quod actore ostendente seu exhibente instrumentum publicum, cum quo agit, incontinenti contra reum, et bona eius, pro re qua convenitur, fiat executio, ac etiam procedatur pro ut in instrumento praedicto videbitur obligatus: servat tamen forma fori Valentiae positi in rubrica de executione rei iudicatae, qui forus incipit, curiam mandet executionem...*

(60) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. I, *Decisio* 64, núm. 4: *Executio quando instatur virtute clausulae evictionis, non posse in causa executiva, testes produci, fuit deliberatum in Sacro Regio Consilio Valentino*; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, núm. 30: *Probatio extrinseca per testes facienda, exlusa est a foro in causis executivis.*

(61) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, núm. 29: *Sed de juro nostro, in casu trium sententiarum conformium, exceptio nullitatis evidientis, vel non evidientis etiam ex actis, exlusa est a iudicio executivo...*

(62) CÁNCRER, J., *Variarum*, Pars 2, Cap. 3, núm. 106: ... resultat ex eodem instrumento.

VELA: *Quia testes simpliciter de auditu, aut credulitate deponens, in eo quod producenti fovet nullam fidem facit, quamvis plene pro contraria probat contra producentem, et si de scientia testificatus fuisset* (63).

Con relación a la preeminencia de la prueba documental (64), la doctrina, aun sin negarla (65), advierte de la existencia de supuestos en los que la prueba testifical sí tenía cabida (66), a saber:

[1] Cuando el reo presentaba un *documento manuscrito por los acreedores, y éstos negaban su veracidad. En este supuesto: testes admitti debent* (67).

(63) VELA, J., *Dissertationes iuris controversi in hispalensi senatu...* Granatae, 1638.

(64) Preeminencia que se da cuando, en palabras de AZEVEDO, A. DE, *Commentarii iuris civilis in Hispaniae regias constitutiones*. Lugduni, 1737. Lib. 4, Tít. 21, *ad leg.* 1, núm. 36, éstas eran solemnes y fidedignas: *Decimo itidem oponi potest contra executionem, quod instrumentum illud, cujus virtute facta, et petita est executio, caret solemnitate requisita, ut exequi possit*; núm. 37: *Quod si negetur instrumentum illud esse publicum, minime que factum a Tabellione publico, et numerario, non fiet executio, vel ut melius loquar, sententia de remate non pronunciabitur, nisi comprobatur extiterit, tale instrumentum esse authenticum*.

(65) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 64, *in proemio*: *Testes recipi non possunt in Regno Valentiae in causa executionis instatae virtute publici instrumenti, quando quantitas est liquida: secus si illiquida. Quia tunc ad impugnandum petitionem certae quantitatis, vel definitionem eius, possunt testes produci*; núm. 2: *Testes produci non possunt per reum in causa executionis iuxta forum, et privilegium Regni Valentiae*; Lib. 2, *Decisio* 202, núm. 2: *Testes non possunt produci per reum in causa executionis*; *Práctica y Orde*, 4,1,40.

(66) Excede de nuestro ámbito de estudio la cuestión que plantea MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núms. 58-66, sobre la posible reconversión de un juicio ejecutivo en ordinario cuando se reconozca la posibilidad de la prueba testifical. Núm. 58: *Admissis probationibus extrinsecis per testes, in iudicio ejecutivo, convertitur in ordinario*; núm. 63: *Electa via ordinaria non patet regressus ad executivam*; núm. 64: *Actor producens testes, vel dum patitur produci a reo, voluntarie discedit a via executiva, et ingreditur ordinariam*.

(67) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núm. 36: *Quibus addendus est casus in quo reus in iudicio ejecutivo ad probandam solutionem exhibet chyrographum manu creditoris subscriptum, si enim ipse negat subscriptionem, poterit reus in concomitantiam chyrographi producere testes...*; CÁNCER, J., *Variarum*, Pars 2, Cap. 4, núm. 36.

- [2] Cuando se intentaba probar la letra de un albarán (68).
- [3] Cuando la cantidad por la que se ejecutaba era ilíquida (69).
- [4] O cuando se solicitaba mandamiento de ejecución contra el tercer poseedor del censo (70).

Este conjunto de excepciones permitió a la doctrina reconocer la validez de la denominada *probatio mixta* o, como afirmara BELLUGA, *probatio per litterarum comparationes et alias per testes qui viderunt scribi* (71), para la que se concedía un *terminus brevissimus* (72):

BUV. Alegación jurídica. Año 1710.

... porque actor, y reo, en los pleitos ejecutivos deven hacer su probanza por escrituras, ò testigos precisamente dentro de dicho término (73).

(68) BELLUGA, P., *Speculum*, rúb. 41, n. 44, entiende que cabe interponer prueba testifical por parte del ejecutado por cargamento de censo, cuando lo que se trata es de probar que la letra del albarán la firmó el señor del censo: *Sed pone, producitur albararum propria manu confectum actoris, ille negat quod sit propria manu scriptum, et sic negat autenticum, admittentur ne probatio per litterarum comparationes, et alias per testes, qui viderunt scribi in hac instantia iudicii executionis, quod videtur ex quo ipso partem suma scripturam negatis id evenit, argument, notatorum per Innocent.*

(69) YÁÑEZ PARLADORIO, J., *Rerum quotidianorum*, Limit. 4, núm. 32: *Tametsi instrumenta conditionalia, et incerta dum liquidantur statuti beneficio non gaudeant, atqui postea quam interlocutum fueri, ea liquidata esse, tum, inquit, statutum vires suas incipit habere.*

(70) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, núm. 31: *... vel quando instituens executionem adversus tertium possessorem speciali hypothecae census, probare intendit subjugationem, identitatem, et similia extrema; qui sunt casus frequentiores in quibus opus habet probatione extrinseca testium.*

(71) BELLUGA, P., *Speculum*, rúb. 41, núm. 42; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núm. 37: *ex quibus clare deprehenditur quod testes admittendi sunt quoad contenta in documentis concomitantibus, vel comprobationem ipsorum, nam alias non esset probatio mixta, quam admittimus, sed regularis quam exclusam habemus.*

(72) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núm. 37: *sed terminus brevissimus in his casibus concedendus est.*

(73) BUV. Varios 35. Vid. HEVIA BOLAÑOS, J. DE, *Curia philipica*, 2 pars, Cap. 20, núm. 5: *Las escrituras y testigos que se presenten en la causa ejecutiva, se han de presentar, jurar y declarar dentro de los diez dias.*

Asimismo, en orden a la imposibilidad de interponer excepción contra lo dispuesto en tres sentencias conformes, no sólo fue calificado por la literatura jurídica de *dispositio exorbitans, et odiosa*, o de *manifesto juris errore* (74), por entender que se entraba en contradicción con lo dispuesto por la propia doctrina del *ius commune* (75), sino que podría trasladarse la excepción a un juicio plenario (76), donde se conocería su veracidad sin que se paralizase la vía ejecutiva, por lo que el juez, mientras no se sustanciase el juicio plenario, “no debía ser veloz en la ejecución, por no ser un acto digno” (77).

(74) CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars II, Observatio* 95, núm. 10: *Et ex hac ratione ustineri potest dispositio Fori nostri 12 de exequutione rei iudicata, ubi exceptio notoriae nullitatis adversus tres sententias conformes, reservari ad iudicium separatum jubetur, etiamsi probari ex iusdem actis allegetur, et respiciat defectum jurisdictionis. Quod ego de notoria iniustitia quoad merita causae non intelligerem, vel expressum errorem.*

(75) GIURBA, M., *Decissiones novissimae cum summariis et iudiciibus argumentorum ac rerum verborumque locupletissimus*. Genevae, 1675. Membr. 4, núm. 47: *Subextende primo igitur hanc tertiam extensionem, ut procedat non solum in casu, quo tertius appellata priusquam sententia habeat vim rei iudicatae, et cuius executionem posset propterea etiam condemnatus appellando impedire; quo casu nullum dubium est, quod si tertius addmititur ad appellandum pro suo interesse suspendit vim sententiae; sed procedat etiam in casu quo appellat postquam sententia lata contra condemnatum habeat vim rei iudicatae, vel quia condemnatus ab ea non appellaverit et lapsum sit tempus ad appellandum, vel quia sit tertia et ultima sententia conformis, quia nihilominus tertius poterit appellare, et appellando impedit executionem.*

(76) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núm. 44: *Sed ne arguas de iniquitate nostros foros, excludentes dictas exceptiones a iudicio executivo, et probationem cunctarum per testes, attende quod in ipsa exclusione reservatur parti jus ad agendum in alio iudicio, sive instanti quam requesta sive requisitionis nuncupamus; núm. 49: Cum enim iudicium, sive instantia requisitionis tam adversus tres sententias conformes de nullitate impugnatas, quam adversus quamcumque aliam executionem, via ordinaria institui, et prosecui debet; núm. 50: quod per iudicium requisitionis non debet suspendi via executiva, liquidum enim per illiquidum non retardatur, vel suspenditur... ut plurimum si probationibus factis in instantia requisitionis Iudex cognoverit quod fovet justam causam, quia semper notum est ei quid in examine testium factum fuit.*

(77) BELLUGA, P., *Speculum*, Lib. 2, rúb. 41, núm. 17; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núms. 41-50: *non debet esse*

Oídas las declaraciones (78), analizadas las pruebas y las excepciones esgrimidas (79), el magistrado dictaba sentencia (80), en la que revocaba o aceptaba el mandato de ejecución (81).

Si el juez admitía como ciertas las revelaciones realizadas por el reo, decretaba la cancelación de la ejecución (82), por entender,

velox in exequendo, sed rem temperari, it aut eodem tempore causae ambae expeditantur; LEÓN, F. J., *Decisiones, Pars I, Decisio 48*, núm. 6: *Exceptio nulla opponi potest ad retardandam executionem instatam virtute debitorii, sed reservanda est ad iudicium ordinarium*; *Decisio 53*, núm. 3.

(78) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núm. 73: *In nostro Regno primum conceditur terminus ad audiendum reum*.

(79) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núm. 38: *... non esse exclusas a iudicio executivo exceptiones modificativas*; núm. 39: *Exceptio retentionis, ex eo quod imminet evictio in limine contractus modificativa est, et admittenda in iudicio executionis*; núm. 40: *admittenda sit in iudicio executivo exceptio dimanas ex ipsomet instrumento*; LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio 1*, núm. 14: *Quae lex nostri Regni non tollit ullam iustam exceptionem sive defensionem, cum permittat reo per modum petitionis, vel actionis principaliter intentae, suas exceptiones in sumario iudicio executionis repulsas deducere*; núm. 15: *Et multis relatis probat Colerius de processibus executivus 4. Pars, caput I, número 31, p. 759, quod licet per legem non possit tolli iuxta defensio, quia esset praecipere facere iniustitiam, bene tamen potest differri, ut fit quando lex praecipit debitorem non audiri ante factam executionem: ea namque perfecta, et solutione facta, non prohibetur repetere, quod indebite soluit, cum setueri posset legitima exceptione*.

(80) FONTANELLA, J. P., *Tractatus de pactis*, tom. 2, *clausula 6, glossa 1*, part. 4, núm. 14: *Id non tollit, quin praecepta executiva sint, et executivus modus procedendi, qui fit per ea, quia id quod est, resolvi in simplicem citationem intelligitur quoad partem, non quoad Judicem, quoad ad quem negotium remanet in suspenso, et si constat postea de iustitia agentis, praeceptum mittitur executioni*.

(81) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núm. 69: *Causa rationum letigime conclusa, subsequitur sententia, vel repulsae earundem rationum, sive exceptionum vel revocationis mandati executivi*.

(82) *Práctica y Orde judiciari*, p. 65: *pronuncia sentencia y declara haver de ser cancellat, segons que ab la present cancella lo dit manament executori per benifet de les rahons posades contra aquell, y a ninguna de les parts condena en les despeses de la present causa*.

como afirmara Sessé (83), que de no darse ésta, se establecería un daño irreparable.

Si, por el contrario, el juez rechazaba los testimonios aportados por el demandado (84), se procedía a la solicitud de ejecución de los bienes del deudor (85), al entenderse que se tenía por inapelable (86). En concreto, se excepcionaba la firmeza de la sentencia únicamente en una serie de supuestos tasados:

[1] Cuando hubiera concurrido un vicio de nulidad (87).

[2] Cuando la condena pecuniaria impuesta en la sentencia ya se hubiera cumplido.

[3] Cuando el ejecutado fuera o gozara del privilegio militar.

(83) Sessé, J. de, *Inhibitionum et Magistratus Iustitiae Aragonum Tractatus*. Barcinonae, 1607, Lib 1, Cap. 2, núms. 100-101: *ex eo quia quando damnum est irreparabile debet suspendi executio*.

(84) *Práctica y Orde judiciari*, p. 65: *ex quo lo manament executori impetrat per Fulano de Tal, en tals de tal, queda justificat en los drets actius, y passius presentats en proces: Idcirco et alias Justicia sic suadente pronuncia sentencia y declara valer y tenir lo referit executori y haver de ser portat a sa deguda executio de fet, no obstant les rahons dites en contrari ... condemnat en les despeses de la present causa a la part succumbent*.

(85) No así de su persona, como era práctica en el Reino de Castilla. Vid. Matheu y Sanz, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núm. 73: *In nostro Regno primum conceditur terminus ad audiendum reum; et probandas exceptiones, et nisi eis rejectis, non devenitur ad captionem pignoru, neque ad captionem personae nisi in certis speciebus in defectum bonorum*; núm. 74: *in Regno Castellae inchoatur executio a pignorum, vel personae captione*; núm. 75: *Ex quibus sequitur quod in casu revocationis mandati executivi non remanent pignora capta, quae retineri possint in posse Curia... Et ratio est, quia nondum capta pignora fuerunt, et sic retineri in curia nequeunt*.

(86) Matheu y Sanz, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 2, núm. 75. Por el contrario, León, F. J., *Decisiones*, Lib. 2, *Decisio* 202, núm. 10: *In secundo articulo, de quo principaliter agebatur in dicta causa supplicationis, visum etiam fuit, dictam sententiam fore confirmandam, quia in nostro Regno, quando virtute publici instrumenti aliquis est obligatus, ad aliquid dandum, vel faciendum, instante ipso, in cuius favorem est facta obligatio, per iudicem condemnatur reus obligatus ad dandum vel faciendum id, quod instrumento continetur intra terminum a iudice assignatum cum clausula, salvis, infra quem si reus conventus voluerit, possit opponere, et probare exceptiones, ad elidendam intencionem actoris, ut cavetur in privilegio 10. Regis Iacobi Secundi, folio 41*.

(87) Véase C. 7,56,1.

[4] Cuando el demandado fuera un representante de una comunidad o de una Universidad, al permitir el Derecho medieval (88) que, con anterioridad a que la justicia fuera al registro domiciliar, pudiera presentar, en el plazo de dos días, un garante que aportase prendas por el valor de la cuantía a ejecutar (89).

El hecho de que las apelaciones únicamente se admitieran *quoad effectum devolutivum*, rechazándose *quoad effectum suspensivum* (90), podía originar que la ejecución se hubiera sustentado sobre una sentencia injusta, lo que determinaba la nulidad de la venta (91):

YÁÑEZ PARLADORIO: *Si appellationi locus daretur, jam instrumentum paratam non haberet executionem* (92).

3. LA EJECUCIÓN EFECTIVA –DE EXECUTIONE FACTI

Una vez se había decretado que la sentencia poseía fuerza ejecutiva (93), nacía la llamada *executio facti*, o cumplimiento efectivo

(88) Furs, 8,2,38.

(89) CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars I, Observatio 13*, núm. 11: *Atque ea causa, ut existimo antequam ad domum transmittatur, Curia receptum est, ut Nobilibus, et privilegio militari gaudentibus fiat mandatum dandi (ut vulgo dicitur) caput levatorem, id est bonorum mobilium commendarium quae sufficiant ad solutionem debiti*; LEÓN, F. J., Lib. 1, *Decisiones, Decisio 64*, núm. 18: *et si executive conventus praestat caputlevatorem, non capiuntur pignora, nec describuntur, cum dictus caputlevator teneatur pignora trader valentia quantitatem, pro qua instatur executio*; núm. 19: *... et si executive conventus praestat caputlevatorem, non capiuntur pignora, nec describuntur, cum dictus caputlevator teneatur pignora tradere valentia quantitatem, pro qua instatur executio*.

(90) COVARRUBIAS DE LEIVA, D., *Practicarum Quaestionum. Opera Omnia. Tomus 2*. Genevae, 1734. *Pars 1*, Cap. 23, núm. 9: *quia effectum habet devolutionis*.

(91) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núms. 83-89: *nam detecta sententia injusta per revocationem, fundamentum executionis evanuit, et omnia in pristinum statum ponenda sunt*.

(92) YÁÑEZ PARLADORIO, J., *Rerum quotidianorum liber alter...* Salmanticae, 1591. Lib. 2, limit. 4, núm. 32.

(93) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 3: *Repulsis igitur rationibus, vel exceptionibus oppositis adversus*

de la solicitud del magistrado de proceder a la ejecución, convirtiéndose así en el último acto del juicio (94).

En cuanto a su procedimiento, doctrina y práctica, nos informan minuciosamente de su rigurosidad (95).

3.1. Ejecución de los bienes muebles

Ésta se iniciaba a petición del acreedor, o de los acreedores, si éstos eran varios (96), al solicitar del magistrado que accediera a la casa del deudor para la anotación y embargo de los bienes muebles (97), a excepción hecha de algunos enseres personales

mandatum executivum, vel eis non oppositis intra decem dies, ex quo ipsum mandatum transit in iudicatum.

(94) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 1: *Agredimur ultimum actum iudicii, ad quem caeteri diriguntur; nempe executionem facti, et distractionem bonorum Curiae oblatores, in quo plura specialia et stylos, et praxim Regni Valentiae admissa reperies. ... Sed de executione facienda pro quantitate liquide debita, sive virtute sententiae in rem iudicatam transactae, seu exequibilis factae; sive per instrumentum clausula gaurentigia corroboratum; quae pari jure executioni mandari debent, ut remanet dictum.*

(95) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 3: *executio ex conventionem partium rigida esse debeat*; núm. 6: *Quae solemnitas, si omittatur, executionis viam retardat.*

(96) El actor debía solicitar del juez competente medidas coercitivas encaminadas a su cumplimiento, por cuanto, como afirmara CÁNCER, J., *Variarum*, Pars 2, Cap. 19, núm. 61: *non est tribuenda executio sine exhibitione actorum*. En este sentido, aunque inicialmente la propia doctrina foral –LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 61, núm. 2; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, núms. 1 et 58– se plantease si era o no perpetuo el derecho a solicitar la ejecución de la sentencia –“*Circa quae frequenter dubitari solet an jus exequendi perpetuum sit, an vero praescriptione, seu temporis cursu perimi possit*”–, ésta concluirá admitiendo el plazo de 30 años, a *die pronunciationis*, establecido en Fav 94, 1 *in fine*.

(97) LEÓN, F. J., *Decisiones*, *Responsum iuris*, núm. 138: *Septima nullitas resultat ex eo, quod non fuit servata forma tradita in l. a Divo Pio, in venditione, ff. de re iudi. ut prius mobilia, deinde imobilia vendantur, quae forma tradita es per forum Valentia in foro 12. de dilationibus ibi: La Cort; MATHEU Y SANZ, L., Tractatus de regimine, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 3: ... instante actore, Iudex mandat quod accedat Curia ad domum debitoris, et pignora judicialiter capiantur: quod a forensibus dicit solet possar la Cort; núm. 7: Transmissa curia, apparitor scilicet, et actarius haec exequun-*

(98), o, cuando en la persona del deudor concurriese linaje o el privilegio militar (99), por tener éste la potestad de presentar garantes (100):

Antonio GÓMEZ: *nobilis non potest pro debito incarcerari, etiam si renuntiet huic privilegio, imo etiam si renuntiet cum juramento, quia est remedium reverentiale toti generis nobilitatis, cui per particularem derogari non potest* (101).

Admitida la solicitud, el juez enviaba a un oficial de la Corte de Justicia y a un notario para que notificasen al deudor la demanda de ejecución solicitada por el acreedor (102). Si éste se hallaba

tur, in domo propriae habitationis rei debendi, pignora sufficientia ad solutionem debiti cum expensis adnotantur, et extrahuntur, ex pecunia vel bonis mobilibus; quae subhastari illico jubentur per decem dies; núm. 15: quod bonis mobilibus non repertis poterit iudex transire ad distractionem bonorum immobilium. Véase su precedente en D. 42,1,15,2: In venditione itaque pignorum captorum facienda primo quidem res mobiles.

(98) Crespí de Valdaura, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 13*, núm. 14: *Ex his bonis, quae intra domum sunt, excipiuntur dicto Foro 38, de pignoribus, bona quae continentur in illis verbis: Non peñor vestidures de aquell deutor, ne de la compañía sua, ne caxes ne arques, ne roba de lit, ne de cambra de que usen, ne aempren en lurs lits, ne en lur setis.*

(99) Partidas 2,21,23; 3,27,3; Furs 8,2,38: Recopilación 8,13,25.

(100) Matheu y Sanz, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 4: *Cujus rei solum exceptio ades usu recepta, quando executio dirigitur adversus mobilem vel alium fruentem privilegii militaribus, nam isti comminandi sunt, Caplleuador dicitur, nostro vernaculo idiomate; Crespí de Valdaura, C., Observationes, Pars 1, Observatio 13, núm. 1: Privilegia Militibus, et Nobilibus concessa plura sunt jure communi.*

(101) Partidas 7,33,10. Gómez, A., *Commentarium ad leges Tauri*, Lex 9, núm. 6.

(102) Matheu y Sanz, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 11: *Ad hoc omnia exequenda literae, et commissione oportuna expediri solent, secundum uniuscujusque Curiae stylum; litterae namque subsidiales sive requisitoriae dicuntur, quando extra proprium territorium executio fieri debet; comisiones vero, quando per proprios satellites, in locis remotis a loco iudicii, intra territorium, et propriam jurisdictionem, tamen res exequenda venit. Eo animadverso, quod si quantitas pro qua executio prosequitur in Regia Audientia, non excedit summam centum librarum, commissio danda est uno ex Birroariis, non vero Apparitori ut immodicis expensis paratur; Practica y Orde, 3,9; Practica Causarum, Tractatus I, Cap. XVII; Tractatus II, Cap. XIII; Practica Valentina, Tractatus 3us, 3,17.*

ausente, y su domicilio estaba cerrado, el magistrado ordenaba su apertura, previa citación de dos testigos, vecinos del quebrado, lo que garantizaba la veracidad del registro (103).

Comunicada la ejecución, ésta la realizaban los oficiales sin mayor dilación, ya mediante la sustracción de bienes por la cantidad y gastos debidos, ya a través de su entrega a un comanditario o, en su defecto, a través de su venta a un tercero (104).

El procedimiento era distinto en cada uno de estos tres supuestos. En concreto, en el Reino de Valencia, cuando un amigo del deudor compraba los bienes señalados en el embargo, éste tenía la obligación de depositar, en el plazo de diez días, su precio en la *Taula de Cambis* –Mesa de Cambios (105)–, de no hacerse, la venta quedaba anulada (106) y su persona encarcelada (107).

Si el deudor solicitaba que los bienes fueran entregados a un comanditario, si era aceptado por el oficial, se levantaba acta por un notario. Trascurrido un tiempo, si al comanditario se le requerían los

(103) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 10: *Quando enim reus debendi latitat et domum propriae habitationis observantam relinquit, Judex mandat eam violenter aperiri, quod satellites executioni deducunt, convocatis duobus ex vicinioribus in testes adnotationis, et extractionis bonorum.*

(104) *Práctica y Orde*, 3,9; *Practica Caussarum*, *Tractatus* I, Cap. XVII; *Tractatus* II, Cap. XIII; *Practica Valentina*, *Tractatus* 3us, 3,17.

(105) *Furs* 8,5,15; *Furs* 8,5,17.

(106) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 4, núm. 1, 4, 8: *Emptor curiae debet integritate deponere pretium, alias non acquirit dominium.*

(107) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 8: *Qui enim existimationem in pretio habent, ad vitandam extractionem pignoru, et eorum publicam auctionem, praestant fidejussorem seu Caputlevatorem, qui in actis testatur se recepisse in depositum sive commendam, bona sufficientia ad solutionem debiti pro quo fit executio, cum expensis; transactisque decem diebus foralibus subhastationi assignatis, ipse caplevator constituitur in actis emptor Curiae, eorundem bonorum; et transactis decem diebus ad deponendum pretium;* CERDÁN DE TALLADA, T., *Visita a la cárcel*, Cap. 9, núm. 6.

bienes (108), debía devolverlos en idéntico estado y número, si no quería verse detenido y puesto en presidio (109).

Finalmente, si el deudor no podía presentar un garante o un comprador, los bienes se sustraían de la casa del ejecutado y se llevaban al domicilio del corredor de la Corte.

Puestos los bienes a disposición judicial, una vez verificada la oportuna acta de entrega e inscritos en el libro de la Corte de Justicia, el actor instaba provisión para que el deudor, en el plazo de diez días (110), procediese, previo pago de las cantidades adeudadas, a retirar sus bienes. Pasado este tiempo, si el ejecutado no accedía a levantar el embargo, se proveía, previa citación del deudor (111), a su subasta pública (112), salvo cuando se podía proceder a la

(108) Plazo que prescribía a los cinco años. *Furs, capítols, provisions e actes de Cort fets y atorgats per la S.C.R.M. del rey don Phelip en lo any M.DCIII*. Cap. CXXX.: *Item en major observancia, y encara en ampliatio de les disposicions forals del Regne: Supliquen los tres Braços de aquell a V. M. sia servit provehir, y manar, que de huy avant les caplleutes, y compres de Cort, y tambe les comandes ques faran dels bens mobles, per los Iusticies de totes les ciutats, viles, y llochs del Regne, non tinguen força, ni dure la obligacio de aquelles mes de cinch anys, comptadors del dia ques podrà executar la caplleuta, compra de Cort, o comanda dels bens mobles*. MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 6: *sed respectu bonorum tam in civilibus quam criminalibus quinquennio praescribitur, computando a die quo Caputlevatio, commada vel emptio Curiae executioni deduci potest*.

(109) *Furs* 4,15,2; CERDÁN DE TALLADA, T., *Visita a la cárcel*, Cap. 9, núm. 2.

(110) Plazo que podría ampliarse "*quando extra proprium territorium executio fieri debet*", por cuanto "*secundum Curiae stylum*" se debía proceder a expedir las oportunas "*litterae, et comisiones*". *Vid.* MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 11. El plazo de los diez días pudo tomarse de *Costums de Lleida*, 1,10: *teneat pignus is qui tenet decem diebus*; pasando posteriormente a *Costum de Tortosa*, 3,4,4 y a la *Carta de Población de Mallorca*, Cap. 26.

(111) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 2, *Responsum iuris*, núms. 73-74, señala: *Quod si deficit aliquid ex substantialibus, non valet venditionis decretum: et hoc casu, executio est ipso iure nulla*.

(112) Fav 109,13: *Facimus forum novum quod omnis venditio quam curia faciat de bonis alicuis, causa satisfatiendi alicui creditori extraneo vel privato, si res mobilis est, quod incantetur in loco ubi erant bona publice per X dies...*; *Furs* 8,5,13: *Los nostres alguazirs en les execucions que faran de nostres sentencies o de nostres manaments hajan a fer subastar los béns mobles per X dies*.

venta judicial de los bienes "denario por denario", en cuyo supuesto *subhastatio non est necessaria* (113).

La doctrina y los tratados de práctica procesal nos informan de que no era inusual que una vez se hubiera llevado a cabo la subasta, el precio obtenido no satisficiera ni la deuda ni los gastos ocasionados, lo que propiciaba que la Corte de Justicia volviera a la casa del ejecutado por solicitud expresa del actor (114): si en ésta no se hallaba ningún bien mueble, ni el ejecutado presentaba garante alguno, se decretaba la ejecución de la persona del deudor o la de su patrimonio inmobiliario (115):

Arv. Proceso en la Real Audiencia, año 1635.

Otro si digo, que por cumplir con la real provisión echa por la Real Audiencia de caveat iuxta pragmatica, offresco per fiador a Francisco Sans, carpintero, natural de la dicha ciudad de Valencia, persona honrada y suficiente, que la presente en esta corte, y supplico que sea recibida su obligacion en forma... (116).

3.2. Ejecución del deudor

Con relación a la ejecución de la persona del deudor, si bien sub-

(113) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 108, núm. 7.

(114) *Practica caussarum civilium. Tractatus 2, De modo procedendi in causis civilibus*, Cap. 14.

(115) Criterio que se toma del Derecho romano –D. 42,1,15,2: *In venditione itaque pignorum captorum facienda primo quidem res mobiles...* – y de su recepción del mismo por la canonística –c. 2 C. 10 q. 2; c. 5,X,2,5: *Si autem super personali actione conveniatur, vel mittendus est actor in possessionem mobilium bonorum ipsius, vel immobilium si forte mobilia non habeat*– y por la literatura jurídica –PILLIUS, *Summa*, 3,18; TANCREDUS, *Ordo iudiciarius*, 4,4,3: *Si autem personali actione actum fuit, vel etiam alio modo, fieri debet executio in rebus condemnati, ut primo capiantur mobilia, si qua possidet, secundo immobilia*.

(116) A. R. V. Real Audiencia. Procesos. Expediente 1.409. Año 1635. Cfr. MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 12: *Si vero bona mobilia non inveniantur in domo propriae habitationis rei debendi, nec per eum caputlevator, seu fidejussor offeratur, tunc dicitur in albis Curiam remeasse, vulgo feu la corte en blanch. Quod licet non deserviat ad faciliorem debiti exactionem, aliquos effectus producit*.

sistía (117), ésta fue objeto de limitaciones o atenuaciones (118). Así, no sólo se prohibieron las aflicciones corporales (119), sino que se contemplaba la posibilidad de que el deudor se sustrajese de la ejecución personal mediante la cesión de sus bienes (120), lo que le infería un carácter de subsidiariedad (121).

3.3. Ejecución del patrimonio inmobiliario

Ante la ausencia de bienes muebles, el Derecho medieval ordenó la ejecución del patrimonio inmobiliario del demandado (122):

Bartolus DE SAXOFERRATO: *Item de executio incipit a mobilibus si illa non reperiantur sufficientis, licitum est devenire ad immobile et postea ad nomina* (123).

En concreto, en el Derecho del Reino de Valencia se afirmaba que si la Corte de Justicia no encontraba bienes muebles, se debía recurrir a

(117) CTh. 4,20,1; 11,7,2 y 5; C. 7,71,8; C. 10,19,2-3; D. 42,3; D. 48,13,11,6. Liber Iudiciorum 5,6,5; 9,3,1; 9,3,3; 9,3,4. Principios que pasarán al Derecho canónico -c. 2,X,3,21: *ut homo liber pro debito non teneatur, etsi res defuerint, quae possint pro debito addici*- y a la literatura jurídica bajomedieval -TANCREDUS, *Ordo iudiciarius*, 4,4,3.

(118) SOLÍS, F. DE, *Commentarii de Censibus*. Compluti, 1606. Pars 2, Cap. 1, art. 5, núms. 45-46.

(119) Cerdán de Tallada, T., Cap. *Visita de la Cárcel y de los presos*, pp. 379-390.

(120) FONTANELLA, J. P., *Tractatus de pactis nuptialibus, sive capitulis matrimonialibus*. Pars 1, Clasula 4, Glossa 18, núms. 30-31.

(121) Cerdán de Tallada, T., *Visita a la cárcel*, Cap. 9, núm. 1: *Carcer in civilibus est remedium subsidiarium*; Crespí de Valdaura, C., *Observationes*, Pars I, *Observatio* 13, núm. 18: *Nequunt pariter pro debitis civilibus in carcerem, conjici, cui sub decreto nullitatis nequeunt renunciare*; Matheu y Sanz, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 14: *eo ipso quo per vacuum recursionem Curiae apparet bona mobilia reperta non fuisse, procedi potest, et debet ad captionem personae: quia jam in subsidium proceditur*.

(122) Partidas 3,27,3; Recopilación 4,21,19, así como en la literatura jurídica del *mos italicus tardío*: Suárez de Paz, G., *Praxis*, Pars 4, Cap. 2, núm. 31: *Diximus, executionem in bonis mobilibus, et eis deficientibus in immobilibus, et si executio facta esset prius in immobilibus, esset nulla tamquam contra formam legis facta*.

(123) SAXOFERRATO, B. DE, *Consilia, Consilium* 139, núm. 3.

la ejecución de los inmuebles, salvo que lo que se hubiera ejecutado fuese un censal (124), en cuyo supuesto, podía procederse directamente sobre los bienes inmuebles (125).

Ante esta carencia de bienes muebles, el deudor (126), o, en su defecto, el actor debía comunicar por escrito qué bienes inmuebles poseía el deudor (127), especificándolos de forma singular y precisa –*distractio bonorum*–, e informando si eran equivalentes a la cantidad por la que se ejecutaba (128).

(124) Furs 9,15,10: *Declaram quels censals, o recensos, o violaris, o qualsevol altres tributs son entesos, e compresos, e dits bens sehents*. MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 20: *Tertius effectus est, quod deficiente debitore in bonis mobilibus si executio fit pro redditibus censu*.

(125) *Practica Caussarum, Tractatus II, Cap. XIII*.

(126) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 28: *debitori permittatur offerre bona immobilia, ut distrahuntur, et creditori, fiat satis, hoc debet esse ante terminum condemnationis, et retroclamum, ut ibi dicitur; non vero incoepta jam executione, imo pluries rejicere, vidi oblationes immobilium, factas per debitores, contradicente creditore, et eas praeposteras, atque calumniosas allegante*.

(127) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 28: *Reperto debitore non solvendo, ex defectu mobilium, tunc creditori concessa est facultas offerendi Curiae, bona immobilia sufficientia ad solutionem debiti, et expensarum ut distrahuntur*.

(128) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 15: *Secundus effectus est, quod bonis mobilibus non repertis poterit iudex transire ad distractionem bonorum immobilium*; núm. 56: *... facta taxatione specifica bonorum*; LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 2, *Responsium iuris*, núm. 111: *Primo, quod in genere dicitur. Secundo, quod specialiter exprimitur. Tertio, quod singulariter, et proprio nomine exprimitur. Forus igitur 12 de evict. prohibet generaliter exprimi bona, quae venduntur per curiam, et requirit specificam, vel singularem expresionem. Generalis expressio est, quae fuit facta in casu nostro, quia fuerunt venditae omnes haereditates, quas d. Ioanes Tallada quondam possidebat, et quas emerat a heredibus Vicentii Ferrer. tam in termino de Enova, de Castellò, quam in alio quocumque; termino, sub quo genere comprehenduntur multae species. Una est haereditarum sitarum in termino de Enoua: Altera sitarum in termino de Castellò: Altera sitarum in aliquo quocumque termino. Specialis expressio est, quando exprimitur species: quam si intelligamus iuxta logicos, intelligitur, quae comprehendit plures numero diferentes, et ita expressio specialis esset illa, haereditates quas emerat in termino de Enoua, cum instrumento recepto per talem not. tali die, quia haec expressio comprehendit individua, scilicet, hoc praedium, et illud praedium, in dicto instru-*

Recibido el informe del actor, el juez lo firmaba y lo remitía al deudor para que éste pudiera valerse de los remedios de corrección, revisión o de nulidad, cuando, a su juicio, no se hubieran observado las solemnidades prescritas por la ley, o bien se hallara pendiente algún artículo prejudicial o impeditivo (129):

Senatus sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus, die 17 Decembris 1602, lata in favorem Catherinae Meseguer, et de Aparici.

Et minus decretum de vendendo fuit expresse saltem notificatum Ioanni Aparici tunc [...] convento, et executato, et sic nullitatis vitio subiacent ex defectu citationis, et intimae, omnia procedimenta, et enantamenta facta, et provisa post praefatum decretum, et signanter metimentum in possessionem dicta domus (130).

Estudiadas estas alegaciones, si el juez entendía que no había lugar a su admisión, daba orden a la Corte de Justicia para que se procediera a su subasta, en el plazo de treinta días (131), prorrogables por otros diez días –*magis ex gratia quam de iure* (132)–, no

mento memorata. Quod si speciem intelligamus iuxta usum loquendi iuris consultorum, species intelligitur pro individuo, et ita debet denominari talis fundus cum talis confinibus; et ita patet quod non fuit facta in d. decreto de vendendo certa, et specifica venditio bonorum, sed incerta per relationem ad haereditates, quas possidebat d. Ioannes Tallada, et ad haereditates, quas emerat ab haeredibus Vicentii Ferrer.

(129) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 2, *Responsum iuris*, núm. 123: *Decretum de vendendo fieri non potest, quando oppositae fuerunt exceptiones, sive rationes, et non fuerunt purgatae, sive super eis declaratum.*

(130) A. R. V. Sentencias de la Real Audiencia. Signatura 1943. Caja 78. Asimismo, LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 2, *Responsum iuris*, núm. 155: *Decretum de vendendo ubi non fuit intimatum, sive notificatum executive convento, omnia procedimenta facta in consequentiam sunt nulla.*

(131) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 55, núm. 1-6: *Subhastationis defectus nullitatem inducit; 108, núms. 1-6; Lib. 2, Responsiorum iuris, núm. 1: Quarum prima consistit in defectu subhastationis dictorum locorum, seu oppidorum de Manuel Roseta, et Rafalet Olivetorum, et aliorum bonorum, in dicto decreto de vendendo comprehensorum: quia subhastari bona immobilia debent per triginta dies, iuxta forum 10. de evictionibus, ibi: Fem Fur nou; núms. 73-74: Quod si deficit aliquid ex substantialibus, non valet venditionis decretum: et hoc casu, executio est ipso iure nulla.*

(132) BELLUGA, P., *Speculum*, rúb. 41, núm. 43: *videlicet, quod fiat triginta dierum subhastatio, et distrahatur plus offerenti; LEÓN, F. J., Decisiones, Lib. 1, Decisio 108, núms. 3-4; MATHEU Y SANZ, L., Tractatus de regi-*

pudiéndose suspender, aunque así lo hubiera solicitado un acreedor o un tercero, circunstancia que, a juicio de SALGADO DE SOMOZA, se daba con relativa frecuencia (133). Este criterio lo hemos hallado en varias sentencias dictadas por la Real Audiencia de Valencia:

Senatus sententia publicata per Dehona, die 26 Septembris 1584, in favorem Gabrielis Piquer, contra Franciscum Anyo.

... et absque subhastatione triginta dierum a foro requisita, et necessaria, dictam venditionem, decretum de vendendo dictarum viginti caficiatarum terrae, turris, et stabulorum, sive casalis fuisse, et esse nullam (134).

No obstante, la propia doctrina tardo-medieval advierte que era factible su incumplimiento cuando el precio de los bienes fuera manifiesto o no pudiera alcanzar un valor superior al que se dio en primera instancia (135).

mine, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 41: Ultra hos triginta dies forales, ex inveterato Curiarum Regni Valentiae stylo, prorogatur subhastatio formiter, per alios decem dies, magis ex gratia quam de jure; núm. 42: ... postquam res venalis subhastata fuit per triginta dies forales; antequam prorogatio decem dierum ex gratia decernatur. Dilación que el ordenamiento canónico extendía hasta que el deudor viniera a mayor fortuna –*quum ad pinguorem fortunam devenerint*–, c. 3,X,3,23.

(133) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthum, Pars 1, Cap. 11, un. 12: Quando ad subhastationem bonorum immobilium pervenitur, frequentissimum est quod tertius se opponat, alienationem eorum impedire conando, sed si solum jus credititium deducat, regula est, quod executionem neque impediat neque suspendat.*

(134) A. R. V. Sentencias de la Real Audiencia. Signatura 1323. Caja 55. A. R. V. Sentencias de la Real Audiencia. Signatura 1236. Caja 89. *Senatus sententia publicata per Ioannem Daza, die 29 Aprilis, inter Benedictum Ganducio, et Antonium Daroca: ... non constat quod dicta bona fuerint subhastata per tempus triginta dierum a foro praefixum, cum subhastatio per dictum tempus pro forma introducta sit in venditionibus curiae bonorum immobilium, per forum praesentis Regni, et sic eius defectus nullitatem inducit.*

(135) LEÓN, F. J., *Decisiones, Lib. 1, Decisio 108, núm. 10: Subhastatio non est necessaria, nec fieri debe, ubi pretium est adeo manifestum, ut non possit intervenire collusio; núm. 12: Addictio in solutum per Curiam facta creditori, non praecedente subhastatione, sustinetur si probari potest, quod tempore adiudicationis in solutum, non potuit vendi pluris maiori pretio subhastatione facta, quam eo, quo fuit in solutum data; Lib. 2, Responsum*

En este período de treinta días, los peritos, siguiendo una práctica inveterada en el estilo judicial (136), procedían a valorar cada uno de los bienes embargados (137), lo que permitía que los acreedores tuvieran certeza de su importe y garantía de su justo cobro (138).

Una vez tasados, comunicaban el resultado al escriba de la causa, para que éste, a su vez, informase al deudor de su cuantía, por si en el plazo de diez días –más de gracia que de derecho– pudiera liberar los bienes embargados, pagando la condena o presentando un tercero para que se hiciera cargo de su adquisición (139):

iuris, núm. 107: *Praeterea, ex quod dicta bona erant minoris, debuerunt aestimari, ut constaret de iusto pretio, et quod non valebant plus.*

(136) Aunque la legislación foral no recogía esta práctica –incluso, en virtud de lo dispuesto en Furs 8,5,12, cabría pensar que no era necesaria–, la doctrina foral y la práctica forense reconocían la existencia de la misma. Así, MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 41: *Et licet in foris non sit expressa necesita aestimandi bona Curiae oblata... in necessarium antecedentes requirit taxationem, et si ex antiquísimo stylo observatur*; BELLUGA, P., *Speculum*, rúb. 41, núm. 44; LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 2, *Decisio* 172, núms. 3 et 5; *Responsium Iuris*, núm. 85: *Secunda nullitas in dicta executione reperitur: quia defuit aestimatio bonorum oblаторum, quae necessaria est in venditionibus curiae, quae fiunt in Regno Valentiae, praesertim in curia Gubernationis illius civitatis, et Regni: quia hic stylus semper fuit observatur, praesertim in anno 1526. cum praecedentibus, et sequentibus: ut constat ex innumeris venditionibus curiae in praesenti processu exhibitis a fol. 502. p. 2. usque ad fol. 658. et constat cum depositionibus multorum testium, per hanc partem productorum...*; núm. 87: *Et sententia lata contra stylum est nulla... C. de senten. et interlo. ibi: Prolatam a Praeside sententiam contra solitum iudiciorum ordinem, auctoritatem rei iudicatae non obtinere, certum est*; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, Pars 1, *Observatio* 10, núm. 46; *Practica Caussarum*, *Tractatus* II, Cap. XIV; *Práctica y Orde*, Cap. 10,5: *... los experts de dit tribunal dejen estimar lo valor dels bens oferts, y si falta dita estima de aquells la venda es nula.*

(137) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 2, *Responsium iuris*, núm. 80.

(138) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 61: *quod si in solutum crediti rem Curiae in pignus iudiciale oblata, creditor recipere voluerit, ea inestimare recepta, licet minoris pretii sit, quam debitum, non potest aliquid amplius petere.*

(139) *Practica Caussarum*, *Tractatus* II, Cap. XIV; *Práctica y Orde*, Cap. 10,4-5.

Bartolus DE SAXOFFERRATO: *Nota, quod non est sufficiens probatio, quod res tantum valet, et non plus, quia facta subhastatione tantum reperitur, et non plus debet ergo fieri aestimatio* (140).

Paulus DE CASTRO: *quod ante quam ponat in subhastatione, faciat rem aestimari per habentem notitiam, et ponat in subhastatione, pro pretio declarato per aestimatores* (141).

Si en este plazo el deudor no podía liberar los bienes, ni ofertar alguna cantidad de dinero, se proveía a la venta en pública subasta (142).

Para evitar el menor daño posible al ejecutado (143), ésta se revestía con las mayores garantías procesales posibles (144). En concreto, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocieron que no se debían subastar más bienes de los necesarios para hacer frente a los créditos (145). En este sentido, nos parecen esclarecedoras las palabras de SUÁREZ DE PAZ: *executorem debere executionem facere pro quantitate debiti, et expensarum* (146).

La subasta se iniciaba, salvo prórroga del juez, al día siguiente de su comunicación al deudor, teniendo lugar en la Casa del Regente de la Real Audiencia.

El procedimiento era muy simple: el corredor de la Corte procedía, en “voz alta e clara”, y por el tiempo que duraba una candela

(140) SAXOFFERRATO, B. DE: *In primam et secundam Codices partem commentaria*. Augustae Taurinorum, 1584. Rúbrica *De rescindenda venditione*, núm. 1.

(141) CASTRO, P. DE, *In primam (-secundam) Codicis partem commentaria*. Lugduni, 1585. Rúbrica *De rescindenda venditione*, núm. 2.

(142) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 108, núm. 8.

(143) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 58: *Quantum est, quod dum executionem facere iudex teneatur cum minori damno debitoris*.

(144) Furs 3,4,14.

(145) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 2, *Responsum iuris*, núm. 143: *ubi ita, venditionem quorundam locorum, de quibus ibi, fuisse ipso iure nullam, quia creditor habens plures res pignoras non potest omnes vendere, si ex venditione partis earum potest consequi suum creditum: et ita fuit iudicatum in Regia Sententia lata in favorem Ioannis Machencoses, publicata per de Hona die 16 Martii 1589*.

(146) SUÁREZ DE PAZ, G., *Praxis*, Pars 4, Cap. 2, núm. 28.

encendida (147), a ofertar los bienes embargados, alcanzándose la venta cuando el licitador hubiera abonado la cantidad tasada por los peritos o, al menos, un justo precio (148).

En el primer supuesto, oferta por la totalidad del precio (149), el comprador únicamente adquiriría éste libre de toda hipoteca (150) o arrendamiento (151) si, en el plazo de diez días, depositaba su importe en la denominada Mesa de Cambios; pasado este momento, y no habiéndose efectuado el depósito, la venta se declaraba nula (152),

(147) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 66: ... *accensa candela, iterum subhastantur bona oblata, et candela extincta, plus danti hasta fiscalis traditur in signum verae venditionis...*

(148) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 2, *Responsum iuris*, núm. 90: *Et iusta pretia non ex praeterita emptione, sed ex praesenti aestimatione*. Véase en su precedente en C. 4,44,16.

(149) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 2, *Decisio* 78, núms. 22-23: *Secundum, nam cum omnia bona, tam primae, quam secundae oblationis fuerint vendita unico pretio, et dicta bona non sint aestimata, et ita non constet de valore uniuscuiusque eorum, remanet incertum pretium bonorum primae oblationis: et per consequens venditio est nulla, quia pretium debet esse certum*.

(150) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 70, núm. 14: *Et quod dicitur, non posse plus iuris transferri in emptorem Curiae, quam habebat debitor (cuius personam repraesentat iudex) verum non est, quia iudex vendendo cum debitis solemnitatibus a foro introductis, transferri in emptorem Curiae rem venditam liberam ab hipoteca, quod non potest facere venditor cum venditione extrajudiciali*; SOLÍS, F. DE, *De censibus*, Lib. 3, Cap. 2, núm. 14, *versiculo Non obstat*.

(151) Lo que, a juicio de LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 2, *Decisio* 126, núm. 2-4, la hacía diferente del *ius commune*. Núm. 2: *et ita attento iure Caessareo per venditionem curiae non rescinditur locatio*; núm. 3: *de iure tamen nostri Valentiae Regni contrarium procedit, quia per venditione curiae rescinditur locatio, et conductio*.

(152) Nulidad que podía darse cuando la moneda no era de uso corriente. Cfr. GRATIANUS, S., *Disceptationum forensium*, Cap. 260, núm. 17: *Adde depositum, de quo agimus fuisse factum, in parte de moneta, quae non erat expendibilis tempore depositionis, quo casu tanquam de ea quae non est in usu, non debet suffragari, cum oblatio, et consignatio debeat fieri de tota summa integra*; núm. 18: *Cum pecunia reprobata non liberet solutionem. Unde depositum ut afficiat, debet esse de pecunia currenti, et usuali*.

y el comprador, al margen de que podía verse encarcelado (153), se veía obligado a devolver los frutos percibidos (154).

Si, por el contrario, la oferta no alcanzaba las dos terceras partes de su precio, se entendía que no era posible la venta –*ob defectum in pretio*–, al entenderse que se podía lesionar gravemente el patrimonio del deudor (155).

Con todo, doctrina y praxis nos informan de que cuando no llegaba a un justo precio, era habitual la concesión al ejecutado de un *pactum de retrovendendo* con el que recuperar, por el mismo precio, y en el tiempo fijado por el juez (156), el bien vendido, con las obligaciones inherentes –hipotecas (157).

(153) Furs 8,5,15. *Practica Caussarum, Tractatus II*, Cap. XVIII: *Depositat, en este cas, tot lo preu, lo escriba de la caussa, eo lo ministre y lo verguer del Tribunal o Cort respective van juntament ab la persona a favor del qual se ha fet, eo publicat lo decret de venda, y si es cassa lo fa lo ministre o verguer que obliga la porta del carrer y pren de la ma y el entra en la cassa.*

(154) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 2, *Responsum iuris*, núm. 222: *Emptor curiae, si non deposuit integritate pretium, tenetur ad restitutionem fructuum rei emptae, quia titulus venditionis curiae reducitur ad non titulum.*

(155) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 25, núm. 3: *Venditio curiae de stylo non fit Valentiae, nisi pretium rerum venditarum excedat duas tertias partes valoris... Secundo, nam dicti septem fundi, qui fuerant aestimati in mille, et septingentis libris, venditi fuerunt tantum mille et centum librarum pretio, quod non attingebat duas tertias partes valoris rei venditae. Quod est contra stylum notorium Regia Audientiae, et aliorum Tribunalium Regni Valentiae, iuxta quem pretium rerum venditarum iudicialiter, sive per curiam debet excedere duas tertias partes pretii, pro quo fuit aestimata res iudicialiter vendita; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 43: *quia ex antiquissimo Curiarum stylo, si licitator extraneus non reperiatur, creditori per Judicem permittitur, quod rem emere licitando possit; ita ut minime admittatur nisi offerens aliquid amplius quam important duae partes, ex tribus petrii taxati.**

(156) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 47: *Regulariter ex diminutione dictae tertiae partis, vel circiter, concedi solet tempus quatuor annorum ad revelandum sive recuperandum pignus pro eodem pretio, quod vernacula lingua nostra dicitur Carta de gracia, cujus usus adeo placuit, ut in pluribus contractibus ex conventionem partium apponatur; núm. 49: ... sive Carta de gracia elongatur ad plures annos secundum aritrium iudicantis, et diminutionem pretii...*

(157) Definida como: *Ius redeundi, sive retractandi habens executionem ad non recuperandam solutio pretio, quo res vendita fuit intra tempus concessum.* LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 2, *Decisio* 172, núm. 102: *et cum illo*

No concurriendo ninguna de estas dos circunstancias, el magistrado solía prorrogar a su arbitrio el plazo concedido para la subasta (158), con la única obligación de su notificación a las partes interesadas (159).

Finalizado éste, el acreedor, al no presentarse ningún otro demandante, podía, ante la ausencia de licitador o de un precio aceptable (160), convertirse en adjudicatario, al solicitar del magistrado que le fuera entregado el bien en pago de su deuda (161). Si, por el contrario, la ejecución sobre los bienes era promovida por varios acreedores, se abría el concurso de acreedores (162). Se iniciaba, bien a petición de un tercero con interés en la causa (163) o bien a solicitud de cualquier acreedor, incluso por aquéllos, como afirmara AMATO, que no

pacto suppletur iustum pretium: illo autem deficiente (quod, carta de gracia, appellatur) deficit iustum pretium, et ita venditio est nulla, quod etiam antea fuerat declaratum in Regia Audientia Valentina; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núms. 47-52: *Tamen saepius ratione enormissime laesionis, implorata restitutione, emptor Curiae pulsatur; quia ex hac laesione distractio judicialis annullatur.*

(158) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 57: *Quartum est, quia casu quo in subsidium non inveniendi majorem licitatorem res distrahenda venit pro minori pretio quam taxato, preaeedentibus requisitis superius memoratis, iudex potest arbitrari tempus concedendum ad reluitionem pignoris pro eodem pretio, ita ut aequalitas in recompensatione servetur.*

(159) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 2, *Responsum iuris*, núm. 149: *Nona nullitas. De est citatio ad sententiam: non enim fuit citatus curator dicti Ioannis Tallada minoris, super decreto, quod dicta bona immobilia vendantur, quae quidem citatio erat de substantia, ut in l. creditor, C. de distract. pign. et in l. fin. C. de iur. domi. impetre. et in l. debitoris. C. de pignor. ubi dicit glos. quod ista requisitio est de necessitate... nam cum per dictam venditionem pars privetur dominio rei suae, de necessitate debet citari super hoc, l. de uno quoque, ff. de re iudica; núm. 175: *Nec decretum de vendendo fuit intimatum executato, et ita omnia postea fuerunt nulla.**

(160) Furs 4,18,19; 8,5,12.

(161) *Practica Causarum*, *Tractatus I*, Cap. XVIII.

(162) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum*, Pars 1, Cap. 4, Tít. 1, núms. 30-33: *quando nempe concursus independentes a debitore comun fundatur, et movetur a solis creditoribus, et inter pisos creditores, se adinvicem opposcentes litibus a se separatim motis, contra debitorem eundem.*

(163) SUÁREZ DE PAZ, G., *Praxis*, Pars 4, Cap. 4, núm. 1: *Tertius opposito, qui alicui executioni pro suo interesse opponitur, ad probationem sui juris cum termino ordinario admittendus erit.*

teniendo un crédito ejecutivo, habían obtenido condena firme contra su deudor (164); no pudiendo, una vez solicitada la oferta y venta de los bienes, paralizarse por ningún otro acreedor (165), aunque éste tuviera un crédito hipotecario o preferente (166).

Concurriendo dos o más acreedores, la duda estaba en determinar cómo se realizaba la distribución del importe alcanzado con la venta de los bienes (167). A esta cuestión, los tratados de práctica procedimental le dedican un amplio apartado, en el que se sustentaba un doble criterio:

[1] Cuando los bienes del deudor habían sido escrutados previamente, concurrían conforme al criterio de la anterioridad y prelación de su crédito (168). Así, una vez deducidos los gastos judiciales de la ejecución (169), en primer lugar, acudían al cobro aquéllos que tuvieran una garantía pignoratícia; en segundo lugar, los que disponían de créditos privilegiados; finalmente accedían los acreedores ordinarios o quirografarios (170). Criterio que llevó a la doctrina castellana a sostener que este orden de prelación de créditos no podía verse alterado ni siquiera por un privilegio del Príncipe, porque, de lo contrario, se le podría tener por subrepticio (171):

FRANCISCO SALGADO DE SOMOZA: *Privilegium obtentum a Principe per creditorem inferioris gradus, continens praelationem aliis creditoribus an-*

(164) AMATO, A. DE, *Variae resolutiones Iuris, Forenes et Practicabiles*. Lugduni, 1688, Pars 2, Resol. 94, núm. 22.

(165) FRV. II. *In Extravaganti, Provisio super oppositione contractus usurarii credititia...* fo. 18 r.

(166) *Practica Causarum Civilium. Tractatus I. De modo procedendi in causis civilibus in hoc Valentie Regno. Capite 18: per quant haventhi concurs de acreedors no es te consideracio del credit anterior, ni inferior, ni privilegiat, ni hypothecari.*

(167) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthys creditorum, Pars 1, Cap. 11*, núm. 117: *praelatio absque concursu dari non potest.*

(168) Furs 8,2,23. *Vid.* D. 20,4,5-6; Nov. 96,3.

(169) *Práctica y Orde*, Cap. 11, núm. 25, p. 184.

(170) Partidas 5,4,9; 5,14,11. *Vid.* FEBRERO, J. M., *Del juicio ejecutivo*, Lib. 3, Cap. 3, Tít. 1, p. 655.

(171) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthys creditorum, Pars 4, Cap. 16*, núm. 10: *Si nimirum privilegium tendat in praeiudicium iuris alicui tertio quaesiti nullo modo admitti debet, tamquam omni iuri naturali, gentium, et positivo repugnas, ideoque subrepticium, et a Principis intentione penitus alienum, qui numquam vult per sua privilegi iuri tertio quaesito detrudere.*

terioribus esse exorbitans, et contra ius naturale, et gentium: cum enim tale rescriptum tollat ius tertio quaesitum, quod nulla ratio civilis, aut naturalis patitur, non est observandum, nec admitendum in decissionibus causarum (172).

Si, por el contrario, los acreedores concurrían con idéntico derecho, debían cobrar todos los bienes a prorrata cuando éstos eran insuficientes, sin que pudiera el deudor abonar la cuantía a un único acreedor:

Angelo Maria VERRICELLI: *Est doctrina certissima, quod quando plures creditores, qui habent aequale ius, concurrunt, et bona non sufficiunt pro omnibus, si omnes urgeant solutionem, non potest debitor uni gratificari, altero excuso, sed debet solvere omnibus pro rata* (173).

[2] Si, por el contrario, no se había realizado la pesquisa de los bienes del deudor, se accedía conforme al crédito que tuviera cada uno –por *aes et libram* (174).

No obstante, este criterio general dio lugar a numerosas excepciones, a saber:

[1] La primera, cuando había recaído hipoteca sobre un censo (175).

(172) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthys creditorum, Pars 4*, Cap. 16, núm. 9. En idéntico sentido, VERRICELLI, M. A., *Quaestiones morales uti plurimum novae, ac peregrinae: seu tractatus de apostolicis missionibus...* Venetiis, 1656. *Tractatus 3, Quaestio 48*, núm. 13, vers. *Ad tertium: Non posse nec Principem, nec Civitatem absque causa differe solutionem*. Máxime cuando el perjuicio, por leve que pudiera ser, recaía en las viudas, pupilos o sobre pobres acreedores: *Ad secundum respondetur viduis, pupillis, et aliis pauperibus creditoribus non esse differendam solutionem, sed aliis divitibus, quia habent magnum creditum: Isti enim ide magnum damnum ex modica retardata solutione non patiuntur*.

(173) VERRICELLI, A. M., *Quaestiones, Tractatus, Quaestio 4*, núm. 4.

(174) *Práctica y Orden judiciari*, Cap. 11, núm. 31; *Practica Causarum Civilium. Tractatus I. De modo procedendi in causis civilibus in hoc Valentie Regno. Capite 18: per sou per liura, conforme lo credit de cascu, sens que es Puga considerar diferencia alguna entre lo acreedor censalista anterior o cambiste que no te hipoteca, y es posterior, ni altre qualsevol credit per privilegiat que sia, per quant haventhi concurs de acreedors no es te consideracio del credit anterior, ni inferior, ni privilegiat, ni hypothecaria*.

(175) *Furs 4,23,28*; LEÓN, F. J., *Decisiones, Lib. 1, Decisio 1*, núms. 38-

[2] La segunda excepción se daba cuando el acreedor del difunto concurría, en la venta de los bienes de la herencia, con el acreedor del heredero, por afirmarse que al primero, aunque fuera quirografario, se le concedía la prelación en la adquisición de los bienes (176).

[3] Como tercer supuesto se mencionaba al legatario, el cual, cuando accedía a la ejecución de los bienes de la herencia con los acreedores del heredero, era, como afirmaba Merlino, el que accedía en primer término (177), por entenderse que tenía hipoteca tácita sobre los bienes del testador (178).

[4] El Ordenamiento medieval (179) reconocía que se exceptuaba la regla general con relación a quienes hubieran prestado su dinero para hacer, reparar, conservar o guardar el bien o la cosa que estuviera hecha para su conservación (180).

[5] La quinta excepción era la que hacía referencia al acreedor del precio de los bienes vendidos o arrendados (181), el cual prevalecía ante los acreedores del comprador al no haber adquirido éste el dominio del bien entregado (182).

[6] Idéntico criterio se establecía con relación al dueño de la cosa vendida, aunque la misma fuera la dote de la mujer (183).

39: *Nec obstat quantum, licet enim per venditionem curiae regulariter non tollitur ius domini censualis, fallit tamen quando res specialiter in eo obligate per curiam venditur ad instantiam domini primi censualis super ea specialiter impositi, et pretium illius convertitur in luitionem sive redeptionem annui redditus anteriorem specialem hypothecam habentis; Decisio 53, núm. 1.*

(176) FONTANELLA, P. J., *Tractatus de pactis nuptialibus*, Tom. 1, claus. 4, glossa 9, Pars 2, núm. 13; *Práctica y Orden judiciari*, Cap. 11, núm. 36.

(177) MERLINUS, M., *De pignoribus et hypothecis Tractatus absolutissimus*. Genevae, 1661, Lib. 4, Cap. 1, Tít. 35, núm. 3: *nam creditores defuncti praeferuntur legatariis eiusdem defuncti... Legatarii autem praeferuntur creditoribus haereditis, quia habent hypothecam in bonis defuncti sunt praeferendi ex regula, si unico vicentemte, multo magis vincamte.*

(178) MERLINUS, M., *De pignoribus, Quaestio 71*, núm. 3.

(179) Partidas 5,13,26.

(180) AMATO, A. DE, *Variae resolutiones*, Lib. 1, resolut. 3, núm. 1: *Dominus directus pro canone et proprietate dotis, vel alius privilegiatus creditor, an praeferantur privilegiatam hypothecam habenti...*

(181) *Práctica y Orden judiciari*, Cap. 11, núm. 40.

(182) Partidas 3,28,46; 5,13,30.

(183) MERLINUS, M., *De pignoribus*, Lib. 1, Tít. 1 y 2. *Práctica y Orden judiciari*, Cap. 11, núm. 40.

[7] La séptima limitación hacía referencia a la prioridad del acreedor que, con su peculio, compró el predio que le fue entregado en prenda (184).

[8] Una nueva limitación la hallamos cuando el acreedor hipotecario concurría con el acreedor quirografario, al ser preferido aquél, aunque fuera su crédito posterior en el tiempo (185).

[9] Asimismo, cuando el acreedor hipotecario del heredero concurría con el acreedor del difunto en los bienes propios del heredero, se prefería al primero, al entenderse que este último no se debía incluir entre los acreedores quirografarios del *haeres* (186).

[10] Se otorgaba carácter preferente al acreedor que prestaba dinero al deudor para la reedificación o reparación de una nave, de una casa o de cualquier otro edificio, si podía probar los gastos efectuados (187).

[11] Finalmente, se reconocía este privilegio al acreedor hipotecario anterior en el tiempo, al cual, al poseer los bienes del común deudor, se le permitía la venta y subasta, por entenderse, en palabras de GIURBA, que no perdía ni la hipoteca ni la prelación en el precio (188).

No respetándose esta prelación de crédito, el deudor, en palabras de VERRICELLI, “pecará” al pervertir el orden de los pagos: *Clarum est peccare debitorem in verso ordine solventem, non enim debet cum damno aliorum integre huic solvere* (189).

(184) *Práctica y Orden judiciari*, Cap. 11, núm. 40. *Vid.* su precedente en C. 8,17,7: *Liceo iusdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis, priores habeantur potiores, tamen eum, cuius pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter statim convenit, omnibus anteferri, iuris auctoritate declaratur.*

(185) MERLINUS, M., *De pignoribus*, Lib. 4, Tít. 1, *Quaestio* 140, pp. 516-517; *Práctica y Orden judiciari*, Cap. 11, núm. 41.

(186) MERLINUS, M., *De pignoribus*; Lib. 4, Tít. 1, *Quaestio* 35, núm. 11. *Práctica y Orden judiciari*, Cap. 11, núm. 42.

(187) Partidas 5,13,26 y 28-29.

(188) GIURBA, M., *Decisiones novissimae cum summariis et iudicibus argumentorum ac rerum verborumque locupletissimus*. Genevae, 1675. *Decisio* 61, núm. 20.

(189) VERRICELLI, A. M., *Quaestiones, Tractatus* 3, *Quaestio* 20, núm. 8.

II. LA EJECUCIÓN DE LOS BIENES

Una vez abordada la cuestión de la venta de los bienes del deudor, la literatura jurídica culmina la exposición de la gestación del proceso ejecutivo advirtiéndolo de un posible alzamiento de bienes, y de la consiguiente pesquisa por parte de los acreedores (190):

Benvenuto STRACCHA: *Solent etiam decoctores merces ipsas et bona intricare, obligando, consumendo, donando, aliisque paulo superius relatis modis. Unde conturbare fortunas et rationes dicebantur et cum suspicantur aliquem secum acturum, alio merces avertere, et possessionem ipsarum in alium transferre, ex quo dolo non carent* (191).

Como señaló la escuela estatutaria, únicamente precluía este derecho cuando la insolvencia era latente o notoria, o el deudor no poseía paradero conocido, lo que dificultaba su localización y posterior requerimiento:

Bartolus DE SAXOFERRATO: *Execussio non sit quando certum et notorium est principalem non esse solvendo o ipsum non facilem ad conveniendum* (192).

Acerca de esta cuestión, la doctrina medieval desarrolló una minuciosa regulación, que, en síntesis, nos lleva a plantear las siguientes cuestiones (193):

(190) Véase, en este sentido, AZEVEDO, A. DE, *Commentaria Juris Civilis*. Comentario a Nueva Recopilación V, 19, Vol. 2, fo. 447: ... *bona sua omnia, vel pecunia aliena, creditaque occultat*.

(191) STRACCHA, B., *Tractatus de mercatura seu mercatore*. Lugduni, 1588. Pars 3, núm. 26, p. 303.

(192) SAXOFERRATO, B. DE, *Ad D. 12,1, lex si eo*, núm. 1. Ed. *Commentaria*. Tomo II, Char. 22.

(193) No obstante, no hallamos referencia, a diferencia de la doctrina coetánea, de una definición de quiebra o de alzamiento. En este sentido, tómese como ejemplo CORTIADA, M. D., *Decisiones cancellari et Sacri Regii Senatus Cathaloniae*. Venetii, 1727. *Decisio* 70, núm. 1: *Decoctorum tria sunt genera. Primum illorum, qui fortunae vitio decoquant, ut qui maris*

1. CONCEPTO DE *EXCUSSIO*

Con relación al concepto de *excussio*, la doctrina tardo-medieval (194) sostuvo que ésta no era otra cosa que la diligencia para la pesquisa o *inquisito* de los bienes o de las cosas de los principales deudores (195):

CAROCIUS: *Utique est bonorum, et rerum principalis debitoris usque ad sacculum, et peram et minimum quadrantem diligens facta inquisition. Et sic cum appellatione bonorum veniant mobilia, et immobilia, iura et accione, ac nomina debitorum* (196).

Supuesta esta definición, doctrina y jurisprudencia sostuvieron que, para que la *excussio* alcanzase plena validez y legitimidad, debía recaer no sólo sobre los bienes muebles o inmuebles, sino

tempestate suborta merces, et bona perdiderunt, vel a piratis diremptis fuerunt, quod genus hominum miserabile est. Secundum illorum qui suo vitio rationes, et fortunas conturbant, ut qui bona sua dissipando, atque dilacerando profundunt, vel quia ludo merces perdunt vel meretricum delinimentis, immo verius venenis corrumpit ad inopiam rediguntur, vel qui cum sumptuosis epulis bona consumunt, et fortunas obliguriunt, et ingluvie miseri, simul consilium cum re amittunt: hoc genus hominum pessimum et nulla miseratione dignum est. Tertium illorum, qui partim suo, partim fortunae vitio, foro cedunt, quod admixta culpa humiles et deploratos ac miseratione dignos redit.

(194) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 56, núm. 1. *Excussio nihil aliud est, quam diligens facta inquisitio bonorum, et rerum principalis debitoris, usque ad sacculum, et peram et minum quadrantem... Et excutere aliquem est facultates ejus discutere, et inquirere, ut dignoscatur, et patefiat, an sit solvendo, vel non. Vid. D. 29,4,2,1: Mihi videtur humanior esse haec sententia, ut possessor hereditatis prior excutatur, maxime si lucrativam habet possessionem.*

(195) D. 29,4,2,1: *Sed utrum ab eo erit incipiendum, et sic ad heredem veniendum, an convertemus ordinem? Mihi videtur humanior esse haec sententia, ut possessor hereditatis prior executiatur, maxime si lucrativam habet possessionem; D. 17,1,42: Si mandavero tibi, ut excutores vires hereditatis, et tu quasi minor sit, eam a me emeris, madati mihi teneris. Tantundem, et si tibi mandavi, ut vires executores eius, cui eram crediturus, et renuntiaveris, etum idoneum esse.*

(196) CAROCIUS, V., *Tractatus de excussione bonoru, Quaestio 1*, núm. 1.

también en los derechos, acciones (197) y censos (198), al entender que su omisión la anulaba (199).

No obstante, si con posterioridad a la *excussio* deviniesen o se hallasen nuevos bienes o créditos, la legitimidad de la *inquisitio* no se cuestionaba –*remanet excussio semper legitime facta* (200).

2. VIGENCIA Y EXCEPCIÓN

Delimitada conceptualmente la institución, ésta se convirtió en el procedimiento necesario para poder proceder contra el tercer poseedor, procedimiento que se iniciaba cuando se hubiera realizado la pesquisa en los bienes del deudor principal (201).

El carácter substancial de este requisito llevó a que, cuando el deudor principal se hallaba en una ausencia prolongada (202), fugado o en paradero desconocido (203), y así se hubiera probado

(197) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 39: *Ex eadem juris ratione cognosces, quod et si excussio ut legitime fiat debeat fieri non solum in omnibus bonis mobilibus, et immobilibus, sed etiam in iuribus, et actionibus. Taliter quod si jura, et actiones omitantur excuti, nullius erit momenti excussio.*

(198) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 40: *Et quia pensiones censuum decursae, sunt debitorum nomina... debet fieri excussio in censuum pensionibus decursis.*

(199) CAROCIUS, V., *Tractatus de excussionibus bonorum*, Quaestio 1, núm. 6: *Cum igitur excussio legitime facienda est, debet esse bonorum, et sic mobilium, immobilium, et se movientium, Iurium, et actionum.*

(200) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 31: *Facta autem legitime excussione, etiam si post illam superveniant bona debitori sufficientia ad crediti satisfactionem, remanet excussio legitime facta.*

(201) CAROCIUS, V., *Tractatus de excussionibus bonorum*, Quaestio 32, 2 partis, núm. 5: *Et in execussione primo proceditur contra bona debitoris, deinde contra fideiussorem, et bona, tertio contra possessores, et bona.*

(202) UBALDIS, B. DE, *Codex, Rub. De bonis autoritate Iudicis possidentis, Lex cum proponas*, núm. 16: *Et multo melius poterit dari, si absens ultra mare fuerit; núm. 18: Aliter erit si absens extra Regnum fuerit, sed ignoretur ubi sit, aut reperiatur in locis transmarinis, aut Regnis longinquis, ubi commode citari non posset, aut latitaverit, vel decoctus reperiatur etiam intra nostrum Regnum, nam poteri dari a iudice curator bonis.* LÓPEZ, G., *Partidas* 3,2,12, Gl. *Quae captivam: nam idem si absens esset in partibus remotis extra provinciam, et tali absenti potest dari curator eius bonis...*

(203) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 33,

(204), se decretaba, previo conocimiento de los familiares (205), la asignación de un curador del ausente (206), al que los acreedores podían solicitar respuestas en torno a la existencia de los bienes del deudor. Si éstas confirmaban su insolvencia, el magistrado accedía a que se demandara al tercer poseedor de los bienes (207). Idéntico criterio se establecía cuando el deudor fallecía sin heredero, designándose un curador para la herencia yacente (208).

Admitida la posibilidad de que se pudiera escrutar los bienes del deudor principal, los distintos Ordenamientos medievales y los tratados de práctica procedimental advertían de la necesidad de llevar a cabo la *excussio* en los bienes de todos aquellos que estuvieran obligados conjuntamente con el deudor principal (209).

núm. 1: *Absentibus, et illorum bonis, tam de jure, quam de foro, debet dari, et assignari curator.*

(204) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 33, núm. 30: *Non aliter debet Judex curatorem absentis dare bonis, nisi ei constiterit de absentia... Ratio est quia praedicta curatoris deputatio, propter absentiam fit, et cum fundetur in absentia, debet ab allegante illam probari, cum semper absentia probanda fiat ab illam allegante, et in ea se fundante.*

(205) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 33, núm. 23: *Non debet judex dare curatorem absentis bonis, nisi convocatis, et auditis, tribus aut quatuor consanguineis absentis ex parte partis.*

(206) GUTIÉRREZ, J., *Tractatus de iuramento*, Cap. 23, núm. 5: *Quia bonis absentis potest dari curator; núm. 6: quod potest constitui curator bonis eius, qui est ultra mare... Idem est si esset in partibus remotis extra provinciam, ita quod venire de proximo non speratur, nam et tali absenti potest dari curator eius bonis... Si vero debitor sit in provincia, ubi de proximo speratur venire, creditorque habeat instrumentum guarentigium contra debitorem, tunc non est providendus curator eius bonis.*

(207) *Practica Causarum Civilium. Capite De les discusions dels bens del eixecutat.*

(208) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 33, núm. 4: *Haereditati jacenti curator datur ad regenda bona quae sub dominio suo habet.*

(209) *Furs 4,4,17; Practica Causarum Civilium. Capite De les discusions dels bens del eixecutat: Pero, sa a advertir que pera poder passar contra tercers possehidors no sols basta fer discussos los bens del principal deutor, sino que se ha de fer discucio tambe de tots los bens dels que se obligarem juntament ab lo principal, y de altra manera no es pot passar contra ningun tercer possehidor de bens de qualsevol dels obligats.*

La mayor dificultad deviene en determinar quiénes podían verse obligados y en qué grado de prelación. Veamos la casuística contemplada:

[1] El supuesto tratado con mayor atención es el de fiador. El profundo conocimiento de la tradición romanística llevó a los juristas a sostener que si bien en el antiguo Derecho romano se podía convenir al fiador con anterioridad al deudor principal (210), el criterio se vio desplazado con las reformas realizadas por Justiniano, al concederse, al *fideiussor*, el *beneficium excussionis*, esto es, la obligatoriedad de convenir previamente al deudor principal, de forma que el fiador podía exigir que, con anterioridad a su reclamación, se intentase obtener el pago del crédito del deudor principal (211). Criterio que vemos aplicado en la mayoría de los Cuerpos jurídicos del medievo (212). Principio que, no obstante, se exceptuó en los siguientes supuestos:

(210) GÓMEZ, A., *Variarum*, Tom. 2, Cap. 13, núm. 14: *Excussionis exceptio fidejussoribus competit, nam licet antiquo jure liberum esset creditori, post moram debitoris, fidejussorem convenire prius, et eligere, relicto reo.*

(211) COVARRUBIAS DE LEYVA, D., *Variarum*, Lib. 2, Cap. 6, núm. 8; GUTIÉRREZ, J., *Tractatus de iuramento confirmatorio*, Pars 1, Cap. 23, núm. 1: *Fideiussor non potest conveniri praesente principali, nisi praecedente excussione in ipso principali*; SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum*, Pars 1, Cap. 23, núm. 41: *Deinde que in jure cautum est, ne fidejussor possit conveniri ante debitorem principalem, et nisi fiat prius excussio in bonis ejusdem, et utroque communiter DD, et alibi passim. Ergo per praeposterationem ordinis judicialis judicium contra fidejussorem ante excussione preambulam debitoris erit nullum ipso jure*; LÓPEZ, G., *Partidas* 5,12,9, Gl. Que no a los que entraron: *Hodie ergo non poterit fideiussor in mora constitui ante principali*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 3: *Novis Justiniani constitutionibus cautum fuit, quod fidejussores conveniri non possent antea quam principalis debitor excuteretur.*

(212) *Partidas* 5,12,9: *En el lugar seyendo aquel que fuese principal debdor, primeramente a el deben demandar que pague, lo que debe e non a los que entraron fiadores por el; Costums de Tortosa, 8,6,4: Quan lo deutor se absentia o deffug quel creedor no pot auer auinentes ques clam dell; la doncs fe pot clamar de la fermança; y deftreyn re forçar quel pac.; Costums de Tortosa 8,6,5: E dementre lo deutor pusquen trobar en la ciutat ne en fos termens: los creedors nos poden nes deuen clamar de les fermançes: nels en fons tenguts de respondre. si dons non auien renunciat al benefici: de nouella constitucio, car la doncs la fermança nos poria escusar. Véase su reconocimiento doctrinal en LÓPEZ, G., *Partidas* 5,12,9, Gl. Que no a*

[1.1.] Cuando el fiador renunciaba a su beneficio, obligándose del mismo modo que el deudor (213).

[1.2.] Cuando se comprometía en documento privado –propio del ámbito mercantil (214).

[1.3.] Cuando se obligaba al pago de las deudas por incumplimiento del deudor (215).

Supuestos que, como se advierte de la lectura de la doctrina, fueron de uso corriente en los distintos *iura propria* bajo-medievales –*in praxi quotidie renunciatur* (216).

los que entraron: Hodie ergo non poterit fideiussor in mora constitui ante principali; Furs 8,3,3: Fideiussor non possit petere aliquid ab eo pro quo fidantiam fecit antequam debitum solvat vel pignus dederit creditori, nisi per quinquennium sterit in obligatione vel per sententiam fuerit condemnatus vel debitor incepterit dilapidare bona sua nec possit dicere quod creditor accipiat vel petat res debitoris antequam ipsum fideiussorem conveniant et, si forte debitor absens fuerit, detur fideiussori aliqua dies competens infra quam praesentet et producat debitorem, ut sciatur an debitum ab eo debitore fuerit persolutum, nisi renunciaverit fideiussore nominatim beneficio supradicto. En análogo sentido, Furs 4,165: Fideiussor seu mandatarius si absque sententia solvit illud in quo fideiussit pro alio vel mandavit, potest recuperare illud a debitore vel ab alio pro quo mandavit, non obstante quod non condemnatus solvit; Furs 8,3,10: Creditor non possit fideiussorem convenire antequam principalis debitor conveniatur, nisi uterque in instrumento fuerit ut principalis debitor obligatus vel specialiter renunciaverit.

(213) Partidas 3,18,2; GUTIÉRREZ, J., *Tractatus de iuramento confirmatorio*, Pars 1, Cap. 23, núm. 8: *Fideiussor quando se obligat ut principalis simul cum principali, non requiritur excussio in principali debitore.*

(214) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 5: *Idem tene si fideiussor se subscripserit in chyrographo privato, nam poterit conveniri non excussis bonis principalis obligati... Quod indubitanter procedet si inter mercatores agatur, ubi frequentius hujusmodi chyrographa subscribi solent, nam cum ex bono, et aequo lites mercatorum videri, et tractari debeant, non habet in illis locum excussionis exceptio.*

(215) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 5: *Si autem aliquis se obligaverit solvere quoties alius intra certum terminum non solverit, taliter obligatus, elapso termino, poterit conveniri nulla facta excussione in bonis principalis debitoris.*

(216) GUTIÉRREZ, J., *Tractatus de iuramento confirmatorio*, Pars 1, Cap. 23, núm. 21: *Solet tamen in hac materia principalis limitatio assignari ad excusandam hanc excussionem, scilicet, quod renuntiatur per fideiussorem beneficio dictae authenticae praesente, quia hoc casu poterit creditor,*

[2] Asimismo, una vez asentada la afirmación de que no se podían enajenar los bienes de los mayorazgos o los destinados a la restitución de la dote o de un fideicomiso (217), se reconocía que contra *mayoratus, aut fideicommissi possessor, nequit convenire ex causa dotis, aut alia causa, nisi facta excussione* (218).

[3] Idéntica excepción le correspondía al *possesor rei generaliter hypothecata, nisi facta excussione in bonis specialiter obligatis*, confirmándose así el criterio que sostiene *specialiter obligata prius debent capi in executione: quod specialem habens hypothecam posteriorem, praeferabatur anterioribus creditoribus hypothecariis, si illi non habebant excussione factam in bonis principalis debitoris* (219).

non praemissa excussione, convenire fideiussorem, et ab eo exigere totum debitum, cessis sibi actionibus; MOLINA, L., De iustitia et iure, Tractatus 2, disputatio 545, vers. Fidejussoribus: Sed quia beneficium excussionis privatam respicit utilitatem fidejussorum, poterit a fidejussoribus renunciari prout in praxi quotidie renunciatur; propter quod absque excussione aliqua principalis debitoris, conveniuntur apud nos fidejussores, prout antiquo jure conveniebantur, cum exclusi remaneant ab hujusmodi beneficio illi renunciando... Et adhuc tacite potest supradicto excussionis beneficio renunciari, et hoc evenit, ut diximus, quando fidejussores tanquam principales obligantur.

(217) FONTANELLA, J. P., *Tractatus de pactis nuptialibus*, Tít. 2, Clausula 5, glossa 1, Pars 2, núm. 9: *Declaratur igitur primo, ut intelligatur quod possit pro constituenda dote manus extendi ad bona fideicommissa subiecta, in subsidium, id est, si pater non habeas bona libera, ex quibus eam constituta, subsidiarium enim est eius textus remedium.*

(218) CÁNCER, J., *Variarum*, Pars 1, Cap. 9, núm. 109: *Regulariter enim non solum ex causa dotis, sed etiam ex qualibet alia causa, nequit majoratus possessor conveniri, nisi excussione facta in bonis liberis, cum ad majoratus possessorem, aut fideicommissarium deveniri non possit, nisi bonis liberis deficientibus... Videlicet quod non alienatis bonis fideicommissi, agens contra fideicommissarium teneatur hanc excussione facere, secus si jam alienata fuerint, et agat fideicommissarius pro infringenda alienatione, nam illi incumbet ostendere bona libera; MOLINA MORALES, L. DE, De primogeniorum hispanorum, Lib. 1, Cap. 10, núm. 4; Lib. 4, Cap. 7, núm. 1: ita ut alienatio, seu hypotheca non nisi deficientibus bonis liberis fieri possit.*

(219) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum*, Pars 2, Cap. 5, núm. 47: *... ubi creditor, qui habet specialem, et generalem hypothecam in bonis debitoris communis, tenetur prius ex bonis sibi specialiter obligatis creditum suum exigere, nec potest, creditoribus posterioribus contradicentibus, prius bona sibi generaliter obligata excutere; sed in subsidium tantum bonis scilicet specialiter hypothecatis ad debiti exactionem non suffi-*

[4] El último supuesto hacía referencia a la cesión de bienes. En particular, se reconocía que si el *cessionarius* deseaba demandar al *cedentem*, debía previamente realizar la oportuna *excussio* de sus bienes, de lo contrario: *competit etiam excussionis excepto cedenti contra cessionarium* (220). Regreso que únicamente se concedía cuando el acreedor no hubiera actuado por negligencia *in exactione crediti*, porque, si por negligencia no lo hubiera llevado a cabo: *non datur ei regressus contra cedentem* (221).

Dentro de esta línea argumental, BAS Y GALCERÁN advertía de los riesgos que para el acreedor conllevaba la cesión (222), toda vez

entibus. Cujus textus dispositio specialis est in aequitate fundata in favorem posteriorum creditorum, ut omnibus tam anterioribus, quam posterioribus consultatur; COVARRUBIAS DE LEYVA, *Variarum*, Lib. 3, Cap. 18, núm. 1: *Primo constat in hac specie, rem specialiter obligatam praesumi sufficientem ad satisfaciendum priori creditori, nisi contrarium ab eo probatum fuerit;* CASTILLO DE SOTOMAYOR, J. DEL, *Controversiarum*, Lib. 4, Cap. 26, núm. 21: *Creditor, qui habet specialem, ac generalem hypothecam, tenetur prius ex bonis sibi specialiter obligatis, debitum exigere, nec potest posterioribus, ad bona generaliter sibi hypotheca, recurrere, nisi in subsidium, bonis scilicet specialiter obligatis, ad debiti exactionem non sufficientibus;* CAROCIUS, V., *De excussione bonorum*, Pars 2, Quaestio 65, núm. 6: *semper poterit excipere, primo excute prius specialem tuam.*

(220) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum*, Pars 12, Cap. 10, núm. 40: *Et tantum abest, quod iste creditor ex consignatione novum aliquod jus consequatur, quin potius respectu debitoris consignantis sibi diminuatur quod habebat, cum ex puro efficiatur conditionale creditum suum, quia quousque faciat excussionem in bonis aut in nominibus debitoris sibi consignatis, non habent regressum contra debitorem consignantem, quia non tenetur nisi in quantum minus creditor ex consignatione jam excussa consequutus fuerit;* CÁNCER, J., *Variarum*, Lib. 2, Cap. 6, núm. 168; FONTANELLA, *Tractatus de pactis*, Tom. 1, Clausula 4, glossa 9, Pars 5, núm. 31: *Cessio solutionis gratia operatur quod non possit contra debitorem agi nisi discussis prius bonis debitoris quantumminus a bonis cessis consequi valebit.*

(221) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum*, Pars 1, Cap. 27, núm. 56: *... non possit cessionarius habere regressum contra cedentem, nisi prius excutiat debitorem cessum, vel quando cessionarii negligentia in exigeando, debitor factus est non solvendo, ut tunc non habeat recursum adversus cedentem;* núms. 57-59: *Cessionarius non potest habere regressum contra cedentem, quando cessionarii negligentia debitor non solvendo factus est.*

(222) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56,

que ésta tenía fuerza de pago, lo que permitía al cedente liberarse de toda obligación (223).

No obstante la veracidad de este criterio, la literatura jurídica indicaba que debía aplicarse únicamente cuando la cesión se realizaba en pago de la deuda (224), pero no así cuando se llevaba a cabo para facilitar la ejecución de los bienes, lo que permitía al acreedor tener acción contra el deudor insolvente (225).

núm. 17: *Et hac de causa communiter docetur periculum nominis cessi ad cessionarium uti dominum pertinere, non autem ad cedentem. Si ergo juxta hujusmodi notissimas juris regulas, cedens facta cessione, omnino ab obligatione liberatur, nequit cessionarius cessum, habere actionem adversus cedentem ad exigendum, vel recuperandum quod ex debitore cesso non potuit.*

(223) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 16: *Sed non possumus omitere adversus doctrinam a nobis traditam illud quod solet dici, cessionem nempe solutionis vim habere, et cedentem liberari dando debitorum debentem, licet debitor solvendo non sit, nam cedens de veritate nominis cessi tenetur, non autem de ejus exigibilitate.*

(224) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 18: *Ut haec quae a multis solent confundi intelligi possint, duo sunt distinguendi casus. Primus est quando cessio facta reperitur eo modo quod nomen debitoris in solum datum fuit creditori, aut ex titulo venditionis translatum, vel alio titulo omnino alienatum: hoc ergo in casu quia omne nominis jus in cessionarium translatum est, et virtute venditionis, aut in solum dationis fit dominus nominis cessi cessionatus, spectat ad cessionarium nominis periculum, et cedens remanet liberatus, etiam si debitor cessus non solvat, ut diximus, et hoc in casu supra tradita procedunt... Sibi enim imputet cessionarius, qui sciens tale nomen inutile esse secutus illud fuit... Debe tamen vere debere, nam si demonstratum fuerit debitorem cessum, vere, et realiter non debere, tenebitur cedens ad restitutionem precii, etiam si expresse caverit, ut de evictione non teneretur... Solum cedens tenetur cessionario tradere instrumenta, et scripturas in cessionis instrumento enunciata, ad hoc, ut exigere cessionarius possit a debitori cesso; núm. 19: *In casu tamen isto poterit evenire, quod etiam si vere, et realiter debitor cessus debeat, teneatur cedens de exigibilitate, non obstante cessione, nam si cedens pactum in nominis venditione interponat, quod debitorem dabit non solum debentem, sed etiam solventem, absque dubio tenebitur, casu in quo per excusionem appareat debitorem cessum solventem non esse.**

(225) SALGADO DE SOMOZA, F.: *Labyrinthus*, Pars I, Cap. 10, núm. 23: *quod haec consignatio, et cessio solum importat mandatum simplex de exigendo, quia non est in solum datio nec venditio, sed sola cessio facta ad commodum cedentis creditori, ad effectum exigendi dumtaxat ex rebus*

En virtud de la argumentación vertida en el ámbito legal (226), doctrinal (227) y jurisprudencial, cabe concluir afirmando que únicamente era factible demandar al tercer poseedor cuando previamente se hubiera llevado a cabo la *excussio* en los bienes del deudor principal, o, en su defecto, de los fiadores (228).

Buscando acentuar este planteamiento, la doctrina negó, frente al criterio de alguna disposición jurisprudencial, la posibilidad de invertir este orden de prelación, esto es, que se permitiera que el acreedor pudiera demandar al tercer poseedor sin que previamente se hubiera realizado la pesquisa en los bienes del deudor o del fiador (229).

consignantis, ut sibi creditor satisfaceret, quae non habetur loco solutionis; núm. 37: propter finem pro censibus redimibilibus, ut scilicet quando creditor census redimibilis fuit citatus ad concursum creditorum, et non reperiantur emptores, qui bona debitoris subhastatione apposita emere velint, vel tam vili pretio, quod vendi non liceat absque magno damno debitori, et creditorum; ut tunc tradantur aestimata aliis creditoribus, non censualibus, cum eo.

(226) Furs 8,3,5; Furs 8,5,21.

(227) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 2, *Decisio* 146, núm. 2: *Hypothecaria actio non potest intentari contra tertium bonorum possessorem, nisi prius facta sit discussio in bonis omnium obligatorum et fideiussorum*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 25: *Advertere tamen debes quod si debitores principales obligati, fuerint multi, debet excussio fieri in omnium bonis, ut contra fidejussores possit agi, et ut contra tertios bonorum possessores, per hypothecariam legitime agatur, debet excussio fieri, non solum in bonis omnium principalium debitorum, sed etiam in bonis omnium fidejussorum*; núm. 26: *Et quod excussio fieri debeat, tam in bonis principaliter obligatorum, quam in bonis fidejussorum omnium.*

(228) Furs 4,4,17; Furs 4,4,15.

(229) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 27: *Sed an si creditor aliquem ex principaliter obligatis, vel fidejussoribus exemerit ab obligatione, videamus num possit agere contra tertios bonorum possessores actione hypothecaria, non facta excussione in bonis debitoris, aut fidejussoris exempti. Videtur dicendum, non esse necessariam excussionem in bonis debitoris exempti, prout in terminis judicavit Senatus sententia per Alreus... Contrarium tamen, salva Senatus censura, judico tenendum, quia alienatis hypothecis in tertios, jus acquisitum habent tertii possessores illarum, ut non convenientur nisi excussis omnibus debitoribus principalibus, et fidejussoribus, et in manu creditoris jam non est eximere aliquem ex obligatis ab obligatione, quia esset adimer jus tertio, contra vulgatas juris regulas: et in Senatus noster multoties judicavit non posse simi-*

Mayor duda planteó la posibilidad de realizar la *excussio* en el ámbito del Derecho hereditario.

En concreto, con relación a los bienes hereditarios, SALGADO DE SOMOZA nos informa de que la *excussio* únicamente recaería sobre éstos cuando el heredero hubiera realizado el beneficio del inventario; de lo contrario, si éste no lo hubiera formalizado, *non solum debet excussio in bonis haereditariis fieri, sed in bonis propriis ipsius haeredis* (230).

Por lo que hacía referencia a los legados, se reconocía, a su vez, la aplicabilidad de la institución objeto de estudio (231).

les exemptiones fieri in praejudicium tertii bonorum possessoris... Si autem tempore quo exemptus fuit ab obligatione debitor, aut fidejussor, bona hypothecata, non fuerint penes tertios possessores, sed post exemptionem alienata reperiantur, non erit necessaria excussio in bonis debitoris exempti ab obligatione, cum tertio possessori nullum jus detrahatur, ea ratione quod tempore acquisitionis hypothecarum, legitime erat exemptus ab obligatione debitor ille, et effectualiter non erat debitor ad hoc ut acquireret tertius jus, quod excuteretur etiam ille, antea quam ad hypothecas posset deveniri.

(230) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum*, Pars 2, Cap. 1, núm. 28: *Quod aliquando vidi dubitatum, est, an adita haereditate debitoris ab haerede, et ab illo conscripto inventario, si iste prius haeres decesserit, relictis haeredibus, qui adita haereditate inventarium non fecerint, fieri debeat excussio, non solum in bonis haereditatis debitoris inventariatis, ut agi possit contra tertios bonorum possessores illius, an vero necessarium sit, ut excussio fiat in bonis propriis haeredum primi haeredis, qui absque inventario haereditatem adierunt. Et pro vera resolutione tenendum est, necessarium non esse ut excutiantur bona omnium haeredum, sed sufficiet quod bona haereditaria testatoris excutiantur, quia primus haeres faciens inventarium habuit beneficium inventarii ne teneretur de propriis solvere debita haereditaria... et beneficium istud inventarii, quia in rem scriptum, ad haeredes transmittitur... ergo eodem modo quo vivente primo haerede cum beneficio inventarii, solum debebat fieri excussio in bonis haereditariis, debet etiam fieri post mortem primi haeredis, etiam illis haeredibus adeuntibus, absque inventario, cum isti habeant beneficium inventarii respectu bonorum haereditariorum primi testatoris debitoris... Aliter autem erit si haeres obligati debitoris, cujus bona excuti desiderantur, non fecisset inventarium, nam cum de propriis bonis teneatur, non solum debet excussio in bonis haereditariis fieri, ut agi possit contra tertios bonorum possessores, sed in bonis propriis ipsius haeredis.*

(231) CÁNCER, J., *Variarum*, Lib. 3, Cap. 2, núm. 71: *Et quia legatarii bonorum haereditariorum, non sunt tertii possessores, sed veluti haeredes, excussa haereditate, poterit fieri oblatio bonorum legatorum, ut vendantur,*

Finalmente, cabe destacar que con la *excussio bonorum* no sólo se alcanzaba la posibilidad de demandar al tercer poseedor de los bienes del deudor, sino que, a su vez, ésta se convertía en la regla básica para determinar el orden de prelación de los créditos, al reconocerse que, sin ésta, *non exigant sua credita juxta privilegium prioritatis, aut anterioritatem hypothecae* (232).

3. PROHIBICIONES

Descritos los bienes que el acreedor debía examinar, la doctrina recogió una prolija y minuciosa casuística de prohibiciones en la que se invertía el criterio general.

[1] Así, se reconocía que no tenía lugar la *excussio* en los bienes que no eran claros y líquidos, o, en su defecto, cuando eran litigiosos (233).

absque eo quod alia excutiantur bona... et ut agi possit contra tertios bonorum possessores hypothecaria actione, non solum debet fieri excussio in bonis haereditariis, sed etiam in bonis legatis... Et quod distributis bonis per legata, debeat fieri excussio in bonis legatis... Et si plura legata pia fecerit testator, et haeres aliqua ex illis solverit dando bona haereditaria in solutum, poterit, facta excussione in bonis haereditariis, pro legato pio non soluto agi adversus legatarios solutos, ut pro rata consequi possit satisfactio legatii pii ... Advertere tamen, quod in excussionibus bonorum haereditariorum debet dici, quod in haereditate testatoris obligati, non reperiuntur bona, et debet addi quod neque in posse haeredis, aliqua inventa fuerunt bona.

(232) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 3, *Decisio* 167, núm. 11: *Graduationi locus non est, sed concursui, pro solido, et libra, iuxta stylum Valentiae, quando non est facta discussio in bonis debitoris, et concurruntur creditores, etiam respectu proprietatum censualium, specialiter impositorum super rebus per curiam venditis*; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, Lib. 2, *Observatio* 58, núm. 6: *In distractione bonorum immobilium in districtu immediato gubernationis Valentiae non fit haec graduatio, nisi facta in communis debitoris bonis excussione. Nec ad concursum admittuntur nisi hi, qui in lite se opponunt ante decretum de vendendo. Et pretium bonorum adjudicatur, sive distribuitur per aes, et libram inter creditores, qui tempore venditionis concurrentes, vigilando meliorem conditionem suam fecerunt.*

(233) GÓMEZ, A., *Variarum*, Lib. 2, Cap. 13, núm. 14: *De bonis non expeditis, aut litigiosis, in quibus non facile potest executio fieri, non teneatur creditor excussione facere. Unde si impugnando excussione ostendantur census, aut alia bona debitoris, debent etiam ostendi, et exhiberi instrumenta probantia bona debitoris esse, ut dici possint bona clara et non intricata, ut debeat fieri in eis excussio*; MOLINA MORALES, L. DE, *De primo-*

[2] Por analogía (234), *excussio* no era necesaria en los bienes de difícil cobro o venta (235), ni de los frutos de los predios (236).

[3] Cuando se estaba ante un concurso de acreedores (237).

geniorum hispanorum, Lib. 4, Cap. 7, núm. 31: *Ideoque succedit regula, quod quando aliquis tenetur facere excussione in bonis alterius, ab excussione facienda liberatur, si super eisdem bonis aequalis inter ipsum, et alios creditores esse speratur, ideo in eo casu poterit absque excussione ad bona, quae absque lite, et controversia sibi debentur decurrere omissis bonis litigiosis*; SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum*, Pars 1, Cap. 23, núm. 14: *Comprobatur praefata resolutio ex natura hujus iudicii concursus creditorum multis intricacionibus et difficultatibus involuti, atque longae perdurationi affecti... et quilibet difficultas creditorem excusat ab excussione praemittenda... ubi loquitur, quando bona debitoris sunt intricata, et minus commode vendi possunt*; CAROCIUS, V., *Tractatus de excussione bonorum*, Pars 2, Quaestio 34, núm. 7: *quod sunt excutienda bona, quae sine controversia possider possunt*; OLEA, A. DE, *Tractatus de cessione iurium*, Tít. 7, Quaestio 3, núm. 38: *Non teneri amplius excutere bona quae semel aparuerunt intricata, quod sine dubio procedit, si ad bona creditoris cessi, formatus sit concursus creditorum quia ex hoc excussio pro facta habetur*; MERLINUS, M., *De pignoribus*, Quaestio 69, núm. 22: *Excussio necessaria non est, quando debitor lite pendente alienavit in tertium*.

(234) Criterio que, a juicio de BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 13, núm. 73, se ha de aplicar con carácter restrictivo: *Quae dispositio foralis quia exorbitans est a juris communis regulis, non debet extendi de casu venditionis de quo loquitur, ad alium diversum casum: Unde ad casum adotationis, vel accollationis factae in alio contractu, praeterquam venditionis, ut si fiat in adonatione, aut simili contractu non venit extendenda dispositio praedicti fori, ut judicavit senatus, sententia*.

(235) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum*, Pars 1, Cap. 23, núm. 14: *Comprobatur praefata resolutio ex natura hujus iudicii concursus creditorum multis intricacionibus et difficultatibus involuti, atque longae perdurationi affecti... et quilibet difficultas creditorem excusat ab excussione praemittenda*; MERLINUS, M., *De pignoribus*, Quaestio 69, núm. 12: *Si debitori bona fuerunt confiscata*.

(236) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 40: *licet in fructibus praediorum non sit necessaria excussio*.

(237) MOLINA MORALES, L. DE, *De primogeniorum hispanorum*, Lib. 4, Cap. 7, núm. 31; SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum*, Pars 1, Cap. 23, núm. 1: *Creditor docendo de concursu causato a principali debitor an excusetur ab excussione, aut absque ea fidejussorem, aut tertium possessorem possit convenire*; OLEA, A. DE, *Tractatus de cessione iurium*, Tít. 7, Quaestio 3, núm. 38: *Ex quibus infero, quod si ad bona de quibus excussio intenditur fieri, reperiaturs concursus creditorum, non debet fieri excussio*.

[4] Cuando el deudor principal cedía los bienes (238).

[5] Cuando se constata de forma fehaciente la pobreza o insolvencia del deudor (239).

[6] Se excluía de la *excussione bonorum* al deudor de alto linaje o a quien gozaba del privilegio militar. Éste, si se declaraba insolvente por no poseer hacienda con que sufragar los créditos, se valía de un beneficio que le permitía solicitar que le fueran asignados alimentos y sustento, una vez los bienes se hallaban bajo secuestro regio. En virtud de este privilegio, doctrina y praxis reconocían que al acreedor le estaba permitido proceder directamente contra los terceros poseedores de los bienes (240).

[7] Idéntico criterio se aplicaba cuando el deudor se hallaba ausente o vivía alejado de su reino, no dejando procurador idóneo (241). En este sentido, la doctrina nos informa de que, en primer

(238) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum*, Pars 1, Cap. 23, núm. 10: ... *asserentes creditorem ad excussionem bonorum debitoris principalis non teneri; quando iste usus fuit beneficio cessionis bonorum sui creditoris, et concursum fecit, sed potius tunc excussionis exceptione non obstante, et debitore dimisso, posse fidejussore convenire*; MERLINUS, M., *De pignoribus*, Quaestio 69, núm. 10: *Quando debitor cessit bonis*.

(239) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum*, Pars 1, Cap. 23, núm. 12: ... *tunc constare notorie debitorem non esse solvendo, quando effectus fuit decoctus*; CAROCIUS, V., *Tractatus de excussione bonorum*, Pars 2, Quaestio 35, núm. 1: *Excussio non est necessaria quando notorie constat principalem debitorem non esse solvendo*; MERLINUS, M., *De pignoribus*, Quaestio 69, núm. 7: *Excussio non est necessaria, ubi notorie debitor non est solvendo*; núm. 8: *Notorium relevat ab onore probationis*.

(240) OLEA, A. DE, *Tractatus de cessione iurium*, Tít. 7, Quaestio 3, núm. 38: *Ex eadem doctrina infertur, quod si nobiles, aut fruentes privilegio militari, beneficium deducto ne egeat proposuerint, adversus creditores suos, et illius causa bona illorum omnia sub Regio sequestro reperiantur posita, taxatis, et assignatis alimentis... cum in bonis sequestratis nequeat excutio fieri, non erit necesse, tu contra tertios bonorum possessores, aut fidejussores agi possit, quod excussio fiat in bonis illorum, quia sequestrum, et alimentorum taxatio, vices excussionis sustinet, et quod sequestrum vices excussionis sustineat, et illo mediante non sit excussio necessaria in bonis illius, qui taxationem alimentorum obtinuit*; LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 1, Decisio 85, núm. 2: *Miles non potest conveniri ultra quam facere potest, deduct ne egeat*; núm. 3: *Equites, seu nobiles non gaudent privilegio, ne conveniantur ultra quam facere possunt, deducto ne egeant*.

(241) MERLINUS, M., *De pignoribus*, Quaestio 69, núm. 15: *Si constat latitare*.

término, únicamente se podía reclamar al deudor o al fiador cuando éstos se hallaban en el Reino de Valencia, o, en su defecto, a sus procuradores, si éstos fueran idóneos, de lo contrario, *agere contra tertios bonorum possessores* (242). No obstante, la propia literatura jurídica reconocía que esta línea argumental había que interpretarla de forma restrictiva, por entender que no era de aplicabilidad con relación a los bienes que se hallan en un lugar próximo al Reino o a las tierras del Príncipe (243).

[8] Podía, a su vez, el acreedor ejecutar directamente al tercer poseedor del censo, sobre el que recaía una hipoteca especial, sin necesidad de escrutar los bienes del deudor (244).

[9] De igual modo, podía el acreedor ejecutar directamente los créditos del deudor sin necesidad de realizar la *inquisitio* sobre éste; criterio que se exceptuaba cuando habían sido enajenados, vendidos o trasladados –*nam tunc non poterit agi adversus nomen, nisi excussione facta* (245).

(242) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum*, Pars 1, Cap. 23, núm. 15: *quod quando principalis debitor est absens in alieno territorio, et non in eo ubi iudicium agitur, vel agitari potuit contra eum, tunc excussio principalis non sint necessaria*; FONTANELLA, J. P., *Decisiones*, Decisio 198, núm. 9: *Quomodo autem probetur procuratorem non esse solvendo... quando procurator non habet bona in territorio*; CARLEVALIO, T., *Disputatorium iuris*, Tom. 2, lib. 1, Tít. 3, *disputatio* 18, núm. 2: *tunc censendum esse deficere alia bona, in quibus fiat executio quando commodum capi non possunt, quia sunt valde remota, quamvis alibi exent... Ubi ait, quem non ex eo censeri idoneum, quod possideat immobilia extra locum iudicii*.

(243) CÁNCER, J., *Variarum*, Pars 2, Cap. 5, núm. 195: *In Senatu observari audivi excussione tantum debere fieri de bonis existentibus in provincia: provinciae appellatione intelligo totum territorium supreme tribunalis subiectum*.

(244) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Decisio 1, núm. 2; Decisio 26, núm. 9: *Specialis obligationis dententor, sive possidens rem specialiter hypothecatam censui, potest via executive conveniri per dominum censualis specialiter impositi super hoc censuali, cui erat specialiter obligata res immobilis possessa per executive conventum*; núm. 15: *Et in terminis, quod si dominus censualis habens rem specialiter hypothecatam, sive subiugatam, qui subiugataris appellatur, suum censum specialiter hypothecaverit, sive subiugaverit, secundus subiugataris agat utili contra prium subiugantem*.

(245) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Decisio 163, núm. 9: *Discussio non est necessaria, quando creditor, qui habet nomen hypothecatam, vult agere contra debitorem sui debitoris, ad exigendum debitum*; núm. 10: *Discus-*

4. REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

La regulación del procedimiento la hallamos tanto por los tratados de práctica procedimental como en la propia doctrina bajo-medieval. Sus líneas generales se pueden resumir en las siguientes:

Una vez declarada la insolvencia del deudor (246), el procedimiento se instruía a petición del acreedor, o, si eran varios, con la mera solicitud de uno de ellos, por admitirse que la regla que sostenía *excussio* realizada por uno de los acreedores, a todos beneficiaba *-facta ab uno ex creditoribus, omnibus prodest* (247).

La *excussio* podía iniciarse, a juicio de Merlino, en cualquier momento del proceso (248), incluso aunque el convenido, un tercer poseedor, planteara alguna excepción o estuviera pendiente un juicio ejecutivo, petitorio o de venta parcial de los bienes (249).

sio non erat necessaria, de iure antiquo, nec de iure novo, in nominibus debitorum; núm. 12: Debitor debitoris, quando debitum est hypothecatum, conveniri potest, non facta discussione, et ita fuit iudicatum cum regiis sententiis hic allegatis.

(246) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Cap. 12, Tít. 3, núm. 7: *Transmissa curia, apparitor scilicet, et actuarius haec exequentur, in domo propriae habitationis re debendi, pignora sufficientia ad solutionem debiti cum expensis adnotantur, et extrahuntur, ex pecunia vel bonis mobilibus...; núm. 12: Si vero bona mobilia non inveniuntur in domo propriae habitationis rei debendi, nec per eum caputlevator, seu fidejussor offeratur, tunc dicitur in albis Curiam remeasse, vulgo feu la cort en blanch. Quod licet non deserviat ad faciliorem debiti exactionem, aliquos effectus producit; núm. 13: Primus effectus est, quod dum ex foro procedi nequit ad captionem personae, nisi in subsidium bonorum.*

(247) UBALDIS, B. DE, *In I. II. et III. Codicis libros Commentaria*. Venetiis, 1615. *De edendo, lex II Is apud*, núm. 19: *Primo casu facta in indicio probant in alio, non solum inter easdem personas, sed etiam inter quacunque; CAROCIUS, V., Tractatus de excussio bonorum, Pars 2, Quaestio 79, núm. 1: Excussio factam per unum ex creditoribus prodest alteri; SALGADO DE SOMOZA, F., Labyrinthus creditorum, Pars 1, Cap. 23, núm. 22: Secundum, quod quando excussio semel facta fuit ad instantiam unius creditoris per iudicem competentem, atque solvendo non esse fuit repertus, quod prosit aliis creditoribus tunc in lite discussionis non assistantibus.*

(248) MERLINUS, M., *De pignoribus, Quaestio 73*, núm. 1: *Excussio potest fieri in qualibet parte iudicii.*

(249) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum, Pars 1, Cap. 23, núms. 46-47: imo creditorem comparentem in iudicio concursus per actum a fidejussore; posse creditorum suum petere absque praeambula excus-*

En el ámbito del *ius commune*, para realizar la *excussio* se debía citar –ya fuera personalmente (*quando certi sunt*) o mediante pregón público (250)– no sólo al deudor principal, sino también al fiador, al tercer poseedor o la persona contra la que se solicitaba la demanda (251). Criterio que se invertía en Castilla y en el Reino de Valencia, donde se debía emplazar a los deudores principales, *et non alterius* (252):

sione in bonis principalis, ita ut nec eidem obstat exceptio excussionis e fidejussore, vel ejus creditoribus opposita; sed quod sufficiat in discursu ejusdem iudicii constare, debitorem non esse solvendo, ita ut exceptio, et conventio paritur, veriolem affirmant, et sequuntur innumerabiles pene Doctores... ubi inquit pendente iudicio contra tertium possessorem, posse fieri excussionem adversus principalem debitorem; GUTIÉRREZ, J., Tractatus de iuramento confirmatorio, Pars 1, Cap. 23, núm. 13: Illud tamen referam circa excussionem, scilicet, sufficere quod appareat durante exequutione debitorem principalem non esse solvendo; GÓMEZ, A., Variarum, Cap. 23, núm. 24, vers. Num tamen est.

(250) CAROCIUS, V., *Tractatus de excussionibus bonorum*, Quaestio 34, Pars 2, núm. 1: ... in excussione facienda requiratur citatio partis; SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum*, Pars 1, Cap. 27, núm. 66: Et sufficiet, excussionem fieri iudicio intentato contra fidejussorem, aut tertium possessorem rei hypothecatae, imo non esse necessariam declarationem praeambulam, scilicet, debitorem principalem non esse solvendo; sed constituto in eodem iudicio, solvendo non esse contra tertium pronunciandum; CASTILLO DE SOTOMAYOR, J. DEL, *Quotidianarum controversiarum*, Tom. 4, Cap. 40, núm. 68: sed sufficere, si de ea in processu constet, citatis interessatis per edictum: tum etiam, quod in praxi sufficit.

(251) SAXOFERRATO, B. DE, *Digesta, De operis novis nunciatione, lex stipulatio de operis, habet autem ista stipulatio*, núm. 4; CAROCIUS, V., *Tractatus de excussione bonorum*, Quaestio 33, Pars 2, núm. 6: Verior tamen, et magis communis opinio est ut citatio requiratur in bonorum excussione; núm. 24: Prosequendo excussionis progressum, ordinem, et formam in excussione facienda in pronuncia excussionis requiritur citatio fideiussorum, et aliis possessoribus; MERLINUS, M., *De pignoribus*, Lib. 5, Tít. 2, Quaestio 69, núm. 6: Ad quem effectum requiritur citatio fideiussorum atque aliorum possessorum.

(252) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 23: In nostro Regno contrarium sequitur, et practicatur, nam excussio solum fit cum citatione debitoris principalis, absque eo quod tertius bonorum possessor citetur, aut persona quae, facta excussione, conveniri debet, et hanc opinionem uti veriolem sequuntur; SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum*, Pars 1, Cap. 27, núms. 85-86: at vero quando convenitur debitor dumtaxat per creditorem; et facta diligentia inventus

Senatus sententia publicata per Saboya, die 24 Decembris 1686, inter Ignatii Caro nomine proprio, et tutoris, et curatoris fratrum suorum, et haeredum Joannis Caro, et contra Hieronymum Lluch, et Josephum Cebrià.

... Sed attento quo inter partes est in confesso et in lite constat dictam discussionem obtentam fuisse pendente lite, et absque iniunctione dicti Caro et... positam exceptionem de factis dictae discussionis ex casu iuxta iuris regulas ei nocere nequit neque prodesse dictis Lluch et Cebrià, quia in quaelibet causa debet iudicari praesentibus eis quos ea contingit aut interesse habent et de interesse dicti Caro non fit inefitandis (sic) et praesentiarum. Ideo et alias deliberationem et conclusionem in Regio Consilio sumptam insequendo pronuntiamus, sententiamus et declaramus bene appellatum a dicta sententia per dictum haeredis et curatori respective, et male iudicatum per dictum Gerentem vices benefitioque medicae appellationis illum fore et esse revocandam ut cum praesenti revocamus, et partem neutram in expensis condemnamus (253).

Citadas las partes interesadas en la causa, el juez solicitaba del deudor –o en su defecto, del procurador (254)– que confirmase si poseía bienes muebles e inmuebles, derechos y acciones claras, líquidas y no sujetas a litigio (255). La omisión de esta declaración

est non solvendo, tunc non requiri citationem fidejussoris; rectius et verius censeo; cum sufficiat constare de inopia debitoris per acta cum eo gesta coram iudice competenti.

(253) A. R. V. Sentencias de la Real Audiencia. Sig. 4365. Caja 436.

(254) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 54: *Et observa quod si debitor fuerit absens a Civitate, Villa, aut Loco, et territorio ubi excussio fit, possunt huiusmodi confessiones a procuratore debitoris fieri, aut a persona quae illius nomine in executionis causa intervenire.*

(255) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum*, Pars 1, Cap. 23, núm. 32: *Et insuper quod excussio semel facta coram iudice competenti ad instantiam unius creditoris, quod aliis caeteris creditoribus, postea fidejussores suos convenire volentibus prosit;* núm. 33: *debitorem non esse solvendo notorie dici, primo per famam vicinorum, attestantium principalem nulla amplius bona habere: secundo, ex juramento debitoris, testantis nulla alia bona sibi remansisse, idque etiam comprobet uxoris, familiae, et vicinorum dictis: quarto si semel etiam ad instantiam alterius creditoris ipse debitor excussus per iudicem competentem repertus fuerit non idoneus; quinto si fidejussor in iudicio confiteatur, principalem non esse solvendo: sexto si publici ministri ad inquirendum missi, referant nulla, vel exigua bona debitoris extare...*

anulaba la petición (256). Si, por el contrario, el deudor reconocía en el interrogatorio la existencia de bienes, acciones y derechos claros y líquidos, se le intimaba instancia para que, en el plazo de dos días, los pormenorizara, exhibiendo y presentando títulos acreditativos de su dominio (257). Si, transcurrido este término, no lo hiciera o los títulos fueran insuficientes, se procedía a la *excussio bonorum* (258).

Por el contrario, si de sus declaraciones se constataba la ausencia de bienes, acciones o derechos (259), el actor solicitaba de la Curia

(256) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 30: *Debet excussio fieri in bonis debitorum, et fidejussorum mobilibus, et immobilibus, juribus, et actionibus non litigiosis, neque intricatis, taliter quod si omitatur fieri in omnibus supradictis, excussio non erit legitime facta. Vid. CAROCIUS, V., Tractatus de excussionibus bonorum, Quaestio 1, núm. 6: Cum igitur excussio legitime facienda est.*

(257) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 52: *Si vero debitor respondeat habere aliqua bona, jura, aut actiones in quibus potest executio fieri et non indicet illa, debet a creditore excutiente obtineri praeceptum, proposito libello, quo debitori jubeatur, quod bona indicet infra duum, simul cum instrumentis, aut documentis, quibus constet in suo patrimonio reperiri bona indicata, nam non sufficit quod simpliciter indicet bona, sed necesse est quod exhibeat instrumenta... Adeo quod etiam si indicet bona, dum non exhibeat instrumenta, poterit ei semper juberi, quod infra biduum exhibeat instrumenta. Et bonis indicatis, et instrumentis exhibitis, si constat non esse litigiosa, aut intricata, juberi debet, quod fiat excussio in illis... si veor constet non esse expedita, ad ulteriora excussionis proceditur, non obstante indicatione.*

(258) CAROCIUS, V., *Tractatus de excussione bonorum*, Quaestio 34, Pars 2, núm. 9 et 19: *Sed si debitor infra biduum bona non ostenderit potest ad ulteriora excussionis procedi... Eo enim ipso quod interpellatus debitor, intra praefixum terminum non indicat bona probatum remanet solvendo non esse, et nulla habere bona... Et adhuc nonnulli volunt factam excussionem esse non indicatis sufficienter bonis; SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum*, Pars 1, Cap. 23, núm. 90: *Excussio debitoris principalis ex eo probatur, quod intra terminum fidejussori praefixum bona debitoris non ostenduntur; núm. 91: Excussio debitoris principalis ex eo probatur, quod intra terminum fidejussori praefixum bona debitoris non ostenduntur.**

(259) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 51: *Si autem debitor respondeat non habere bona, ut excussio nullitatem non patiatur, debet dicere neque bona mobilia, vel immobilia habere, neque jura, aut actiones expeditas, et claras in quibus executio possit fieri, aliter si in confessionibus omitat dicere, quod jura, et actiones non habet, nulla erit excussio.*

que ésta procediese a dar pregón público, en el que se informaba de que, al carecer el deudor de bienes propios, se procedía a realizar la *excussio*, y a actuar contra los terceros poseedores (260).

Cuando el deudor no comparecía ante la Curia para responder de su insolvencia, supuesto frecuente en la praxis, el procedimiento era distinto según la condición social del insolvente. Así, si el deudor era plebeyo, se procedía a su busca y captura, y, una vez ésta se hubiera dado, se proveía a su interrogatorio (261). Por el contrario, si era noble, militar o doncella, el escribano de la Curia acudía a su casa, donde se le intimaba para que diera respuestas acerca de la existencia o inexistencia de sus bienes. Si, no obstante, seguía negándose a responder, era conducido al tribunal de justicia, donde era interrogado hasta que profiriese confesión y juramento de lo declarado, pudiéndosele, con posterioridad, sancionar según el arbitrio del juez (262).

(260) CAROCIUS, V., *Tractatus de excussione bonorum*, Quaestio 34, Pars 2, núm. 9 et 19.

(261) CERDÁN DE TALLADA, T., *Visita de la Cárcel*, Cap. 9, núms. 12-13; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 55: *Evenire multoties solet, quod debitor non vult comparere in curia coram Scriba ad respondendum super facto libelli excussionis, et praticari solet jubendo illis praeceptis cominativis usque ad praeceptum paenale convicti, et confessi, quod respondeant; sed haec praxis mihi nunquam placuit, quia solet nimis differri excussionis exitus, praemaxime disponente dicto foro 16... quod nolente debitore respondere capiatur, et ita captus, et bene custoditus ducatur ad Tribunal, ubi medio juramento respondeat si habet bona vel non... Quod poterit fieri iudice, et non extra praxim, semper, et quotiescumque fuerit debitor contumax in respondendo, nam constituto de contumacia, poterit coram Iudice duci captus ut respondeat... Et hoc absque dubietat aliqua admittendum, et practicandum erit in plebis debitoribus, et in omnibus militari privilegio non fruentibus.*

(262) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 58: *Si vero debitor fuerit militaris, aut privilegio Militari fruatur, aut persona honesta fuerit, ut foemina hoste vivens, poterit mitti Scriba curiae ad illius domum... Et si non fuerit persona, ad cuius domum mitti debet actuario, sed tamen sit foemina quae sine de decore caput non potest trahi ad curiam, praticari debet, quod fiat illi primum praeceptum de respondendo per mandatum simplex, et secundum per mandatum poenale, et tertium sub poenis contentis in dicto foro 16, et si non compareat ad respondendum, omnis Curia ad illius domum vadat, et expensis contumacis exigat responsiones si respondere vult, ut fuit practicum annis propae elapsis in curia Justitiae Civilis nostrae urbis contra foeminam honestam ad instan-*

El pregón público se realizaba en el lugar de la *excussio* o del domicilio del deudor. En bando se informaba de que, a instancia del acreedor, el deudor había sido interrogado por la Curia acerca de sus bienes, acciones y derechos, deduciéndose por sus declaraciones su insolvencia, así como el desconocimiento de su tenencia por un tercero; por lo que se solicitaba, a quien tuviera noticia de su paradero, que procediese a dar oportuna información en un plazo no superior a diez días, a contar desde la publicación de la proclama pública. Si nadie se personaba, se declaraba la legitimidad de la *excussio bonorum* (263), concediéndose al acreedor la oportuna acción para reclamar contra el tercero poseedor (264).

tiam Pauli Gaytan Clerici. Si autem foemina, aut persona quae respondere debet, dicat se nolle jurare, aut facere responsiones, alio modo procedi debet, prout ego consului in simili casu evenienti in curia Justitiae Villae Algezirae matronae ut responderet, dixit ei, quod neque respondere, neque jurare volebat, nam potest cogi ad jurandum, et respondendum multa ei inducta, et captis pignoribus... Et si poenae contra talem personam exequi non possunt, tenet aliqui posse ad carcerationem procedi, Bartholus... Sed melius, et securius in nostra praxi erit jubere tali personae retinenti, quod per mandatum simplex respondeat; deinde quod per mandatum poenale, et ultimo, quod per mandatum sub poena dicti foro 16 et si huic mandato non pareat, in odium contumaciae, et pro executionae fori, nun sit foemina honesta, nunc si persona Militaris, poterit capi, et capta duci ad curiam rigore ubi interrogari debet, et si nolle jurare, aut respondere, debet detineri capta vel arrestata quousque respondeat, et poenis arbitrariis cominari, ut consequantur responsiones, nam forus noster vult, quod captus ducatur reus ad respondendum hoc in casu, et juxta juris regulas, nolens jurare, aut respondere potest compelli per arrestationem personae, et aliis poenis ad arbitrium.

(263) CAROCIUS, V., *Tractatus de excussione bonorum*, 2 pars, Quaestio 33, núm. 10: *Et si prima discussio non fuit bene, vel rite facta, potest fieri secunda, et ei statur.*

(264) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum*, Pars 1, Cap. 23, núm. 45: *Elapsis autem decem diebus in praeconio publico praefixis, interloquitur iudex, cum provisione interloquutoria in tribunalibus inferioribus propria manu exarata, esse casum, et locum transeundi contra tertios bonorum possessores, quia excussa reperiuntur debitoris bona; quod in Regio Senatu fit mediante Regia sententia, et notificato hujusmodi decreto debitori, remanet legitime facta excussio... Neque absque hujusmodi decreto excussio recte fieret, nam ad hoc, ut recte facta dicatur, requiritur hoc iudicis decretum, et pronuntiatio, aut sententia.*

Publicado el pregón, y transcurrido el período legal, el asesor notificaba la siguiente provisión al deudor:

Jesus. M. Die 25 Octobris 1689.

Quia per responsiones, et praeconium constat non reperiri bona F. T. in quibus executio possit fieri; ideo Providet esse casum, et locum transeundi contra tertios bonorum possessores, et intimetur.

F. T. Assessor (265).

Dictada sentencia o decreto de *excussionis*, el deudor podía apelarla en cualquier momento, por entenderse que *nunquam in iudicatum transit* (266).

5. LA ACCIÓN HIPOTECARIA CONTRA EL TERCERO POSEEDOR DE LOS BIENES (267)

Admitido el criterio que sostenía: *non facta excussione, non possit agi contra tertios bonorum, aut iurium possessores actione hypo-*

(265) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 56, núm. 61.

(266) CAROCIUS, V., *Tractatus de excussione bonorum, Pars 3, Quaestio 8*, núm. 3: *Declarat, quod sit interlocutoria si feratur pendente iudicio contra tertium, alias est definitiva, et datur appellatio*; SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum, Pars 1*, Cap. 23, núm. 92: *Annotabis etiam, quod sententia super excussione bonorum, bona nempe extare, vel non stare, non transit in rem iudicatam, quominus creditor, vel tertius per eam condemnatus possit quodcumque docere bona apud debitorem stare, et vere et manifeste decere plura ad propositum*; Cap. 25, núm. 29: *quod sententia lata super excussione bonorum, quia fuit semel declaratum bona debitoris extare, vel non extare; nunquam transit in rem iudicatam, quominus bonis supervenientibus, vel deficientibus ex aliquo accidenti, possit iterum refricari eadem excussionis exceptio*; MERLINUS, M., *De pignoribus, Quaestio 75*, núm. 1: *Appellare an liceat a sententia lata super excussione... Opino affirmativa, quod appellari possit ab huiusmodi sententia, magis placet.*

(267) Cuya vigencia era de treinta años. *Vid.* GÓMEZ, A., *Ad leges Tauri, lex 63*: *Ex qua lege nota, quod licet actio hypothecaria de jure communi durabat per quadraginta annos, quando intentabatur contra debitorem, et ejus haeredes, et tamen per triginta annos, quando intentabatur contra extraneos; tamen hodie per nostram legem tantum durat per triginta annos, modo intentetur contra unum, modo contra alium.*

tecaria (268), una vez realizada (269), se procedía a interponer una demanda por razón de hipoteca (270) –tácita o expresa (271)– contra los terceros poseedores de los bienes obligados al crédito (272), lo que hacía inviable la aplicación del *interdictum salvianum* –D. 43,33 (273)–, dado que éste concedía acción directa contra los terceros poseedores (274).

(268) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 62.

(269) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 66: *Fere semper in Regno actio hypothecaria moveri solet contra tertios bonorum possessores, facta prius excussione, sed tamen nulla facta excussione potest etiam intentari hypothecaria actio contra ipsum debitorem hypothecantem, aut illius haereditem, vel successorem bona hypothecata possidentem.*

(270) Furs 4,4,15.

(271) *Vid.* D. 20,1,16,3; 20,1,17: *Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori*; C. 8,1318: *Pignoris vel hypothecae persecutio in rem est*; MERLINUS, M., *Tractatus de pignoribus*, lib. 3, Tít. 2, Quaestio 51, núm. 62; lib. 5, Quaestio 58, núm. 9 et seq.: *Et respectu possessoris tertii, quia est actio realis, et rem sequitur, aut fundum.*

(272) MERLINUS, M., *Tractatus de pignoribus*, lib. 5, Tít. 2, Quaestio 69, núm. 1 et seq.: *Actio hypothecaria non competit, nisi facto prius iudicio contra debitorem principalem, et morosum, ac denique facta excussione.*

(273) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 63: *In multis Provinciis, remedium illud interdicti Salviani utilis, intentatur, et potest moveri via directa contra tertios bonorum possessores. In Regno autem expresse prohibitum habemus, quod non intentetur interdictum Salvianum utile.* CORTES DE 1626, Cap. 22: *que perço sia donat per contrafur lo dit juhi del interdicte Salvia, y que no es puga passar contra tercer possehidor, sino es feta discussio contrals deutors, y ses fermances.* Con relación al Derecho romano, MURGA, J. L., *Derecho romano clásico. II. El proceso*. Zaragoza, 1982, pp. 150-157.

(274) CAROCIUS, V., *Tractatus de excussione bonorum*, Pars 2, Quaestio 31, núm. 1: *Salvianum est iudicium adipiscendae, in quo exceptiones, requirerentes altiore indagine reiiciuntur, et in eo non admittitur exceptio excussionis*; GRATIANUS, S., *Disceptationes forensium*, Cap. 38, núms. 1-2: *Primo quia huiusmodi exceptio discussionis non habet locum in salviano, quod est remedium possessorium non admittens exceptiones requirerentes altiore indagine*; MERLINUS, M., *Tractatus de pignoribus*, Quaestio 77, núm. 24: *Dubitatur octavo, an sit necessaria excussio, et trita est responsio non esse necessariam excusionem.*

A la luz de los tratados de práctica procedimental, el acreedor debía, con anterioridad a la acción contra el tercero poseedor, probar una serie de requisitos, a saber (275):

[a] Que se había realizado la *excussio* contra el deudor o sus fiadores (276).

[b] Que el bien que le demandaba el acreedor –*ure pignoris vel hypotheca*– era del dominio del deudor cuando se redactó el contrato, o incluso después de éste (277).

[c] Se tenía por requisito indispensable la prueba de que el tercero era poseedor o usufructuario actual de los bienes que se reclamaban, siendo *probatio* suficiente la mera presunción del dominio (278).

(275) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 2, *Decisio* 146, núm. 1: *Actio hypotecari quatuor extrema requirit*.

(276) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 2, *Decisio* 146, núm. 2: *Hypothecaria actio non potest intentari contra tertium bonorum possessorem, nisi prius facta sit discussio in bonis omnium obligatorum et fideiussorum*; MERLINUS, M., *De pignoribus*, *Quaestio* 69, núm. 1: *Actio hypotecaria non competit, nisi facto prius iudicio contra debitorem principalem, et morosum, ac denique facta excussione*.

(277) Vid. D. 20,1,1,pr; D. 20,1,15,pr.; SAXOFERRATO, B. DE, *Digesta*, *De pignoratitia actione Rubrica*, *lex Rem alienam*, núm. 5: ... *que tenet quod in hypothecaria sufficit probaret quod debitor possedit bona fide et cum titulo tempore obligationis contracte... ut competat directa hypothecaria necesse quod probetur debitorem pignorantem tempore obligationis... habuisse tali ius quo ipse potuisset rem a possessore vindicare unde habeo necesse probare ipsum fuisse dominum directo et hoc sine dubio sufficit vel debeo probare ipsum fuisse dominum utiliter, ut puta emphiteoram vel superficiarium... vel habeo necesse probare ipsum fuisse quasi dominum, hoc est possedis bona fide et cum titulo ita quod habeat publicianam*; MERLINUS, M., *Tractatus de pignoribus*, lib. 5, Tít. 2, *Quaestio* 68, núm. 2: *In hypothecaria mota contra debitorem, vel pro re in specie, vel in genere obligata sufficit probare bona fuiste in bonis*; núm. 6: *Possessio debitoris debet probari ex tempore motae litis*.

(278) Partidas 5,13,18; SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum*, Pars 2, Cap. 9, núm. 73: *Secundo, et haec pars probatur, quia rei alienae absque domini consensu obligatio, et hypotheca non valet, quia debitor obligare potest creditori suas res non alienas... Qui omnis firmant, etiam creditorem, agentem hypothecaria contra tertium possessorem, teneri probare dominium debitoris, alias non obstantibus*; PAZ, C. DE, *De tenuta, seu interdicto et remedio possessorio summariissimo*. *Colloniae Allobrogum*, 1737. C. 40, núm. 11.

[d] Finalmente, se exigía la certificación de que el bien que poseía el tercer poseedor era el mismo que detentaba el deudor al tiempo de la obligación, y sobre el que recaía la hipoteca (279).

Verificados estos extremos, se iniciaba un procedimiento sumario, cuyas directrices generales se pueden resumir en las siguientes líneas argumentales:

[Contenido de la demanda] Se iniciaba con la presentación de la escritura de demanda hipotecaria, en la que el acreedor solicitaba del tercero poseedor que dejase vacua y expedita la posesión de los bienes hipotecados –*cum fructibus preceptis percipiendis, et qui percipi potuerunt*–, hasta tanto no fuera satisfecho su crédito (280).

[Notificación] Una vez presentada la demanda ante el magistrado, éste, a través de funcionarios subalternos, proveía su notificación

(279) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 56, núm. 68: *Et ultra nobis tradita, debet agens hypothecaria, identitatem rei probare, hoc est rem illam a tertio convento possessam, fore ipsam, quam tempore obligationis, aut post illam possidebat debitor, et sufficienter probabit hujusmodi identitatem, si locus, et duo confinia conveniant... Quod procedit casu in quo aliquae non coveniant demonstrationes si forte assignentur, nam cum duae demonstrationes conveniant, etiam aliis disconvenientibus probabitur identitas rei. Vid. D. 5,15,4: Forma censuali cavetur, ut agri sic in censum referantur, nomen fundi cuiusque, et in qua civitate, et quo pago sit, et quos duos vicinos proximos habeat.*

(280) *Practica caussarum civilium. Capite 7. Rúbrica De les causes de demandes hypothecaries: I ab tots extrems se forma la escriptura de la demanda hypothecaria, y es concluheix en esta forma: que sia manat lo posseidor de la tal cossa en haver de deixar vacua y expedita la possessio de aquella, una cum fructibus perceptis percipiendis, et qui percipi potuerunt, adjudicantli la tal cossa al crehedor jure pignoris asta que estiga satisfet y pagat lo crehedor de son credit, y al peu de esta demanda, si es de menor summa, es fa la provicio, intimetur ad tertiam et ad dicendum cur requisitis locus non sit.*

al demandado (281), al que se le concedían cinco días para interponer las oportunas excepciones dilatorias (282).

[Período probatorio] Si una vez transcurrido el plazo para presentar las excepciones, éstas se desestimaban o no se oponían, se abría el período probatorio, en el que el actor debía justificar su demanda, ya sea mediante la presentación de testimonios o documentos fidedignos, y el tercer poseedor dar respuestas a los mismos (283).

[Sentencia] Terminada la práctica de la prueba, y registradas por escrito todas las actuaciones judiciales, y no siendo solicitadas nuevas acciones, el magistrado dictaba sentencia, la cual podía contener la absolución del demandado –si se entendía que la demanda no estaba justificada– o su condena. Ésta, a tenor de la documentación estudiada, solía ser clara y precisa: intimando al tercer poseedor a

(281) *Practica caussarum civilium. Capite 7. Rúbrica De les causses de demandes hypothecaries: Si la demanda es de major summa de 5000 lliures es fa la provicio de intimetur ad quintam copia franca concessa, et successive ad dicendum cur requisitis locum non sit, y en eixecucio de esta provicio, quant se li notifica la escriptura de demanda al reo, se li deixa, per medi del porter, una copia ab la paga del escriba, y feta esta deligencia te sinch dies de temps pera deliverar, an cedere vel contendere liceat.*

(282) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 120, núm. 6: *In Regia autem Audientia Valentina, et in aliis tribunalis Valentiae de stylo haec servatur distinctio, aut in libello petitur summa, seu res valoris quinque mille solidorum monetae Valentinae, et tunc expensis actoris datur copia libelli reo, quae Copia franca dicitur, et fertur interloquutoria, concedendo reo dilationem quinque dierum ad opponendas exceptiones dilatorias.*

(283) *Practica caussarum civilium. Capite 7. Rúbrica De les causses de demandes hypothecaries: Passats los sinch dies del intimetur ad quintam, o els tres del intimetur ad tertiam se entra en la averiguacio y justificacio de la demanda, presentant los actes justificatius de aquella y posant una escriptura de capitols pera provar la idemptitat y demes capitols que convinguen, si ve, es veritat, que en la mateixa demanda es pot y se acostuma articular los capitols pera donar los testimonis, y, entonces, si es fa de este modo, diu la provicio: intimetur ad quintam copia franca conssesta, et successive recipiantur testes. A vegades, tambe, a mes dels testimonis es solen demanar respostes al reo, et super negatis testimonis, y entonces diu la provicio: intimetur ad quintam copia franca concessa, et successive exigantur respontiones, et super negatis, recipiantur testes.*

dejar vacua y expedita la posesión (284), así como la restitución de los frutos percibidos (285).

[Ejecución de la sentencia] Finalmente, una vez que la sentencia era firme, el demandante solicitaba al magistrado, por medio de la *actio iudicati*, que procediera a su ejecución. El juez, después de intimar tres requerimientos, hacía efectiva la misma enviando a un suboficial de la Curia y a un notario para que procedieran al desalojo de la posesión (286). Producido éste, el acreedor podía o bien ac-

(284) *Practica caussarum civilium. Capite 7. Rúbrica De les causes de demandes hypothecaries: Despues de possada la demanda, y demanat que es reben los testimonis, es fan les commicions y aparellament pera que correguen les dilacions, aixi en materia principal com en materia impugnaticia dels actes, y despues de correguda la dilacio se insta la provicio de publicentur testes y es publiquen y es cussen en proces los testimonis, y despues se fa la comminacio y aparellament pera que correga la dilacio en la materia objectiua dels testimonis, tot lo qual se fa en la forma que esta ya expresat antecedentment, y se acorda el proces super tota caussa, y recau sentencia, y si la demanda no esta justificada, diu la sentencia, no proceheix la dita demanda hypotecaria, y haver de ser repellida a limine iuditis, absolvent al reo convengut de la demanda; pero si esta justificada la dita demanda hypothecaria, condemnant al possehidor de la cossa en haver deixar vacua y expedita la possessio de aquella, adjudicantlay iure pignoris al actor, condemnant al possehidor, eo reo, en haver de restituhir los fruits en esta forma: que si per la primera instancia consta patentment de tots los extrems de la demanda, entonces la condemnacio de restitucio de fruits es fa a die mote litis, quia in rebus litigiosis fructus restituhendi sunt adie mote litis.*

(285) *Furs 3,13,3: E aquells qui posseexen cosa en què cuyden haver bona fe si meyns de pleyt volen restituir la cosa que posseexen, sien tenguts de restituir la cosa e tan solament los fruit, los quals en aquel temps trobarà hom que seran exits d'aquella cosa, aquels que no seran despeses. Encara aquels qui són posseïdors de bona fe sien tenguts, donada la sentència contra ells, de restituir la cosa e tots los fruits que.n seran exits de puyes que.l pleit fo començat; Furs 3,13,14: Si possidor d'alcun camp haurà laurat o sembrat, e puyes aquel camp serà vençut d'ell, ço és que altre.l li haurà tolt per dreet, sie tengut de restituhir aquel camp, ab ço que aquí serà sembrat, al demanador; ell retén emperò a aquel posseïdor totes les depeses que haurà feytes en aquel camp en laurar e en sembrar, si serà posseïdor de bona fe, car null cas no pot esdevenir qui embarch que ay tals despeses no dejen ésser restituïdes.*

(286) *Practica caussarum civilium. Capite 7. Rúbrica De les causes de demandes hypothecaries: Passada la sentencia en cossa jutjada, se li fa manament al reo que dins 5 dies ob tempere la sentencia, y passat este*

ceder al disfrute y completo reintegro de sus créditos –para lo cual se le concedía un plazo de treinta años, pasado éste *res perscribitur et irrevocabilis est* (287)–, o bien solicitar su venta, práctica, esta última, a la que, por ser más beneficiosa para el demandante, se acudía con mayor frecuencia (288):

FONTANELLA: *Et praeterea creditor ipse habet in sua facultate quomodo damno liberetur statim atque vult, cum possit pignus vendere...* (289).

Fijados los elementos constitutivos del procedimiento, observamos cómo la literatura jurídica recogió, en una pormenorizada casuística, el orden de prelación de créditos: como criterio general se reconoció la posibilidad de que el acreedor pudiera interponer la

manament in iudicatum se li fa altre manament: que dins 3 dies (ob tempore), dic alias providevitur. Y dempres, passat este in iudicatum, se li fa terçer manament: que dins 2 dies ob tempore alias sia possat en possessio dels bens, y passat estos tres manaments, y no deixant lo reo la cossa, es fa provicio que vacha un verguer o porter ab un notari, y trahuen de la possessio al reo y posson en aquella al actor, y ab tot effecte se eixecuta y es reb acte.

Pressa la possessio per lo actor, fructua la cossa, eo els loguers y arrendaments de aquella, asta que deduhits los carrechs de la tal cossa queda pagat lo crehedor, y entonces te accio lo reo, eo sos hereus, de demanar la tal cossa al actor, porque ya esta pagat de son credit, y cessa la causa, per la qual se li adjudica la cossa iure pignoris.

(287) *Practica Caussarum Civilium. Tractatus 2. De modo procedendi in causis civilibus. Rubrica Que particulariter observari devont in demanda hypothecaria.*

(288) *Practica caussarum civilium. Capite 7. Rubrica De les causes de demandes hypothecaries: Pero, pera escussar estes llargues de haver de estar cobrant de poch en poch lo credit, esperan los fruits, eo arrendaments, y ha un medi molt favorable al crehedor, y es practica en esta forma: que despues que el actor te pressa la possessio de la cosa que se li ha adjudicat iure pignoris fa instancia formiter, dient: que la tal cossa la te comprada per la recuperacio de son credit, y que los deutes tenen algunes prentes empenhades, no havent termini determinat pera la paga, sino que el credit lo deu encontinent; dehuen y tenen obligacio de quitar y luhir la tal prenda, alias fer venda de aquella, y que per ço requir sia manat al reo que dins deu dies quite la peñora, pagant realment y de contants lo deute, alias passat dit termini, y no fentho, es vena dita peñora per obs de esser feta paga al actor.*

(289) FONTANELLA, J. P., *Decisiones sacri regii senatus Cathaloniae, Decisio 208*, núm. 11.

acción hipotecaria contra cualquier poseedor que detentara el bien hipotecado, lo que le permitía ir, en primer término, contra el último adquirente de los bienes del deudor (290), o, asimismo, accionar únicamente contra alguno de los poseedores, y no contra el resto, al quedar la prenda obligada por entero a favor de cada uno de los poseedores (291).

Así mismo, se reconocía al acreedor con un derecho preferente y privilegiado la posibilidad de revocar el pago realizado a un acreedor posterior y con un menor privilegio (292); a excepción hecha

(290) MERLINUS, M., *De pignoribus, Quaestio 59*, núm. 1: *Hypothecaria potest insolidum experiri contra quemlibet possessorem*; núm. 2: *Creditor potest eligere in ista actione quam velit rem*. Vid. D. 20,5,8: *Creditoris arbitrio permittitur ex pignoribus sibi obligatis, quibus vellit distractis ad suum commodum pervenire*.

(291) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum, Pars 2*, Cap. 11, núm. 5: *haec enim virtus est, et efficacia hyupothecae, cujus jus cum sit individuum*; núm. 6: *Et quod jus hypothecatae sint individuum, licet res hypothecatae sint dividuae*. SÁNCHEZ DE MELO, L., *De inducis, Quaestio 8*, núm. 14: *unde cum hyppoteca ius sit individuum competatque in solidum pro minima parte debiti... Consequitur quod respecto possessorum rerum hyppothecarum, non poterit obiici creditori exceptio maioris partis remittentis portionem debiti, quia mutatione personae mutatur quilas privilegii*; CENCIUS, L., *Tractatus de censibus, Quaestio 98*, núm. 31: *Et poterit creditor hypothecaria agens, unum tantum ex tertiis possessoribus bonorum, quem elegerit, pro toto credito convenire, et alios possessores omittere, vel dimittire, quia jus hypothecae est individuum, et qualibet res ex hypothecariis dicitur insolidum obligata pro satisfactione crediti... Nam hypothecae obligatio non admittit divisibilitatem, sed tota hypotheca est in tota re, et omnibus bonis, et tota in qualibet re, et in qualibet rei parte, et quaelibet obligationis pars in tota re, sicuti de servitutibus realibus dicitur, quod omnes reperiuntur in toto fundo, et in qualibet fuind parte... Unde si aliqua pars debiti soluta fueri, nihilominus pro residuo etiam minimo, omnia bona remanent obligata, et hypothecata... Et ex ipsa juris ratione, pro credito minimo hypothecatario, poterit hypothecaria intentari contra tertium possessorem bonorum, etiam si multo majorem aestimationem habeant bona, quam creditum*.

(292) SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum, Pars 1*, Cap. 10, núm. 75: *Ultimo, ut creditor anterior, et magis privilegiatus avocare possit pecuniam, creditori posteriori, et minus privilegiato solutam, debet excussionem facere in bonis debitoris, nam ad avocandam pecuniam non datur actio, nisi excussis bonis communis debitoris*; FONTANELLA, J. P., *Tractatus de pactis nuptialibus*, Claus. 5, glossa 8, par. 8, 66 et seq.: *Secunda est, quia hujusmodi quantitates, quae ex his bonis per Curiam venditis, creditoribus*

del pago realizado, extrajudicialmente y sin caución, a un acreedor posterior por el deudor de buena fe –*et sine fraude* (293).

Dentro de esta dinámica, al reo que tuviera créditos sobre los bienes hipotecados se le permitía su retención hasta que éstos estuvieran satisfechos (294).

Un último supuesto despierta gran interés en la doctrina –muy probablemente, por concebirse al margen de la línea argumental esgrimida–, y es el que hacía referencia a la venta por la Curia de los bienes hipotecados. Así, se nos informa de que cuando los bienes hipotecados fueran vendidos por la Corte de Justicia, no podía intentar el acreedor hipotecario, aunque poseyera un crédito preferente y más privilegiado que el acreedor que percibió el precio de los bienes vendidos por la Curia, interponer una demanda hipotecaria contra

suo debito tempore appositis, in exequutione procedunt, nunquam tradi jubentur, nisi praestita cautione, ut creditoribus anterioribus, vel potioribus postea comparentibus, bonis communis debitoris discussis, debeant illas restituere.

(293) CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 2, Observatio 58*, núm. 87: ... *Prima, quia licet Jure communi dubia sit Quaestio, an creditor anterior possit avocare pecuniam solutam posteriori... apud nos tamen decisa est in Foro finali de solutionibus, in quo disponitur, non posse avocari, si bona fide a debitore creditori posteriori, et sine fraude soluta est extra judicium. Si vero judicis mandato, semper poteri avocar. Et consequenter quoad substantiam nullum recipit creditor anterior, vel potior in hac distributione ante excussionem praejudicium, cum quoties illam legitime consummaverit, habet contra posteriorem actionem et illaesus conservatur.*

(294) *Practica caussarum civilium. Capite 7. Rubrica De les causses de demandes hypothecaries: Tambe sol succehir que el reo te algun credit contra la mateixa cossa que posseheyx, y, entonces, en virtud de tal credit, allega y es demana que es declare competirli retencio de la tal cossa fins que estiga pagat del dit son credit, y si subsistix lo dit credit se li concedeix la retencio, y es queda en la cossa lo reo. Se ha de advertir que quant lo reo convengut te credit contra la cossa, en cara que la hypoteca sia general y no especial, pot allegar la retencio, en cara que no hatja fet discussos los bens del deutor, perque si ve es veritat, com queda dit, per raho de hypoteca general no es pot anar contra tercers possehidors de bens sitis sens presehir discussio, empero aço, prosseheix a soles quant se intenta la accio y es demana la cossa, y no quant lo mateix convengut la posseheix, allega la excepcio de detencio, pues en este cas no es menester discucio, perque la discucio sols es pera intentar la accio, pues esta es mes privilegiada per la accio.*

los terceros poseedores de estos bienes (295), porque, por la venta, se extinguían las hipotecas de los bienes, quedando el precio en el depósito judicial (296). Únicamente le quedaba al acreedor preferente y privilegiado que hubiera realizado previamente la *excussio* de los bienes del deudor, la posibilidad de interponer una instancia

(295) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 67: *Tu tamen cave a simili remedio intendendo quantumvis juridico, nam si deficiente debitore, at illius haerede in bonis mobilibus, et redditu Curia vacuis manibus, vulgo, en blanch, potest creditor offerre Curiae bona debitoris immobilia, ut vendantur pro satisfactione sui crediti...; et inutile remedium erit hypothecariam intendere, contra ipsum debitorem, vel illius haereditatem, quia obtenta possessione rei, pignoris jure post longam litem, et judicio hypothecariae finito, nunquam utile est creditori, ut ex fructibus hypothecae, ei solvatur creditum, sed semper in praxi solet juberi debitori, quod luat pignus infra decem, alias vendatur, et venditur judicialiter pro crediti... Ergo si absque molestia litis hypothecariae potest creditor oblatione facta consequi, quod bona vendantur pro satisfactione sui crediti, inutile, et fastidiosum erit actionem hypothecariam hoc in casu intendere, cum per eam nihil aliud utile creditor consequatur, quam ut deveniatur ad bonorum venditionem pro satisfactione sui crediti*; LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 1, núm. 27: *Fori, sivi leges Regni allegantur, quibus est dispositum per venditionem curiae tolli ius hypothecae*; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 12, Tít. 3, núm. 15: *Secundum effectum est, quod bonis mobilibus non repertis poterit iudex transire ad distractionem bonorum immobilium Curiae offerendorum per ipsum actorem*; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, Pars 1, *Observatio* 13, núm. 14: *Sed quia vel ex renuntiatione privilegii horum bonorum, quae in instrumentis guarentigiis apud nos solemniter est vel quia alia desunt, frequens est in omnibus mobilibus intra domum propriam exequutio, quia prius illa, quam soli bona distrahenda sunt*.

(296) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 70, núm. 8: *Et dicta hypotheca, quae tollitur ex re per Curiam vendita remanet in pretio, sive in pecunia, quae hoc casu censetur hypothecata, et succedit loco rei*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 73: *Si autem res hypothecata, subhasta, et judicialiter per Curiam vendatur, extinguuntur hypothecae generales, et deposito facto ab emptore precii, resolvuntur hypothecae, et a re hypothecata transmituntur in depositum pecuniae judicialiter factum, liberaturque a res a quolibet pignoris nexu... Et quod hypothecae generales per Curiae venditionem extinguuntur, et in deposito precii remaneant... Et cum res vendita judicialiter, ab hypothecis generalibus liberatur, non poterit tertius possessor talis rei, hypothecaria actione conveniri, et si de facto conveniatur, declarabitur non esse locum hypothecariae, prout vidi declaratum in Senatu*.

contra el acreedor que percibió el precio de la venta judicial, y contra sus fiadores, para que éstos restituyesen el precio en el depósito judicial (297). Criterio que se exceptuaba con relación a las hipotecas de los censos, en las que el acreedor preferente y privilegiado podía convenir *–pro censu–* al comprador judicial, e, incluso, llegar a impedir su venta (298).

III. LA CESIÓN DE BIENES

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Frente al estancamiento económico del período alto-medieval, en los primeros siglos de la Baja Edad Media asistimos a una paulatina transformación en las esferas jurídico-económicas, que desembocó en un desarrollo gradual de las ciudades y del comercio, así como en la recepción del *ius commune* en el ámbito jurídico, factores coadyuvantes a la génesis de instituciones como la *cessio bonorum* (299).

(297) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 74: *Sed quamvis in casu nequeat creditor hypothecariam actionem intentare pro suo credito contra curiae emptorem, ut diximus, etiam pro credito anteriore, et magis privilegiato, quam illud pro quo res judicialiter distracta fuit, tamen quia hypothecae in precio rei judicialiter distractae remanent, poterit creditor anterior hypothecarius, et magis privilegiatus, agere contra creditorem posteriorem ad hoc ut restituat ad depositum judiciale precium rei, et eandem actionem poterit intentare contra fidejussores, quos creditor dedit judicialiter, pro sequendo precio judicialis venditionis, et sicut absque excussione praevia, non intentatur legitime hypothecaria actio, ut abunde diximus, neque poterit hujusmodi actio moveri, nisi excussione facta in bonis principalis debitoris, et fidejussorum.*

(298) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 176, núm. 48: *Venditio curiae non tollit ius domini censualis*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 56, núm. 73: *Aliter erit respectu specialis hypothecae census, nam per cuaria venditionem non tollitur in Regno specialis hypotheca census in re vendita imposita, imo poterit emptor curiae, aut alius possessor rei specialiter hypothecatae conveniri pro censu, quia in Regno dominus census fit quasi directus dominus illius rei super qua census specialiter imponitur.*

(299) Véase en este sentido, TOMÁS Y VALIENTE, F., "La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés". *AHDE*, 30 (1960), p. 371; ALEJANDRE, J. A., *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación*. Se-

El esquema conforme se ha estructurado la institución objeto del presente estudio no difiere, en sus líneas generales, en la mayoría de los Ordenamientos hispano-medievales (300) o en el Derecho estatutario (301), al reconocer, como la propia doctrina nos informa, que la *cessio bonorum* hundía sus raíces en los antiguos precedentes romanos, por lo que se hace necesario advertir que es en la *Lex Romana* donde cabe buscar los indicios que nos permiten reconstruir su naturaleza y significado (302).

villa, 1970, p. 27; ZAMBRANA MORAL, P., *Iniciación histórica al Derecho concursal. Planteamientos institucionales*. Málaga. 2001, p. 69.

(300) Ámbitos que han sido estudiados con rigurosidad por TOMÁS Y VALIENTE, F., "La prisión por deudas", ob. cit.; ALEJANDRE, J. A., *La quiebra*; ob. cit.; MADURELL I MARIMON, J. M., "Quiebras en la vida mercantil catalana". AHDE, XXXIX (1969); ZAMBRANA MORAL, P., *Iniciación histórica al Derecho concursal*, ob. cit.; *Derecho concursal histórico. I. Trabajos de investigación*. Barcelona, 2001. La ausencia del ordenamiento valenciano en estos trabajos nos permite legitimar la presente investigación en el intento por completar el panorama histórico-jurídico.

(301) Véase, en este sentido, PERTILE, A., *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla Codificazione*. Vol. VI, part. II, pp. 392-409; NANI, C., *Storia del diritto privato italiano*. Torino, 1902. Reed. Anast., Milano, 1972, pp. 457-463.

(302) Con relación al Derecho romano, puede verse, entre otros estudios, SERAFINI, E., "Intorno al fr. 8 de cessione bonorum XLII, 3. Breve nota". *Studi giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di Filippo Serafini*. Firenze, 1892, pp. 435-439; BIONDI, B., "Cessio bonorum". *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 3. Torino, 1959, pp. 137-138; LONGO, G., "Lex Iulia de cessione bonorum". *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 9. Torino, 1963, p. 810; BISCARDI, A., "La ley Poetelia Papiria y la transfiguración del concepto primordial de obligatio". *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*. Madrid, 1990. II, pp. 1-17; SOSTIGA, S., *La cesión de bienes*. Barcelona, 1961; GUIFFRÉ, V., "La c. d. «lex Julia» de bonis cedendis". *Labeo*, 18 (1972), pp. 173-191; "Sulla cessio bonorum ex decreto Caesaris". *Labeo*, 30 (1984), pp. 90-93; "Sull'origine della bonorum venditio come esecuzione patrimoniale". *Labeo*, 39 (1993), pp. 317-364; PAKTER, W., "The mystery of cessio bonorum". *Index*, 22 (1994), pp. 323-342; SOZA RIED, M. de los A., "El procedimiento concursal del Derecho romano clásico y algunas de sus repercusiones en el actual derecho de quiebras". REHJ, 20 (1998).

En este sentido son explícitas las palabras de la doctrina tardo-medieval, al recordar que el origen remoto de la institución cabe hallarlo en una ley de las XII Tablas (303), en la que se permitía la ejecución personal del deudor insolvente *-nexus-* por su acreedor, siendo sus efectos moderados, posteriormente, por una *lex -lex*

(303) T. 3, 1: *AERIS CONFESSI REUSQUE IURE IUDICATIS XXX DIES IUSTI SUNTO. 2. POST DEINDE MANUS INIECTIO ESTO. IN IUS DUCITO. 3. NI IUDICATUM FACIT AUT QUIS ENDO EO IN IURE VINDICIT, SECUM DUCITO VINCITO AUT NERVO AUT COMPEDIBUS XV PONDO, NE MINORE, AUT SI VOLET MAIORE VINCITO. 4. SI VOLET SUO VIVITO. NI SUO VIVIT, QUI EUM VINCTUM HABEBIT, LIBRAS FARIS ENDO DIES DATO. SI VOLET, PLUS DATO. 5. Erat autem ius interea paciscendi ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praedicabatur. Tertiis autem nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant. 6. TERTIIS NUNDINIS PARTIS SECANTO. SI PLUS MINUSVE SECUERUNT, SE FRAUDE ESTO.* En torno a la crueldad de la ley, AULO GELIO, *Noctes Atticae*, XX,1: *Nam de inmanitate illa secandi partendiue humani corporis, si unus ob pecuniam debitam iudicatus additusque sit pluribus, non libet meminisse et piget dicere. Quid enim videri potest efferatius, quid ab hominis ingenio diversius, quam quod membra et artus inopis debitoris acerbissimo laniatu distrahebantur, sicuti nunc bona venum distrahuntur?* La propia doctrina castellana recoge su origen remoto. En este sentido, MATIENZO, J., *Commentaria... in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*. Mantua Carpetanae, 1597. Ley 4, Glos. 2, núm. 3, afirma: *Cessionis bonorum forma antiquissima*; COVARRUBIAS DE LEYVA, D., *Opera omnia*. Lugduni, 1574. Lib. 2, Cap. 1, núm. 1: *Legibus duodecim Tabularum adversus aeris alieni debitorem institutum est, ut creditori jure privato liceatprehendere, ac in vinculis debitorem habere post rem ipsam jure judicatum*; FARIA, I. DE, *Additiones, observationes et notae ad libros variarum resolutionum illustrissimi ac reverendissimi D. Didaci Covarrubias a Leiva*. Coloniae Allobrogum, 1728. Lib. 2, Cap. 1, núm. 1: *Ante legem duodecim tabularum, debitores cum solvendo non erant, suis creditoribus addicebantur; apud quos, vincti, fame, verberibus, aliisque cruciatuum generibus immane opprimebantur, quem miserandum statum evadere nullo unquam tempore valebant, nisi eorundem creditorum liberalitate, aut alterius pecunia eximerentur...* No obstante, como señala SÁNCHEZ DE MELO, L., *Tractatus de iudiciis debitorum*, Quaestio 2, núm. 1: *Cessio bonorum non fuit agnita iure duodecim tabularum*.

Poetelia Papiria (304) et *lex Iulia* (305)– en la que “sólo se podía retener en la cárcel a los deudores pobres. Y para liberar a los perjudicados deudores de las molestias de la cárcel, los indulgentes emperadores procuraron establecer el asilo de la cesión de bienes, de modo que los deudores, cautivos y encarcelados, fueran liberados de la mala y cruel estancia de la cárcel. De donde el infeliz deudor perjudicado era liberado, por el beneficio de la cesión de bienes, incluso, si expresamente estaba obligado a la cárcel” (306).

(304) VARRON, *De lingua Latina* 7,105: *liber qui suas operas in servitudinem pro pecunia quam debet dat, dum solveret, nexus vocatu aere obaeratus*. Dentro de la doctrina castellana, SUÁREZ DE PAZ, G., *Praxis ecclesiastica, et saecularis, in qua Acta processuum omnium utriusque Fori causarum cum actionum formulis sermone hispano composita, et ad hodiernum stylum accommodata traduntur, et ordinantur*. Matriti, 1770. Tomo I, IV Pars, Cap. V, núm. 1: *Lege Poetilia sublata fuit lex XII Tabularum, qua fuit cautum, ne quis ob pecuniam creditam in vinculis detineretur, sed ejus bona, non corpus essent obnoxia debito, et creditori, ut refert Titus Livius Decad. I. lib. 8. 2. et inde Imperatores decreverunt, ne debitores liberi darentur in servitium, aut pignus creditoribus*; ZAPATA, F. A., *Praxis ecclesiasticae et secularis, cum actionum formulis, et actis processum hispano sermone compositis*. Salmanticae, 1586. Tom. III, Cap. 5, núm. 1.

(305) Gai., 3,78: *Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum: vivorum veluti eorum, qui fraudationis causa latinant nec absentes defenduntur; item eorum, qui ex lege Iulia bonis cedunt; item iudiciorum post tempus quod eis partim lege XII tabularum partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur; C. 7,71,4 –Legis Iuliae de bonis cedendis beneficium–; C. Th. 4,20,1 –Qui bonis ex lege Iulia cedere possunt–*. PÉREZ, A., *Praelectiones in duodecim libros Codicis Justiniani Imp. Antuerpiae*. 1720. Tom. 2. Tít. 71, núm. 1: *Non solum per appellationem condemnato subvenitur, sed et per cessionem, quae causa est, cur post appellationem de ea agatur; ad cujus cognitionem sciendum est, moris olim fuisse, ut debitores qui non existerent solvendo, in vincula conjicerentur, addicerenturque creditoribus, quo usque aere alieno se liberassent... Postea temporis progressu coeptum est cum illis mitius agi, et lege Julia cautum, ut inopes debitores bonis suis cedendo possint evadere carceris molestias, aliasque creditorum vexationes, l. 1 et 4 h. t. his tamen creditoribus permissum non est sua auctoritate dividere haec bona, et jure dominii detinere, sed venditionis remedio, quatenus substantia patitur, indemnitati sua consulere*.

(306) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae forensis valentinae, romanorum juri mirifice accommodatae*. Valentiae, 1762. Tomus Secundus. Pars 1, Cap. 46, núms. 2 y 5: *Antiquo enim jure, debitores non solvendo, in vincula conjiciebantur, et creditoribus adjiciebantur, ut illos venderent, aut interficerent, et dividerent inter se corpora eorum juxta mensuram debiti,*

No obstante, en los reinos hispánicos, en la provincia de Florencia, así como en otros reinos, los deudores pobres que no habían realizado sus pagos eran entregados a sus acreedores para servirles, y, así, con el sudor de su trabajo y el de su servicio, poder hacer frente a los créditos. Práctica que, si bien la doctrina repudiaba, fue observada en tiempos de los hebreos (307) y, posteriormente, extendida, conforme al Derecho común, a las leyes y estatutos hispánicos (308).

Aulus Gellius, noctium aticar. Libro 20. Cap. 1... Quintilianus, Lib. 3. Cap. 8 ... Tertulianus, in apologetic. Cap. 4... haec inhumanitas potius ad terrorem, quam ut exequeretur, statuta fuit... nec legitur devenisse nunquam ad executionem acerbitalis praedictae. Acerbitas illa legis duodecim tabularum, temperata fuit lege postea aedita, qua solum permissum fuit detinere in carceribus egenos debitores. Et ut a molestia carceris liberarentur oberati creditores, mitissimi Imperatores procurarunt assillum cessionis bonorum statuere, ad hoc, ut debitores vincti, et carcerati, liberarentur a carceris mala mantione, et crudeli. Unde infelix debitor oberatus, per beneficium cessionis bonorum, a carcere liberabitur, etiam si expresse se obligaverit ad carcerem.

(307) SÁNCHEZ DE MELO, L., *Tractatus de induciis debitorum*, Quaestio 2, núm. 6.

(308) En este sentido, COVARRUBIAS DE LEYVA, D., *Opera omnia*, Lib. 2, Cap. 1, núm. 5: *opportune vero circa materiam istam cessionis bonorum erunt aliquod praenotanda, et primum quid Regiae constitutiones post vetera Partitarum jura statuerint, siquidem olim debitor non habens bona, unde creditoribus aes alienum solveret, tradebatur creditoribus ipsis ut eis sevirer, donec debitum ex servitio arbitrio iudicis compensatione quadam solutum foret*; FARIA, I. DE, *Additiones*, Lib. 2, Cap. 1, núm. 8: *post eam constitutionem, etsi debitores servire non cogerentur, carecere inclodi*; MATIENZO, J., *Commentaria*, Lex 4, glos. 2, núms. 8-10: *De iure vero Regio solum, ita cessio fieri solebat, quod debitor tradebatur creditoribus, ut eis inserviret, donec debitum solutum esset ex servitio seu operis arbitrio iudicis moderandis, et taxandis...*, deinde *Pragmaticis constitutionibus statutum fuit, quod debitor, in carcerem missus, detineretur, quosque bonis cederet, et catenae renuntiaret, et tunc creditori traderetur in eius servitium; cuius aestimatio, loco solutionis habetur, et tunc debitor debet ferre torque ferreum, et antiquiori creditori tradi cum torque ipso ferreo, quem portare debet in collo, donec servitii, et operarum aestimatione, se liberet a debito... Et si prior creditor, cui fuerit traditus ad serviendum, noluerit eum incedere cum torque ferreo, alteri sequenti in ordine traditur*; GÓMEZ, A., *Ad leges tauri*, Lege 79, núm. 2: *Hodie tamen in nostro regno non prodest nec sufficit ista cessio debitori, sed praecise tenetur solvere et in solidum, alias potest incarcerationi, et debet detineri in carcere donec, solvat, vel serviat creditori in recompensam debiti*; SÁNCHEZ

Una vez delimitado el origen de la institución, la literatura jurídica, siguiendo las directrices y la *relectio* que la doctrina estatutaria realizó de las fuentes romanas, estructuró la figura atendiendo, entre otros aspectos, a su concepto, naturaleza jurídica, requisitos, efectos y ámbito de aplicación.

2. CONCEPTO

Con relación al concepto, doctrina y los distintos Ordenamientos forales, haciéndose eco de la tradición textual del *Codex* (309) y de su repercusión en la doctrina del *ius commune* (310), señalaban que la cesión de los bienes era un beneficio miserable, concedido a los perjudicados deudores (311) para evitar las molestias de la cárcel (312), o, en palabras de IRANZO, un beneficio o remedio miserable y deplorable concedido a los deudores para evitar la prisión (313):

DE MELO, L., *Tractatus de induciis debitorum, Quaestio 2*, núm. 5: *et Hispano more crudelis solerent vexari cedentes bonis...*

(309) C. 7,71,1: *Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati. In eo enim tantum hoc beneficium eis prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem.*

(310) BRUNO, M., *Tractatus de cessione bonorum, Quaestio 1*, núm. 1: *Cessio bonorum est beneficium, sive remedium miserabile flebile debitori pro carceribus evitandis concessum... Et dicitur etiam cessio iniuriosa et terribilis.*

(311) La posibilidad de que pueda acceder a la misma cualquier deudor la hallamos ya en C. 7,71,7; D. 42,1,51 o en Partidas 5,15,1.

(312) LISSA Y GUEVARA, G. C. DE, *Tyrocinium iurisprudentiae forensis, seu animadversiones theорico-practicae justa foros Aragonum, in IV libros Institutionum juris Imperatoris Justinianum*. CaesarAgustae, 1703. Lib. 4, Tít. 7: *... nam cessione facta etiam si reus pro debito Civili captus sita a carcere liberatur, et non valet conveniri ultra quod facere potest*; CÁNCER, J., *Variarum, Pars 2*, Cap. 9, núm. 47: *... subsidium miserorum, non autem praesidium dolorosum... Cessio bonorum, est beneficium miserabile, debitoribus oberatis concessum ad effugiendas carceris molestias.*

(313) IRANZO, J. J., *Praxis protestationum*. Valentiae, 1667. Cap. 60, núm. 31: *Cessio bonorum est beneficium, sive remedium miserabile, et flebile debitoribus pro carceribus evitandis concessum*; TARRAZA, G., *Compendium sive epithome theорicae artis notariae*. Valentiae, 1646. Cap. 25, *De beneficio cessionis bonorum: Hoc beneficium cessionis bonorum appellatur regutium miserorum, quia eo gaudere conantur, qui mole creditorum*

Senatus sententia publicata per Ioannem Daza, die 22 Maii 1625, inter Blas Casal et Martinum Piquer, contra Domum Professam Societatis Jeus.

... maxime in hac materia odiosa et stricte intelligenda... (314).

Senatus sententia publicata per Ioannem Daza, die 20 Decembris 1612, inter Franciscum Porta, et suos creditores.

... quae nullo modo excludunt miserabile beneficium cessionis bonorum... (315).

3. NATURALEZA JURÍDICA

En torno a su naturaleza jurídica, cabe plantearnos si nos hallamos ante una *datio pro solutio* o ante una *datio pro solvendo*, en el sentido de que únicamente se extinguía la deuda hasta donde alcanzaba el importe de los bienes recibidos, quedando, así, la obligación subsistente con relación al resto de la deuda.

A nuestro juicio, a tenor de las fuentes legales, de la doctrina del *mos italicus* tardío y de la praxis jurídica (316), cabe entender que no nos hallamos ante una dación en pago, en cuanto que el acreedor no accedía a percibir una prestación distinta a la cuantía de la obligación debida –*aliud pro alio*–, sino ante una *datio pro solvendo*, toda vez que, si el crédito no se extinguía en su totalidad, el deudor continuaba siéndolo del adjudicatario en relación con la parte del

gravati, et opressi non habent unde creditoribus suis satisfaciunt, et sic illis bona sua cedunt, offerunt, et ex ponnut. Et haec principaliter faciunt, ne incarcerentur, vel excommunicentur. Criterio que se hará extensible dentro de la doctrina hispánica. Vid. CÁNCER, J., *Variarum, Pars 2*, Cap. 9, núm. 1: *Beneficium Cessionis bonorum, quod miserabile, et calamitosum dixit Iustinianus*; BRUNO, M., *Tractatus de cessione bonorum, Quaestio 7*, núm. 1: *Beneficium cessionis est miserabile, et subsidiarium auxilium inventarium, ut quis carceres evitare possit.*

(314) A. R. V. Sentencias de la Real Audiencia. Signatura 3725. Caja 238.

(315) A. R. V. Sentencias de la Real Audiencia. Signatura 1267. Caja 223.

(316) Vid. CARPINTERO, F., “*Mos italicus, mos gallicus* y el humanismo racionalista. Una contribución a la metodología jurídica”. *Ius commune*, 6 (1977), pp. 108-171; PACHECO CABALLERO, F., “Los juristas catalanes y la *opinio doctorum* (notas)”. *AHDE*, 67 (1997), pp. 295-307; BARRIENTOS GRANDÓN, J., “*Mos italicus* y praxis judicial indiana”. *Ius fugit*, 5-6 (1996-1997), pp. 357-428.

crédito que no había sido satisfecho con la cesión de los bienes entregados al acreedor (317).

Así, en la rúbrica *Qui bonis cedere possunt* de los Furs de Valencia, cuando se sostiene que “los deudores que renuncian a todos sus bienes y los ceden por temor a sus acreedores, no por eso quedan absueltos y liberados de las obligaciones de aquellas deudas, a no ser que los acreedores sean liquidados de aquellas cosas de los deudores”, se está reconociendo el carácter *pro solvendo* de la *cessio bonorum*, dado que no se transfiere el dominio de los bienes al cesionario, sino únicamente la posesión para su posterior venta, lo que determinaba que no se extinguiera *ipso iure* la obligación (318).

En análogo sentido, la jurisprudencia fue explícita al resaltar el carácter no liberatorio de la cesión, al entender que con la *cessio*

(317) En este sentido, FONTANELLA, J. P., *Decisiones, Decisio 167*, núm. 1: *Dicebat igitur quod haec cessio solum importabat mandatum simplex de exigendo: quia non erat in solutum datio, nec venditio, nec delegatio, sed sola cessio facta ad commodum cedentis creditori, cedendo ei sua iura de exigendum quantitatem cessam, ut de ea sibi satisfaceret in suo credito, quae propterea non habeatur loco solutionis, neque satisfactionis, sicut si vel venditio, vel in solutum datio, vel delegatio fuisset.*

(318) En análogo sentido se manifiesta la doctrina del *mos italicus*. CÁNCER, J., *Variarum resolutionum. Pars 2, Cap. 9*, núm. 54: *Conclusum fuit quod sic, eo quod cedens bonis non definit esse suorum bonorum dominus ante illorum distractionem*; PÉREZ, A., *Praelectiones in duodecim libros Codicis Justiniani Imp. Antuerpiae. 1720. Tom. 2. Tít. 71*, núm. 15: *Ex his patet per cessionem non liberari cedentem a debito excurrente, sive inspicias jus civile, sive naturale, neque enim ille effectus ullibi invenitur attributus cessionem ut liberet a civili obligatione, ut aliqui sentium, cum debeat sufficere debitori liberatio a metu carceris, et quod in posterum non possit in plus conveniri quam facere potest. Quod si enim ut isti volunt, admitteremus, cedentem liberari ab obligatione civili, sequeretur ipsum postea ditiozem factum nullo modo conveniri posse, quia actio semel extincta reviviscere non potest, nec liberatus conveniri ex sola naturali obligatione: Igitur manet, quod cessio non tollat obligationem, sed solum moderetur et suspendat actionem, executionem vel sententiae, potissimum cum beneficium a lege concessum intelligatur absque alterius jactura, alioqui debitor perveniens ad prosperam fortunam fieret ditior, contra legem naturae, cum alterius damno*; COVARRUBIAS DE LEYVA, D., *Opera omnia*, Lib. 2, Cap. 1, núm. 6: *Nam et illud verum est, per cessionem bonorum non tolli nec naturalem, nec civilem obligationem, sed tantum exceptionem competere.*

bonorum no se extinguía la obligación, la deuda (319), hasta que el acreedor no hubiera recibido la totalidad del crédito, motivo por el cual, en el ámbito estatutario (320), se exigía del cedente que prestase una garantía de pago para cuando deviniera a mejor fortuna (321).

Menor controversia doctrinal planteó el carácter personal e irrenunciable del beneficio de la cesión de bienes (322), lo que impedía

(319) D. 42,3,4: *Is, qui bonis cessit, si quid postea adquisierit in quantum facere potest, convenitur*; C. 7,71,1: *Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati. In eo enim tantum hoc beneficium eis prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem*. IRANZO, J. J., *Praxis protestationum*. Cap. 60, núm. 37; núm. 33: *quia per cessionem bonorum non liberatur debitor... Cessio igitur bonorum differt solutionem, donec debitor ad pinguorem fortunam venerit, quare per eam non extinguuntur debita*; núm. 34: *Cedens itaque bonis debet praestare cautionem iuratoriam (cum in eo statu aliam praestare non possit) de solvendo aere alieno dum fortuna redierit*.

(320) CÁNCER, J., *Variarum resolutionum*. Pars 2, Cap. 9, núm. 24: *Praeterea debet praestare cautionem de solvendo si contigerit eum ad pinguorem fortunam devenire*; núm. 25: *Quae cautio est iuratoria*; COVARRUBIAS DE LEYVA, D., *Opera omnia*, Lib. 2, Cap. 1, núm. 6: *Praestabit item cedens cautionem de solvendo aere alieno, cum ad pinguorem fortunam pervenerit: cautionem, inquam, iuratoriam, cum eo in statu aliam dare non valeat*; MATIENZO, J., *Commentaria*, Lex 4, glos. 2, núm. 10: *Caeterum is qui cessit bonis, cautionem iuratoriam praestare tenebitur de solvendo aere alieno, cum ad pinguorem fortunam devenerit*.

(321) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núms. 9-10: *Bonorum cessio non extinguunt debita, sed solum differt illius solutionem, donec debitor ad pinguorem devenerit fortunam. Et hac de causa, debitor tenetur praestare cautionem de solvendo creditoribus, si ad pinguorem fortunam devenerit*; Cap. 56, núm. 16: *Sed non possumus omitere adversus doctrinam a nobis traditam illud quod solet dici, cessionem nempe solutionis vim habere, et cedentem liberati dando debitorem debentem, licet debitor solvendo non sit, nam cedens de veritate nominis cessi tenetur, non autem de ejus exigibilitate*.

(322) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 53: *Poterit debitor uti beneficio cessionis bonorum, etiam si in obligatione, aut in contractus instrumento renunciaverit cum juramento beneficio cessionis bonorum, nam et si aliqui voluerint debitorem posse renunciare beneficio cessionis bonorum. Tamen sententia verior, et magis recepta est, quod etiamsi debitor cum juramento cessionis bonorum beneficio renunciaverit, inutilis est renunciatio, et poterit debitor, non obstante renunciatio, uti beneficio cessionis bonorum, ut variis fundamentis*.

que pudiera salir de la persona del deudor (323), haciéndolo extensivo a los fiadores, al correo o al socio del cedente (324).

4. FINALIDAD Y EFECTOS

Con relación a la finalidad y a los efectos de la institución, las fuentes legales, doctrinales y jurisprudenciales reiteran que el fin último de la *cessio bonorum* es la de excluir al deudor de la ejecución personal, evitándole su encarcelamiento (325) o, en su defecto,

(323) SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*. Lugduni, 1672. Pars II, Cap. 30, núm. 37: ... *nihil prodest fidejussoribus seu aliis correis, quominus libere conveniri possint a creditoribus dimisso concursu, et ejus pendentia minime obstante, prout ad longum probavimus*; núm. 38: *Et in expresso, quod cessio bonorum facta per debitorem principale non profit fidejussoribus suis, nec eos liberat a obligatione*; CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *Opera omnia*. Lugduni, 1726-1728. Vol. 8, *De alimentis*. Cap. 37, 4, núm. 4; PÉREZ, A., *Praelectiones in duodecim libros Codicis Justiniani Imp.* Antuerpiae. 1720. Tom. 2. Tít. 71, núm. 16: *Effectus istae legalis cessionis tantum cedentibus debitoribus prodest, non etiam eorum fidejussoribus: quoniam beneficium istud legis, personale est, cui causam dedit debitorum inopia, quae non est eadem in fidejussoribus*; SUÁREZ DE PAZ, G., *Praxis*, Tom. 1, 4 Pars, núm. 16: *fidejussor etiam non liberabitur per hanc cessionem factam a debitore principali, nec gaudebit ejus beneficio, cum sit personale*; GÓMEZ, A., *Ad leges tauri*, *Legem* 79, núm. 2: *fidejussor tamen non liberatur per talem cessionem debitoris, nec gaudet beneficio ejus: quia est beneficium mere personale, quod non transit ad alium*; ZAPATA, F. A., *Praxis*, Tom. 1, 4 part., núm. 16.

(324) IRANZO, J. J., *Praxis protestationum*. Cap. 60, núm. 40: *Huiusmodi ergo cessionis beneficium personalissimum est, sicque non prodest fideiussoribus, qui aequae conveniri possunt, ac si debitor non cesisset bonis, quia fideiussores accipiuntur, ut si debitores non sint solvendo, ipsimet solvant*.

(325) SUÁREZ DE PAZ, G., *Praxis*, Tom. 1, 4 Pars, núm. 5: *In primis ad-vertes, hanc cessionem facere non posse, nisi eum, qui carcere fuerit detentus ad instantiam creditorum, vel saltem ad petitionem unius ex pluribus*; MATIENZO, J., *Commentaria*, *Lex* 4, glos. 2, núm. 12: *Et omnes conveniunt, quod cessionem bonorum debitor petere non potest, nisi in carcere detentus ad instantiam creditorum, vel saltem ad petitionem unius ex pluribus*; CÁNCER, J., *Variarum resolutionum*. Pars 2, Cap. 9, núm. 15: *Sicque ad hoc ut cessio bonorum non evitet carceres*.

liberándole de la prisión, de las molestias de los acreedores (326) y de la consiguiente nota de infamia (327).

No obstante, para alcanzar dicha finalidad, en los distintos Ordenamientos jurídicos (328) y en los postulados del *ius commune* se exigía la cesión íntegra de los bienes del deudor (329), ya fuesen muebles o inmuebles, derechos o acciones, pudiéndose únicamente reservar los instrumentos propios de su arte u oficio, así como los bienes para su sustento, los vestidos de uso cotidiano y demás necesidades que el juez pudiera estimar oportunas –*beneficium competentiae* (330).

(326) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 12: *Facta bonorum cessione, si debitor ad instantiam creditorum in carcere reperiatur debet a carcere liberari. Et si extra carcerem fuerit, in carcerem conjici non potest, neque amplius a creditoribus molestari.*

(327) CÁNCER, J., *Variarum resolutionum*. Pars 2, Cap. 9, núms. 8-15: *Unde non est dubitandum quod de jure communi, cedens bonis propter solam cessionem, non fit infamis. Solum quando cessio bonorum ignominiose fit, infamiam irrogat.*

(328) Partidas 5,15,1; *Costums de Tortosa* 7,8,1; *Furs* 7,9,3: ... *deducto victu et vestitu et suis neccessariis arbitrio iudicis*. Véase su precedente en D. 20,1,16; C. 5,12,19-20.

(329) PISTOIA, C. DE, *Lectura super Codice*. Ed. Istituto giuridico Bartolo da Sassoferrato. Il Cigno Galileo Galilei. Roma, 1998. Rúb. *De mandati*, l. *Per diversas*, núm. 1: *Cessio simulata vel calumniosa non valet, vera valet*; CÁNCER, J., *Variarum resolutionum*. Pars 2, Cap. 9, núm. 29: *In super ut cessio bonorum valeat, debet cedens omnia sua bona creditoribus relaxare*; COVARRUBIAS DE LEYVA, D., *Opera omnia*, Lib. 2, Cap. 1, núm. 5: *Is autem, qui cedit bonis, tenetur creditori dimittere omnia bona, quae tunc temporis habet*; PÉREZ, A., *Praelectiones*, Tít. 71, núm. 17: *Caeterum debitor cedere debet creditoribus suis omnia bona, quae in praesentiarum habet, alioqui si eorum tantum partem indicaverit, partem celaverit, indignus redditur hoc beneficio, siquidem ex malignitate et dolo celans partem, non satisfecerit legi requirenti omnium cessionem*; MATIENZO, J., *Commentaria*, Lex 4, glos. 2, núm. 1: *Ut igitur privilegium metipsum enucleetur, et distinctione, et resolutione declaratur; observandum est, quod cessione bonorum facta, tenetur cedens omnia bona creditoribus relinquere; ita ut nihil ei reservatur, praeter vestes viliores, et quotidianas, nec etiam alimenta aliqua tenentur ex suis bonis creditores ei praestare*; núm. 8: *Qui autem cedit bonis, dimittere tenetur bona omnia creditoribus quae tempore cessionis possidet.*

(330) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 6: *Debitor cedens boni, tenetur omnia bona, tam mobilia, quam immobilia, jura et actiones, quae tempore cessionis possidet, creditoribus suis*

En consonancia con el criterio expuesto, se advierte que una vez cedidos éstos, el concursante no podía verse reconvenido ni ejecutado judicialmente por sus acreedores, salvo que deviniera a mayor fortuna, en cuyo supuesto, al no haber quedado extinguida la obligación, debería, tanto en el foro externo como el interno (331), responder hasta donde alcancen los mismos (332), previa reserva de los bienes para su sustento (333).

5. PROCEDIMIENTO

Una vez analizados el concepto, la naturaleza y sus efectos, la doctrina, finalmente, aborda, con desigual criterio, el procedimiento por el que los deudores se acogían al amparo de la cesión de bienes,

dimittere, ita ut nihil retinere possit, neque adhuc pro alimentis, nisi vestes viliores, et necessarias, et instrumenta artis, officii, aut exercitii quod habet necessaria... tradit, vestes quas secum defert cedens bonis, non teneri dimittere, quia damnato ad mortem non debent eripi, et in obligationem generalem, vestis venire non censetur.

(331) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 14: *Et alii teneant, debitorem in foro conscientiae non posse habere beneficium deducto ne egeat in prejudicium creditorum, quando ad pinguiorem fortunam devenierit*; núm. 15: *tamen certius est in foro conscientiae posse debitorem uti beneficio deducto ne egeat, etiam si ad pinguiorem fortunam devenierit.*

(332) C. 7,77,7; D. 42,4,4: *Is, qui bonis cessit, si quid postea adquisierit, in quantum facere potest, convenitur*; 42,4,6.

(333) SUÁREZ DE PAZ, G., *Praxis*, Tom. 1, 4 Pars, núm. 11: *et quando ad pinguiorem fortunam devenierit, tenebitur debitum solvere, deductis sibi alimentis necessariis, et iste est effectus hujus cessionis*; CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *Opera omnia. De alimentis*. Cap. 37, 4, núm. 2: *Unanimiter ergo observarunt, quod si debitor, qui cessit bonis, post cessionem ad meliorem fortunam devenierit, eatenus dumtaxat solvere teneatur, quaetenus sibi remaneat necessarium ad alimenta; atque ita conveniri non potest, nisi in quantum facere potest*; COVARRUBIAS DE LEYVA, D., *Opera omnia*, Lib. 2, Cap. 1, núm. 6; MATIENZO, J., *Commentaria*, Lex 4, glos. 2, núm. 10: *Itaque habet debitor beneficium post cessionem factam, ne conveniatur ultra quam facere possit deducto ne egeat*; SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*. Part. 1, Cap. 26, núm. 23: *Tum etiam, quod non est sufficiens ratio, debitor qui semel cessit bonis, in noviter acquisitis non tenetur creditoribus, suis ultra quam facere potest*; núm. 32: *Cedens bonis semel, si iterum cedat in bonis noviter quasitis, non tenetur creditoribus primi concursus, nisi in quantum facere potest.*

dedicando al conjunto de prohibiciones una pormenorizada casuística de la que carecía el conjunto del *iter* procedimental.

Con relación al procedimiento, al silencio guardado por los textos legales, la doctrina y los tratados de práctica procedimental nos informan acerca del modelo seguido en los distintos tribunales (334).

Éste lo podía iniciar todo particular (335), noble o plebeyo (336), que, al verse gravado por unas deudas a las que no podía hacer frente, solicitaba la incoación del procedimiento judicial de la cesión de bienes (337), lo que lo alejaba de la práctica seguida en los distintos *libri de iudiciarum ordine* redactados al amparo de la tradición tardo-romana (338), donde la cesión extrajudicial alcanzaba notoria trascendencia (339).

(334) *Ius Commune et Ius Proprium en la práctica procesal valenciana: El manuscrito Practica Caussarum civilium*. CALZADA, A. y OBARRIO, J. A. Valencia, 2001. *Practica caussarum civilium*, Cap. 15, *De les causses de cession de bens*.

(335) BRUNO, M., *Tractatus de cessione bonorum*, Quaestio 4, núm. 1: *cualibet debitori beneficium a lege indultum est, ut bonis cedere possit, et cedendo carceres augugiat*. En este sentido sostendrá: *Mulier pro civili debito an bonis cedere possit, et non cedendo in carcerem detrudatur*. Criterio que se exceptúa con relación a la Iglesia: *Secundo quaero a Ecclesia bonis cedere possit? Videtur dicendum quod non*.

(336) Partidas 5,15,1. Se toma como precedente lo dispuesto en C. 7,71,7; D. 42,1,51.

(337) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 54: *Hujusmodi bonorum cessio, de jure communi, poterat fieri, tam in iudicio, quam extra iudicium. Et extrajudicialiter, sola expressione verborum, poterat legitime fieri, sive expressio fieret per ipsum debitorem, sive per nuncium, vel per Epistolam*; núm. 55: *In Regno autem nostro, semper cessio bonorum sit in iudicio, et nunquam extrajudicialiter, ut de simili praxi, et consuetudine non debemus recedere, cum consuetudini cuiuscumque loci standum sit in modo, et forma faciendi bonorum cessionem*.

(338) D. 42,3,8: *Qui cedit bonis, antequam debitum agnoscat, condemnatur, vel in ius confiteatur, audiri non debet*; D. 42,3,9: *Bonis cedi non tantum in iure, sed etiam extra ius potest; et sufficit, et per nuntium vel per epistolam id declarari*; D. 7,71,6; C. 7,71,6: *In omni cessione bonorum ex qualibet causa facienda scrupulositate priorum legum explosa professio sola quaerenda est. In omni cessione sufficit voluntatis sola professio*.

(339) CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *Opera omnia. De alimentis*. Cap. 37, núm. 7: *Et quia ad alium modum, sive aliter fit cessio de iure huius Regni, quam de iure communi fiebat. Iure namque communi, forma cessionis bono-*

Presentada la instancia ante el juez competente, procedía a remitirle el libelo en el que se narraban las circunstancias y los infortunios que habían provocado su pobreza, suplicando que se le concediera la cesión de todos sus bienes, acciones y derechos (340). El juez, en virtud del escrito, y previa sumaria información testifical, solicitaba la comparencia de los acreedores, a los que, con anterioridad al dictamen de la sentencia, tomaba oportuna declaración. Concluida ésta, y una vez realizadas las pruebas pertinentes, el magistrado dictaba sentencia, en la que se determinaba si la solicitud era o no ajustada a derecho (341). Si ésta era favorable a la "dejación y relajación" de los bienes, se procedía, con cargo al insolvente, a dar publicidad mediante pregón público, momento en el que el deudor perdía toda acción procesal (342), la administración sobre sus bienes, así como la imposibilidad de realizar cualquier relación contractual (343); quedándole, únicamente, el dominio de los bienes hasta

rum, in sola expressione verborum, per se, per nuntium, vel per epistolam consistebat... Ubi addit, quod non tantum in iudicio, sed etiam extra iudicium fieri poterat, agnoscendo prius debitum, cum simplici verbo, et per nuncium, et per epistolam fieri posset; MATIENZO, J., Commentaria, Lex 4, glos. 2, núm. 7: Forma cessionis bonorum iure communi Imperatorum est expressio sola verborum per se, vel nuncium vel epistolam; CÁNCER, J., Variarum resolutionum, Pars 2, Cap. 9, núm. 34: Cessio bonorum potest fieri coram iudice etiam extra ius, per epistolam, vel nuncium, etiam absente creditore.

(340) *Vid. Costums de Tortosa 7,8,1, PEGUERA, L. DE, Decisiones, Decisio 68, núm. 9: ... sciendum tamen est quod debitores... postquam iuraverint eos non esse solvendo; CÁNCER, J., Variarum, Pars 2, Cap. 9, núm. 32: in Cathalonia cedens bonis tenetur iurare non esse solvendo.*

(341) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 46, núm. 66; Manuscrito Practica Caussarum Civilium, Cap. 15, De les causes de cession de bens, fo. 42v., pp. 113-14.*

(342) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 46, núm. 61: Cessione bonorum a debitore proposita, nequit agere debitor contra suos debitores, neque conveniri potest a suis creditoribus. Cedens enim bonis, cum cedat etiam omnes actiones. Olea ubi proximus. inde est quod post cessionem factam, solum directae actiones remaneant penes eum, sed tam inefficaces, ut illarum virtute, neque moveri, aut intentari possint.*

(343) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1, Cap. 46, núm. 63: Et facta bonorum cessione, amittit debitor administrationem suorum bonorum, et inhabilis remanet ad quemlibet contractum celebrandum, et quoad juris effectus pro mortuo habetur; núm. 64: Neque administrationem bonorum poterit reasumere debitor qui cessit bonis, nisi satisfactis omnibus creditoribus.*

su venta (344), lo que ocasionaba que pudiera llegar a recuperarlos si éstos no se hubieran adjudicado parcialmente –*si res adhuc fuerit integra* (345).

6. PROHIBICIONES

Una vez establecidas las reglas que ordenan el procedimiento, la doctrina delimita las numerosas prohibiciones que recaen sobre la institución, lo que deja entrever la arraigada tendencia a someterla a la tutela del Ordenamiento jurídico.

Entre el copioso muestrario de testimonios, cabe destacar un conjunto de limitaciones amparadas en el marco del *ius commune* y otras que se circunscriben en el ámbito propio del Derecho foral:

[6.1.] Entre las primeras, la doctrina sostiene, de forma inequívoca, que la cesión de bienes debía hacerse sin que fuese ignominiosa para el cedente. En concreto, se nos informa cómo había sido práctica habitual en Francia (346), en Roma (347), en Sicilia (348), así como en otros reinos y provincias, que el cedente hiciera ostentación pública de su insolvencia, ya sea portando una vestimenta llamativa, ya ascendiendo al león de mármol de las escaleras del

(344) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 63: *Dominium tamen bonorum, post factam cessionem illorum a debitore, remanet penes ipsum debitorem quousque vendantur bona, vel insolutum creditoribus dentur.*

(345) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 65: *Denique advertere libet quod cedens bonis, post cessionem factam, potest a cessione bonorum recedere invitis creditoribus, et bona sua recuperare, si res adhuc fuerit integra. Si vero jam non fuerit integra, ut quia creditores, bonorum cessionem acceptaverint, non poterit debitor a cessione bonorum recedere invitis creditoribus.*

(346) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 24: *Exemplum erit in Francia ubi ex constitutione Ludovici XIII quae est XX constitutum, nemo cedit bonis ni praesens in judicio, dictintusque ac nuda cervice.*

(347) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 25: *Etiam erit exemplum Romae, ubi cedens bonis, Leonem marmoreum in scalis Capitolii ascendit, et ibi nates percutiens dicit, cedo bonis.*

(348) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 27: *In Regno Siciliae, cedens bonis, vituperose ter tangit lapidem dicens.*

Capitolio para proclamar su insolvencia o caminando desnudo por un lugar público, actos que no invalidaban la cesión (349).

Frente a este carácter vejatorio, la doctrina de los reinos hispanos (350) sostuvo que la cesión realizada con ignominia liberaba al cedente de toda obligación –*etiam si devenerit ad meliorem fortunam*–, al entender que el ultraje al que era sometido constituía, en sí mismo, una pena superior a cualquier deuda pecuniaria, lo que le permitía eximirle de su cumplimiento en el fuero externo, aunque no el interno (351).

(349) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 26: *Pariter in quibusdam Italiae locis, cedens bonis in publico loco nudus vadit, et posteriora, ter ad lapidem, vel columnam percuttere cogitur, clamando, cedo bonis. Qualis lapis reperitur adhuc Patavii in curia cui incissa sunt haec verba*; núm. 28: *Et in aliis Regnis, et Provinciis cedens bonis, nudatus nateis culo percutit lapidem, aut incedit cum pileo viridi, aut alterius coloris, aut cum veste alba, aut diversi coloris*.

(350) CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *Opera omnia. De alimentis*. Cap. 37, 4, núm. 4: *quod debitor, qui coacte cessit bonis, cum ignominia, liberatur in totum, etiam si devenerit ad meliorem fortunam... Ergo ignominia, omni poena pecuniaria, maior, et asperior est*; SUÁREZ DE PAZ, G., *Praxis*, Tom. 1, 4 Pars, núm. 7: *quae cessio, absque aliquo actu ignominioso fieri debet*; PÉREZ, A., *Praelectiones*, Tít. 71, núm. 22; COVARRUBIAS DE LEYVA, D., *Opera omnia*, Lib. 2, Cap. 1, núm. 6: *Sed si quis bonis cesserit actibus quibusdam juxta loci consuetudinem ignominiosis, non tenebiter is solvere debitum, quamvis pinguorem [...] fuerit fortunam*; IBÁÑEZ DE FARIA, D., *Additiones et observationes ad librum secundum D. Covarrubias variarum resolutionum*. Coloniae Allobrogum. Rúb. *De jure creditorum*, núm. 49, fo. 140: *Cedentem bonis cum ignominia ex statuto ab omni obligatione penitus liberari*; MATIENZO, J., *Commentaria*, Lex 4, glos. 2, núm. 12: *Verum si ignominiosis actibus iuxta loci consuetudinem cessio facta fuerit, non tenebitur cedens solvere debitum, quamvis pinguorem nactus fuerit fortunam*; CÁNCER, J., *Variarum resolutionum*. Pars 2, Cap. 9, núm. 26: *Haec intellige nisi cessio fieret ignominiose, ut quia remotis familiaribus, culo percussisset supra lapidem, vel similibus modis vituperiosis, quia tunc cedens bonis nihil tenetur solvere suis creditoribus, imo in totum liberatur: cum dicta ignominia, quae poena corporalis est, succedat loco debiti pecuniarii*.

(351) IRANZO, J. J., *Praxis protestationum*. Cap. 60, núms. 35-36: *In qua dubitatione communiter distinguere solente doctores inter ignominiosam cessionem bonorum, et non ignominiosam, et in ignominiosam tenent plures talem debitorem liberari quoniam huiusmodi ignominia subrogatur loco solutionis... ut quamvis postea pervenerit ad pinguorem fortunam nihil creditoribus solvere teneatur*.

Más en particular, autores como MATHEU Y SANZ (352) o LEÓN (353) cuestionaron si la vigencia y aplicación de varios preceptos legales podían dar lugar a que se pudiera entender legitimada la cesión ignominiosa de los bienes (354). En concreto, el privilegio real otorgado por el rey Alfonso III, en el que se establecía la revocación del cargo de oficial público para quien hubiera llevado a cabo la *cessio bonorum* (355), así como el privilegio otorgado por el rey Jaime II, en el que se asienta la necesidad de dar publicidad al mismo (356):

Aureum Opus. Jaime II, *Privilegium* 118.

Fiat inde praeconisatio publice cum trompeta in Civitate, vel Villa Regni, in qua habitaverit...

A juicio de la doctrina, no cabe ver en estos preceptos la aplicabilidad de la cesión ignominiosa en el ámbito foral, ya porque se entendía que la pérdida del cargo público obedecía al estado de pobreza y no a la cesión, o ya porque se sostenía que el pregón público tenía como única finalidad dar a conocer el estado de insolvencia del

(352) MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Cap. 4, Tít. 9, núm. 8.

(353) LEÓN, F. J., *Decisiones*, *Decisio* 118, núm. 2 y 4.

(354) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 20: *Illa quae adduximus, videre debemus, an possint habere locum in nostro Regno, et cum resolutio dependeant ab illa Quaestione, an scilicet cessio bonorum quae fit in Regno sit ignominiosa, nec ne, disputabimus hanc Quaestionem, et ex illius resolutione, resolvere poteris principale dubium, nam si ignominiose fit cessio, non tenebitur debitor, etiam si ad meliorem fortunam devenerit, credita satisfacere, si vero ignominiose non fiat tenebitur.*

(355) Aureum Opus, Alfonso III, *Privilegio* 57.

(356) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 21: *Videtur ergo ignominiose in Regno fieri cessionem bonorum, nam in privilegio 57. Domini Regis Alfonsi III quod reperitur in corpore privilegiorum foleo 202 stabilitum reperitur, quod cedens bonis, nequeat habere officia publica Civitatis quae forte acquiruntur, imo ab eis removendus est; núm. 22: Secundo facit, quod cedens bonis, sono tubae, et per praeconium publicum debet publicari, et publice praeconisari in Civitate, aut villa, ubi cessionem fecit, et habitaverit. Et quod cedens bonis antea quam excarceretur debeat publicari praeconio publico, ad hoc ut sciant omnes, quod fecit cessionem bonorum... Pari modo publicari voce praeconis debitorem cessionem fecisse, videtur ignominiosum, quia licet prece in verbis, quas ad publicationem faciendam profert, non afficiat ignominia debitorem, tamen in opinione hominum non effugit hoc, infamiae notam.*

deudor, para que así nadie pudiera, por ignorancia, contratar con el cedente, con el consiguiente detrimento en sus bienes (357).

Frente a esta *communis opinio*, únicamente hemos hallado en IRANZO un criterio contrario a la opinión mayoritaria de la doctrina. A juicio del jurista valenciano, la infamia que conllevaba la cesión ignominiosa no prefijaba su validez jurídica, por entender que ésta, aun siendo reprochable, no podía compensar el perjuicio que ocasionaba la deuda a sus acreedores, lo que determina la máxima: *cessio bonorum non liberatur debitor* (358).

(357) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 29: *Neque obstant in contrarium adducta, nam ad primum respondetur, quod cedens bonis non arcetur ab officiis publicis, et nostrae Civitatis, quia infamis fit, aut ignominiam patitur, sed quia pauper... et ex ista ratione paupertatis in ipso Regio Privilegio 118 arcentur ab hujusmodi officiis, qui constante matrimonio dotem uxori solverint. Et qui privilegium, et beneficium deducto ne egeat proposuerunt, et sub Regio sequestro procurarunt bona ponere, ut alimenta eis taxarentur, et qui in executione, in bonis mobilibus defecerunt pro debito proprio faciendo curiam in albis, vulgo la Cort en Blanch... ex Salutio tradit, quod non poterunt isti quaerere utilitatem publicam, si tam negligentes fuerunt in re propria, ut succurrere sibi non quaeant; núm. 30: Et adhuc volunt multi, quod si cedens bonis, absque culpa sua fuerit factus non solvendo, non est removendus propter paupertatem ab officiis publicis; núm. 31: Unde non est dubitandum quod de jure communi, cedens bonis propter solam cessionem, non fit infamis. Solum quando cessio bonorum ignominiose fit, infamiam irrogat; núm. 32: Ad secundum respondetur, quod Regium Privilegium supra adductum non disponit quod publice praeconisetur bonorum cessio propter ignominiam inferendam cedenti, sed ut omnibus patefiat cessio, et nullus, propter ignorantiam, contrahat cum cedente, patiaturque detrimento in bonis.*

(358) IRANZO, J. J., *Praxis protestationum*. Cap. 60, núm. 37: *Sed a praedicta opinione recedunt alii plures DD. tenentes debitorem cedentem bonis etiam ritibus ignominiam inducentibus, non liberari ab obligatione solvendi, quoniam id, quod dicitur, poenam, seu ignominiam subrogari loco solutionis, et qui non habet in aere, luat in corpore, vetum tantum est, cum debitum pecuniarium est poena a Iudice imposita ob aliquod delictum, est quae huiusmodi poena fisco, aut parti applicanda; tunc enim illi pecuniae poena corporalis, aut alia quaedam succedere potest. Cum enim poena debita delicto, non fuisset a Iudice laxata, sed in compensationem damni illati, debetur omnino ea pecunia in utroque foro, et sic quamvis debitor decoctor, et cedens bonis, subierit quamcumque ignominiam, sua illa infamia non compensat damnum pecuniarium, quod intulerat creditori, quare ubi solvendo existit, talem pecuniam solvere creditori tenebitur, quia per cessionem bonorum non liberatur debitor, foro I, sub. Rubrica Qui bonis cedere possint.*

Así mismo, siguiendo las pautas del Derecho común, se excluye de toda protección tanto a los deudores perversos y dolosos, que, en fraude a sus acreedores, “destruyen los bienes con engaño, lujuria o maldad”, como a los que alcanzan la pobreza, ya sea por su culpa o por la mala fortuna. En todos estos supuestos, *non prodest ei beneficium cessionis bonorum* (359).

Idéntico criterio se mantuvo con los mercaderes, comerciantes, cambistas, pañeros, ya fueran cristianos, judíos o sarracenos, cuando, por razón de préstamo, depósito, compra o de cualquier otro contrato, se hicieran deudores o quedasen obligados (360); llegándose, incluso, a condenar a la pena capital cuando se apoderaran de

(359) CÁNCER, J., *Variarum, Pars 2*, Cap. 9, núm. 46: *Ex quibus hunc libet referre, quem (pauci dies sunt) ex facto habui, ubi quis malitiose, seu in fraudem creditorum bona sua dilapidavit... dicens istud beneficium cessare cum debitor est in dolo*; núm. 49: *Ex his infero, decoctoribus et fallitis tale beneficium non competere ratione doli qui in eis praesumitur*; CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *Opera omnia. De alimentis*. Cap. 37, 4, núm. 22: *Quintium... ubi quis malitiose, seu in fraudem creditorum bona sua dilapidavit*; PÉREZ, A., *Praelectiones*, Tít. 71, núm. 6: *tamen non possunt bonis cedere, veluti qui in fraudem creditorum bona alienarunt, aut dissiparunt, nemini enim fraus et dolus patrocinari debet... Frustra insuper ad cessionis beneficium confungunt, qui prodige et luxuriose bona sua consumpserunt, non enim sunt digni commiseratione, qui sua turpitudine causerunt sibi inopiam, multo minus illi qui alios spoliaverunt, quippe indigni beneficio legis, qui contra leges faciunt; neque enim maleficium debet causare beneficium, sed eo casu quo non habent in aere, debent luere in pelle*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 46, núm. 33: *Non possunt facere hanc cessionem bonorum, neque illius beneficio gaudent, debitores qui ex dolo, luxuria, aut improbitate bona consumpserunt. Idem tenet multi, si non dolose, sed culpa sua ad inopiam pervenerit debitor. Et in electoratu Saxoniae, improbi, et dolosi debitores, cedendo bonis non liberantur a carcere. Aliter erit quando debitor propter fortunam ad inopiam pervenerit, nam proficere ei debet bonorum cessio*; núm. 34: *Si autem debitor, partim sua culpa, et partim fortunae casu, in paupertatem inciderit, non prodest ei beneficium cessionis bonorum*.

(360) CÁNCER, J., *Variarum, Pars 2*, Cap. 9, núm. 14: *Jason Calis tractat an si quis teneatur in Cathalonia pro debito commandae purae, admittatur ad bonorum cessionem dicens obligatum ad puram commandam non ef-fugere poenam carceris, liceo cedere bonis paratus sit: et subiicit non referre an constet de comanda, ex instrumento, vel ex testibus*.

cosas ajenas o reconocieran que no tienen con qué pagar, a excepción de que la pérdida fuera por causa fortuita (361).

En este sentido, la doctrina foral, al hacerse eco del mencionado precepto, sostuvo que los comerciantes que se empobrecían y se arruinaban como consecuencia de una actuación dolosa o culposa, se les condenaba a la pena de muerte, denegándoles todo remedio, incluido el auxilio de la cesión de bienes (362).

En análogo sentido, se negaba la cesión de bienes para las deudas que provenían de un delito o de un cuasidelito, ya fuese éste de naturaleza fiscal o personal (363), a excepción de las deudas fiscales *ex contractu*, en cuyo supuesto se afirma *proderit debitori bonorum cessio contra praedictum debitum* (364).

(361) Furs 7,9,5: *Mercatores, captalarii, campsores, draperii, sive sint christiani, iudei et sarraceni, qui ex causa mutui, depositi, empcionis seu cuiuslibet alterius contractus fuerint debitores, se alzaverint cum rebus alienis vel s'abtran (sic), morte puniantur, nisi per evidentes probationes probaretur quod casu fortuito in terra vel mari res illas amiserint sive bona.*

(362) CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *Opera omnia. De alimentis*. Cap. 37, 4, núm. 22: *Secundus casus est in fallitis, et decoctoribus, qui ad cessionem bonorum non admittuntur, ratione doli*; CÁNCER, J., *Variarum resolutionum*. Pars 2, Cap. 9, núm. 49: *Ex his infero, decoctoribus et fallitis tale beneficium non competere ratione doli qui in eis praesumitu.*

(363) SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars I, Cap. 7, núm. 1: *Fisci debitor ratione delecti, vel quasi, non admittitur ad cessionem, et concursum formandum*; CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *Opera omnia. De alimentis*. Cap. 37, núm. 20: *Primus casus est in debitore fisci ex delicto, qui non admittitur ad cessionem bonorum, ne delicta remaneant impunita*; Cap. 47, 4, núm. 5; GÓMEZ, A., *Ad leges Tauri, Legem 79*, núm. 3: *In debito descendentes ex delicto non habet locum cessio*; COVARRUBIAS DE LEYVA, D., *Opera omnia*, Lib. 2, Cap. 1, núm. 8: *Praeterea dubitatur, num beneficium istud cedendi bonis competat ratione obligationis descendentes ex delicto? Et tunc non esse admittendam cessionem bonorum, probatur ex eo, quod in poenis pecuniariis ratione criminis infligendis, qui non habet unde eas solvat, corporali poena puniendus est*; SUÁREZ DE PAZ, G., *Praxis*, Tom. 1, Pars 4, núm. 17: *Hoc tamen beneficio cessionis non poterit uti debitor alicujus obligationis descendentes ex delicto, ut resolvunt communiter omnes*; BRUNO, M., *Tractatus de cessione bonorum*, Quaestio 9, núm. 3: *Debitor fisci ex delicto non cedit bonis, et cedendo non liberatur.*

(364) CÁNCER, J., *Variarum resolutionum*. Pars 2, Cap. 9, núm. 14: *Pro his facit, quia et fisci debitor ex contractu potest cedere bonis, et evitat carceres*; CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *Opera omnia. De alimentis*. Cap. 37, núm. 20: *Prout etiam obtinet, quando quis est debitor fisci ex contractu, vel*

Finalmente, se sostuvo que no había lugar a la cesión de bienes para quien no reconocía la deuda (365), litigaba sobre su cuantía (366), contraía una obligación con la única esperanza de obtener el beneficio de la cesión (367), o para el deudor obligado de hecho –*nunquit uti beneficio cessionis bonorum* (368).

[6.2.] Frente a este conjunto de limitaciones propias del *ius commune*, las fuentes legales y doctrinales del Reino de Valencia reconocieron una pluralidad de supuestos en los que no se observa la vigencia del mencionado privilegio.

Con carácter general, la literatura jurídica valenciana nos dirá que *in nostro Regno* no se aplicaba el régimen de la cesión de bienes con relación a las deudas contraídas con la Generalitat, la Diputación o la ciudad de Valencia (369), con el procurador

etiam ratione collectae, aut gabellae, et solvendo non est; quia tunc potest cedere bonis.

(365) SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars 3, Cap. 167, núm. 31; CÁNCER, J., *Variarum resolutionum*. Pars 2, Cap. 9, núm. 20: *Debet insuper agnoscere debitum.*

(366) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 58: *Eodem modo si debitor, super debito litigaverit, non poterit se jubare beneficio cessionis bonorum.*

(367) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 60: *Neque cessionis beneficio uti poterit debitor, qui spe cessionis contraxit, sciens jam tempore contractus non esse solvendo, neque posse solvere.* MATIENZO, J., *Commentaria*, Lex 4, glos. 2, núm. 20: *Tertius casus est in debitore, qui promisit id, quod sciebat se praestare non posse.*

(368) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 59: *Similiter, si ad factum fuerit obligatus debitor, non ei proficiet cessionis bonorum beneficium.*

(369) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 40: *Non tamen intelligas limitationem a nobis traditam, contra omnes creditores ex contractu privilegium fiscale habentes, nam adversus debitum generalitatis nostrae, et Domus Deputationis non habet locum bonorum cessionis. Debita enim Generalitatis sunt valde privilegiata, non solum advertus cessionem bonorum, ut diximus, sed etiam adversus alia majora privilegia debitoribus concessa, nam et si debitori, militari privilegio fruente, competat in Regno beneficium deducto ne egeat, vulgo inter nos dictum Sacrest, ut cum praelatione creditorum taxentur ei alimenta, tamen contra Generalitatis nostrae debita, aut Civitatis Valentiae, non habet locum supradictum beneficium deducto ne egeat, neque debitores Civitatis, aut generalitatis, aut debitorum haeredes Militari privilegio fruente, poterunt proponere adversus Civitatem, aut generalitatem praedictum remedium.*

que no entregaba el montante de la deuda a su representante (370), con el deudor por causa de depósito o comanda (371), por el precio de las mercancías (372), de los alquileres o arren-

(370) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 65: *Neque procuratores, qui cum mandato ad exigendum, aliquas exegerint summas, et ut illas principalibus restituerent carcerati fuerint, poterunt a carcere liberari per cessionem bonorum, nam de hujusmodi procuratoribus disponit forus, quod detineantur in carcere, donec quidquid exegerint, et receperunt, solverint. Et quod adversus credita ista privilegiata, non habeat locum bonorum cessio. Furs 2,8,20: Item, si alcun serà constituït per qualsevol persona en procurador a demanar alcun deute o deutes o altra cosa a qualsevol persona, e aquel procurador reebrà lo deute o cosa que demanarà per lo seu principal, per lo qual és stat fet procurador ab carta o sens carta, encontinent no deliurà o pagarà la quantitat de diners o altra cosa a aquel del qual és procurador, que a requisició del constituent e principal, lo dit procurador per lo ordinari sia pres, lo qual stia pres en la presó tant e tant longament tro que haja pagat e satisfeyt tot ço que haurà reebut a aquel del qual era procurador; 2,8,21-22.*

(371) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 48: *Ex eadem ratione, debitor ex causa veri depositi, aut commendatarius curiae, exclusus erit in Regno a beneficio cessionis, nam cum debeat in carcere detineri, quousque bona deposita restituerit. Sequitur quod per bonorum cessionem non liberabitur a carcere. Furs 4,15,2: Is qui comandam sive depositum recepit et se non posse reddere allegaverit, capiatur et detineatur tamdiu captus in curia donec restituerit, nisi probaverit quod casu fortuito amisit; et detentus in carcere, nisi sibi habeat unde provideat, et provideat eum pane et aqua singulis diebus ille qui deposuit.*

(372) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 49: *Infertur etiam quod debitor ex precio mercaturae, non habebit in Regno beneficium cessionis bonorum, nam licet de jure, nequeat creditor propria auctoritate capere, aut carcere debitorem, imo si illum carceret, puniatur amissione crediti, et corporali poena afficiatur... tamen in Regno, si debitor ex precio mercaturae aufugerit, potest a creditore propria auctoritate capi, et per curiam debet detineri carceratus, quousque solverit. Illud quod diximus de prohibitione capiendi debitorem propria auctoritate, non intelligere debes, quando debitor fugam arrupuit, nam, de jure, debitorem, aut mercatorem fugientem cum pecunia, aut rebus alienis, potest capere propria auctoritate creditor. Idem resolvitur in clerico debitore fugiente, dummodo statim ad suum judicem Ecclesiasticum remittatur. Et adhuc volunt aliqui, quod creditor apprehendens debitorem fugientem cum pecunia, aut bonis alienis, propria auctoritate, ex sola apprehensione, acquirat prae-lationem pro exactione sui crediti.*

damientos (373), de los precios de los bienes muebles (374) o inmuebles (375) o por las deudas en las compras realizadas en la Curia (376).

(373) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 46, núm. 46: *Unde debitor precii conductionis, sive arrendamenti bonorum, non poterit uti remedio cessionis bonorum... nam in dicto foro 15. rub. de clam. non mutand. et in foro 13 ejusdem rubricae constitutum extet, quod debitor ex mercedibus locationis bonorum non solvendo, carceretur, et detineatur in carcere quousque solverit omnem quantitatem debitam, non liberabit illum a carcere bonorum cessio. Furs 1,6,13 y 15.*

(374) LEÓN, F. J., *Decisiones, Decisio 7*, núms. 1-17, quien, tras recoger el siguiente pleito: *Pontius de Vi Mercator, instrumento recepto per Antonium Ioannem Pomar Notarium, die 12 Martii 1605, confessus fit debere Melchiori Figuerola militi, domino Baroniae de Naquera septem mille centum septuaginta dragmas Boeticas, sive argenteos Castellanos, ex precio tercentarum et quinquaginta cupparum, sive botades. Quod pretium eidem solvere promisit diebus Nativitatis Domini, annorum 1606 et 1607, tunc primo venturis. Et cum pro dicto debito fuisset carceribus mancipatus, dictus Pontius de Vi ad instantiam procuratoris dicti Figuerola, ut excarceratione obtinere posset, fecit cessionem omnium bonorum suorum coram gerente vices generalis gubernatoris in praesenti civitate, et Regno, per quem fuit lata sententia, declarando dictum Pontium de Vi non posse detineri in carceribus ad instantiam suorum creditorum, ex quo fecerat dictam cessionem. A qua sententia procurator dicti Figuerola domini de Naquera appellavit: et quia inter partes non dubitabatur, immo ex dicto instrumento constabat, debitum dicti Pontii de Vi procedere ex pretio bonorum mobilium, pro quo iuxta foros Valentini Regni debitor debet detineri captus, donec illud solverit. Dubitatum fuit; an hoc casu, cedendo bonis, deberet a carceribus liberari. Et ita sententia iudicis a qua deberet confirmari?, concluye, núm. 9: Primo, quia dictus Pontius de Vi est debitor pretii bonorum mobilium: quo casu debet detineri captus donec solverit iuxta forum...; núm. 11: nam ita fuit iudicatum in nostra Regia Audientia.*

(375) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 46, núm. 46: *Idem tene in debitor precii bonorum immobilium, nam cum ille debeat in carcere detineri quousque ab integro precium solverit, nequit excarcerari, etiam ab illo facta bonorum cessione.*

(376) LEÓN, F. J., *Decisiones, Decisio 64*, núms. 18-21: *Eadem de causa emptores curiae, non poterunt per bonorum cessionem a carcere liberari, quia isti detineri debent in carcere quousque solverint. Furs 8,5,15: Aquel qui comprarà alguna cosa de la cort sia tengut de posar en taula segura dins X dies après que la compra haurà feta lo preu de la cosa comprada. E si ho contrestarà o ho alargarà sia e stia pres tant tro que pach lo dit preu.*

A *sensu contrario*, la doctrina sostuvo que cuando el Ordenamiento no excluía de forma específica la cesión de bienes, sino que únicamente establecía que el deudor había de permanecer en prisión por las obligaciones contraídas, podía, como en el supuesto del deudor cambiario, acogerse al beneficio de la cesión de bienes, y así obtener su excarcelación, aunque no hubiera abonado la totalidad de la deuda (377).

A este conjunto extenso de limitaciones, la propia literatura jurídica del Reino advirtió que el Ordenamiento foral podía prohibir, no sólo su aplicación a una serie de supuestos, sino su propia vigencia en todo el Reino de Valencia (378).

IV. LA MORATORIA O TREGUA EN EL PAGO

1. ORIGEN Y FINALIDAD

Conjuntamente con la cesión de bienes, el Derecho foral concede

(377) LEÓN, F. J., *Decisiones*, Decisio 7, núms. 7 y 16: *quod aut statutum simpliciter disponit, quod est casus carceris, et tunc facta cessione debitor liberatur, aut ulterius disponit, quod detineatur captus, donec solverit, et tunc cedendo bonis, a carcere non liberatur*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núms. 45 y 51: *Aliter foret si forus noster, et statutum simpliciter disponent, quod debitor carceraretur pro debito, et non stabilirent quod detineretur carceratus quousque solverit, nam tunc facta bonorum cessione excarcerari deberet. Ex adverso autem, licet in Regno, debitor cambii, possit in carcerem detrudi, si non solvat. Cum forus simpliciter dicat, quod carceretur, et non addat, quod carceratus detineatur quousque solvat, poterit debitor cambii a carcere liberari cedendo bonis. Et generaliter in omnibus casibus, poterit etiam debitor a carcere liberari, si forus simpliciter disponat quod carceretur, per cessionem bonorum. Solum enim excipiuntur casus, in quibus fori disponunt quod detineatur debitor carceratus quousque solvat.*

(378) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 46, núm. 52: *Neque contra doctrinam a nobis traditam, obstat resolutio Giurbae, et aliorum ab eo adductorum, decisio 41, numero 14 docentium cessionis bonorum beneficium, non posse statutum tollere, ac proinde foros nostros videtur non potuisse debitori auferre in supradictis casibus beneficium cessionis bonorum, quia communiter ab omnibus receptum est, quod statutum potest beneficium cessionis bonorum tollere.*

al deudor la posibilidad de acogerse a una moratoria o a una tregua para el pago de las deudas (379).

La literatura jurídica tardo-medieval, conocedora de la tradición textual del *Corpus Iuris* (380), advierte que el deudor insolvente, ya fuera un particular, una villa o una ciudad (381), solía solicitar al Monarca la concesión de un plazo dilatorio (382), de una moratoria, para el pago de sus deudas, con la finalidad de impedir a los acreedores la reclamación de los créditos durante el período concedido en el rescripto del Príncipe (383).

(379) No obstante, ambas instituciones, como subraya LÓPEZ, G., Gl. a Partidas 5,5,16, eran excluyentes: *Et concessa ista dilatione, excluditur debitor, ne postea possit cedere bonis*.

(380) C. 1,19,1: *Quoties rescripto nostro moratoria praescriptio remittitur, aditus supplicandi pandatur*; C. 7,71,8. Asimismo, en Partidas 5,15,5-6.

(381) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 20: *Multoties vidi in Regno, aliqua Oppida, et Universitates oberata, has litteras moratorias a Principe nostro impetrare, quibus legitime concessio facta fuit, nam sicut quilibet privatus, potest Universitas per suum Syndicum hujusmodi moratoria rescripta obtinere*.

(382) Moratoria que, únicamente, podían conceder los emperadores, los papas, los monarcas y los príncipes que no reconocían superior en su territorio, pero no así los duques, condes, barones o las magistraturas inferiores, por entender que se estaba ante una regalía real. SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars II, Cap. 30, núm. 3: *Et hae quidem moratoriae a principe dumtaxat possunt concedi*; núm. 53: *et in Regno practicum habemus, nam semper ad moratoriae impetrationem, et Dominus Rex bene informatus de qualitatibus oportunis, Regia epistola, aut rescripto, concedit hujusmodi moratorias, et nunquam eas vidi, datas a Locumtenentibus Generalibus, Et Proregibus, quia solus Princeps, et non alii magistratus, quamvis fuerint Proreges, Cancellariae, et Regiae Tribunalia, possunt illas concedere... Solum in Regno Neapolitano, et in aliis Regnis longinquis, in quibus facilis aditus non reperitur ad Regem, possunt Proreges, et Audientiae Regiae, concedere moratorias istas*; BRUNO, M., *Tractatus de cessione bonorum*, Quaestio 27, núm. 1.

(383) SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars II, Cap. 30, núm. 1: *Frequens est in hisce regni Hispaniae moratoriae usus, qua appetere solent debitores aere alieno gravati, ut per aliquod tempus lis concursus supendantur, ut ne a suis creditoribus interim vexentur, et haec vel a principe justis de causis impetrantur, vel ab ipsis creditoribus ceduntur, quae induciae dicuntur*; BRUNO, M., *Tractatus de cessione bonorum*, Quaestio 27, núm. 15: *Cum ergo Princeps debitori dilationem concesserit ab eius creditoribus molestari nequeat*.

En sentido análogo a la figura de la cesión de los bienes, el Ordenamiento medieval recoge una serie de requisitos, cautelas y limitaciones que condicionan su concesión.

2. REQUISITOS

En concreto, las fuentes legales y doctrinales esgrimen los siguientes requisitos:

[1] En primer término, se exigía a los deudores la presentación de una fianza idónea para el pago de la deuda (384), así como su juramento explícito (385). Con relación al juramento, no obstante su reconocimiento por parte de la doctrina (386), ésta nos informa cómo, en la praxis jurídica, si realizada una escrupulosa *inquisitio* de los bienes del deudor, se determinaba que éste se hallaba en un estado notable de pobreza, únicamente se exigía si no hubiera garantes (387), requisito que el Príncipe no podía obviar en su

(384) C. 1,19,4: *Universa rescripta, quae in debitorum causis super praestandis dilationibus promulgantur, non aliter valent, nisi fideiussio idonea super debiti solutione praebeatur.*

(385) SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars II, Cap. 30, núm. 14: *ideo debet narrare debiti qualitatem (hoc est) an debitum sit juratum.* Furs 1,12,1: *Universa rescripta que in debitorum causis super praestandis dilationibus promulgatur, non aliter valeant, nisi fideiussio ydonea super solutione debiti prebeatur.*

(386) SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars II, Cap. 30, núm. 6: *Moratoria debitor uti nequit, nisi praestita creditoribus cautione, de solvendo, termino finito. Quod impetrans uti nequit dictis moratoriis, quosque prius suis creditoribus cautionem fideiussoriam, vel pignoratitiam praestet de solvendis creditis, tempore moratoriae;* ANTÚNEZ PORTUGAL, D., *Tractatus de donationibus iurium et bonorum Regiae Coronae*. Lugduni, 1699. Tom. 2, Lib. 3, Cap. 42, núm. 43: *Fideiussio debet esse idonea cum pignoribus, vel fideiussoribus.*

(387) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núms. 5-6: *Si vero propter inopiam, facta diligenti inquisitione, debitor fidejussores non invenerit, satisfaciet huic obligationi praestando juratoriam cautionem.* En el Derecho castellano, no obstante, no será de aplicación. Cf. ANTÚNEZ PORTUGAL, D., *Tractatus de donationibus*, Tom. 2, Lib. 3, Cap. 42, núm. 47: *Sed haec curatoria cautio in Regno non admittitur.*

rescripto (388), salvo que en él se incluyera la cláusula *non obstante* (389).

[2] Asimismo, se exigía como requisito esencial para que la concesión del Príncipe no fuese nula y quedase sin efecto, que en ésta concurriera tanto la exigencia de una causa grave y justa (390), como la descripción de aquellas circunstancias que pudieran condicionar su obtención, ya fuese la cuantía y naturaleza de la deuda, o ya las personas que pudieran verse afectadas por la moratoria otorgada por el Monarca (391).

(388) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 6: *Et adhuc communiter traditur, quod moratorium rescriptum, absque cautione ista, exequi non potest, etiam si in ipso rescripto remissa fuerit cautionis praestatio, quod non inepte probatur ex dict. l. universa, ibi: Non aliter valeat nisi fideiussione.*

(389) SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars II, Cap. XXX, núms. 7-8: *Quae resolutio procedit, etiamsi in rescripto principis cautio haec fuerit remissa impetranti, quia non obstante tali remissione moratoria, non refragatur debitori, nisi praestiterit praefatam cautionem de satisfaciendo creditoribus in fine ipsius dilationis... qui omnes limitant, nisi rescriptum habeat clausulam non obstante*; ANTÚNEZ PORTUGAL, D., *Tractatus de donationibus*, Tom. 2, Lib. 3, Cap. 42, núm. 46: *Amplia, ut debitor teneatur praestare satisfactionem, etiamsi in rescripto remissa sit: Secus si in rescripto fuerit clausula non obstante.*

(390) IRANZO, J. J., *Praxis protestationum*, Cap. 60, núm. 8: *Quae litterae non sunt a Principe concedendae nisi cum iusta, et gravi causa*; ANTÚNEZ PORTUGAL, D., *Tractatus de donationibus*, Tom. 2, Lib. 3, Cap. 42, núm. 36: *Dilationem moratoriam non concedit Princeps sine iusta causa.*

(391) IRANZO, J. J., *Praxis protestationum*, Cap. 60, núm. 6: *Debitorumque has litteras a Principe impetrantes debent eidem omnia illa narrare, quae eundem Principem retrahere possint a gratiae huiusmodi concessione; ne alias narratione horum ommissa, gratia Principis sit obreptitia, et sine effectu*; ANTÚNEZ PORTUGAL, D., *Tractatus de donationibus*, Tom. 2, Lib. 3, Cap. 42, núm. 49: *Est autem moratoria juris stricti, et est stricte intelligenda, ut comprehendat tantum debita praesentia, non futura, et creditores extantes non futuros*; núm. 50: *Hinc fit quod moratoria concessa a principe tanquam personalis non egreditur personam eius quia eam impetravit*; SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars II, Cap. 30, núms. 13-25: *Deinde debitor, qui hanc moratoria vult a principe impetrare, debet in supplicatione omnino ei narrare ea omnia, quae principem ipsum retrahere possint a gratiae huiusmodi concessione, etenim narratione horum ommissa gratia erit subreptitia, nulla et sine effectu: ideo debet narrare debiti qualitatem (hoc est) an debitum sit juratum, an proveniat causa delicti, et an regium sit, vel fiscale; an ex causa locationis, aut conductionis, an debitum sit Ecclesiae,*

[3] A su vez, la doctrina nos confirma que ésta debía ser concedida para un tiempo cierto, breve y limitado por el arbitrio del Príncipe; ya fuese anual o quinquenal, o, mediando causa grave, decenal, de lo contrario la concesión no tenía valor jurídico alguno –*si per multum temporis spatium moratorium Principis concedant* (392).

[4] Finalmente, si la concesión se ajustaba a derecho, ésta se iniciaba a partir del día en que se otorgaba el rescripto, o, en su defecto, se computaba desde su notificación (393).

3. LIMITACIONES

Con relación a las posibles limitaciones, cabe advertir que las fuentes legales y doctrinales aportan una prolija y minuciosa regulación que, al quedar plasmada en una pluralidad de supuestos

vel pupillorum; an sit pro emptione domus an aliquando aliam moratorium impetraverit ab eodem Principe, et an lis pendeat super debito; quibus in casibus non tenet concessio moratoriae generalis, prout late prosequitur.

(392) ANTÚNEZ PORTUGAL, D., *Tractatus de donationibus*, Tom. 2, Lib. 3, Cap. 42, núm. 38: *Dilationes moratorias ultra quinquennium Princeps concedere nequit iuxta veriore sententiam*; núm. 39: *Moratoria non semper debet esse quinquenalis, sed biennii, vel temporis modici intra quinquennium, pro temporis, et rerum occurrentium qualitatibus*; CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *De alimentis*, Cap. 12, núm. 26: *Debet haec moratoria rescripta semper concedi ad tempus certum, et limitatum, sed quia in jure non habemus stabilitum usque ad quod tempus concedi debeant, erit Principi arbitrium... Sed tamen, licet arbitrium sit, non potest concedere Princeps dilationem nisi pro modico temporis spatio... Taliter quod communiter a Doctoribus traditur, non valere concessionem, si per multum temporis spatium moratorium Princeps concedat... Tempus annalle, aut quinquennale, posse Principem concedere... Et ex magna causa, poterit usque ad decennium extendi tempus istud moratoriae... Et quod etiam ultra quinquennii tempus, possit a Principe moratoria debitoribus concedi.*

(393) IRANZO, J. J., *Praxis protestationum*, Cap. 45, núms. 9-10: *Tempus quinquennii, vel alterius termini dictarum litterarum incipit currere a die datae illarum, et non a die, quo notificantur, et praesentantur, creditoribus... Caeterum non antea debitori prossunt praedictae litterae, neque nocent creditoribus, quam ipsis denunciatae, et praesentae fuerint*; ANTÚNEZ PORTUGAL, D., *Tractatus de donationibus*, Tom. 2, Part. 3, Cap. 42, núm. 40: *Rescripta, quae concedunt dilationem moratorium, incipiunt currere a die datae ipsorum, non a die praesentationis.*

carentes de uniformidad, puede conducir al lector a una difusa comprensión de la institución.

La defensa que implícitamente los distintos Ordenamientos medievales hacen de los derechos de los acreedores se ve reflejada en las siguientes limitaciones:

[1] En primer término, se denegaba la solicitud de la moratoria por las deudas futuras (394), alimenticias (395), fiscales (396), eclesiásticas, pupilares, dotaes o por aquellas cuya razón devenía de un depósito o de una encomienda, de un legado testamentario, del esponsalicio, del ajuar, de una compra, de una sentencia (397), de un arrendamiento, o ya por la venta de un bien inmueble, por un delito (398), *et similia*, en cuyos supuestos se

(394) SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars II, Cap. 30, núm. 25: *nec moratoria impetrata proderit pro debitis postmodum contractis*; núm. 30: *Moratoria non afficit creditores futuros*; RIPOLL Y MAS, A. DE, *Regaliarium*, Cap. 24, núms. 20-21; ANTÚNEZ PORTUGAL, D., *Tractatus de donationibus*, Tom. 2, Part. 3, Cap. 42, núm. 49: *ut comprehendat tantum debita praesentia, non futura, et creditores extantes non futuros*; CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *De alimentis*, Cap. 12, núm. 16: *Et non nocent creditoribus futuris, et illis, qui creditum contraxerunt post rescripti concessionem*.

(395) Dentro del Derecho catalán, FONTANELLA, J. P., *De pactis nuptialibus, sive capitulis matrimonialibus, tractatus*. Barcinonae, 1622. Tom. 2, Claus. 6, gloss. 2, part. 4, núm. 58-63: *Moratoria concessa debitori non comprehendit causam alimentorum*.

(396) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 10: *Et quod moratoria principis secularis, non possit se extendere ad debita Ecclesiarum, aut personarum Ecclesiasticarum*.

(397) Furs 1,12,6: *Deute pledejat e jutjat, o de què sia plet pendent, ne de què alcun sia condempnat a pena del quart, de la qual condempnatio sia fet reeclam, no puxa ésser per nós allongat*.

(398) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núms. 44-46: *Solum ego llimitandum credo in Regno, in debitoris, cum responsione interesse formati, et procedentibus ex precio rei fructiferae immobilis venditae, nam in moratoriis dilationibus non erunt comprehensa hujusmodi debitoria, cum iniquum esset debitore, re, et precio frui... Et ex eadem ratione, judico, non esse comprehensa debita ex pensionibus locationis rerum, quarum fructus conductor percipit... Neque contra debitum fiscale, aut debitum ex delicto poterit profici moratoria... Idem dicendum credo, si annua quantitas solvatur loco legitimae, vel donec dos soluta non fuerit, nam cum haec cedat alimentorum loco, iniquum esset hujusmodi dilationibus subijci*.

denegaba la concesión de la moratoria (399) –*nequit moratorias concedere* (400).

[2] Dentro del ámbito de los derechos reales, se denegaba para las deudas de los censales o *violaris* (401); prohibición de la que se debía hacer una interpretación restrictiva (402), lo que, a juicio de la doctrina foral, contradecía las reglas del *ius commune* (403).

(399) Con carácter ejemplificador, Furs 1,12,5: *Debitum quod ratione commande sive depositionis debetur, aut ratione etiam legati in testamento vel ultima voluntate relictis, nos et nostri succedores prolongare aliquatenus non possumus. Addentes huic foro quod debitum ex causa sponsalicii vel dotis vel empconis seu venditionis nos nec nostri succedores prolongare possumus.*

(400) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núms. 10-13: *Nam contra debitum alimentorum, Ecclesiae, Opiphicum, Mercenariorum, et similum, non concedit Princeps hujusmodi moratoria rescripta, et hac de causa manifestari ei debet impetrationis tempore causa debiti... Similiter nequit habere locum moratoria contra debita pupillaria, neque comprehendet illa... Idem Privilegium datur viduis in creditis suis... Eodem modo, moratoria habet locum contra creditum dotale, nam si tractetur de exigenda dote, non potest impedimentum esse moratoria... In Regno autem, Princeps noster, salva sua clementia, neque pro debito depositi, dotis, aut sponsalicii, vel pro debito procedente ex relictis in ultima voluntate, nequit moratorias concedere... Idem erit tenendum, si moratoria desideretur obtineri pro debito super quo litigatur, aut jam debetur virtute sententiae in iudicatum transactae, nam non proficiet moratoria... Et generaliter, quibus in casibus propter privilegium personae, aut debiti, non habeat locum moratoria.*

(401) MIERES, T., *Apparatus super constitutionibus curiarum generalium Cathaloniae. Pars prima*. Barcinonae, 1621. Collatio IV, Cap. 4, núm. 21: *Nec debet condere elongamentum impediens solutionem censualium, et violariorum.*

(402) DE LUCA, J. B., *Theatrum veritatis et justitiae, sive decisivi discursum. Tractatus primi. Pars 1, De beneficii ecclesiastici in genere*. Coloniae Agrippinae, 1689. Disputatio 29, núm. 23: *Consuetudo, et observancia stricte intelligenda est, ad ejus praecisos limites, et non extendenda de loco ad locum, persona ad personam, casu ad casum, et cetera; Liber Decimus: De fideicommissis, primogenituris et maioratibus*. Romae, 1670. Disputatio 3, núm. 8: *Observancia in uno casu quandam peculiares rationem habens, non insluit in alterum diversum habentgem diversam rationem.*

(403) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 43: *Advertere tamen debes, quod forus noster, et constitutio Cataloniae, quoad haec, sunt contra juris communis regulas, et coarctanda sunt ad*

[3] En virtud del criterio que afirma: *moratoria, elapso tempore, inutilis* (404), se sostuvo que una vez hubiera concluido el plazo prescrito, no se admitía la solicitud de una nueva dilación, aunque pudiera concurrir *iusta et magna causa* (405).

[4] Las fuentes legales y doctrinales advierten que, si bien dentro del marco del *ius commune* era práctica común la concesión de una moratoria estando la cuantía de la deuda pendiente judicialmente, en el ámbito foral, al aplicarse el tenor literal del *Corpus Iuris* (406), ésta se denegaba cuando se hubiera incoado un litigio (407) o hasta que éste hubiera concluido con sentencia judicial firme (408).

[5] Dentro del ámbito estrictamente personal, se reconocía que no se podía conceder la moratoria a quien previamente había re-

casum de quo loquuntur... et ut jam diximus, non debent extendi ad alium casum...

(404) RIPOLL Y MAS, A. DE, *Regaliarium*, Cap. 24, núms. 9-10: *Sed neque privatus moratoriam obtinens, neque universitas, poterunt moratoria uti, si tempus praescriptum, et concessum in moratoria elapsum jam fuerit, etiam si intra tempus concessum, non utantur moratoria.*

(405) SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars II, Cap. 30, núm. 18: *Et secundum rescriptum moratorium, non potest impetrari contra debitores adversus quos impetratum jam fuit primum moratorium rescriptum, nam esset abuti Principis gratia, et debitori est imputandum quod sibi non prospexerit petendo tempus oportuno in primo rescripto ad credita satisfacienda. Bene verum est quod mana concurrente causa, obtineri poterit secundum rescriptum moratorium contra eosdem creditores primi, dummodo tempore impetrationis secundi, fiat mentio de prima gratia, aliter obrepticium foret.*

(406) C. 7,50,3: *Impetrata rescripta non placet admitti, si decisae semel causae fuerint iudiciali sententia, quam provactio meruerint, etiam limine iudiciorum expelli.*

(407) BAS Y GÁLCEÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 26: *Sed limita casu in quo lis terminata jam fuerit, et reperiatur sententia in iudicatum transacta, quia hoc in casu, propter auctoritatem rei iudicatae, moratoriae literae inutiles erunt... In Regno autem, tam lite pendente super debito, quam finita lite per sententiam transactam in rem iudicatam, nequit impetrari moratoria.*

(408) SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars II, Cap. 30, núm. 19; ANTÚNEZ PORTUGAL, D., *Tractatus de donationibus*, Tom. 2, Part. 3, Cap. 42, núm. 37: *Impetrans moratoriam tenetur facere mentionem de lite pendente, alias non valet.*

nunciado a la misma (409), o a quienes hubieran actuado dolosa o culposamente, dilapidando sus bienes (410); pero no a los que la fortuna les hubiera sido esquivia (411).

[6] Un último supuesto despierta la atención y la controversia doctrinal, y fue la posibilidad de extender este beneficio personal a los garantes, a los sucesores hereditarios o, ya en el ámbito familiar, a la esposa del deudor (412). En este sentido, los juristas sostuvieron que si bien, con carácter general, se debía afirmar su exclusión del beneficio de la moratoria, sí era posible observar numerosas excepciones que permitían a los fiadores hacer uso de este beneficio, ya por la concesión graciosa del Príncipe, ya cuando tuviera una acción de regreso contra el deudor principal (413).

(409) IRANZO, J. J., *Praxis protestationum*, Cap. 60, núm. 16; ANTÚNEZ PORTUGAL, D., *Tractatus de donationibus*, Tom. 2, Lib. 3, Cap. 42, núm. 48: *Dilatione quinquennali non juvatur debitor, si in contractu renunciavit dilationi a Principe impetrandae, vel jam obtentae, nisi in rescripto de renunciatione*; CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *De alimentis*, Cap. 12, núm. 12; SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars II, Cap. XXX, núm. 24: *ubi an debito per pactum moratoriae renunciatis, et se contra debitorem non impetraturum; nec impetranda usurum, nec moratoria impetrata proderit pro debitis postmodum contractis*.

(410) ANTÚNEZ PORTUGAL, D., *Tractatus de donationibus*, Tom. 2, Lib. 3, Cap. 42, núm. 64: *Moratoria non juvat decoctores, qui aliena fraudulenter corradunt*; CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *De alimentis*, Cap. 12, núm. 6: *Cum ergo hujusmodi moratoriae remedium, non debeat impartiri nisi illis qui fortunae asperitate aliena cum suis amisserint, et iniquum esset concedere illud quibus luxu, aut ludo, vel culpa, et data opera, amisserint bona*.

(411) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 47: *hanc poenae acerbitem contra fallitos negotiatores a foris Regni indictam, jam lege duodecim tabularum contra debitores nequiter foro cedentes, et fallitos stabilitam fuisse probatur*.

(412) ANTÚNEZ PORTUGAL, D., *Tractatus de donationibus*, Tom. 2, Lib. 3, Cap. 42, núm. 52: *Non extenditur ad fidejussorem secus si de eo facta sit mentio*; SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars II, Cap. 30, núms. 41-42: *Fidejussoribus regulariter non prodesse moratoriam impetratam a debitore, quamplurimi tentent Doctores. Maxime si non sint in supplicatione, et gratia expresse nominati*.

(413) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 33: *Primus casus est, quando moratoria non reperitur concessa ad praeces debitoris, sed motu Principis proprio concessa fuit, tunc enim dilatio debitori data, prodest etiam fidejussoribus*; núm. 34: *Secundus casus est, quando obligatio consistit in faciendo, nam tunc ratione individuitatis obligationis,*

A este conjunto de limitaciones, propias del *ius commune*, la doctrina foral nos informa cómo, en la práctica jurídica de algunos *iura propria*, se establecían dos excepciones o causas que limitaban o hacían inútil la concesión de la moratoria.

[7] En primer lugar, cuando se podía demostrar que dentro del término del aplazamiento, el deudor tenía o había tenido algunos bienes muebles con los que podría haber hecho frente a la deuda. En este supuesto, y a excepción de los utensilios domésticos, se estaba obligado a pagar la deuda a su acreedor con los mencionados bienes, sin que pudiera servir de obstáculo el aplazamiento obtenido para el pago (414).

[8] En segundo término, cuando el deudor, por habersele abonado las deudas contraídas, compraba casas, rentas, censos anuales o cualquier otra heredad o posesión, por entenderse que en este supuesto estaba obligado a pagar las deudas a sus acreedores, *non obstante moratoria* (415).

et mutui praejudicii debitoris, dilatio moratoriae concessa principali debitori proficiet etiam fidejussori; núm. 35: Tertius casus est, quando fidejussores conventi, regresum habent, non obstante moratoria, contra debitorem principalem, ut quia principalis debitor renunciavit beneficio moratoriae impetrandae, et fidejussoribus promissit non uti contra illos simili dilatione, tunc enim, quia moratoria remaneret inutilis, cum creditores per medium fidejussorum a debitores impetrante consequerentur debitum, debet prodesse fidejussoribus moratoria; núm. 36: Quartus casus est, quando fidejussor renunciavit beneficio cedendarum, nam poterit uti dilatione moratoriae principali concessa; núm. 37: Quintus casus erit, quando creditores agunt contra sequestrarios bonorum debitoris, quos poterunt defendere debitores ratione sui praejudicii, et ne interim, dilatione moratoriae pendente, vendantur eorum bona; núm. 38: Ultimus casus generalis, et comprehendens multos casus, est, quando debitori, vel correo, sequestratur damnum si fidejussor non uteretur exceptionibus personalibus competentibus principali debitori, nam licet juxta juris regulas, ut diximus, fidejussores non possint se juvare exceptionibus, seu privilegiis personalibus competentibus principalibus debitoribus.

(414) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 14: *Duplici etiam in casu erit inutilis in Regno moratoria. Primus erit, quando debitor qui moratoriam obtinuit habet bona mobilia ex quorum precio recte debitum solvere potest, nam ex illis debet solvere, non obstante moratoria, exceptis bonis privilegiatis, et utensilibus. Furs 1,12,6.*

(415) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 15: *Secundus est quando debitori fuerint mutuatae pecuniae, aut penes eum*

4. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

A tenor de estas consideraciones, la literatura jurídica coincide en afirmar que las consecuencias jurídicas de la institución pueden sintetizarse en tres claras consecuencias:

[1] En la posible excarcelación del deudor (416).

[2] En el deber de satisfacer la cuantía de la deuda con los intereses de demora (417), salvo que no fuera moroso al tiempo de ser concedida la moratoria (418).

depositae, et ex his pecuniis, vel ex pecuniis quas debet, emptas habet domos, aut census, vel alia bona immobilia, nam tunc non obstante moratoria ex illis tenetur solvere. Furs 1,12,7.

(416) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 50: *Possunt moratoriae litterae impetrari, non solum lite cepta, ut jam diximus, sed etiam executione cepta, virtute instrumenti guarentigii, et adhuc oblati curiae debitoris bonis; et impetrata moratoria praesentataque, supercederi debet in executione, et nihil innovari debet.*

(417) SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars II, Cap. 30, núms. 49-50: *Et quod curant usurae, et redditus pendente moratoria concessa debitori per principem; ANTÚNEZ PORTUGAL, D., Tractatus de donationibus*, Tom. 2, Lib. 3, Cap. 42, núm. 53: *Pendente dilatione concessa a Principe currunt usurae, quas creditor consequitur finita dilatione cum ipso debito; CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, De alimentis*, Cap. 12, núm. 21: *Quod non sine utilitate potest inquiri, est, an tempore moratoriae durante suspendatur usurarum cursus, vel currant usurae; et ad resolutionem inspiciendum est, quid dixerit in rescripto moratoriae Princeps? Nam si dixerit, quod pendente dilatione usurae non currant, non tenebitur praestare debitor hujus temporis usuras. Si vero Princeps dixerit quod interusura currant dilatione pendente, tenebitur debitor illa finita praestare usuras decursas moratoriae tempore. Sed si omiserit Princeps in rescripto obligationem interusura praestandi, et nihil dixerit de usuris, tenendum est, quod sive ex mora ceperint currere usurae, sive stipulatu debeantur, sive lege praestentur, current, durante moratoriae tempore, et tenebitur debitor elapsa dilatione moratoriae, non solum ad solvendum debitum principale, sed ad interusura decursa tempore moratoriae, nam indubio Principis beneficium non est interpretandum ut creditori in jure quaesito damnum aliquod ad ferat.*

(418) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 41: *Limita tamen doctrinam a nobis traditam, quando moratoriae tempore, et illius datae, debitor non fecerat moram, et propter hanc causam tunc temporis non dum inceperat usurarum cursus ratione morae, nam hoc in casu, tempore moratoriae durante, non current usurae ratione morae debitaе, neque tenebitur debitor finita dilatione usuras solvere.*

[3] En la imposible exigencia al deudor de abono de las cantidades adeudadas durante la moratoria (419).

V. LAS INDUCIAS O TREGUAS QUINQUENALES

1. ORIGEN

Conjuntamente con la cesión y la moratoria, en los distintos Ordenamientos forales (420) se concedía otro remedio –*aliud refugium* (421)– al que se acogían los deudores insolventes: las *inducias* (422) o las treguas otorgadas por un período de cinco años; tiempo en el que el deudor no podía ser molestado por los acreedores, ya en su persona o en sus bienes (423).

(419) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 50: *Quamvis in Regno haec sententia nequeat admitti, nam durante tempore moratoriae, proculdubio nequit debitor debitores suos convenire.*

(420) Con carácter ejemplificador, Furs 2,3,18.

(421) GUTIÉRREZ, J., *Tractatus de iuramento confirmatorio*, Pars 1, Cap. 65, *De induciis datis debitoribus per creditores*; PÉREZ, A., *Praelectiones in duodecim libros Codicis Justiniani*. Antuerpiae, 1720. Tom. 1, Tít. 71, *Qui bonis cedere possint*, núm. 24: *Porro non semper debitor ad cessionem urgetur, sed potest (si non supina negligentia, sed casu aliquo lapsus sit facultatibus) postulare inducias anni, trienni, vel quinquennii, quas facile solet Princeps, ejusque supremum Concilium concedere, data prius idonea cautione de debito solvendo. Itemque creditoribus consentientibus, quorum aliqui si dissentiant et malint cessionem eligere, alii vero inducias indulgere, decedit Justinianus ut a qua parte summa debiti major est, etsi tantum unus sit creditor, ejus electioni stetur, sive inducias dare, sive cessionem accipere velit; Idemque si aequalis sit numerus creditorum; si vero et in quantitate debita, et in numero creditorum sit aequalitas, tunc mitor et humanior eorum sententia praeferenda, qui inducias quinquennii conceduntur*; SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars II, Cap. 30, núm. 53: *tangentem moratorias miserationis causa concessas per creditores debitori (quae induciae vocantur) ne intra certum tempus debitor molestetur, nec conveniatur, ut magis commode ipse post terminum eisdem solvere possit: vel etiam quando creditores tractant, de remittenda certa parte suorum creditorum ipsi debitori, ut aliam eis solvat.*

(422) SÁNCHEZ DE MELO, L., *Novus tractatus de induciis*, Quaestio 1, núm. 5: *Induciae non in singulari, sed plurali loquutione solent nuncupari.*

(423) SÁNCHEZ DE MELO, L., *Novus tractatus de induciis*, Quaestio 1, núm. 13: *ut testis est Iavolenus, in l. omnis diffinitio, ff. De regulis iuris,*

Las fuentes legales y doctrinales, persiguiendo salvaguardar las garantías y los intereses de los acreedores, vinieron a delimitar el régimen jurídico de la institución, precisando su naturaleza, sus requisitos, el orden de prelación de créditos, los límites que la configuran, así como su tramitación procedimental.

2. NATURALEZA JURÍDICA

Con relación a su naturaleza, las *inducias* se presentaban, al igual que la moratoria, como un plazo dilatorio a favor del insolvente; pero se diferencia de ésta, tanto en la forma de su concesión –nacía del acuerdo con la mayoría de los acreedores, y no por rescripto real (424)– como por el ámbito de su aplicación, entre cuyas peculiaridades cabe destacar:

[1] La posibilidad de hacerlo extensible a los garantes (425), así como a los créditos que pudieran tener una naturaleza privilegiada (426), con especial referencia a los que devienen de las dotes o de los censos (427).

nostras inducias sic diffinio, nempe: Ut sint dilatio ab omni, aut maiori creditorum parte qualificata, debitoribus concessa, ad solvendum, intra quam molestari non possunt.

(424) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 54; IRANZO, J. J., *Praxis protestationum*, Cap. 60, núms. 20-21.

(425) SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars II, Cap. 30, núms. 74-75: *Sed an induciae, concessae per creditores debitori, prosint ejus fidejussoribus... Et idem affirmat in duobus correis... At differentiam moratoriae per principem debitori concessae, quae regulariter ejus fidejussoribus non prodest, nec ex ea se juvare possunt*; ANTÚNEZ PORTUGAL, D., *Tractatus de donationibus*, Tom. 2, Part. 3, Cap. 41, núms. 92-93: *Et quod induciae a creditoribus concessae prosint fidejussoribus... et quid in duobus correis an induciae uni concessae prosint alteri.*

(426) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 70: *non possit moratorium concedere contra creditum dotale, et alia privilegiata credita in dictis foris contenta... tamen si debitor inducias obtinuerit quinquennales a majori creditorum parte, non poterit inquietari adhuc pro credito ex causa dotis, aut depositi, vel alterius privilegii; imo durante induciarum tempore, impermissum erit hujusmodo creditoribus privilegiatis contra debitorem agere, cum diversum sit jus moratoriae Principis, et jus induciarum quinquennalium creditorum, nam fortius ligantur creditores in casu induciarum, ut extendatur concessio etiam ad privilegiata credita.*

(427) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 69:

[2] La viabilidad para exigir los intereses cuando previamente se hubieran estipulado o convenido (428).

[3] La potestad para convenir a sus deudores por la cuantía de la deuda (429).

Asimismo, siguiendo el planteamiento de SÁNCHEZ DE MELO, cabe diferenciarla de la cesión de bienes, en virtud de las siguientes líneas argumentales:

[*Prima differentia*] En su finalidad. Las *inducias*, a diferencia de la *cessio bonorum*, no tenían como propósito la excarcelación del deudor insolvente, sino la mera concesión de un plazo dilatorio, en el que éste no podía verse molestado por sus acreedores (430).

Sed adhuc instari poterit, ea consideratione, quod Princeps, nequit in Regno moratorium concedere adversus creditores censuum, et violariorum... Ergo similiter etiam si non concordent creditores de remittenda debiti parte, sed solum de dilatione danda, non poterunt hoc facere in praejudicium creditorum census, aut cujuslibet creditoris censum habentis, cum eadem militer ratio in creditoribus dilationem concedentibus, quam in Principe. Sed respondetur, quod de jure, tam dilatio moratoria a Principe data, quam a majori creditorum parte concessa comprehendit creditum census... Sed per foros, solum moratoria dilatio prohibetur a Principe concedi in praejudicium creditorum censualistarum: de dilatione vero concedenda a majori creditorum parte, nihil loquantur fori, sed omittunt casum, et cum casus omissus remaneat sub juris communis dispositione.

(428) ANTÚNEZ PORTUGAL, D., *Tractatus de donationibus*, Tom. 2, Part. 3, Cap. 42, núm. 54: *Contrarium tamen dicendum est induciis concessis a creditoribus, quia illis pendentibus non currunt usurae, seu interesse... ut procedat in usuris ratione lucri cessantis, quae non debentur induciis pendentibus, secus in redditibus promissis per stipulationem et interesse damni emergentis, quia etiam pendentibus induciis currunt*; SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars II, Cap. 30, núms. 51-52: *Usurae ratione lucris cessantis cessant per inducias concessas a creditoribus.*

(429) BAS Y GÁLCEZÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 73: *quod moratorium obtinens a Principe non possit intra tempus sibi concessum, petere debita sua... Et juxta juris communis regulas, et magis receptam opinionem, obtinens a Principe moratorium, non potest convenire debitores suos durante tempore moratoriae... Tamen qui a majori creditorum parte, inducias quinquennales obtinuerit, poterit suos debitores convenire, tempore induciarum pendente.*

(430) SÁNCHEZ DE MELO, L., *Novus tractatus de induciis*, Quaestio 2, núms. 12-31.

[*Secunda*] Por la condición del deudor. Así, nos dirá el jurista portugués, la *cessio bonorum* se diferencia de las inducias porque éstas podían ser solicitadas incluso por un deudor quebrado o doloso (431).

[*Tertia*] Por su tramitación. En concreto, ni se exigía que la solicitud del plazo dilatorio se realizase estando el deudor en la cárcel (432), ni que fueran citados todos los acreedores (433).

[*Quarta*] Por sus requisitos. En análogo sentido se mencionaba cómo, para la obtención de las inducias, no era necesario ni inventariar todos los bienes del deudor (434) ni dar una garantía de pago por si se devenía a mejor fortuna (435).

[*Quinta*] Por la posesión de los bienes. Una notable diferencia era el que el deudor cedente perdía la posesión de todos sus bienes, *non sic induciarius debitor, nam ea omnia quae habet* (436).

[*Sexta*] Por sus garantías. La cesión de bienes se concebía como un remedio ignominioso, concepción que no recaía sobre la inducia (437).

(431) SÁNCHEZ DE MELO, L., *Novus tractatus de induciis, Quaestio 2*, núms. 31-32: *differt bonorum cessio ab induciis quia illa dolose versantibus indulgerit non potest, nec solet... At vero induciarum concessio potest obtineri etiam in fallitis et dolosis debitoribus attento iure communi.*

(432) SÁNCHEZ DE MELO, L., *Novus tractatus de induciis, Quaestio 2*, núms. 33-34: *differt unum remedium ab alio quia bonorum cessio, secundum magis communem, non potest fieri nisi incarcerato debitore.*

(433) SÁNCHEZ DE MELO, L., *Novus tractatus de induciis, Quaestio 2*, núms. 37-38: *quia bonorum cessionem, omnes creditores citari debent.*

(434) SÁNCHEZ DE MELO, L., *Novus tractatus de induciis, Quaestio 2*, núms. 35-36: *quia in bonorum cessione inventarium debet facere debitor, omnia sua bona creditoribus indicando... At vero in induciarum concessione hoc non expressunt leges Imperiales.*

(435) SÁNCHEZ DE MELO, L., *Novus tractatus de induciis, Quaestio 2*, núms. 40-41: *quia de iure ille qui cedit tenetur cavere de solvendo suis creditoribus si ad pinguorem devenirit fortunam deducto eo quod sibi necessarium fuerit, alias non poterit liberari a carceribus... quae solemnitas in induciis necessaria non est.*

(436) SÁNCHEZ DE MELO, L., *Novus tractatus de induciis, Quaestio 2*, núm. 39.

(437) SÁNCHEZ DE MELO, L., *Novus tractatus de induciis, Quaestio 2*, núm. 43: *Cessionis bonorum remedium est ut plurimum ingominiosum, et quando tale apparet liberat ab omnimoda obligatione... At indicium beneficium... nunquam ingnominiam producit.*

3. REQUISITOS

[1] Con relación a los requisitos, en la mayoría de los Ordenamientos de la península, a diferencia de los estatutos comunales (438), no se exigía la citación previa de todos los acreedores en un lugar público (439), únicamente se obligaba al deudor que solicitara el plazo dilatorio a la mayoría de los acreedores, pero sin que se viera obligado a congregarlos en un lugar común (440).

(438) D. 17,1,1; SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars 2, Cap. 30, núms. 67-68: *Sed an id concedendis induciis citandi sint omnes creditores tam praesentes, quam absentes, vel sufficiat, quod major pars eorum concedat; gravis est inter nostro controversia, eo quod in iis, quae sunt communia pluribus, ut singulis, et in quibus major pars praejudicat minori, prout in nostro casu, de substantia actus est omnium citatio, et ut omnes audiantur*; SÁNCHEZ DE MELO, L., *Novus tractatus de induciis*, Quaestio 10, núm. 5. No obstante, en el número 20 sostiene: *Solemnitas conveniendi creditores omnes in uno loco, consuetudine tolli potest*.

(439) IRANZO, J. J., *Praxis protestationum*, Cap. 60, núm. 25: *et in praxi communiter recepta apud omnia tribunali, et illa intelligenda erit dummodo, citentur omnes creditores tam absentes, quam praesentes, et in uno loco simul congregentur, cum de omnium interesse agatur, vel saltem quod ab omnibus, et singulis petatur ralis dilatio (ubi adest consuetudo, quod omnes creditores non debeant necessario in unum locum congregari) Nam in his, quae sunt communia pluribus ut singulis, et in quibus maior pars praeiudicat minori, prout in hoc casu, de substantia actus est omnium citatio, et ut omnes audiantur*; núm. 26: *Et quod omnes creditores debeant in unum locum congregari de iure ad concedendam moratoriam dilationem*.

(440) SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars II, Cap. 30, núms. 71-73: *Fatemur tamen distinctionem Sanctii a Mello recte procedere, ubi adest consuetudo, ne creditores ad concedendas judicias debitori in uno, et eodem loco congregentur, et coadunentur, quia tunc cum a singulis creditoribus separatim possit tunc cum a singulis creditoribus separatim possit fieri induciarum concessio; prout in multis provinciis haec viget consuetudo... affirmans in Hispania formam congregandi in uno loco non observari, prout revera non observatur. Nam semper debitoris inducias postulant a singulis separatim creditoribus, et privatim, et postquam majoris partis assensum habent, illum superioris decreto confirmari procurant, ut deinceps tuti sint, adversus minorem partem, quam tamen pulsandam insuper fore ad confirmationis iudicium, at cogantur majoris partis accordio stare*; ANTÚNEZ PORTUGAL, D., *Tractatus de donationibus*, Tom. 2, Part. 3, Cap. 41, núm. 91: *Nisi adesset alicubi consuetudo ne creditores simul in uno loco congregentur ad concedendas inducias debitoribus, sed sufficere, quod separatim ab omnibus peterentur, et quod a maiori parte concederentur*.

[2] Se requería que los créditos fuesen veraces y no fraudulentos (441). En este sentido, la literatura jurídica nos informa de que era práctica habitual que los acreedores que se oponían por entender que eran fraudulentas, apelaran o protestaran su concesión *–ad superiorem–* quedando en suspenso hasta su resolución (442).

[3] Se exigía que la concesión fuese por un tiempo delimitado, ya fuese de cinco años o por un período aún menor (443).

No obstante este criterio, dentro de la *communis opinio* se cuestionó la posibilidad de que pudieran concederse *inducias* por un plazo superior al establecido por el Ordenamiento foral. En este sentido, si bien en otros ámbitos jurídicos o en alguna disposición jurisprudencial se otorgó una dilación por un intervalo de ocho años (444), la literatura jurídica y la jurisprudencia sostuvieron, amparándose en la tradición textual del *Codex* (445), que la concesión de un aplazamiento superior a los cinco años por la mayoría de los acreedores no podía, en ningún caso, suponer un perjuicio para

(441) ANTÚNEZ PORTUGAL, D., *Tractatus de donationibus*, Tom. 2, Part. 3, Cap. 41, núm. 77: *Atque insuper attendere debes, quod in concedendis induciis de veritate crediti creditorum debet constare, non per concessionem debitoris, nec per scripturam privatum, nec per creditum simulatum, ac fictum, nec per recognitionem schedulae ipsius debitoris: quia tales creditores non possunt praejudicare aliis veris creditoribus.*

(442) SÁNCHEZ DE MELO, L., *Novus tractatus de induciis*, Quaestio 14, núm. 3: *Minor creditorum pars quae se dicit laesam in accordio maioris partis potest ab illo ad superiorem appellare*; núm. 4: *Appellatio minoris partis ut admittatur debet constare evidenter de simulatione, aut fraude accordii maioris partis.*

(443) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 78: *Inquirere nunc oportet an tempus induciarum praecisse debeat esse quinquennale, an vero possit esse majus, aut minus. Quod possit esse minus, indubitatum est, nam si majori creditorum licet quinquennium dilationem debitori dare, licebit etiam minorem dilationem concedere, cum cui liceat quod est plus, et licet etiam, quod minus est. Cfr. Furs 2,3,18.*

(444) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 79: *Quod majorem habet difficultatem est, an major creditorum pars, possit inducias concedere debitori in praejudicium creditorum minorum in numero ad tempus decem annorum, aut octo, vel ad majorem dilationem, quam quinquenniis; nam ad solum quinquennium videtur limitatum hoc tempus.*

(445) C. 7,71,7.

los acreedores minoritarios, lo que permitía a éstos no observar la misma (446):

Senatus sententia publicata per Franciscum Paulum Alreus, die 13 Septembris 1631, inter Joannem de Sola, et Carolum Murcio.

Et quia Franciscus Murcio notarius, procurador Isach Poncet et Claudii Irullols mercatorum supplicatione posita die quarta mensis Junii labentis anni exposuit praedictos Poncet et Irullols tanquam maiores creditores in quantitate Johannis de Sola concessisse illi inducias octo annorum intra quos promitterunt nullam ei molestiam in ferre nec in bonis nec in persona... (447).

[4] Finalmente, entre esta variedad de requisitos, en el Reino de Valencia, a diferencia de lo dispuesto en otros ámbitos normativos (448), no se requería del deudor que presentara una garantía o una promesa de pago (449), o que la solicitud se manifestase con anterioridad a una demanda judicial, porque era posible su obtención, no sólo estando pendiente la causa de resolución judicial, sino, incluso, estando en vía de ejecución (450).

(446) SÁNCHEZ DE MELO, L., *Novus tractatus de induciis*, Quaestio 25, núm. 3: *Et ratio est, quai limitatum tempus a lege inducit formam.*

(447) A. R. V. Sentencias de la Real Audiencia. Sig. 13.612. Caja 106.

(448) SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars II, Cap. 30, núm. 6: *quousque prius suis creditoribus cautionem fidejussoriam, vel pignoratitiam praestet de solvendis creditis.*

(449) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 86: *In Regno nostro, ut induciae quinquennales suum debitum sortiantur effectum, non requiritur quod debitor qui illas obtinuit a suis creditoribus, praestet cautionem de solvendis debitis quinquennio elapso, nam licet huiusmodi cautio praestari debeat quando a Principe conceditur moratoria... Et quoad minus cautio juratoria a debitore praestanda est, non inveniente propter suam inopiam fidejussores... Tamen apud nos debitores obtinentes inducias quinquennales a majori creditorum parte, neque adhuc juratoriam cautionem praestant, et absque ulla cautione executio induciarum fit, quod de jure procedere tradunt in his induciis quinquennialibus a majori parte creditorum concessis.*

(450) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 81: *Poterunt obtineri induciae quinquennales a creditoribus, non solum ante litem, et anteaquam creditores judicialiter sua petierint credita, sed poterunt obtineri etiam pendente lite, aut re judicat, aut in executione rei judicatae.*

4. LIMITACIONES

[1] Con relación a las limitaciones o cautelas a las que se debía someter el régimen jurídico de las *inducias* (451), se estableció, en primer término, que sólo se podía autorizar una única concesión, esto es, una vez otorgada la dilación por cinco años no debía verse prorrogado este período (452); pero, no obstante, si de hecho se obtenía una nueva prórroga, los acreedores que se oponían tenían el derecho a reconvenir al deudor el cobro de sus créditos (453).

[2] Las fuentes legales (454) y doctrinales nos informan de que no era viable su solicitud cuando previamente se hubiera renunciado a este beneficio de forma explícita (455).

[3] Se limitaban los beneficios de la institución a quien, *a posteriori*, renunciaba a la misma; en cuyo supuesto se reconocía al acreedor la posibilidad de exigir el cobro de la deuda (456).

(451) En este sentido, SÁNCHEZ DE MELO, L., *Novus tractatus de induciis, Quaestio 9*, núm. 2, nos dirá: *Statutum prohibens inducias, est irrationale*.

(452) SÁNCHEZ DE MELO, L., *Novus tractatus de induciis, Quaestio 27*, núm. 2: *Concessio induciarum quinquennialium facta per creditores debitori, intelligitur pro prima vice, et illis finitis duplicari non possunt*.

(453) PAZ, *Praxis*, Tom. 1, part. 4, Cap. 6, núm. 6: *Finito quinquennio induciarum a majori creditorum parte concessarum, nequit debitor aliam novam dilationem obtinere quinquennalem, vel minorem contra eosdem creditores primae dilationis, neque cessionem bonorum facere, et si de facto novas obtinere inducias, poterunt, illis non obstantibus, creditores qui in secundis induciis non consentierunt libere convenire debitorem, et credita exigere*.

(454) Furs 1,12,7. En análogo sentido, C. 2,3,29.

(455) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 74: *Excluduntur debitores ab induciarum quinquennialium remedio, quando in obligatione, vel contractu, et instrumento de illo facto, renunciarunt cum juramento induciarum beneficio, prout jam hodie cauti, et praedicti Notarii in clausulis intrumentorum, hanc interponunt renunciationem juratam, neque debitori proficiet induciarum concessio, si illarum beneficio renunciaverit, nam cum hujusmodi beneficium commodum particulare debitoris respiciat, proculdubio poterit ei renunciare*.

(456) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 77: *Quod utile erit, quamvis in instrumento crediti noviter, et post inducias contracti, non fuerit apposita renunciatio jurata induciarum, nam si induciis renunciatum fuerit, cum soleat renunciari, tam obtentis, quam obtinendis, inutilis haec Quaestio erit, cum jam virtute renunciationis possit creditor exigere quod sibi debetur*.

[4] Finalmente, se advierte que no era lícita la extensión de su aplicación a las deudas contraídas con posterioridad a su concesión (457), o por el impago de las compras realizadas en la Corte de Justicia (458), en cuyo supuesto, el Ordenamiento foral exigía la permanencia en la cárcel hasta que fuera abonado el precio de la compra (459).

5. ORDEN DE PRELACIÓN DE CRÉDITOS

Con relación al orden de prelación de créditos, tanto las fuentes legales (460) como doctrinales mantuvieron el criterio según el cual "Aquél que estuviere obligado a muchos acreedores, y los bienes del deudor no basten para satisfacer ni pagar las deudas de dichos acreedores y éstos convinieren en consenso unánime y declararen de que parte de la deuda de cada uno sea satisfecho y pagado, ordenamos que esto sea mantenido y observado. Pero, si dichos acreedores disintieren, entonces la voluntad de la mayoría de los acreedores debe ser respetada. Decimos que es mayoría según la forma y la cantidad de la deuda y no según el número de las personas; mas si los acreedores estuvieren igualados en la cantidad de la

(457) ANTÚNEZ PORTUGAL, D., *Tractatus de donationibus*, Tom. 2, Part. 3, Cap. 41, núm. 87: *Dilatio a creditoribus concessa non comprehendit creditores post dilationem quaesitos*.

(458) BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 82: *Poterit etiam debitor obtinere huiusmodi inducias quinquennales a majori creditorum parte, etiam si pro debitis, et quia non inventus fuit solvendo, carceratus reperiantur: et obtentis induciis, debet excarcerati si ad huc in carcere fuerit pro debito, cujus causa induciae concessae fuerint... Non tamen requiritur, ut debitor inducias obtineat carceratus, ut carceris molestiam effugiat, nam etiam si excarceratus, et in libertate positus fuerit, poterit inducias obtinere, ut non carceretur... Et quod carceratus debitor possit inducias quinquennales a majori creditorum parte obtinere, et illis obtentis a carcere debeat liberari... Limita tamen haec, quando debitor carceratus esset pro precio rei per curiam emptae, nam cum debeat captus, et carceratus detineri quousque integre solvat, non poterit excarcerari per concessionem induciarum, aut moratoriae*.

(459) Furs 8,5,15; 8,5,16.

(460) Furs 2,3,16. Véase su precedente en C. 7,71,8.

deuda, entonces se ha de seguir la voluntad de los acreedores que fueren más" (461).

Admitido que el acuerdo adoptado por la mayoría de los acreedores obligaba a la minoría (462), mayor polémica doctrinal planteó la posibilidad de que el mayor número de acreedores *chyrographarios* pudieran conceder *inducias* en perjuicio de los acreedores hipotecarios, eventualidad que fue ampliamente rechazada por un sector de la literatura jurídica coetánea (463), aunque, sin embargo, fue refrendada por la praxis jurídica de algunos Reinos (464):

(461) SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars II, Cap. 30, núms. 58-61: *Major creditorum pars quoad concedendas inducias dicitur, sive in numero, sive in debiti quantitate. In debiti quantitate dicitur major pars, quando creditores, licet minores in numero, aut unus creditor habet majorem quantitatem creditit, quam caeteri omnes, tunc enim licet in numero sint caeteri major pars, quia isti, vel istae in quantitate sunt major pars, poterunt inducias concedere*; núms. 58-59: *Si autem creditores inducias concedentes, et negantes illas, fuerint pares in quantitate, sequenda est sententia majoris partis in numero. Si vero aequales fuerint in numero, et quantitate, sententia concedentium inducias, sequenda est*; ANTÚNEZ PORTUGAL, D., *Tractatus de donationibus*, Tom. 2, Part. 3, Cap. 41, núms. 77-79: *ita ut si plures sint creditores concordēs in concedendis induciis quinquennialibus, teneatur debitor inducias etiam invitus acceptare, quia creditorum est electio, vel quinquennale spatium indulgere, vel cessionem bonorum accipere... Quod si plures sint creditores discordes inter se, quia alii inducias volunt concedere, alii potius cessionem accipere, illa pars sequenda erit, cui plus debetur, ita ut si uni creditori plus debeatur, quam omnibus aliis, illius sententia erit amplectenda, et illi cedere debent caeteri creditores, et si plures sint creditores ex diversis quantitatibus, majori cumulo standum est, nulla personarum habita ratione, at vero si pari quantitate debiti inventa, dispari vero creditorum numero, tunc major pars creditorum praevallet, et si undique datur aequalitas tam debiti, quam numeri creditorum, sequenda est tamquam humanior sententia eorum qui quinquennale spatium indulgent, ut omnia probat Justinianus*; SÁNCHEZ DE MELO, L., *Novus tractatus de induciis*, Quaestio 21.

(462) IRANZO, J. J., *Praxis protestationum*, Cap. 60, núm. 28: *Quaem admodum si maior pars creditorum in eodem loco congregatorum, paciscatur cum debitore de remittendo illi certam debiti partem, tale pactum minori parti creditorum nocebit*.

(463) SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars II, Cap. 30, núm. 77: *... tamen hoc non procedit quando creditores pro majori parte non habent hypothecas et minor pars haberet hypothecam, namque tunc major pars non praejudicat minori, et ita scribunt Azo*.

(464) BAS Y GÁLCEZÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 61:

Senatus sententia publicata per Ioannem Daza die 29 Augusti 1616, inter Ugonem de la Playa, et Stephanum Capiceo.

... et quod major pars creditorum chyrographariorum inducias concedens, obliget minorem partem etiam hypothecas habentem, declaravit... (465).

La consecuencia jurídica de este orden de prelación fue que una vez acordada la dilación en el pago de la deuda por la mayoría de los acreedores, a ésta se habían de someter la minoría, lo que determinaba que el deudor no podía ser molestado, ni en su persona ni en sus bienes (466).

6. PROCEDIMIENTO

Finalmente, la doctrina, ante las numerosas lagunas legales que sobre esta institución presentan los distintos Ordenamientos, nos informa sumariamente del procedimiento que se seguía en la praxis jurídica bajo-medieval (467).

His tamen minime sugerentibus tendum est, quod etiam si major creditorum pars fuerint chyrographarii, et minor hypothecarii, poteri major chyrographariorum pars inducias quinquennales concedere in praejudicium minoris partis hypothecariorum, dummodo creditum verum habeant, prout est textus expressus, l. final. Cod. qui bonis cedere possint, ibi: Nulla quidem differentia inter hypothecarios, et alios creditores quantum ad hanc electionem observanda.

(465) A. R. V. Sentencias de la Real Audiencia. Sig. 1112. Caja 61.

(466) IRANZO, J. J., *Praxis protestationum*, Cap. 60, núms. 23-24; BAS Y GÁLCEÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, núm. 66: *Concessis, et obtentis quinquennialibus induciis a majori creditorum parte, nequit minor creditorum pars etiam discentiens, aut ignorans concessionem, aut aliquis creditor non conveniens, molestare debitorem, sed stare tenentur resolutioni majoris partis, et praejudicati ex illa resolutione remanent... neque posse creditores minores in quantitate, intra dilationem quinquennalem, molestare debitorem, neque executionem contra illum facere in bonis, neque in persona, carcerando illum... Et quod durante induciatam tempore, non possit minor creditorum pars non consentientium, aut creditor aliquis, facere executionem in bonis, aut persona debitoris... Et quod durante induciarum tempore debitor carceribus mancipari non debeat.*

(467) Del carácter sumario del procedimiento nos informa SÁNCHEZ DE MELO, L., *Novus tractatus de induciis, Quaestio 17.*

Como nos informa SÁNCHEZ DE MELO, en la práctica jurídica, las *inducias* se obtenían cuando el deudor, “por los infortunios de los tiempos” o por las pérdidas económicas, no podía acudir a dar pronta satisfacción de sus créditos, pactando, con la mayor parte de sus acreedores (468), la concesión de un plazo dilatorio de cinco años con el que poder hacer frente al pago de los créditos. Una vez alcanzado dicho acuerdo, los acreedores acudían ante un notario, y, en presencia de varios testigos, declaraban la concesión del mencionado período dilatorio (469). Reconocida notarialmente la dilación, el deudor presentaba una instancia ante el juez ordinario (470), o, en su defecto, ante la Real Audiencia, para que se declarase que la menor parte de los acreedores debían respetar la espera concedida, sin que, durante el plazo otorgado, pudieran solicitar la ejecución de sus bienes, ni su encarcelación por razón de sus créditos (471).

(468) SÁNCHEZ DE MELO, L., *Novus tractatus de induciis*, Quaestio 16, núm. 1: *Induciarium concessio pendent ab arbitrio creditorum*.

(469) SALGADO DE SOMOZA, F., *Laberynthus creditorum*, Pars II, Cap. 30, núm. 73: *In nostra praxi conceduntur induciae, facto et conscripto instrumento publico coram Notario, et testibus a majori creditorum parte, in quo creditores, dicentes miseros esse infortuniis debitoris, concedunt dilationem supradictam quinquennalem. Quae quidem confirmatio in nostro Regno fit, proposito libello in tribunali superiori, aut coram ordinario, petendo, exhibita concessione iudiciarum, quod declaratur minore creditorum partem stari debere concessioni induciarum, et quod interim non detur locus, ut executio fiat in debitoris bonis, aut persona*.

(470) SÁNCHEZ DE MELO, L., *Novus tractatus de induciis*, Quaestio 16, núm. 5: *Induciarum concessio debet approbari a iudice cui hac de re cognitio competit*.

(471) SÁNCHEZ DE MELO L., *Novus tractatus de induciis*, Quaestio 19, núm. 4: *Attento iure commune, et Lusitano debitor qui petit inducias non oportet quod sit carceratus*.

ASPECTOS NOTARIALES DE LA LEY DE MEDIACIÓN. REFERENCIA A LA MEDIACIÓN FAMILIAR

José Manuel Vara González

Notario

Resumen: La Ley de Mediación, de 7 de julio de 2012, regula por primera vez a nivel estatal esta modalidad de mecanismo alternativo de resolución de conflictos en los campos civil y mercantil, trasponiendo la directiva comunitaria del 2008 sobre el tema. Es característica general de la ley su flexibilidad: permite que la mediación se desarrolle en su totalidad extrajudicialmente y no excluye el asesoramiento jurídico como elemento de la actuación del mediador. Regula la escritura pública como título ejecutivo del acuerdo alcanzado en mediación. Este trabajo analiza la naturaleza jurídica de dicha escritura en relación al acuerdo de mediación y propone soluciones a algunos problemas que habrán de plantearse en la práctica notarial.

Palabras clave: mediación, acuerdo de mediación, asesoramiento jurídico, escritura pública, escritura de elevación a público, título ejecutivo.

Abstract: The Mediation Law, 7th July 2012, contains a non-precedent nationwide regulation of this form of alternative dispute resolution, involving civil and commercial matters. This law develops the 2008 european directive about the subject. Flexibility is one of its main features: the rule allows that the whole mediation procedure can be carried through outside the courts, and legal advisement is regarded as an ingredient of mediator's role. The Law sets the notarial deed containing the mediated agreement as an enforcement title, able to file a writ of execution. The article analyzes the legal nature of this title deed concerning the mediation agreement, and proposes solutions to some of the problems likely to arise in notarial practice.

Key words: mediation, mediation agreement, legal advisement, public deed, enforcement title.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA LEY
 - Concepto y modalidad legal de mediación
 - El asesoramiento jurídico como ingrediente de la mediación
 - Ámbito de aplicación
 - Coordinación de la mediación con el ámbito jurisdiccional
 - Compatibilidad entre mediación y medidas familiares provisionales
 - Titulación, formación y responsabilidad de los mediadores
- III. ESCRITURA DE ELEVACIÓN A PÚBLICO DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN
 - La naturaleza jurídica del acuerdo de mediación que se documenta
 - El título ejecutivo en la mediación
 - Redacción del acuerdo de mediación por el propio mediador
 - La naturaleza documental de la escritura pública de elevación
- IV. ALGUNOS PROBLEMAS DE PRÁCTICA NOTARIAL
 - Clase de documento autorizado
 - La necesaria intervención de todas las partes en la escritura
 - Sobre la intervención de más de dos partes en el acuerdo y en su elevación a público
 - La intervención del mediador en la escritura
 - Capacidad necesaria para la escritura de elevación a público
 - Especialidades en materia de representación
 - Contenido típico de la escritura
 - Contenido atípico de la escritura

El BOE del 7 de julio de 2012 publica la Ley 5/2012, de 6 de julio, “de mediación en asuntos civiles y mercantiles” (en adelante, “la Ley”), con entrada en vigor a los veinte días de su publicación. Este texto es el resultado de la tramitación como ley ordinaria y por procedimiento de urgencia del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo anterior.

Con esta norma se traspone la directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. Desde mayo de 2011 el legislador español había incumplido el plazo de tres años que la

propia directiva establecía para la incorporación al derecho interno. Según la Exposición de Motivos esa sería la causa de haberse acudido inicialmente al mecanismo legislativo del decreto-ley, ante el riesgo de que el Estado Español fuera sancionado por las instituciones europeas. Lo cierto es que no sólo regula la mediación transfronteriza, sino que contiene una reglamentación más amplia de la figura y pretendidamente completa, no llamada a ser desarrollada por las comunidades autónomas en ejercicio de sus competencias.

El preámbulo justifica también la iniciativa legislativa en una disposición adicional de la ley de divorcio exprés del año 2005, que encomendaba al Gobierno el desarrollo de la figura. La mención es importante, pues evidencia que la norma comprende también la mediación familiar, pese a haberse suprimido en el texto final toda mención a la misma, y de rebote parece renunciarse definitivamente a una regulación específica de una materia en la que las comunidades autónomas han venido promulgando distintos textos de imposible coordinación y dudoso respaldo competencial.

El texto final se apoya en sólidas bases prelegislativas. Antes del cambio político, el Ministerio de Justicia había publicado en septiembre de 2010 un anteproyecto de ley de mediación sobre principios conceptuales parecidos a los del texto final. Sobre el mismo recayeron dictamen del Consejo de Estado de 17 de febrero de 2011 (referencia en base de datos 2222/2010-Justicia), e informe del Consejo General del Poder Judicial (accesible en la base de datos del Cendoj). Las modificaciones sugeridas dieron lugar al proyecto de ley de mediación publicado en el *Boletín del Ministerio de Justicia* de 8 de abril de 2011, cuya tramitación parlamentaria quedó frustrada por el adelanto electoral de noviembre de 2011 en fase de ampliación del trámite de enmiendas en primera lectura de la comisión del Congreso. El Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, constituye la primera regulación de rango legal y ámbito estatal; es la base de la ley hoy vigente, salvo las modificaciones que se introdujeron en la tramitación parlamentaria referidas a la formación de los mediadores y su régimen de responsabilidad, y a cuestiones accesorias de procedimiento y de incardinación procesal.

La ley vigente respeta la literalidad de la mayoría de los preceptos del proyecto de 2010, salvo ciertas modificaciones de estricta iniciativa política, algunas de gran calado, e introduce otros cambios

en la Ley de 2006 de acceso a las profesiones de abogado y procurador con la finalidad de suavizar el régimen transitorio respecto a los estudiantes de derecho y los letrados extranjeros afectados por las nuevas exigencias.

La norma se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia civil, mercantil y procesal. El Tribunal Constitucional ya había confirmado la competencia estatal en materia de resolución extrajudicial de conflictos en las sentencias 15/1989 y 62/1991. Sin embargo, Cataluña y Cantabria han regulado la mediación civil general a través de normas específicas, de éxito escaso en la práctica por no constituir mecanismos verdaderamente alternativos a la vía judicial.

Al margen de los aspectos de mayor incidencia notarial que se analizan al final, pueden destacarse como **características generales** de la norma las siguientes:

1. CONCEPTO Y MODALIDAD LEGAL DE MEDIACIÓN

Mantiene del proyecto el concepto de mediación como “*medio de solución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*”. La frontera con el arbitraje está clara, pues en éste, sea de derecho o de equidad, es el árbitro quien proporciona la solución al conflicto a solicitud de las partes, y además en general sin posibilidad de recurso.

Respecto a las modalidades de mediación, el mundo anglosajón distingue entre la “*evaluative mediation*”, en que el mediador propone soluciones al conflicto, y la “*facilitative mediation*”, en que sólo facilita la comunicación entre las partes. Aunque la diferencia radica también en algunos elementos de las técnicas mediadoras, a efectos jurídicos la línea divisoria hay que buscarla en la concurrencia del componente de asesoramiento como inherente a la mediación o como extraño a él. Algunos reglamentos de instituciones internacionales de mediación excluyen que el mediador pueda realizar funciones de asesoramiento de las partes, especialmente en el campo jurídico, idea que parece estar presente en la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación. Según dicha tesis, el asesoramiento jurídico sería incompatible con la objetividad y neutralidad inherentes a la labor de mediación, y de algún modo restrictivo del derecho

de defensa en relación a la asistencia letrada. Es realista reconocer que subyace a la polémica cierto conflicto de intereses corporativos que distorsiona el planteamiento jurídico del debate.

A nuestro juicio, la Ley de Mediación no sólo no excluye esa posibilidad, sino que considera **el asesoramiento, incluido el asesoramiento jurídico, como un posible ingrediente institucional de la mediación**. Pensamos especialmente en la mediación familiar. Se aportan los siguientes argumentos:

a) La opción de política legislativa respecto a las variantes tipológicas de la mediación está permitida por la propia directiva comunitaria en su artículo 3.b. La opción del legislador español está contenida en la definición de la institución del art. 1 de la Ley, carente de todo precedente legal, y que es compatible la actuación colaborativa del mediador.

b) La exposición de motivos confiesa que *"en ningún caso pretende esta norma encerrar toda la variedad y riqueza de la mediación, sino tan sólo sentar sus bases y favorecer esta alternativa"* (punto III, párrafo 1.º). Es razonable interpretar su articulado en sentido de comprender varias alternativas, pero sin excluir la modalidad de mediación que comprenda el asesoramiento jurídico.

c) El decreto-ley "convalidado" por el texto vigente no exigía titulación académica superior para ejercer como mediador, pero determinaba que la formación específica requerida debería proporcionar los *"necesarios conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de mediación"*. El art. 11.2 del texto legal final ha resucitado del proyecto de 2010 la exigencia de titulación universitaria o formación profesional superior, además de una formación específica cuyo contenido mínimo se remite al desarrollo reglamentario, al desaparecer el inciso transcrito. Es decir, el texto final de la Ley es más exigente en cuanto a la titulación y en cuanto a la formación del mediador que el decreto-ley. Carecería de sentido que si el mediador ha de tener conocimientos y, entre ellos, conocimientos jurídicos como expresamente aludía el decreto-ley, no pueda aplicar dichos conocimientos en interés del buen fin de la mediación, a través del asesoramiento de los mediados.

Por otra parte, tampoco tendría sentido que las recientes iniciativas de muy señalados colectivos jurídicos en orden a crear instituciones de mediación excluyeran la posibilidad de cualificar sus servicios con la nota de distinción con que dichos colectivos son percibidos socialmente: la excelencia jurídica.

d) El art. 13.1 dispone que *"el mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará por que dispongan de la información y asesoramiento suficientes"*. La información y el asesoramiento se configuran como elementos de garantía de la libertad y conciencia del consentimiento prestado por las partes al acuerdo que se logre. No exige el precepto que el mediador haya de remitir necesariamente a las partes a asesores o informadores externos al mecanismo de la mediación, pudiendo serle proporcionado por el mismo mediador o por personal de la propia institución de mediación requeridos a tal fin. Los límites se proyectan hacia las dos partes del proceso de mediación: respecto a los mediados, consisten en que la información o asesoramiento sean voluntariamente aceptados por ellos, no afectando a su derecho a apartarse del proceso en cualquier momento sin necesidad de alegar justificación alguna; respecto al mediador, que la información y asesoramiento facilitados no afecten al estricto respeto a los principios de igualdad, imparcialidad, objetividad y confidencialidad (arts. 7 a 9).

Esta parte del artículo figuraba igual en el primer anteproyecto del Ministerio de Justicia y ha mantenido idéntica redacción en todo el proceso legislativo, desarrollado a caballo entre las dos legislaturas. Y ello, pese a la multitud de enmiendas planteadas en la tramitación parlamentaria de la ley, especialmente por parte de los grupos nacionalistas catalanes, para recoger expresa y literalmente la *"necesidad"* de que el asesoramiento hubiera de ser prestado por juristas externos al proceso de mediación.

e) En el anteproyecto del 2010 y en el proyecto del 2011 se configuraba el propio acuerdo de mediación como título ejecutivo sin necesidad en general de elevación a escritura. Los dos textos hacían descansar en el mediador cierto control de legalidad del acuerdo, que en el caso del art. 28,3 del anteproyecto era integral y revisor de los términos del acuerdo redactado por las partes o sus representantes.

El art. 23.2 del texto definitivo ha excluido la necesidad de que el acuerdo de mediación sea firmado por el propio mediador, como figuraba en el decreto-ley, bastando con que lo sea por las partes o sus representantes. Según las intervenciones parlamentarias en defensa de las enmiendas que dieron lugar a este texto, esto se debe no tanto a que el acuerdo tenga contenido esencialmente jurídico y exceda por tanto las cualidades y competencias del mediador, sino más bien al contrario, por la eventual disconformidad del mediador con los términos en que el acuerdo ha reflejado jurídicamente los consensos cristalizados en la sesión final. Además, el propio art. 23 impone al mediador actuaciones de matiz tan inequívocamente jurídico como son "informar a las partes del carácter vinculante" del acuerdo, es decir, instruirles sobre su coercibilidad jurídica, y nada menos que asesorarles del valor de la escritura pública como título ejecutivo.

Es decir, todos los textos prelegislativos y el texto legal vigente han contemplado distintos tipos de actuaciones del mediador en términos estrictamente jurídicos, incluyendo redacción de textos comprensivos de obligaciones jurídicas, valoración de textos jurídicos heterógrafos e información a las partes de naturaleza legal. Sería absurdo que alcanzando su actuación como mediador tal grado de afectación jurídica, hubiera sin embargo de quedar prohibida dentro de su labor la posibilidad de asesorar jurídicamente a los mediados.

f) Experiencias de otros países y de las legislaciones autonómicas ilustran que el éxito social de la institución ahora regulada radicará en que el control de legalidad de los acuerdos se verifique eficazmente dentro del propio circuito extrajudicial de mediación. De lo contrario, el recurso a los juzgados y a sus operadores jurídicos será inevitable, no ya para ejecutar los acuerdos, sino para alcanzarlos.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

El ámbito material y personal de aplicación de la norma está contenido en su título I, de disposiciones generales. Excluye, igual que la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003, lo relativo a "*derechos y obligaciones indisponibles*". Se refiere a las cuestiones reguladas por normas imperativas dictadas en interés de terceros, transidas en general de la nota de orden público, si bien sujetas a

interpretación restrictiva en tanto que represoras del principio constitucional de libertad civil y del más concreto de autonomía de la voluntad en el ámbito jurídico privado. Existe en el Código Civil una enumeración ejemplificativa de materias excluidas, respecto al contrato de transacción, en el art. 1824: lo estarían el estado civil de las personas, cuestiones matrimoniales o alimentos futuros. Normas específicas excluyen la mediación en determinadas materias, como por ejemplo, el art. 34 Ley de arrendamientos rústicos de 26 de noviembre de 1993, que sólo contemplaba el arbitraje como mecanismo extrajudicial de solución de conflictos.

Más adelante calificaremos la naturaleza jurídica del acuerdo de mediación como la perfección de un contrato civil de transacción. Así entendida, la mención a "*cuestiones matrimoniales*" evoca el problema de la patria potestad de los hijos menores como materia de mediación en los conflictos familiares, campo de gran incidencia social, perentoriamente necesitado de soluciones extrajudiciales. El art. 751 LEC proclama con carácter general la indisponibilidad del objeto del proceso cuando verse sobre guardia y custodia de menores, excluyendo explícitamente la posibilidad de transacción judicial. Sin embargo, el art. 8.º del proyecto de Ley de 2011 decía que "*En la mediación familiar se debe tener presente el interés superior del menor*", apartado que no figura en el texto vigente, al rechazarse las enmiendas presentadas en Congreso y Senado para reintroducirlo tras su supresión en el decreto-ley, o para hacer preceptiva la homologación judicial de todos los acuerdos de mediación afectantes a menores o incapacitados. El inciso eliminaba cualquier duda acerca de que las relaciones de parentalidad podían ser objeto de mediación, si bien introducía esa restricción a la actitud colaborativa del mediador y, con ello, a la libertad de pacto de las partes en conflicto. Admitida la premisa de que la norma vigente comprende la mediación familiar, la supresión del inciso y el rechazo a las enmiendas parlamentarias sólo pueden ser interpretados en el sentido de la supresión de la restricción.

Es decir, los progenitores en conflicto podrán regular en el seno de un proceso de mediación el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos comunes, aunque no su titularidad. El "*interés del menor*" no podrá ser invocado extrajudicialmente como criterio restrictivo de la libertad de las partes para alcanzar cualquier acuerdo; el control de legalidad de los acuerdos, ejercido por el propio mediador en

su ámbito de actuación con ocasión del desarrollo de la mediación, y en su caso, por el notario autorizante de la escritura de elevación a público del acuerdo, incluirá la ponderación del interés del menor como un criterio jurídico más, tal y como está formulado en los instrumentos internacionales ratificados por España y en la LO 1/96. De pretenderse la ejecución jurisdiccional del acuerdo, será entonces indispensable la intervención del Ministerio Fiscal como órgano encargado de velar por la protección del interés de los menores (art. 749.2 LEC), pudiendo, si es el caso, en el seno de la fase de cognición del propio proceso ejecutivo, oponerse a la ejecución de los acuerdos que considere que vulneran dicho interés. Por esos mismos motivos, corresponderá al juez la potestad de denegar el despacho de la ejecución al amparo de la depresión de los principios procesales dispositivo y probatorio que en esta materia consagran los artículos 752 y 776 LEC.

Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la ley las esferas penal, regulada en otra directiva distinta, laboral y de consumo, y como novedad respecto del proyecto de ley, la mediación ante las Administraciones Públicas. La directiva excluye también de la mediación transfronteriza los asuntos fiscales y los aduaneros, y específicamente dentro de los administrativos, los relativos a la responsabilidad del Estado.

3. COORDINACIÓN DE LA MEDIACIÓN CON EL ÁMBITO JURISDICCIONAL

Siguiendo las directrices del informe del CGPJ, desaparece en el texto final respecto del proyecto toda regulación de la mediación legalmente obligatoria previa a la vía judicial. Sin embargo, la Ley mantiene preceptos de los textos prelegislativos que configuraban la mediación intrajudicial como modalidad básica de la figura. Así, la invitación desde el juzgado a que las partes consideren la posibilidad de suspender el procedimiento para acudir a mediación puede producirse en tres momentos procesales: en la comparecencia previa ante el juez del art. 415 LEC; en la citación para vista por el secretario judicial del art. 440 LEC; y en la fase de alegaciones iniciales de la propia vista oral del 443 LEC, preceptos todos ellos modificados por esta Ley. La única previsión de procedimiento al respecto es que la inasistencia a la sesión informativa no está sujeta al deber de

confidencialidad del mediador (art. 17.1 RDL), por lo que la parte asistente, de terminar ganando el pleito, lo podrá invocar a efectos de condena en costas. No prosperó la enmienda de varios grupos parlamentarios para hacer automática dicha condena. Por lo demás, no será frecuente, como no lo está siendo hasta ahora al menos en el ámbito de los conflictos familiares, que las partes, en presencia de los respectivos letrados que ya han diseñado las estrategias jurídicas y ya trabada la litis tras la admisión a trámite de la demanda y contestación, accedan con carácter general a retrasar aún más la tramitación judicial del asunto.

La incardinación del mecanismo de mediación en la tramitación procesal del conflicto es problemática. Se destaca que el art. 26 del proyecto del Ministerio de Justicia de 2011 establecía la ejecutividad del acuerdo sin necesidad de escritura pública, y regulaba algunas de las consecuencias procesales del mismo: cosa juzgada, posibilidad de revisión y anulación. La supresión de varios párrafos de ese artículo y la introducción de la intervención notarial ha dejado algunos aspectos confusos. Se destacan los siguientes:

El comienzo de la mediación consistente en la presentación o depósito de la solicitud de inicio determina la suspensión de *"la prescripción o caducidad de acciones"* (art. 4). Lo impone la directiva comunitaria para evitar utilizaciones espurias de la mediación contrarias al libre acceso a la vía jurisdiccional: *"garantizarán que el hecho de que las partes que opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les impida posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje"* (art. 8.1). Se dejaba a los Estados optar entre el efecto jurídico de la suspensión o de la interrupción, y el español ha optado adecuadamente por el primero. Es decir, el inicio de la mediación no purga la prescripción iniciada en sentido de que el plazo tenga que volver a contarse desde el principio, sino que sólo paraliza su cómputo, de tal modo que fracasada la mediación se reanuda desde la interrupción. La diferencia es esencial, porque, a nuestro juicio, el propio acuerdo de mediación y la elevación a escritura pública del mismo no sólo suspenden, sino que interrumpen efectivamente la prescripción.

Frente a lo anterior, del proceso prelegislativo han subsistido en el texto final las referencias explícitas a un posible proceso de mediación no excluyente de la tramitación judicial del conflicto, en paralelo, expresivo de la desconfianza originaria del legislador hacia la

figura. El art. 10.2.2 de la Ley parecería excluirlo: *"Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto"*. Sin embargo, el art. 16 establece que *"cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán (sic) solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal"*. Y el art. 25.4, *"Cuando el acuerdo se hubiese alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil"*.

Los dos últimos preceptos distorsionan la alternatividad de la mediación como sistema de resolución de conflictos. De la interpretación conjunta de los arts. 10 y 16 resulta que durante la mediación las partes no podrán demandarse recíprocamente ex novo, contando cada una de las dos con el mecanismo procesal de la declinatoria para conseguir la inadmisión de la demanda contraria (art. 63 LEC). (Tampoco prosperó la enmienda que eximía de la intervención de abogado y procurador para la alegación de la declinatoria). Pero que si el proceso judicial estaba ya trabado al comenzar la mediación, no están obligados a pedir la suspensión de aquél, sino que podrán hacerlo, pero actuando de común acuerdo; o sea, cualquiera de las partes puede jugar a dos barajas, prosiguiendo la mediación y el proceso a la vez. La exigencia de *"común acuerdo"* para pedir la suspensión impide que una de las partes pueda desplegar su buena fe procesal exteriorizando su confianza en que la mediación fructifique, pues la declinatoria no sería eficaz para paralizar la demanda ya admitida a trámite. La situación es absurda, pues la persistencia de la tramitación judicial parece contraria al espíritu de entendimiento como ingrediente de la buena fe que exige de las partes mediadas el art 10.2 de la Ley; además, se presta a que el resultado de la mediación sea contradictorio con el sentido de una resolución dictada por hipótesis antes pero notificada después de alcanzarse el acuerdo; ¿permitiría al ganador en juicio desdecirse del acuerdo consensuado en mediación?

La redacción definitiva de la Ley no ha conseguido eliminar las dudas, planteadas en todo el proceso prelegislativo hasta el mismo decreto-ley, acerca de la posibilidad de pedir medidas cautelares durante la tramitación de la mediación. El art. 730 LEC establece

que como regla general tales medidas han de solicitarse junto con la demanda principal, por lo que su viabilidad en relación con la mediación debería correr la misma suerte que la propia demanda. Antes de la admisión a trámite de la demanda sólo pueden solicitarse por razones de urgencia o necesidad, y después de dicha admisión, justificando suficientemente la solicitud. La práctica procesal las admite con cierta habitualidad, especialmente las relativas al aseguramiento de la solvencia del deudor. El problema se planteará frontalmente en el ámbito de la mediación familiar a propósito de las medidas provisionales de los artículos 102 y 103 CC y de las medidas provisionálísimas del art. 771 LEC en relación al 104 CC, distintas de las medidas cautelares en sentido estricto, pero de similares presupuestos procesales y consecuencias prácticas.

Su incidencia es absolutamente determinante en la resolución de los pleitos familiares, pues la situación de guarda de los hijos menores y la situación posesoria de la vivienda familiar resultante de las medidas provisionales, inmediatamente posteriores a la separación de cuerpos, consolida una inercia virtualmente irreversible en la práctica judicial, por considerarse siempre cualquier cambio posterior “desestabilizador” en contra del interés de los hijos. Cualquier intento de mediación en este ámbito familiar quedará adulterado desde su origen si la situación de hecho en la que se desarrolle incluye una inicial atribución de custodia de hijos y de asignación posesoria de la vivienda por vía de medidas provisionales de radical asimetría entre las partes mediadas.

La tramitación parlamentaria de la convalidación del decreto-ley ha añadido, en la fase de informe de la ponencia en el Congreso (es decir, antes del debate en la Comisión de Justicia, que tenía competencia legislativa plena) y con la conformidad del grupo mayoritario, un inciso final al párrafo 2 del artículo 10 del decreto-ley. Este inciso excepciona de la prohibición a las partes en mediación de ejercitar acciones entre sí a *“la solicitud de las medidas cautelares y otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes o derechos”* (la palabra “bienes” se introdujo en el Senado). En el concreto ámbito de los conflictos familiares, la redacción final de la Ley proporciona **argumentos en contra de que puedan ser solicitadas y acordadas judicialmente medidas provisionales sobre custodia y vivienda una vez iniciado el proceso de mediación:**

Ante todo, porque la incompatibilidad procedimental entre la mediación y la vía judicial está proclamada como principio general de la figura en el mismo artículo 10 de la Ley, que recoge las excepciones, ubicado en sede del título II, "*Principios informadores de la mediación*". Este principio es el reverso de la voluntariedad del mecanismo de la mediación: cualquiera de las partes puede negarse a iniciarlo o apartarse de él (art. 6), pero no interferirlo con actuaciones en vía judicial que condicionen el resultado de la mediación.

La literalidad de la excepción deja claro su carácter restrictivo: debe tratarse de medidas "*urgentes*", es decir, inaplazables, y además, "*imprescindibles*", es decir, no sustituibles por otras cautelas, y en todo caso conectadas causalmente con el riesgo de una pérdida de bienes o de derechos que con evidencia refractaria a cualquier necesidad de prueba haya de resultar "*irreversible*", de modo que la desaparición de los bienes preventivamente asegurados vacíe de contenido el conflicto mediado o determine la ineficacia del acuerdo o resolución que recaiga. Por ejemplo, en materia de propiedad industrial, puede pretenderse por vía de medidas cautelares la prohibición de divulgación de una patente cuando se discute en mediación su titularidad.

Sin embargo, en sede de conflictos conyugales ni las medidas provisionales previas ni las provisionales en sentido estricto reúnen las notas de ser tipológicamente "*urgentes*", "*imprescindibles*", ni pretenden evitar pérdidas "*irreversibles*". Por los siguientes argumentos:

a) No son imprescindibles. Ambos tipos de medidas procesales son de petición potestativa para cualquiera de los dos cónyuges: art. 771.1 LEC, "*el cónyuge puede solicitar...*"; art. 773, "*el cónyuge... podrá pedir...*". Y de concesión discrecional para el juez: art. 771.4: "*el tribunal resolverá...*"; art. 772.1, "*Cuando se hubieran adoptado medidas...*". Por tanto, en su configuración legal y procesal pueden no solicitarse o, de solicitarse, no concederse hasta la sentencia definitiva.

b) Su vigencia siempre es transitoria, lo que pugna con que sean imprescindibles. Las provisionalísimas devienen automáticamente ineficaces, sin necesidad de resolución derogatoria, si la parte que las pidió no presenta demanda en los 30 días siguientes a su adopción (art. 771.5 LEC). Las provisionales quedan automá-

ticamente sin efecto por la conclusión del procedimiento, ya por ser sustituidas por otras definitivas, ya por la terminación de cualquier otro modo.

c) El artículo 103.1.3 CC regula, como excepción y separadamente de la regla general, las medidas provisionales que sí se califican legalmente como urgentes e imprescindibles, para neutralizar posibles efectos irreversibles. Pueden acordarse excepcionalmente en el caso de que exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas; en tal caso, las medidas a adoptar no son las relativas a custodia o vivienda, sino la prohibición de salida del territorio nacional, de expedición del pasaporte y de autorización judicial previa para el traslado de domicilio de los menores. Hay que recordar aquí que el grupo parlamentario de Convergencia y Unió en el Senado no consiguió sacar adelante su enmienda al art. 8 de esta ley de mediación, en que se configuraba como motivo de paralizar la mediación, para remitirse a la vía judicial correspondiente, literalmente *"si está implicada una mujer que ha sufrido o sufre cualquier forma de violencia machista"* (sic).

d) La regulación civil y procesal contempla que los cónyuges pueden pactar sobre el contenido de las medidas provisionales (art. 773.1 LEC) y provisionalísimas (art. 771.2), tanto en sede judicial como fuera. Luego, si están en el ámbito del poder de disposición de las partes en esta fase inicial del procedimiento, nada obsta para que deban formar parte del objeto de la mediación preventivamente comprometida o acordada. Es más, la solicitud de medidas provisionales existiendo una cláusula preventiva de mediación o accediendo la parte que las solicita simultánea o posteriormente a iniciar el proceso mediador, puede ser indiciario de la mala fe de quien las reclama judicialmente para luego acceder a entrar en mediación sobre la base de una situación de hecho favorable.

e) El proceso parlamentario de convalidación del decreto-ley revela que la mención a las medidas cautelares pretende guardar paralelismo con la norma equivalente en materia de arbitraje, y que no estaba pensando en las medidas provisionales del tipo de las previstas en materia de conflictos familiares. En concreto, el párrafo 3

del art. 11 de la vigente Ley de Arbitraje 60/2003 explícitamente proclama que las partes involucradas en un procedimiento arbitral pueden solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares.

Por tanto, puede defenderse que la petición judicial de medidas provisionales o provisionalísimas por uno de los cónyuges, estando en marcha un procedimiento de mediación o existiendo una cláusula preventiva de mediación, puede ser eficazmente combatida mediante la norma procesal que salvaguarda la incompatibilidad de procedimientos, esto es, mediante la declinatoria del art. 63 y ss. LEC. Es importante recordar que la naturaleza jurídica de la declinatoria consiste no en una excepción procesal, sino en la falta radical de jurisdicción del tribunal respecto a la materia litigiosa. El defecto de procedibilidad que aprecia la declinatoria es absolutamente general, excluyendo en consecuencia que ese tribunal entre a conocer de ninguna de las cuestiones planteadas en la demanda inadmitida. El art. 64 LEC sólo contempla medidas cautelares en fase de alegación previa de declinatoria, exigiéndose caución al demandante; en otro caso, la estimación de la declinatoria produce sin más el sobreseimiento del proceso (art. 65.2 LEC).

Por otra parte, la homologación judicial del acuerdo alcanzado tras la iniciación de un proceso, prevista en el art. 25.4, está descoordinada del resto del procedimiento de la mediación. Este trámite judicial está previsto con carácter general en el art. 415.2 LEC y tiene especial aplicación en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo del art. 90 CC en relación al 777 LEC. En los supuestos generales tiene sentido la homologación judicial del acuerdo como control de su legalidad, para conseguir un título ejecutivo del acuerdo alcanzado y para evitar condenas en costas, posibles si el acuerdo se instrumentara procesalmente como desistimiento o allanamiento de una de las partes. Pero si el acuerdo se ha alcanzado por la vía de la mediación regulada en esta ley, la homologación judicial se superpone o desplaza a la elevación a escritura pública el acuerdo, que produce similares efectos: control de legalidad y ejecutividad de su contenido. Es más, si las partes están convencidas de la bondad del acuerdo alcanzado en mediación y decididas a respetarlo hasta las últimas consecuencias, lo normal será que intenten esquivar un control judicial que caso de ser total o parcialmente negativo, les puede obligar a renegociar extremos ya consensuados, alargando y encareciendo

el trámite judicial, y reabriendo la posibilidad de discrepancias. El art. 25.4 procede del proyecto de ley, que no contemplaba la intervención notarial y está pensando claramente en la mediación intrajudicial, que allí estaba llamada a tener mayor importancia.

4. TITULACIÓN, FORMACIÓN Y RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIADORES

La disposición final 8.^a de la Ley remite al desarrollo reglamentario la posible regulación de un registro oficial de mediadores e instituciones mediadoras, lo relativo a la duración y el contenido de los cursos de formación de los mediadores, y lo relacionado con el seguro de responsabilidad civil. Se trataba de cuestiones ya deslegalizadas en el decreto-ley, pues aunque la directiva comunitaria exige su regulación, el conflicto competencial con las comunidades autónomas hubiera podido provocar retrasos y complicaciones en su aprobación por la vía legislativa ordinaria. Recuperada del proyecto la necesidad de titulación universitaria, la cualificación para la mediación, individual o institucional, queda entretanto desregulada. Sólo quedan provisionalmente cualificadas por el texto legal las entidades de mediación de carácter oficial, dependientes de las Administraciones Públicas, incluidas, a nuestro juicio, las vinculadas a la Administración de Justicia, que encuentran amparo en la DA 1.^a, cuyo texto procede en lo principal del anteproyecto.

ESCRITURA DE ELEVACIÓN A PÚBLICO DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN

En cuanto afecta a la función notarial, la principal novedad de la ley respecto a los textos prelegislativos es la configuración de la escritura pública como título ejecutivo del acuerdo de mediación. Tan relevante efecto justifica que la observancia de la concreta normativa que regula la mediación y el ajuste del acuerdo alcanzado al ordenamiento jurídico deban ser objeto de control de legalidad por el notario. Vuelve a aparecer en una norma con rango de ley el concepto de control notarial de legalidad, suprimido de los artículos 145, 197 quater y 198 del Reglamento Notarial por la STS de 20 de mayo de 2008, en recurso interpuesto por el Colegio de Registradores de la Propiedad.

El supuesto está contemplado en los tres primeros apartados del art. 25:

25.1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación.

El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final de procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador.

25.2. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a derecho.

25.3. Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los Convenios Internacionales de que España sea parte y las normas de la Unión Europea.

El proyecto de 2010 distinguía dos supuestos: en la mediación interna y siguiendo el precedente de la ley de arbitraje, sólo se contemplaba la posibilidad de protocolización notarial del acuerdo de mediación, por cualquiera de las partes y a su costa. El acuerdo de mediación formalizado con las exigencias legales, como documento privado, era directamente ejecutivo acompañado de copias de las actas constitutiva y final. En la mediación transfronteriza se exigía la elevación a escritura pública de los acuerdos que no hubieran sido declarados ejecutivos por una autoridad extranjera que realizara funciones equivalentes a la autoridad española competente para dotarlos de ejecutividad; esta modalidad de elevación a escritura pública exigía la solicitud de todas las partes o de una con el consentimiento de la otra. En coherencia, modificaba el art. 517.2 LEC para incluir entre los títulos ejecutivos un documento estrictamente privado: el acuerdo de mediación.

La interpretación de las normas que regulan la intervención notarial en los acuerdos de mediación plantea a nivel teórico tres grupos de problemas:

- La naturaleza jurídica del acuerdo de mediación que se documenta.
- El título ejecutivo en la mediación.
- La naturaleza documental de la escritura pública de elevación.

A) LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN ELEVADO A ESCRITURA PÚBLICA

El acuerdo alcanzado en el proceso de mediación corresponderá normalmente con la perfección de un contrato de transacción, regulado en el art. 1809 CC. Consiste en dar, prometer o retener cada parte algo para evitar la provocación de un pleito o poner fin al ya iniciado. El art. 1816 CC confiere al acuerdo entre partes *"la autoridad de cosa juzgada, pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial"*. El proyecto de ley de mediación de 2010 en su DA 1.^a modificaba el artículo 1816 del CC para especificar que el acuerdo de mediación alcanzado al amparo de la ley especial pudiera también ser ejecutado por vía de apremio. Por el contrario, la Ley vigente, siguiendo en este punto al decreto-ley, no modifica el Código Civil, pese a las enmiendas de los grupos socialistas del Congreso y Senado en ese sentido. Y no lo hace quizá por problemas de rango, pues aunque como norma pre-constitucional el Código sigue teniendo el correspondiente al texto articulado de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, su carácter de disposición básica en materia jurídico-privada determina su incidencia en el campo de los derechos y libertades fundamentales, materia vedada constitucionalmente al decreto-ley y posiblemente también a su tramitación como ley ordinaria por la vía abreviada del procedimiento de urgencia. Lo cierto es que el art. 1816 CC ha sido materialmente modificado por esta ley de mediación, pese a su silencio, al quedar incluido el acuerdo de mediación formalizado a su amparo dentro del elenco de títulos dotados de fuerza ejecutiva. Y ello, con dos requisitos: la observancia del mecanismo de mediación recogido en la norma especial, y la elevación a escritura pública.

La falta de referencias a la naturaleza transaccional de la mediación en todo el articulado de la Ley no debe impedir, sin embargo, extraer todas las consecuencias de tal asimilación en los aspectos sustantivos y especialmente en lo que interesa a la práctica notarial, en los documentales, como intentamos expresar en los apartados siguientes.

B) EL TÍTULO EJECUTIVO EN LA MEDIACIÓN

La función de ejecución forzosa está reservada constitucionalmente a los tribunales de justicia (art. 117.3 CE). No así la con-

figuración de los títulos ejecutivos, ámbito propio del legislativo, estando delimitados en la esfera jurídico-privada en el art. 517 LEC. La directiva comunitaria en su art. 6.2 contempla la posibilidad de dotar de carácter ejecutivo a los acuerdos de mediación a través de resolución judicial o de acto auténtico de otras autoridades de conformidad con la legislación interna. La posible intervención de otra autoridad distinta de la judicial fue puesta de manifiesto en el informe del CGPJ al anteproyecto, recomendando que a su través se instrumentara el control de legalidad (Conclusión Cuarta, párrafo 1). Respecto a la intervención notarial en la conformación de títulos ejecutivos conviene recordar que la constitucionalidad del procedimiento ejecutivo, y específicamente del basado en títulos notariales, fue declarada por la STC de 18 de diciembre de 1981, dictada a propósito del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria.

La Ley modifica el art. 517 de la LEC, que enumera los títulos ejecutivos, para incluir lo siguiente: *2. Los laudos o resoluciones arbitrales, y los acuerdos de mediación, debiendo éstos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.*

La expresión “acuerdos de mediación” contenida en la configuración del título ejecutivo suscita la cuestión de más enjundia para el futuro éxito social de la norma. Sustantivamente, el acuerdo de mediación corresponde, como hemos dicho, a la perfección de un contrato de transacción sobre el conflicto subyacente; más adelante analizaremos si el concurso de voluntades en que consiste la transacción se verifica con ocasión de la sesión final de mediación (art. 22), o con la formalización del acuerdo subsiguiente (art. 23). Formalmente, el acuerdo de mediación es el documento recogido en el art. 23, que firman al menos las partes (a diferencia del decreto-ley, no necesariamente el mediador) tras haberse alcanzado el acuerdo en la sesión final del proceso.

El problema está en quién redacta el acuerdo de mediación del art. 23.

La versión final de este artículo arrastra la concepción de la mediación proveniente del proyecto inicial de 2010. El proyecto socialista pensaba en la mediación intrajudicial como regla general del instituto. Por tanto, en la situación concebida como normal, las partes habrían llegado a la mediación previamente asesoradas por profesionales del ámbito jurídico, cuyo asesoramiento estaba llama-

do a continuar durante todo el proceso mediador, en su finalización, en la homologación judicial del acuerdo en fase declarativa, y con vistas a su eventual ejecución futura. El deslinde entre el acta final y la redacción del acuerdo de mediación, regulada en el proyecto con especial minuciosidad, era reveladora de esa concepción. La Ley ha suprimido el plazo de diez días entre la sesión final y el acuerdo de mediación que preveía el decreto-ley, pero según se deduce de las intervenciones parlamentarias, no tanto para acortar o suprimir el plazo (es decir, para albergar la posibilidad de que en la sesión final se redacte el acuerdo), sino al contrario, para permitir plazos más largos por razón de la complejidad jurídica del acuerdo. En el intermedio se supone que las partes habrían de recabar el asesoramiento de los profesionales, quienes desarrollarían el acuerdo "preliminar" alcanzado a presencia del mediador y reflejado en el acta de la sesión final, dándole forma jurídica; podrían aquéllos incluso firmarlo como "representantes" de las partes en mediación, y finalmente se entregaría al mediador para firmarlo o, caso de negarse, para su conservación y entrega de las copias completas.

Esa es la concepción hoy vigente en la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación, que en su art. 15.3 impone al mediador nada más empezar su actuación la obligación de informar literalmente de *"la necesidad (sic) de la intervención de un abogado o abogada (sic) designado libremente para redactar el convenio o el documento jurídico adecuado, sobre la base del resultado de la mediación"*.

El concepto de mediación que configura la Ley estatal parece estar lejos de esto. La flexibilidad de la Ley permite que todo el proceso mediador pueda transitar por cauces extrajudiciales, incluido el poder prescindir de "necesarias" intervenciones de operadores jurídicos solapadas al proceso de mediación, que en modo alguno están previstas como tales en el texto legal. Y ello, ni siquiera en los casos de terceros involucrados necesitados de especial protección ni de afectación de normas imperativas. Este esquema es especialmente aplicable al ámbito de la mediación familiar, en el que los conflictos son de naturaleza y contenido esencialmente personal y humano, y sólo secundariamente de trascendencia jurídica. El art. 13.1 dispone que *"el mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará por que dispongan de la información y asesoramiento suficientes"*. Pero, como hemos argumentado, en la concepción que finalmente acoge el texto legal, en modo alguno obliga a que la información y

el asesoramiento, y dentro de éste el jurídico, hayan de ser externos al propio mecanismo institucional de la mediación.

Dado el porcentaje muy mayoritario de cumplimientos voluntarios de los acuerdos alcanzados en mediación, el recurso inexorable a la vía judicial habrá de circunscribirse al momento de pretender la exigencia de su contenido por vía de apremio, en cuyo caso la necesaria elevación a escritura pública determinará el momento del control de legalidad: *"el notario verificará que su contenido no es contrario a derecho"* (art. 25.2).

Sobre la intervención de profesionales jurídicos externos en la redacción del acuerdo de mediación se apunta lo siguiente:

La Ley se ha remitido al desarrollo reglamentario en cuanto a la formación necesaria para ejercer de mediador, suprimiendo del decreto-ley toda mención a sus contenidos mínimos y recuperando del proyecto la necesidad de titulación universitaria. Es incuestionable la posibilidad de que la formación de los mediadores a efectos de su inscripción en el previsto Registro, aunque profesionalmente procedan de otros campos ajenos al Derecho, conlleve un cierto grado de conocimientos jurídicos suficiente para poder realizar un control preliminar de legalidad de los acuerdos alcanzados en mediación. Dentro incluso de las profesiones jurídicas, y salvando problemas de incompatibilidad, no hay duda acerca de la especial cualificación como mediadores, previa la especialización correspondiente, de juristas de campos distintos a la abogacía, como procuradores de los tribunales, jueces y fiscales jubilados o en excedencia, profesores universitarios o mercantiles, notarios y registradores de la propiedad, etc. La directiva comunitaria incluye a jueces en activo que no sean responsables de ningún procedimiento judicial vinculado al litigio que se pretende resolver en mediación (art. 3.a.2).

Por otra parte, las instituciones de mediación, tanto las oficiales como las corporativas y las estrictamente privadas podrán ofrecer, como algunas están haciendo en la actualidad, servicios de mediación multidisciplinarios, mediante la intervención de profesionales de los campos de la psicología o del trabajo social, coordinada a efectos de la regularización jurídica del acuerdo con juristas vinculados a la propia institución y ajenos a la dinámica contenciosa de los tribunales. En la medida en que se generalice el uso social de la institución es previsible una estandarización de los procesos de mediación, señaladamente en el campo del derecho de familia, lo que contribuirá

a nuclear el peso del proceso mediador en torno a la comunicación y a la negociación, en detrimento de la hiperjuridificación inherente a la vía judicial. Esa es la vocación explícita de esta Ley, como resulta de su Exposición de Motivos (apartado III, párrafo 1.º, al final).

Por lo anterior, carece de sentido dar carácter esencial a la separación entre el acta final y el acuerdo de mediación. La prestación del consentimiento al acuerdo, o sea, la solución al conflicto, se verifica en la sesión final y no en la redacción del acuerdo, como defenderemos más abajo. No hay ningún argumento en la Ley que impida **que el acuerdo de mediación pueda ser redactado por el mediador**, y más allá de eso refundir en un solo acto los trámites del art. 22.3 y el del art. 23, de modo que dicho acuerdo **se pueda firmar con ocasión del acta final**, y directamente las partes en presencia del mediador. A favor apuntamos los siguientes:

a) La flexibilidad y capacidad de autorregulación que informan como principios generales la articulación legal de la figura (art. 10.1, Exposición de Motivos, apartado III).

b) La supresión del plazo de diez días entre el acta final y el acuerdo que recogía la redacción del art. 23.2 en el decreto-ley. Su fundamento de reconducir jurídicamente el acuerdo carece de sentido si un primer control de legalidad suficiente se realiza dentro del mismo proceso de mediación y no a través de asesores externos. En materia de conflictos matrimoniales ese control de legalidad se refiere a cuestiones de grave relevancia personal, pero de enjundia jurídica menor.

c) No es cierto que de ese modo se estén propiciando acuerdos precipitados o irreflexivos, estimulados por la capacidad de disuasión del mediador en interés de su propio mérito profesional. La mediación suele ser un proceso complejo, dotado además en la Ley (y en las autonómicas) de las máximas garantías de imparcialidad, voluntariedad e información, en el que el acuerdo no es sino el resultado final previsible en relación a la evolución de las sesiones previas. Al menos en el ámbito familiar, si el proceso de mediación ha sido fructífero, al acudir a la sesión final las partes saben con absoluta certidumbre cuál va a ser el contenido del acuerdo que se ha ido perfilando en las sesiones previas, en las que se han ido al-

canzando consensos parciales. Avances y bosquejos de redacciones de acuerdos y contraacuerdos han circulado entre las partes y sus asesores. El acuerdo final está "prerredactado" con puntos cerrados sobre dichos acuerdos parciales, y con otros abiertos sobre posibilidades decisorias que en las sesiones previas se han ido concretando y reduciendo a muy pocas alternativas. Durante el proceso las partes han recibido todo el asesoramiento previo y simultáneo, también de naturaleza jurídica, que han requerido tanto del mediador como de sus asesores externos y han contrastado la coincidencia o divergencia en sus consejos. La sesión final no hace sino escenificar la definitiva prestación del consentimiento al acuerdo global, por vencerse en el acto reticencias o reservas menores expresadas en las sesiones previas, o bien el fracaso definitivo de todo el proceso, por desacuerdo básico en los extremos cuyas alternativas habían quedado planteadas.

d) Abrir un lapso de tiempo indeterminado entre la sesión final y la firma del acuerdo bajo el pretexto del ajuste de sus matices jurídicos, como permite el texto final del art. 23, puede ser defendible en materias de gran complejidad jurídica o concurrencia de elementos personales o reales internacionales, pero no en los ámbitos en los que se juega el éxito social de la figura: conflictos familiares, vecinales y de pequeñas sociedades. En estos campos, el clima de entendimiento y comunicación creado por el mediador y que constituye el principal valor añadido de su intervención, puede enfriarse durante el tiempo de intervención de los asesores externos, cuando no a causa de esa misma intervención. Es obligado mencionar que el acuerdo en mediación puede frustrar las expectativas creadas en las partes por el asesoramiento externo respecto a una eventual judicialización del conflicto. Es decir, la institución triunfará socialmente en la medida en que el éxito del mediador no represente el fracaso del abogado.

Al margen de las consideraciones anteriores, la modificación del art. 517.2 LEC para incluir literalmente "*los acuerdos de mediación*" como título ejecutivo, en lugar de "*las escrituras de elevación a públicos de los acuerdos de mediación*", induce a confusión. Por el contrario, la mención al "*laudo arbitral*" en el mismo apartado sí está justificada, pues el laudo es también el documento y no sólo su

contenido, aunque se trate de un documento privado (art. 37, Ley 60/2003). La mención al “*acuerdo de mediación*” tenía más sentido en la versión del proyecto de ley, en que dicha expresión aludía al texto redactado en función del acordado en el acta final y suscrito por el mediador y las partes, que era directamente ejecutivo sin necesidad de elevación a público. Quizá hubiera sido más acertado no tocar el párrafo 2 del artículo 517 respetando la originaria alusión exclusiva al laudo arbitral, puesto que la escritura como título ejecutivo ya está recogida con carácter general en su párrafo 4.º; o bien, en su caso, añadir dentro de este último párrafo un inciso relativo a las escrituras que documenten acuerdos de mediación tramitados con arreglo a la ley especial.

C) NATURALEZA DOCUMENTAL DE LA ESCRITURA DE ELEVACIÓN
A PÚBLICO DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN

Se trata de una escritura de reconocimiento, reguladas en el artículo 1224 CC y mencionadas en el art. 147 del Reglamento Notarial. Su contenido propio no son declaraciones de voluntad, sino declaraciones de verdad o ciencia, y más en concreto declaraciones confesorias. La escritura recogerá el reconocimiento de las partes acerca de que el acuerdo de mediación (consentimiento) se alcanzó en los términos que están recogidos en el “acuerdo” (documento) correspondiente. No se trata en sentido estricto de una ratificación de aquella voluntad, pues, salvo que se le pretenda dar alcance novatorio, aquélla quedó fijada definitivamente en el tiempo y lugar, y con el contenido reflejado en el “acuerdo” (documento del art. 23).

La escritura podrá recoger la declaración de voluntad relativa a dotar de eficacia ejecutiva al acuerdo de mediación, si bien ni esa voluntad de las partes ni menos la del notario en el mismo sentido producirá dicho efecto. La ejecutividad procesal es un efecto atribuido por la ley al documento por reunir determinados requisitos de forma y fondo, pero no está en el margen de autonomía de la voluntad de las partes generarlo o excluirlo dentro del mismo documento, ni forma parte de las atribuciones notariales: el documento guarentigio es ajeno a la tradición jurídica española.

Por otra parte, la protocolización de los documentos de mediación es requisito y consecuencia, pero no fundamento de la elevación a público del acuerdo y no determina la naturaleza jurídica de la escritura.

Interesa destacar que la intervención notarial implica control de legalidad tanto de la regularidad formal del proceso de mediación y de su formalización ("*cumplimiento de los requisitos exigidos en este real decreto ley*") como del contenido jurídico sustantivo del acuerdo de mediación (que su contenido no es contrario a derecho). El anteproyecto de ley del Ministerio de Justicia encomendaba expresamente ese control de legalidad al propio mediador, en su art. 28, al que sin embargo no se le exigían específicos conocimientos jurídicos, sino cualquier titulación universitaria y la inscripción en un registro administrativo específico.

Además del efecto principal de ejecutividad, la escritura de elevación a público produce otros efectos propios sobre el acuerdo de mediación. Se destacan los siguientes:

a) Convalidantes de los posibles vicios o defectos formales, al amparo del art. 1311 CC. Al autorizante deberá presentarse copias de las actas de la sesión constitutiva y final del proceso y el propio acuerdo de mediación (art. 25.1.1). El notario deberá discriminar los defectos que determinen la nulidad radical del acuerdo, de los restantes, que podrán ser subsanados o completados con ocasión del otorgamiento de la escritura. Más adelante se intentan esquematizar a efectos de la prestación notarial de funciones.

Se ha suprimido en la Ley, igual que en el decreto-ley, la regulación de las causas de nulidad de los acuerdos de mediación. Sí figuraban en el anteproyecto, donde se establecía un plazo de un año para su prescripción y limitándolas sólo a los vicios graves del procedimiento o vicio de consentimiento de violencia o intimidación. Al haber desaparecido en el texto final tales especialidades, criticadas en los informes de los órganos consultivos, son de aplicación las normas generales, por ejemplo, sobre vicios de consentimiento, los artículos 1265, 1267, 1268, 1300 y 1301 CC.

Así, la omisión de algunos de los requisitos formales de las actas o del acuerdo, si efectivamente se alcanzó el acuerdo en la sesión final, podrá ser subsanada en la propia escritura de elevación a público.

b) Interrupción de la prescripción. Respecto de las acciones correspondientes a los derechos subyacentes al conflicto, el inicio del proceso produce, como hemos dicho, efectos suspensivos. El acuerdo de mediación y la escritura pública que lo reconoce los produce

propriadamente interruptivos con arreglo al art. 1973 CC, en la medida en que ambos implican por parte de los respectivos obligados el reconocimiento de su vinculación a las prestaciones comprometidas. Es decir, se purga la prescripción trascurrida y el plazo vuelve a contar desde el inicio.

Cuestión distinta y de gran importancia práctica es la relativa a la prescripción de la propia acción ejecutiva derivada del acuerdo de mediación. Su plazo está fijado para los títulos judiciales o arbitrales en cinco años por el art. 518 LEC. La Ley modifica este artículo. Y lo hace con acierto discutible, pues por un lado introduce el acuerdo de mediación entre los títulos cuya acción ejecutiva está sujeta a dicho plazo prescriptivo común, pero por otro no modifica la literalidad del criterio de cómputo del *dies a quo*, refiriéndose tan sólo a "*la firmeza de la sentencia o resolución*", sin mencionar ni el acuerdo de mediación ni la escritura en que se documente. ¿Desde cuándo corre la prescripción de la acción ejecutiva derivada del acuerdo de mediación?

Se ha dicho que debe computar desde la fecha del propio acuerdo de mediación que conste en el mismo, esto es, la de la fecha de la firma del mediador, última recaída caso de haberse estampado sin unidad de acto respecto de las partes, o bien desde la fecha de la firma de las partes, si el mediador se ha negado a firmar, al amparo de la redacción definitiva del art. 23.2, pero no se ha negado a entregar los ejemplares y conservar uno para su conservación (art. 23.3). Esta tesis parte de la asimilación a estos efectos entre el laudo arbitral y el acuerdo de mediación, y tenía sentido en las redacciones prelegislativas de esta norma que configuraban el propio acuerdo de mediación –documento incontrovertiblemente privado– como título ejecutivo.

En nuestra opinión, la fecha de inicio del cómputo de la prescripción de la acción ejecutiva es la de la escritura de elevación a público. Argumentos:

a) Ante todo, porque la ejecutividad es un efecto procesal que la ley de procedimiento confiere por opción de política legislativa a unos documentos sí y a otros no, en consideración a las garantías de exigibilidad y certeza de su contenido: el título ejecutivo, pese a la mejorable redacción del art. 517.2 LEC, es la escritura, no el acuerdo.

b) Cabe además apreciar analogía con el criterio de cómputo del plazo respecto de las resoluciones judiciales, que sí está fijado expresamente en la ley procesal: cuenta desde la firmeza de la sentencia, aunque se limite a recoger el contenido de un acuerdo de fecha anterior de las partes. Incluso en el caso en que la sentencia homologue el acuerdo alcanzado en la misma sede del juzgado, por ejemplo, en los supuestos de transacciones judiciales de los artículos 415, 443, 771.2 y 773.3 LEC, lo normal es que en el acto se redacte tan sólo un acta de la comparecencia firmado por las partes y sus letrados, siendo posible que la fecha de la sentencia –y por tanto de su firmeza– sea muy posterior en el tiempo al día en que las partes alcanzaron el acuerdo en presencia del juez.

c) El acuerdo es un documento privado sin fecha fehaciente a los efectos del art. 1227 CC. La autorización legal al mediador para destruir la documentación trascurridos cuatro meses (rebajando el plazo de seis que contenía el decreto-ley) desde la terminación del proceso (art. 22.1.2) es expresiva de la minusvaloración por el legislador del valor documental del acuerdo, lo mismo que la supresión en el proceso legislativo del registro administrativo de acuerdos de mediación.

d) La necesaria intervención de las dos partes para la elevación a público permite sostener que el otorgamiento ante notario produce efectos novatorios del acuerdo, al menos a estos efectos. Es decir, de inicio del cómputo de los plazos de ejecutividad del documento cuya formalización están consintiendo las partes precisamente entonces, no cuando se alcanzó el acuerdo.

En la práctica, si las partes pretenden de común acuerdo elevar a públicos con finalidad ejecutiva acuerdos de mediación trascurridos más de cinco años tras su suscripción, quizá lo conveniente sea, bien dar sentido novatorio explícito a la elevación a público, bien formalizar en la escritura un negocio de transacción extrajudicial de contenido idéntico al reflejado en el acuerdo de mediación. En ningún caso parece que la posible prescripción de la acción ejecutiva sea argumento para denegar la intervención notarial, porque la prescripción ha podido interrumpirse judicial o extrajudicialmente sin que las partes lo sepan o lo reconozcan y, en consideración a los restantes efectos de la escritura sobre el acuerdo y sobre el mismo

negocio de transacción subyacente al acuerdo (probatorios, de legitimación, convalidantes, prescriptivos, etc.).

ALGUNOS PROBLEMAS DE PRÁCTICA NOTARIAL

Las consideraciones anteriores nos permiten proponer algunas soluciones a problemas prácticos en la autorización de la escritura de elevación a público de los acuerdos de mediación:

— CLASE DE DOCUMENTO AUTORIZADO

Si lo que se pretende es como efecto mínimo la ejecutividad del acuerdo, el documento público notarial prescrito es la escritura y no el acta. Frente a la regla general en materia de escrituras, el contenido propio de esta especial escritura no son declaraciones de voluntad, sino declaraciones confesorias, pero la interpretación conjunta de los arts. 25.1 de esta Ley en relación al 144.2 del Reglamento Notarial despejan cualquier duda.

El acuerdo de mediación no es incompatible con el concepto de acta, al margen de lo que diremos posteriormente sobre el otorgamiento unilateral. Podrá, por ejemplo, ser objeto de acta de protocolización a efectos de simple conservación, por inercia con lo previsto para los laudos arbitrales en su ley reguladora, para lo cual tendrá legitimación cualquiera de las partes. Para evitar confusiones será aconsejable que el notario deje constancia de la falta de ejecutividad del acuerdo así protocolizado.

— LA NECESARIA INTERVENCIÓN DE TODAS LAS PARTES EN LA ESCRITURA

La directiva comunitaria lo establece expresamente en su art. 6.1: *"Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación."*

La declaración confesoria de una sola o de alguna de las partes en el sentido de reconocer la existencia del acuerdo de mediación y declarar la voluntad de cumplirlo plantea el problema clásico de

la yuxtaposición de declaraciones negociales unilaterales. Es cuestión indiscutida que la constancia de dos declaraciones de voluntad relativas, una a vender, entregar y cobrar, y otra a comprar, recibir y pagar la misma cosa, disfrazadas como actas de manifestaciones o referencia, no constituyen ni contrato de compraventa ni escritura pública de compraventa. Análogamente, la manifestación en documento notarial de una de las partes del acuerdo de mediación relativa al mismo, produciría muy limitados efectos entre los que no se encuentra desde luego la ejecutividad, ni aunque existiera otra equivalente de la otra parte. Faltaría el carácter bilateral y conmutativo del contrato de transacción en que consiste por lo general el acuerdo de mediación, y faltaría el concurso de voluntades acerca del propio otorgamiento de la escritura de elevación a público. Unido lo anterior a la confusión generada en cuanto al valor y efectos de documento autorizado, resulta desaconsejable su autorización.

— SOBRE LA INTERVENCIÓN DE MÁS DE DOS PARTES EN EL ACUERDO Y EN SU ELEVACIÓN A PÚBLICO

El artículo 1 de la Ley, recogiendo el concepto de mediación establecido en el art. 3.ª de la directiva, aclara que el acuerdo puede alcanzarse entre dos o más partes. No sólo entre dos o más sujetos, que podrían estar nucleados en torno a sólo dos partes, sino entre una pluralidad de partes afectadas por un mismo conflicto y cuyos intereses pueden ser paralelos, típicamente el caso de relaciones societarias, o contrapuestos, como en el caso de las particiones hereditarias. En el ámbito del derecho de familia la posibilidad de diversidad de partes de una misma mediación abre perspectivas fecundas en los divorcios con descendientes afectados, frente a las rigurosísimas restricciones de legitimación procesal que en los pleitos matrimoniales imponen los artículos 769 y siguientes LEC. Al amparo de la nueva Ley podrán alcanzarse acuerdos unitarios entre los dos excónyuges, los hijos mayores de edad acreedores de alimentos, y los abuelos o parientes de uno u otro lado en cuanto a su propio derecho de comunicación y estancias con los descendientes menores.

Cuestión común a este punto y al anterior es el relativo al posible desacuerdo de las dos o más partes en cuanto a la elevación a público. Será frecuente cuando a causa de una alteración sobrevenida de circunstancias una de las partes se considere total o parcialmente

liberado de las obligaciones asumidas en la mediación, frente a la pretensión de la otra u otras de exigir ejecutivamente su cumplimiento. Tales casos confirman la conveniencia de que todo acuerdo de mediación del que resulten obligaciones exigibles ejecutivamente contenga como cláusula de estilo el compromiso asumido por todas las partes de elevar a público el acuerdo alcanzado, así como un pacto preventivo de mediación, es decir, la previsión de someter a dicho mecanismo cualquier discrepancia futura sobre la interpretación o ejecución de lo acordado.

Si el compromiso de elevación a público figura en el propio acuerdo de mediación, podrá exigirse judicialmente su cumplimiento en vía declarativa. La sentencia firme así obtenida, de estimarse la demanda, proporcionará al demandante el título ejecutivo pretendido, esta vez de naturaleza judicial y no notarial. Será innecesaria la elevación a escritura del acuerdo inicial, salvo que el objeto específico de la demanda fuera la obtención de un título notarial o que la naturaleza de las obligaciones contenidas impongan la escritura como requisito esencial.

Pero es posible que el acuerdo de mediación no contenga el compromiso de los mediados de elevarlo a público, ya porque la naturaleza del acuerdo no genere obligaciones exigibles en vía ejecutiva, ya deliberadamente por ser ese un efecto conscientemente excluido de su alcance, ya por negligencia al no haberse previsto dicho extremo en el texto del acuerdo. En todos estos casos, incluso en el segundo, todas las partes actuando de común acuerdo podrán no obstante requerir la elevación a público del acuerdo, respecto del cual tendrá alcance novatorio como mínimo en este aspecto. De exigirse la elevación en vía judicial, habrá de acudirse al procedimiento declarativo que corresponda. El acuerdo de mediación proporcionará una prueba procesal de primer orden acerca de la exigibilidad de las obligaciones contenidas, pero sin escritura ni homologación judicial no podrá pretenderse su eficacia ejecutiva, pretensión que podrá excepcionarse eficazmente por la parte demandada al amparo del art. 559.3 LEC.

— LA INTERVENCIÓN DEL MEDIADOR EN LA ESCRITURA

La tramitación parlamentaria del decreto-ley ha introducido un inciso final en el texto del párrafo 2 del art. 25.1 para dejar claro que no es necesaria la presencia del mediador para la elevación a

público del acuerdo de mediación. Según los argumentos que justificaron la introducción de la enmienda, la presencia no es exigida por la directiva comunitaria ni por las legislaciones que la habían traspuesto con anterioridad a la española; además, parece coherente con la posibilidad de que el mediador se niegue a firmar el acuerdo de mediación redactado por las partes o sus representantes.

Puede, sin embargo, plantearse dicha presencia, especialmente si, como defendemos, el propio mediador puede asumir un papel relevante en la redacción del acuerdo; la presencia del mediador ante el notario podría en hipótesis estar conectada con una defensa por su parte del ajuste a derecho del acuerdo por él redactado, frente al posible juicio negativo de legalidad por parte del notario. Como criterio de técnica notarial, el mediador no debe comparecer en el otorgamiento de la escritura, tanto por razones sustantivas como estrictamente documentales. Sustantivas: El mediador por naturaleza nunca es "parte" de la mediación, únicos sujetos legitimados para elevar a público el acuerdo, según el art. 6 de la directiva. El contrato de transacción subyacente al acuerdo de mediación es otorgado, esto es, consentido, por los sujetos en conflicto pero no por el mediador, que es ajeno al sinalagma contractual. Por otra parte, el mediador carece de interés legítimo propio para la finalidad específica de la escritura, que es el conferimiento de eficacia ejecutiva al acuerdo de mediación.

Desde el punto de vista documental la impertinencia de la intervención del mediador deriva de la naturaleza jurídica de la propia escritura. Se ha especificado que se trata de una escritura de reconocimiento: su fundamento radica en recoger declaraciones confesorias de quienes fueron partes del negocio antecedente, cualquiera que fuera la forma o modo de documentación de éste. La intervención del mediador en la escritura, de producirse, lo sería a efectos de formular una declaración testimonial sobre el acuerdo alcanzado, pero nunca confesoria. Por tanto, dicha intervención sería o inútil, pues nada añadiría a la ejecutividad del documento, o perjudicial, pues crearía confusión sobre la naturaleza de la escritura otorgada al yuxtaponer documentalmente declaraciones confesorias con declaraciones testimoniales.

— CAPACIDAD NECESARIA PARA LA ESCRITURA DE ELEVACIÓN A PÚBLICO

Cabe defender que debe ser la misma que para alcanzar el acuerdo documentado, y que ésta sería la correspondiente al objeto me-

diado y al carácter de las obligaciones asumidas. Sin embargo, la naturaleza confesoria de la escritura y su eficacia procesal como título ejecutivo impone algunos matices. El objeto mínimo de la escritura es atribuir eficacia ejecutiva al acuerdo alcanzado, con lo que la capacidad específica debe ser la correspondiente a la postulación procesal, regulada en los arts. 6 y siguientes LEC.

Particularmente en el ámbito de la mediación familiar institucional, está normalizada la intervención de los hijos menores de edad en el proceso de mediación para participar en los acuerdos relativos a su propio régimen de convivencia con sus progenitores separados. Es dudoso que su presencia, simultánea o no a las de sus padres, en las sesiones de mediación entre éstos, les confiera el carácter de "parte" del acuerdo, pero su asentimiento e incluso firma del mismo es desde luego algo más que el derecho a ser oídos en los asuntos que les afectan, contemplado en los arts. 156.2 y 159 CC.

En relación a la escritura se pueden destacar dos casos:

— A nuestro juicio, el hijo de padres separados mayor de 16 años no emancipado legalmente puede intervenir en su propio nombre y derecho en el otorgamiento de la escritura de elevación a público del acuerdo de mediación en el que hubiera participado, aunque afecte al ejercicio de la patria potestad y sus consecuencias patrimoniales. Y ello, no sólo por la posibilidad de una emancipación simultánea por los padres puramente instrumental de la elevación a público, al modo del art. 166.3 CC, sino en consideración a la norma del art. 320.2 CC. Este precepto confiere legitimación no a los padres, sino al propio hijo para exigir judicialmente su propia emancipación en todos los casos en que sus padres vivan separados, sin posible oposición de éstos. Por lo mismo, podrá intervenir en la escritura de elevación del acuerdo de mediación, incluso si éste tiene naturaleza novatoria.

— En los casos en que el acuerdo de mediación sólo contenga obligaciones o prestaciones a cargo de mayores de edad y en favor de menores de edad no emancipados, éstos pueden comparecer en su propio nombre y derecho en la escritura de elevación a público del acuerdo en el que hubieran participado. No pensamos aquí en acuerdos sobre el contenido o ejercicio de la patria potestad, materia innegociable incluso en cuanto a sus efectos económicos, sino

de prestaciones patrimoniales ajenas a la dinámica familiar, pero que no obstante pueden haber sido materia de conflicto pacificado a través de mediación. Se trata de una extrapolación de la doctrina de la resolución DGRN de 3 de marzo de 1989 sobre su capacidad general en el orden civil, dictada a propósito de donaciones puras y simples. El límite de la intervención del menor debe encontrarse en la capacidad natural de querer y entender, sujeta desde luego al juicio positivo de capacidad del notario.

Este juicio notarial de capacidad se rige por las reglas generales, de modo que a los efectos de la elevación a público del acuerdo puede ser contradictorio con el realizado por el mediador, quedando abierta la vía del recurso ante la DGRN contra la motivada denegación de funciones del notario, sin perjuicio de poder acudir a la vía judicial, con intervención del Ministerio Fiscal, para lograr la ejecutividad pretendida. Para los casos de pérdida sobrevenida de la capacidad por alguno de los mediados, puede ser muy útil el apoderamiento preventivo en previsión de la propia incapacidad, conferido en escritura pública.

— ESPECIALIDADES EN MATERIA DE REPRESENTACIÓN

Dos problemas concretos:

— La representación de una de las partes por la otra en la escritura. En los acuerdos que establezcan primordialmente obligaciones a cargo de una parte y a favor de la otra, en especial de tracto sucesivo (por ejemplo, pensiones compensatorias), existe el riesgo de que el acuerdo de mediación recoja el apoderamiento del obligado en favor del acreedor para el otorgamiento de la escritura pública con la que éste se dote de un título ejecutivo en su exclusivo interés. Al incluir esa fórmula en el acuerdo "asesorado", se trataría de evitar de momento gastos de formalización e incluso el riesgo de calificación negativa de legalidad, dejando garantizada la ulterior obtención del título ejecutivo para el caso de futuro incumplimiento del deudor. Pero en vía notarial no parece que dicho apoderamiento contenido en un documento privado como es el acuerdo de mediación, confiera facultades de representación suficientes para que una sola de las partes, ni el mediador, pueda otorgar la escritura en representación del otro. El art. 1280.5 exige que conste en documento público el

poder para otorgar un documento que deba constar en escritura pública.

— Sobre la suficiencia del poder general para pleitos para elevar a escritura pública los acuerdos de mediación, en representación de alguna de las partes o de todas. El problema se planteará pocas veces en la práctica, pues el contenido habitual de los poderes de representación procesal que se suelen utilizar en las notarías incluyen entre las facultades conferidas las relativas a soluciones extrajudiciales del conflicto, en términos lo suficientemente amplios como para considerar comprendida la mediación. Para los casos dudosos no conviene, sin embargo, perder de vista que la mediación no sólo no es un acto procesal, sino más bien todo lo contrario, pues implica la renuncia consensuada al ejercicio jurisdiccional de los derechos. Además, dentro del proceso, las decisiones relativas al sometimiento a la mediación exigen la actuación personalísima del justiciable, no sustituible por la defensa técnica ni por la representación del procurador, como se recoge en el art. 414.1.2 LEC.

En sede de conflictos conyugales, la posibilidad de abogado y procurador único está prevista en el art. 750.2 LEC para los casos de mutuo acuerdo. Como modalidad anómala del ejercicio del derecho de defensa, contradictoria con la regla general que recogen los artículos 23 y 31 LEC, ha de ser objeto de interpretación restrictiva. El poder para pleitos conferido en escritura pública conjuntamente por ambos cónyuges después de iniciado el proceso de mediación no plantea dudas acerca de su suficiencia y subsistencia. Más dudoso es el conferido antes, sobre todo si el proceso de mediación fue exclusivamente extrajudicial: la voluntad de las partes de iniciar y culminar la mediación parece contradictoria con la vía judicial específica para la que se confiere esta modalidad de representación; además, la mediación, cualquiera que sea el alcance del acuerdo logrado, no encaja en el supuesto específico de representación procesal única del art. 750.2, que literalmente se refiere a "separación o divorcio de mutuo acuerdo".

— CONTENIDO TÍPICO DE LA ESCRITURA

La escritura de elevación a público del acuerdo deberá recoger como circunstancias especiales las siguientes:

A) La calificación del acto documentado, importante, por ejemplo, a efectos de calificación notarial de la suficiencia del poder de representación. Ésta deberá ser como regla general “escritura de elevación a público de acuerdo de mediación”, sin perjuicio de que si contiene otro negocio o acto jurídico deba reseñarse expresamente.

B) Identificación del notario y referencia de distrito y colegio. La literalidad no casual del art. 25.1.2 de la Ley (“*el acuerdo de mediación se presentará a un notario...*”) parece excluir cualquier criterio de competencia territorial del notario en relación al lugar de formalización de la mediación. Lo anterior no es contradictorio con que sí se aplique el criterio territorial en cuanto a la competencia judicial para la ejecución, a cuyo efecto la Ley modifica el art. 545.2 de la LEC, para incluir la referencia explícita al juzgado de primera instancia del lugar en “*que se hubiera firmado el acuerdo de mediación*”. No alude el precepto al lugar de la firma de la escritura de elevación a público de dicho acuerdo, por lo que debe regir el principio de libre elección de notario.

C) En la parte expositiva se deberá reseñar la existencia de un acuerdo de mediación que se eleva a público, con identificación del lugar de celebración, que no tiene por qué coincidir con el de firma del acuerdo; de las partes, que coincidirán en general con los intervinientes; del mediador y/o de la institución mediadora; y la reseña de los trámites esenciales del procedimiento de mediación. El art. 25.2, al fijar el alcance del control de legalidad notarial, exige que éste “*verifique el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley*”. A efectos de la escritura, los requisitos que podrían afectar a la ejecutividad del acuerdo y que debe verificar el notario son, a nuestro juicio, los siguientes:

a) Que la materia sujeta a mediación no es materia ajena al poder de disposición de las partes. Reiteramos que los acuerdos que afecten a menores e incapacitados pueden ser elevados a escritura por sus padres o tutores, sin necesidad de homologación judicial alguna, ni, como se propuso en las enmiendas parlamentarias, de informe del Ministerio Fiscal.

b) Formales o procedimentales. La Ley esquematiza cinco fases del procedimiento: sesión informativa (art. 17), sesión constitutiva (art. 19), sesiones intermedias (arts. 20 y 21), acta final (art. 22) y

acuerdo de mediación (art. 23). A nuestro juicio, el control de legalidad procedimental del notario debe extenderse a verificar que se celebró y documentó la sesión constitutiva y la sesión final, y que se formalizó el acuerdo de mediación. Nada más.

El caso más problemático es el de inexistencia de acta de la sesión final pero existencia del acuerdo, situación respecto de la cual el proceso legislativo aporta elementos de juicio para la interpretación del texto vigente. En el art. 28 del anteproyecto de ley del Ministerio de Justicia de 2010 se contemplaba que el mediador, a quien se le encomendaba entonces el control de legalidad del acuerdo, incumpliera el plazo de diez días que entonces estaba fijado para firmar el acuerdo desde que le era entregado por las partes. En tal caso el acuerdo no era nulo, sino que su ejecutividad podía lograrse mediante su elevación a escritura pública, sin intervención del mediador. En el texto final, apartándose del decreto-ley, se contempla que el mediador no quiera firmar el acuerdo aunque sí acceda conservar una de las al menos tres copias, entregando las restantes a las partes previo asesoramiento sobre la coercibilidad jurídica del acuerdo y su eficacia procesal ejecutiva (art. 23.2 y 3). En todos los casos anteriores, es presupuesto indispensable para la existencia de un acuerdo de mediación acogido a los preceptos de la ley, que la sesión final haya sido documentada, recogiendo en acta el acuerdo, y la firma como mínimo del mediador y de alguna de las partes.

Resulta de lo anterior que la prestación de voluntad al acuerdo, o sea, la solución al conflicto, se alcanza en el momento de la sesión final, no en el de redactar el acuerdo de mediación, que no es sino la expresión formal del anterior en términos jurídicos. De todos los textos del proceso legislativo resulta que la relevancia del acuerdo de mediación que regula el art. 23, que por sí solo ya nunca es título ejecutivo, radica no en la perfección del contrato de transacción subyacente al acuerdo, sino en hacer posible el control de legalidad del mismo por un agente externo a las partes mediadas. Ese control es encomendado de manera preliminar al propio mediador, puede además recaer en asesores externos, y a efectos de relevancia jurídico-procesal corresponde al notario que lo eleva a escritura pública o a la autoridad judicial que lo homologa en el seno del proceso desde el que se derivó a las partes a mediación.

Por tanto, la existencia de la sesión final reflejada en el acta correspondiente, y la voluntad de las partes al acuerdo allí alcanzado,

es requisito sustantivo y formal indispensable en el control notarial de legalidad del proceso acogido a esta Ley. Y ello por mucho que, como hemos explicado antes, la sesión final y el propio acuerdo de mediación puedan solaparse y materializarse en un mismo documento. Sólo para evitar problemas de procedibilidad de la demanda ejecutiva que se pretenda entablar sobre la escritura, puede en ese caso ser útil la intervención excepcional del propio mediador en la misma para especificar el cumplimiento de los dos trámites en unidad de acto o en unidad documental, y que tal circunstancia fuera objeto de consignación explícita por parte del notario en la parte expositiva de la escritura.

No obstante el anterior planteamiento teórico, a efectos de práctica notarial hay que distinguir dos supuestos sustantivamente distintos de posible inexistencia o irregularidad del acta de la sesión final.

Es posible que no exista dicha acta, sencillamente porque las partes dieron por terminada la mediación sin culminar el acuerdo en su seno, pero que posteriormente se ha llegado a un acuerdo sobre el mismo objeto de la mediación, plasmado en un documento que se ha entregado al mediador a efectos de conservación, reseñando la existencia de un procedimiento de mediación. Aquí la intervención del mediador es impertinente, pues el acuerdo alcanzado no forma parte del proceso legal de mediación como está configurado en la ley, aunque su propensión, al menos a efectos de estadística de mediaciones exitosas en su haber (su registro y publicidad lo contemplaba alguna de las redacciones del proceso legislativo), será seguramente la de firmar el acuerdo y de conservar copia. Sustantivamente, el texto que refleja lo acordado no es un acuerdo de mediación, sino la formalización documental de una transacción extrajudicial. Las partes podrán requerir su elevación a escritura pública, si bien la eficacia ejecutiva de esta escritura no tendrá amparo en el párrafo 2.º del art. 517 LEC, como acuerdo de mediación elevado a público, sino en el párrafo 4.º del mismo artículo, que recoge la ejecutividad general de las escrituras que contienen obligación exigible en juicio.

Cabe, por último, que alguna de las partes se niegue a firmar el acta final, expresiva de los acuerdos alcanzados, como expresión de su reserva respecto de su redacción o sus consecuencias jurídicas, pero que ésta exista aun sin alguna firma y finalmente se suscriba el acuerdo en total conformidad con los consensos alcanzados en dicha sesión final y expresados en dicha acta. Esta posibilidad, que una de

las partes preste consentimiento “verbal” al acuerdo pero se niegue a firmar el acta de la sesión final, está recogida en el inciso final del art. 22.3, introducido en la tramitación parlamentaria del decreto-ley, con el loable propósito de salvar mediaciones formalmente irregulares pero a cambio de introducir confusión e inseguridad en el procedimiento. A nuestro juicio, si las partes aportan al notario dicha acta de la sesión final, aunque le falte la firma de alguna de las partes, junto con el acuerdo posterior, procede la elevación de éste a escritura pública al amparo de la Ley a efectos ejecutivos. Y ello porque la propia Ley contempla que no sea vicio invalidante del procedimiento la falta de alguna firma en el acta final. Excede de las facultades de control de legalidad notarial la interpretación del contenido del acta final y la verificación de la correspondencia entre el acuerdo y lo reflejado en dicha acta.

c) Que el contenido del acuerdo no contraviene normas imperativas o prohibitivas y que no es contrario al orden público. En materia de conflictos familiares los acuerdos sobre poligamia, poliandria, quiebra del principio de igualdad por razón de sexo, renunciadas al ejercicio de la patria potestad o alteración de su contenido esencial... impedirán la elevación a escritura de acuerdos con dicho contenido.

Frente a lo anterior, no son cuestiones que impidan autorizar la escritura:

La inexistencia o falta de acreditación de solicitud formal para el inicio de la mediación. A nuestro juicio, todos los requisitos del art. 16 pueden darse por subsanados si el proceso terminó en acuerdo de mediación, pues el común acuerdo final supliría cualquier defecto de formalización inicial.

La inexistencia o falta de acreditación de la sesión informativa del art. 17. No lo exige el art. 25 y en la práctica puede solaparse con la sesión constitutiva.

La omisión o consignación defectuosa de los requisitos formales del acta de la sesión constitutiva del art. 19. Se trata de requisitos establecidos en garantía de los mediados, libremente renunciables. A nuestro juicio, incluso la falta de la firma de alguna de las partes en el acta de la sesión constitutiva no obsta a la elevación a público del acuerdo, pues la prosecución del mismo en las sesiones intermedias y en la final, y el éxito del proceso reflejado en el acuerdo demuestran que existió consentimiento inicial para someter la controversia a mediación. Lo que no parece preterible es la propia acta

inicial, pues contiene la concreción de los elementos personales, objetivos y territoriales de la mediación.

La omisión de toda referencia a las sesiones intermedias. No puede ser considerado como defecto porque ni siquiera es preceptivo el levantamiento de acta de cada sesión ni de las actuaciones del mediador fuera de sesión (art. 21).

La referencia al coste de la mediación o al pago de honorarios del mediador. Se desenvuelven en el ámbito del contrato de arrendamiento de servicios entre el mediador y las partes, pero no deben afectar a la validez o eficacia del procedimiento.

El incumplimiento del plazo inicialmente acordado para la duración del proceso de mediación. La formalización del acuerdo implica que el proceso se mantuvo vivo hasta el acuerdo final. En el texto final se suprimió el plazo de dos meses establecido en el proyecto.

La duración del lapso entre la sesión final y el acuerdo de mediación (art. 23.2), por muy largo que éste haya sido.

Al haberse remitido la Ley al desarrollo reglamentario, no cabe pronunciarse sobre el alcance del control de legalidad acerca de la cualificación profesional del mediador. De prosperar la conformación de un registro estatal de mediadores, además de los autonómicos, la reseña de los datos de inscripción del mediador permitirá remitir dicho control al que a nivel administrativo se realice a efectos de inscripción.

D) La parte dispositiva de la escritura, de conformidad con su naturaleza jurídica, deberá expresar al menos:

a) La confesión de las partes acerca de su participación en el proceso de mediación reseñado y de haber llegado a una solución extrajudicial del conflicto en los términos reflejados en el acuerdo de mediación.

b) La voluntad de las partes de elevar a escritura pública dicho acuerdo, con remisión en cuanto a su contenido al texto del documento auténtico protocolizado que contiene dicho acuerdo.

No forma parte del contenido dispositivo de la escritura la voluntad de dotarla de eficacia ejecutiva, extremo ajeno a su poder de disposición, si bien si es ésta la principal finalidad será conveniente que el notario consigne expresamente tal efecto legal, para más completa información a las partes de los efectos del documento que otorgan.

Como requisitos formales anejos a la escritura, el art. 25 exige que se presente al notario literalmente “*el acuerdo de mediación*” y “*copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento*”. La redacción arrastra una vez más el peso del proyecto, en que el propio acuerdo era título ejecutivo, lo que explica que no se hable más correctamente como documento a entregar al notario de “*copia*” del acuerdo.

En estricta técnica documental, las partes lo que deben es “*exhibir*” al notario una de las como mínimo tres (dos para cada parte, y otra en poder del mediador) copias auténticas del acuerdo de mediación que ha debido recoger, y generalmente firmar, el mediador previa su entrega por las partes, salvo que lo haya redactado él mismo. Y además, una de las como mínimo tres copias auténticas de cada una de las actas de las sesiones constitutiva y final. El carácter original del documento resultará de la suscripción autógrafa en el mismo por alguna de las partes: el acta de la sesión constitutiva debería ir firmada –salvo lo dicho anteriormente– por todas las partes; la de la sesión final, por el mediador y al menos alguna de las partes; y el acuerdo, por todas las partes aunque no necesariamente por el mediador. A efectos de la elevación a públicos no son suficientes copias no auténticas, ni siquiera testimonios notariales del acuerdo o de las propias actas. Es indiferente que cada uno de los tres originales sea el expedido para una u otra parte o el que debería conservar el mediador, extremos que con frecuencia no podrán deducirse del propio documento exhibido.

Una vez exhibido el original por las partes mediadas y calificado tal carácter por el notario, es previsible que quien ha exhibido la copia en su poder quiera recuperar dicho original en lugar de consentir su protocolización, máxime en atención a la absurda exigencia del art. 550 LEC, que luego comentaremos. Lo que debe incorporarse a la matriz de la escritura es un documento auténtico, de modo que la copia que se expida de dicha matriz tenga ese mismo carácter de copia auténtica. De otro modo, es decir, si lo que se incorpora a la matriz es una copia no original de cualquiera de los tres documentos de la mediación, la copia que se expida de esa matriz tendrá en cuanto a dichos documentos el carácter de copia de copia, y su valor podría ser libremente valorado por los tribunales al amparo del último párrafo del art. 1221 CC, lo que afectaría radicalmente a la ejecutividad de tal documento notarial.

Puede ser útil que la escritura de elevación a público contenga el apoderamiento recíproco para poder solicitar y obtener copias cada una de las partes. El carácter de título ejecutivo y la circunstancia de no haber sido expedida otra con tal carácter a instancias del mismo interesado deberá hacerse constar en la propia copia en los términos del art. 233 RN.

El art. 550 LEC, reformado por la Ley, vuelve a exigir la presentación, junto con copia de la escritura de elevación a público del acuerdo, de copias originales de los tres documentos (el propio acuerdo y las dos actas) como requisito de procedibilidad de la demanda ejecutiva. La exigencia es redundante, pues la existencia fehaciente de los mismos ya resulta de la copia auténtica de la escritura expedida a efectos ejecutivos, de la que resultará su incorporación al protocolo notarial. De lo contrario, el notario estaría entregando una copia de un documento carente de eficacia ejecutiva, contra el encargo de las partes reflejado en el propio documento, quedando comprometida su propia responsabilidad profesional. La redundancia vuelve a encontrar explicación en el proceso prelegislativo: en el proyecto el acuerdo era directamente ejecutivo, lo que justificaba la exigencia de presentación judicial de documentación original.

— CONTENIDO ATÍPICO DE LA ESCRITURA DE ELEVACIÓN A PÚBLICOS DE ACUERDOS DE MEDIACIÓN

Lo indicado anteriormente se refiere al contenido típico de la escritura prevista en el art. 25 de la Ley, es decir, aquella cuyo fundamento es la documentación de un título ejecutivo. La escritura que se otorgue con ocasión de la consecución de un acuerdo de mediación podrá, más allá de su naturaleza confesoria, recoger declaraciones de voluntad o negociales conectadas causalmente con el acuerdo alcanzado, pero extravagantes al mecanismo legal de la mediación. En ocasiones este contenido será requerido por los mediados como finalidad última de la intervención notarial, particularmente cuando la ejecución extrajudicial del propio acuerdo exija o aconseje el otorgamiento de escritura pública. Sin pretender agotar el tema, en materia de mediación familiar la escritura de elevación a público del acuerdo de mediación podrá contener la liquidación del régimen económico matrimonial incluso con adjudicación de inmuebles y asunción de deudas hipotecarias, la extinción de la comuni-

dad sobre la vivienda familiar o los restantes bienes en proindiviso, la investidura posesoria de la vivienda asignada en uso al progenitor no propietario o a los hijos, la configuración jurídico-real de tal derecho de uso, la constitución de garantías en seguridad del pago de las pensiones alimenticias, la capitalización y pago de la pensión compensatoria o el establecimiento de garantías en su seguridad, la capitalización y pago de la compensación por el trabajo para la casa en la liquidación del régimen de separación de bienes del art. 1438 CC y el establecimiento de garantías en su seguridad, etc. Todos los anteriores acuerdos negociales, contenidos en escritura pública, proporcionarán a las partes mediadas no sólo un título ejecutivo para la exigibilidad judicial de las obligaciones pendientes, sino también un título de legitimación en el tráfico, un título traditorio, un título probatorio, un título de inscripción en el Registro de la Propiedad, etc.

A propósito del contenido "atípico" de la escritura, destacamos los siguientes aspectos:

— Sobre la conveniencia de formalizarlo en escritura independiente de la de elevación a público del acuerdo. Razones de ortodoxia documental avalarían esa tesis: se trataría de documentar por separado las declaraciones confesorias de las negociales de las mismas partes, por estar sujetas cada una a distintos regímenes de capacidad, legitimación, impugnación, prescripción, etc. Más allá de esa consideración, pensamos que el criterio práctico debe encontrarse en la relación entre el contenido del acuerdo de mediación y el negocio que con ocasión del mismo se pretende escriturar. En ocasiones el negocio en ejecución del acuerdo de mediación será consecuencia necesaria del mismo por formar parte de su contenido; en otros será una previsión indeterminada o futura, pendiente de concreción. Si el acuerdo contiene, por ejemplo, el esquema de la liquidación de gananciales, formalizar dicha liquidación juntamente con la protocolización del acuerdo dotará de sentido negocial a la escritura resultante, sin merma de su ejecutividad respecto de las obligaciones pendientes. Si por el contrario el acuerdo contiene el compromiso de una de las partes de "prestar garantía real en seguridad del pago de la pensión compensatoria", tendrá sentido constituir hipoteca sobre finca privativa del deudor en documento separado.

— Sobre la posibilidad de incluir contenido novatorio del acuerdo en la escritura de elevación. Con ocasión de la escritura de elevación, las partes pacificadas en el proceso de mediación pueden modificar parte del contenido del acuerdo o ampliarlo a otros extremos conexos con el objeto del conflicto, sobre todo cuando ha transcurrido tiempo entre el acuerdo y la escritura. Si el contenido novatorio es accesorio del acuerdo principal, dotará de sentido a la escritura formalizarlo conjuntamente, si bien el notario deberá especificar en apartados separados las declaraciones confesorias de las negociales novatorias.

Entendemos que en todos los casos en que no sea posible la elevación a público del acuerdo por vicios esenciales de procedimiento (no existen alguna de las dos actas o el acuerdo no se llegó a redactar), si las partes manifiestan la existencia de un acuerdo alcanzado con ocasión del irregular proceso de mediación y se ratifican en su contenido, la escritura recogerá la perfección del contrato de transacción celebrado entre ellas. En sentido amplio esta escritura es novatoria, pues el acuerdo se alcanzó en sede de mediación, y tiene los efectos ejecutivos propios de toda escritura que contenga obligación exigible (art. 517.4 LEC), si bien la falta de los requisitos exigidos en la Ley de mediación impide formalizarla al amparo de la norma específica de su art. 25.

Como última posibilidad, si la novación implica una renegociación esencial del acuerdo alcanzado en mediación, tendrá sentido calificar también esta escritura como “de transacción”, consignando en la parte expositiva, si es el caso, el proceso de mediación que terminó generando el acuerdo, y protocolizando el alcanzado en tal proceso si así es requerido. No obstante, la elevación a público del acuerdo de mediación originario podrá tener sentido si en el mismo subsisten obligaciones secundarias pendientes de ejecución, pese a que las partes hayan alcanzado posteriormente un acuerdo distinto del conseguido en mediación.

— Sobre el tratamiento arancelario de las escrituras de mediación. La DA 3.^a de la Ley contiene una norma para el cálculo de los honorarios notariales referidos literalmente a “*la escritura pública de formalización de los acuerdos de mediación*”, especificando que se deberán aplicar los correspondientes a los documentos sin cuantía del número uno del arancel vigente. La norma no modifica

el arancel notarial aprobado por RD 1426/89, sino que recoge en una norma con rango de ley (y no en su reglamento de desarrollo) un criterio interpretativo del decreto de aranceles. El legislador ha pretendido acotar el tratamiento arancelario del único documento notarial regulado en la propia Ley de mediación, esto es, la escritura pública cuya finalidad y efecto es la ejecutividad judicial del acuerdo de mediación. Quedan fuera del ámbito de aplicación de dicha norma interpretativa los restantes documentos notariales que pueden otorgarse con ocasión del proceso de mediación, que seguirán rigiéndose incluso a efectos arancelarios por su normativa específica, con independencia de que por razones documentales o de lógica negocial se formalicen conjuntamente con la elevación a público del acuerdo, entre ellos:

- El acta de protocolización del acuerdo de mediación, que no confiere eficacia ejecutiva al acuerdo en el derecho interno.

- Las actas de manifestaciones confesorias de una de las partes separadamente de las otras.

- Toda escritura de transacción distinta de la elevación a público del concreto acuerdo de mediación, varias de las cuales hemos mencionado anteriormente.

- La escritura de novación modificativa del acuerdo de mediación, o el concepto negocial correspondiente a dicha novación.

- La escritura que formalice negocios jurídicos sustantivamente independientes de la transacción inherente a todo proceso de mediación, como por ejemplo la liquidación del régimen económico matrimonial acordada en mediación.

- La escritura que las partes hayan otorgado para obtener una eficacia documental distinta o adicional de la ejecutividad judicial, por ejemplo, la condición de título inscribible en el Registro de la Propiedad.

DISCAPACIDAD Y CONSENTIMIENTO (O DISENSO) INFORMADO: EL DERECHO DE LA PERSONA A SER DUEÑA DE SU PROPIA VIDA

Inmaculada Vivas Tesón

Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Sevilla

Resumen: El carácter preceptivo y vinculante de la Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (y su Protocolo Facultativo) obliga a los países que ratifiquen la Convención a adaptar sus legislaciones nacionales a los principios, valores y mandatos proclamados en dicho Tratado internacional. En concreto, su artículo 12 obliga a dejar atrás el modelo basado en la sustitución en la toma de decisiones para adoptar un modelo basado en la asistencia en la toma de decisiones. En dicho modelo ha de encajar, sin duda, la regulación del consentimiento informado de la persona con discapacidad en materia de tratamientos sanitarios y de bioinvestigación.

Palabras clave: personas frágiles, Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, dignidad, consentimiento informado, biobancos, investigación biomédica.

Abstract: The mandatory and binding nature of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, adopted in New York on the 13th of December 2006 (and its optional protocol), obliges countries which ratify the Convention to adapt their national legislations to the principles, values and mandates proclaimed in this international Agreement. In particular, article 12 requires a change from the model of decision-making based on substitution to one based on support. Undoubtedly, the regulation of informed consent from persons with disabilities in the context of medical treatment and bioresearch must fit into this model.

Key words: vulnerable persons, UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, dignity, informed consent, biobanks, biomedical research.

SUMARIO

- I. DISCAPACIDAD Y CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL ÁMBITO SANITARIO
 - 1.1. Un nuevo enfoque a partir de la Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
 - 1.2. El consentimiento (o disenso) informado como derecho fundamental
- II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA LA OBTENCIÓN, UTILIZACIÓN Y CESIÓN DEL MATERIAL BIOLÓGICO CON FINES DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA
 - 2.1. La singularidad del CI en el contexto bioinvestigador
 - 2.2. Personas con capacidad judicialmente modificada
 - 2.3. Personas con discapacidad
 - 2.4. Personas incapaces de hecho
- III. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL
- IV. BIBLIOGRAFÍA

I. DISCAPACIDAD Y CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL ÁMBITO SANITARIO

1.1. UN NUEVO ENFOQUE A PARTIR DE LA CONVENCIÓN ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El primer Tratado de derechos humanos del siglo **xxi**, la Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York en el año 2006, cuyos principios cardinales son "*in dubio pro capacitas*" e "*intervención mínima*" (1), contempla un cambio en el modelo a adoptar a la hora de regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, especialmente, en aque-

(1) V. *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especializados en la Protección de las Personas con Discapacidad y Tutelas del 19 y 20 de octubre de 2009. La efectiva aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus efectos en el Derecho interno*, GANZENMÜLLER ROIG, C. (dir.).

llas situaciones en las cuales puede resultar necesario algún tipo de intervención de terceros: mientras que el sistema tradicional tiende hacia un modelo de "*sustitución*" en la toma de decisiones, el modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas, sobre el cual gira la Convención, aboga por un modelo de "*apoyo*" en la toma de decisiones.

La Convención hace hincapié en la enorme importancia que reviste para las personas con discapacidad el respeto a su autonomía individual, incluida la libertad de tomar decisiones, su voluntad, sus preferencias (Preámbulo, letra n y arts. 3 y 12.4).

Al respecto, permítasenos subrayar que la especial trascendencia de dicho Tratado internacional no radica en su contenido innovador, que no lo es, sino en que, a diferencia de otras Declaraciones de derechos y principios generales de la ONU (como la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental y la Declaración de los derechos de los Impedidos o las Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades y la no Discriminación), inspiradoras de leyes y políticas de muchos países pero carentes de fuerza normativa, la Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un instrumento jurídico de carácter obligatorio. No estamos, pues, ante una mera declaración o recomendación, sino ante un pacto internacional preceptivo y vinculante, lo que está obligando a proceder a una íntegra revisión legislativa que logre que nuestro Derecho interno se corresponda, exactamente, con los principios, valores y mandatos proclamados en dicho Tratado internacional, debiendo, por consiguiente, revisar y adaptar nuestra legislación al reconocimiento y garantía de los derechos de las personas con discapacidad, muy especialmente, el de igualdad.

Actualmente, estamos inmersos en dicho proceso de reformulación y, en su caso, supresión de normas vigentes discriminatorias. Ejemplo de ello lo son la Ley 26/2011, de 1 de agosto, y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Dicho proceso de adaptación de nuestro Ordenamiento Jurídico a la Convención ONU está aún inacabado. Estamos a la espera de una anunciada reforma del procedimiento de incapacitación judicial (2),

(2) Al respecto, es preciso recordar que la Ley 1/2009, de 25 de marzo,

de la que tan sólo es conocida su denominación, "*procedimiento de modificación de la capacidad de obrar*", y de la creación de mecanismos de protección de la persona ajustados al modelo social de discapacidad proclamado por la Convención ONU, los cuales, por su elasticidad y flexibilidad, han de poderse amoldar a todas y cada una de las situaciones de debilidad de una persona, intentando brindarle el apoyo más adecuado a su concreta necesidad y dando siempre espacio al desarrollo de su personalidad, lo que obliga a considerar a la tutela como remedio tuitivo extremo y a proteger a la persona desde una óptica humana y no, exclusivamente, patrimonial (3).

de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, establece, en su Disposición final 1.ª, que "*el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley –la cual tuvo una *vacatio legis* de 3 meses desde su publicación–, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006*", promesa incumplida.

Por su parte, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Disposición adicional 7.ª, rubricada "*Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones*", contempla que "*el Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen*". Confiamos en que, esta vez, dicho compromiso sea cumplido.

(3) Para un mayor estudio, pueden consultarse nuestros trabajos *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tui-*

Sólo ha de importar la persona, su personalidad, su voluntad, sus valores universales de dignidad humana, libertad, igualdad, solidaridad y participación. Nuestras leyes han de impregnarse, pues, del principio personalista, conforme al cual el rol de los derechos fundamentales es estratégico, de primera importancia.

En pocas palabras, la Convención ONU viene a decirnos que dejemos de una vez de adueñarnos de la vida de las personas con discapacidad y de tomar decisiones por su nombre y cuenta. Satisfacer sus necesidades vitales, conocer sus sentimientos, lograr su bienestar (no sólo económico, sino físico y espiritual), promover su autoestima y, en definitiva, alcanzar su felicidad, poco o nada tiene que ver con su mayor o menor capacidad de entender y querer, sino con su condición de ser humano y, por consiguiente, con el máximo respeto a su yo.

No se trata más que de respetar sus derechos, entendidos éstos no sólo desde el plano jurídico, sino *lato sensu*: el derecho a la salud, al ocio, a sus inquietudes culturales, a una vida independiente, a la libertad de elegir y de manifestar su consentimiento o disenso (p. ej., en relación a tratamientos médicos u odontológicos, la cesión de sus datos personales, el uso de su imagen, etc.). De este modo, se persigue que la persona sea la única dueña de su propia vida.

En estas apretadas páginas nos centraremos en el consentimiento informado (en adelante, CI) de la persona con discapacidad en materia de tratamientos sanitarios, presidida ésta por el derecho del paciente a su autodeterminación y, por consiguiente, pese a tratarse de un sujeto vulnerable, es preciso contar con su propia voluntad y no (tan sólo, con carácter muy excepcional cuando sea estrictamente necesario) con la de sus familiares o representantes legales.

Por puras razones de comodidad práctica, ya sea por sus parientes y allegados, ya por los jueces, ya por los profesionales sanitarios, partimos *ex ante* de que la persona frágil no puede dar su CI, de modo que prescindimos de ella a la hora de participar en la elección de un tratamiento sanitario para su mente y/o su cuerpo,

tivo español, Futuex, Olivenza (Badajoz), 2012, galardonado con el Primer Premio de Investigación del Observatorio Estatal de la Discapacidad (2011) y "Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar", en RDP, 2012, núm. 5, septiembre-octubre, pp. 3-40.

sustituyéndola en su vida y en su libertad personal. Sin embargo, por comodidad, automatismo o mecanicidad a la hora de realizar actos en el ámbito de la salud no pueden dejar de respetarse y tutelarse los derechos fundamentales (los cuales, recordemos, son inviolables) de la persona frágil, que no es, por su situación de vulnerabilidad, un sujeto pasivo al que podamos expropiarle (sin justiprecio alguno) su vida.

Sin duda, se requiere una línea estratégica de formación específica y colaboración activa por parte de todos (en particular, familiares, jueces y operadores sanitarios) en dar el mayor espacio vital posible a la persona con discapacidad en relación a los deseos y preferencias en el ámbito sanitario.

1.2. EL CONSENTIMIENTO (O DISENSO) INFORMADO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El art. 5 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina de 1997, más conocido como "Convenio de Oviedo", instrumento internacional de carácter vinculante para los países que lo suscriben, como es el caso de España, dispone:

"Artículo 5. Regla general.

Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento.

Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias.

En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento".

Y en su art. 10 establece:

"Artículo 10. Vida privada y derecho a la información.

1. Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud.

2. Toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona a no ser informada".

Por su parte, el art. 3, en su apartado 2.º, letra a), de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000), dispone:

"Artículo 3. Derecho a la integridad de la persona.

1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica.

2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:

a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la Ley..."

Así las cosas, el consentimiento informado (en adelante, CI) es un acto volitivo requerido en distintas actuaciones en el ámbito de la salud, tales como en un ingreso hospitalario, una intervención quirúrgica, una extracción de una muestra de orina o sangre, en una transfusión de sangre, en la práctica de una biopsia, en la extracción y trasplante de órganos o en la participación en ensayos clínicos.

Como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de enero de 2001 (4), *"la iluminación y el esclarecimiento, a través de la información del médico, para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone ningún formalismo sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su art. 10.1, pero sobre todo en la libertad, de que se ocupa el art. 1.1, reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias..."*

El Tribunal Supremo, con apoyo en diversos textos internacionales de protección de derechos humanos que arrancan de la Declaración Universal de 1948, concluye que *"el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia.*

(4) RJ 2001, 3.

En el mismo sentido se pronuncia el TS en su S. de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6197).

Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”.

Este entronque del CI con los derechos fundamentales en Derecho español ha sido recientemente confirmado por el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 28 de marzo de 2011 (5) acerca de la estimación de un recurso de amparo por vulneración de derechos fundamentales, en concreto, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y los derechos a la integridad física y a la libertad (arts. 15 y 17.1 CE), en relación a la desestimación de la reclamación de responsabilidad civil derivada de asistencia sanitaria por la pérdida funcional de la mano derecha del paciente tras la realización de un cateterismo cardíaco, sin que se le hubiese informado de los riesgos de la intervención ni se hubiese recabado su consentimiento para la práctica de la misma (6).

Sin embargo, dicha conexión con los derechos fundamentales de la persona es posiblemente, como se ha señalado (7), un exceso del que el propio Supremo no ha pretendido sacar ninguna consecuencia concreta, sino sólo evitar una interpretación que reduzca la legalidad a un mero requisito formal cuyo incumplimiento carezca de consecuencias jurídico privadas.

A tenor del art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP), por CI ha de entenderse, a efectos de dicha Ley, *“la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”*.

(5) RTC 2011, 37.

(6) *Vid.* comentario a dicha sentencia de DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2011, y de MOURE GONZÁLEZ, E.: “El consentimiento informado como derecho fundamental. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo”, en *Diario La Ley*, núm. 7912, Sección Doctrina, año XXXIII.

(7) PARRA LUCÁN, M.^a A.: “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2003.

Esto significa que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita su consentimiento libre y voluntario, una vez que, recibida la correspondiente información adecuada, haya valorado las opciones propias del caso (art. 8.1 LAP).

Así las cosas, los aspectos básicos que caracterizan el CI en las actuaciones sanitarias son:

- La información que ha de proporcionarse al sujeto ha de ser adecuada.
- La persona debe tener capacidad para expresar el consentimiento.
- Libertad de elección de la persona y ausencia de coerción.

Por tanto, sin duda alguna, el consentimiento libre e informado está estrechamente vinculado con la dignidad (8) y la libertad personal (9).

Enorme relevancia alcanzan tanto el testamento vital o documento de voluntades anticipadas, como la escritura de autotutela, tal y como se deduce del art. 9 del citado Convenio de Oviedo:

"Artículo 9. Deseos expresados anteriormente.

Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad".

De este modo, logramos planificar y decidir *pro futuro* nuestra propia vida, evitando, de este modo, que lo hagan terceros por no-

(8) Siguiendo a mi maestro, LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: *Fundamentos de Derecho civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 39, refiriéndose a la carga de valores generales que se acumulan alrededor del término de persona, "aunque sobre estos valores puede haber discrepancias, en nuestra cultura jurídica todos estamos de acuerdo con el dicho constitucional de que la dignidad de la persona es el valor superior del Derecho (artículo 10 de la Constitución Española). Esa palabra, «dignidad», indica la tenencia de las cualidades más excelentes y respetables por sí mismas del ser humano, y es tenencia de cualquier persona, con independencia de su condición".

(9) PARRA LUCÁN: "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", cit.

sotros, ante una eventual pérdida de nuestra capacidad de entender y querer, o bien de una situación de coma o de un estado vegetativo permanente, situaciones éstas en las cuales ya nos será imposible manifestar nuestra voluntad. El documento de voluntades anticipadas y la autotutela (10) se convierten, pues, en herramientas jurídicas de bajo coste económico pero de incalculable valor y vital utilidad.

II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA LA OBTENCIÓN, UTILIZACIÓN Y CESIÓN DEL MATERIAL BIOLÓGICO CON FINES DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA (11)

2.1. LA SINGULARIDAD DEL CI EN EL CONTEXTO BIOINVESTIGADOR

Según la Exposición de Motivos de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (en adelante, LIB) (12), dicha ley *"se construye sobre los principios de la integridad de las personas y la protección de la dignidad e identidad del ser humano en cualquier investigación biomédica que implique intervenciones sobre seres humanos, así como en la realización de análisis genéticos, el tratamiento de datos genéticos de carácter personal y de las muestras biológicas de origen humano que se utilicen en investigación. En este sentido, la Ley establece que la libre autonomía de la persona es el fundamento del que se derivan los derechos específicos a otorgar el consentimiento y a obtener la información previa. Asimismo, se establece el derecho a no ser discriminado, el deber de confidencialidad por parte de cualquier persona que en el ejercicio de sus funciones acceda a información de carácter personal, el principio de gratuidad de las donaciones de material biológico, y fija los es-*

(10) De la tutela hemos tenido ocasión de ocuparnos con cierto determinimiento en nuestro trabajo *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*, Difusión Jurídica, Madrid, 2010, pp. 115-121.

(11) Sobre esta materia hemos trabajado en el marco del Proyecto de Investigación de la Fundación Centro de Estudios Andaluces "La regulación de los Biobancos en Andalucía" (PRY149/11), del que es Investigadora Responsable la Prof.^a Dr.^a GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ.

(12) La LIB ha sido parcialmente modificada por la DF 8.^a de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

tándares de calidad y seguridad, que incluyen la trazabilidad de las células y tejidos humanos y la estricta observancia del principio de precaución en las distintas actividades que regula”.

Sentado lo anterior, el CI para la recogida, almacenamiento y utilización de muestras biológicas con fines de investigación biomédica (13) presenta características singulares que lo separan del tradicional CI del paciente y, por consiguiente, comporta reflexiones jurídicas diferentes y, tal vez, una reformulación del concepto de CI en el contexto de la bioinvestigación y, en consecuencia, una disciplina legal *ad hoc* (14).

Ante todo, es preciso distinguir dos fases distintas, cada una con problemática diferente respecto de la otra. De un lado, el CI es preciso en una primera fase de extracción del material biológico, en cuyo caso el derecho fundamental que resulta tutelado por el consentimiento es la libertad personal o autodeterminación del sujeto en orden a la propia salud; de otro, el CI a la conservación en biobancos (en adelante, BB) (15) y a la utilización investigadora de

(13) La obtención de muestras biológicas con fines de diagnóstico médico se rige por lo dispuesto en la LAP. Al respecto se pronuncia ROMEO CASABONA, C. M.^a: “Implicaciones jurídicas de la utilización de muestras biológicas humanas y biobancos en investigación científica”, Bilbao, 2007 (http://www.catedraderechoygenomahumano.es/images/Informe_final_completo.pdf), p. 39, para quien “no existe ninguna duda acerca de la aplicabilidad de la LAP a los actos de obtención de muestras biológicas con fines diagnósticos”.

(14) De esta opinión, PICOZZI, M./FERIOLI, E.: “La conservazione del materiale biologico finalizzato alla ricerca scientifica: questioni giuridiche e riflessioni etiche sulle biobanche”, en *Medicina e Morale*, 2011, vol. 61, fasc. 4, p. 570: “per le biobanche è necessario un consenso informato diverso da quello classico, in cui possa essere prevista una mediazione etica tra l’autonomia dei donatori, l’integrità morale dei ricercatori e la governance della biobanca”.

(15) La utilización del término “biobank” es reciente en la literatura científica, surgiendo, a mitad de los años 90, en el artículo de LOFT, S./POULSEN, H. E.: “Cancer Risk and Oxidative DNA Damage in Man”, en *Journal of molecular medicine*, 1996, 74 (6), pp. 297-312.

DE ROBBIO, A./CORRADI, A.: “Biobanche in bilico tra proprietà privata e beni comuni: brevetti o open data sharing?”, en *ILIS.it*. Vol. 1, núm. 2, 2010, p. 306, apuntan la posibilidad de que el término “biobanco” apareciera en escena con anterioridad, ya en los años 80.

La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (en adelante, LIB), ofrece la siguiente definición de “biobanco”: “*Establecimiento público o privado, sin ánimo de lucro, que acoge una colección de muestras biológicas*

la muestra biológica extraída se dirige a tutelar la identidad e intimidad del sujeto fuente. Tal vez, no debiera hablarse de CI en singular, sino en plural (16).

Claro lo anterior, según la LIB, por "*consentimiento*", a los efectos de dicha Ley, ha de entenderse "*manifestación de la voluntad libre y consciente válidamente emitida por una persona capaz, o por su representante autorizado, precedida de la información adecuada*" (art. 3.f).

Partiéndose de que la muestra biológica no tiene exclusivamente una dimensión física o material (17), sino, junto a ésta, una privilegiada dimensión informacional (18), la singularidad del CI para la

concebida con fines diagnósticos o de investigación biomédica y organizada como una unidad técnica con criterios de calidad, orden y destino".

Por su parte, el Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica (en adelante, RD 2011), el cual acaba de entrar en vigor, proporciona la siguiente definición de biobanco con fines de investigación biomédica: "*establecimiento público o privado, sin ánimo de lucro, que acoge una o varias colecciones de muestras biológicas de origen humano con fines de investigación biomédica, organizadas como una unidad técnica con criterios de calidad, orden y destino, con independencia de que albergue muestras con otras finalidades*".

(16) Así lo apunta MACIOTTI, M.: "Consenso informato e biobanche di ricerca (Informed Consent and Research Biobanks)", en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, vol. 3, p. 158, para quien "si dovrebbe correttamente parlare di consenso al plurale, in quanto i beni giuridici sui quali incide l'espressione di volontà sono molteplici".

(17) En relación a ello se plantea cuál es la consideración jurídica y el régimen dominical sobre los materiales biológicos separados del cuerpo humano. Para una interesante exposición de la problemática y las distintas posturas doctrinales, *vid.* MACIOTTI, M./IZZO, U./PASCUZZI, G./BARBARESCI, M.: "La disciplina giuridica delle biobanche", en *Pathologica*, 2008, pp. 92-95, y FEROLI, E./PICOZZI, M.: "La conservazione del materiale biologico finalizzato alla ricerca scientifica: questioni giuridiche e riflessioni etiche sulle biobanche", en *Medicina e morale*, 2011, vol. 6, pp. 561-570.

(18) En este sentido, MACIOTTI: "Consenso informato e biobanche di ricerca (Informed Consent and Research Biobanks)", *cit.*, p. 158, señala: "Ma la materialità identifica solo una delle possibili dimensioni entro cui vivono le vicende dei tessuti umani. Con lo sviluppo delle conoscenze e delle

recogida y utilización de material biológico con fines de investigación biomédica (19) radica, fundamentalmente, en las ideas siguientes:

1. Los datos genéticos presentan un carácter indiscutiblemente personalísimo, constituyendo el patrimonio más profundo y esencial de la persona humana (20);
2. Los datos biosanitarios, en cuanto datos específicos relacionados con la salud (21), pertenecen a la categoría de "*datos sensibles*" (22), esto es, aquellos en relación con los cuales el

tecnologie di ricerca in ambito genetico i campioni biologici umani tendono sempre più ad identificare una fonte privilegiata ed insostituibile di dati medici e genetici utili allo sviluppo della scienza medica. Si tratta di dati che offrono informazioni decisive sullo stato di salute, l'identità biologica, la predisposizione a contrarre determinate malattie, la paternità del soggetto al quale appartengono".

(19) Como expresa MACIOTTI: *op. cit.*, p. 158, "nei campioni biologici convivono dunque due dimensioni che, almeno dal punto di vista giuridico, mostrano di avere caratteristiche profondamente diverse. La dimensione materiale plasmata sul diritto di proprietà e la dimensione informazionale espressione della personalità e dell'identità del soggetto. A maggior ragione tale duplicità sussiste se si considera che le informazioni sopravvivono anche quando i campioni biologici dai quali sono ricavate siano interamente consumati".

(20) INTRONA, F.: "Lo screening genetico ed il giudizio di idoneità al lavoro", en *Diritto e Società*, 1992, p. 29.

(21) En opinión de MACIOTTI/IZZO/PASCUZZI/BARBARESCHI: "La disciplina giuridica delle biobanche", *cit.*, p. 97, "tali dati consentono di acquisire informazioni relative allo stato di salute, alle caratteristiche biologiche, al grado di predisposizione a contrarre determinate malattie, alla reale paternità e forse, in futuro, anche le qualità dominanti del carattere dei donatori".

(22) Como expone REBOLLO DELGADO, L. (junto con GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.): *Biomedicina y protección de datos*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 178, "los datos sensibles pueden concretarse desde un punto de vista material y desde un punto de vista formal. Materialmente los datos sensibles son aquellos que hacen referencia a cualidades de la persona relacionadas con su dignidad, con aspectos que afectan a su personalidad, que dibujan su forma de ser y de comportarse. Formalmente los datos sensibles son aquellos que requieren unas especiales y reforzadas garantías de uso que alcanzan a su recogida y tratamiento y que sopesan, en estas fases concretas de la protección de datos, especialmente la voluntad de la persona". En la p. 181 el autor afirma que los datos biosanitarios gozan del carácter de datos sen-

interesado es más vulnerable cuando son conocidos o utilizados por terceros, con mayor motivo cuando son objeto de acceso, utilización o cesión ilícitas. Como consecuencia de ello, tales datos han de gozar de una protección jurídica más intensa (23);

3. La información genética que alberga la muestra va más allá del ámbito individual del sujeto fuente de la misma, pudiendo involucrar al grupo familiar, comunidad o población a la que aquél pertenece, que puede beneficiarse de los resultados obtenidos con la investigación llevada a cabo con la muestra donada (24);

sibles, añadiendo que "la protección de datos biosanitarios se constituye en el derecho que todo ser humano tiene de controlar sus datos biológicos, ya tengan éstos aplicaciones médicas o no, y a que su uso no sea contrario a la dignidad del ser humano".

Para VILLANI, L.: "Biobanche e test rivelatori di informazioni genetiche: spunti di riflessione per un nuovo consenso informato", en *Responsabilità civile*, 2010, vol. 7, p. 141, son datos particularmente sensibles "inserite nel 'nucleo duro' della privacy".

(23) ROMEO CASABONA: "Implicaciones jurídicas de la utilización de muestras biológicas humanas y biobancos en investigación científica", cit., p. 21.

Para DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Daños causados en la investigación biomédica y la realización de estudios genéticos: conductas y omisiones determinantes de responsabilidad y resarcimiento", en *La Ley*, núm. 6782, Sección Doctrina, 19 sep. 2007, "no ha de olvidarse, en efecto, que en las investigaciones con material biológico procedente de seres humanos –cualquiera que sea la denominación que en términos jurídicos se le dé, considérese como cosa o no– aquél es soporte de datos genéticos, lo que exige la sólida protección de algunos derechos fundamentales como la intimidad o el que ha denominado recientemente el Tribunal Constitucional (STC 292/2000, de 30 de noviembre) derecho a la protección de datos, que no comprende sólo los íntimos de la persona, sino cualquier tipo de dato personal, sea o no de aquel carácter".

(24) En relación al alcance de los datos genéticos asociados al material biológico humano, el art. 4 de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de 16 de octubre de 2003 dispone:

"a) Los datos genéticos humanos son singulares porque:

i) pueden indicar predisposiciones genéticas de los individuos;
 ii) pueden tener para la familia, comprendida la descendencia, y a veces para todo el grupo al que pertenezca la persona en cuestión, consecuencias importantes que se perpetúen durante generaciones;

iii) pueden contener información cuya relevancia no se conozca necesariamente en el momento de extraer las muestras biológicas;

4. Dado que pueden surgir fines de investigación biomédica imprevisibles o no hipotizables al momento de la obtención de la muestra biológica (25), resulta imposible informar de la futura utilización de aquélla al sujeto fuente, y ello, sencillamente, porque la Ciencia médica está en continua evolución (26) y, además, son desconocidos los investigadores o equipos investigadores [españoles o extranjeros (27)] que podrán hacer uso del material biológico humano a quienes éste sea cedido (28), a lo que ha de añadirse la dificultad (o, incluso, imposibilidad, en caso de fallecimiento) práctica que conlleva la necesidad de recontactar, posteriormente, con el sujeto fuente (29). Se trata, pues, de un

iv) pueden ser importantes desde el punto de vista cultural para las personas o los grupos.

b) Se debería prestar la debida atención al carácter sensible de los datos genéticos humanos e instituir un nivel de protección adecuado de esos datos y de las muestras biológicas”.

(25) En este sentido, señala MACIOTTI: “Consenso informato e biobanche di ricerca (Informed Consent and Research Biobanks)”, p. 160: “Solo in rarissimi casi al momento della prestazione del consenso il soggetto coinvolto può essere informato puntualmente sulle analisi che saranno condotte sul materiale biologico prelevato dal suo corpo. Molte di queste indagini non sono prevedibili e dipendono dallo sviluppo delle conoscenze scientifiche, altre vengono pianificate solo in momenti successivi”.

(26) Para CLAYTON, E. W.: “Informed Consent and Biobanks”, en *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 33, Issue 1, 2005, p. 19, el CI puede definirse como “one part of honoring the contribution that the person is making to the advancement of knowledge”.

(27) Al respecto, *vid.* el RD 65/2006, de 30 de enero, por el que se establecen requisitos para la importación y exportación de muestras biológicas.

(28) V. AZZINI, S.: “Biobanche, consenso e fonti del Diritto: un caso di eccezionale disordine?”, Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo (Pavia), <http://www.biodiritto.eu/sito/images/stories/azziniforum2010papersito.pdf>, p. 3.

Como señalan CASADO DE LA ROCHA, A./ETXEBARRÍA AGIRIANO, A.: “El consentimiento informado ante los biobancos y la investigación genética”, en *Arbor Ciencia, Pensamiento y Cultura*, núm. 730, 2008, p. 252, los biobancos “son un recurso que está esencialmente abierto a muchos fines de investigación, y la pregunta entonces es obvia: ¿cómo informar de esos fines aún desconocidos?”.

(29) Para MACIOTTI/IZZO/PASCUZZI/BARBARESCHI: “La disciplina giuridica delle biobanche”, cit., p. 97, el sistema de “recontacto” es “poco funzionale e comunque antieconomico”.

consentimiento a una operación compleja e hipotética, en la que no resulta posible informar pormenorizadamente *ex ante* al sujeto fuente de los futuros beneficios, riesgos y usos de los datos asociados a su material biológico (lo que le separa del CI tradicional, en el que la información debe ser precisa y detallada al momento de su prestación), el cual cuenta con un valor potencial de suma importancia para la investigación científica (30).

De acuerdo con lo expuesto, el tratamiento jurídico del CI para la recogida y utilización de material biológico de origen humano destinado a la investigación biomédica ha de girar en torno a la búsqueda del perfecto equilibrio entre el respeto a la libertad, autodeterminación individual de la persona en orden a la propia salud e intimidad, el interés de la colectividad y las exigencias del progreso científico (31), tarea ésta nada fácil.

Dentro del nuevo escenario jurídico (sin duda, también, ético y científico, en los cuales no osamos entrar) creado por los avances en la bioinvestigación sobre muestras de origen humano y su trata-

(30) En este sentido, ALLEN, J./MCNAMARA, B.: "Reconsidering the value of consent in biobank research", en *Bioethics*, 2009, p. 3: "participants cannot make a real judgment about the benefits or risks when they are asked to give their consent to contribute to a prospective biobank. A meaningful evaluation could only be made if they were provided with information and asked for consent each time their samples or information were used. Researchers argue, however, that obtaining consent for each new use is impractical and that the burden of compliance is prohibitively expensive. Attempts to recontact all participants are likely to be unsuccessful since some will have died or have lost capacity to consent. Others may simply not bother to respond. Continuous requests for further consent may be resented or perceived as burdensome. Reduced participation may be an insurmountable obstacle for some projects, and undermine the validity of others".

(31) Para GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (junto con REBOLLO DELGADO, L.): *Biomedicina y protección de datos*, cit., p. 271, "la articulación jurídica de los diferentes derechos y bienes constitucionalmente protegidos no se plantea tanto en términos de exclusión sino de ponderación y equilibrio entre ellos; es en esta ponderación donde el bienestar del ser humano podría llegar a prevalecer sobre otros intereses sociales o científicos. Jurídicamente este principio de primacía se manifiesta como un límite al derecho fundamental de investigación biomédica de manera que resultarían justificadas las limitaciones que pudieran establecerse para garantizar este principio sin llegar a desnaturalizar el derecho a la investigación o hacerlo impracticable".

miento específico en los BB, son muchas las cuestiones de interés que rodean al CI (contenido, forma, responsabilidad médica por ausencia de información, etc.), si bien, por cuanto ahora nos ocupa, nos limitamos a abordar el CI procedente de personas mayores de edad con discapacidad y con capacidad modificada judicialmente o de hecho, así como a conocer su participación en todo el proceso de obtención y destino científico de sus muestras biológicas (32).

Y ello porque las personas con limitada capacidad de autogobierno y decisión son especialmente vulnerables, de ahí que los derechos a la identidad, integridad y dignidad de los que son titulares (al igual que los restantes ciudadanos, lo cual, con frecuencia, se pasa por alto) (33), requieran, indiscutiblemente, una reforzada protección jurídica con las máximas garantías y cautelas (34). En la prác-

(32) Como señala CASADO DE LA ROCHA, A.: "Biobancos, cultura científica y ética de la investigación", en *Dilemata*, año 2 (2010), núm. 4, p. 3, haciendo referencia a la LIB, "el punto de partida es la sospecha de que, al haber en esta ley tantas excepciones a las exigencias tradicionales del CI, existe cierto riesgo de caer en una pendiente resbaladiza en la que garantías éticas tradicionales como el requisito del CI acaben por desaparecer. Para evitar esto es necesario contar con un concepto más completo de la autonomía de los pacientes y los sujetos de investigación, un concepto donde no se reduzca el respeto de la autonomía a 'cumplir con el expediente' del CI en un momento puntual de la investigación". Y añade: "... el CI es un proceso, no un documento, y el impreso firmado no es más que una prueba entre otras de que el proceso está teniendo lugar", p. 9.

(33) El respeto de los derechos fundamentales de los pacientes es contemplado tanto por el Código de Núremberg de 20 de agosto de 1947, en el cual se recogen los principios orientativos de la experimentación médica en seres humanos, como por la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial relativa a los trabajos de investigación biomédica con sujetos humanos.

Conforme al art. 3 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000, el cual se ocupa del derecho a la integridad de la persona: "1. *Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica.*

2. *En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: — el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley...*".

(34) El Informe Belmont. Principios y guías éticos para la protección de los sujetos humanos de investigación. Comisión Nacional para la protección de los sujetos humanos de investigación biomédica y del comportamiento U.S.A. de 1979, dentro del principio del respeto a las personas dispone: "*El respeto a las personas incorpora cuando menos dos convicciones éticas:*

tica, una excesiva burocratización del CI en el contexto biomédico a fin de lograr el objetivo de exonerar de responsabilidad al sujeto fuerte (35), podría dejar al débil en una situación de clara mutilación de sus derechos fundamentales.

Una detenida exégesis de la LIB y del RD 2011 en lo que se refiere a la regulación del CI para la recogida y cesión de muestras biológicas pertenecientes a mayores de edad con discapacidad (con o sin capacidad modificada), nos permitirá comprobar si sus disposiciones normativas encuentran o no acomodo en las directrices marcadas tanto por los Tratados Internacionales como por la legislación

primero, que los individuos deberán ser tratados como agentes autónomos y segundo, que las personas con autonomía disminuida tienen derecho a ser protegidas. Así, el principio de respeto a las personas se divide en dos exigencias morales separadas: la exigencia de reconocer autonomía y la exigencia de proteger a aquellos con autonomía disminuida... La capacidad para hacer decisiones propias madura en el transcurso de la vida del individuo y algunos individuos pierden esta capacidad total o parcialmente debido a enfermedad, incapacidad mental o circunstancias que limitan su libertad severamente. Las personas inmaduras o incapacitadas pueden requerir protección en lo que se refiere al respeto que merecen mientras estén incapacitadas.

Algunas personas necesitan protección completa, al punto de excluirlos de actividades que puedan lastimarlos; otras personas requieren escasa protección más allá de asegurarse que participan en actividades por su propia voluntad y con conciencia de las posibles consecuencias adversas. La cantidad de protección suministrada debe depender del riesgo de daño y la probabilidad de beneficio. La decisión de que algún individuo carece de autonomía deberá evaluarse periódicamente y variará en situaciones diferentes. En la mayoría de los casos de investigación incluyendo sujetos humanos, el respeto a las personas exige que los sujetos participen en la investigación voluntariamente y con información adecuada. Sin embargo, en algunas situaciones la aplicación del principio no es obvia".

Por su parte, el art. 8 de la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos de 19 de octubre de 2005 dispone: "Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos".

(35) Acerca de la responsabilidad en la realización de actividades de bioinvestigación, *vid.* ROMERO PAREJA, A.: "Investigación biomédica responsable", en *Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad civil y seguros*, núm. 101, 2012, pp. 8-24.

nacional (civil y sanitaria) específica y que configuran el estatuto jurídico de las personas frágiles, si los derechos de las personas con discapacidad resultan debidamente salvaguardados por nuestro legislador, al tiempo que plantearemos algunas dudas interpretativas que nos suscitan las imprecisiones u omisiones técnicas cometidas en la redacción de uno y otro texto normativo (36), labor ésta que nos dará pie a realizar recomendaciones o propuestas de *lege ferenda* de cara a la inminente regulación autonómica de los BB (37).

En términos generales, podemos afirmar que el marco legal integrado por la LIB y el RD 2011 brinda un adecuado tratamiento del CI de las personas vulnerables, siendo algunos de sus puntos todo un acierto, en tanto que otros son confusos o controvertidos y, por tan-

(36) Sirva de ejemplo la LIB, que en la delimitación de su objeto, en su art. 1.1, dispone que *"esta Ley tiene por objeto regular, con pleno respeto a la dignidad e identidad humanas y a los derechos inherentes a la persona, la investigación biomédica..."*, y en su art. 2.1.a) establece: *"la realización de cualquier actividad de investigación biomédica comprendida en esta Ley estará sometida a la observancia de las siguientes garantías:*

a) Se asegurará la protección de la dignidad e identidad del ser humano con respecto a cualquier investigación que implique intervenciones sobre seres humanos en el campo de la biomedicina, garantizándose a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a la integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales".

De este modo, el legislador, al mencionar los *"derechos inherentes"* genera una duda interpretativa en cuanto si por tales ha de entenderse los derechos y libertades fundamentales reconocidos en nuestra CE o, en cambio, aquéllos tienen un alcance jurídico distinto.

(37) Al cierre del presente trabajo, las únicas Comunidades Autónomas que cuentan con una normativa sobre BB son Valencia (Decreto 143/2008, de 3 de octubre, de la Generalitat Valenciana, que establece los requisitos organizativos y operativos de los biobancos, regula el procedimiento administrativo de autorización de biobancos y crea la Red de Biobancos de la Comunidad Valenciana) y Andalucía (Decreto 1/2013, de 8 de enero, por el que se regula la autorización para la constitución y funcionamiento de biobancos con fines de investigación biomédica, se crean el Registro de Biobancos de Andalucía y el Biobanco del Sistema Sanitario Público de Andalucía).

El RD 2011 indica que las Comunidades Autónomas son competentes para autorizar la constitución y funcionamiento de los biobancos en sus ámbitos competenciales respectivos, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Ministerio de Ciencia e Innovación para la creación de biobancos nacionales.

to, en su aplicación práctica, han de ser objeto de una cuidadosa y rigurosa interpretación que no consienta arbitrariedad alguna. Todo ello ha de servir de guía para que las leyes autonómicas reguladoras de los BB desarrollen adecuadamente las normas básicas estatales, perfeccionando con mejor técnica legislativa sus ambiguas y deficientes disposiciones y no limitándose, sin más, a reproducirlas.

En relación a las personas con discapacidad, la LIB se preocupa por garantizar la plena accesibilidad de la información que ha de ser suministrada con carácter previo al otorgamiento del consentimiento, en tanto que en cuanto a las personas incapacitadas judicialmente, si bien el CI es prestado por representación, su intención es involucrarlas activamente a lo largo del proceso de investigación. Por su parte, el RD 2011 no se ocupa ni de unas ni de otras, limitándose únicamente a contemplar el supuesto de almacenamiento y conservación de muestras biológicas de sujetos fuente menores de edad, si bien entendemos aplicable lo dispuesto respecto al CI por la LIB, que aquél desarrolla reglamentariamente, pues, como expresa en su Exposición de Motivos, *"el Real Decreto distingue entre el régimen general para el tratamiento de muestras biológicas con fines de investigación biomédica y el régimen específico que ha de aplicarse cuando este tratamiento se lleva a cabo en un biobanco. En ambos casos, se insiste en la vinculación a los principios establecidos en la Ley 14/2007, de 3 de julio, con un énfasis especial en la necesidad de consentimiento expreso y escrito para la obtención y utilización de las muestras, en la obligación de respetar el derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa, y en la gratuidad de todo el proceso de tratamiento de las muestras"*.

Ambos textos normativos tienen por finalidad proteger a la persona respecto al derecho de información, sus datos personales y confidencialidad de los mismos en las investigaciones en las cuales participan, si bien, a nuestro entender, no son todo lo garantistas de sus derechos fundamentales que hubiera sido deseable, en concreto, con la libre autonomía de la persona vulnerable (38). La garantía del consentimiento en caso de personas frágiles es, sin duda alguna,

(38) Como recoge DURÁN LALAGUNA, P.: *Cuestiones de Investigación Biomédica*, Fundación Ciudadanía y Valores, Madrid, 2008, p. 11, "hay quien considera que la Ley resulta débil en el lenguaje de protección de menores, personas con discapacidad e incapaces".

insuficiente, siendo éste uno de los aspectos más criticables de la LIB, por su imperdonable falta de sensibilidad.

Junto a la vulnerabilidad de una persona, ha de tenerse muy en cuenta que las muestras biológicas que se incorporen a los BB pueden ser utilizadas para cualquier investigación biomédica (la vocación de servicio público de los BB hace imprescindible para su funcionamiento que el consentimiento del sujeto fuente incluya la cesión de las muestras en términos más amplios que cuando se trata de muestras depositadas en colecciones, puesto que, en este último caso, es preciso un consentimiento expreso para cada cesión ex art. 22.2 RD 2011), esto es, al cedente de la muestra sólo se le pedirá un consentimiento, que servirá para todas las investigaciones biomédicas en las que se utilice su material biológico, de lo que puede deducirse la magnitud y trascendencia de esta cuestión y la importancia de sus consecuencias jurídicas (estigmatización, discriminación, etc.), mayor aún si se tiene en cuenta que el cedente no será quien preste directamente dicho consentimiento, sino que otras personas lo harán por él.

Pese a ello, nos da la impresión de que los requisitos del CI se relajaban con el fin de que se cumplan los objetivos de los biobancos de muestras biológicas de origen humano, cuando, más bien, debería haber sido al contrario, al estar en juego derechos fundamentales de personas con voluntad y libertad limitadas. En la tensión entre el respeto de la dignidad de la persona y el derecho a la investigación científica, el legislador se ha inclinado, sin ninguna duda, por esta última.

Además, cabe pensar que la confusa regulación del consentimiento del sujeto fuente frágil no va a resolver todos los problemas que pueden plantearse en la práctica en un ámbito en el que los profesionales necesitan pautas claras y seguras a seguir a fin de evitar eventuales reclamaciones de responsabilidad.

2.2. PERSONAS CON CAPACIDAD JUDICIALMENTE MODIFICADA

Comenzando por la terminología, la LIB alude a las "*personas incapacitadas*" (art. 4.2), pareciéndonos más adecuada la de "*personas con capacidad modificada judicialmente*", utilizada ya por el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las per-

sonas con discapacidad, que modifica el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos (39), así como por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (norma que, con alguna excepción, aún no ha entrado en vigor). Si bien, por fecha, la LIB no podía haber acogido la terminología apuntada, no entendemos cómo la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no ha procedido a retocarla debidamente.

La LIB establece que *"las personas incapacitadas... participarán en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación"* (art. 4.2), si bien intuimos que la práctica conduce al no entorpecimiento de la investigación científica y, por consiguiente, a la cómoda obtención del consentimiento por representación.

En el RD 2011 se omite por completo el tratamiento de las muestras biológicas procedentes de personas incapacitadas judicialmente, teniéndose en cuenta, exclusivamente, a los menores de edad en cuanto a la garantía para el acceso de la información cuando alcanzen la mayoría de edad (arts. 23.n) y 32.3). ¿Significa ello que las personas con capacidad de obrar modificada judicialmente que posteriormente la recuperen no tienen reconocida tal garantía? Imposible, de modo que sólo podemos pensar en un lamentable descuido por parte del legislador, para quien el menor de edad es tendencialmente capaz, de modo que su vulnerabilidad es sólo temporal, no, en cambio, la persona incapacitada judicialmente, cuya situación parece irreversible. Curiosamente, el legislador sí ha previsto que

(39) En concreto, el segundo párrafo del apartado 1 del art. 8 del RD 1301/2006, de 10 de noviembre, queda modificado en los siguientes términos: *"En el caso de que se trate de menores o personas con capacidad modificada judicialmente, la oposición a la donación podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquellos su representación legal. Tratándose de personas con discapacidad, deberán tenerse en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar dicha decisión en concreto y contemplarse la prestación de apoyo para la toma de estas decisiones"*.

la persona incapaz de consentir debido a su situación clínica pueda, con posterioridad, recuperar su autonomía y, por consiguiente, hallarse en condiciones de prestar el consentimiento (art. 21.4 LIB). Una vez más e inexplicablemente, el menor goza de condiciones legales notablemente mejores que el incapacitado judicialmente, suponiendo ello un inaceptable agravio comparativo para este último.

La normativa en estudio parte de una persona declarada judicialmente incapacitada que sólo puede prestar por sí misma consentimiento si *"en atención a su grado de discernimiento, la resolución judicial de incapacitación le autorizase para prestar su consentimiento a la investigación"* (art. 20.1 LIB). En caso contrario, el CI se obtiene por representación.

La fórmula legal empleada no es, a nuestro juicio, afortunada.

El legislador estatal parte, implícitamente, de la incapacitación total (en la parcial el sistema de guarda es la curatela y, como es sabido, el curador no es un representante legal) e irreversible, como permite deducir la falta de previsión por parte del RD 2011 de una eventual recuperación de la capacidad.

Súmese a lo anterior que, con escasa frecuencia, se hace constar expresa y detalladamente en las sentencias judiciales el concreto alcance del autogobierno de la persona con capacidad de obrar modificada en relación al otorgamiento del CI en el ámbito de la salud y, en particular, en el contexto de la bioinvestigación. Ojalá los pronunciamientos judiciales mencionaran explícitamente si la modificación de la capacidad de la persona comprende o no este extremo (así como tantos otros). Los pocos que lo hacen utilizan una fórmula un tanto ambigua y, a nuestro juicio, por excesiva y rígida, poco respetuosa con la persona y muy alejada del deseado *"traje a medida"*, pues se declara que la persona no es capaz de: *"tomar decisiones y otorgar consentimiento válido informado para cualquier intervención o tratamiento médico"* (40).

(40) Tal fórmula puede encontrarse en la SAP de Vizcaya (Sección 4.^a) de 18 de enero de 2010 (JUR 2010, 149718), la cual estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, establece, en el ámbito personal, que el demandado no tiene capacidad de obrar y no puede actuar por sí solo y prestar consentimiento válido en relación a la *"toma de decisiones y otorgamiento de consentimiento informado válido para cualquier intervención o tratamiento médico, con especial atención al sometimiento y tratamiento psiquiátrico y/o farmacológico e incluso internamiento"*

Al respecto, hemos de recordar que la incapacitación judicial no implica necesariamente la pérdida de la posibilidad de ejercitar los derechos de la personalidad de la persona incapacitada, salvo que la sentencia establezca lo contrario, de ahí que, en nuestra opinión, sea preciso atender a las circunstancias del caso y a las concretas facultades cognitivas y volitivas del sujeto fuente. Es más, con frecuencia, las personas con capacidad judicialmente modificada son competentes para tomar decisiones sobre su salud, incluso, aun no siéndolo para tomar decisiones de otra índole (vgr. la venta de un bien inmueble). El sujeto incapacitado puede estar atravesando un periodo de lucidez, o simplemente, su grado de incapacidad no le impide entender el acto de obtención de la muestra ni su destino posterior a fines de investigación biomédica, con independencia de que la posibilidad de realizar dicho acto por sí mismo conste o no en la sentencia judicial (41). Creemos que ello es acorde con lo dis-

que precise por su enfermedad de trastorno delirante que incide sobre una personalidad de tipo paranoide”.

Por su parte, la SAP de Asturias (Sección 5.ª) de 29 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2378), la cual utiliza la terminología “*modificar la capacidad de obrar*”, confirmando la sentencia de primera instancia, declara que el demandado “*no tiene capacidad de obrar y habilidades necesarias para actuar, por sí solo, y prestar consentimiento válido en relación a:*

1. *Decidir el lugar donde residirá.*
2. *Tomar decisiones y otorgar consentimiento válido e informado sobre pautas alimenticias, higiénicas y demás actuaciones de la vida personal.*
3. *Tomar decisiones y otorgar consentimiento válido informado para cualquier intervención o tratamiento médico.*
4. *Para realizar actuaciones complejas o de administración de su patrimonio.*
5. *No puede otorgar testamento.*
6. *No puede otorgar poderes.*
7. *No puede entablar acciones judiciales.*
8. *No puede otorgar, por sí solo, consentimiento válido en contratos o negociaciones jurídicas que afecten a su persona o a su patrimonio.*
9. *Carece de capacidad para ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo”.*

(41) Como señala, en relación a la LAP, PARRA LUCÁN: “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, cit., “no puede entenderse, en consecuencia, que para los incapacitados el consentimiento lo preste, sin más, el representante legal. Aun estando incapacitado, es discutible que la sentencia de incapacitación pueda excluir toda decisión del incapacitado relativa al ejercicio de los derechos de la personalidad”.

puesto en la Convención ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

La letra de la ley nos suscita algunas dudas: ¿qué sucede si cuando se precisa el CI para la obtención y posterior cesión de la muestra biológica está en curso el procedimiento judicial de modificación de la capacidad? Entendemos que ante la falta de resolución judicial firme de incapacitación, la solución debe ser la misma que para la persona incapaz carente de representación legal y, por tanto, del art. 21.3.º LIB parece deducirse que el consentimiento sería prestado por las personas que convivieran (la LIB no especifica si han de ser familiares o no) con el presunto incapaz.

Idéntica solución ha de predicarse de aquellos casos anteriores a la entrada en vigor de la LEC-2000 (42), en los que se declararon

(42) Es importante destacar (por el gran acierto que ello ha supuesto) que con la LEC-2000 (arts. 759.2 y 760.2), si en el escrito inicial de solicitud de la incapacidad se solicita, además, la constitución del régimen de guarda y el nombramiento de la persona concreta (física o jurídica) que ha de asumirla, la sentencia que declare la incapacidad nombrará también al representante legal o asistente, de tal forma que no habrá de iniciarse, tras la firmeza de la sentencia, un expediente de jurisdicción voluntaria, tal y como ocurría bajo la LEC-1881 y que demoraba, notoriamente, la resolución de la situación. Ahora, pues, en aras del principio de economía procesal, puede obtenerse, al mismo tiempo, la sentencia de incapacitación y el nombramiento de las personas que deban representar o asistir a los incapacitados, lo que agiliza notablemente las cosas.

Acerca de los inconvenientes que generaba el régimen anterior a la LEC-2000, COMES MUÑOZ, E./ESCALONILLA MORALES, B. M.^a: "Discapacidad y procedimiento de incapacitación", en *Los derechos de las personas con discapacidad*, vol. I, *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), CGPJ, Madrid, 2007, pp. 189-190, señalan: "*vemos, con más frecuencia de lo deseable, que se promueven expedientes de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de tutor de personas que fueron incapacitadas antes de la entrada en vigor de la LEC de 2000, varios años después de que el interesado fuera declarado incapaz por sentencia hasta once años después, como ocurrió recientemente en uno de los procedimientos tramitados ante los juzgados de tutelas de Madrid.*

Desde estos Juzgados se ha detectado además que la imposibilidad preterita de poder acumular ambas acciones de incapacitación y nombramiento de tutor ha creado una bolsa de incapacitados no tutelados: todos aquellos que, tras dictarse la correspondiente sentencia en el procedimiento de menor cuantía, ni sus familiares ni el Ministerio Fiscal han instado el preceptivo nombramiento de tutor o curador.

personas judicialmente incapacitadas pero, con posterioridad, no se siguió otro procedimiento para nombrar el correspondiente sistema de guarda.

En caso de persona en internamiento en un centro psiquiátrico, ¿es el juez quien ha de emitir el consentimiento? Consideramos que sí, pero la LIB nada dice al respecto.

2.3. PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La LIB, al regular el CI y el derecho a la información en su art. 4, tiene presente a las personas con discapacidad, a quienes alude utilizando una correcta terminología, siguiendo, así, el mandato de la Disposición Adicional 8.^a de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia (43).

Sin embargo, el legislador de 2007 no proporciona ninguna definición, a efectos de la Ley, de "*persona con discapacidad*" (44), de

(43) Disposición Adicional 8.^a de la Ley de Dependencia: "*Terminología. Las referencias que en los textos normativos se efectúan a 'minusválidos' y a 'personas con minusvalía', se entenderán realizadas a personas con discapacidad.*"

A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos 'persona con discapacidad' o 'personas con discapacidad' para denominarlas".

(44) Consideramos que no es aplicable, en el ámbito de la investigación biomédica, el concepto de "*persona con discapacidad*" que proporciona el art. 2.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, ante su claro tenor literal: "2. *A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:*

a. Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 %.

b. Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 %.

3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme".

Por su parte, el apdo. 2 del art. 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, recientemente modificado por la Ley

tal forma que desconocemos si está pensando en los porcentajes según los tipos de discapacidad debidamente acreditados o bien utiliza un concepto distinto a los únicos efectos de la LIB.

La LIB se encuentra en sintonía con la Convención ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad en relación a la enorme importancia que reviste para las personas con discapacidad el respeto a su autonomía individual, incluida la libertad de tomar decisiones, su voluntad, sus preferencias (Preámbulo, letra n y arts. 3 y 12.4) y a la accesibilidad informativa (art. 9). Conforme a ello, el art. 4.1, pfo. 3.º, LIB establece que la información que ha de proporcionarse a las personas con discapacidad con carácter previo al consentimiento se les prestará *"en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades"*.

Al respecto, hemos de destacar que la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, ha modificado el

26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ha pasado a disponer lo siguiente:

"2. Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial, contempladas en esta Ley serán de aplicación a las personas con discapacidad, con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad. En todo caso, las Administraciones públicas velarán por evitar cualquier forma de discriminación que afecte o pueda afectar a las personas con discapacidad.

Ello no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional".

art. 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que pasa a disponer lo siguiente:

"1. Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias:

Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por su origen racial o étnico, por razón de género y orientación sexual, de discapacidad o de cualquier otra circunstancia personal o social.

2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso. La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad".

En el mismo sentido, la citada Ley de 2011 modifica asimismo el apartado 5.º del art. 9 de la LAP, en los siguientes términos:

"5. ... Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento."

Por su parte, el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, modifica el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos, al que añade un nuevo apartado 3 al art. 7 con la siguiente redacción: *"3. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad"*.

Repárese en que la buena redacción técnica de la LIB en esta concreta cuestión ha hecho innecesaria su modificación por la citada

Ley 26/2011, de 1 de agosto, si bien, a nuestro juicio, nos parece más ajustada al citado Tratado Internacional la fórmula *"la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad"*, pues contempla el formato no sólo de la información a proporcionar (como hace la LIB), sino también de la hoja del consentimiento (con independencia de que ambas se contengan en documentos separados o en único documento), documentos ambos a los cuales ha de exigirse que sean no sólo *"accesibles"* (único requisito previsto por la LIB), sino también y fundamentalmente *"comprensibles"* (término utilizado por la LIB en su art. 15.1, si bien en términos generales y no específicamente para las personas con discapacidad), lo cual es esencial en una materia repleta de tecnicismos científicos.

Ha de tenerse en cuenta que a todo sujeto fuente mayor de edad no incapacitado judicialmente, pese a tener una discapacidad intelectual, se le presume su plena capacidad de obrar, de modo que tiene capacidad de comprender la información necesaria para tomar una decisión. Cosa distinta es que necesite información adicional o que ésta le sea suministrada en un formato accesible y fácilmente comprensible, además del tiempo suficiente para reflexionar y decidir con entera libertad.

Así las cosas, debe lograrse la efectividad de la tutela de las personas con discapacidad y el respeto a la persona humana y a su derecho a la libertad suprimiéndose todas las barreras de comunicación a fin de garantizar a la persona frágil la plena accesibilidad en la recepción de la información antes de prestar su CI.

De este modo, en caso de persona con discapacidad auditiva ha de contarse con la presencia de un intérprete de lengua de signos (45) y tratándose de discapacidad visual debe ofrecerse el acceso a la información en formato Braille. La LIB parece estar pensando en ello al contemplar la información que ha de suministrarse a un sujeto con discapacidad participante en una investigación que im-

(45) Art. 10.c) de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

plique procedimiento invasivo en seres humanos (art. 15.1: "... y cuando se trate de personas con discapacidad de forma adecuada a sus circunstancias"), si bien la regulación podría haber sido más minuciosa y explícita.

Dado que la LIB parte de la exigencia de un consentimiento "expreso y escrito" (46) (arts. 4.1, 13 y 48), la cual, a nuestro entender, encuentra justificación en motivos garantistas del cumplimiento efectivo del derecho al CI pero también de índole probatoria con vistas a posibles reclamaciones de responsabilidad, el legislador añade: "*si el sujeto de la investigación no pudiera escribir, el consentimiento podrá ser prestado por cualquier medio admitido en Derecho que permita dejar constancia de su voluntad*" (art. 4.1.º, últ. pfo.).

Al respecto, nos preguntamos si, en tales casos, son admisibles para dejar constancia de la voluntad del sujeto fuente: ¿una grabación en vídeo?, ¿consentimiento expresado de forma oral con presencia de, al menos, un testigo (47) o mediante impresión de su huella digital en caso de que la persona no sepa escribir?

Como puede observarse, la LIB se preocupa, exclusivamente, de suprimir las barreras físicas, en concreto, la accesibilidad de la información, pero no las barreras psicológicas, los sentimientos de desconfianza y angustia, los temores e inseguridades de la persona frágil en el escenario bioinvestigador.

A diferencia de la LIB, el RD 2011 no hace mención alguna a las personas con discapacidad.

(46) El art. 8 de la LAP contempla, en cambio, un otorgamiento del consentimiento verbal, salvo para casos concretos, en los cuales será escrito: "*El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente*".

(47) Así dispone la letra m), pfo. 2.º, del art. 2 del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, tras su redacción por el RD 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

2.4. PERSONAS INCAPACES DE HECHO

Una persona tiene una incapacidad de hecho cuando carece de entendimiento y voluntad suficientes para gobernar su vida por sí misma de forma autónoma, temporal o permanentemente, sin haber recaído resolución judicial firme de incapacitación. Nos referimos a situaciones en las que la persona, por diversas razones, tiene seriamente comprometido su discernimiento (ej., pérdida de conocimiento, coma, etc.). En otras palabras, es jurídicamente capaz pero no *de facto*, de modo que no tiene representantes legales.

De ello se ocupa el art. 21 LIB: *"Investigación en personas incapaces de consentir debido a su situación clínica."*

1. *Para la realización de una investigación en situaciones clínicas de emergencia, en las que la persona implicada no pueda prestar su consentimiento, deberán cumplirse las siguientes condiciones específicas:*

a) *Que no sea posible realizar investigaciones de eficacia comparable en personas que no se encuentren en esa situación de emergencia.*

b) *Que en el caso de que no sea previsible que la investigación vaya a producir resultados beneficiosos para la salud del paciente, tenga el propósito de contribuir a mejorar de forma significativa la comprensión de la enfermedad o condición del paciente, con el objetivo de beneficiar a otras personas con la misma enfermedad o condición, siempre que conlleve el mínimo riesgo e incomodidad para aquél.*

c) *Que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal".*

El propio legislador, en el apartado 3.º del mismo precepto, define las investigaciones en situaciones de emergencia como *"aquéllas en las que la persona no se encuentre en condiciones de otorgar su consentimiento y, a causa de su estado y de la urgencia de la situación, sea imposible obtener a tiempo la autorización de los representantes legales del paciente o, de carecer de ellos, de las personas que convivieran con aquél"*.

Ante estas situaciones, el legislador se ha olvidado de la posibilidad de que la persona hubiera otorgado un poder o mandato a favor de una (o varias) persona de confianza facultándola para la gestión

de sus asuntos personales y patrimoniales (representación voluntaria), y que, con posterioridad, le sobrevenga una incapacidad (declarada judicialmente o no) al mandante. Pues bien, en tal caso el mandato se acaba o extingue conforme a lo dispuesto por el art. 1732, últ. pfo., CC, salvo que (novedad ésta introducida en 2003 por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad) el mandante hubiera dispuesto expresamente su continuación a pesar de la incapacitación o bien que el poder se hubiera dado, precisamente, para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste (p. ej., según dictamen de un médico propuesto por el mandante, cuando sobrepase un determinado porcentaje de discapacidad, etc.) (48).

Asimismo, como ya se apuntó y ahora insistimos, pueden ser útiles las llamadas instrucciones previas, voluntades anticipadas o testamento vital.

Naturalmente, el legislador establece la necesidad de respetar cualquier objeción expresada previamente por el paciente que sea conocida por el médico responsable de su asistencia, por el investigador o por el Comité de Ética de la Investigación correspondiente al centro (art. 21.2 LIB).

III. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Partiendo de que tanto el derecho a la salud como el de autodeterminación son derechos personalísimos, a fin de expresar su consentimiento/disenso informado, la persona con discapacidad (con capacidad judicialmente modificada o no) tan sólo precisa de alguien que le ayude a comprender la decisión a adoptar y su trascendencia, a superar sus miedos y dudas injustificadas (49). Para ello no ha de incapacitarse a la persona; basta con nombrarle una persona de apoyo, como el *amministratore di sostegno* italiano o el asistente

(48) Del mandato preventivo hemos tenido ocasión de ocuparnos en nuestro trabajo ya citado *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*, en concreto, pp. 121-123.

(49) S. Trib. de Venecia de 20 de septiembre de 2006.

catalán, un compañero de camino, un "ángel de la guarda", que no tome decisiones "por" la persona, sino "con" ella.

Desde la Convención ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, es ése el único horizonte posible.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, J./MCNAMARA, B.: "Reconsidering the value of consent in biobank research", en *Bioethics*, 2009.
- AZZINI, S.: "Biobanche, consenso e fonti del Diritto: un caso di eccezionale disordine?", Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo (Pavia), <http://www.biodiritto.eu/sito/images/stories/azziniforum2010papersito.pdf>
- CASADO DE LA ROCHA, A./ETXEBARRÍA AGIRIANO, A.: "El consentimiento informado ante los biobancos y la investigación genética", en *Arbor Ciencia, Pensamiento y Cultura*, núm. 730, 2008, pp. 249-260.
- CASADO DE LA ROCHA, A.: "Biobancos, cultura científica y ética de la investigación", en *Dilemata*, año 2 (2010), núm. 4, pp. 1-14.
- CLAYTON, E. W.: "Informed Consent and Biobanks", en *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 33, Issue 1, 2005, pp. 15-21.
- COMES MUÑOZ, E./ESCALONILLA MORALES, B. M.^a: "Discapacidad y procedimiento de incapacitación", en *Los derechos de las personas con discapacidad*, vol. I, *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), CGPJ, Madrid, 2007, pp. 189-190.
- DE ROBBIO, A./CORRADI, A.: "Biobanche in bilico tra proprietà privata e beni comuni: brevetti o open data sharing?", en *JLIS.it*. Vol. 1, núm. 2, 2010.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Daños causados en la investigación biomédica y la realización de estudios genéticos: conductas y omisiones determinantes de responsabilidad y resarcimiento", en *La Ley*, núm. 6782, Sección Doctrina, 19 sep. 2007.
- "El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral", en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2011.
- DURÁN LALAGUNA, P.: *Cuestiones de Investigación Biomédica*, Fundación Ciudadanía y Valores, Madrid, 2008.
- FERIOLI, E./PICOZZI, M.: "La conservazione del materiale biologico finalizzato alla ricerca scientifica: questioni giuridiche e riflessioni etiche sulle biobanche", en *Medicina e morale*, 2011, vol. 6, pp. 553-584.
- GANZENMÜLLER ROIG, C. (dir.): *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especializados en la Protección de las Personas con Discapacidad y Tutelas del 19 y 20 de octubre de 2009. La efectiva aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus efectos en el Derecho interno*.
- GORGONI, A.: "Amministrazione di sostegno e trattamenti sanitari", en *Europa e Diritto privato*, 2012, fasc. 2, pp. 547-616.

- INTRONA, F.: "Lo screening genetico ed il giudizio di idoneità al lavoro", en *Diritto e Società*, 1992, p. 29.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: *Fundamentos de Derecho civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MACILOTTI, M./IZZO, U./PASCUZZI, G./BARBARESCHI, M.: "La disciplina giuridica delle biobanche", en *Pathologica*, 2008, pp. 86-101.
- MACILOTTI, M.: "Consenso informato e biobanche di ricerca (Informed Consent and Research Biobanks)", en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, v. 3, pp. 153-165.
- MARTÍN ARRIBAS, C./ARIAS DÍAZ, J.: "Biobancos y utilización de muestras de origen humano en investigación quirúrgica. Marco normativo actual", en *Cirugía Española*, 2011, 89 (4), pp. 207-212.
- MOURE GONZÁLEZ, E.: "El consentimiento informado como derecho fundamental. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo", en *Diario La Ley*, núm. 7912, Sección Doctrina, año XXXIII.
- PARRA LUCÁN, M.^a A.: "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2003.
- PICOZZI, M./FERIOLI, E.: "La conservazione del materiale biologico finalizzato alla ricerca scientifica: questioni giuridiche e riflessioni etiche sulle biobanche", en *Medicina e Morale*, 2011, vol. 61, fasc. 4, pp. 553-584.
- REBOLLO DELGADO, L. (junto con GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.): *Biomedicina y protección de datos*, Dykinson, Madrid, 2008.
- ROMEO CASABONA, C. M.^a: "Utilización de muestras biológicas y bancos para la investigación biomédica", IV Congreso Mundial de Bioética. Ponencias y comunicaciones, Sociedad Internacional de Bioética, Gijón, 2005.
- "Implicaciones jurídicas de la utilización de muestras biológicas humanas y biobancos en investigación científica", Bilbao, 2007 (http://www.catedraderechoygenomahumano.es/images/Informe_final_completo.pdf).
- ROMERO PAREJA, A.: "Investigación biomédica responsable", en *Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad civil y seguros*, núm. 101, 2012, pp. 8-24.
- VILLANI, L.: "Biobanche e test rivelatori di informazioni genetiche: spunti di riflessione per un nuovo consenso informato", en *Responsabilità civile*, 2010, vol. 7, pp. 140-146.
- VILLANUEVA LUPIÓN, C.: "Autogobierno personal y discapacidad: la modificación judicial de la capacidad de obrar en la toma de decisiones", en *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*, La Ley, Madrid, 2011.
- VIVAS TESÓN, I.: *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*, Difusión Jurídica, Madrid, 2010.
- *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, Futuex, Olivenza (Badajoz), 2012.
- "Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar", en *RDP*, 2012, núm. 5, septiembre-octubre, pp. 3-40.

**DICTAMINA,
QUE ALGO QUEDA**



DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Víctor Manuel Garrido de Palma

Y lo que queda hay que aprovecharlo: si se está preparando un oral/los orales, lo que queda –procurando que sea esencial– debe ir al tema/temas que corresponda y ello con carácter sugerente: ¿en el Derecho de sociedades de capital existe obligación –no ya sólo deber moral– por los socios de que la sociedad cuente con los recursos propios suficientes para las actividades económico-empresariales que proyecta o esté realizando?; este interrogante constituye un ejemplo de espléndida entrada para la pregunta INFRACAPITALIZACIÓN. Y así siempre. Rollos no, discos ni de vinilo. Entendimiento y saber explicarlo con las menos palabras posibles. *Tempus breve est.*

No me canso de repetirlo. Cansino resultaré, pero cuando uno ha caído tantas veces en la piedra de lo monocorde y cuando escucho *rollitos* a base de temas indiscriminadamente repartidos como churretes, sin vida y con errores incluso... En fin, el mejor predicador, fray ejemplo (tened un buen libro –no diez–, uno, sí, de cabecera, y preguntad, preguntad al preparador).

Vamos con mis opiniones acerca del DICTAMEN puesto en el número anterior de la Revista.

Primero. En el presente caso no se solicita la inscripción de obra nueva alguna, sí la inscripción de la transmisión de una parcela de terreno y vivienda con las mismas características y superficies ya contenidas en el Registro de la Propiedad.

El registrador, por su cuenta, extiende la prohibición del art. 45 del RD..., Reglamento... de la Ley de Costas a las transmisiones. No, la prohibición es para la construcción. Prohibición que carece de justificación ampliarla *más*.

La DGRN estima el recurso en la Resolución de 14 de mayo de 2012. Y no estaría de más que “tirara de la oreja” al que *causa* tras-

tornos indebidos, sea el notario, el registrador... Hay que reposar, meditar y sopesar el criterio que se adopta, pues no es a humo de pajas.

Segundo. Ante todo, dos puntos sobre los que la DGRN nada dice: de un lado, la afirmación del notario de que el registrador no tiene competencia para garantizar los eventuales derechos de los desheredados (aunque de la Resolución que voy a comentar se deduce claramente la postura del Centro Directivo); y de otro, en el testamento deshereda a sus dos hijos y a toda la descendencia de éstos por maltrato de obra o injuria gravemente de palabra (art. 853,2.º Código Civil), pero a aquéllos los nombra sustitutos vulgares de la esposa instituida heredera universal (¿?).

La Resolución de 23 de mayo de 2012 considera que esa desheredación *omnibus*, "sin determinar cuáles de los descendientes habían nacido al tiempo de otorgar el testamento y reunían, por su edad, un mínimo de aptitud para ser desheredados", es insuficiente. Y es que, como el registrador calificó, "la desheredación implica una conducta específica del desheredado respecto del causante".

Y la viuda... se adjudicó todos los bienes hereditarios. Los hijos del matrimonio y todos sus descendientes desheredados "por maltrato de obra o injuriado gravemente de palabra" (art. 857). Pero a la instituida heredera universal la sustituyó el testador por sus hijos (sustitución vulgar: premoriencia, incapacidad y repudiación; art. 774), ¿podría esto considerarse reconciliación?: primero los deshereda y a continuación sustitutos vulgares simple o sin expresión de casos.

Estamos ante un caso claro de desembarazarse sin más del sistema de legítimas y a la vez tratar de compensar con la sustitución vulgar. ¿O no?

¿Y si la viuda dispone; si contrae nuevo matrimonio; tiene algún hijo, adopta...?

Pienso que la vía del art. 831, si está el 831 en el Código Civil para algo, para mucho, habría de haber sido tenida en consideración. Giro de 360º dentro de un sistema, el del Código Civil, que trata de armonizar la autonomía de la voluntad con el régimen legitimario (y está la cautela de opción compensatoria de la legítima, y previamente el 1406-1407 en caso de existir sociedad de gananciales y...).

El *bombardeo* antilegítima deja huellas. Intuyo un caso claro en el supuesto de hecho aquí y ahora planteado. El registrador con

medida calificó jurídicamente de modo impecable: la desheredación implica una conducta específica del desheredado respecto del causante a valorar por éste (sin que bastara, claro es, la escritura complementaria con el nombre de los descendientes que quedaban al fallecer el causante). Afortunadamente, en este caso, al menos, sí tenía el registrador competencia.

Tercero. La Resolución de 23 de mayo de 2012 afirma que “no hay contradicción ni conflicto de intereses en una partición si los bienes se adjudican proindiviso respetando las normas legales sobre la partición de la herencia”.

A estas alturas, todavía la *partición proindivisa* suspende inscripciones. Sin motivo ni razón. Es más, la DGRN resume su postura acerca de la contradicción de intereses considerando que la habría: si se incluyeran en el inventario bienes como gananciales, o bienes de cuyo título adquisitivo no resultara claramente tal carácter... o ejercitara el cónyuge viudo una opción de pago de su cuota legal usufructuaria habiendo hijos menores de edad. Pero –dice– en este caso no ocurre nada de esto. Es más... existe pasivo, pero la madre se hace cargo exclusivamente de la deuda.

La presunción ha de ser la del ejercicio de buena fe de la patria potestad legal a favor de los hijos. Perjuicios hipotéticos, futuros, sospechas de falsedades..., no bastan para destruir aquélla; de lo contrario, siempre existiría contradicción de intereses y la intervención del defensor judicial sería siempre necesaria, cuando en el caso debatido la misma se limitaría a recibir la declaración del cónyuge...

Cuarto. ¿Objeto social indeterminado, cuándo?

También a estas alturas se sigue dudando. Únicamente hay indeterminación –dice la Resolución de 19 mayo 2012– cuando se utilice una fórmula omnicompreensiva de toda posible actividad comercial o industrial empleando unos términos generales; pero no la hay si con términos concretos y definidos se señala una actividad de carácter general.

En el caso presente se ha dejado al margen del objeto social las actividades ajenas al comercio como las fabriles extractivas o de producción, así como la prestación de servicios de todo tipo. La referencia al comercio al por menor de todo tipo de productos delimita un género de actividad, el comercio al por menor, que supone un

acotamiento de la actividad social y separadamente está la categoría del comercio mayorista. No hay inconveniente en aceptarlas juntas.

La *praxis* va –con más dificultades de las que debiera– aclarando la determinación o no del objeto social. La Resolución ahora expuesta en lo esencial es digna de tenerse en cuenta de aquí en adelante (“debería contener, calificaba el registrador, una referencia concreta a un tipo de productos o servicios de modo que delimiten más específicamente la actividad de que se trate”. *Hasta diez*, admitía una registradora; ¿y por qué no 5, o 20, o 348.156...? Así, *la cosa no va. Petit a petit* las aguas vuelven a su cauce; menos mal).

Quinto. Exagerada calificación registral. ¿Dónde está prohibido o por qué razón jurídica de peso no se puede ser administrador solidario y a la vez apoderado? Si en la realidad se actúa mal, en último término la Junta general exigirá responsabilidad e incluso destituirá y sustituirá al administrador.

Así lo señala la Resolución de 18 julio 2012. Con todo, matiza: hay que considerar cada caso concreto (por ejemplo, posibilidad de revocación o de modificación del poder conferido, exigencia de responsabilidad al apoderado o la subsistencia del poder...). En base a esta matización –dice la Resolución–, esta DGRN ha rechazado: la inscripción de poderes otorgados por el administrador único en su propio favor, o a su favor y al de otras personas indistintamente, y por el contrario ha aceptado la inscripción de un poder concedido por dos administradores mancomunados a favor individualmente de cada uno de ellos.

Es que “carece de interés...”, alegaba el registrador, y “haría ilusoria la revocabilidad de la representación voluntaria...”.

Las situaciones ciertamente a producirse pueden ser no deseables, pero su mera contingencia –dice la Resolución– no puede provocar el rechazo de la inscripción de un poder que no contradice ninguna norma imperativa. La mera posibilidad de que exista una demora en el acto revocatorio no ha sido considerada determinante por este Centro Directivo ni en ésta ni en otras Resoluciones (las que se citan en la presente y que conviene conocerlas en su esencia jurídica y no sólo en el resumen extractado antes transcrito).

“Todo lo que no está expresamente permitido”, pero expresa y claramente permitido, ¿está acaso prohibido? Es al revés: lo que no

está prohibido expresamente o se deduce así de un razonamiento jurídico objetivamente ponderado, está permitido. Es la moraleja conclusiva a extraer –una vez más– de supuestos fácticos como el ahora estudiado. ¿Tan difícil es aplicarlo en la realidad?; ¿no será que en demasiados casos se parte de la premisa: *niet*?

Y Sexto. Escritura de aportación a la sociedad conyugal, inmatriculación...

Digna de estudio reposado resulta tanto el supuesto de hecho, el *iter* negocial-escriturario y la fundamentación de la Resolución (de 30 octubre 2012; BOE de 5 diciembre 2012).

Recomiendo lo anterior: tanto lo que supone la aportación, negocio no confundible con los típicos –onerosos y gratuitos– ni con la confesión de..., ni con la atribución de... (ex art. 1355 y *viceversa*), como lo complementado a efectos de inmatriculación, alejado de maniobras fraudulentas –y es que porque las haya en casos, no hay por qué hacer tabla rasa e inficionar a las actuaciones limpias (la Resolución, ante los hechos, lo resalta: no hay indicios de creación artificial de la documentación para lograr la inmatriculación; tampoco se aprecia propósito de fraude, porque...).

En fin, espléndida ocasión para tener *sano* criterio en esta materia, necesitada de *buena praxis*.

Y ahora el nuevo DICTAMEN.

Primero. Eduardo, viudo, con tres hijos, va a contraer matrimonio y –después de alguna tirantez y desacuerdo– llega a un acuerdo con aquéllos: hace partición *inter vivos* de sus bienes –que firma con sus hijos–, incluyendo alguno que podía considerarse ganancial, pero que está inscrito exclusivamente a su nombre, y en cumplimiento de la misma dona en escritura pública el piso 3.º derecha de la calle del Salmón, en Vigo, a su hija Andrea; el chalet sito en la playa de Cesantes a su hijo Arturo y la finca “Alborada” sita en aquella playa a su hijo Anastasio.

Tres años después de casarse, Eduardo otorga testamento en el que instituye heredera universal a su esposa Belinda, resuelve las donaciones en base a que han sido fruto de la ejecución de una par-

tición que deja sin efecto y dispone que los tres hijos colacionen en su herencia: todos los gastos realizados por el testador para darles carrera profesional a Andrea y Arturo y artística a Anastasio.

Una vez otorgado el testamento, requiere notarialmente a los tres hijos notificándoles la resolución y exigiéndoles la devolución de los bienes donados por la causa indicada en el testamento, a lo que se niegan éstos.

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

DOS HORAS.

Segundo. José Antonio contrajo matrimonio con María Luisa y cuando a los pocos meses supo que el hijo que llevaba en su seno no era blanco decidió repudiarla en secreto. Divorcio que afortunadamente frustró el médico cuando aseguró que había quedado aquélla en estado la misma noche de bodas y que el color del concebido se debía al atavismo: el abuelo de María Luisa era afrocubano.

Años más tarde, el feliz matrimonio, con cuatro hijos y una posición económica espléndida, sufrió primero el duro golpe de que su hijo Ernesto se dedicaba a ejercer la prostitución y al tiempo se le diagnosticó a José un cáncer del que falleció un año después.

En su testamento faculta a María Luisa para que mientras viva pueda realizar todas las atribuciones y ejercer las facultades que emanan del artículo 831 del Código Civil. Ello quiere la supérstite activarlo considerando:

1. El testador legó a su cónyuge el usufructo universal de la herencia. Al mismo tiempo designó albacea y contador partidor a don Néstor para, por una parte, colaborar con la fiduciaria en todo lo que ella considerara por razón de dificultades, valoraciones técnicas, comprobaciones, cumplimiento de requisitos... así como contar y partir conjuntamente con aquélla, previa liquidación de los bienes gananciales de la sociedad conyugal disuelta.

2. La explotación económica "La Ponderosa", con frutales, olivos y viñas, está gestionada desde antes de fallecer el testador por María Luisa. Fue adquirida constante matrimonio, convertida en regadío y en ella vive aquélla con su hija Blasa, declarada judicialmente incapaz con rehabilitación de la patria potestad. Intención de la madre es que siga viviendo dicha hija en la finca permanentemente, salvo que, en su caso, la tutora nombrada –Clotilde– estime

en su momento lo contrario en beneficio de la incapacitada. También quiere legarle los tercios de legítima estricta y mejora para que la hija disfrute de los bienes correspondientes con el carácter de fiduciaria, siendo fideicomisarios los demás herederos forzosos. A tal efecto será albacea especial el nieto Dimas con facultad de vender cosechas y frutos anuales en cantidad suficiente para las atenciones y cuidados que la fiduciaria precise y que van en aumento.

3. Considera que su nieto Dimas es el idóneo para conservar y continuar la explotación de la finca "La Ponderosa", y por ello va a realizar la partición conforme al art. 1056, 2.º párrafo, del Código Civil, pero a la vez seguirá María Luisa administrándola en interés de la familia y del descendiente o descendientes necesitados de mayor protección.

4. El padre difunto ya realizó alguna donación a los hijos, con ocasión de matrimonio, y ahora María Luisa tiene la intención de que no se satisfaga cantidad alguna ni disponer de bien alguno en favor de los legitimarios o para el pago de legítimas mientras ella viva, así como continuar administrando la finca citada.

5. El difunto desheredó en su testamento de 1989 a su hijo Ernesto, por dedicarse a la prostitución. Considera María Luisa que se ha regenerado totalmente y en su testamento así lo va a plasmar, plenamente reconciliada con aquél, quien, como lego, vive en un convento.

Aunque no existe acuerdo entre la madre y sus cuatro hijos, todos ellos solicitan al notario que emita DICTAMEN: ¿hasta dónde puede ser eficaz lo que aquélla pretende?

CUATRO HORAS.

ACTUALIDAD JURÍDICA



¿HACIA LA CODIFICACIÓN EUROPEA DEL CONSUMO? ¿PASO ATRÁS EN LA CODIFICACIÓN CONTRACTUAL EUROPEA? (1)

Gabriel García Cantero

Catedrático de Derecho Civil

Emérito de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN GENERAL
2. RESPONSABLES DE LAS ACTAS DEL CONGRESO INTERNACIONAL DE LOGROÑO (1-2 MARZO 2012)
3. LOS PONENTES DEL CONGRESO
4. ESTRUCTURA SISTEMÁTICA DE LAS ACTAS
5. CONTENIDO (CAPÍTULOS 1 A 19)
6. VALORACIÓN FINAL

(1) Bajo este título me propongo hacer la recensión de la siguiente obra: VVAA. *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores (Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa)*.

Director: Sergio CÁMARA LAPUENTE. Coordinadora: Esther ARROYO AMAYUELAS.
Civitas, Thomson Reuters (Cizur Menor, 2012), 572 páginas.

1. INTRODUCCIÓN GENERAL

La recensión de las *Actas* de cualquier Congreso carece de especial dificultad; para quienes asistieron al mismo aquéllas pueden servir de utilísimo recuerdo de algo que ya han vivido con mayor o menor intensidad; para los no asistentes, constituye un modo habitual y sencillo para calibrar la importancia de lo allí expuesto; para todos, un hito más de ese largo proceso de creación de la Ciencia jurídica, que se va enhebrando con la producción científica y, periódicamente, la dación de cuenta *coram populo*, con mayor o menor fortuna, de lo así hecho. Para el recensor que quiera cumplir debidamente su tarea, la perspectiva para acometerla difiere algo de la asumida respecto de cualquier obra; debe ofrecer al lector algunas coordenadas que le permitan una idea aproximadamente exacta de la valía de las aportaciones del Congreso, en función de los ponentes y del tema; adviértase que sólo el recensor que estuvo allí presente estará en condiciones de transmitir al lector de las *Actas* el interés con que se siguieron las ponencias, la altura del debate posterior (si lo hubo), los comentarios de pasillo, etc. Hasta aquí, por tanto, algunos rasgos de la singularidad del recensor de este tipo de obras.

Pues bien, las dos preguntas que estaban en el ambiente en el Congreso celebrado en la Universidad de La Rioja, durante los días 1 y 2 de marzo de 2012, eran, aproximadamente, las siguientes: "¿Es viable, al fin, la codificación del Derecho europeo del Consumo?", y, también, "El instrumento opcional sobre compraventa, ¿paso atrás, o paso adelante, en la codificación contractual europea?". Las preguntas no eran inesperadas ni gratuitas, porque en los ámbitos europeístas había surgido, coetáneamente, un ambiente que, como mínimo, podía calificarse de *efervescente* (2), después de las últimas resoluciones de la UE a propuesta de la nueva comisaria Viviane REDING (3).

(2) Pueden verse con variedad de posturas: STORME, *Editorial: Fatal attraction*, ERPL, nos. 3-4, 2011, pp. 343 ss.; JANSEN, *A European optional Contract Law*, id. id., pp. 457-470; HONDIUS, *Editorial: Towards an optional Common european Sales Law*, id., 6-2011, pp. 709-715; HESSELINK, *How to opt into the Common european Sales Law. Brief comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, id., 1-2012, pp. 195-212. GARCÍA CANTERO, "Desde Sudamérica recomiendan como modelo el Proyecto de Código europeo de contratos (De Pavía a Tucumán, y... regreso)", en RJNot. núm. 78, abril-junio 2011, pp. 539 ss.

(3) Se nos dice en la *Presentación* de esta obra, pp. 35 ss.: "Las normas europeas de protección de los consumidores se encuentran en un momento crítico de profunda revisión y transformación que, recientemente, ha consolidado los primeros frutos de alta trascendencia. La Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores, de 25 de octubre 2011 [en adelante: DDC], pendiente de transposición en España, que incorpora y reforma dos Directivas ya existentes (contratos a distancia, contratos fuera de establecimiento comercial), ofrece un elenco renovado de definiciones e introduce algunas modificaciones en otras Directivas, todo ello desde el polémico enfoque de armonización de máximos [...]. Por otra parte, la Propuesta de

No cabía duda de que los organizadores del Congreso habían *cogido al toro por los cuernos* –con licencia de los antitaurinos...–, pues era de esperar que la diversidad de pareceres europeos iba a manifestarse en el Congreso, como así fue, y los ponentes se aprestaban a debatirlos ante un público mayoritariamente español, hasta ahora –ciertamente– un tanto alejado de dicha problemática fuera de algunos círculos muy específicos. Aparte de cumplir las obligaciones burocráticas universitarias de los proyectos de investigación de quienes lo organizaron, aquéllos prestaban también un doble e inestimable servicio: por un lado, permitían posicionarse personalmente a los ponentes (nacionales y extranjeros) ante Europa, y, además, ayudaban a la civilística española, un tanto remisa a informarse puntualmente sobre algo que directamente nos afecta ya y nos afectará en el futuro.

Accesorariamente, hay que resaltar que los responsables han logrado que las Actas estén en el mercado antes de transcurrir un semestre desde la fecha de celebración del Congreso, en un atractivo y manejable volumen, traducido –en lo necesario– correctamente al español (¿alguien da más?, cabría argumentar). Me parece que sobran los incentivos para prestar atención a esta obra sobre un tema de amplia actualidad, debatida entre expertos, con una nada desdeñable participación de juristas de nuestro país.

Dicho lo cual, a modo de introducción general al tema, procede un análisis pormenorizado de su contenido y de sus autores.

2. RESPONSABLES DE LAS ACTAS DEL CONGRESO INTERNACIONAL DE LOGROÑO (1-2 MARZO 2012)

Los nombres que aparecen en la portada del volumen, en calidad de responsables, son la mejor garantía que asegura y avala la calidad del contenido de este volumen que son las Actas de un Congreso Internacional, y algo más. El prof. CÁMARA LAPUENTE, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja, posee un nutrido *curriculum* en los dos temas objeto del Congreso que le avalan como uno de los mejores expertos españoles en la materia. El volumen que coordinó tempranamente, y en el que participó incisivamente, bajo el título *Un Derecho privado o un Código civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace* (Madrid, 2003). La coautoría con TERRY, “Consumer Contract Law (Formation of Contract and Information Duties)”, en *Cases*,

Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (COM[2011]635 final), aprobada el 11 de octubre de 2011 [en adelante: CESL], ofrece la solución final adoptada por las instituciones comunitarias en forma de Instrumento opcional a partir del «Borrador de Marco Común de Referencia» del Derecho Contractual Europeo. Su amplio contenido en materia de obligaciones y contratos, más allá del estricto contrato de compraventa de consumo y servicios relacionados, y la posibilidad de desplazar el Derecho nacional, a elección de los contratantes, demanda una reflexión seria sobre la evolución de las fuentes del Derecho y el futuro de la praxis negocial en toda la Unión Europea”.

Materials and Text on Consumer Law (dirs. MICKLITZ-STUYCK-TERRY) (Oxford, 2010), pp. 157-238. Y la reciente dirección del exhaustivo y monumental estudio titulado *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (Texto Refundido [RDL 1/2007] y otras Leyes y reglamentos vigentes en España y en la UE) (Madrid, 2011). También es denso y amplio el *currículum* de la profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona Esther ARROYO AMAYUELAS, que me parecería adecuado simbolizar, aquí y ahora, en la excelente labor de coordinación que ha asumido, desde hace varios años, de la *Crónica de Derecho Privado Europeo*, en el *Anuario de Derecho Civil* (la últimamente publicada aparece en el fasc. de julio-septiembre 2012, pp. 1245-1357), sin duda, uno de los cauces de información más fluido, y al día, en español de las novedades legislativas, jurisprudenciales y doctrinales que están ocurriendo sobre Derecho privado europeo. Ambos responsables, con ayuda de algún colaborador, además, se han repartido en gran medida la (ipesada!) carga de traducción, y doy fe de su excelente trabajo.

3. LOS PONENTES DEL CONGRESO

El volumen contiene 19 trabajos o *ponencias*, de un total de 24 autores (lo que significa que hay algunas coautorías), de los cuales hay nueve profesores que enseñan en Universidades españolas (uno de Barcelona, Complutense y Autónoma de Madrid, Valladolid, dos de Castilla-La Mancha, Islas Baleares, Valencia y Lérida) y otro que trabaja en la Univ. de Stuttgart; ocho alemanes (uno en Bonn, dos en München, dos en Hamburg, y otro en Münster, Osnabruk y Göttingen), tres en Reino Unido (dos en Oxford y uno en Hull), una en Francia (Panteon-Assas/Paris 2), uno en Bélgica (Lovaina), y uno en Italia (Verona). Sin perjuicio de referirme posteriormente a los temas que han sido tratados por cada uno de los autores en particular, cabe destacar la amplitud del espectro que ha guiado su elección, si bien se observa, en general, la presencia mayoritaria, entre los extranjeros, de los profesores germanos y anglosajones como ponentes. ¿Representa ello, acaso, una muestra o índice representativo del interés por el Derecho comunitario que existe, actualmente, en cada uno de los países correspondientes?

4. ESTRUCTURA SISTEMÁTICA DE LAS ACTAS

Para responder al *más allá* del subtítulo la obra está concebida –y lo agradecerá el lector– en términos amplios, y acogiendo con frecuencia posturas no siempre coincidentes, y, a veces, contrapuestas. Se estructura en cuatro partes cuyos enunciados resultan suficientemente explicativos:

Primera parte: Revisión del *Acquis Communautaire* del consumo, Directiva 2011/83/UE, sobre Derechos de los Consumidores y Propuesta de Reglamento sobre Derecho común europeo de compraventa (pp. 41-177).

Segunda parte: Impacto de la Directiva sobre los Derechos de los Consumidores y del Instrumento opcional sobre compraventa en Derecho español (pp. 181-332).

Tercera parte: Otras Directivas ya aprobadas o incluidas en el Programa de revisión de la Comisión Europea y su impacto en Derecho español (pp. 333-418).

Cuarta parte: Una prospectiva: ámbitos y técnicas necesitados de ulterior regulación (pp. 419-572).

El Congreso se organiza no sólo para analizar abstractamente la Directiva y la Propuesta del Instrumento opcional en sí mismas consideradas, sino que se realiza, en buena medida, desde la concreta perspectiva de nuestro país, tratando de calcular su impacto en el ordenamiento interno español; igualmente se persigue una visión más lejana, o prospectiva, de no leve dificultad, ciertamente, en el momento actual, dada nuestra especial circunstancia en el interior del territorio euro, de la UE.

5. CONTENIDO (CAPÍTULOS 1 A 19)

Me adaptaré al orden expositivo en que están expuestas las ponencias (denominadas *Capítulos* en la obra), advirtiéndole que el –inevitable– criterio subjetivo del recensor se traducirá obviamente en el mayor o menor espacio dedicado a cada una.

Primera parte.

Capítulo 1: Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, *Hacia un Derecho común europeo de la compraventa* (pp. 41-61). La autora es catedrática de Derecho privado en París II, presidenta de la *Société de Législation Comparée* y vicepresidenta de la *Académie Internationale de Droit Comparé*, y del *European Law Institute*. Traduce del francés Esther Arroyo Amayuelas.

Sintetizando los antecedentes dice la autora que la UE ha estado trabajando diez años en la elaboración de un Derecho europeo de contratos. Tras la Consulta pública de 2001, la Comisión presentó en 2003 un Plan de Acción que preveía la elaboración de un Reglamento opcional, y al año siguiente una Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo dio prioridad al Proyecto de Marco Común de Referencia (siglas en inglés: DCFR). La Comisión ha financiado diversas redes de expertos, culminándose el proyecto de uno calificado de *académico* (publicado bajo la dir. de VON BAR-CLIVE y SCHULTE-NÖLKE, en München, 2009), objeto de críticas por haber desbordado el objeto del encargo. En abril de 2010 la Comisión encargó a un grupo compuesto por prácticos y académicos (4) la preparación de un

(4) Compuesto por los profesores GÓMEZ POMAR, GRIYNBAUM, HÅSTAD, HESSELINK, KIRALY, Irene KULL, MOTA PINTO, PISULINSKI, SCHULTE-NÖLKE, STUYCK, Anna VENEZIANO, WHITTAKER, BEALE y CLIVE; la Sra. Suzanne CESCH (de la asociación europea de e-comercio), el abogado parísino Sr. LEVÊQUE y la notaria rumana Sra. Ioana LAMBRINA VIDICAN; además

DCFR, a partir de un *Estudio de Factibilidad*, objeto de diversas consultas parcialmente publicadas (*Livre vert sur le droit européen des contrats. Réponse du réseau Trans Europe Experts*, París, 2011). Ello ha servido de base a la Propuesta de Reglamento de la comisaria Viviana REDING, la cual está siendo examinada por el Parlamento y el Consejo. Los debates se centran tanto en el método y el contenido como en la elección del art. 114 del Tratado de Funcionamiento de la UE como base jurídica de este instrumento opcional, que establece un cuerpo uniforme de reglas materiales cuyo objetivo es facilitar el mercado interior, asegurando, a la vez, una gran protección a los consumidores (aspecto que omite expresamente de su estudio la autora). Cuenta con una Exposición de Motivos, 37 Considerandos y 16 arts. consagrados a su aplicación y a la fijación del alcance de las nuevas reglas. El Reglamento contiene dos Anexos, el primero referido a los 186 arts. dedicados al *Derecho común europeo de la compraventa*, el cual, a diferencia del Reglamento, no es directamente aplicable, sino cuando las partes lo elijan expresamente; incluye un Modelo de instrucciones sobre desistimiento y otro de formularios de desistimiento (Apéndices 1 y 2). El Anexo segundo contiene la ficha de información estándar.

La autora subraya que este nuevo régimen europeo de la compraventa pone a disposición de los contratantes un Derecho opcional y adicional, suficientemente completo como para ser aplicado de manera autónoma. Su efectiva elección presupone que los particulares han sido advertidos de su existencia y que éstos pueden vencer las reticencias inherentes a la novedad que representa –y a los riesgos que entraña– un Derecho que todavía no ha sido objeto de interpretación judicial. Se comprobará a continuación la objetividad de que hace gala la autora no vacilando en reconocer, en su caso, fallos, lagunas y defectos de la regulación, aunque su valoración final sea críticamente positiva.

De modo claro y comprensivo la autora presenta, con amplitud, el Derecho común europeo de la compraventa (pp. 45-54). Puede calificarse de prudente, y hasta tímido, el ámbito de aplicación del CELS, pues, en principio, sirve para regular sólo los contratos transfronterizos, ya que para los celebrados entre profesionales se exige la residencia habitual en países diferentes, de los cuales uno, al menos, es un Estado miembro, y para los contratos con consumidores se requiere que la dirección de entrega o de facturación estén localizadas en un país distinto de aquel en el que el profesional tenga su residencia habitual y que al menos uno de dichos países sea un Estado miembro. Se excluye la aplicación a los contratos celebrados dentro de las fronteras, lo que suscita reservas, entre otros, a la *Law Commission* inglesa. Por otro lado, el régimen de la residencia habitual parece difícil de aplicar a las multinacionales que operan por Internet. Sin embargo, el art. 13, letra a), de la Propuesta autoriza a los Estados miembros a

de los profesores VON BAR y Bénédicte FAUVARQUE-COSSON como asesores especiales de la comisaria Viviane REDING.

extender la CESL a los contratos internos. La autora cree que, inicialmente, habrá reticencias aunque es posible que si algunos países lo extienden, el método podría generalizarse.

En cuanto a los tipos de contratos a que se aplica, *ni lo son todas las compraventas, ni lo son sólo las compraventas*. En principio incluye todo contrato de suministro de bienes que se deben fabricar o producir; en nuestro Derecho (francés, italiano, español) comprendería también los contratos de obra; por *bien* se entiende todo artículo mueble material, con algunas exclusiones. También comprende los contratos de suministro de un servicio relacionado con la venta de bienes o de contenidos digitales; así como los contratos a distancia, y, en particular, las compraventas *on line*, porque actualmente constituyen el mayor reto para el desarrollo del mercado interior. Pero no se aplica a las ventas judiciales o que impliquen el ejercicio de autoridad pública, ni a los contratos vinculados a un crédito al consumo, ni, por supuesto, aquellas cuyo objeto sean bienes inmuebles.

Quien suministra bienes o contenido digital debe ser un profesional [término que utiliza expresamente la autora, y se respeta en la traducción, aunque se nos advierte por la traductora que el texto español oficial de la propuesta habla aquí de *comerciante*]. El comprador puede ser un consumidor o un profesional. Si ambas partes son profesionales, al menos, una de ellas debe ser una PYME (inferior a 250 personas, y una cifra anual de negocios que no supere los 50 millones de euros o un balance total anual no superior a 43 millones). El CESL no tiene vocación a ser aplicado a los contratos entre particulares, ni tampoco a las ventas de un consumidor a un profesional (mercado de bienes de segunda mano). Los contratos entre grandes empresas también quedan excluidos, pues este régimen europeo, protector y tendente a proporcionar seguridad jurídica, está pensado fundamentalmente para los consumidores y las PYMES (5).

Expresamente quedan excluidas las cuestiones sobre la personalidad jurídica, la invalidez de un contrato por falta de capacidad, ilegalidad o inmoralidad, la determinación de la lengua del contrato, la lucha contra la discriminación, la representación, la pluralidad de deudores y acreedores, la sustitución de las partes, incluida la cesión, compensación o confusión, el derecho de propiedad, incluida la forma de adquisición de la misma, el derecho de propiedad intelectual y el derecho de responsabilidad extracontractual, sin que puedan acumularse reclamaciones simultáneas por responsabilidad contractual y extracontractual. Con carácter general, no debe regular ninguna cuestión que no entre en el ámbito de aplicación del Derecho de contratos.

(5) Véase la razonable crítica de la autora con base en un estudio del *Max Planck Institut*, según el cual la elección de un régimen europeo podría ser de gran utilidad a las grandes empresas en el caso de no ponerse de acuerdo en aplicar un régimen neutral.

Las normas relativas al nuevo Derecho común europeo de la compraventa contienen, en parte, reglas de aplicación general a todos los contratos, y, además, otras relativas a ciertos contratos. Entre las primeras figuran las disposiciones preliminares sobre libertad de contratación, buena fe contractual y honradez en los tratos, y cooperación; las relativas a la formación del contrato (información precontractual, derecho de desistimiento y vicios del consentimiento); la denominada evaluación del contenido del contrato (interpretación, contenido y efectos, determinación del precio); las cláusulas contractuales abusivas (en general, en los contratos entre profesionales y consumidores, y sólo entre profesionales); indemnización por daños y perjuicios e intereses; restitución por liquidación en caso de anulación o resolución; y, finalmente, de prescripción, incorporando las tendencias recientes con un plazo corto de dos años y otro largo de diez o treinta años (no son posibles los acuerdos relativos a la prescripción en perjuicio del consumidor). Entre las segundas, las obligaciones y remedios en un contrato de compraventa, tanto a favor del comprador como a disposición del vendedor; también se incluyen las obligaciones y remedios de las partes en los contratos de servicios y relacionados. Concluye la autora (6) que el conocimiento de las normas expuestas, comedidas y en muy buena parte conformes con la tradición jurídica de los Estados miembros, debería contribuir a eliminar la desconfianza que siempre genera lo que es nuevo.

La opción de que se trata, o sea, la elección de un Derecho común europeo de la compraventa, está sujeta a requisitos que pueden calificarse de bastante estrictos. Tiene lugar mediante un acuerdo sobre la utilización de dicha normativa, respecto del cual se deja mayor libertad en los contratos entre profesionales, mientras que los requisitos de existencia y validez están claramente definidos para los celebrados con un consumidor. Entiende la autora que, en la práctica, el profesional tomará la iniciativa y propondrá al consumidor tales reglas, de modo que al consumidor sólo le quedará decir sí o abstenerse de contratar. El consentimiento del consumidor debe ser expreso y distinto del que preste para contratar; el profesional deberá entregarle una confirmación de tal acuerdo en soporte duradero, después de haberle enviado la ficha informativa estándar del Anexo II. Si la ficha se facilita en formato electrónico, contendrá un hiperenlace o remitirá a un sitio *web* en el cual se pueda obtener de forma gratuita el texto de la normativa común europea. Si el acuerdo se celebra por teléfono, o cualquier otro medio que no permita facilitar la ficha informativa al consumidor, o si el profesional no ha proporcionado la citada ficha, el consumidor no estará vinculado por el acuerdo hasta que reciba la confirmación acompañada de la ficha informativa, y, a continuación, otorgue explícitamente su consentimiento sobre la utilización de la normativa común.

Una vez hecha válidamente la elección del CESL, las materias que entran dentro de su ámbito de aplicación sólo pueden regirse por este Derecho,

(6) *Op. cit.*, p. 54.

que se aplica íntegramente en los contratos entre profesionales y consumidores, mientras que cabe elegir sólo algunas materias cuando se trate de los contratos entre profesionales. Esta opción no equivale a la elección de la ley aplicable según el Derecho internacional privado. En realidad se realiza en el marco de una legislación nacional que es aplicable con arreglo a las normas del DIP (7). Tiene, por tanto, un ámbito de aplicación limitado, por lo que siempre será precisa la articulación con el Derecho nacional, aplicable de forma subsidiaria.

Insiste la autora en la dificultad inicial de que logre amplia utilización esta propuesta opcional, mientras no recaiga interpretación judicial uniforme. Invoca el art. 4.1 del Anexo del Reglamento, según el cual: "La normativa común de compraventa europea se interpretará de forma autónoma y de acuerdo con sus objetivos y principios subyacentes", lo que vendrá asegurado, en último término, por el Tribunal de Justicia de la UE. En el apartado siguiente se aplica la misma regla a cuestiones que tengan cabida en el ámbito de la normativa común, aunque no estén expresamente resueltas en ella, respecto de las cuales los jueces tienen prohibido el recurso a los Derechos nacionales. La creación de una base de datos, accesible al público, con las decisiones europeas y nacionales relativas a la interpretación del instrumento opcional es una medida necesaria, pero –añade previsoriamente– insuficiente para lograr su aplicación homogénea (añade razonablemente: la publicación de estudios doctrinales sobre el Reglamento, la difusión de los trabajos preparatorios y comparativos con los Derechos nacionales, creación de una institución encargada de responder, no vinculativamente, a las cuestiones interpretativas que surjan, etc.).

Concluye (8): "La Propuesta de Reglamento es fruto de numerosos años de trabajo y de consultas y, más que cualquier otro texto de la Comisión, se inspira en los trabajos académicos y presenta un equilibrio satisfactorio entre las diversas tradiciones nacionales, las necesidades de los profesionales y la protección de los consumidores. En estos momentos de crisis económica y financiera, no debería despreciarse la dimensión internacional de Europa, ni tampoco su capacidad como modelo jurídico. Con un texto tan importante y fundamental para los intercambios económicos, la UE demuestra su capacidad para dotarse de un Derecho moderno y coherente, susceptible de servir de modelo legislativo para los Estados que pretenden reformar su Derecho de contratos".

Capítulo 2: SCHULTE-NÖLKE, El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la compraventa (pp. 63-80). El autor es catedrático de Derecho civil y director del *European Legal*

(7) *Op. cit.*, p. 56. Añade la autora que ello comporta una serie de consecuencias que dan pie a numerosas objeciones, pues este *segundo régimen interno* contiene sus propias normas imperativas destinadas a prevalecer sobre las normas imperativas de los ordenamientos jurídicos nacionales.

(8) *Op. cit.*, p. 59.

Studies Institute, de la Univ. de Osnabrück. Ha traducido del alemán Esther Arroyo Amayuelas.

Se trata de una ponencia didácticamente expuesta y sistemáticamente articulada, de suerte que la labor del recensor se facilita permitiéndole atenerse a reproducir o glosar el sumario; ello sin perjuicio de incluir un apartado crítico –no menos sistemático– y de apuntar personales perspectivas de futuro. He aquí las ideas básicas:

I. El Derecho del consumo como principal objeto del Derecho común europeo de la compraventa.

El autor se hace eco de la petición de algunos Estados miembros de que el instrumento se aplique *exclusivamente* (énfasis añadido) a los contratos con consumidores, postura que combate con diversos argumentos, concluyendo llamando la atención sobre el hecho de que el Derecho europeo de la compraventa es, en el fondo, un instrumento del Derecho del consumo, que por razones de oportunidad también resulta aplicable a determinados contratos entre empresarios. Llega a imaginar que el CESL fuera un instrumento único aplicable a cualquier compraventa, de modo que dispensara un nivel de protección muy elevado a cualquier comprador, en cuyo caso se verían enormemente facilitadas las relaciones jurídicas, lo que redundaría, sin duda, en un mayor atractivo del instrumento (9).

II. Ni un Código de consumo, ni un Código de comercio, sino un Derecho general de la compraventa que incorpora normas específicas de protección de los consumidores.

El autor, buen conocedor del Derecho comparado, menciona la variedad de sistemas continentales sobre la distinción civil-mercantil y la ubicación del Derecho de consumo; en Francia y Alemania aquella materia se regula en códigos separados, mientras en Italia se han integrado en el CC de 1942 (también en Suiza); en Alemania, Estonia y Países Bajos, el Derecho del consumo se ha integrado recientemente en los códigos, mientras que en el resto se regula en normativas diferentes, a veces denominadas códigos. La Propuesta CESL ha tratado de integrar todas las especialidades en el Derecho general de la compraventa, a riesgo de una mayor complejidad del texto resultante, pero remarcando que el Derecho del consumo no se relega a un determinado capítulo, sino integrado en el texto, aunque bien diferenciado del resto de reglas (10).

III. Dos tipos básicos de normas de protección de los consumidores.

La Propuesta CESL se sirve de dos tipos de normas de protección del consumidor, que tienen función diferente. El primero responde exclusivamente a los contratos entre consumidores, y hace referencia a las materias

(9) *Op. cit.*, pp. 64 s.

(10) *Op. cit.*, p. 66.

siguientes: a) información precontractual, b) desistimiento, c) control del contenido, d) presunción de la falta de conformidad, ya en el momento de la transmisión del riesgo, y e) intereses. El segundo tipo de normas de protección son aquellas que no permiten la exclusión voluntaria de la ley aplicable en perjuicio del consumidor, aunque esas mismas normas tengan carácter dispositivo en contratos entre empresarios. Son, por tanto, de naturaleza híbrida (se mencionan *ad exemplum*: los remedios en caso de infracción de los deberes de información, los remedios en caso de incumplimiento, la restitución y la prescripción).

IV. Aspectos de la protección de los consumidores no regulados en la Propuesta sobre un Derecho común europeo de la compraventa. Aquí el autor se limita a mencionar algunas materias (normas sobre ilegalidad de los contratos, representación, cesión de créditos, incorporación de nuevos deudores, normas protectoras que tienen naturaleza extracontractual como la responsabilidad por los productos), pero sin profundizar ni aportar explicaciones de su exclusión.

V. Un nivel muy elevado de la protección del consumidor. En efecto, el CESL trata de reflejar el estándar de protección introducido por las normas que se sirven de la armonización máxima; no va más allá, pero tampoco lo reduce. Idea que desarrolla en varias proposiciones: a) Ausencia de regulación jerárquica de los remedios del comprador, de modo que ante la falta de conformidad (siempre que no sea una bagatela) se garantiza la devolución inmediata del precio; así que el consumidor puede elegir cualquier remedio, sin sujeción a jerarquía alguna, y la consecuencia es que su posición jurídica mejora respecto de la que tiene en la mayoría de Estados miembros, que no reconocen tal pretensión; b) Un plazo de prescripción muy largo para que los compradores puedan ejercer sus derechos (diez años cuando el comprador no conozca los hechos que le permiten ejercerlos, y dos años a partir del momento en que conozca la falta de conformidad o el incumplimiento); c) Protección frente a los pactos en que el consumidor asume la falta de conformidad, pues tales acuerdos sobre las cualidades negativas de los bienes sólo son eficaces cuando el contrato describa concretamente las características específicas del objeto de la venta y el comprador lo concluya con pleno conocimiento de las mismas. Concluye el autor que no vale que el vendedor se sirva de la letra pequeña en las condiciones generales del contrato (11); d) Intereses muy bajos en caso de que el consumidor demore el pago del precio; e) El autor minimiza la posible disminución de la protección del consumidor respecto del que ya goza en los ordenamientos jurídicos de algunos Estados miembros (por ej., la ley nórdica de contratos, cuya aplicación jurisprudencial todavía se desconoce).

(11) *Op. cit.*, p. 70.

VI. Exclusión de la aplicación del Derecho nacional de protección del consumidor. Opina el autor (12) que el auténtico estímulo para la utilización opcional de un Derecho común europeo de la compraventa, que resulte especialmente atractivo para los empresarios, radica en el hecho de que tal utilización excluya la aplicación del Derecho nacional del consumo de cada Estado miembro en todas aquellas materias que ya sean objeto de regulación en el citado instrumento. En el transfondo se encuentra el sistema de protección de los consumidores del Reglamento Roma-I. Es decir, siempre que se den los requisitos exigidos, el consumidor puede recurrir a su Derecho nacional del consumo cuando éste sea más favorable que la ley de protección del consumidor que resulte aplicable (sea de forma objetiva, sea a partir de la opción) en virtud de la norma de conflicto. La argumentación que subsigue resulta, a mi juicio, escasamente aplicable al consumidor español, que mayoritariamente desconoce, y, por tanto, no usa de las últimas disposiciones comunitarias.

VII. Necesidad de corregir y revisar la Propuesta en cuestiones relativas al consumo.

La objetividad del Ponente se manifiesta cuando reconoce que los requisitos del *opting-in* en algunos casos no favorecen al consumidor y deben ser corregidos. Según el Reglamento CESL, el consumidor debe consentir la opción de modo expreso y en una declaración explícita independiente; si no ocurre así el ejercicio de la opción es inválido, pero subraya (13) que la propuesta deja intacta la eficacia del contrato de compraventa –[omisión grave, a mi juicio, de la Propuesta de Reglamento]–. El autor entiende que ello conduce a un absurdo, pues de acuerdo con el Reglamento de Roma-I, el consumidor tendría la protección derivada de la combinación de los niveles que ofrecen dos ordenamientos jurídicos de la UE, lo que situaría al consumidor en peor condición que si se aplicara el CESL; a su juicio, el consumidor debería poder optar bien por la ley del lugar de su residencia, bien nuevamente por la contenida en el CESL. Situación similar se produce cuando el consumidor no recibe la ficha informativa, o cuando los contratantes deciden aplicar el CESL a contratos que no sean transfronterizos. El autor opina en el supuesto último que debería poder aplicarse el CESL a los contratos internos.

Más teóricamente enquistada resulta la inacabable discusión a propósito de la definición del concepto de consumidor, cuya inseguridad requiere una aclaración oficial. Tampoco parece correcta la delimitación de los supuestos que dan derecho al vendedor a la subsanación.

Mirando al futuro, el autor ofrece un panorama más bien halagüeño para todos los sujetos interesados (14): el alto nivel de protección que se ofrece

(12) *Op. cit.*, p. 72.

(13) *Op. cit.*, p. 74.

(14) *Op. cit.*, p. 79.

a los consumidores, que desde el punto de vista político es, sin duda, necesario, tendría la ventaja de permitir al consumidor moverse cómodamente y de forma confiada bajo la protección del CESL, puesto que su protección mejora respecto de la que tendría en los respectivos Estados miembros: prácticamente nunca pierde y casi siempre gana. Desde luego, eso tendría ventajas decisivas para las empresas que utilizaran el CESL. A través del ofrecimiento de concluir contratos a su amparo, las empresas mostrarían que están dispuestas a ofrecer un alto nivel de protección al consumidor. Eso significa que el CESL es, en el fondo, una ampliación de los derechos de los consumidores predisuelta por el legislador y a disposición de las empresas, como, por otra parte, sucede en numerosas ocasiones a través de la garantía comercial. El CESL es especialmente adecuado para empresas que deseen comercializar productos y servicios de alta calidad y están dispuestas a combatir cualquier defecto que éstos presenten. Para ellas, el premio consiste en disponer de un elemento de *marketing* muy potente. Desde luego, no puede descartarse que la concesión de un alto nivel de protección del consumidor acabe repercutiendo en el precio, que a fin de cuentas es el que debe pagar el consumidor. Pero tampoco es seguro que ese incremento de precio sea mayor que el ahorro de coste de transacción en aquellos otros modelos aludidos (explotación de una *e-shop*, regida por ordenamientos nacionales, o creación de distribuidores o filiales en los respectivos Estados, con gastos nada despreciables).

Capítulo 3: TWIGG-FLESNER, La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del Derecho de consumo de la Unión Europea (pp. 81-105). El autor es catedrático de Derecho mercantil, y responsable del *Trade and Commercial Law Centre*, de la Universidad de Hull (Reino Unido). Traducción del inglés de Esther Arroyo Amayuelas.

Primero se describe en síntesis el desarrollo del Derecho europeo del consumo, cuyo propósito ha sido armonizar algunos aspectos del Derecho nacional del mismo, y, al mismo tiempo, mejorar y consolidar un mercado interior en la UE. Entre 1985 y 2002 se han promulgado buen número de Directivas que han optado por un nivel mínimo de armonización, de modo que una vez respetado, los Estados miembros tienen libertad para mantener o introducir normas más favorables para los consumidores. Dado que cada Estado miembro puede libremente decidir cómo dar cumplimiento a cada una de aquéllas, y puesto que se ocupan sólo de determinados aspectos del Derecho del consumo, las normas de transposición deben encajar bien en el Derecho nacional preexistente. El resultado actual es un *mixtum compositum* de normas europeas y otras de derivación suya, originando un Derecho del consumo que no es consistente, ni presenta coherencia alguna, sino más bien todo lo contrario; *actualmente existen 27 regulaciones distintas* (15).

(15) *Op. cit.*, p. 84.

Luego describe la reforma del acervo comunitario de consumo desarrollada últimamente. La Dirección General responsable del Derecho de consumo propuso un cambio hacia la *armonización máxima*, es decir, un estándar de protección fijo en todos los Estados miembros, sin margen de derogación, incluso cuando ésta pudiese ser más favorable para los consumidores. Se emprendió el *Acquis Review* examinando lo ocurrido con ocho Directivas (contratos fuera de establecimiento comercial, contratos a distancia, ventas de consumo, cláusulas abusivas, viajes combinados, aprovechamiento por turno de inmuebles, indicación de precios y acciones de cesación). La conclusión general fue que todavía existían diferencias notables entre los Derechos nacionales, debido fundamentalmente a las siguientes razones: a) la incoherencia y la ambigüedad terminológica en el *acquis*, así como la inconsistencia en las diferentes versiones lingüísticas de cada una de las Directivas en particular; b) la diferente aproximación que había realizado cada legislador nacional a la hora de colmar las lagunas de las Directivas; y c) la distinta forma en que los Estados miembros se habían servido de la cláusula de mínimos. Tras la publicación del *EC Consumer Law Compendium*, la Comisión dejó claras sus preferencias por la armonización máxima, que se recogió en la Propuesta de 2008, cuya publicación originó, sin embargo, un intenso debate cuyo resultado fue que la mayoría de la comunidad científica rechazó aquélla. En 2010 el tema pasó a la Comisión de Justicia, cuya nueva comisaria, Viviane REDING, inició una política de aproximación más cautelosa, reconociendo que lo mejor sería adoptar una *armonización plena selectiva, cuando ello fuera lo más práctico*.

La parte más extensa de la ponencia (pp. 87-102) se dedica a exponer detalladamente la Directiva sobre derecho de los consumidores. Aquí prefiero recoger sus observaciones críticas (16). A juicio del autor, si se analiza el encaje de esta Directiva en el Derecho de consumo de la UE, la impresión es que se trata de un logro muy pequeño. Se ha procedido a uniformar los deberes precontractuales de información para todos los contratos, pero se han mantenido algunas diferencias, pues por un lado se regulan los contratos fuera de establecimiento y a distancia, y, por otro, todos los demás; el resto de las disposiciones adicionales, sin dejar de reconocer su utilidad para aclarar algunos aspectos, no son muy importantes, ni justifican la grandilocuencia del título de esta Directiva. No es una norma sobre *Derechos de los consumidores*, porque no aporta mucho a los mismos.

Se han perdido no pocas oportunidades para aclarar puntos dudosos (cláusulas abusivas, jerarquía de remedios en ventas de consumo). Además la Directiva no encaja bien con otras (por ej., a la hora de delimitar el empresario, el profesional y el comerciante). Si bien la contribución más cabal consiste en la creación de un conjunto uniforme de reglas sobre el derecho de desistimiento, pero observa que la materia no aparece regulada con exhaustividad; parecidamente, la existencia de normas estándar sobre

(16) *Op. cit.*, pp. 102-104.

información precontractual no supone una gran mejora, en cuanto a su disposición y presentación, respecto de la situación precedente.

En muchos aspectos la Directiva se ha visto eclipsada por los trabajos sobre la Propuesta de un Derecho europeo sobre la compraventa. Personalmente ignoro cuántos lectores aprueban la siguiente atrevida afirmación (17): *En muchos sentidos la propuesta supone el reconocimiento de que la armonización del Derecho del consumo en la UE es una vía que ha encontrado ya sus límites y que choca con la resistencia de muchos Estados miembros a soportar ulteriores intervenciones en sus Derechos nacionales.* También alude a la diversidad de equipos que han redactado ambos textos europeos.

Su conclusión no puede ser más pesimista (18): Reitera que la contribución de esta Directiva al Derecho del Consumo de la UE debe calificarse de muy modesta. Se trata del decepcionante resultado de un largo proceso de revisión, y, sin duda, la decepción en muy buena parte ha venido provocada por la política de armonización plena o máxima perseguida. Si se me preguntara, reitera, si ha valido la pena todo el tiempo y la energía consumidos en la preparación de la Directiva, sin duda reitera que la respuesta debe ser negativa.

Capítulo 4: EIDENMÜLLER-FAUST-GRIGOLEIT-JANSEN-WAGNER-ZIMMERMANN, Hacia una revisión del "acquis" de consumo (pp. 107-162). La personalidad científica de los autores se enumera, correlativamente, así: catedrático de Derecho civil (München); catedrático de Derecho civil (Hamburg); catedrático de Derecho romano y de Derecho privado europeo (Münster); catedrático de Derecho civil (München); catedrático de Derecho civil (Bonn); y director del Instituto Max Planck de Derecho Comparado e Internacional Privado (Hamburg).

La razón de ser de esta singular ponencia, en la que ha participado un ilustre grupo de civilistas y romanistas germanos, se explica en la introducción (19). Cuando la Comisión Europea, con su *Plan de Acción* de 2003 y su Comunicación sobre *Perspectivas para el futuro* de 2004, inició el proceso para llegar a un *Marco Común de Referencia* (CFR, en sus siglas inglesas), buscaba, en particular, la revisión del *acquis communautaire* en el ámbito del Derecho contractual del consumo, cuya urgencia nacía de haberse generado de forma poco sistemática en los últimos treinta años. Pero tal revisión apenas es posible sin tener en cuenta, al mismo tiempo, las reglas y valores fundacionales del Derecho contractual general tradicional y sin examinar cuidadosamente cómo esos dos cuerpos jurídicos pueden coordinarse. Mientras tanto, la gestación del CFR ha dado lugar a la publicación del DCFR (20) y un grupo de expertos recibió el encargo de convertir este DCFR en

(17) *Op. cit.*, p. 104.

(18) *Op. et loc. últim. cit.*

(19) *Op. cit.*, pp. 108-111.

(20) VON BAR-CLIVE (dirs.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common frame of Reference* (München, 2009).

un *instrumento opcional* (21), es decir, en la práctica, en un código opcional (*opt-in*) de Derecho contractual europeo. Sin embargo, *hasta la fecha aún no se ha producido una revisión crítica del "acquis" del consumo* (22). El DCFR se caracteriza por una actitud ampliamente acrítica en relación con el *acquis*, lo que constituye una debilidad que proviene de la forma en que fue compilado.

Los autores de la presente ponencia son de la opinión de que una revisión crítica del *acquis* del consumo es ahora más necesaria que nunca, por lo cual han elaborado conjuntamente un volumen (23) que se sintetiza en la presente ponencia. Afirman que no han pretendido cuestionar las decisiones políticas adoptadas por el legislador de la UE, sino que su preocupación es genuinamente académica, y radica en las justificaciones racionales de las reglas jurídicas, en cómo esas reglas deberían formularse para servir a fines específicos, en la cohesión de los conceptos y las valoraciones y en la coherencia intelectual de las varias perspectivas asumidas, los instrumentos elegidos, las ideas perseguidas y las instituciones jurídicas establecidas. No se cuestionan los objetivos políticos de la protección del consumidor ni la armonización jurídica como tales. Pero allí donde pueda demostrarse que una regla que persigue proteger a los consumidores no lo consigue, creen que debería ser descartada. Lo mismo cabe aplicar a los intentos de armonización del Derecho que meramente tienen el efecto de incrementar la complejidad, sin ninguna ganancia significativa para la uniformidad jurídica. Opinan que para una revisión del *acquis* del consumo es necesario algo más que una generalización armonizada de las reglas individuales, ya que semejante revisión requiere una predisposición a desafiar asunciones establecidas tiempo atrás y a reducir la excesiva expansión legislativa y judicial. La nueva Directiva que entró en vigor a final de 2011 representa un paso intermedio y bastante poco ambicioso dentro del proceso de revisión del *acquis* y todas las cuestiones planteadas en esta ponencia y en el citado libro permanecen en el orden del día.

El contenido de esta extensa, singular y jugosa ponencia consiste en 52 sugerencias, muchas de las cuales hacen pensar, aunque no siempre las comparta el lector, sorprendiendo algunas por ir contracorriente y otras por su aplastante lógica. Se acompañan normalmente de un breve comentario, preciso y directo, cuyo autor se identifica, y que se refieren a las siguientes materias:

Derecho imperativo (WAGNER); cláusulas abusivas no negociadas individualmente (JANSEN); derechos de desistimiento (EIDENMÜLLER); la restitución de las prestaciones (desactivación o deconstrucción del contrato del consumo tras el ejercicio de los derechos de desistimiento) (ZIMMERMANN); deberes de información: presupuestos y distinciones fundamentales (FAUST

(21) Viviane REDING, "Warum Europa ein optionales europäisches Privatrecht benötigt", en *Zeitschrift f. europäisches Privatrecht*, 2011. Pp. 1-6.

(22) *Op. cit.*, p. 109.

(23) *Revision des Verbraucher-acquis*, Mohr Siebeck, 2011.

y GRIGOLEIT); deber general de revelar información (FAUST); y deberes de información específicos contenidos en el *acquis communautaire* (GRIGOLEIT).

A título de ejemplo, selecciono algunas sugerencias relativas al Derecho imperativo (24):

a) El Derecho imperativo contractual como una excepción:

En el Derecho contractual las normas imperativas son la excepción más que la regla. La forma ordinaria en que el Derecho contractual opera es la fórmula dispositiva. Las normas imperativas necesitan justificación por alguna cautela legítima. La protección del consumidor no es una excepción. El mero hecho de que una de las partes de una determinada transacción sea un consumidor no justifica la imposición de reglas imperativas. El prof. WAGNER observa que el Derecho contractual primariamente cumple la función de ahorrar a las partes costes de transacción, al suministrar un cuerpo de reglas de defecto eficientes, de las cuales pueden apartarse si lo desean. Es sorprendente que el principio de la autonomía de las partes esté en retirada, y así la legislación de la UE en el área del Derecho contractual está diseñada, casi exclusivamente, en forma de reglas imperativas; con frecuencia, dado que la exclusión de la autonomía de las partes afecta sólo a un lado, se puede denominar a las reglas de este tipo *unilateralmente imperativas*. Apostilla final del autor (25): *El recurso del legislador europeo a reglas imperativas suele quedar sin explicación. Esta práctica es perturbadora, pues la presunción debería ser que la legislación en el ámbito del Derecho contractual es de naturaleza dispositiva o subsidiaria. Parece que la Comisión Europea opera sobre el presupuesto de que la legislación debe ser absolutamente vinculante pues de otra forma no se alcanzarían los dos objetivos de la armonización jurídica y la protección del consumidor. Ambas percepciones son erróneas.*

b) Derecho imperativo y armonización:

La armonización plena del Derecho del consumo, ni requiere ni justifica el recurso a las reglas imperativas. Los principios de la armonización plena (de máximos) o de mínimos organizan la relación vertical entre la UE y sus Estados miembros, mientras las reglas imperativas del Derecho contractual gobiernan la relación horizontal entre los particulares, esto es, entre empresas y consumidores. El prof. WAGNER recuerda que, según los arts. 114 y 169 del Texto Fundamental de la UE, los objetivos de cualquier esfuerzo de armonización de los derechos de los Estados miembros deben ser el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. En consecuencia, los principales fines de las propuestas dirigidas a la consolidación del *acquis* del consumo deben consistir en elevar la seguridad jurídica, la mayor confianza del consumidor y el ahorro de costes de transacción. La libertad contractual

(24) *Op. cit.*, pp. 111 ss.

(25) *Op. cit.*, p. 112.

no menoscaba los fines perseguidos con la armonización, porque las partes sólo acordarán apartarse del marco legal cuando, a su juicio, los beneficios de hacerlo excedan de los costes de transacción.

c) Protección de consumidores:

El término "consumidor" no define un grupo social diferenciado, sino que más bien denota un papel social. Los seres humanos no son inherentemente "débiles" cuando desempeñan este papel social. La alegada "debilidad" de los consumidores no ofrece una base sólida para medidas protectoras como las normas imperativas del Derecho contractual. Afirmaciones que el autor argumenta así (26): Es una afirmación popular bien asumida que los consumidores son *débiles*, al menos en comparación con las empresas y que esto crea una necesidad de protección. En realidad, la debilidad del consumidor es un artefacto pobremente argumentado. Los consumidores no constituyen en absoluto una clase distinta de seres humanos, pues el concepto denota un papel social más que un grupo social. En algunos contextos, todo el mundo es un consumidor. La sugerencia de que la vasta mayoría de la población sufre de defectos psicológicos congénitos es insostenible. Como seres humanos, los consumidores emplean los mismos atajos cognitivos y sufren las mismas predisposiciones psicológicas que cualquiera. Incluso aunque esos rasgos hagan a los seres humanos vulnerables, los mercados competitivos, en general, protegen adecuadamente a los participantes de la explotación por el otro lado. No tiene sentido negar que existan mercados perfectamente competitivos y que haya varios factores que podrían impedir a las partes tomar decisiones plenamente racionales. Los principios comunes del Derecho contractual europeo, así como las reglas legales del *acquis* del consumo, pueden ser entendidos como un intento, aunque mal etiquetado en el último caso, de afrontar y remediar la *debilidad coyuntural* de los consumidores como seres humanos en situaciones bien acotadas. La diferencia crítica entre este enfoque y la asunción plena de la debilidad de los consumidores es su especificidad: la intervención legal es legítima sólo cuando pueda detectarse una carencia específica del mecanismo de negociación o del mercado. La reacción del sistema jurídico debe ajustarse a situaciones de deficiente autodeterminación racional más que a roles sociales.

d) Funciones económicas del Derecho imperativo:

Desde el punto de vista económico, el establecimiento de reglas imperativas puede justificarse respecto a los siguientes objetivos: I) Salvaguardar la toma de decisiones racional de las partes en el curso de la formación contractual (por ej., la capacidad de los contratantes); II) Internalizar costes externos y evitar la externalización de costes en el primer caso; III) Ofrecer incentivos para la resolución de las asimetrías de la información (la competencia salvaje rebaja la calidad y los precios hasta que el mercado

(26) *Op. cit.*, pp. 113 s.

finalmente se colapsa; las reglas imperativas pueden imponer un deber de la parte mejor informada de revelar información); IV) *Evitar una información o señalización excesiva*; y V) *Erradicar o mitigar monopolios y otras distorsiones de la competencia* (las reglas sobre usura son un ejemplo pertinente de un intento del sistema jurídico para tratar un caso de monopolio coyuntural).

Capítulo 5: STUYCK, Las Directivas en revisión y otros ámbitos necesitados de ulterior armonización (pp. 163-177). El autor es catedrático de Derecho europeo y Derecho de consumo de la Univ. Católica de Lovaina. Traducción del Dr. Roberto Yanguas Gómez (*Akademie Schloss Solitude*).

El autor, en relación con el Derecho comunitario de consumo, trata de establecer un balance, bastante minucioso, de lo que se ha conseguido hasta el momento, de las Propuestas que están siendo objeto de consideración, y de los planes de la Comisión que todavía están en fase de gestación; a lo que adiciona un apartado sobre lo que todavía necesita ser mejorado (pp. 165-176). Pero quizá lo más sabroso de su ponencia lo constituyan las preguntas introductorias y algunas cuestiones conclusivas.

Comienza (27) reconociendo que el tema que sugiere el título de esta ponencia es delicado, pues se está sugiriendo que hay otros ámbitos del Derecho del consumo que podrían estar necesitados de armonización. Pero, en primer lugar, ¿existe tal necesidad de armonización?, ¿o más bien sucede que la Comisión, los Estados miembros, los consumidores, los empresarios, o incluso las exigencias técnicas, impulsan la continuidad de la armonización para no privar de sentido a la labor ya realizada hasta ahora?, ¿debería quizás defenderse la necesidad de continuar armonizando desde el punto de vista del bienestar general?, ¿qué otra cosa podría justificarlo?

El autor añade algo más inquietante, a juicio del recensor: Acaso la cuestión deba expresarse así: ¿Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el Derecho europeo de los consumidores pero nunca se atrevió a preguntar? Dice el autor haber intentado abordar estos asuntos desde el punto de vista de la política de los consumidores. La cuestión podría ser si tras las numerosas Directivas sobre el tema, todavía se necesita armonizar otros aspectos del Derecho del consumo. Pero hay una cuestión aún más básica, a saber, si es preciso la armonización para fomentar el interés de los consumidores o mejorar el funcionamiento del mercado, o, quizás, más bien, para la consecución de cualesquiera otros objetivos políticos de la UE.

Si, efectivamente, es necesaria una futura armonización, ¿qué podrían (o deberían) prever los responsables políticos? ¿La plena armonización, o sea, hacia una armonización plena selectiva, tal como se ha hecho por parte de la Comisión durante la última década?, ¿o es el momento de saltar hacia otro tipo de armonización, por ejemplo, la armonización mínima al "viejo estilo", tal como se defiende, no sólo por parte de los abogados de

(27) *Op. cit.*, p. 163.

los consumidores, sino también por parte de la doctrina, tanto en el ámbito del Derecho como de la Economía? ¿Hasta qué punto necesitamos de más armonización si ya contamos con un sistema completo, como el que representa el Derecho común europeo de la compraventa (CESL), esto es, un instrumento opcional, que es una buena o acaso óptima alternativa a la armonización? Concluye este apartado así (28): "Al final, la cuestión fundamental es saber si el Derecho tiene realmente alguna importancia para las compraventas transfronterizas: ¿Así, realmente, se abstienen los consumidores y empresarios de llevar a cabo negocios transfronterizos por culpa de las diferencias legales?, ¿o existen otros factores que explican la relativa falta de éxito de las compraventas transnacionales?".

Pero si las preguntas iniciales daban qué pensar, las cuestiones conclusivas causan perplejidad (29). Se interroga el autor: "¿Hemos olvidado las virtudes de la sentencia *Cassis de Dijon*? ¿Hemos olvidado que en 1979 el TJCE desarrolló la importantísima regla del reconocimiento mutuo? Cuando un bien ha sido comercializado legítimamente en un Estado miembro, en principio, el resto de los Estados miembros deberían aceptar que esos bienes son conformes con sus propias normas, salvo que concurran razones de orden público. Una segunda cuestión sería: ¿Queremos realmente más Europa? El sentimiento general es que en muchos Estados miembros existe cierta resistencia a una mayor integración económica. Entonces, ¿cómo podemos continuar con la protección del consumidor en el ámbito europeo? La tercera cuestión es ésta: La armonización conduce a más armonización, pero, ¿realmente, esto funciona? *El Derecho* [comunitario] *que leemos en los libros no es el Derecho* [comunitario] *que se aplica en la práctica* (énfasis añadido). ¿Se ha mejorado realmente el nivel de protección del consumidor con tanta acumulación de normas? La cuarta cuestión sería si se puede construir un mercado interior a partir del Derecho (contractual) de consumo. El mercado interior, ¿no necesita contar con iniciativas de naturaleza completamente distinta? La siguiente cuestión no es sino consecuencia lógica de la anterior y se formularía de la siguiente manera: La armonización, convergencia o incluso unificación del Derecho de consumo, ¿no debería ser el resultado de una mayor integración política y económica, en lugar de al revés? Además podemos preguntarnos si la Comisión no ha sobreestimado las posibilidades de construir un mercado único mediante el incremento de la confianza de los consumidores, algo que está detrás de cualquier propuesta sobre protección de los mismos, como ideología oficial".

Me parece que el prof. STUYCK con esta serie de interrogantes está contribuyendo, tanto o más que con su ponencia básica, a una fructífera reflexión sobre el tema, que confiemos llegue a esas instancias políticas a que alude en su ponencia.

(28) *Op. cit.*, p. 164.

(29) *Op. cit.*, pp. 176 s.

Segunda parte.

Capítulo 6: BASOZÁBAL ARRÚE, *Los deberes precontractuales de información después del DCFR, la Directiva 2011/83 y la Propuesta CESL* (pp. 181-207). El autor es prof. titular de Derecho Civil de la Univ. Carlos III (Madrid).

Se propone como tema cómo enfocar el conflicto que están llamados a resolver tanto la Directiva 2011, como el DCFR o la Propuesta CESL, valorando si deberían influir en la *Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, de la Comisión General de Codificación. A su juicio y desde la perspectiva del Derecho privado, se trata de encontrar criterios de asignación de un riesgo contractual típico: el riesgo de información. En los últimos años se ha producido la profusión creciente de auténticos catálogos de *obligaciones de informar* a cargo del empresario frente al consumidor, lo que ha hecho girar la reflexión en torno a unas precisiones legales que incorporan un planteamiento apriorístico y una perspectiva unilateral. El autor se propone seguir una perspectiva bilateral que busca el reparto del riesgo de información entre las partes contractuales a partir del dato más relevante, que no es la condición de consumidor de una de las partes, sino el propio contrato y el reparto de riesgos que le es connatural (30). Analiza los criterios propuestos para imputar los defectos de información al otro contratante y la necesidad de ordenarlos de algún modo (ignorancia relevante; las presuposiciones del contrato; la imputación de la ignorancia a la otra parte), para llegar a un presupuesto básico. Examina éste en el vigente Derecho español, la Directiva 2011, el DCFR y la Propuesta CESL, exponiendo a continuación las consecuencias que de ello derivan. Su conclusión final (31) resulta bastante crítica: "Desde un punto de vista técnico, los modelos que proponen tanto el DCFR como la Propuesta CESL, no pueden considerarse un producto maduro. Tanto desde el punto del supuesto de hecho como desde el de la consecuencia jurídica, estas propuestas invitan a un estudio detallado de algunos de sus aspectos principales. Por ello, tal y como ahora se presentan –sin un mínimo de claridad y coherencia interna–, no merecen utilizarse, por ejemplo, en la Propuesta de Modernización de nuestro Derecho de Obligaciones y Contratos". En ambos, se echa de menos una mayor lógica en la exposición, y el modelo se encuentra hipertrofiado por la profusión de elementos con que se describe el supuesto de hecho, y el sistema de remedios resulta todavía poco operativo. Tampoco parece adecuado seguir la pauta del art. 65 TR. LGDCU, que en su generalidad puede quedar confundida con la integración del contrato (art. 1258 CC).

Capítulo 7: DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho de desistimiento* (pp. 209-236). El autor es catedrático de Derecho civil de la Univ. de Valladolid.

Todo lo relativo al desistimiento –afirma el autor (32)– está en estrecha

(30) El autor es especialista del tema: Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, "En torno a las obligaciones precontractuales de información", en ADC, 2009, pp. 647 ss.

(31) *Op. cit.*, pp. 205 ss.

(32) *Op. cit.*, pp. 210 ss.

relación con los deberes de información que se imponen al comerciante en el art. 6 de la Directiva, y entre ellos, el art. 6.1. se refiere al deber de informar sobre las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho de conformidad con el art. 11.1, así como el modelo del formulario que se incorpora en el Anexo. Con carácter general se puede afirmar que son objeto de regulación dos tipos de derechos, de naturaleza diferente. En primer lugar, un desistimiento que el consumidor puede ejercer *libremente* durante un determinado plazo breve, sin que tenga que indicar o justificar sus motivos, y sin que se pueda imponer ningún coste por parte del comerciante en caso de ejercicio por el consumidor. En segundo lugar, un desistimiento, no libre, sino *basado en una justa causa, que es el incumplimiento por el comerciante de sus deberes de información*. La Directiva trata de este segundo derecho de desistimiento como si estuviéramos ante una simple ampliación del plazo para desistir cuando un comerciante incumple sus deberes de información, pero, aunque son dos derechos de contenido similar, tienen naturaleza diferente y, en su opinión, un régimen jurídico parcialmente diferente. Este desistimiento con justa causa es una extensión sobrevenida de la relación contractual que se produce como consecuencia de una declaración de voluntad efectuada por una de las partes (el consumidor, en el modo previsto en el art. 11), que no es, sin embargo, reflejo de una facultad absolutamente libre, sino fundada en el incumplimiento del deber de información sobre la existencia del derecho de desistimiento; no debe olvidarse que la carga de la prueba en relación con el incumplimiento de los requisitos de información incumbirá al comerciante (art. 6.9 Directiva).

El núcleo de la ponencia (pp. 211-234) constituye un pormenorizado, y, puede considerarse, exhaustivo, estudio de este segundo tipo de desistimiento, ocupándose del tipo de incumplimiento del deber precontractual de información que genera la facultad de desistir con justa causa; el plazo para desistir libremente y cuando el comerciante no facilita al consumidor la información; resuelve la duda de si debe quedar abierto de manera ilimitada el plazo para desistir mientras el comerciante no cumpla con su obligación; la forma de ejercicio del derecho de desistimiento y las obligaciones de las partes en tal caso; el problema de la posible disminución del valor de los bienes; finalizando con los efectos del desistimiento en los contratos complementarios. El autor maneja una completísima doctrina española especializada, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE y de las AAPP españolas.

Capítulo 8: Esther ARROYO AMAYUELAS, La contratación a distancia en la Directiva de protección de los derechos de los consumidores (pp. 237-284). La autora, como se ha dicho ya, es profesora titular de Derecho Civil de la Univ. de Barcelona.

La autora, en la Introducción, recuerda que el punto de partida de la revisión del Derecho contractual europeo puede situarse en la Comunicación de la Comisión de 11 julio 2001, al que siguió el Plan de Acción para una

mayor coherencia en la legislación, a partir del cual se empezó a gestar el Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR). En el año 2004, la Comisión inició el proceso de revisión de ocho Directivas comunitarias, para lo cual debía tenerse en cuenta el DCFR (en una de sus múltiples funciones) y, fundamentalmente, las reglas de los Principios del Derecho comunitario de contratos (*Acquis Principles*, ACQP) integradas en él. El Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo fue el punto de partida para la discusión sobre un instrumento horizontal de protección a los consumidores, sobre la base de la armonización plena, que, tras un largo proceso de gestación, dio lugar, en octubre de 2011, a la Directiva sobre los derechos de los consumidores (DDC). Pero si ya en fase de propuesta, la norma resultó menos *horizontal* de lo deseable (la propuesta sólo incorporaba cuatro de las ocho Directivas en revisión), la versión finalmente promulgada ha acabado siendo todavía más reducida, porque sólo incorpora dos. Además, la pretendida armonización máxima resulta enormemente rebajada, pues se combina con la concesión de alternativas a los Estados miembros. Mientras tanto, siguiendo esa misma técnica, se han ido aprobando otras Directivas.

El DCFR fue entregado a la Comisión a finales de 2007 y dado a conocer públicamente en 2008, pero no fue tenido en cuenta en la PDDC, que fue publicada a finales de ese año. Por otra parte, el DCFR fue objeto de revisión a lo largo de 2010, pero aún sería preciso un Libro Verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas, antes de decidir la naturaleza y ámbito de aplicación material del nuevo texto. El resultado ha sido la Propuesta CESL que, en materia de protección de consumidores es más ambicioso que la DDC. Sin embargo, su finalidad ya no es armonizar, sino complementar los Derechos nacionales.

En consecuencia, la autora precisa (33) que el objeto de su ponencia no es la crítica a un proceso que se ha revelado errático, ni la denuncia a la insatisfactoria estructura sistemática que presenta la DDC. Se trata de analizar algunos de los escasos contenidos de esta última norma, y, en concreto, el régimen jurídico de la contratación a distancia, del que, en ocasiones, se aparta el CESL (34). Su intención es dar a conocer las novedades que incorpora el único texto legal que de momento es vigente (epígra-

(33) *Op. cit.*, pp. 240 ss.

(34) Indica la autora que ni la definición de contrato a distancia coincide exactamente, ni tampoco su regulación es idéntica en ambos textos. Sin ánimo de exhaustividad baste señalar que, en relación con la contratación telefónica, el art. 19.3 CESL establece la forma como requisito de validez del contrato, mientras que el art. 8.6 DDC abandona esta cuestión a los Estados miembros. También es distinta la regulación de la compensación por el uso de la cosa durante el plazo para desistir. Por otra parte, la DDC no contiene requisitos de información cuando el contrato se concluye por vía electrónica, a diferencia de lo que sucede en el CESL. Además, éste extiende su regulación a los contenidos digitales, en cambio la DDC contempla estos últimos en parte, a la espera de una propuesta de la Comisión que plantee una armonización más detallada.

fes II-III) y, residualmente, destacar el presumible impacto que tendrá sobre la protección del consumidor de ventas o servicios a distancia en España.

El tratamiento que la autora hace es amplio y profundo (pp. 241-278), sólidamente respaldado por una exhaustiva bibliografía, tanto española como extranjera, así como por su conocimiento adquirido *desde dentro*, al haber figurado en numerosos proyectos de investigación y grupos de expertos comunitarios; de aquí el *valor añadido* de esta ponencia, para interpretar nuestro Derecho interno y el comunitario. Realista es su reflexión final (35), llamando la atención sobre el panorama a que deberá hacer frente el legislador español, a más tardar el 13 diciembre 2013; momento que puede aprovecharse para reformar las deficiencias que provienen de una incorrecta transposición de la Directiva 97/7 (por ej., a la hora de definir el contrato a distancia), aunque puede darse la circunstancia de que lo que antes era, claramente, una deficiencia, puede aparecer sobrevenidamente como una regulación conforme, en todo o en parte, con la DDC (ampliación del plazo para desistir). Otras veces lo que sucede es que la DDC no recoge íntegramente todas las materias reguladas en la Directiva 97/7, o no exactamente, lo que provoca que esas disposiciones nacionales que en su día resultaron ser una correcta transposición de la norma, ahora deban ser modificadas porque la armonización máxima no permite mantenerlas, o no sin generalizarlas a otros contratos. A veces las discrepancias comportan un nivel menor de protección del consumidor (indemnización por el uso del bien cuando se ejercita el derecho a desistir), pero otras veces lo mejoran (ampliación a un año del derecho a desistir cuando se omite información).

En opinión del recensor, es de tener muy en cuenta su reflexión final (36): "No será fácil adaptarse a las previsiones contenidas en la DDC, no sólo porque el legislador europeo no siempre delimita con la precisión que exige una Directiva de máximos los supuestos de hecho de muchas de sus normas (¿lo que no regula es laguna que debe llenarse con una regulación *a contrario*, o, más bien, omisión deliberada que deja libertad de regulación a los Estados miembros?), sino, sobre todo, porque además de atender a los contenidos, la transposición también exige cambios sistemáticos en el TR. LGDCU y, acaso, una reforma más profunda en el Derecho español de contratos y, en particular, en el régimen jurídico del contrato de compraventa".

Capítulo 9: María José REYES LÓPEZ, *Contratos celebrados fuera del establecimiento comercial* (pp. 285-309). La autora es catedrática de Derecho civil de la Univ. de Valencia.

Los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial estaban regulados en España por Ley 26/1991, de 21 noviembre, dictada a consecuencia de la Directiva 85/577, que ha sido sustituida por los arts. 107 a

(35) *Op. cit.*, p. 278.

(36) *Op. cit.*, p. 279.

113 del RDL 1/2007, de 16 noviembre. Este TR. LGDCU no reproduce literalmente aquella ley, siendo llevados algunos de sus preceptos a disposiciones generales, o a una suerte de parte general, como sucede con el derecho de desistimiento. Por su parte, aquella Directiva ha sido derogada por la 2011/83 (DDC), actualmente en vigor. En principio cabe decir que esta última ha tenido en cuenta los problemas suscitados a causa de la regulación anterior, al mismo tiempo que ha pasado de ser una Directiva de mínimos a otra de máximos, a la vista de que el objetivo que se perseguía no se ha conseguido debido a la diversidad de normativas nacionales. Pero en algunos casos se deja al arbitrio de los Estados miembros la adopción de mecanismos de protección que propician la disparidad legislativa. Por otra parte, muchas cuestiones de la DDC se plantearon inicialmente desde una visión más amplia. En relación con la venta fuera de establecimiento, la Directiva de 2011 ha influido fundamentalmente en dos derechos básicos con la finalidad primordial de reforzarlos; en concreto, el derecho de información y de desistimiento, intentando aclarar, además, situaciones controvertidas como la noción de establecimiento mercantil a efectos de este contrato, al tiempo que ahonda en la noción comunitaria de consumidor, en detrimento de la de usuario. Deja al libre arbitrio de los Estados la inclusión de las personas jurídicas como consumidores, siempre que actúen sin ánimo de lucro, siguiendo los criterios tradicionales de las normas comunitarias en este ámbito.

Trata luego del concepto de contrato de venta fuera de establecimiento comercial (art. 2.8.º), llamando la atención sobre la utilización del término comerciante, que en España se sustituye por el de empresario; el de establecimiento mercantil (art. 2.9.º); el de los contratos incluidos y excluidos, respecto de los cuales la Directiva aporta poco, sugiriendo la autora que se acuda con preferencia a la doctrina jurisprudencial del TJUE; el de la documentación del contrato y la información, sosteniendo que en esta modalidad de contrato las formalidades exigidas deben valorarse como elementos sustanciales del contrato; al derecho de desistimiento, que considera la estrella de esta Directiva, cuya regulación, contenida en el TR. LGDCU deberá ser revisada; por último, la materia de las sanciones por incumplimiento del deber de información, cuestiones que tanto la Directiva como el reglamento lo dejan al arbitrio de los Estados miembros, si bien en ningún caso podrá ser invocada la causa de nulidad por el empresario, salvo que el incumplimiento sea exclusivo del consumidor; en opinión de la autora, la sanción que mejor se adapta a los intereses del consumidor es la anulabilidad.

El juicio conclusivo resulta, más bien, escéptico y negativo (37): "El proceso de revisión del que ha sido objeto la DDC a lo largo de su tramitación ha producido como resultado que las iniciales perspectivas que había generado se hayan visto frustradas puesto que donde su influencia se ha dejado sentir es realmente en la regulación de los contratos a distancia y en las ventas celebradas fuera de establecimiento mercantil únicamente. Las

(37) *Op. cit.*, pp. 306 s.

reformas que introduce respecto a esta última modalidad realmente puede considerarse que son mínimas, a excepción del derecho del desistimiento, que, junto, con una regulación más minuciosa que la exigida anteriormente sobre el contenido del derecho de información, son los únicos elementos que cabe reseñar y que van a influir en la regulación de los derechos de los Estados miembros dado su carácter de directriz de máximos. Respecto a las medidas concretas de protección del consumidor cabe estimar que repercutirá de modo favorable la ampliación de los plazos para ejercitar el derecho de desistimiento y la concreción de supuestos que anteriormente resultaban conflictivos con relación a la aplicación de la normativa de las ventas realizadas fuera de establecimiento mercantil. El incremento de la información al consumidor sobre características del producto, etc., en la práctica, puede, o resultar irrelevante para éste porque ante un exceso de información la reacción es omitir su lectura, o convertirse, en perjuicio del consumidor, en un elemento más del que pueda valerse el comerciante para exonerar su responsabilidad”.

Capítulo 10: CARRASCO PERERA, Desarrollos futuros del Derecho de consumo en España (pp. 311-332). El autor es catedrático de Derecho civil y Director del Centro de Estudios del Consumo (Univ. de Castilla-La Mancha).

Dice el autor en su Introducción que no deja de ser irónico que las tareas pendientes socialmente de más impacto en el sector del Derecho de Consumo (a saber, las daciones en pago de fincas gravadas con hipoteca sobre vivienda habitual, la regulación del sobreendeudamiento de las familias, el uso con efecto inversor de productos financieros estructurados y el desarrollo de las técnicas alternativas de resolución de controversias) no tengan ni un pálido reflejo en la Directiva 2011/0083 (DDC). Con esto se marcan los límites a los que puede llegar la pretensión de *cierre* con que el legislador comunitario ha anunciado el advenimiento de esta norma. Sin duda, es el cierre de una etapa muy definida en la historia del Derecho de consumo comunitario y el agotamiento de una modalidad de provisión de protección jurídica, que ha caracterizado al Derecho de la UE desde la primera versión de la Directiva de ventas celebradas fuera del establecimiento mercantil. En esta ponencia el autor se limita a especular sobre las posibilidades de desarrollo de nuestro Derecho jurídico contractual de consumo en el escenario de la transposición que pronto o tarde habrá que acometer en España.

La ponencia aparece llena de sugerentes interrogantes. Así, por ejemplo, ¿qué hacer con el derecho de desistimiento? (38). Mientras que la regulación de este derecho se ha convertido una vez más en el corazón regulatorio (*sic!*) y la razón de ser misma de una normativa armonizada de consumidores (arts. 9 a 17 DDC); junto a la inflación regulatoria de los deberes de información contractual, la *Directiva sobre derechos de los consumidores*, no parece ser más que un refinamiento normativo, un apurar

(38) *Op. cit.*, p. 312.

reglamentario, del actual *Acquis communautaire*. Pero, subraya, es *cuestionable que todo este esfuerzo haya valido la pena*. El instrumento fracasa en su pretensión de convertirse en el rasgo específico de una regulación armonizada sobre contratos de consumo, como quiere el legislador comunitario. Cree el autor que el derecho de desistimiento no da más juego para más desarrollos en cuanto a su perfeccionamiento técnico. Se trata de un *instrumento de protección muy secundario* (énfasis añadido); no hay derecho de desistimiento en la venta *on line*, no ya sólo porque los operadores de estos mercados de hecho no lo reconocen en sus condiciones generales, sino porque el coste de reenvío llegaría a ser gravosísimo para el comprador, bastante para desestimular el arrepentimiento del consumidor. Además, tal técnica es completamente inapropiada en el sector de los contratos de servicios de suministros esenciales. La inflación normativa del derecho de desistimiento olvida los problemas reales de la contratación de servicios duraderos, y entra en conflicto con otras técnicas de resolución más realista. Pero la falta de decisión para extender el derecho de desistimiento a todo contrato de compraventa al consumo (básicamente, a la compraventa en establecimiento mercantil), impide que se pueda abandonar el sistema de *nichos regulatorios* hasta ahora existente. Advierte el autor que existe una extendida práctica por parte de los vendedores detallistas de conceder voluntariamente a los compradores una facultad de desistir, de *devolver* el producto, hasta el punto que no hubiese hallado extrema oposición el propósito de extender el derecho de desistimiento a todas las modalidades de ventas a consumidores. Cree que en esta materia el legislador nacional tendría un campo de actuación.

Las *listas de deberes de información* son un cáncer en el cuerpo del Derecho del consumo (39). No se entiende la lógica del procedimiento. ¿Por qué incrementar el coste suplementario que grava el precio del producto? Si la información suministrada no satisface ninguna necesidad real del consumidor, el resultado práctico es que la existencia de un deber de suministrarla sólo cumplirá el triste papel de suministrar cobertura a reclamaciones oportunistas por parte del consumidor. Además, el monstruo de las listas de informaciones imperativas es también estratégicamente utilizado, o puede serlo, por los proveedores, que pueden cubrirse de sus imperfecciones o de sus incumplimientos o de sus falsas promesas mediante la aposición de listas interminables de *disclaimers* que nadie lee, y donde se contiene la *advertencia* oportuna que les salva.

En relación con los deberes de información, prácticas comerciales desleales y el *impasse* del sistema normativo español, sintetiza el autor que en términos generales la *sedes materiae* de los deberes de información precontractual en los contratos de consumo se localizan en los arts. 19, 20, 60 y 97 TR. LGDCU. A su juicio, se trata de un *conundrum* insoluble y disparatado. El art. 19 remite a los tipos de infracción que constituyen competencia

(39) Se afirma literalmente en *op. cit.*, p. 314.

desleal con consumidores dispersos en la Ley de 1991. El art. 20, que debería haber sido la norma fundamental, ha resultado un fracaso sistemático, al haberse mantenido como una cláusula abierta. El art. 60 contiene una lista de mínimos para todo contrato, pero no indica al operador dónde debe buscar para saber si en su específico sector hay algo más que contar. El art. 97 es específico de la venta a distancia, y se verá afectado por el art. 6 de la DDC y por la Ley de los servicios de la sociedad de la información (40).

En relación con la transposición interna de la Directiva 29/2005, sobre prácticas desleales y el contenido de los deberes de información, entiende el autor (41) que es muy probable que el espíritu selectivo que llevó a la Directiva 29/2005 no haya sido respetado en la transposición española. Primero, porque el art. 20 TR. LGDCU está lejos de presentarse como la norma primordial del sistema de prácticas desleales por omisión de información sustancial, de tal forma que se determinen por ella los elementos máximos sobre los que cabe imponer una información obligatoria, a efectos de considerar una práctica comercial como desleal. Segundo, porque no hay coordinación entre lo que pretenden los arts. 19 y 20 del TR. LGDCU y las subclases de deslealtad por engaño omisivo contenidas en la Ley de Competencia desleal de 1991. El sistema de *enforcement* del régimen de prácticas comerciales desleales ha sido diseñado de manera que es tributario del modo en que la Directiva se transpuso al Derecho español, es decir, constituyen supuestos sujetos a la competencia jurisdiccional, y que, en ningún caso, son contractuales. Por otro lado, las prácticas comerciales desleales, tipificadas por medio de cláusulas generales abiertas, constituyen supuestos de hecho de infracción administrativa de consumo en el art. 49 TR.

Por lo que respecta a la Directiva 25/2009, se trata de una norma no absorbida ni afectada por la DDC. Es sorprendente que ni siquiera sea mencionada en el Cdo. 12 junto a las Directivas de servicios en el mercado interior y a la de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico. Y esto crea un problema sistemático de primer orden, porque la Directiva de prácticas desleales está configurada de tal forma que fracasaría su propósito si se pretendiera completar por otra norma, o si otra norma relativizara su alcance.

En relación con los remedios civiles y el deber de información, muchas veces se ha destacado que las Directivas de consumo se caracterizan por imponer deberes o reglas materiales de conducta, pero dejan al Derecho nacional la selección de los remedios adecuados para el caso de incumplimiento. Esta particularidad lastra, evidentemente, la pretensión de armonización normativa comunitaria, porque lo que de verdad influye en la consecución del mercado interior no es la existencia de deberes de conducta comunes, sino la equivalencia de las sanciones de incumplimiento. Así, la Directiva de 2011 agota una opción legislativa que ya no puede ser desa-

(40) Desarrollo minucioso en *op. cit.*, pp. 315-318.

(41) *Op. cit.*, p. 322.

rrollada más ampliamente (42). Con todo, hay remedios específicos en la Directiva de 2011, fuera del sector de los deberes de información, que el autor enumera así: a) Inexistencia de obligaciones; b) Ampliación del plazo de ejercicio de un derecho; c) Nulidad con el consiguiente deber reparatorio; y d) Posibilidad de resolver el contrato, bajo ciertos presupuestos, y obtener la consiguiente devolución de lo entregado. Sólo los remedios a) y b) son específicos del deber de información, y, en la práctica, parece que sean poco frecuentes. Trasladándose al legislador nacional, llega a la conclusión (43) de que, por lo general, el incumplimiento de este material normativo sectorial es contractualmente irrelevante en sede de eficacia contractual, y que así debe seguir siéndolo, a riesgo de convertir el sistema de remedios privados en un instrumento de estrategias de abuso de derecho.

En relación con un sistema de remedios específicos del Derecho contractual de consumo, opina el autor que la DDC aporta poco y aparece como un muestrario desarticulado (44). Sólo queda cuestionarse si el futuro Derecho de consumo puede ir más allá de una tarea de sistematización y de articulación de remedios específicos de la contratación al consumo. El autor propone los siguientes:

1.º Desarrollar las posibilidades de los *equitable remedies*, como el que se contiene en el art. 65 del TR., es decir, la imposición generalizada de soluciones de buena fe ante cualquier contingencia de fallo del sistema de normas primarias obligatorias;

2.º La necesaria generalización del derecho de desistimiento a todas las modalidades de compraventa (pero sólo de compraventa), y especialmente en la adquisición de bienes en establecimientos mercantiles;

3.º La generalización de reglas imperativas de plazo de cumplimiento, con consecuencias contundentes en materia de mora, como ocurre en los arts. 103 y 104 del TR. y otras normas;

4.º Extender la regla de la coligación contractual entre compraventa y contrato de financiación, hasta alcanzar la compraventa de inmueble y la financiación hipotecaria;

5.º Generalizar las técnicas de denuncia con preaviso en todo contrato de larga duración, sin necesidad de justa causa, aunque se trate de contratos de duración determinada;

6.º Hallar un modelo común de *remedio resolutorio* específico de los contratos de consumo, que sea capaz de integrar los cuatro modelos existentes en el *acquis* consumerista;

7.º A partir de las posibilidades que ofrecen la Directiva 1993/13, el art. 80 del TR. y los arts. 19 y 22 DDC, aprovechar las posibilidades de desarrollar una regla de *no incorporación de la cláusula restrictiva* al contrato

(42) *Op. cit.*, p. 325. El autor resalta los defectos de coordinación entre las Directivas, solapamiento y lagunas.

(43) *Op. cit.*, p. 328.

(44) Los enumera en *op. cit.*, pp. 329 ss.

con consumidores, siempre que no se haya obtenido el consentimiento de una forma especialmente cualificada;

8.º En lugar de incrementar la masa de información que ha de suministrarse imperativamente al consumidor, es preciso desarrollar, con prudencia y buen hacer, las instituciones contenidas en la Directiva de crédito al consumo (y Ley 16/2011) y en la Propuesta de Directiva de contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, de 31 marzo 2011.

Finalmente, una propuesta de prudencia. En efecto (45), cuando el Parlamento Europeo apruebe, si es el caso, el CESL, los Estados miembros se encontrarán ante una curiosa paradoja. De un lado, una norma europea, cerrada, completa y de aplicación directa, que, sin necesidad de desarrollo nacional, contenga un cuerpo cerrado de normas civiles, regulatorias del contrato de compraventa, y también de la compraventa al consumo. De otro lado, una Directiva a desarrollar y transponer, siendo así que el nivel de protección ofrecido por la Directiva y el contenido en la regulación consumerista del CESL, son básicamente intercambiables, pero los respectivos ámbitos de aplicación no se solapan enteramente (cfr. art. 3 DDC y art. 5 CESL). El legislador tendrá que elegir entre alguna de las siguientes medidas, si quiere economizar recursos y producir mandatos congruentes. 1.º) Puede tomar las reglas materiales del CESL, referidas a la compraventa al consumo e introducirlas directamente, con la consiguiente generalización, en el futuro texto de la LGDCU. 2.º) Puede, sin más, dotar al CESL del rango de norma interna imperativa, para los contratos de compraventa al consumo en los que no exista un elemento internacional. En cualquier caso, *no sería prudente trasponer la DDC antes de tener cierto que el CESL no concluirá su proceso felizmente en las instancias comunitarias.*

Tercera parte.

Capítulo 11: M. J. MARÍN LÓPEZ, El crédito al consumo y el crédito hipotecario: Regulación en la Unión Europea y tratamiento en el Derecho español (pp. 335-360). El autor es catedrático de Derecho civil y miembro del Centro de Estudios de Consumo de la Univ. de Castilla-La Mancha.

Este trabajo tiene por objeto el estudio de la normativa sobre el crédito al consumo y el crédito hipotecario en la UE, y de su tratamiento en Derecho español. Previamente analiza el modo en que los contratos de crédito a los consumidores son tratados en la Directiva de 2011 (DDC) y en la Propuesta de Reglamento del mismo año relativa a una normativa común de compraventa europea (CESL). Pero, a juicio del recensor, lo fundamental del mismo radica en el estudio de la Directiva 2008/48/CE y su incorporación al Derecho español, así como la Propuesta de Directiva sobre contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial y, sobre todo, lo relativo a los contratos vinculados en el crédito al consumo.

(45) *Op. cit.*, pp. 331 ss.

Nuestra Ley 16/2011, de 24 junio, de contratos de crédito al consumo (LCCC), se ha promulgado fuera del plazo concedido (lo que, entre nosotros, no resulta infrecuente), si bien en su descargo cabe decir que algunos preceptos de la misma se habían incorporado ya al Derecho español, como la Ley 2/2011, de economía sostenible (en los arts. 5.6 y 8), limitándolo a las entidades de crédito. Pero a diferencia de Alemania, la incorporación que efectúa la Ley 16 de la Directiva es incorrecta, olvidando que la venta a plazos no es sino una forma de crédito al consumo. Hoy coexisten la LCCC de 2011 y la LVPBM de 1998, lo que origina dificultades, porque el ámbito de aplicación de ambas se superpone parcialmente. Opina el autor (46) que hubiera sido mejor derogar la Ley 28/1998 y mantener sólo una ley para regular todas las formas de crédito al consumo, incluida la venta a plazos, pues aunque aquélla se aplica a cualquier comprador (sea consumidor, o no), el legislador dispone de otros instrumentos para, manteniendo esos derechos, regular de manera unificada, en un único cuerpo normativo, todas las modalidades de crédito al consumo.

En la Ley 16/2011 hay que distinguir dos grupos de normas. En el primero se incluyen las que implican incorporación directa de normas comunitarias, y aquí la ley se ha limitado, en la mayoría de los casos, a copiar literalmente los preceptos de la Directiva. En el segundo grupo se incluyen normas sobre materias no armonizadas, que son creación propia del Derecho español. Entre ellas menciona: a) La oferta irrevocable de contrato (art. 8); b) El cobro de lo indebido por el prestamista (art. 25), régimen más gravoso que el del CC; c) La utilización de títulos-valores por el consumidor (art. 24), que suscita reservas al autor; d) La liquidación del crédito al consumo tras su ineficacia (art. 23); e) Fijación de límites máximos para intereses remuneratorios en descubiertos tácitos; y f) Si consumidor y proveedor han pactado que el pago del precio se abonará mediante un crédito, se hace depender la eficacia del contrato de la obtención de ese crédito (art. 26.1).

Tema novedoso es el relativo a la propuesta de Directiva sobre contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial (47).

El 31 marzo 2011 la CE ha presentado una Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial (PDCCBI), que persigue una doble finalidad, a saber, conseguir un auténtico mercado interior en el ámbito del crédito hipotecario, pues, de hecho, los consumidores obtienen los créditos hipotecarios en el Estado en que residen, siendo prácticamente nula la concesión por entidades de crédito de otros países; en segundo lugar, poner fin al comportamiento irresponsable de ciertos operadores del mercado que han concedido créditos hipotecarios a personas de dudosa solvencia. Constata el autor la grave situación económica por la que atraviesan muchos Estados de la UE, que ha provocado un aumento de los impagos y de las ejecuciones hipotecarias, y ha agudizado la necesidad de la concesión

(46) *Op. cit.*, p. 342.

(47) *Op. cit.*, pp. 344-349.

responsable de préstamos hipotecarios, aunque habría que completarlo con el seguimiento de las ulteriores vicisitudes de tales situaciones, lo que conlleva una nueva problemática, inédita hasta ahora entre nosotros. En todo caso, la propuesta se configura como una Directiva de mínimos, y se aplica a los siguientes contratos: a) Los contratos de crédito garantizados por una hipoteca, o por otra garantía comparable, sobre bienes inmuebles de uso residencial o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial; b) Los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios de uso residencial, construidos o por construir; y c) contratos de crédito cuya finalidad sea la renovación de bienes inmuebles de uso residencial que una persona posea o prevea adquirir, y que no estén regulados por la Directiva 2008/48/CE. El contrato de crédito se define como el contrato mediante el cual un prestamista, directamente o a través de un intermediario de crédito, concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito en el sentido del art. 2.1, en forma de pago aplazado, préstamos u otra facilidad de pago similar. En cuanto a su contenido, la Propuesta se presenta como un complemento de la Directiva 2008, si bien con dos salvedades, relativas a la información precontractual y a la evaluación de la solvencia del consumidor (48). En España se ha hecho una incorporación anticipada, aunque parcial, de algunas de las normas contenidas en esta Propuesta de Directiva, mediante la Orden de 28 octubre 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Pero la cuestión más litigiosa ha sido la relativa a los contratos vinculados. El autor, para analizar la bondad de la normativa europea y española, hace un poco de historia, cuándo y por qué surge la compraventa financiada. El mecanismo tradicional ha sido en estos casos la compraventa a plazos, en la que el vendedor desempeña también la función de financiación, pues el aplazamiento del pago del precio es una forma de concesión crediticia. Pero la progresiva especialización de los empresarios, la creciente demanda de bienes y el consiguiente aumento del volumen de los negocios hacen que, en cierto momento, el vendedor deje de estar capacitado para continuar concediendo crédito, apareciendo un tercer sujeto, el financiador, que asume la especial tarea de financiar, conservando el vendedor su función típica. La compraventa financiada se caracteriza así por la presencia de tres sujetos: consumidor, vendedor y prestamista; de esta suerte el consumidor celebra dos contratos distintos (compraventa y préstamo), con dos personas diferentes (vendedor y prestamista). Con el dinero obtenido del préstamo el consumidor paga el precio del bien al contado. Este desdoblamiento beneficia, sobre todo, a vendedores y prestamistas. Al consumidor no le es más beneficiosa que celebrar una venta a plazos. Por otro lado, sufre tres déficits de protección que el autor describe detalladamente:

a) En la venta a plazos, si el vendedor incumple, el consumidor puede suspender el pago de los plazos (excepción de incumplimiento), en cambio,

(48) Amplios comentarios en *op. cit.*, pp. 345-348.

en la compraventa financiada el consumidor no está autorizado a hacerlo, por no caber la excepción de incumplimiento y en razón a la eficacia relativa de los contratos. Por eso, hay que dictar una norma que, en caso de incumplimiento del vendedor, autorice al consumidor a suspender los plazos de amortización al prestamista, como si hubiera celebrado una venta a plazos;

b) El segundo déficit tiene que ver con los efectos que provoca la resolución de la compraventa tras el incumplimiento del vendedor; en la venta a plazos, la resolución del contrato implica la extinción de todas las obligaciones que de él derivan, y así el comprador queda eximido de realizar pagos futuros; en la compraventa financiada, el consumidor puede resolver el contrato de compraventa, pero no el de préstamo. Para solventar este déficit hace falta la intervención del legislador que disponga que en los contratos vinculados, si el consumidor resuelve el contrato de compraventa, pueda desvincularse del contrato de préstamo.

c) El tercer déficit se produce en la liquidación contractual tras la ineficacia del contrato; en la venta a plazos el comprador sufre de la insolvencia del vendedor en la cuantía de las cantidades pagadas, y en la compraventa financiada tras la ineficacia del préstamo, el consumidor no sólo sufrirá la insolvencia del vendedor en la cuantía del precio que no podrá recuperar, sino que además tendrá que restituir al prestamista el capital prestado, minorado en las cuotas ya abonadas. Es necesario dictar una norma que establezca que, en caso de liquidación de los dos contratos, el consumidor soportará la insolvencia del vendedor como mucho en la cuantía de las cantidades abonadas hasta la fecha, como si fuera un comprador a plazos.

En nuestro Derecho el primer déficit se solventa en el art. 29.3 LCCC; el segundo, en los arts. 26.2 y 29.2 LCCC; el tercero no está resuelto en esta ley pero sí en la LVPBM, cuyo art. 9.2 contiene una regla que, aplicada por analogía, concede una adecuada protección al consumidor en la fase de liquidación de los dos contratos.

La nueva configuración del contrato vinculado en el art. 29.1 de la LCCC, la considera el autor más acertada (49), ya que se exige que haya una conexión funcional entre ambos contratos, lo que requiere la pluralidad de éstos y el nexo funcional que, en el ámbito del crédito al consumo, se produce cuando ambos contratos se han celebrado con el fin de facilitar al consumidor la adquisición de un bien o la prestación de un servicio con pago a plazos; esto es, cuando puedan considerarse, en función de datos objetivos, como partes de una única operación económica. La DCCC establece en el art. 15.2 que, en caso de incumplimiento del vendedor, el consumidor tendrá derecho de recurso contra el prestamista; pero en este punto, la Directiva, que es de máximos, da libertad a los Estados miembros. Por su parte, el art. 29.3 de la LCCC dispone que el consumidor, además de poder ejercitar los derechos que le correspondan frente al proveedor de bienes o

(49) *Op. cit.*, p. 353.

servicios, podrá ejercitar *esos mismos derechos* frente al prestamista (50). En relación con la propagación de la ineficacia del contrato de consumo al crediticio, entiende coherentemente (51) que, producida la ineficacia del contrato de consumo (por desistimiento, nulidad, resolución por incumplimiento del proveedor, etc.), desaparece sobrevenidamente la causa del contrato de crédito, razón por la cual el consumidor queda autorizado para resolver el contrato de préstamo, siempre que exista una conexión funcional entre ambos. En tal sentido hay que entender, a su juicio, el art. 26.2 LCCC.

En relación con la liquidación de los dos contratos tras su ineficacia, constata el autor que ni la DCCC ni la LCCC incluyen una norma que evite esa desprotección del consumidor, para lo cual postula también la intervención del legislador (52).

Finalmente, trata de dar una respuesta a la pregunta: ¿Quién debe soportar el riesgo de insolvencia del vendedor?, ante las dudas que suscita la interpretación del art. 29.3 LCCC. Entiende que mientras la responsabilidad que se atribuye al prestamista en la hipótesis de incumplimiento del vendedor no es desorbitada, ni le coloca en una situación excesivamente gravosa, aduce importantes argumentos (53) para atribuir dicho riesgo al prestamista, y no al consumidor: a) Es la solución más satisfactoria desde el punto de vista del análisis económico del derecho, pues el prestamista puede asegurar con un menor costo tal riesgo; b) No implica una mayor carga económica para el prestamista, ya que los costes adicionales retornan a los consumidores en forma de aumento de precio; c) El riesgo de insolvencia del vendedor, no se atribuye al consumidor que ha encontrado un vendedor incumplidor, sino que se distribuye entre todos los consumidores; d) Se produce una mayor transparencia de la operación, y por derivación, del mercado de crédito al consumo, pues el consumidor podrá conocer mejor los costes y beneficios de la financiación; e) La entidad financiera tiene la mayor posibilidad de vigilar y controlar al vendedor, lo que puede influir en el exacto cumplimiento de las obligaciones de este último; el prestamista puede presionar al vendedor para que actúe correctamente, y llegar, incluso, a expulsar del mercado a aquellos vendedores que no cumplen sus obligaciones.

Capítulo 12: MUNAR BERNAT, Contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (Directiva 2008/122/UE (pp. 361-384). El autor es catedrático de Derecho civil de la Univ. de les Illes Balears.

El autor, reconocido especialista (54), hace una puntual descripción de

(50) No aclara la norma a qué derechos se refiere. Parece razonable la enumeración que hace el autor (*op. cit.*, p. 354).

(51) *Op. cit.*, p. 355.

(52) *Op. cit.*, p. 356.

(53) *Op. cit.*, p. 359.

(54) *La regulación española de la "multipropiedad": La Ley de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias*, 2.ª ed. (Pamplona, 2003), es una obra fundamental en la materia, a la que

los antecedentes del Derecho vigente. El 29 noviembre 1994 entró en vigor la Directiva 94/47/CE del Parlamento y del Consejo, de 26 octubre, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. España aprobó la Ley 42/1998, de 15 diciembre, de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. En el Diario Oficial de la CE se publicó, el 3 febrero 2009, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2008/122/CE, de 14 enero 2009, relativa a la protección de consumidores con respecto a determinados aspectos del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, los productos vacacionales de larga duración, la reventa y el intercambio. Su art. 18 deroga expresamente la primera Directiva, y fija un plazo de dos años para que los Estados miembros procedan a la transposición de su contenido. España no lo ha cumplido, aunque el Gobierno anterior elaboró un Anteproyecto de Ley sobre esta materia, que pasó a informe de diversos organismos, así como a los empresarios del sector. Pero el nuevo Gobierno promulga el RDL 8/2012, de 16 marzo (en adelante DLAT), cuya EM. justifica la elección de este instrumento jurídico de urgencia en "la necesidad de origen de la norma haya de ser de tal naturaleza que no pueda ser atendida por la vía del procedimiento legislativo de urgencia, debido a la exigencia de su inmediatez".

El autor hace una minuciosa confrontación entre la Directiva de 2008 y el DLAT, ocupándose del ámbito de su aplicación, de la nueva definición del contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico (del que desaparece la idea de que se trata de derechos que necesariamente recaen sobre bienes inmuebles), de su duración superior a un año, pudiendo tener por objeto la adquisición de un derecho real o de crédito, dejando en manos del legislador nacional la determinación de la naturaleza jurídica del derecho que se establece, siendo compatibles el derecho de aprovechamiento por turno y el llamado *condohotel* (55), reconocimiento del aprovechamiento por turno sobre una pluralidad de inmuebles, y la necesidad de incluir como mínimo la pernoctación durante más de un periodo de ocupación. El contrato de producto vacacional de larga duración es una de las grandes novedades de la Directiva, que anteriormente no se regulaban y había sido el foco de mayores problemas para los consumidores, y ahora se regulan en los arts. 3 y 4 del DLAT (56). También se regulan el contrato de reventa, el

se añaden gran número de artículos de revista, colaboraciones de obras colectivas, etc.

(55) Fórmula de inversión inmobiliaria en la que el particular adquiere el derecho de propiedad sobre una habitación hotelera cuyo goce queda limitado a un periodo de tiempo cada año, al quedar en manos del hotel la gestión del inmueble el resto del año.

(56) La Directiva dice que "incluye varios tipos distintos que se ofrecen actualmente en el mercado, bajo denominaciones diversas; clubes de descuentos vacacionales, clubes de viajes internacionales o clubes de intercambio de vacaciones, y a veces ostentan nombres como intercambios de lujosas vacaciones de ensueño".

contrato de intercambio y las normas en materia de publicidad (57) (ahora según el art. 7.2 DLAT, siguiendo a la Directiva, en la invitación a los actos de promoción debe quedar claramente explicada la finalidad comercial y la naturaleza del acto). En cuanto a la facultad de desistimiento, se amplía de 10 a 14 días el plazo, unificando el modo de su cómputo, y establece un formulario normalizado en documento aparte; además se prohíbe la realización de cualquier pago antes de transcurrir los 14 días. Por último, el art. 15 del DLAT establece la ineficacia de los contratos accesorios.

Capítulo 13: Esther GÓMEZ CALLE, En torno a una posible revisión del régimen del viaje combinado (pp. 385-418). La autora es catedrática de Derecho civil de la UAM.

Siendo autora de una importante monografía sobre el tema (58), hace notar que la Directiva 90/314, de 13 junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (en adelante, DVC), es, en estos momentos, la más antigua en vigor de Derecho de consumo, pues no ha sido derogada por la Directiva 2011/83, de 25 octubre, ya que en razón a su especificidad debía quedar fuera de la DVC, a pesar de existir una opinión muy extendida entre los interesados favorable a su reforma. La pluralidad de intereses implicados cuando se elaboró la DVC fue determinante de la adopción de reglas abiertas o flexibles, siendo Directiva de mínimos, lo que ha permitido a los Estados miembros consagrar medidas más favorables al consumidor que las previstas por ella misma. Y también se han originado importantes diferencias entre las diversas normativas nacionales de transposición de la DVC. La exigencia de armonización es una de las razones que justifican la necesidad de revisión de la DVC, pero no la única, pues también es preciso actualizarla, para su adaptación a los muy significativos cambios que se han producido en este sector desde su promulgación (expansión de Internet y del comercio electrónico, cambio de los hábitos del consumidor en este tipo de producto y la proliferación de aerolíneas de bajo coste). Asimismo, se han constatado algunas deficiencias o insuficiencias de regulación que aconsejan su reforma.

En España, la DVC obligó a revisar la normativa administrativa, estatal y autonómica, y a promulgar la Ley 21/1995, de 6 julio, para la regulación de los viajes combinados (en adelante, LVC), reformada en 2002 y derogada en

(57) Recuerda el autor (*op. cit.*, p. 375) que desde los primeros momentos en que se comenzó a comercializar el aprovechamiento por turno, se han empleado técnicas de ventas más o menos agresivas, siendo especialmente relevante que una de las vías para dar a conocer el producto turístico que se ofrecía era la celebración de reuniones promocionales en que, con el ardid de ofrecer algún regalo, se conseguía que esas personas fueran informadas sobre la bondad del producto.

(58) *El contrato de viaje combinado* (Madrid, 1998).

2007 por el TR. LGDCU, pasando a regularse por los arts. 150 a 165 del mismo. A juicio de la autora (59), la valoración general que merece la regulación española del contrato de viaje combinado es positiva, pues resuelve de forma bastante adecuada buena parte de los problemas que el mismo puede suscitar; en este sentido, corrige algún claro error de la DVC, concreta varias de sus reglas y colma alguna de sus lagunas; en términos generales, además, resulta bastante tuitiva de los intereses del consumidor, al elevar en diversos aspectos el nivel de protección mínimo previsto por la DVC; pero reconoce que existen aspectos mejorables, a los que se refiere en su ponencia.

En cuanto a la definición del viaje combinado sugiere tener en cuenta la reciente expansión de los *paquetes dinámicos*. En cuanto a la definición de los sujetos que intervienen, debe aclararse la indefinición de *quién es parte en el contrato frente al consumidor*; también la tendencia a ampliar la consideración de organizador a quien se dedica a esta tarea *de forma ocasional*, figura que contempla restrictivamente la autora; finalmente, la exclusión de quienes viajan por motivos profesionales, solución que no comparte aquélla.

En relación con el deber de información, tanto el TR. LGDCU como la DVC obligan al organizador y/o detallista a facilitar al consumidor una serie de informaciones: algunas deben incluirse en el folleto puesto a disposición del consumidor, otras deben hacerse constar en el contrato, y otras facilitarse antes del viaje. La información contenida en los dos primeros bloques debe facilitarse al cliente antes de la celebración del viaje, mientras que la del tercero puede hacerse llegar con el tiempo necesario antes del inicio del viaje. En relación con el alojamiento, llama la atención la autora que cuando el viaje se realiza fuera de las fronteras de la UE puede ser irrelevante informar sobre la clase del establecimiento según el país de destino. Merece especial mención lo relativo a la información sobre las condiciones de accesibilidad en los transportes empleados para el viaje. En cuanto a la forma, el contrato ha de formalizarse por escrito.

Las restantes cuestiones, que expone minuciosamente la autora, algunas de gran importancia práctica (como la modificación significativa de un elemento esencial del contrato, la no prestación de una parte importante de servicios en el transcurso del viaje, la responsabilidad del organizador y detallista frente al consumidor), se tratan ofreciendo su solución en ambas normas vigentes, y, en su caso, las propuestas de las partes interesadas, ofreciendo su razonada propuesta personal.

Parte cuarta.

Capítulo 14: Antoni VAQUER ALOY, Contratos de servicios entre el Derecho de consumo y el Derecho contractual general (pp. 421-456). El autor es catedrático de Derecho civil de la Univ. de Lérida.

(59) *Op. cit.*, pp. 388 s.

Con la presente ponencia se abre la última parte del volumen recensio-
nado, que mira al futuro del Derecho contractual europeo y también del
Derecho comunitario; no resulta fácil reducir a unidad las diversas ponen-
cias en ella incluidas, dada la heterogeneidad de los temas tratados por sus
autores, por lo que la recensión, en su caso, será más breve.

La primera está basada en una completísima bibliografía (pp. 451-456),
redactada por uno de los mejores conocedores del tema, tanto por sus
abundantes y recientes publicaciones, como por su personal participación
en numerosos grupos de investigación y trabajo con aquél relacionados.
De aquí que, en mi opinión, sus observaciones críticas finales merecerían
especial atención.

Recuerda que el mes de octubre de 2011 alumbró dos piezas fundamen-
tales en la construcción de un Derecho de contratos europeo, a saber, la
DDC y la Propuesta CESL, documentos que resultan mucho menos ambicio-
sos que aquellos de los que traen causa. En efecto, la Propuesta de Directi-
va de derechos de los consumidores de 2008 reunía, como sabemos, cuatro
de las Directivas comunitarias en materia de consumo; pero por las críticas
recibidas y sobre todo por su pretensión de ser una Directiva de máximos
(60), se limitó a algunos aspectos de las ventas a distancia y de las ventas
fuera de los establecimientos. Por su parte, la Propuesta CESL proviene del
borrador del DCFR, que, además de tratar extensamente la parte general de
las obligaciones y contratos, regulaba una serie de contratos en particular,
incluido el de donación (61), y que ha sido objeto de revisión y de reduc-
ción por el Grupo de expertos constituido por la Comisión que ha publicado
varias versiones del llamado *Feasibility Study* hasta cristalizar en el texto
publicado.

A juicio del autor, tanto para la DDC como para la Propuesta CESL sólo
parece que existan dos tipos contractuales: la compraventa y el contrato de
servicios; pero si los particulares convienen otros contratos, no son objeto
de regulación comunitaria, ni se toman en consideración (en el DCFR se re-
gulaban el arrendamiento de bienes muebles, los contratos de distribución,
agencia y franquicia, el mandato, el préstamo, las garantías personales o
la donación); luego el autor trata de los llamados *servicios universales*,
regulados un tanto paradójicamente, y también de la larga lista de con-
tratos de servicios excluidos de la DDC, no siempre clara y uniformemente
delimitados en las diferentes variedades lingüísticas de la UE (62). Por otra
parte, la Propuesta CESL no afecta al contrato de servicios en general, sino

(60) Recogidas en nota 2, p. 422 de la *op. cit.*

(61) Que ha merecido recientemente atención por nuestra doctrina con publica-
ciones importantes: VVAA, *Unificación del Derecho patrimonial europeo* (coord. VALPUE-
TA GASTAMINZA) (Barcelona, 2011); VVAA, *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*
(coord. BOSCH CAPDEVILA) (Barcelona, 2012) [datos tomados de *op. cit.*, p. 422, n. 4].

(62) Destaca que en la versión española parece incluir a los *contratos de al-
quiler de locales que no vayan a ser utilizados como vivienda*, mientras que en otras
versiones lingüísticas se dice lo contrario (*op. cit.*, p. 426).

únicamente a algunos muy concretos tales como los servicios vinculados a la compraventa otorgada entre las mismas partes contractuales y, singularmente, los servicios por los que se suministran contenidos digitales. Se ha optado por una vía de prudencia, y el autor augura que, a corto plazo, la Propuesta no logrará *hacer la competencia* (énfasis añadido) a la Convención de Viena. Al menos con la regulación de los servicios digitales se logrará destacar el carácter innovador que puede animar a los operadores jurídicos a adoptar el Instrumento opcional (63).

Respecto a la DDC, dice el autor que en ella no hay una regulación más o menos comprensiva del contrato de servicios; sólo se regulan determinados aspectos, y sólo algunos de éstos con regulación propia. Su valoración, afirma, no puede ser más que negativa, pues sólo se ocupa de algunos aspectos sin dibujar el marco general del contrato, ni sus rasgos esenciales, olvidándose, por ejemplo, de los riesgos; o bien trata de tipos contractuales no regulados a nivel comunitario o europeo, como el arrendamiento de vehículos.

Respecto a la CESL, dice que en su denominación oficial no parece haber lugar para el contrato de servicios, pero sí para los calificados como *servicios relacionados* en el art. 2, letra m. Dedúcese del mismo que no hay lugar, en principio, para un contrato autónomo de servicios. Valora negativamente, por su parte, que se utilice la distinción clásica entre obligaciones de medios y de resultado, para configurar la figura del prestador de servicios (64). Después de analizar otros aspectos, llega a la siguiente conclusión (65):

“La fotografía que se obtiene después de un somero análisis de la regulación del contrato de servicios en la DDC y en la Propuesta CESL, resulta decepcionante. Es una regulación muy parcial, sólo para un número limitado de servicios, y sin ninguna sistematicidad, que provoca que un contrato con tanta importancia económica carezca de una regulación europea ni aunque sea de mínimos. Ni sumándole los escasos aspectos de Derecho privado de la Directiva de servicios se dispone de una base normativa suficiente para permitir pensar en un contrato de servicios europeo. Además, la escasa y dispersa regulación, que en esencia sólo piensa en un concreto tipo de servicios, los de mantenimiento y ligados a una compraventa –aunque cubra otros servicios, pero la regulación no piensa en ellos–, presenta muchas lagunas y oscuridades, aparte de remisiones con sus correspondientes excepciones a la normativa de la compraventa que no siempre tienen un encaje feliz, y normas propias de la teoría general de la obligación que poco ayudan a perfilar el contrato de servicios. Por ello, deviene absolutamente necesaria una revisión y compleción de la regulación propuesta, así como sería oportuna su regulación en un único texto legislativo –que debería ser el instrumento Opcional–, lo que sin duda facilitaría la labor de los operado-

(63) *Op. cit.*, p. 429.

(64) *Op. cit.*, pp. 440 ss.

(65) *Op. cit.*, pp. 450 ss.

res jurídicos y contribuiría a prestigiar el Derecho contractual europeo ante la inexistencia de otros modelos de regulación competidores”.

Capítulo 15: SPINDLER, Implicaciones para los servicios de contenidos digitales de la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común de compraventa (pp. 457-470). El autor es catedrático de Derecho civil, mercantil y económico, Derecho comparado y de las telecomunicaciones, de la Univ. de Göttingen (Alemania). Traducción del inglés del Dr. Yanguas Gómez (*Akademie Schloss Solitude*).

A modo de introducción observa el autor que la polémica suscitada por la Propuesta de Reglamento CESL omite el hecho de que ésta constituye el primer intento, al menos en Europa, de abordar expresamente la materia de los contenidos digitales como nueva forma de compraventa de bienes, basada en un extenso trabajo elaborado en la Univ. de Amsterdam, publicado en 2011, que tiene en cuenta el tráfico creciente de bienes digitales, ya sea *software*, música, películas, o cualquier otro contenido que pueda ser digitalizado. Estos bienes poseen un carácter inmaterial, aunque estén incorporados a un medio duradero, de modo que cualquier transmisión de propiedad afecta también a derechos de propiedad intelectual; además, los defectos del contenido digital son difíciles de evaluar e, incluso, aún más difíciles de *reparar* en comparación con el simple reemplazo; lo mismo se diga de la restitución, al ser fácilmente reproducidos sin pérdida alguna de calidad.

El art. 2, letra j, trata de delimitar la noción de *contenidos digitales*: “Son contenidos digitales los datos producidos y suministrados en forma digital, siguiendo o no las especificaciones del consumidor, incluidos los contenidos videográficos, sonoros, fotográficos o escritos; los juegos digitales; los programas informáticos, y los contenidos digitales que permitan personalizar equipos o programas informáticos existentes”. La noción se extiende a los servicios relacionados, entre los cuales se incluye la instalación, el mantenimiento, la reparación o cualquier otro tratamiento. La propuesta no diferencia expresamente entre contenido digital suministrado a través de soporte duradero o a través de descarga u otro tipo de servicios en línea. El autor destaca (66) que se trata de un punto de inflexión en el que la Comisión abandona una postura mantenida durante largo tiempo. Además, la propuesta excluye expresamente de su ámbito de aplicación la creación de nuevos contenidos digitales y la modificación de los ya existentes por los consumidores o cualquier otra interacción con las creaciones de otros usuarios; exclusiones que, sugiere el autor, sean interpretadas restrictivamente, aunque reconoce que será la práctica la que refleje cómo se articulan. Además, todo contenido digital que no sea transmitido al cliente de un modo en el que éste puede disponer del contenido como si de un propietario se tratase, se encontrará fuera del ámbito de la propuesta. Luego analiza los problemas que plantea el llamado *contenido gratuito*, y la ausencia de

(66) *Op. cit.*, pp. 460 s.

normas respecto de los contratos *browse-wrap*, celebrados a través de la simple navegación, o *click-wrap*, celebrados mediante pulsación; ocurre lo mismo en lo relativo a la posible intervención de menores, omisión cuya trascendencia subraya (67). Aunque están previstas las cláusulas contractuales abusivas, la situación real del comercio digital no deja de plantear problemas de nada fácil solución en relación con Apple y Microsoft. Lo mismo ocurre con la transmisión de la propiedad, responsabilidad (aunque los productores y vendedores de contenidos digitales se enfrentan siempre con una potencial e ilimitada responsabilidad por daños), la extraordinariamente difícil restitución, y los problemáticos *servicios relacionados*.

Ponencia de indudable y notable valor informativo.

Capítulo 16: YAGUAS GÓMEZ, El principio de conformidad y su aplicación a los contenidos digitales (pp. 471-507). El autor es Dr. en Derecho e Investigador del programa *Art. Science & Business*, de la *Akademie Schloss Solitude*, de Stuttgart (Alemania).

Señala el autor que la integración de esta materia en la Propuesta de la CESL puede considerarse como relativamente inesperada, sobre todo teniendo en cuenta el proceso evolutivo que ha acompañado a su aprobación. Así, tras las prometedoras afirmaciones del *Libro Verde*, de 2010, el primer borrador no acogía ninguna referencia a los contenidos digitales, lo que fue acogido fríamente por buena parte de la doctrina y de las instituciones. A partir de estas críticas, de la consulta pública posterior y del estudio encargado por la Comisión Europea a la Univ. de Amsterdam, fue cuando se adoptaron las medidas necesarias para incorporar los contenidos digitales en el texto definitivo, pronunciándose previamente la comisaria REDING sobre la incorporación de las situaciones digitales al nuevo Instrumento opcional. Así, el art. 5, letra b, dispone: "Se podrá recurrir a la normativa común de la compraventa europea para regular [...] los contratos de suministro de contenidos digitales, independientemente de que se suministren o no en un soporte material, que puedan ser almacenados, tratados o reutilizados por el usuario, o a los que éste pueda tener acceso, tanto si los contenidos digitales se suministran a cambio de pago de un precio como si no".

Después de un estudio pormenorizado, el autor llega a las siguientes conclusiones (68):

"En relación con los denominados *contenidos digitales*, el CESL presenta importantes virtudes y algunos defectos a la hora de estructurar un andamiaje jurídico coherente en torno a los mismos. Entre las virtudes destaca el propio concepto de *contenido digital* que, si bien evita de manera intencional cuestiones teóricas de mayor calado, al menos representa una aproximación funcional e integradora que permite dar una respuesta adecuada a la mayoría de los conflictos surgidos alrededor de estas novedosas figuras. Además, la

(67) *Op. cit.*, pp. 463 s.

(68) *Op. cit.*, pp. 502 s.

inclusión por parte del legislador de específicos deberes de información de carácter obligatorio sobre la funcionalidad e interoperabilidad de dichos contenidos (y el consecuente establecimiento de remedios en caso de incumplimiento de dichas obligaciones) facilita en gran medida la determinación de la conformidad de los mismos. Algo que, por otra parte, era necesario si se observa el alto grado de abstracción que presentan los criterios objetivos (uso normal, razonables expectativas del adquirente, etc.) que, a falta de acuerdo expreso entre las partes sirven para delimitar la existencia de conformidad y, con ella, el adecuado cumplimiento del contrato”.

“Entre los aspectos más controvertidos y, a nuestro modo de ver, necesitados de una mayor reflexión, tal vez destacaría el rol que se atribuye a la gratuidad desde el punto de vista de la determinación de la conformidad. Y es que asociar la ausencia de contraprestación con una rebaja en las expectativas del adquirente en lugar de poner el acento en una disminución del –en su caso– *quantum* indemnizatorio, significa ir en contra de nuestro actual régimen civil tal y como fue diseñado a partir del Proyecto de 1851. Por otro lado, carece el régimen de una clara perspectiva en cuanto a la delimitación entre conformidad y productos defectuosos, algo que conduce a un inadecuado solapamiento de ambos regímenes que, por otra parte, cumplen funciones muy distintas en nuestro ordenamiento. Para finalizar, simplemente señalar que en ocasiones el CESL no resulta todo lo útil que debiera cuando se trata de resolver con mayor tino determinadas cuestiones (concepto de *middleware* ante la ausencia de informaciones en torno a las características del contenido digital, régimen de actualizaciones a que queda sometido el proveedor, etc.), no porque sea deficiente desde un punto de vista técnico legislativo, sino porque la realidad es más rica y compleja y requiere, en ocasiones, de valoraciones *ad casum* que, aun ni con la mejor normativa imaginable, serían fáciles de llevar a cabo”.

Capítulo 17: WHITTAKER, Contratos abusivos, cláusulas abusivas y prácticas comerciales desleales (pp. 509-533). El autor es catedrático de Derecho europeo comparado en la Univ. de Oxford. *Fellow* de St. Johns’s College (Univ. de Oxford). Ha sido traducido por el prof. Cámara Lapuente.

Señala el autor que el Derecho de la UE sobre la protección de los consumidores ha avanzado muy considerablemente en el último cuarto de siglo y, además, desde la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales de 2005, se ha establecido un marco general para controlar las prácticas comerciales desleales empleadas por los comerciantes en perjuicio de los consumidores, aunque este marco opera específicamente *sin perjuicio* del Derecho contractual, ya sea europeo o nacional. En toda esta normativa, el legislador europeo ha perseguido poner en práctica dos objetivos: el desarrollo del mercado interior mediante la armonización de los fundamentos jurídicos de la contratación y la consecución de un alto nivel de protección de los consumidores. Al hacerlo así, *el legislador europeo ha puesto una considerable dosis de fe en los beneficios de informar a los consumidores, tanto sobre el contenido como sobre la naturaleza de la transacción que están realizando,*

así como la naturaleza y extensión de los derechos que el Derecho mismo de la UE crea (énfasis añadido). Sin embargo, en toda esta regulación no ha habido ninguna regla jurídica que busque ponderar la justicia del acuerdo esencial del contrato, esto es, la cuestión sobre si el consumidor está consiguiendo mediante el negocio un valor que corresponde a lo que paga.

Parecen existir tres razones principales para esto: 1.^a Dentro de las tradiciones de la mayoría de los Estados miembros, si no de todos, el principio de libertad contractual opera en contra de un control legal de la justicia del contrato en sí mismo. 2.^a La fe del legislador de la UE en el valor de la información al consumidor descansa en la premisa de que los consumidores adecuadamente informados contratarán racionalmente, buscando y ponderando la justicia de los propios contratos. 3.^a El Derecho de la competencia de la UE persigue asegurar que los precios (en concreto) no estén distorsionados por las empresas mediante el ejercicio (abusivo) del poder del mercado. Sin embargo, mientras la línea entre el control de los contratos abusivos y el control de las cláusulas contractuales abusivas (en el sentido de aquellas cláusulas adicionales que típicamente se hallan en la letra pequeña de las condiciones generales de los contratos) es fácil de trazar, en cambio se está demostrando cada vez más difícil detectarla en la práctica.

El autor de la ponencia trata de explicar las dificultades subyacentes analizando, a su vez, tres áreas: ¿Cómo debería un tribunal trazar la diferencia entre el control de las condiciones generales abusivas y el carácter abusivo del contrato mismo a la luz del art. 4.2 de la Directiva 1993/13, sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumo? (aquí examina la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE y tres sentencias inglesas). ¿Cómo se compagina este esquema general de control de la Directiva 1993/13 con los nuevos controles establecidos en los arts. 19 y 22 DDC? El uso de una cláusula que se encuentre dentro de la exclusión establecida en el art. 4.2 de la Directiva 1993/13, ¿puede constituir una *práctica comercial desleal* en el sentido de la Directiva 2005/29/CE?

Tema interesante, aunque resulta, en buena medida, marginal al tratado en el volumen.

Capítulo 18: ZACCARIA, Garantías comerciales: en particular, plazos y protección del consumidor (pp. 535-548). El autor es catedrático de Derecho civil y director del *Centro per lo studio e l'insegnamento del Diritto privato europeo* (Univ. de Verona). Trad. del italiano del Dr. Yanguas Gómez (*Akademie Schloss Solitude*, Stuttgart).

El autor, después de iniciar su ponencia –cuya Mesa tuvo el honor de moderar en el Congreso de Logroño– exponiendo su visión personal sobre lo poco adecuado del uso generalizado de la lengua inglesa (69) en

(69) He aquí sus palabras textuales: “Siempre he estado convencido de que la lengua inglesa es la menos adecuada de entre las principales lenguas europeas, para

esta clase de eventos, explica y desarrolla su –de algún modo– novedoso método de exposición, partiendo de un caso concreto del régimen italiano del Código del consumo, de garantías legales y convencionales en la compraventa de vehículos y accesorios, así como su régimen de prescripción y caducidad.

Resume así el régimen italiano de plazos en relación con la garantía legal: a) El vendedor responde por la falta de conformidad cuando los defectos existentes en el momento de la entrega del bien se manifiesten en el plazo de dos años, a contar desde ese mismo momento; b) Cuando no se ha ocultado, ni reconocido el defecto, éste debe ser denunciado dentro del plazo de dos meses tras el descubrimiento y el derecho potestativo del comprador a valerse de los distintos medios prescribe en el plazo de 36 meses, a contar desde el momento de la entrega; c) Cuando se haya reconocido el defecto, la denuncia no será necesaria y el derecho potestativo del comprador a valerse de los distintos remedios prescribe en el plazo de 26 meses (sic!) a contar desde el momento de la entrega; d) Cuando el defecto se haya ocultado, tampoco será necesaria la denuncia, y el derecho potestativo del comprador a valerse de los distintos remedios prescribe en el plazo de 10 años, a contar desde el momento de la entrega; e) Durante el transcurso del decenio, que es el plazo del que el vendedor dispone para proceder a la sustitución o a la reparación, y que es el plazo de prescripción de las obligaciones que surgen como consecuencia del ejercicio del derecho potestativo del comprador a hacer valer alguno de los derechos que le asisten, éste puede insistir en exigir la reparación o la sustitución, o bien recurrir a la *compera in danno* (en lugar de la sustitución) o a la reparación a expensas del obligado (en lugar de la reparación); f) La prescripción del derecho potestativo a servirse de alguno de los remedios de que dispone el comprador puede resultar interrumpida y, en particular, cuando el vendedor se ofrece a eliminar el defecto o reconoce implícitamente que éste existe (70).

la explicación del Derecho civil continental. Y estoy igualmente convencido de que la elección, cada vez más popular entre juristas, de convertirla en la primera lengua de referencia, o incluso de la única lengua de referencia, ha traído consigo *fallos* en no pocas ocasiones y, entre ellas, y, en especial, el abandono, ya característico del *Marco Común de Referencia*, y, ahora, del nuevo Derecho europeo de la compraventa, de la arquitectura tradicional de las relaciones obligatorias de impronta romanística, en favor de un nuevo sistema caracterizado por elementos, digámoslo así, de indudable *originalidad*. [...] Rechazo sistemáticamente tomar parte, en cualquier calidad, incluyendo la de mero oyente, en eventos en los que se hable exclusivamente en lengua inglesa. Se trata de una forma de protesta, *fundamentalista*, si quieren, y tal vez, incluso, *quijotesca*, pero que sin embargo pretende hacernos reflexionar sobre la posibilidad de perseguir el desarrollo de una *sociedad jurídica europea*, no condicionada al sometimiento de un único idioma, y verdaderamente respetuosa y consciente de las propias tradiciones comunes, así como de sus desviaciones nacionales que no son sino el reflejo de las diversas lenguas de la Unión”.

(70) El autor reconoce que este sistema de garantía legal resulta complicado, e, incluso, innecesariamente complicado, teniendo en cuenta los intereses que tiende

La *garantía comercial* tiene por objeto preservar la funcionalidad de los accesorios y componentes del bien vendido, que el productor se había comprometido a sustituir o reparar, a su elección, más allá del plazo de dos años de la garantía legal, hasta los cinco años tras la entrega. El vendedor no responde de los defectos que se manifiesten transcurrido el quinquenio, aunque lo que falle sea un accesorio sustituido poco antes de la finalización del plazo. Si se ha asumido una garantía convencional, el ejercicio del derecho potestativo que consiste en solicitar la eliminación del defecto comporta el nacimiento de la obligación de eliminarlo. ¿Cuál es el plazo de prescripción de esta obligación? Una respuesta viene dada por el art. 2935 CC ital. 1942, que establece el plazo decenal, a partir del día en que el derecho puede ser ejercitado.

Pero cabe otra interpretación consistente en entender que es un plazo de caducidad el que deriva de la obligación de poner remedio al defecto; y ello a pesar de que el art. 132 del Cod. Consumo lo califica como de prescripción.

Avanzando en su investigación encuentra el autor que sólo existe una definición de la garantía convencional en el art. 2, letra s, de la Propuesta de Reglamento, mientras que el texto común de la compraventa no la menciona. Esta anomalía figura en las versiones lingüísticas que ha consultado, aunque con gran variedad de expresiones terminológicas: *commercial guarantee* (inglés), *gewerbliche Garantie* (alemán); mientras que desaparece el adjetivo *commerciale*, y se habla sólo de *garanzia* en el italiano; al tiempo que en los textos francés y español desaparece también el sustantivo. Cree que se trata de errores materiales, que podrían ser corregidos, pero no puede eliminarse cierta perplejidad, en relación con la *exactitud* con la cual los textos han sido preparados, y, luego, autorizados para su publicación.

Mayores problemas surgen cuando queda sin definir si la prescripción lo es de la pretensión, del derecho o de la obligación. A la hora de definir o describir la prescripción, el art. 178 dice: *A right to enforce performance of an obligation, and any right ancillary to such a right, is subject to prescription by the expiry of a period of time in accordance with this Chapter*. Afirma el autor que, desde la óptica tradicional, lo que puede prescribir es la obligación, y no el derecho de obtener el cumplimiento. Esta visión de las cosas que ofrece el proyecto de Reglamento parece traer causa de la definición de obligación que contenía el CFR, que califica de *una definición de fantasía de algún modo inducida por el Common Law, según el cual "obligation" comprende, no una relación jurídica, sino "a duty to perform wich one party to a legal relationship owes to another party"* (71). El juicio personal del autor es, en este punto, bastante severo (72). Similares obje-

a proteger y a conciliar. La complicación debe atribuirse a la falta de homogeneidad del *cuerpo extraño*, de origen comunitario, respecto al texto civilístico doméstico en el cual se ha insertado. Pese a lo cual, éste conserva cierta coherencia y funcionalidad (*op. cit.*, p. 539).

(71) *Op. cit.*, pp. 543 ss.

(72) "Es inconcebible, al menos para mí, este abandono del sistema de obliga-

ciones hace el autor a las distintas versiones de la frase *renewal of periods of prescription*, que la Ley alemana de reforma del Derecho de Obligaciones de 2002 ha traducido con el término *Neubeginn*, que no se corresponde propiamente con el tradicional *Unterbrechung*, y que más bien equivaldría a *Erneuerung*, o, incluso, a *Novation*.

Como reflexiones finales de su ponencia afirma (73): No hay duda de que las Directivas europeas han generado considerables problemas en el momento de su transposición en los ordenamientos nacionales. Tampoco la hay de que el resultado de dicho impacto ha sido, en varios países, bastante heterogéneo, y que, aunque están hasta cierto punto armonizados, los ordenamientos nacionales han conservado su fisonomía de modo reconocible, incluso en áreas afectadas por las Directivas. Esto se debe a que, en general, los ordenamientos nacionales han *digerido*, si bien fatigosamente, los elementos ajenos que han sido catapultados a su interior. Debido a este proceso, el resultado final de las varias trasposiciones de normas europeas, resulta complejo, incluso innecesariamente complejo, pero todavía se caracteriza, normalmente, por una cierta coherencia y funcionalidad. Sin embargo –y, al menos, según la opinión más extendida en este momento–, una simple aproximación de las legislaciones no es suficiente para que el mercado único pueda funcionar de manera plenamente satisfactoria. Para esto debería perseguirse, más bien, la vía de la uniformización, y así, todas las Directivas cuyos medios principales tienden a la futura estandarización deberían sustituirse por Reglamentos.

Este cambio de orientación debería ir acompañado de una *modificación profunda en la manera de legislar* (énfasis añadido). Si, de hecho, la UE continúa, como ha hecho hasta ahora, produciendo normativas más o menos fantasiosas, sin tener en cuenta las tradiciones jurídicas nacionales, será más que posible el fenómeno del *rechazo*. La preocupación puede, incluso, parecer exagerada en relación al derecho común de la compraventa, dado que tal derecho está diseñado como un instrumento facultativo que, si puedo aventurarme a hacer una previsión, dado que muy pocos juristas se reconocerán en el mismo, encontrarán una utilización práctica muy limitada, como de hecho parece tener claro la misma Comisión, que ya ha previsto la organización de eventos y cursos con el fin de publicitarlo y hacerlo inteligible y principalmente *amigable*. Pero la preocupación puede aumentar si se tiene en consideración la eventualidad de que efectivamente

ciones de la tradición romanística; es inconcebible que una novedad de tal entidad, que adopta una decisión tan ajena a la conciencia jurídica extendida en la Europa continental –una decisión que, incluso [...], parte de los traductores del nuevo derecho europeo de la compraventa han demostrado no entender– venga implementada en sordina, entre líneas, sin ser explicada y, sobre todo, sin venir en modo alguno acompañada de una adecuada justificación” (*op. cit.*, p. 544).

(73) *Op. cit.*, pp. 546 ss.

el instrumento del Reglamento llegue a ser de generalizada utilización. Y todo ello sin mencionar los problemas lingüísticos (74).

Un modo diverso de proceder podría ayudar sensiblemente a la digestión nacional de los textos, y sobre todo los de naturaleza reglamentaria. Bastaría con que nacieran simultáneamente en, al menos, cuatro lenguas (tres de la tradición codificada –francés, italiano, alemán–, y la propia del *Common Law*), y no de la mano de simples traductores, sino de la mano de juristas capaces de moverse en el terreno de todos los sistemas expresados en estas lenguas y seriamente conscientes de la importancia semántica de los términos utilizados en los diversos contextos culturales referidos. De este modo, podrían resultar formados cuatro textos *oficiales* de la UE verdaderamente homogéneos. Tras lo cual, la redacción de las versiones en las otras lenguas debería ser confiada no a los traductores de la UE, sino a los países individuales, quienes podrían partir de la versión oficial redactada en la lengua considerada más próxima a aquélla de la propia tradición.

He recogido aquí estas interesantes sugerencias del autor, dirigidas, según entiendo, *a quien corresponda*, que otros, acaso, comparten aunque no hayan considerado oportuno expresarlas.

Capítulo 19: HODGES, Nuevas formas de resarcimiento para los consumidores: medios alternativos de resolución de conflictos (ADR) y regulación (pp. 549-572). El autor es catedrático de Fundamentos de Derecho privado de la Univ. de Rotterdam, miembro vitalicio del Wolfson College de Oxford, y director del programa de investigación CMS en sistemas de justicia civil (Centro de estudios socio-jurídicos, de la Univ. de Oxford).

Tema, sin duda, *hors programme*, pero de indudable dimensión práctica. Estriba en cómo facilitar remedios idóneos en el caso de demandas individuales que habitualmente conllevan un escaso valor monetario. En el contexto del sistema legal de los EEUU se han desarrollado las normativas adecuadas para tal fin, concebidas para imponer costes elevados a los infractores (*punitive damages, contingency fees, pre-trial discovery procedures*, etc.) que se reparten a los demandantes que obtuvieron éxito, y a sus abogados. Pero en el contexto del sistema legal europeo, tales fenómenos se presentan como extraños y abusivos.

En Europa se ha producido un debate sobre medidas colectivas que ha atravesado por significativos cambios. La discusión comenzó sobre las *class actions* (acciones representativas, o de clase o grupo), trasladándose, hacia 2005, a las *collective actions*, y en 2009, se cambió hacia el concepto de

(74) A su parecer, los problemas lingüísticos no encontrarán solución en tanto se continúe con la *perversa práctica* de redactar en primer lugar todo el texto en lengua inglesa, para después proceder a su traducción a las otras lenguas de la UE. Se trata de un vicio de fondo que siempre ha afectado a la redacción del Marco Común de Referencia, más tarde al llamado *Feasibility Study*, y ahora al Derecho común de compraventa, con consecuencias no ciertamente nimias desde la perspectiva de la comprensibilidad, de la coherencia interna y otros aspectos (*op. cit.*, p. 547).

collective redress (reparación colectiva). La Comisión Europea emprendió en 2008 una consulta sobre aspectos sustanciales, un Libro Verde sobre el recurso colectivo con preguntas y respuestas, y dos estudios, uno sobre la problemática existente y otro sobre su evaluación. El tema ha permanecido bloqueado hasta la publicación de la Resolución del Parlamento Europeo de 2 febrero 2012, *Hacia un enfoque europeo coherente del recurso colectivo*. Pero el autor entiende que hay otras técnicas que implican la combinación de regulación pública, autorregulación, negociación y sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR), que en materia de consumo se significa por CADR. El autor ofrece abundante información sobre el tema (Estados nórdicos, España, Estados centroeuropeos y del este como Polonia y Lituania, Países Bajos, Reino Unido, Alemania, Francia y Bélgica), y algunas consideraciones comparativas. Concluye que están apareciendo soluciones novedosas para resolver viejos problemas. A su juicio las acciones colectivas podrían haber pasado a la historia, pero la reparación colectiva tiene un brillante futuro si se adoptan mecanismos regulatorios y CADR. Se trata de soluciones europeas que difieren del modelo americano de aplicación privada de las normas, hallándose en mayor sintonía con los principios comunitarios de solidaridad, cultura y proporcionalidad (75).

El autor no ha podido tener en cuenta la Ley 5/2012, de 6 julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que deroga el RDL 5/2012, de 5 marzo, sobre la misma materia, promulgado por razones de urgencia al finalizar el plazo de incorporación al ordenamiento español de la Directiva 2008/52, que ahora efectivamente se desarrolla (76).

6. VALORACIÓN FINAL

La anterior exposición permite concluir, indiscutiblemente, sobre el rico contenido del volumen, cuyo título no defrauda en modo alguno, ya que, además de tratar casi exhaustivamente sobre la DDC y la CESL, se ocupa ampliamente de otras cuestiones laterales, no traídas a cuento caprichosamente, sino relacionadas –en mayor o menor medida– con aquéllas. Además de su viva y rabiosa actualidad, que confirman no pocas de las ponencias, ofrecen amplia variedad de opiniones sobre el momento actual en que se está viviendo dentro de la UE en relación con el Derecho del Consumo y respecto del problema nada fácil de abordar que implica afrontar la posibilidad de elaborar un Derecho contractual europeo, de algún modo unificado. Este reto de fondo se corresponde, formalmente, con una impe-

(75) *Op. cit.*, p. 570.

(76) Según el art. 2.2 de la Ley 5/2012, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la misma: a) La mediación penal, b) la mediación con las Administraciones públicas, c) la mediación laboral, y d) la mediación en materia de consumo. El Gobierno se compromete a establecer un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad (DF 7.^a).

cable presentación que ha cuidado esmeradamente los últimos detalles del volumen (77).

Ateniéndome al fondo, parece bastante extendida la idea de que con ambos textos normativos parece cerrarse un periodo que se inició en 2001 con el cuestionario de la Comisión, cuyo resultado se ofreció puntualmente a todos los interesados. Durante casi un decenio se ha intentado desarrollar una de las posibles vías alternativas ofrecidas en las respuestas al cuestionario; vía elegida que parecía concretarse últimamente en lograr la codificación del Derecho comunitario del consumo, y preparar la codificación contractual europea con base en un instrumento en el que se depositaron muchas esperanzas, denominado *Marco Común de Referencia* (del que todos usamos y abusamos, y cuyo arcano significado parece reservado a unos pocos). Diversos grupos formados por profesores universitarios y otros profesionales, han trabajado con entusiasmo y abnegación durante varios años, y el fruto maduro aparece recogido en diversas publicaciones, aquí citadas reiteradamente, en varios idiomas, que, en todo caso, representan un inestimable acervo científico. Si ello es cierto, el lector se plantea algunos interrogantes: ¿Ha logrado su objetivo, plena o parcialmente, o ha fracasado, globalmente considerado, el programa inicialmente emprendido por los organismos europeos? ¿Es cierto que la legislación consumerista comunitaria ha alcanzado su culminación sin lograr poner las bases sólidas de su plena y efectiva codificación? ¿Resultan incompatibles pretender codificar el Derecho de consumo y, *simultáneamente*, acometer la unificación contractual europea? O, más bien, ¿sólo resultará adecuado que el Derecho de consumo se acomode en el interior de un Código europeo de contratos? ¿Cómo efectuar ambas tareas sin menoscabar las finalidades de uno y otro?

El recensor (78) no puede olvidar que, desde su fundación, ha tenido el inmerecido honor de formar parte de la *Academia de Iusprivatistas Europeos*, con sede en Pavía, y que como un miembro más de la misma ha participado en la elaboración del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (79); experiencia que, en su momento, se dio a conocer a los organismos

(77) Acaso no haya habido suficiente tiempo para caer en la cuenta de que una única bibliografía general unificada hubiera podido ahorrar cierto número de páginas al volumen, evitando repeticiones innecesarias, cuyas dimensiones –por lo demás– resultan razonables.

(78) Puede verse con alguna amplitud mi pensamiento sobre el tema, con indicaciones bibliográficas, en GARCÍA CANTERO, adición a CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, III, 17.^a ed. (Madrid, 2008), pp. 600-605. Recojo allí datos sobre el nacimiento de la idea de tal Código en las conclusiones del Congreso de Pavía de 1990, y sus sucesivas vicisitudes, así como las diferencias y analogías entre el Proyecto Lando (o PECL), que nació con anterioridad, actualmente finalizado y continuado por el *Study Group de Von Bar*, que ha desarrollado últimamente actividad muy intensa entre los órganos europeos.

(79) En 2002 se ha publicado el texto francés, italiano, inglés, alemán y español, con la coordinación del prof. Giuseppe GANDOLFI, y las presentaciones de DE LOS MOZOS, CARBONNIER, RESCIGNO, CANARIS, ANTUNES VARELA, Lord WOOLF (Lord Chief Justice of

Europeos de modo oficial, y estuvo presente como una alternativa más en las respuestas al Cuestionario de 2001, aunque no fue elegida, de momento, como camino a seguir por la Comisión, circunstancia que no impidió que la *Academia pavese* continuara trabajando, ampliando también el número de sus miembros (80) para acomodarse al ritmo de la ampliación de la misma UE.

Se da la circunstancia de que se ha iniciado ya la elaboración del Libro 2.º del Anteproyecto de Pavía, con la publicación del régimen del contrato de compraventa (arts. 174 a 220), en el que se ha decidido, tras amplia discusión, limitarse a regular exclusivamente la compraventa de cosas muebles, (igual que, posteriormente, lo ha hecho la Propuesta opcional de 2011); y en cuya elaboración y debate general (81), que no pudo (obviamente, por razones cronológicas) tener esta última en cuenta, se deja siempre a salvo el Derecho comunitario, tanto el *acquis*, como el futuro. Hay, por tanto, una decidida voluntad de la Academia de continuar el programa de actuación en relación con el Libro II del Proyecto de Pavía, en relación constante con el Derecho comunitario que se promulgue.

El recensor advierte que, acaso, las dificultades actuales con que tropiezan los órganos comunitarios en su función normativa se debe a no haber acertado, a principios de este siglo, con la vía y método adecuados. El número aproximado de veinte mil Directivas promulgadas en el medio siglo anterior por Bruselas pudo parecer un pasado insoportable pese a los indudables efectos beneficiosos de esta forma mitigada de legislar, y, quizá por ello, se buscaron atajos, rodeos y procedimientos que no llamaran excesivamente la atención al desconfiado legislador de cada Estado miembro. Pero una Propuesta opcional de regulación de la compraventa de muebles tiene escasas posibilidades de atraer si sólo se aplica a contratos transfronterizos; ello sin olvidar la complejidad que ello originaría (¿habría que recordar la pregunta que los Tribunales galos hacían a los litigantes después de la caída del Imperio romano de Occidente: *sub qua lege vivis?*). ¿Cómo legislar correctamente sobre la venta mobiliaria si no existe un concepto

England), DUFWA, TUNC, STEIN y GANDOLFI. Bajo el Título *Code Européen des Contrats*, Livre Premier, 1 (Milano, Giuffrè Editore, 2002), 1010 pp.

(80) Respecto al medio centenar de miembros en el momento de su fundación, se alcanzan ya cerca de doscientos en el año 2006, con notable y creciente presencia del centro y del este de Europa, sin perjuicio de una destacada participación de juristas americanos de ambos hemisferios.

(81) Véase el volumen: *Code européen des contrats*, livre deuxième, 1 (Milano, 2006). Dentro del marco general descrito en el texto, véanse las posibles soluciones que, respecto de las relaciones del Código con las Directivas comunitarias, propone el coordinador GANDOLFI, en p. 69. En 2008 se ha publicado lo que parece representar la continuación del mismo volumen, conteniendo las propuestas de los académicos en relación con una amplia serie de contratos en particular (arrendamiento de cosas, contrato de obra, contrato de servicios, mandato, *factoring*, depósito, comodato, préstamo de consumo, donaciones y relaciones de liberalidad, contratos bancarios y operaciones financieras, seguros, y contratos de garantía).

européo de contrato y de sus elementos esenciales?, ¿cómo prever las consecuencias del incumplimiento contractual si los diversos textos oficiales en las lenguas oficiales utilizan, en la materia, terminología diferente? Creo se me comprenda, y disculpe, si termino esta recensión expresando mi nostalgia porque la UE no haya adoptado como suyo la Parte General del Proyecto de Pavía, antes de acometer la atrayente tarea de elaborar un sistemático y práctico *Código europeo del Derecho de consumo*, y de entrar con buen pie –no opcional, pues en este terreno jurídico no todos los caminos conducen a Roma (i)– en la difícil travesía (82) que nos permita, en este siglo, elaborar un *Código europeo de contratos*.

(82) Dificultad que ha evocado recientemente BLANC-JOUVAN: *Il serait, certes, tout à fait hasardeux de vouloir prédire l'avenir de ce "Code européen des contrats", tant il dépend d'événements et de circonstances qui échappent au pouvoir de ces auteurs-même si chacun sait bien que le droit ne pourra demeurer éternellement fragmenté dans un monde de plus en plus globalisé* (op. últim. cit., p. 204).

RÉTOUR À LA CAMPAGNE...? **SOBRE EL DESARROLLO SOSTENIBLE RURAL EN ESPAÑA, Y LA NUEVA PAC (2014-2020)**

Gabriel García Cantero

Catedrático de Derecho Civil

Emérito de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN ACLARATORIA
2. ESTRUCTURA DE LA OBRA
3. CONTENIDO
 - A) Desarrollo sostenible
 - B) Las nuevas medidas de desarrollo rural
 - C) Las ayudas directas a los agricultores
 - D) Profesionalidad agraria e incidencia de la LTC en el Derecho de familia
 - E) El relevo generacional en la reforma de la PAC
 - F) Sostenibilidad de los recursos hídricos en el medio rural
 - G) Los vinos de calidad como instrumento de desarrollo rural
 - H) Turismo rural
 - I) Agrupación y Cooperación de los agricultores
 - J) El Programa LEADER de Desarrollo Rural
 - K) Otras materias tratadas en el volumen
4. PUNTO Y SEGUIDO: A MODO DE CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN ACLARATORIA

Acogiéndome a la benevolencia de la RJNot, que ha aceptado revisiones amplias que superan la extensión razonable, he de decir que, en este caso, aprovecho la publicación de los trabajos de investigación realizados por un variado equipo, en la Universidad de Burgos, bajo la dirección como investigador principal de un ilustre civilista y agrarista hispano-chileno sobre un tema de rabiosa actualidad (1), para destacar algunas circunstancias concurrentes en el volumen que exceden del consabido telón de fondo de la crisis económico-financiera de los *países del Sur* de la UE, escenario que, obviamente, desearíamos perder de vista con vistas a su normalización lo antes posible.

En general, debe reconocerse que el núcleo de abnegados cultivadores españoles del Derecho Agrario están demostrando ser *inasequibles al desaliento*, cuando, frente al *impasse* en que se encuentra organizativamente nuestra Universidad, debido en parte a una mala interpretación del llamado Plan Bolonia –nombre, por cierto, inoportuno evocador del *mos italicus*, y de la Escuela medieval de Glosadores y Comentaristas–, y que, finalmente, parece haber prevalecido, y cuyo fruto visible inmediato ha sido el práctico arrinconamiento de esta asignatura en la mayoría de Facultades de Derecho, siguen, pese a todo, manteniendo encendida la antorcha de la investigación con trabajos de gran oportunidad y amplitud de visión e indudable valía, que sucesivamente exponen en Congresos por toda la geografía nacional, o que se editan, como en este caso, y que merecen se den a conocer. El director del Proyecto de investigación ha acertado a convocar a una quincena de profesores, en su mayoría de la Universidad burgalesa, aunque hay dos de la de Valladolid, y uno cada uno de Santiago, Coruña, Valencia y La Rioja. También son, en su mayoría, catedráticos y titulares de Derecho civil, aunque también los hay de Derecho Administrativo, Financiero y Tributario y Sociología.

Ha de reconocerse que el presente equipo no pierde el tiempo en temas bizantinos o de laboratorio, ni tampoco en lamentaciones, sino que mira a nuestro próximo futuro. En efecto, en Bruselas se está gestando la nueva PAC que ha de regir en la Unión Europea durante el periodo 2014-2020, y que deberá aplicarse de modo inmediato, especialmente en países como el nuestro en donde se ha producido un vacío por inaplicación de la legislación estatal en vigor. Los trabajos se basan en la Propuesta de la Comisión de octubre de 2011 sobre ayudas al desarrollo rural, condicionado a la aprobación definitiva del oportuno Reglamento tanto por el Parlamento como por el Consejo.

(1) VVAA: *El Desarrollo Rural en la Política Agraria Común 2014-2020*. VATTIER FUENZALIDA (dir.), y Raquel DE ROMÁN PÉREZ (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, 547 páginas.

Como se recordará, *Le retour à la campagne!* fue un eslogan que estuvo de moda en el país vecino entre los años 60 y 70 del pasado siglo, cuando algunos profesionales urbanitas *redescubrieron* las delicias del campo, no tanto para vivir en él, ni siquiera como segunda residencia (iveraneaban en la Côte Azur y en la Rivière!...), sino para poner en marcha algún tipo de empresa agraria –más bien *ad pompam vel ostentationem*–, cuya gestión encomendaban, por supuesto, a un lugareño, pero de la que presumían ante sus colegas en la urbe; es probable que el fenómeno –recordado, por cierto, en algunas películas con actores de fama– se haya difuminado ya en Francia, y que, en todo caso, tales *affaires* hayan culminado mayoritariamente en pérdidas, pero a mi juicio vino a significar en cierto modo un involuntario homenaje de la civilización urbana, triunfante arrolladoramente en el siglo xx, a la rural, que caracterizó a los países europeos durante los siglos anteriores. Ya se comprende que la reproducción que hago aquí de tal eslogan tiene, por tanto, un muy diferente significado. Me propongo llamar la atención acerca de si, en el ineludible examen de conciencia que próximamente deberemos hacer para salir de la crisis los españoles, no debiera incluirse la posibilidad de que un cierto porcentaje de nuestra población activa retorne, o se incorpore, en el próximo futuro a la actividad económica agraria, naturalmente con todos los avances tecnológicos y jurídicos producidos, que les permitan alcanzar un desarrollo efectivamente sostenible.

2. ESTRUCTURA DE LA OBRA

Es muy simple, pues aparece dividida en tres capítulos que tratan, respectivamente, de las siguientes materias: I. Rasgos generales de la reforma; II. Destinatarios de las ayudas y cambios demográficos; y III. Recursos, productos y economía rural. A su vez, la quincena de trabajos incluidos en el volumen se enumera así:

Cap. I.

I. Carlos VATTIER FUENZALIDA: *Las nuevas medidas de desarrollo rural* (pp. 25-52).

II. José María DE LA CUESTA SÁENZ: *La nueva PAC, las ayudas directas a los agricultores y el desarrollo sostenible del medio rural* (pp. 53-72).

III. Elena VICENTE DOMINGO: *Propuesta de revisión del concepto de pérdida económica en la política de desarrollo rural* (pp. 73-91).

IV. Esther MUÑIZ ESPADA: *Aportaciones del Convenio de la Unesco de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial al desarrollo rural* (pp. 93-112).

Cap. II.

V. José María CABALLERO LOZANO: *La unificación del concepto jurídico de profesionalidad agraria: Otra ocasión perdida con la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias* (pp. 115-158).

VI. Isabel ESPÍN ALBA: *El relevo generacional en la reforma de la PAC* (pp. 159-182).

VII. Margarita Isabel POVEDA BERNAL: *La nueva Ley de titularidad com-partida de las explotaciones agrarias. Incidencia en el Derecho de Familia* (pp. 183-236).

VIII. Mónica IBÁÑEZ ANGULO: *Desarrollo sostenible: Un enfoque sistémico* (pp. 237-275).

Cap. III.

IX. Pablo AMAT LLOMBART: *Régimen jurídico del agua en el marco del desarrollo rural: Agua, agricultura y sostenibilidad medioambiental* (pp. 279-330).

X. Ángel SÁNCHEZ HERNÁNDEZ: *Los vinos de calidad como instrumento de desarrollo rural. Etiquetado del vino y el anuncio de una calidad e identidad territorial normativa de la Unión Europea* (pp. 331-374).

XI. Raquel DE ROMÁN PÉREZ: *Daños derivados de la presencia accidental de OMG en cultivos convencionales o ecológicos y medidas estatales de restricción o prohibición* (pp. 375-398).

XII. Germán DE CASTRO VÍTORES: *Turismo en el espacio rural* (pp. 399-439).

XIII. José Luis PEÑA ALONSO: *El turismo como motor de la economía: Reflexiones para seguir creciendo en el turismo rural* (pp. 441-485).

XIV. María Teresa de Vico CARRANCHO HERRERO: *Agrupación y cooperación de los agricultores* (pp. 487-512).

XV. Tomás PRIETO ÁLVAREZ: *Los Grupos de acción local en el Programa "Leader" de desarrollo rural* (pp. 513-547).

3. CONTENIDO

Enunciado ya sumariamente el contenido del volumen en el apartado anterior, séale permitido al recensor subrayar los aspectos de los trabajos del volumen que más le han llamado la atención.

A) En primer lugar, la noción misma de **desarrollo sostenible** que ensaya, a mi juicio, con acierto y variada documentación, la socióloga burgalesa Mónica IBÁÑEZ ANGULO (2), brindando gran número de ideas (filosóficas, jurídicas, políticas, económicas, sociológicas) para el agrarista práctico. Se remonta históricamente al Génesis para recordar que, de acuerdo con la tradición judeocristiana, Dios creó al hombre para ejercer el dominio sobre la tierra, y este acto supremo de la creación del ser humano constituye un pilar clave sobre el que se asienta nuestra forma de interpretar el mundo y

(2) Mónica IBÁÑEZ ANGULO, "Desarrollo sostenible: Un enfoque sistémico", *loc. cit.*, p. 237.

de relacionarnos con él. Y si bien la Ilustración trajo consigo cierta secularización religiosa, no hubo propósito de transformar radicalmente esta cosmovisión judeo-cristiana, sino que, en cierto modo, se reforzó gracias a la idea del perfeccionamiento del dominio del hombre sobre la naturaleza mediante la ciencia, pudiéndose afirmar recientemente que a medida que Dios se alejaba y que la interpretación de la naturaleza era cada vez más laica, el derecho del hombre a progresar mediante la conquista de la naturaleza se convertía en un objetivo loable e incluso divino (3). Desde el siglo XVIII –no sin influencia protestante–, la fe en el progreso, y, especialmente, en el progreso científico se ha identificado con el progreso moral y el progreso social que haría desaparecer todas las formas de malestar social. Tanto la tradición judeocristiana como la Ilustración legitimaron la idea del *precio* a pagar para alcanzar cotas más elevadas de civilización; por ej., la contaminación medioambiental, lejos de verse como un elemento negativo, se ha considerado como una desventaja que la humanidad tenía que soportar para alcanzar el progreso. La idea de que el hombre debe dominar la tierra para alcanzar el desarrollo y el progreso ha estado presente en la historia europea desde entonces, inspirando objetivos, más o menos genuinos, e incluso espurios como el colonialismo y el imperialismo; así, el mundo fue compartimentado en diferentes categorías (países desarrollados, subdesarrollados y en vías de desarrollo), de suerte que el bienestar social sólo podía lograrse mediante el consumo y la acumulación de bienes materiales (4). La noción de *desarrollo global*, muy popular después de la II.^a GM, aunque buscaba soluciones a largo plazo para los Estados y territorios más empobrecidos mediante la implementación de diversos programas internacionales que ayudaran a solventar problemas concretos (mejora de la salud y educación, reducción de la pobreza, extensión de los derechos humanos y protección del medio ambiente), no cabe decir que, al cabo de cierto tiempo, hayan cumplido plenamente sus objetivos, pues si bien la mayoría de los Estados han mejorado sus índices de desarrollo, se observan dos hechos graves: 1) los beneficios del desarrollo no se han distribuido de forma equitativa, y 2) muchas sociedades tradicionales han sido literalmente devastadas por la sobreexplotación de sus bosques, ríos y otros recursos naturales (5). Por ello, desde finales del siglo pasado, conceptos como *desarrollo humano* o *sostenible* han tratado de reformar la noción moderna de desarrollo cuestionando el elevado precio que se estaba pagando por el desarrollo tecnológico en términos de abuso de los recursos naturales no renovables. Aquéllos han logrado transformar la retórica del desarrollo desde la idea de una mera modernización hasta la superación de la pobreza, promoción de la participación social y desarrollo de la sociedad civil, de modo que la noción de desarrollo sostenible constituye parte de la agenda política, económica y sociocultural de la

(3) Cita a PORTER, "The Scientific Revolution: A Spoke in the Wheel?", en PORTER *et alii*, *Revolution in History* (Cambridge, 1986), p. 3 (*loc. cit.*, p. 237).

(4) Cita a GADOTTI, *Pedagogía de la tierra* (México, 2002) (*op. cit.*, p. 239).

(5) *Loc. cit.*, p. 240.

mayor parte de los Estados y de las instituciones supranacionales tales como la UE o la ONU (Declaración de Derechos Humanos, Agenda 21, Cumbre de Río de 1992, los Objetivos del Milenio, protocolo de Kyoto, etc.). Tanto entre quienes critican el actual modelo económico como entre quienes lo defienden, el desarrollo sostenible se ha puesto de moda porque las personas han descubierto que el incremento de la producción y de la riqueza nacional no garantizan una mejora de las condiciones de vida (6). El éxito de la noción de desarrollo sostenible debe también relacionarse, opina la autora, con el desarrollo de la globalización, respecto de la cual propugna una postura acaso –en opinión del recensor– demasiado optimista (7), entendida ésta como un proceso irreversible que posibilita el derecho de interrelaciones entre distantes regiones del planeta, lo que ha facilitado tomar conciencia de que existe únicamente un planeta, de que somos responsables de su supervivencia y de que la sostenibilidad no es una cuestión regional o local, sino global, que debe ser afrontada desde una perspectiva trasnacional y sistémica, entendiendo que las sociedades humanas configuran sistemas complejos e interrelacionados (dimensión económica, social, medioambiental) que no pueden atenderse de manera individual, sino conjunta. Citando nuevamente a HARRIS afirma que el conflicto sólo puede solucionarse a través de una estrategia dual que tenga en cuenta, por un lado, la perspectiva local de la comunidad y el reforzamiento de sus propias organizaciones en la resolución autónoma de sus problemas y, por otro lado, una perspectiva global o planetaria que contribuya a un nuevo *pacto social* cimentado en la incorporación democrática de las diferentes comunidades locales (8).

Recuerda la autora que los planteamientos sobre desarrollo sostenible surgieron, en primer lugar, a partir de movimientos populares en la década de los sesenta del pasado siglo, que posteriormente se trasladaron al nivel intermedio de las ONGs y, finalmente, al de las instituciones. La noción de *desarrollo sostenible* comenzó a popularizarse a partir del *Informe Brundtland* (1987), si bien se había utilizado ya en la cumbre de la ONU de Estocolmo (1972). Aquél, también denominado *Nuestro futuro común*, se denominó así en honor de Gro Harlem Brundtland, presidenta de la WCDE (*World Commission on Environ and Development*), que lo presentó en la Asamblea General de la ONU de 4 agosto 1987, con el objetivo de propo-

(6) Cita a HARRIS, *Rethinking Sustainability. Power, Knowledge and Institutions*, University of Michigan, 2008, p. 100 (*loc. cit.*, p. 243).

(7) Dice la autora (*loc. cit.*, p. 243, nota 250): “La globalización actual podría seguir un nuevo curso y, en vez de promover valores individualistas y mercantilistas, impulsar la solidaridad entre las diferentes regiones del globo y una visión unificada del planeta como un espacio común compartido que configuraría lo que algunos autores han denominado *ciudadanía planetaria* o la *ciudadanía global*”. Los hechos parecen constatar, desgraciadamente, el carácter minoritario de esta postura idealista, al margen de algunos escándalos derivados de la actuación poco ejemplar de ciertas oenegés.

(8) *Op. cit.* en nota 5, p. 98 (*loc. cit.*, p. 244).

ner estrategias a largo plazo para lograr un desarrollo sostenible para el año 2000. Dicho Informe definía *el desarrollo sostenible como aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones*. Después de analizarla doctrinalmente, concluye la autora (9): "El discurso de la sostenibilidad y las prácticas de desarrollo sostenible deben partir de un enfoque sistémico que incluya: (i) un sistema político que asegure una participación efectiva de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones; (ii) un sistema económico capaz de generar excedentes y conocimientos técnicos que aseguren la autonomía económica; (iii) un sistema social que proveyera soluciones para las tensiones y conflictos sociales; (iv) un sistema de producción que preservara la base ecológica y los recursos naturales; (v) un sistema tecnológico que proporcione nuevas alternativas en el uso de los recursos naturales; (vi) un sistema internacional que promueva estándares sostenibles en el mercado y en las finanzas; y (vii) un sistema administrativo que sea flexible y tenga la capacidad de auto-corrección". Luego se ocupa de los pilares del desarrollo sostenible y, en especial, la educación para el desarrollo y la participación de la población local en los programa de desarrollo sostenible en el ámbito rural. En un sugestivo apartado viene a ofrecer *Sociología comparativa* (10), alertando previamente sobre el carácter obsoleto del modelo nacional de desarrollo que ha tenido en algunos países consecuencias adversas, como la concentración geográfica de la población y de las actividades económicas, la centralización de los procesos de toma de decisiones y la disparidad de las condiciones de vida entre las diferentes unidades territoriales (11). A su juicio, las vías para lograr el desarrollo sostenible en el contexto regional y microrregional incluirían: (i) reforzar la autonomía social, política y económica; (ii) mejorar los vínculos entre las zonas rurales y las urbanas entre diferentes agentes productivos y entre el sector productivo primario y otras actividades complementarias; y (iii) promover el uso racional de los recursos naturales renovables. Luego ofrece breves informaciones sobre el modelo canadiense, la producción de energía rural en la India siguiendo el pensamiento de Ghandi, el uso de la biomasa para producir energía rural en China y la economía rural no agrícola.

Me parecen dignas de atención y reflexión las siguientes *consideraciones finales* de la autora (12):

— El centro de la discusión y del debate sobre desarrollo sostenible son los seres humanos, sus culturas, sus modos de vida, de producción y de consumo; por ello el objetivo final del desarrollo sostenible es el de construir sociedades sobre la base de agriculturas sostenibles y localmente

(9) *Loc. cit.*, p. 248.

(10) *Loc. cit.*, pp. 259-267.

(11) Cita al costarricense SEPÚLVEDA, "Sustainable Rural Development", en SEPÚLVEDA *et altri*, en un vol. del mismo título publicado por el "Inter-American Institute for Cooperation and Agriculture" (San José, 1997), pp. 11 ss. (*loc. cit.*, p. 259).

(12) *Loc. cit.*, pp. 267-270.

relevantes; de forma más concreta: (i) la reducción de la pobreza; (ii) el crecimiento compartido; (iii) la soberanía y la seguridad alimentaria; y (iv) la gestión sostenible de los recursos naturales;

— El desarrollo sostenible es un proceso que se define social, cultural e históricamente, de ahí que determinadas prácticas sostenibles que han podido funcionar en determinados contextos pueden no funcionar tan bien en otras áreas;

— La participación de la población local constituye un aspecto fundamental en la implementación de programas y proyectos de desarrollo sostenible; sin embargo, el hecho de asegurar la participación de las poblaciones afectadas no asegura que las decisiones que se tomen lleven, efectivamente, a prácticas sostenibles;

— Para promover la participación social hay que tener en cuenta: (i) que la participación social se vincule también a cuestiones de identidad social, al tamaño del grupo y a la localización regional de la comunidad; y (ii) la inversión de capital social es una estrategia viable para promover iniciativas cívicas medioambientales;

— El desarrollo sostenible en el campo no puede pensarse únicamente desde una perspectiva *rural*, sino que tiene que pensarse a partir y a través de las interrelaciones entre diferentes sectores de producción, entre el contexto urbano y el rural y a partir de la interrelación entre la teoría de la sostenibilidad y las prácticas sostenibles. Por ello, las líneas de acción deben contemplar: (i) un enfoque rural amplio que no se limite exclusivamente a la agricultura; (ii) la internacionalización e integración de las cuestiones rurales en una estrategia común de desarrollo; (iii) la integración en la economía global, aunque manteniendo su autonomía y autenticidad; (iv) tratar temas que han sido ignorados más o menos deliberadamente como la reforma de la propiedad de la tierra; (v) invertir en educación y servicios sociales en las zonas rurales; y (vi) promover la participación de las poblaciones rurales y de otras partes interesadas (*stakeholders*);

— Las líneas generales de los programas de desarrollo sostenible en el ámbito rural deben distinguir entre las tendencias que afectan a toda la sociedad en su conjunto (globalización, nuevas formas de gobernanza), las tendencias que afectan más específicamente a las áreas rurales (preocupación por el medio ambiente y por los nuevos usos de los espacios rurales), y los recursos asignados a las áreas rurales (por ejemplo, la transferencia de fondos estructurales de la UE hacia Estados del este de Europa);

— Todo proyecto de desarrollo sostenible debe definir previamente la articulación entre el *desarrollo exógeno* (atrayendo capital exterior y estableciendo vínculos con los mercados globales), y el *endógeno* (fortalecimiento del potencial local y facilitando el desarrollo de vínculos locales de producción, de consumo y de significado, aprovechando al máximo los recursos locales y movilizándolo a las poblaciones locales para que éstas sean los agentes de su propio proceso de desarrollo);

— Previamente debe analizarse la distribución social y espacial de las capacidades y de los recursos que permiten establecer una cartografía rural

de las posibilidades (*enablement*) y de limitaciones (*constraint*), mediante la cual podemos explicar por qué individuos y grupos humanos en determinadas áreas parecen más capaces que otros de responder de forma creativa y exitosa a las tendencias actuales;

— Para garantizar la permanencia y el éxito de los proyectos de desarrollo sostenible en el ámbito rural, es necesario definir el papel de las poblaciones rurales en un futuro próximo: (i) como productor especializado para los mercados globales; (ii) como un pequeño hombre de negocios; o (iii) como un gestor de los recursos medioambientales locales;

— Conviene no olvidar que la efectividad de un desarrollo sostenible aparece limitado por dos factores: (i) el *modelo agroindustrial*, que tiende a desconectar la producción de alimentos del medio que las produce (mediante la apropiación, por ej., reemplazo de los procesos naturales de producción por la actividad industrial de los invernaderos; o la sustitución, por ej., productos modificados genéticamente); y (ii) el *modelo higiénico-burocrático*, que está más interesado en corregir el modelo agroindustrial que en construir alternativas viables, pese a que sus costes son muy elevados y desproporcionados, y también este modelo higiénico suplementado con la lógica posproductivista ha generado un movimiento de urbanitas hacia las zonas rurales que ven la agricultura como algo sucio, un *dirty business*, y alientan un mayor control sobre las poblaciones campesinas, con el riesgo de crear un sector de la producción de alimentos que esté progresivamente más monitorizada, controlada y regulada por nuevos agentes y oficiales especialistas en la planificación;

— A pesar de la persistencia global del modelo agroindustrial, se está desarrollando una forma de pensar más ecológica, que algún autor denomina *Ecological Worldview*, que pone más énfasis en los valores intrínsecos de la naturaleza que en los valores utilitarios, que plantea nuevas preocupaciones sociales y políticas sobre la contaminación, los residuos y la extinción de especies y que empieza a reconocer los límites biofísicos de las actividades humanas, que contrastan con la idea de crecimiento económico ilimitado;

— Cualquier proceso de desarrollo sostenible en el ámbito rural debe tender a superar los fenómenos de exclusión social característicos de las zonas rurales mediante: (i) la mejora en el acceso de empleo en la economía formal, en la formación y en las estructuras institucionales; (ii) la repoblación de las zonas rurales; (iii) la dotación de nuevos valores al espacio rural (por ej.: medio ambiente limpio, vida en comunidad, espacio para actividades al aire libre, paisajes placenteros, modos de vida saludables);

— Es necesario difundir la idea de que el desarrollo sostenible no significa que nuestro modo de vida va a empeorar, sino que llegará a ser más sano y saludable y que, muy probablemente, configurará sociedades mejores y poblaciones más felices; crecer menos, producir menos y consumir menos no significa siempre un deterioro de nuestro modo de vida, sino, por el contrario, puede representar una mejora;

— Tenemos que pensar nuestra presencia en el mundo de una manera “holista”, entendiendo que las diferentes dimensiones de nuestra vida coti-

diana no constituyen compartimentos estancos, sino que están interconectadas en un proyecto común.

B) Con el amplio bagaje cultural del apartado anterior, cuya lectura previa se recomienda, el lector puede abordar bien pertrechado la ponencia fundamental del volumen rotulada genéricamente por el profesor VATTIER FUENZALIDA como **Las nuevas medidas de desarrollo rural** (13), en la que se explica con amplitud los antecedentes y materiales de que ha dispuesto el equipo de investigación, así como el marco representado por el Derecho interno español, y, como básicas, las opciones planteadas por la Comisión; el esquema de la propuesta comunitaria; los beneficiarios, condicionalidad y penalizaciones; la misión, objetivos y prioridades, incluyendo las medidas relevantes para cada prioridad y las medidas comunes a varias prioridades.

Resulta ser una importante coyuntura histórica el doble proceso de revisión en que se encuentra sometido el desarrollo rural, pues en el Derecho estatal se publicó la Ley 45/2007, de 13 diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural (LDS), que aun estando todavía en vigor, no ha llegado a ponerse en práctica y está necesitada de una profunda reconsideración, tanto para analizar las causas de su fracaso (14) como para adaptarla a la nueva PAC; mientras que en el Derecho comunitario la reforma se ha puesto en marcha oficialmente a partir de la Comunicación de la Comisión sobre *La PAC en el horizonte 2020: Responder a los retos futuros en el ámbito territorial, de los recursos naturales y alimentario*, de 18 noviembre 2010, al objeto de ser discutida por el PE y el Consejo dentro del marco financiero plurianual para el periodo 2014-2020. La reforma se ha concretado por la Comisión en la Propuesta de Reglamento relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural, de 12 octubre 2011 (FEADER), y también en la Propuesta de Reglamento sobre los pagos directos a los agricultores en virtud de los regímenes de ayuda incluidos en el marco de la PAC, así como en la Propuesta de Reglamento llamado horizontal sobre la financiación, gestión y seguimiento de la PAC, estas últimas de igual fecha.

El punto de partida comunitario es el Reglamento (UE) 1698/2005, que sigue en vigor y se basa en la idea de la multifuncionalidad de la agricultura, acogida también en el Reglamento anterior de 1999. Las medidas encaminadas al desarrollo rural se articulan en torno a cuatro ejes; el eje 1

(13) El director de la publicación es experto en la materia, pues anteriormente dirigió, con idéntico enunciado, el vol. colectivo *El desarrollo sostenible en el ámbito rural* (Cizur Menor, 2009), que contiene las investigaciones realizadas dentro de un primer proyecto.

(14) Más adelante el autor atribuye las causas aparentes del fracaso de la LDS a las siguientes: a) Los numerosos y complicados instrumentos de planificación y aplicación; b) La lentitud de las actuaciones administrativas; y c) El protagonismo concedido en exclusiva a los distintos órganos de la Administración, con olvido de la iniciativa económica de los particulares (*loc. cit.*, pp. 26 s.).

tiene por objeto aumentar la competitividad de la agricultura, la ganadería y la silvicultura mediante la ayuda a la reestructuración, el desarrollo y la innovación; el eje 2 pretende mejorar el medio ambiente y el medio rural a través de ayudas a la gestión de las tierras agrícolas y forestales, así como indemnizar a los agricultores por las exigencias de la red Natura 2000; el eje 3 aspira a mejorar la calidad de vida de las zonas rurales y la diversificación de la actividad agraria; el eje 4 es de carácter instrumental. Estos ejes se han complementado por el Reglamento (UE) 74/2009, de 19 enero, con nuevas prioridades de un marcado acento ambientalista; así, junto al cambio climático y las energías renovables, son ahora prioritarias la gestión del agua y la biodiversidad, además de las correspondientes innovaciones tecnológicas. Constata el autor que aunque la LDS prescinde de los ejes, éstos reaparecen en el Primer Programa Estatal de 2010.

En esta ocasión, la reforma de la PAC ha estado precedida de importantes debates sobre su futuro, lo mismo ante la opinión pública europea que en el seno de la Comisión y del PE. Constata VATTIER FUENZALIDA (15) que existe un amplio consenso en mantener la financiación comunitaria de la PAC desdoblada en dos pilares, en tanto que hay inquietud por el hecho de que los pagos desacoplados acentúen el abandono de los cultivos, lo que se une al envejecimiento de la población y a la despoblación de las zonas rurales, con la grave consecuencia de provocar el deterioro ambiental y la volatilidad de los precios en los mercados de futuros. Por eso se ha resaltado el interés social de remunerar apropiadamente a los agricultores por medio de contratos de servicios por los bienes públicos o colectivos que proveen al conjunto de la sociedad, sobre todo en lo que concierne a la conservación del paisaje agrícola, la biodiversidad ganadera, la protección del agua y del suelo, la calidad del aire y la estabilidad del clima, y, en particular, los bienes públicos llamados de segunda generación (el medio ambiente, el manejo de la tierra o el bienestar de los animales). En este contexto se enmarcan las opciones de política legislativa de la UE planteadas por la Comunicación de la Comisión de 2010. En el momento actual hay nuevos retos relacionados tanto con la producción de alimentos en el mundo cuyo aumento se quiere solventar por medio de la seguridad alimentaria, como con la calidad, la variedad y el valor de los mismos, junto a la conservación del empleo en las zonas rurales. La PAC debe mantener así sus dos pilares, orientándose el primero a los pagos directos, a ser más ecológico y estar mejor distribuido, y el segundo hacia un desarrollo rural más competitivo, innovador, capaz de hacer frente al cambio climático y protector del medio ambiente a través de la gestión sostenible de los recursos naturales. Todo lo cual, afirma, debe ser cofinanciado por el Estado.

Para la Comisión, la PAC puede contribuir al crecimiento inteligente, por mejorar la competitividad y el aprovechamiento de los recursos, al crecimiento sostenible, dado que las nuevas tecnologías permiten una gestión

(15) *Loc. cit.*, pp. 31 s. para lo que sigue.

duradera de los recursos, y al crecimiento inclusivo, ya que favorece los mercados y los empleos locales. Por consiguiente, el desarrollo rural debe propender hacia la competitividad de la agricultura, los productos de calidad, las cadenas de distribución local, así como la gestión sostenible de los recursos naturales y al crecimiento equilibrado de las zonas rurales, destacando los instrumentos de gestión del riesgo creado por la volatilidad de los precios, siempre que sean compatibles con la Caja verde de la OMC.

La Comisión ofrece *tres alternativas* diferentes (16): La primera es muy conservadora y consiste en mantener los pagos directos con una mejor distribución interterritorial, consolidar los instrumentos de mercado y consolidar las medidas de desarrollo rural que conocemos. La segunda es más innovadora –y ha sido elegida por la Comisión en la Propuesta de Reglamento de Ayudas–, dado que los pagos directos se descomponen en un derecho básico, otro añadido a la condicionalidad (*greening*), otro específico en las zonas con dificultades y otro acoplado a determinadas producciones, junto a un régimen especial para las pequeñas explotaciones y un tope máximo de ayudas para las más grandes; esta opción sugiere simplificar los instrumentos de mercado y orientar el desarrollo rural hacia el medio ambiente, el cambio climático, la innovación, las iniciativas locales y los instrumentos *verdes* de estabilización del riesgo. La tercera opción se puede calificar de rupturista, puesto que propicia la eliminación gradual de los pagos directos y a la vez sustituirlos por la remuneración de los servicios ambientales y la compensación de desventajas naturales, suprimiendo las medidas de mercado, salvo en caso de crisis graves, con un desarrollo rural centrado principalmente en el medio ambiente y el cambio climático.

La Propuesta se aparta formalmente del Reglamento precedente y no se articula en torno a los anteriormente descritos ejes. Tras un amplio catálogo de definiciones, establece la misión genérica del desarrollo rural, fija tres objetivos, marca media docena de prioridades y consagra una panoplia de veinte medidas, en su mayoría con carácter preferente para cada prioridad, en tanto que otras son comunes a todas las prioridades. Esto se complementa con las definiciones y requisitos de asesoramiento y condicionalidad que figuran en las otras Propuestas de la misma fecha, tanto sobre los pagos directos como sobre los requisitos de carácter horizontal.

Después de un análisis pormenorizado, el autor sienta las siguientes conclusiones provisionales (17): Razona que sean pocas en número por tratarse de una propuesta de naturaleza marcadamente continuadora del modelo en vigor, y además con carácter provisional por ser todavía susceptible de modificación en el PE. Llama la atención el hecho de que, pese a la disciplina liberal impuesta por la OMC, hay una mayor preocupación por los aspectos productivistas que, por contraste con los anteriores ejes, concuerda mejor con los objetivos agraristas del Reglamento de 1999. Reaparecen

(16) *Loc. cit.*, pp. 32 s.

(17) *Loc. cit.*, pp. 47 s.

los pagos acoplados para la media docena de productos contemplada en los arts. 14 y ss. del RD 202/2012. Cobran protagonismo los aspectos comerciales relacionados con la transformación y venta de los productos. Las principales novedades del desarrollo rural se dirigen al apoyo de las rentas del sector agrario, que pretenden compensar de algún modo la carga del *greening*, añadida a los pagos directos, que se dirigen a potenciar las cadenas de distribución cortas, los mercados locales, la concentración de la oferta y las diferentes modalidades de la cooperación. Estas medidas pretenden mitigar el predominio de las grandes empresas multinacionales de la alimentación y distribución. A juicio del autor, parten de un diagnóstico acertado, pero adolecen de cierto voluntarismo y es fácil intuir que no van a ser eficaces, o serán insuficientes, para alcanzar la finalidad perseguida.

Para combatir la volatilidad de los precios internacionales de los productos agrícolas se crea un instrumento de estabilización de las rentas mediante un mecanismo voluntario para el agricultor, que puede contratar con una mutualidad la compensación por la pérdida de ingresos por comparación con los años anteriores, en una cuantía limitada; el apoyo público es una ayuda indirecta u oblicua, pues se destina a sufragar los gastos de funcionamiento de la entidad. El autor critica esta medida (18) por constituir un privilegio a favor de los agricultores, en contraste con los riesgos mercantiles que corren los restantes empresarios, y cuyo importe puede repercutir en los precios finales perjudicando incluso a los consumidores europeos. Han desaparecido las referencias a la protección de las mujeres, al tiempo que se descuida el relevo generacional. Denuncia dos omisiones: la ayuda a la responsabilidad agravada que se impone a los agricultores por los daños debidos a alimentos defectuosos, puesto que incluye los riesgos de desarrollo; y la falta de asignación de derechos de emisión de gases con efecto invernadero como consecuencia de la absorción suplementaria del carbono que ahora tiene lugar en todas las zonas rurales aunque estén sujetas a buenas condiciones agrarias y ambientales. Tampoco contempla los contratos territoriales de explotación, pues, a su juicio, la puesta en práctica de los compromisos forestales y ambientales depende en buena medida de la existencia y del régimen jurídico aplicable a este contrato que, acaso, la Comisión entiende ser competencia exclusiva de los Estados, pero que el autor estima de gran conveniencia que sus bases se regulen por el Derecho comunitario (19).

C) Las **ayudas directas a los agricultores** (20). Pone de relieve DE LA CUESTA SÁENZ que la PAC, desde 1992, en que se operó su primera gran reforma, no ha conocido la paz, primero con la Agenda 2000, luego con la

(18) *Loc. cit.*, p. 49.

(19) El autor establece con bastante detalle sus líneas generales, en *loc. cit.*, pp. 49-52.

(20) DE LA CUESTA SÁENZ, "La nueva PAC, las ayudas directas a los agricultores y el desarrollo sostenible del medio rural", *loc. cit.*, pp. 53 ss.

revisión a medio plazo del año 2003, que introdujo el pago único disociado de la producción, luego con chequeo médico del año 2009, que culminó la disociación de las ayudas, y ahora con la gran reforma que nos ocupa. Se pregunta, ¿no son demasiados cambios, demasiado acelerados, demasiado profundos? Se responde que no cabe duda de que tan vertiginoso ritmo de cambios puede llegar a despistar al titular de explotaciones agrarias, sin embargo, tal vez sea éste el precio que tiene que pagar el sector por la ayuda que recibe, y por la que hasta ahora ha conseguido salvar con cierta dignidad unas condiciones de creciente dificultad. ¿Hay distorsiones que perjudiquen al sector? Sin duda, las hay, y todas o casi todas son hijas de la llamada disociación de las ayudas y la producción que en 2012 ha alcanzado su culminación. Tal disociación es hija de los acuerdos de la OMC de 1994, y –subraya el autor– parece que llegó para quedarse, y reinar sobre la PAC, pero tal vez no se deba ser conformista con las distorsiones. Los sindicatos agrarios españoles han defendido la permanencia del concepto de agricultor a título principal, indefendible en un continente en el que predomina la agricultura a tiempo parcial, y tal vez no se han percatado a tiempo de que su problema principal era el envejecimiento de los titulares de explotaciones y la deficiencia del sistema de pensiones.

Atendiendo a los aspectos jurídicos del régimen de ayudas que se propone, recuerda que el régimen de pago único por explotación sucedió en 2003 al régimen de ayudas por superficies y cabezas de ganado implantado por el Reglamento de 1992. Por su parte, la reforma de 2009 tan sólo profundizó en la disociación o desacoplamiento de las ayudas respecto de las producciones. Este esquema se mantiene en la propuesta: hay un pago único por explotación, ahora llamado pago básico, que se condiciona al cumplimiento de los requisitos legales de gestión y buenas prácticas medioambientales (condicionalidad) en las hectáreas elegibles que se aportarán por el titular para justificar el cobro de la ayuda directa. Ese derecho es transmisible con o sin tierra, y con o sin retención, de modo que lo dispuesto en el Reglamento de 2009, en el futuro será impuesto por dos de entre los siete nuevos Reglamentos del Consejo y del PE que ahora se proponen para la futura PAC. Aparentemente se produce continuidad, pero en realidad se modifican datos trascendentales para el cálculo del montante económico de la ayuda. Por causa de la ampliación de la UE han llegado políticos de los antiguos países del Este, colocando a uno de ellos al frente de la PAC, por lo cual resulta inevitable la revisión del reparto de los fondos entre los territorios europeos. La propuesta que nos ocupa establece una ayuda –periódicamente denominada de *tarifa plana*– que consiste en fijar la asignación de cada Estado miembro para un *pago de base*, para que éste la reparta dividiendo su montante entre las hectáreas elegibles o admisibles que presenten los agricultores en el plazo que se abra a comienzos de 2014. Para evitar que el cambio de sistema desencadene una lucha sin cuartel por las hectáreas elegibles se dispone que podrán concurrir todos aquellos agricultores que hubiesen activado al menos un derecho de pago único correspondiente al año 2011. No hay, por tanto, una ruptura total con el pasado, sino una en-

trega de nuevos derechos, en principio, a los titulares de los viejos derechos con la indicada finalidad estabilizadora.

Se da la circunstancia de que en España en el último ejercicio sólo se percibieron ayudas directas basadas aproximadamente en 16.000.000 Has., mientras que el total cultivable es aproximadamente de 23.000.000 Has. Si en 2014 se presentara la diferencia solicitando ayudas directas, el montante medio por Ha. disminuiría de modo alarmante (en una tercera parte aproximadamente). A juicio del autor (21), sólo una definición restrictiva de la hectárea admisible podría impedir que se activen derechos con superficies carentes de toda vocación agrícola, criterio que no parece predominar en la precedente legislación comunitaria. Las ensayadas definiciones provisionales de *agricultor activo* le inspiran al autor críticas durísimas (22), y una consecuencia inesperada para el Derecho agrario interno, pues si desde los años ochenta del pasado siglo los agraristas españoles propugnaban una *comunitarización del Derecho agrario interno*, hoy, a su juicio, habría que aspirar a lo contrario, porque un derecho de la PAC cada vez más alejado de lo agrícola, no es posible ni deseable que imprima una huella importante en el Derecho agrario interno.

Después de estas consideraciones un tanto extremadas –aunque, a juicio del recensor, no carentes del todo de fundamento– desciende el autor a examinar aspectos concretos de la reforma. Así, las consecuencias de un nuevo reparto sobre la base de un viejo esquema. Recuerda (23) que van a transcurrir veinte años desde la reforma introducida en la PAC bajo la égida del comisario MacSharry, cuya impronta parece va a resultar indeleble, porque perviven las líneas maestras de aquel sistema y hasta se puede detectar una continuidad en el elenco de los perceptores (24). Lo que varía

(21) *Loc. cit.*, p. 57.

(22) La definición que parece tener valor oficial no contempla directamente otra exigencia de actividad agraria que la mínima establecida por los Estados miembros. A juicio del autor, ello rebaja todavía más las expectativas de que los pagos directos sean un aspecto de *política agrícola*, y más bien lo convierte en un reparto arbitrario del presupuesto, o en un reparto guiado por criterios alejados de la política agrícola y más próximo a la política social, o a la política a secas, en busca del menor rechazo posible de los afectados. Es una definición que justifica la utilización de *hectáreas admisibles* absolutamente improductivas y que dudosamente pueden ser objeto de *actividad mínima*, con el solo fin de mantener cobros de pagos directos generados por una actividad agraria pretérita. Una cosa es permitir la compatibilidad de los pagos directos con las pensiones de jubilación de quienes mantienen actividad por pequeña que sea, y otra muy distinta prescindir por completo de cualquier referencia a la actividad agraria precisamente en la definición de agricultor activo. Califica duramente de *despropósito y cinismo insoportable* su publicación en el *Diario Oficial de la UE* (*op. cit.*, p. 58 s.).

(23) *Loc. cit.*, p. 60.

(24) Observa DE LA CUESTA SÁENZ, *loc. últim. cit.*: “Quienes cultivaban o eran ganaderos en el año 1993, son, con escasas nuevas incorporaciones, quienes comenzaron a percibir el pago único parcialmente desacoplado en 2003 y lo percibirán

es la opción que se concede a los Estados para ejercitar, como más tarde, el 1.º agosto 2013, y que abre un abanico muy amplio de posibilidades. Encontrar la solución más apropiada es un reto de proporciones gigantescas, pues sobre la base de la fidelidad al espíritu igualitario, se ofrecen diversas alternativas (25) al objeto de corregir las consecuencias que el cambio pueda suponer para las economías de los agricultores a los que afecta más negativamente. La parte más interesante del nuevo régimen propuesto es el *greening* o *verdecimiento*, que viene a asumir la función legitimadora del 30 % del pago único, que en el caso español afectaría a la cifra de 1.450 millones de euros. Uno de los objetivos de la nueva PAC es la mejora del comportamiento medioambiental, que se logrará a través de un componente *ecologización* (sic!) obligatorio de los pagos directos que apoyará prácticas agrícolas beneficiosas para el clima y el medio ambiente, aplicable en toda la Unión. A tal fin los Estados miembros deben dedicar una parte de sus límites máximos nacionales de los pagos directos para conceder un pago anual como suplemento del pago básico para prácticas obligatorias que deben seguir los agricultores. Estas prácticas deben actuar la forma de actuaciones simples, generalizadas, no contractuales y anuales que vayan más allá de la condicionalidad y estén relacionadas con la agricultura, tales como la diversificación de cultivos, el mantenimiento de pastos permanentes y las superficies de interés ecológico. La obligatoriedad debe concernir a los agricultores cuyas explotaciones estén total o parcialmente situadas en zonas de la Red Natura 2000, pero excluye a los pequeños agricultores. El autor matiza el carácter no contractual de estas prácticas; no lo es en la medida de que no es contenido de un pacto expreso entre administradores y agricultores, pero sí que es una técnica contractual de administración, puesto que atribuye un pago adicional a quien asume y cumple determinadas obligaciones. El autor analiza pormenorizadamente las prácticas beneficiosas para el clima y el medio ambiente que describe el art. 29.1 de la Propuesta, en cuyo detalle no procede entrar aquí (26).

Las conclusiones del autor necesariamente han de ser matizadas (27): La imbricación entre el desarrollo sostenible del medio rural y la PAC en su vertiente de pagos directos, no hará sino intensificarse a partir de 2014, profundizando el viraje hacia lo medioambiental que se ha venido señalando desde hace tiempo (HUDAULT, AMAT LLOMBART, COSTATO), y que tiene su

totalmente desacoplado en 2012. Son, en principio, los únicos que están legitimados personalmente para el futuro régimen de pago único porque así lo establece el art. 21.2 de la propuesta [...]. Por si esto fuera poco, hay también continuidad en la admisibilidad de las superficies, ya que es admisible cualquier «superficie que haya dado derechos a pagos en el año 2008» [...] La continuidad es total salvo en el importe en dinero del derecho de pago único que es, en rigor, el único aspecto sustancial que se reforma”.

(25) Se enumeran en *loc. cit.*, pp. 62 s.

(26) *Loc. cit.*, pp. 67-70.

(27) *Loc. cit.*, pp. 70-72.

reflejo en el Derecho español (CALATAYUD PIÑERO). El mismo significado hay que atribuirle al *greening*, aunque lamenta que no se concilie con la conservación de una verdadera política agrícola. En cuanto a las obligaciones que se imponen a quienes pretendan cobrar el 30 % más, entiende que las explotaciones de cierta dimensión no encontrarán dificultad alguna en cumplir tales obligaciones. Se trata de una condicionalidad que, en principio, es mucho menos exigente que la del pago único tal y como se ha interpretado en algunas CCAA y en Gran Bretaña, y es un verdadero instrumento de política agrícola, aunque muy orientada hacia cuestiones medioambientales. Aunque estamos en una fase muy temprana de la preparación de la nueva PAC, opina el autor que los objetivos de la propuesta se pueden cumplir con beneficio para el mundo rural y para los bienes públicos que genera la actividad agraria. Los medios tal vez pecan más de tímidos que de ambiciosos, pero son fragmentarios, tienen lagunas y no siempre son coherentes.

D) Profesionalidad agraria e incidencia de la LTC en el Derecho de familia. Agrupo en este apartado dos aportaciones, al tener un común denominador, a saber, la Ley de 2011 sobre la titularidad compartida de las explotaciones agrarias.

En la de CABALLERO LOZANO, *La unificación del concepto jurídico de profesionalidad agraria: otra ocasión perdida con la Ley 35/2011, de 4 octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias* (28), difícilmente cabría discernir dónde radica su indiscutible mérito: si en su paciencia benedictina para perseguir en una verdadera jungla normativa a través de innumerables recovecos legales la evolución de la noción del profesional de la agricultura en Derecho español, o en su inquebrantable fe en la importancia básica de la misma para nuestro Derecho agrario. Describiendo los antecedentes próximos, alude al Coloquio Internacional celebrado en Burgos (diciembre de 2008), presentando los resultados del primer Proyecto de investigación realizado sobre el tema del profesional de la agricultura, junto al del contrato territorial, que constituyen el eje de la política de modernización de las explotaciones agrarias contenida en la Ley 45/2007, de 13 diciembre, de desarrollo sostenible del medio rural (LDSMR); dicha norma no eliminaba, sino que mantenía, con alguna modificación, el concepto de *agricultor profesional* de la Ley 19/1995, de 4 julio, de modernización de las explotaciones agrarias (LMEA), base de la política nacional de estructuras agrarias (29). Durante el periodo del segundo proyecto de investigación desarrollado, el autor ha seguido la trayectoria del requisito de la profesionalidad agraria al hilo de las reformas legislativas realizadas mediante la Ley 10/2009, de 20 octubre, que regula la representación institucional

(28) *Loc. cit.*, pp. 115-158.

(29) Que dio origen al trabajo del autor "El nuevo profesional de la agricultura", en VVAA *El desarrollo sostenible en el ámbito rural* (Dir. VATTIER FUENZALIDA. Coord. Raquel DE ROMÁN PÉREZ) (Cizur Menor, 2009), pp. 147-173.

de los agricultores y modifica las citadas normas de 1995 y 2007 (30), y también la Ley 35/2011, de 4 octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias (LTC), que regula una nueva figura de estructuras agrarias, y que ha traído relevantes modificaciones en el régimen jurídico del agricultor profesional.

La titularidad compartida es un concepto introducido por la LO 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; está citada en la Ley 45/2007, de 13 diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural, pero sin concreción alguna, y en sus aspectos administrativos se regula por el RD 297/2009, de 6 marzo, sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias (31). Ahora la LTC establece una regulación completa de la figura, tanto en sus aspectos de Derecho público, como de Derecho privado (así, su relación con el régimen económico del matrimonio). La LTC tiene como finalidad promover y favorecer la igualdad real y efectiva de la mujer respecto del varón en el medio rural, a través del reconocimiento jurídico y económico de su participación en la actividad agraria; prevé que esta participación pueda actuarse, i) a través del simple ejercicio de la actividad agraria, efectiva y regular, en la explotación, ii) mediante la nueva figura de la titularidad compartida, y iii) mediante la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada (art. 5, ap. 2, del RDL 13/2010, de 3 diciembre). Por tanto, la LTC pertenece al ámbito de las estructuras agrarias, junto a la LMEA, la LAR de 2003, y también el art. 16 de la LDSRMR, que habla del apoyo a la agricultura territorial y reforma el concepto de agricultor profesional de la LMEA.

Pero el autor constata que la categoría de la profesionalidad agraria ha quedado difuminada en las últimas disposiciones del Derecho comunitario (32) [lo que, en opinión del recensor, puede deberse a la escasa presencia de privatistas entre los autores de dicha normativa], por lo que rige una definición muy amplia de agricultor, tanto en política de estructuras como en la de mercado, lo que, a juicio del autor, debe tenerse presente en el diseño de la política nacional de estructuras agrarias.

(30) Plasmada en su estudio sobre "Nuevos criterios de profesionalidad agraria en la Ley sobre representación de los agricultores (Ley 10/2009, de 20 octubre)", en RDAA, núm. 54, enero-junio 2009, pp. 43-54.

(31) Analizado por AMAT LLOMBART, "La titularidad compartida de las explotaciones agrarias y su «nuevo» régimen legal", en el vol. colectivo *Estudios de Derecho Agrario* (coord. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ) (Logroño, 2010), pp. 11-31 (cit. en *loc. cit.*, p. 116, nota 92).

(32) *Loc. cit.*, p. 119. CABALLERO LOZANO dice a este respecto: "La UE ha enfocado su política agraria tradicionalmente en dos ámbitos: la reforma de las estructuras agrarias y la transparencia de los mercados. Desde la Declaración de Cork de 1996 a estas dos esferas de actuación se ha ido sumando paulatinamente la política de desarrollo rural, que pretende erigirse en el marco que englobe, conjuntamente con otros sectores sociales y económicos, la actividad agraria empresarial y las políticas públicas de ayuda a la agricultura".

El núcleo de la aportación de CABALLERO LOZANO estriba en analizar la incidencia de la LTC en la política de modernización de las explotaciones agrarias; en proyectar en particular dicha norma sobre la explotación –tanto la ordinaria, como la prioritaria–, en régimen de titularidad compartida; en destacar su repercusión en el régimen de la Seguridad Social Agraria; sin olvidar otros ámbitos privados, como los arrendamientos y aparcerías, los seguros agrarios combinados y la protección de las obtenciones vegetales, o públicos como en materia de representación corporativa y profesional de los empresarios agrarios.

La Disp. final 2.^a de la LTC da nueva redacción a la definición de agricultor profesional contenida en el art. 2.5.I LMEA, la cual ha conocido hasta cuatro redacciones diversas hasta llegar a la actual, según la cual, es: *Agricultor profesional la persona física que siendo titular de una explotación agraria, al menos el 50 % de su renta total la obtenga de actividades agrarias u otras actividades complementarias, siempre y cuando la parte de renta procedente directamente de la actividad agraria de su explotación no sea inferior al 25 % de su renta total y el volumen de empleo dedicado a actividades agrarias o complementarias sea igual o superior a la mitad de una Unidad de Trabajo Agrario* (33). Esta reforma vuelve a un concepto restrictivo de agricultor profesional, al aumentar las exigencias de cantidad de trabajo empleado y nivel de renta obtenido. La última reforma confiere a dicho precepto una redacción casi idéntica a la originaria de 1995, que estuvo en vigor hasta 2007, con la salvedad de que en la redacción primitiva el agricultor debía dedicar, al menos, la mitad de su tiempo total de trabajo a actividades agrarias o complementarias, mientras que ahora el referente es la mitad de una UTA. Por ello concluye que la reforma de este precepto constituye una magnífica ocasión perdida para la vertebración de un único sujeto activo agrario, susceptible de apoyo en las políticas públicas de estructuras agrarias.

El art. 2.1 de la LTC define la explotación agraria de titularidad compartida como “la unidad económica, sin personalidad jurídica y susceptible de imposición a efectos fiscales, que se constituye por un matrimonio o pareja unida por análoga relación de afectividad para la gestión conjunta de la explotación agraria”. A juicio del autor se ha rebasado la finalidad de la ley consistente en *promover y favorecer la igualdad real y efectiva de las mujeres en el medio rural*, dado que se incluye en su ámbito no sólo el matrimonio o unión de hecho de carácter heterosexual, sino que también un matrimonio o pareja integrada por dos varones podría obtener la cualificación de titularidad compartida; incluso, siendo legalmente suficiente la *mera aseveración de vinculación de análoga relación de afectividad*, se abre la posibilidad de que dos

(33) Contrasta esta inestable trayectoria con la permanencia del concepto de *agricultor a título principal*, tipo cualificado de *agricultor profesional*. A juicio del autor estamos en presencia de un *agricultor a tiempo parcial*, en el cual la mayor parte del tiempo de trabajo está dedicado a la agricultura (*loc. cit.*, pp. 122 s.).

personas agricultoras que se pongan de acuerdo en ello soliciten y obtengan el reconocimiento de su titularidad compartida (34).

Concluye el autor (35) que últimamente parece existir una mayor preocupación por unificar la política nacional de promoción agraria, aunque esta incipiente visión unificadora se circunscribe al plano meramente reglamentario. Formula el deseo de que el ambicioso plan de política rural diseñado por la Ley 45/2007, de 13 diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural, vaya acompañado de un no menos incisivo proyecto de actualización de las instituciones básicas del Derecho agrario de estructuras. A su juicio, no puede perderse una oportunidad histórica para expurgar la normativa agraria, suprimiendo leyes como las de fincas manifiestamente mejorables, agricultura de montaña, o incluso la preconstitucional LRDA, integrando todas las medidas previstas, y depurando las inservibles, en una nueva o profundamente reformada Ley de Modernización de las Explotaciones (o Empresas) Agrarias, aparte de la más amplia Ley de Desarrollo sostenible del medio rural, de modo que la configuración jurídica de la profesionalidad quede circunscrita a una sola norma que sirva de referencia y base a todas las demás.

En la aportación de Margarita Isabel POVEDA BERNAL, *La nueva Ley de titularidad compartida de las explotaciones agrarias. Incidencia en el Derecho de Familia* (36), cambia la perspectiva sobre la LTC, que de agrarista pasa a ser familiarista, quizá por compatibilizar la autora funciones judiciales y docentes. A modo de introducción recuerda que la Ley 35/2011 tiene el loable propósito de avanzar en las políticas de igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito rural, donde puede decirse que existe un desfase aún mayor en la equiparación de los sexos al que existe en otros ámbitos más urbanos o industrializados. La equiparación de sexos en las zonas rurales evoluciona de una manera más lenta no sólo en nuestro país, sino también en los países de nuestro entorno (37). La Ley trata de lograr esta igualdad mediante dos objetivos; la regulación de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias, y de no constituirse este régimen mediante la

(34) *Loc. cit.*, p. 132.

(35) *Loc. cit.*, pp. 157 s.

(36) *Loc. cit.*, pp. 183-236.

(37) Dice la EM de dicha Ley: "Las mujeres rurales, hoy todavía a pesar de los avances en igualdad, siguen siendo vulnerables e invisibles; y sin embargo ellas son la base del mantenimiento, conservación y desarrollo de las áreas rurales en términos económicos, sociales y culturales". Algunos datos esperanzadores se desprenden, no obstante, del reciente estudio sociológico de Yolanda GONZÁLEZ GONZÁLEZ, "El sector agrario español desde la perspectiva de género", en RDAA, núm. 607, enero-junio 2012, pp. 65 ss., especialmente pp. 86 ss. Una aportación comparatista: María José CAZORLA, "La mujer como agente para la cooperación y el desarrollo rural", en id. id., pp. 33-46, espec. pp. 44 ss., en donde afirma que gracias a las inversiones en materia de cooperación, la mujer se ha convertido en un agente muy útil en la cooperación internacional para el desarrollo rural de muchos territorios.

concesión de una contraprestación por su actividad, efectiva y regular en la explotación; objetivos que se configuran de manera no alternativa, sino subsidiaria, pues la finalidad primordial es fomentar la TC y sólo con carácter subsidiario establecer un derecho de compensación por la colaboración efectiva prestada. Aunque la ley en su art. 2.2 declara que *la constitución de la titularidad compartida de una explotación agraria no alterará el régimen jurídico de los bienes y derechos que la conformen ni el régimen económico matrimonial o pactos patrimoniales de las parejas de hecho ni el régimen sucesorio, sin perjuicio de lo dispuesto en el cap. IV de esta Ley*, tal afirmación no corresponde del todo a la realidad, y por ello advierte la autora que tales alteraciones se van a producir, y, además, en el régimen sucesorio, olvidando, además, que no existe una ley estatal de parejas de hecho y de que alguna Comunidad Autónoma tampoco las ha regulado. Por otra parte, la nueva *compensación económica* por razón de la colaboración efectiva en la explotación supone una nueva pensión de naturaleza jurídica dudosa, con algún parecido a la pensión por desequilibrio en los casos de separación y divorcio. Después de razonar ampliamente sobre la evolución de la familia y el lugar que ocupa el matrimonio y la unión de hecho, así como la legislación vigente en España, señala la autora (38) que la nueva ley opta, sin más, por atribuir el mismo régimen jurídico al matrimonio y a las parejas de hecho, lo que podría plantear incluso problemas de inconstitucionalidad, y sin olvidar en este caso las dificultades de la prueba, especialmente en aquellos territorios que no han regulado las parejas de hecho. El art. 4 LTC establece que la administración de las explotaciones agrarias de titularidad compartida corresponde a ambas personas titulares conjuntamente, y su representación será solidaria, con excepción de los actos de disposición, enajenación o gravamen, en los que será mancomunada. El art. 5 dispone que los rendimientos se repartirán al 50 %, y una vez repartidos, se aplicarán las reglas del régimen económico patrimonial o del pacto entre convivientes. A su vez, el art. 11 reitera el reparto por mitades, en relación con las subvenciones, ayudas directas, ayudas al desarrollo rural, cualquiera que sea su fuente. Parece increíble que el legislador modifique, sin demasiada claridad ni convincente fundamento, las consolidadas reglas del CC y de los ordenamientos civiles de los territorios forales. En relación con la nueva compensación, hay que dar la razón a la autora cuando sostiene el carácter *dispositivo* de las nuevas normas, que también se reconoce en el art. 14.3 en relación con algunos aspectos de la nueva compensación (39). Concluye que, aun pudiendo resultar loable en el propósito legal de evitar un enriquecimiento injusto del cónyuge o conviviente que se ha beneficiado sin contraprestación del trabajo realizado por el otro en la explotación agraria, titularidad del primero, adolece de numerosas indefiniciones y lagunas

(38) *Loc. cit.*, pp. 195 ss.

(39) Con amplia argumentación, doctrinal y jurisprudencial, cfr. *loc. cit.*, pp. 213 ss.

en su regulación, lo que nos lleva a la necesidad de completar su regulación con otras ya consagradas o con la aplicación jurisprudencial de las mismas, no siendo aventurado pronosticar que muy probablemente se constituirá en un nuevo caballo de batalla en los procesos de divorcio contencioso en el ámbito rural. Si bien el art. 15 de la LTC establece un plazo prescriptivo de cinco años para reclamar el pago, la autora subraya la conveniencia de reclamar la prestación en el proceso mismo de divorcio o tras la ruptura de la relación de pareja para que pueda tenerse en cuenta a la hora de fijar otras posibles prestaciones con análogo fundamento o por las dificultades que entrañará la prueba del trabajo efectivo y regular en la explotación agraria a medida que nos alejemos del momento concreto en que dicho trabajo se haya prestado (40).

E) El **relevo generacional**. No puede menos de calificarse de *asignatura pendiente*, o *tema de rabiosa actualidad*, al desarrollado por Isabel ESPÍN ALBA, *El relevo generacional en la reforma de la PAC* (41). A modo de introducción recuerda la autora que en la evolución legislativa comunitaria y en la experiencia de su aplicación en los respectivos Estados miembros, el tópico del relevo generacional como garante de un desarrollo sostenible de las estructuras agrarias estuvo en el transfondo de muchas de las decisiones de política legislativa, y, entre nosotros, la aplicación de instalación de jóvenes agricultores por las CCAA a cargo de fondos europeos, que se han presentado reiteradamente como un avance en las políticas públicas de fijación de la población rural. Pero son muy numerosos los trabajos científicos que constatan el fracaso de la implantación de una estructura estable de desarrollo económico sostenible. Parece que los mecanismos hasta ahora empleados no fueron suficientes para cambiar el modelo y la tendencia general. El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 2011 sobre *El futuro de los jóvenes agricultores en Europa*, afirma que pasados diez años desde el anterior Dictamen de 2001, sobre los jóvenes agricultores, los temores expresados en el mismo se han mostrado fundados, pues no sólo ha continuado la caída en picado del número de jóvenes agricultores, sino que aquellos que a duras penas se mantienen en el sector, se enfrentan a un escenario con más sombras que luces al final del túnel.

En los trabajos preparatorios de la reforma de la PAC en el horizonte 2013-2020, llama poderosamente la atención –subraya la autora– la escasez de referencias expresas a las políticas de igualdad como prioritarias a la hora

(40) *Loc. cit.*, p. 236. Puede verse también una amplia exposición de la LTC, con observaciones críticas, en: BELTRÁN SÁNCHEZ, PLAZA PENEDÉS y Esther MUÑIZ ESPADA, "Contribuciones para el desarrollo de la titularidad compartida", en RDAA, núm. 60, enero-junio 2012, pp. 7-31. En el mismo núm. de la revista se publica una "Revisión técnica", de la misma ley (prácticamente, una *enmienda a la totalidad* de su articulado), al objeto de garantizar su dinamismo, y a cargo de ilustres agraristas (CABALLERO LOZANO, DE LA CUESTA SÁENZ, Esther MUÑIZ ESPADA y Noemí SERRANO ARGÜELLO), pp. 113-138.

(41) *Loc. cit.*, pp. 159-182.

de replantearse un rejuvenecimiento de la población rural, y a la relación entre políticas demográficas y las políticas de igualdad, menospreciando la importancia de la instalación de mujeres en las zonas rurales, a los efectos de garantizar el relevo generacional. La empresa familiar agraria estuvo tradicionalmente organizada alrededor de la pareja casada, en la que la mujer compartía las tareas cotidianas de la explotación, compaginando con el cuidado de la casa y de la familia, incluyendo a las personas dependientes. Ello ha conducido a una invisibilización del trabajo agrario femenino, en cuanto todavía se sigue considerando, en muchos casos, a la mujer en calidad de esposa o compañera del agricultor, careciendo de la condición de trabajadora en activo, pues se limita a *ayudar* en la empresa familiar (42). Ahora bien, con el telón de fondo del desarrollo del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, ha sido decisiva la introducción en todas las políticas y programas comunitarios de la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, extendiéndose luego a los procesos en la toma de decisiones, en los ámbitos de la política, la economía, la ciencia y la tecnología, erradicación de la violencia de género y del tráfico de seres humanos, eliminación de los estereotipos de género de la sociedad, en la educación, la formación y la cultura, el mercado de trabajo y los medios de comunicación, promoción de la igualdad de género fuera de la UE, a través de la integración de la legislación de la UE en los países en proceso de adhesión, en la política de vecindad europea y en las políticas exterior y de desarrollo. Los estudios económicos y sociológicos sobre la mujer en el desarrollo rural demuestran que constituyen un sector social llamado a desempeñar un papel destacado en las medidas prioritarias marcadas por cualquier programa de desarrollo rural (43). Las iniciativas comunitarias que han proporcionado más acciones de integración de las perspectivas de género son, por un lado, el programa LEADER, que surge para combatir el éxodo rural, el envejecimiento y la pérdida de empleos, a través de un enfoque territorial descentralizado, puesto en marcha por los Grupos de Acción Local (GAL), y su última fase, el LEADER +, ha dedicado una especial atención a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; por otro, el programa EQUAL, que incide fundamentalmente en la erradicación de todas las formas de discriminación y desigualdad en el mundo laboral; finalmente, el programa NOW, nacido para dinamizar a las mujeres rurales por medio de la promoción y creación de empleo. La Resolución del Parlamento Europeo de 12 marzo 2008 sobre la situación de la mujer en las zonas rurales de la UE, pide a los Estados miembros que implementen una serie de medidas de integración de la perspectiva de género en la legislación

(42) La autora cita el *Libro Blanco de la Agricultura y el Desarrollo Rural*, publicado en 2005 por el MAPA, que dedica su segunda parte a las mujeres en la agricultura y el medio rural; retos y oportunidades. También su trabajo "Políticas de igualdad y desarrollo rural", en el vol. colectivo *El desarrollo sostenible en el ámbito rural* (dir. VATTIER FUENZALIDA), antes cit., pp. 67-88.

(43) Se cita muy especialmente el estudio de la FAO, *Las mujeres en la agricultura* (Roma, 2010-2011) (*loc. cit.*, p. 163, nota 130).

de desarrollo rural en una serie de puntos tales como la mejora de los datos estadísticos, mejora del nivel educativo y de formación, acceso a las nuevas tecnologías de la información, eliminación de toda discriminación en el mercado laboral y de los mecanismos de conciliación de la vida laboral y familiar, mejora del sector servicios, diversificación de las actividades agrarias, de las condiciones de vida de las mujeres rurales, de erradicación de la violencia contra la mujer, financiación de innovación destinada a las mujeres de las zonas rurales, puesta en valor del trabajo de la mujer, con especial incidencia en la mujer emigrante, fomento del liderazgo. De todos ellos merece destacarse el ruego para que los Estados miembros, y a la Comisión Europea, para que tengan presente la situación del grupo considerable de cónyuges colaboradores –por lo general, del sexo femenino– en la agricultura y en pequeñas y medianas empresas, quienes en muchos Estados miembros carecen de una posición jurídica adecuada, lo que acarrea problemas financieros y jurídicos específicos en cuanto al derecho a licencias por maternidad o enfermedad, a la acumulación de derechos de pensión, al acceso a la Seguridad Social, y en caso de divorcio, y así, pide a los Estados miembros que desarrollen la figura jurídica de la titularidad compartida para que se reconozcan los derechos de las mujeres en el sector agrario, la correspondiente protección en materia de Seguridad Social y el reconocimiento de su trabajo. En el caso español, la LTC de 4 octubre 2011 ha cumplido inicialmente tales peticiones comunitarias (y ha sido recogido *supra*, sub C). Pero concluye la autora (44): los desafíos son más profundos y comparten los mismos fundamentos del apoyo a los jóvenes agricultores, con el agravante de la escasa valoración del trabajo femenino, la sobrecarga de tareas, la mejora de la calificación profesional que hicieron de las jóvenes del medio rural las primeras en promover el éxodo rural, las grandes protagonistas del fenómeno migratorio, causando una verdadera *masculinización del campo*, y el consiguiente efecto negativo en las tasas de natalidad. Incluso la cuestión de la titularidad compartida no parece agotarse en el modelo propuesto por la LTC, ya que parece más bien pensada para la foto fija de las mujeres que ya están en las explotaciones agrarias y son mujeres o compañeras. Reflexión que se observa en propuestas de distintas asociaciones representativas como la Unión de Pequeños Agricultores cuando afirman que ven en ella una cuestión de sus *mayores*, refiriéndose a renglón seguido a la posibilidad de que sus hijos e hijas accedan también, por una reforma legal, a un régimen específico de titularidad compartida, y que alcancen algún tipo de compensación económica por dedicación a la explotación, por ejemplo, en la sucesión. En apretadas páginas (45), la autora hace una apretada crónica normativa de las políticas públicas de relevo generacional, tanto a nivel comunitario como estatal, hasta llegar a la última reforma de la PAC, que analiza minuciosamente. Su valoración final es matizada, si bien

(44) *Loc. cit.*, pp. 165 s.

(45) *Loc. cit.*, pp. 166-172.

predomina lo positivo. A su juicio (46), y pensando especialmente en el contexto español, estatal y autonómico, es positivo seguir en la senda de programas de instalación de jóvenes agricultores, pero la tasa de fracaso relativa a la fijación poblacional efectiva, invita a insistir en otros mecanismos de políticas públicas, como puede ser la aplicación de la perspectiva de género en programas específicos de capacitación y *empoderamiento* de las mujeres en el sector agrario. Con carácter general, el impulso a la incorporación de jóvenes al sector agrario constituye una línea de actuación presente en todos los planes autonómicos de potenciación de la agricultura y del desarrollo rural de los últimos veinte años, algunos de ellos presentados como ejemplos de éxito por el número de incorporaciones. Pero algo falla, cuando años después, los datos estadísticos siguen arrojando la realidad de un perfil extremadamente envejecido de los titulares o cotitulares de explotaciones agrarias (47). A pesar de los planes empresariales de instalación propuestos en su momento, muchos de ellos han fracasado en sus primeros años de andadura, lo que obliga a la necesidad de apuntalar las medidas de estructuración del sector agrario, presentes en los dos pilares de la PAC. Lateralmente solicita cambios normativos en el ámbito del Derecho privado, que favorezcan la estructuración de un tejido empresarial agrario fuerte. Así ocurre que la propiedad rústica para fines agrícolas es recurso escaso, lo que puede explicarse por la fuerte demanda del mismo para usos urbanos e infraestructurales, un mercado rígido de suelo con fines agrarios, la inadecuación de los mecanismos sucesorios para preservar la integridad de la empresa agraria, etc. El citado Informe de 2011 del Comité Económico y Social Europeo considera urgente promover nuevos sistemas de acceso a la tierra y garantizar el acceso al crédito a través de un sistema de garantía europeo. Con cita de BALLARÍN MARCIAL (48) menciona como factores globales que originaron un cambio de modelo de explotación familiar que impidieron el relevo generacional: el agotamiento de la explotación familiar como estructura de producción dominante y sustitución por las grandes explotaciones, de modo que el 10 % de las empresas agrarias en España producen el 40 % de la producción. Aunque se ha hecho bastante en materia de arrendamientos rústicos, al efecto de facilitar el acceso a una base territorial de las explotaciones agrarias, quedan, a juicio de la autora, muchas cuestiones pendientes, como un sistema sucesorio más eficaz para la transmisión de la empresa agraria, tal vez estimulando pactos sucesorios, la elaboración de protocolos familiares, o la necesidad de repensar la titularidad compartida para los hijos e hijas colaboradores. Todo ello, concluye, puede favorecer un

(46) *Loc. cit.*, pp. 179 ss.

(47) Puede leerse en un estudio promovido por la Fundación Alternativas del año 2009: "En lo que se refiere al factor humano, se está produciendo una descapitalización por la falta de relevo generacional, el aumento de la mano de obra eventual inmigrante y la pérdida de peso de la explotación familiar" (cit. en *loc. cit.*, p. 180).

(48) BALLARÍN MARCIAL, *El papel del Derecho Agrario. La modernización de la agricultura* (Madrid, 2008), p. 251 (cit. en *loc. cit.*, p. 181).

marco de seguridad jurídica que sirva de aliciente a las nuevas generaciones para seguir dentro del sector agrario.

F) **Sostenibilidad de los recursos hídricos en el medio rural.** Corresponde a la ponencia de AMAT LLOMBART, *Régimen jurídico del agua en el marco del desarrollo rural; agua, agricultura y sostenibilidad medioambiental* (49). Sistemáticamente esta ponencia se incluye en el cap. III del volumen recensionado dedicado a los recursos, productos y economía rural. A modo de introducción recuerda el autor que la agricultura europea del siglo XXI se enfrenta al reto que propone la aplicación efectiva de los principios globales del desarrollo sostenible a la agricultura y demás actividades desarrolladas en el medio rural. En consecuencia, la nueva PAC considera objetivo prioritario la sostenibilidad medioambiental en los sistemas de producción, dado que sus agentes son grandes usuarios y consumidores finales de recursos naturales, y entre ellos, de agua. A su vez, la agricultura es susceptible de generar residuos, vertidos e infiltraciones capaces de contaminar las aguas superficiales, las subterráneas e incluso ciertos ecosistemas naturales cuya subsistencia se halla vinculada a la calidad que presentan determinadas superficies, como los humedales. En consecuencia, promover un desarrollo rural sostenible desde el punto de vista ambiental supone la adopción de medidas de gestión del uso de agua para riego desde el enfoque del control de la cantidad y de la calidad del agua consumida a tales fines. Las conclusiones del Consejo de la UE de Medioambiente celebrado en Luxemburgo el 21 junio 2011, reconocen las numerosas amenazas al agua y expresan la preocupación sobre los eventos hidráulicos extremos que han tenido lugar durante los últimos años y que el cambio climático agravará, y proponen objetivos encaminados a lograr una mayor integración de esta materia en otras políticas comunitarias, incluida la próxima reforma de la PAC.

Luego el autor expone la protección del agua en los dos pilares de la PAC, la condicionalidad de las ayudas directas y el desarrollo rural, con referencia al Reglamento 1698/2005, y luego en la propuesta de Reglamento de 12 octubre 2011. Pero la Directiva marco del agua en general es la 60/2000, de 23 octubre, cuyo objetivo básico es la fijación de un marco para la protección de las aguas superficiales continentales, las aguas de transición, las aguas costeras y las subterráneas en la UE. España ha transpuesto aquella al Derecho interno mediante la Ley 62/2003, de 30 diciembre, la cual ha incidido en la Ley de Aguas de 2001. La ponencia se centra en la exposición de esta última bajo la perspectiva de la protección ambiental de las aguas

(49) Extenso trabajo, en *loc. cit.*, pp. 279-330. Precedentemente: AMAT LLOMBART, "La progresiva convergencia de la agricultura y del Derecho agrario comunitario y español hacia parámetros de desarrollo sostenible en consonancia con la tutela medioambiental", en libro *Homenaje a Alberto Ballarín Marcial* (Madrid, 2008), pp. 159-211; "Política legislativa, estrategias y normativa sobre cambio climático, medio ambiente y agricultura", en *VVAA, Derecho agrario, agroalimentario y del desarrollo rural* (dir. del mismo autor) (Valencia, 2011), pp. 119-144.

(50), exponiendo los fundamentos de la tutela ambiental de los recursos hídricos, y los objetivos y medidas específicas (en particular, la declaración de acuífero sobreexplotado, las medidas contra la salinización de los acuíferos, los trasvases de recursos hídricos entre cuencas, medidas para preservar la calidad, y la reutilización de aguas depuradas), finalizando con la tutela ambiental de los humedales en la Ley de aguas. Dedicar también un apartado a la modernización de los regadíos españoles y ahorro de agua (51), mencionando el RD 329/2002, de 5 abril, que aprobó el Plan Nacional de Regadíos-Horizonte 2008, así como el RD 287/2006, de 10 marzo (ocasionado por las pertinaces sequías de los años 2004 a 2006), mientras que el RD 1725/2007, de 21 diciembre, finalizó el cierre de tales inversiones. Concluye el autor (52) que las obras de mejora, consolidación y modernización del regadío español están ejecutadas y financiadas, y ahora el objetivo básico es lograr una mejor gestión del agua utilizada en la agricultura, con el fin de ahorrar el máximo posible. También dedica un apartado a la modernización del regadío en la CA de Valencia.

G) Los vinos de calidad como instrumento de desarrollo rural. Avalado por una dedicación sostenida al tema (53), y por el hecho –no indiferente, sin duda– de profesar en la Universidad de La Rioja, SÁNCHEZ

(50) *Loc. cit.*, pp. 301-319.

(51) A juicio del autor, la modernización de los regadíos exige trabajar en tres niveles claramente diferenciados, pero en todo caso interdependientes. En un primer nivel, inversiones en regulación hidráulica para mejorar la disponibilidad en regadíos infradotados; también se incluyen las inversiones en la modernización de los grandes sistemas de canalización y de distribución del agua. El segundo nivel se corresponde con las que sean de titularidad de comunidades de regantes o de usuarios, pero que tienen un interés público. Un último nivel de actuaciones en los regadíos, ya existentes o de nueva creación, afectan al usuario final, al regante, con lo que nos encontramos ante la explotación o propiedad agraria. La modernización de un regadío exige medidas e inversiones al menos en estos dos últimos niveles, por lo que es imprescindible una planificación conjunta y unas medidas de fomento que resulten realmente eficaces. La reconversión de los regadíos no es una cuestión sólo de los agricultores; la Administración debe tomar medidas para evitar situaciones de deterioro y de mal uso de los recursos naturales, y establecer los mecanismos para poder actuar o resolver los problemas en los casos en que la inviabilidad de las explotaciones en su situación actual impida que los afectados puedan acometer las inversiones necesarias (*loc. cit.*, pp. 319 s.).

(52) *Loc. cit.*, p. 321.

(53) SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, "El arrendamiento rústico para plantar y aprovechar viñedo", en *Actas de las VI Jornadas de Derecho Agrario*, sobre el tema *El régimen jurídico del viñedo y tráfico jurídico privado* (Logroño, 2001), pp. 71 a 100; "El régimen jurídico de la plantación de viñedo", en *Cuadernos de Derecho Agrario* (Logroño, 2004), pp. 407 ss.; "El etiquetado y la presentación de los vinos según el Reglamento (CE) núm. 607/2009 de la Comisión, de 14 julio 2009", en *VVAA, Vino y agro-alimentación: innovación y nuevas tendencias* (edis. SALINERO CASCASTE y GONZÁLEZ-FANDÓS) (La Rioja, 2011), pp. 101-123.

HERNÁNDEZ desarrolla con gran minuciosidad y amplitud, así como con plena atención tanto al Derecho comunitario como al español interno, el tema de *Los vinos de calidad como instrumento de desarrollo rural. Etiquetado del vino y el anuncio de una calidad e identidad territorial: normativa de la Unión Europea* (54). Recuerda el autor que la UE es un importante productor de vino, ya que posee el 45 % de las superficies vitícolas del mundo, representa el 65 % de la producción mundial, el 57 % del consumo y el 70 % de las exportaciones mundiales. La calidad es una de las características esenciales de la viticultura de la UE. Por ello, los programas de desarrollo rural aplicados por los productores de vino incluyen medidas para promover vinos de calidad, el apoyo a las prácticas respetuosas con el medio ambiente, ayuda a la inversión en el mantenimiento del paisaje y a la promoción y comercialización de los vinos de calidad. La contribución del sector vitivinícola no sólo es considerable en cuanto a ingresos, sino que mantiene relaciones importantes con otros ámbitos de la economía rural; allí donde las viñas adornan el paisaje, el sector vitivinícola genera puestos de trabajo, contribuye a mantener el tejido rural y estilo de vida que tiene que ver con nuestra civilización occidental. No sólo se percibe como una tradición, un modo de vida y una ancestral relación con la tierra, sino que además se presenta como una importante actividad económica que –a través de un largo proceso histórico y técnico ha mejorado los métodos de cultivo, la selección de las cepas y los procesos de vinificación– constituye la base del desarrollo de las zonas de producción, generando renta para su población al tiempo que la fija al territorio. Puede decirse que la producción y elaboración del vino de calidad, al favorecer su desarrollo, mantiene vivo el mundo rural.

Al menos en dos aspectos, la producción, elaboración y venta del vino de calidad, con indicación geográfica, repercute en el desarrollo rural. Por un lado, en el mantenimiento de una población agraria que ocupa un buen número de puestos de trabajo que genera tanto el cultivo de la viña como la elaboración del vino, siendo elevado el porcentaje de parcelas destinadas al cultivo de la vid; a los viticultores titulares hay que agregar el trabajo estacional en época de vendimia. Las bodegas generan empleos para operarios, técnicos especializados, gestores, especialistas en marketing, etc. Si la actividad se realiza en cooperativas, concurre el valor añadido de que todo el proceso revierte en los socios cooperativistas, en su mayoría pequeños y medianos viticultores. Por otro, aun cuando sea de modo indirecto, también la oferta de servicios se beneficia de la producción y comercialización de los vinos de calidad con indicación geográfica y de las rentas que genera, ya sea por la necesidad de desarrollar el comercio, realizar gestiones y operaciones financieras o de proporcionar diversos suministros y reparaciones de la maquinaria. Además, en las zonas vitivinícolas con DOP e IGP, existen bienes y valores intangibles que afectan a la imagen del territorio; cuentan con una cultura e imagen característica que gira en torno al enoturismo y al

(54) *Loc. cit.*, pp. 331-374.

ecoturismo, asociados a productos locales y al territorio al que representan; el enoturismo, las rutas turísticas constituyen una herramienta de desarrollo rural que generan actividades económicas complementarias, son una oportunidad de promoción de las bodegas, se caracteriza por sus atractivos naturales y medioambientales, culturales y gastronómicos, que termina por mejorar la imagen de la propia zona rural. Luego desarrolla la idea de que la presentación y el etiquetado del vino de calidad con identidad territorial es un instrumento para el desarrollo rural.

Se centra en el Reglamento (CE) 607/2009 de la Comisión, de 14 de julio 2009, sobre etiquetado y presentación de los vinos, ocupándose de describir las indicaciones obligatorias (grado alcohólico adquirido, procedencia, productor, embotellador, importador y vendedor, explotación vitícola, contenido de azúcar, núm. de Registro de Envasadores de Vinos) y facultativas [año de la cosecha (55), variedad de uva, caso de vinos sin denominación de origen o indicación geográfica protegida, símbolos comunitarios, términos referidos a determinados métodos de producción –fermentados o envejecidos en botella–, unidad geográfica menor o más amplia que la zona abarcada por la DO o IG y referencias a la zona geográfica]. Finaliza con un curioso apartado dedicado a determinadas formas y cierres de botella específicas, al menos con antigüedad de 25 años de su utilización exclusiva, legítima y tradicional, que prevé el anexo XVII del Reglamento de 2009.

H) **Turismo rural.** Además de alusiones ocasionales en otras ponencias, en el volumen recensionado figuran las dos siguientes aportaciones específicas:

DE CASTRO VÍTORES, *Turismo en el espacio rural* (56); y

PEÑA ALONSO, *El turismo como motor de la economía; Reflexiones para seguir creciendo en el turismo rural* (57).

Se trata de dos ópticas diversas para tratar el mismo tema, jurídico en la primera y fundamentalmente económico y hasta profesional, la segunda, con gran número de gráficos y estadísticas. Tema de evidente actualidad, con inmediata proyección práctica bajo el principio inspirador del Desarrollo rural que ha presidido la investigación culminada en el volumen recensionado. Tema de reciente origen, aunque en España ya se habla de su evolución histórica y, sobre todo, de su diversificación autonómica. Tema que sin con-

(55) Para quien no es experto en la materia, llama la atención que el referido año de la cosecha podrá aparecer en las etiquetas de vino, vino nuevo en proceso de fermentación, vino de licor, vino espumoso, vino espumoso de calidad, espumoso aromático, espumoso gasificado, vino de aguja, vino de aguja gasificado, mosto de uva, mosto de uva parcialmente fermentado, mosto de uva concentrado, vino de uvas pasificadas, vino de uvas sobremaduras, a condición de que al menos el 85 % de las uvas utilizadas hayan sido vendimiadas el año en cuestión (*loc. cit.*, p. 356). ¿Algún catador experto podrá diferenciarlos?

(56) *Loc. cit.*, pp. 399-439.

(57) *Loc. cit.*, pp. 441-485.

vertirse en dogmático o metafísico, permite variaciones y diferenciaciones de gran interés (58), y, sobre todo, que parecería exigir un tratamiento jurídico al margen del *boom* turístico (sol y playa) desarrollado ante nuestros ojos también hace pocos decenios.

Afirma DE CASTRO VÍTORES (59) que el gran desarrollo del turismo rural en España hemos de situarlo en los últimos 25 años, y cabe decir que nos encontramos en un momento muy interesante de su desenvolvimiento, pues transcurrida una primera fase de *gran expansión inicial* o *en estado bruto*, ha comenzado últimamente un periodo de *decantación*, en que no se trata sólo de impulsar la cantidad de oferta (que sigue incrementándose), sino que hay que incidir en aspectos cualitativos, rellenándose ciertas lagunas. Introduce a continuación aspectos comparativos: así, señaladamente, el francés, que comenzó con anterioridad y ha alcanzado un grado notable de perfeccionamiento en varias facetas; también otras experiencias como el turismo rural austriaco, el *agriturismo* italiano, etc. Según el INE, en 1959 el turismo rural español tenía 14.000 establecimientos abiertos, con un balance próximo a ocho millones de pernoctaciones, lideradas por Castilla y León (más de millón y medio), seguida por Cataluña (que excedió del millón de pernoctaciones).

Como balance de la situación hasta finales de la primera década del siglo actual cabe apuntar que algunos objetivos iniciales no se desarrollaron como esperaban algunos especialistas. Se notó una presencia de promotores urbanos en detrimento de los locales; en términos de complementariedad de rentas, no ha representado tanto como se deseaba en sus inicios; tampoco se imaginaba el aplastante predominio del alquiler completo, frente al compartido, etc. Pero es también claro el beneficio global del turismo rural, en términos de riqueza y empleo, especialmente femenino; estando en el núcleo de los avances que han podido obtenerse en *desarrollo local*.

En los últimos años ha cambiado mucho con la generalización de las nuevas tecnologías (Internet, redes sociales, *Youtube*, *wikis*, o los *blogs*), o los cambios de los modelos tradicionales, que comportan una mayor implicación del propietario, desarrollando acciones que favorecen la sostenibilidad y, sobre todo, la diferenciación, convirtiendo los recursos que le ofrece

(58) Bajo el modesto epígrafe de *Notas acerca de la "conceptualización" de la actividad y sus modalidades*, el autor, con abundante bagaje doctrinal (PÉREZ FERNÁNDEZ, *Régimen jurídico del turismo rural*, Madrid, 2001; BARDÓN FERNÁNDEZ, "El turismo rural en España. Algunas iniciativas públicas", en *Rev. de Estudios Turísticos*, 1987, pp. 63 ss.; CEBRIÁN ABELLÁN, "El turismo rural sostenible", VVAA, *Turismo rural y desarrollo local* (coord. por él mismo, Cuenca, 2008, pp. 49 ss.; MELGOSA ARCOS, "Turismo rural y turismo activo", en VVAA, *Estudios de Derecho y Gestión Ambiental*, coord. por él mismo, I, Ávila, 1999, pp. 478 ss.), trata de fijar y delimitar cuidadosamente los conceptos de agroturismo, ecoturismo, turismo de la naturaleza y similares, turismo activo, deportivo y de aventura (*op. cit.*, pp. 405-412).

(59) *Loc. cit.*, pp. 425 ss.

el entorno en recursos turísticos. A las siete CCAA que han legislado sobre el tema, se han unido últimamente Galicia (2008) y Castilla y León (2010).

Las CCAA han intentado ir afinando la normativa relativa al turismo rural, influyéndose unas a otras y a la vez moviéndose en direcciones a veces divergentes; en muchos casos las reformas tienden a flexibilizar las exigencias sobre instalaciones y los requisitos para ser promotor, admitiendo diversas categorías, se advierte también en otras un particular rigor al valorar la vinculación del titular con el municipio en que se ubica el establecimiento.

Con cita de TUDELA ARANDA (60) distingue tres generaciones de normas autonómicas relativas especialmente a los alojamientos rurales: i) las aprobadas desde mediados de los años ochenta hasta principios del noventa; ii) las dictadas desde 1995 hasta 1999; y iii) a partir del Decreto andaluz 20/2002, de 29 enero, que resulta original por intentar una regulación integral del turismo en el medio rural, y que ha sido imitado por otras CCAA.

Hay una gran diversidad de tipologías de alojamiento, aunque la figura de la *casa rural* es la más común, pero se trata de acomodarse a su arquitectura rural. Esta heterogeneidad entraña algunos inconvenientes, como la confusión inducida en el consumidor y la dificultad para su comercialización exterior. La doctrina y los profesionales del sector aconsejan la convergencia normativa y categorial, no lograda hasta ahora. Ciñéndonos a las tipologías hay más de veinte, y ulteriormente han proliferado en su interior, alcanzándose más de cincuenta denominaciones. Las más comunes son: *casa rural*, en sentido estricto (asumida por trece Comunidades); *hotel rural* (por diez); *apartamento rural* (por siete); y *agroturismo* (en cinco), recogiendo-se en más de una normativa la de *albergue turístico* y *camping rural*.

En el itinerario histórico que ha recorrido la normativa española sobre turismo rural, y tomando por modelo la experiencia francesa, se hace patente en los últimos tiempos la fuerte tendencia hacia la valorización de la calidad, cada vez más sentida por el conjunto de asociaciones y redes que se están estableciendo y arraigando. Vinculada con la calidad, aparecen el desarrollo de *cartas de buenas prácticas* y la distinción por categorías vinculadas a la calidad del alojamiento y del servicio (61). Se han creado marcas de calidad en diversas CCAA, como las *Casonas Asturianas*, las *Posadas Reales de C. L.*, el distintivo de *Cantabria infinita*, o *Nobles del Reyno* en Navarra. Cabe también obtener el distintivo de la Q de calidad turística que gestiona el Instituto para la Calidad Turística Española (ICTE), organismo privado, sin ánimo de lucro, independiente, creado en el año 2000 y reconocido a nivel nacional, que sustituye a una serie de organismos sectoriales. Pero las CCAA tienen sus propios modelos de calidad. En C. y L., la *Guía de alojamientos turísticos accesibles* incluye alojamientos rurales que permiten el acceso de forma autónoma y normalizada a personas con discapacidad

(60) "Régimen jurídico y renovación del turismo rural", en *Rev. Arag. de Administración Pública*, diciembre 2007, p. 283 (*loc. cit.*, p. 428).

(61) *Loc. cit.*, p. 431.

y posean, al menos, una habitación adaptada. Actualmente hay que destacar la importancia que asumen hoy determinadas asociaciones en materia de *calidad rural*. La ponencia finaliza con interesante información sobre la *Charte ferme de Séjour "Bienvenu à la ferme"*, ejemplo de Código de buenas prácticas, a la que puede compararse la Asociación Española de Turismo Rural (ASETUR), que ha propuesto un sistema de clasificación representado por *espigas (de una a cinco)*; y también sobre el trabajo de la Federación de Asociaciones de Turismo Rural (*Eurogites*). Concluye con algunas interesantes reflexiones o sugerencias jusprivatistas (62).

La ponencia de PEÑA ALONSO ofrece sobre todo soluciones prácticas con base en la sociología y la estadística (63), bajo una óptica de economía globalizada y no precisamente agraria (64), por lo cual considero oportuno fijarme en sus valoraciones finales y propuestas de mejoras (aptas, algunas, para incluirlas inmediatamente en un programa de actuaciones administrativas, o, incluso, en una campaña electoral) (65).

El desarrollo del turismo rural está demostrando su eficacia como motor de desarrollo económico y como factor de reequilibrio territorial. Las Administraciones públicas deben realizar una apuesta en firme por tipificar y definir las diferentes actividades susceptibles de integrar dicho concepto para corregir las distorsiones (66) que se están produciendo. El tratamiento uniforme potenciará los recursos turísticos al servicio de un desarrollo sostenible de las áreas rurales y también la calidad y seguridad de los derechos de los clientes.

Tal vez por la diferencia temporal de acceso al mercado, seguimos presentando algunas diferencias significativas respecto al turismo rural en Europa. Así, se echan de menos ofertas más especializadas para captar una demanda diversa y más exigente y fórmulas para fidelizar a los potenciales clientes, y sobre todo incrementar los índices de pernoctaciones. Se sigue

(62) *Loc. cit.*, pp. 438 s.

(63) A título más bien de anécdota menciono aquí el porcentaje del mayor número de extranjeros no residentes que practicaron el turismo rural en España durante 2011, según fuentes del INE (*loc. cit.*, p. 474):

i) Alemania	100.902	viajeros (30,08 %)	576.674	pernoctaciones (37,89 %)
ii) Reino Unido	54.305	" (16,19 %)	245.353	" (16,12 %)
iii) Francia	54.146	" (16,14 %)	208.759	" (13,72 %)
iv) Países Bajos	20.539	" (6,12 %)	109.838	" (7,22 %)
v) Resto Europa	26.016	" (7,76 %)	116.748	" (7,67 %)
vi) EEUU	11.853	" (3,53 %)	37.031	" (4,01 %)

Todo ello, sin perder de vista que por ahora la demanda del turismo rural se concentra principalmente en el sector del turismo nacional (*loc. cit.*, p. 451).

(64) Lo que, en el pensamiento del autor, no significa necesariamente contraposición, sino más bien complementariedad de perspectivas.

(65) *Loc. cit.*, pp. 477 ss.

(66) Las ha descrito previamente debido a que las diferentes normativas regionales y las diversas tipologías que se utilizan no contribuyen a delimitar un concepto uniforme y coordinado de turismo rural en todo el territorio nacional (*loc. cit.*, pp. 449 ss.).

manteniendo distancia excesiva entre los servicios propios de alojamiento y los servicios complementarios, poco relacionados con los agricultores y poco coordinados con los de alojamiento. No debe olvidarse que, por razón de la crisis la demanda interna se ha resentido, tanto en número de turistas como en número de pernoctaciones. El futuro pasa por ofrecer a los viajeros servicios más personalizados según su diferente tipología. La comercialización y difusión de los paquetes turísticos bajo estas condiciones constituye la mejor garantía para la consecución de los objetivos.

Insiste en la necesidad de superar las diferentes clasificaciones de las diferentes tipologías de los establecimientos incardinados dentro del turismo rural (67), proponiendo la uniformidad en la clasificación de los distintos establecimientos de turismo rural mediante *espigas*, en función de diversos criterios, como calidad, accesibilidad y sostenibilidad de los servicios prestados. Las distintas Administraciones públicas competentes deben integrar y armonizar sus políticas de apoyo, adoptando medidas de fomento que respondan al objetivo común de garantizar una oferta de calidad y la conservación de los ecosistemas de la zona. Debe apostarse claramente por consolidar nuevas modalidades de turismo rural, colaborando con los titulares de las explotaciones de turismo rural, potenciando la formación de los recursos humanos vinculados a la actividad, la innovación en nuevos productos turísticos y en nuevas tecnologías de comunicación.

Sugiere realizar las acciones siguientes:

- desarrollo del turismo como elemento de cohesión territorial y factor de recuperación de empleo;
- coordinación de las Administraciones locales, regionales y estatales para fomentar marcas turísticas estratégicas;
- coordinación entre los sectores públicos y privados para aprovechar sus sinergias al servicio de una política de comercialización conjunta;
- mejorar todos los servicios que se prestan a los turistas según sus perfiles de demanda, en sus derechos como consumidores, en las infraestructuras de acceso y en la señalización e información de los servicios ofertados;
- mejorar la estacionalidad del turismo rural;
- avanzar en campañas de marketing turístico con acciones selectivas en los mercados de referencia, con el objetivo de hacer ofertas adecuadas que permitan una expansión de mercados;
- implantar ecosistemas digitales y tecnologías avanzadas de información y comunicación.

(67) Minuciosa –y pintoresca, añade el recensor– enumeración, en *loc. cit.*, pp. 478 s. Con base en el Informe *Temas candentes para el turismo en el 2012. Hacia una mayor competitividad en el sector*, realizado por PWC, según el cual la convergencia de las políticas turísticas de las CCAA hacia conceptos y valores más homogéneos en función de la demanda, son los principales reclamos del sector turístico (*loc. cit.*, p. 479).

Propone acciones concretas para dirigir, en particular, a los turistas no residentes y que constituyen un colectivo muy numeroso (68).

— El mayor número de visitantes extranjeros se produce durante los meses de mayo a octubre, por lo cual se deberían centrar las campañas en dichos periodos;

— Los turistas extranjeros provienen principalmente de Alemania, Reino Unido, Francia e Italia; pero debe recordarse que quienes realizan un gasto más elevado proceden de Japón, Reino Unido, Países nórdicos y Suiza; por ello, la oferta de productos debería dirigirse especialmente a los clientes con mayor potencialidad de visitas y de gasto medio;

— Las Comunidades más visitadas por los turistas en general son Canarias, Baleares, Cataluña, Comunidad Valenciana y Andalucía; comunidades que también cuentan con recursos suficientes de turismo rural, por lo cual deberían promocionarse los *paquetes integrados*. En 2011, el incremento del gasto en esta modalidad ha sido del 30,8 %;

— En los años 2010 y 2011 se incrementaron considerablemente (23 % respecto a 2009) los turistas que incluyeron entre los motivos para la realización del viaje la cultura, y lo mismo el turismo de salud, balnearios, etc. El autor opina que debería aprovecharse este repunte para acercar el turismo rural a este tipo de turistas, especialmente a los procedentes de Asia y América, que demandan especialmente el producto cultural;

— El perfil de nuestro turista internacional, en general, tiene entre 24 y 65 años, el 57 % tiene estudios universitarios, el 76,1 % trabaja, y casi el 82 % declara una renta media. La oferta del turismo rural debería singularizarse considerando estos perfiles;

— La mayoría de los turistas que nos visitan lo hacen en pareja, con familiares o amigos; apenas el 20 % lo hace solo. El turismo rural presenta una estructura muy idónea para satisfacer el turismo en grupo;

— La fidelidad de los turistas a nuestro país es muy alta. El 83,5 % ya nos había visitado alguna otra vez, el 41 % lo había hecho en más de diez ocasiones; la media de permanencia en España supera los diez días. El autor ve aquí un motivo para promocionar paquetes integrados junto con turismo de sol y playa;

— Por lo demás, en 2010 y 2011 se ha producido en España en el turismo rural un crecimiento próximo al 20 % con relación a los turistas no residentes. Es un dato que permite seguir apostando por esta modalidad turística.

Finaliza con unas sabrosas consideraciones sobre la política fiscal de reducción de tipos impositivos, y las tasas o ecotasas que pretenden gravar las estancias turísticas (antes en Baleares, ahora en Cataluña), acciones, sin duda, contradictorias entre sí.

I) **Agrupación y Cooperación de los agricultores.** Bajo este título, M.^a Teresa de Vico CARRANCHO HERRERO trata de un tema quizá de los menos

(68) *Loc. cit.*, p. 482.

actualmente estudiados por los agraristas y que precisan también de mayor desarrollo normativo en todos los ámbitos (69). Se centra en el análisis del Reglamento comunitario relativo al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER). Recuerda la autora que una de las características de los mercados agrarios es la oferta atomizada o dispersa de sus productos, lo que contrasta con la mayor concentración de los eslabones subsiguientes en la cadena alimentaria, en particular en el eslabón final de las grandes superficies. La escasa competitividad que esta circunstancia provoca no permite un adecuado desarrollo económico de las explotaciones, ni favorece el desarrollo sostenible de las zonas rurales, objetivo prioritario de la política agrícola comunitaria. Además, la necesidad de concentrar la oferta se ha puesto de relieve tras el proceso de liberalización de los mercados internacionales, siendo de destacar que en España la concentración de productores no tiene la fuerza que sería necesaria. En la Propuesta de Reglamento se incluye una Asociación Europea para la Innovación en materia de productividad y la Sostenibilidad Agrarias, destinada a fomentar un uso eficiente de los recursos, construir puentes entre la investigación y la práctica y, en general, alentar la innovación. Esta Asociación funciona mediante grupos operativos encargados de proyectos innovadores y cuenta con el apoyo de una Red. Asimismo, se refuerza y amplía la actual medida de cooperación, ampliando sus tipos. Ya en el Reglamento 1698/2005, relativo a la ayuda al desarrollo a través del FEADER, establecía que la mejora de la competitividad de los sectores agrario y silvícola es uno de los objetivos que se persigue con los ejes definidos en el mismo. Otra de las prioridades es la de fomentar la organización de la cadena de distribución de alimentos y la gestión de riesgos en el sector agrícola, haciendo especial hincapié en una mayor integración de los productores primarios en la cadena de distribución de alimentos a través de sistemas de calidad, promoción en mercados locales y circuitos de distribución cortos, agrupaciones de productores y organizaciones interprofesionales, así como en apoyar la gestión de riesgos en las explotaciones.

Las Agrupaciones de productores se describen en el art. 28, Considerando 27, de la Propuesta en los términos siguientes: "Las agrupaciones de productores ayudan a los productores a afrontar conjuntamente los desafíos planteados por el aumento de la competencia y la consolidación de los mercados consumidores de materias primas en relación con la comercialización de sus productos, incluso en los mercados locales. Para garantizar el mejor aprovechamiento de los recursos financieros limitados, es conveniente que se beneficien de la ayuda únicamente las agrupaciones de productores que se consideren PYMEs. Con el fin de cerciorarse de que la agrupación de productores se convierte en una entidad viable, el reconocimiento de la misma por los Estados miembros debe supeditarse a la presentación de un plan empresarial. Para evitar la concesión de ayudas de funcionamiento y

(69) *Loc. cit.*, pp. 487-512.

mantener el papel incentivador de la ayuda, la duración máxima de la misma debe ser de cinco años" (70). En nuestro Derecho interno sólo contamos con la Ley 29/1972, de 22 julio, de Agrupaciones de Productores Agrarios, todavía en vigor, que puede servir como referencia pero que razonablemente entiende la autora que debiera actualizarse. Normalmente las agrupaciones de agricultores se llevan a cabo mediante la constitución de una cooperativa, regida a nivel estatal por la Ley 27/1999, de 16 julio, y por la legislación autonómica. El art. 93 de aquélla establece que son cooperativas agrarias las que asocian a titulares de explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales, que tienen por objeto la realización de todo tipo de actividades y operaciones encaminadas al mejor aprovechamiento de las explotaciones de sus socios, de sus elementos o componentes de la cooperativa y a la mejora de la población agraria y del desarrollo del mundo rural, así como atender a cualquier otro fin o servicio que sea relacionados con ellas. Noción amplia que permite incluir como socios a las sociedades agrarias de transformación, las comunidades de regantes, las comunidades de aguas, las comunidades de bienes y las sociedades civiles o mercantiles que tengan el mismo objeto social o actividad complementaria y se encuentre comprendido en la definición legal de este tipo de cooperativa. A continuación la autora describe las sociedades agrarias de transformación (reguladas por el RD 1776/1981, de 3 agosto), las asociaciones en sentido amplio, las sociedades civiles, y las asociaciones en sentido estricto (regidas por la LO 1/2002, de 22 marzo, y la legislación autonómica), mencionando la autora de modo concreto la posibilidad, e incluso conveniencia, de constituir asociaciones que presten servicio de gestión y asesoramiento a las explotaciones agrarias (71). Al no contar en el Derecho interno con una definición de la PYME, la autora entiende que debe aplicarse la definición contenida en el Reglamento (CE) 800/2008, de la Comisión, de 6 agosto 2008 (72).

En relación con la *cooperación* en general indica la autora que las empresas acuden a ella como estrategia de desarrollo de su explotación, porque abarata costes de producción y de organización, permite una mejor distribución del producto, mayor expansión interna y externa, factores todos ellos que se consideran factor esencial del éxito de una empresa hoy día. Ello no es ajeno al sector agroalimentario, como lo puso de relieve el Reglamento de 2005, en cuyo Considerando 24 se aludía al fomento de la cooperación entre los agricultores y la industria de transformación de los alimentos y las

(70) La autora desarrolla este Considerando en *loc. cit.*, pp. 491-493.

(71) *Loc. cit.*, pp. 504 s.

(72) En el Derecho comunitario *pequeña empresa* es una empresa que ocupa a más de 10 y menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual no supera los 2 millones de euros. Será *mediana empresa* la que ocupa entre 50 y 250 personas y cuyo volumen de negocios anual supone los 10 millones de euros sin exceder de 50 millones, o cuyo balance general anual supere los 10 millones de euros, sin exceder de 43. *Microempresa* es la que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual no supera los 2 millones de euros (*loc. cit.*, pp. 506 s.).

materias primas y demás interesados. Pero la realidad demuestra que la cooperación no ha alcanzado el nivel que sería deseable, y el Considerando 36 de la propuesta de Reglamento mencionado afirmaba que en el periodo de programación 2007-2013 sólo está recibiendo ayuda un tipo de cooperación, la dirigida al desarrollo de nuevos productos, procesos y tecnologías en el sector agrícola y alimentario y en el sector forestal. El apoyo a un número mayor de tipos de cooperación, alcanzando a una gama mayor de beneficiarios, puede contribuir a que se alcancen los objetivos de la política de desarrollo rural ayudando a los agentes económicos de las zonas rurales a superar las desventajas económicas, medioambientales y otras desventajas de la fragmentación. Se trata también de apoyar a los pequeños agentes económicos para que puedan organizar procesos de trabajo comunes y compartir instalaciones y recursos, lo que les ayudará a ser económicamente viables a pesar de su pequeño tamaño. Otro instrumento importante lo constituyen las estrategias de desarrollo local que funcionan fuera del ámbito del desarrollo local LEADER, entre los agentes públicos y privados de las zonas rurales y urbanas. La concreción de la ayuda relativa a la cooperación se recoge en el art. 36, con la que se trata de fomentar ciertas formas de cooperación entre, al menos, dos entidades. Esto implica que la ayuda no se presta para cualquier tipo de cooperación entre entidades, sino sólo para las que se lleven a cabo para los fines que aquel precepto establece (73).

J) **El Programa LEADER de Desarrollo Rural.** La Ponencia desarrollada por el prof. PRIETO ÁLVAREZ (74), con que se cierra el volumen, aparte su óptica publicista al ser prof. titular de Derecho Administrativo, la enriquece notablemente al dar a conocer detalladamente la figura de los Grupos de Acción Local (GAL), vinculados estrechamente al Programa LEADER (*Liaisons entre Activités de Développement de l'Économie Rural*), cuya actividad se relanza en la Propuesta de 2011; accesoriamente, lo adorna con algunos planteamientos jurídicos problemáticos que el autor afronta con propuestas sugerentes.

El autor, experto en el tema (75), piensa que para comprender adecuadamente la técnica del Programa mencionado hay que seguir históricamente ciertas evoluciones en el tratamiento comunitario del desarrollo rural, pues inicialmente los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas omitieron cualquier referencia expresa tanto a los desequilibrios entre unas regiones y otras como a las singularidades de los espacios rurales frente al resto, que pudieran demandar una específica acción auxiliadora y equilibrante. En relación con lo primero, ya en los años setenta la Comunidad

(73) Sobre la actuación de estos interesantes Grupos Operativos –al parecer, poco desarrollados entre nosotros–, cfr. *loc. cit.*, pp. 510-512.

(74) PRIETO ÁLVAREZ, *Los Grupos de Acción Local en el Programa "Leader" de Desarrollo Rural*, *loc. cit.*, pp. 513-547.

(75) *Ayudas agrícolas nacionales en el Derecho comunitario* (Madrid-Barcelona 2001).

fue consciente de que los mecanismos instituidos no servían por sí solos para neutralizar las diferencias entre las regiones europeas, y por ello tomó impulso una *política regional comunitaria* como acción estructural, cuyo primer hito fue la creación, en 1975, del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). Respecto a lo segundo, el Tratado de Roma no contemplaba el mundo más allá de lo relativo a la agricultura. Hay que esperar al Acta única de 1986 para que se introdujera un nuevo título bajo la rúbrica *Cohesión Económica y Social*. En 1988 la Comunicación de la Comisión al Parlamento se refiere al tema *El futuro del mundo rural*, abogando por que la pretensión de desarrollo equilibrado y de mejora en las condiciones socioeconómicas pasa por impulsar los nuevos contenidos y funciones que se reconocen en la ruralidad. De la evolución de la política de estructuras, que representaba la PAC, se pasa a la *multifuncionalidad de la agricultura europea* y en general del mundo rural, que la Agenda 2000 recogió expresamente como apuesta de futuro. Así sucedió que la política de desarrollo rural se erigió en el *segundo pilar* de la política agrícola. Además, normas posteriores del primer pilar (la PAC de mercados) han tendido puentes con el segundo y resaltado la trascendencia de estos nuevos intereses no agrarios (como ocurre con el establecimiento de la ecocondicionalidad para el pago único). Por otra parte, también evoluciona en la misma dirección la política regional, de modo que a partir del Reglamento (CEE) núm. 2052/88, la política de desarrollo rural se convierte en un elemento de cohesión económica y social, que realiza una triple función (productiva, social y ambiental) en el conjunto de las zonas de la UE. Parece una realidad que hoy la política de desarrollo rural constituye la base de la cohesión económica y social. Por otra parte, se produce una importante evolución del modelo centralizado al local de desarrollo (76), de cuya bondad se ha hecho eco la Comisión Europea en su Comunicación de 9 noviembre 2010 sobre las *Conclusiones del V Informe sobre la cohesión económica, social y territorial: el futuro de la política de cohesión*, apostando por el reforzamiento de la función de tales planteamientos en el ámbito de la misma.

A juicio del autor (77), la gran aportación de la metodología LEADER radica en que en sus distintas etapas ha ido consolidando las características inherentes al principio de efecto ascendente o *bottom-up*, a saber, la participación directa de la sociedad civil a través de sus representantes en la asociación local y el diálogo permanente con la población local sobre las prioridades del desarrollo futuro; lo que implica un planteamiento “de abajo arriba” basado en la naturaleza específica de los problemas locales; en otros términos, “autonomía, protagonismo y responsabilidad de la población rural, de la sociedad civil, organizada bajo la fórmula de Grupos de

(76) En el primer Programa LEADER se decía: “La recuperación del equilibrio de las actividades y la conservación de un entramado socioeconómico suficientemente diversificado requieren un enfoque resueltamente endógeno y local que se apoye en la capacidad de acción y en los conocimientos técnicos”.

(77) *Loc. cit.*, p. 518.

Acción Local" (SÁENZ BARRIO), convirtiendo con ello en elemento clave de este proceso "la participación activa de la población que vive en ese territorio rural" (SANCHO, MARTÍNEZ y MARTÍN). El entusiasmo por este *protagonismo social* en la acción europea a favor del desarrollo se ha plasmado en documentos y propuestas de la Unión. En la citada Comunicación de la Comisión de 2010, se plantea el siguiente interrogante: ¿cómo se puede mejorar el principio de colaboración y participación de las partes interesadas locales y regionales, los interlocutores sociales y la sociedad civil? La propuesta de Reglamento de 2011 por el que se establecen disposiciones comunes relativas a los distintos Fondos, incluidos ahora en el Marco Estratégico Común, invoca y relanza el concepto de *desarrollo local participativo*, proponiendo que se refuercen las iniciativas dirigidas por las comunidades, y que se faciliten la aplicación de estrategias de desarrollo local integradas y la formación de Grupos de Acción Locales, basándose en la experiencia del enfoque LEADER. Remacha el autor (78): Lisa y llanamente, se pretende que la metodología ascendente de desarrollo desborde el ámbito rural (en el cual seguirá siendo herramienta importante, financiado con su fondo específico), y se proyecte sobre otros espacios subregionales.

Concretándose a la génesis y evolución del Programa LEADER, tanto en el ámbito comunitario como en su proyección interna, recuerda el autor que es una creación de las instituciones europeas cuyo origen remoto se puede situar en la reflexión sobre el futuro del mundo rural que se emprendió siendo comisario de agricultura Frans ANDIESEN y se puso en marcha años más tarde. Arranca la iniciativa con una Comunicación de la Comisión a los Estados de 15 marzo 1991, al amparo del art. 11 del Reglamento CEE núm. 4253/88. Se contemplaba la utilización de la subvención por parte de los grupos locales de desarrollo rural, en cuyo funcionamiento debían tener una participación activa los agentes económicos y sociales locales. Estos Grupos, que podrían ser públicos, privados o mixtos, serían seleccionados conjuntamente por los Estados miembros y la Comisión, conforme a criterios de garantía de solvencia, capacidad administrativa, implantación local y participación de los agentes económicos y sociales; y habrían de actuar como gestores de dotaciones económicas globales coordinadas por el organismo nacional, dotaciones que habrían de asignarse en función de un programa local de desarrollo rural. El éxito de esta iniciativa motivó su relanzamiento bajo el nombre de LEADER II, el 15 junio 1994 (a título indicativo se mencionaban territorios de menos de 100.000 habitantes, y se designaba por los interlocutores un responsable administrativo y financiero -RAF- con capacidad para administrar subvenciones públicas). Los resultados positivos de ambas iniciativas llevan a la Comisión, con apoyo en el Reglamento (CE) núm. 1260, de 21 junio 1999, a establecer la LEADER +. Durante los diez primeros años de funcionamiento se consolidó el protagonismo de los GAL en la gestión de estos programas de desarrollo rural, de suerte que la

(78) Loc. cit., p. 519.

Conferencia de Desarrollo Rural celebrada en Salzburgo en noviembre de 2003 señaló a este enfoque o metodología como el modelo arquetípico para el desarrollo rural y acordó potenciar los mecanismos de asociación entre, asociaciones públicas y privadas y la sociedad civil (79). El Reglamento (CE) núm. 1698/2005 del Consejo, de 20 septiembre 2005, regula el desarrollo rural a través del Fondo Europeo de Desarrollo Rural (FEADER), a cuyo amparo se está desarrollando el programa comprendido entre 2007-2013. La norma sigue definiendo el enfoque LEADER como ascendente, con el valor añadido que ello comporta y que compensa los riesgos del sistema; ello supone otorgar a los GAL un poder decisorio sobre la elaboración y aplicación de una estrategia de desarrollo rural. Cabe afirmar que desde 1991 la metodología LEADER está presente en la UE, no habiendo dejado de crecer, de suerte que en la Europa de los 25 se han constituido más de 2.200 Grupos, siendo positivas las valoraciones que de ellos ha hecho tanto el PE como el Comité de las Regiones.

En España, el tejido asociativo que han creado estas redes de desarrollo rural está compuesto por más de 250 Grupos, que suponen un mosaico muy variado en cuanto a dimensión, organización, métodos de trabajo y relaciones institucionales, previéndose en las respectivas regulaciones autonómicas tres formas jurídicas (asociaciones –que es la habitual–, pero también fundaciones y consorcios). En la actuación de los GAL confluyen las competencias estatales y autonómicas. El RD 2/2002, de 11 enero, por el que se regula la aplicación de la iniciativa LEADER +, a juicio del autor (80), tiene el valor de haber sido la norma básica vertebradora del programa, aunque caben dudas sobre su vigencia pese a no haber sido expresamente derogado. La Ley 45/2007, de 13 diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural, hace una invocación del programa aludido, y en su art. 40 crea la *Mesa de Asociaciones para el desarrollo rural*, como órgano de participación, información y consulta en el que se garantiza la presencia de representantes de las Redes de Desarrollo rural, que agrupan a los GAL. Todas las CCAA han asumido en sus Estatutos *competencias exclusivas* (81) en materia de agricultura y desarrollo rural, convirtiéndose en protagonistas de sus propias políticas de desarrollo rural y en ejecutores del Estado y de la UE en la misma materia, siendo muy variados los enfoques existentes en cada una de ellas acerca del papel de los GAL, resultando que para el periodo 2007-2013 la CE ha aprobado 17 Programas de Desarrollo Rural (82) (PDR). Describe, a continuación, las relaciones jurídicas subyacentes,

(79) Se ha dicho que el LEADER I fue un *experimento*, el Laeder II, un *laboratorio*, y el LEADER + permitió llegar a un estadio de *madurez* en 2006.

(80) *Loc. cit.*, p. 525.

(81) El autor opina que, en realidad, son sólo *nominalmente* exclusivas (*loc. últim. cit.*).

(82) El hecho cierto es que, a la vista de esta diversificación territorial, puede llegar a peligrar la pureza del enfoque LEADER como marco que debe presidir las iniciativas generadas en cada territorio, bien a causa de un excesivo protagonismo de las

que califica de singulares (83), en la operación de distribución de fondos que llevan a cabo los GAL, a través de un triple nivel: a) Sobre la base de la normativa comunitaria y del respeto del marco nacional, la aplicación de cada PDR se opera a través de un convenio suscrito entre la Comisión Europea y los organismos intermedios constituidos en cada Comunidad Autónoma. El art. 5 del RD 2/2002 estableció que la presidencia y representación del órgano corresponde al ministro correspondiente; la representación de la AGE se completa con el subsecretario del departamento y el director general de Desarrollo Rural; y en representación de la CA, ésta designa a tres miembros. b) En el seno de cada Autonomía tiene lugar la selección de programas comarcales y de los GAL que los gestionen, y la firma del convenio de colaboración con ellos; para ello, al organismo intermedio autonómico le corresponde iniciar un procedimiento abierto y competitivo para seleccionar los programas más idóneos y las entidades asociativas que las gestionarán; las asociaciones seleccionadas en el proceso competitivo adquirirán la condición de GAL, y firmarán el convenio que recibirá unos fondos comunitarios y nacionales, para una finalidad considerada de relevancia pública, por más que sea dispensada por vía de un convenio de colaboración. Resulta claro que el GAL es el beneficiario de la ayuda. Recibida ésta, puede ser que el propio GAL ejecute los proyectos *locales* que encajen su estrategia, o que proceda a acoger solicitudes de promotores de proyectos que también apliquen la estrategia de desarrollo, y que pueden ser públicas o meramente privadas. c) A partir de la rúbrica del convenio organismo intermedio-GAL puede iniciarse una nueva relación jurídica, a saber, la habida entre el GAL y los destinatarios finales de los fondos distintos de él mismo. A juicio del autor (84), estamos ante dos relaciones jurídicas netamente separadas; si la primera no plantea especiales dificultades, no ocurre lo mismo con la subsiguiente, que se establece entre quien adquiere la condición de GAL y quienes resultan ser promotores de los proyectos en el área geográfica gestionada por aquél. Al tratarse de nueva distribución de fondos provenientes del erario público procede plantearse si estamos nuevamente ante una relación jurídico-pública subvencional sujeta a la jurisdicción contencioso-administrativa (85).

Parecidos problemas surgen a propósito de la naturaleza jurídica de los GAL, escasamente regulados en el Derecho comunitario y estatal, y que, a juicio del autor (86), sufren algunos menoscabos debido a que estando generalizada la forma asociativa de organización, algunas CCAA no respetan

Administraciones que llegue a asfixiar la espontaneidad, o bien por falta de adecuados cauces de relaciones entre las Administraciones y los GAL (*loc. cit.*, p. 526).

(83) *Loc. últimamente cit.*

(84) *Loc. cit.*, p. 529.

(85) Pese al indudable interés práctico del tema, entiendo que esta materia desborda de la finalidad de la recensión. Me remito a *loc. cit.*, pp. 529-536, en donde ofrece agudas soluciones de Derecho autonómico, estatal y comunitario.

(86) *Loc. cit.*, pp. 536-538.

su autonomía. Y si se analiza el papel de los GAL, sobre todo a la hora de distribuir los fondos que reciben, las dudas e incertidumbres crecen habiendo originado jurisprudencia española contradictoria. Después de analizar las posibles respuestas, el autor se inclina a sostener (87) que los GAL resultan ser en todos los casos beneficiarios de las ayudas públicas, si bien cuando las adjudican a un promotor distinto que lo ejecutará, el modo de hacerlo puede arbitrarse mediante fórmulas jurídico-privadas, como puede ser la firma de un contrato civil, solución que no aceptan determinadas CCAA.

A modo de conclusión, afirma el autor (88) que el entusiasmo por el enfoque ascendente como técnica de desarrollo ha provocado que las instituciones europeas preconicen su extensión a ámbitos no rurales. Así, sin perjuicio de que el proyecto de Reglamento dedicado específicamente al desarrollo rural –que habrá de sustituir al Reglamento (CE) núm. 1698/2005– incorpore normas aplicables al Programa LEADER y a los GAL rurales, la regulación básica de los Grupos de Acción Local se incluye ahora en los proyectos de nuevos Reglamentos que la Comisión ha hecho públicos, por los que se establecen las disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), al Fondo Social Europeo (FSE), al Fondo de Cohesión (FC), al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER) y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca (FEMP), todos ellos incluidos en el Marco Estratégico Común (MEC).

K) Otras materias tratadas en el volumen. Se trata de algunas cuestiones tratadas habitualmente con altura y en profundidad pero que, a juicio del recensor, no poseen alcance general y, por ello, me limitaré aquí a enunciar los temas correspondientes:

i) Elena VICENTE DOMINGO, *Propuesta de revisión del concepto de pérdida económica en la política de desarrollo rural* (89). Inspirada por el encomiable deseo de que los conceptos básicos del Derecho civil sean recibidos correctamente por la legislación agraria, la autora, analizando el considerando 28 de la Propuesta de Reglamento de Desarrollo Rural, dice que si bien no estamos ante el esquema de la responsabilidad civil, una vez analizados los conceptos de daño emergente y lucro cesante en el contexto de las ayudas, propone que se identifiquen bien los contenidos y se definan con más precisión los dos aspectos del perjuicio económico; lo que resulta aplicable a la noción de daño emergente y de costo, que cabría incluirlo como daño directo a la vista del art. 1106 CC.

ii) Esther MUÑIZ ESPADA, *Diversos métodos jurídicos en la consecución del desarrollo rural* (90). En realidad la ponencia se ocupa del Convenio de la Unesco de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, firmado en París el 17 octubre 2003. Y aunque su objetivo es proteger la creatividad

(87) *Loc. cit.*, pp. 543 y s.

(88) *Loc. cit.*, p. 544.

(89) *Loc. cit.*, pp. 73-91.

(90) *Loc. cit.*, pp. 93-112.

humana y la diversidad cultural y, en consecuencia, las diferentes maneras por las que el hombre es capaz de comprender, interpretar, inventar, crear y recrear un cierto contexto, sin embargo la Convención se compone en su inmensa mayoría de elementos naturales, incidiendo sobre la conservación del paisaje rural, la biodiversidad y el medio ambiente. Sucede que dicho texto está lejos de ofrecer para estos valores una protección eficiente, perfecta y completa, pero representa una protección autónoma y una diferente forma de cooperación y asistencia, muy valiosa a escala internacional, así como un complemento para la política agraria comunitaria.

iii) Raquel DE ROMÁN PÉREZ, *Daños derivados de la presencia accidental del OMG en cultivos convencionales o ecológicos y medidas estatales de restricción o prohibición* (91). Tema tratado en el trasfondo de una viva polémica no resuelta, ni a nivel europeo ni estatal, pero de gran actualidad.

4. PUNTO Y SEGUIDO: A MODO DE CONCLUSIONES

Trabajos como los contenidos en el volumen recensionado, aparte las satisfacciones intelectuales que causa su lectura, merecen sinceros plácemes. Por de pronto, constituyen una prueba evidente de que el Derecho Agrario español sigue doctrinalmente vivo, pese a las circunstancias adversas externas. Representa, además, o puede significar, una ayuda eficaz para los representantes españoles que simultáneamente luchan en Bruselas por mantener nuestra posición. Y, en todo caso, cualquiera que sea el resultado de las negociaciones con los 27, la presente obra constituye un material prelegislativo para interpretar adecuadamente los nuevos Reglamentos comunitarios que han de regir en el periodo 2014-2020.

Finalmente, una felicitación y un ruego. La Escuela Agrarista de la Universidad castellana puede estar orgullosa de haber albergado, durante varios años, tan prolífico equipo de investigación. Un sincero ruego al prof. VATTIER FUENZALIDA: que pese a su jubilación forzosa no deje de empuñar el arado... imetáforicamente hablando!, por supuesto.

(91) *Loc. cit.*, pp. 375-398.

