

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



Números **90-91**
abril-junio 2014
julio-septiembre 2014

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: STAGNO, S. L.

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

D. Antonio Rodríguez Adrados

DIRECTOR

D. Javier Manrique Plaza

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

Revista Jurídica del Notariado

Números 90-91

abril-junio 2014

julio-septiembre 2014

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

Notas típicas del usufructo a partir del Derecho común	9
Gabriel de Reina Tartière	

Los contratos electrónicos: una aproximación al Código Civil y otras disposiciones	33
Javier García Mas	

La partición de la herencia y la unidad mínima de cultivo	81
Francisco Millán Salas	

Recepción del Derecho romano en el tratado "<i>De usuris nauticis</i>" de Juan Fernández de Hinestrosa	127
Justo García Sánchez	

Revitalización del vínculo matrimonial	265
Rafael Corral Martínez	

La posición procesal del tercer poseedor de finca hipotecada	353
José Antonio García Vila	

Mediación concursal en sede notarial	513
Antonio Ripoll Jaén	

Los plazos para realizar la entrega a los consumidores de bienes adquiridos tras la directiva 2011/83/UE	537
Henar Álvarez Álvarez	

El contrato de alimentos y el pacto de prestaciones. Los artículos 1791 y 1793 del Código Civil	565
Mario Sánchez Linde	

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Dictamina, que algo queda	587
Víctor Manuel Garrido de Palma	

COMENTARIOS A SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

Relaciones entre socios minoritarios mandantes y socios mayoritarios. (Comentario a la STS núm. 49/2014, de 14 de enero)	593
Luis Hernando Cebriá	

Validez del precontrato celebrado por representante sin poder suficiente. (Comentario a la STS núm. 695/2013, de 20 de noviembre)	609
Paula del Val Talens	

Promesa bilateral de compraventa sometida a autorización de la sociedad dominante. (Comentario a la STS núm. 109/2014, de 7 de marzo)	619
Paula del Val Talens	

ESTUDIOS DOCTRINALES



NOTAS TÍPICAS DEL USUFRUCTO A PARTIR DEL DERECHO COMÚN

Gabriel de Reina Tartière
Profesor Doctor de Derecho Civil

Resumen: El usufructo, como modalidad básica del que emergen los derechos de uso y habitación muy a su manera, se diferencia de las servidumbres en su configuración como tipo de fuerte repercusión, fuerte incidencia en el estatuto de la propiedad, por lo que son varios los recaudos propios de la disciplina. Entre ellos, y por encima de todos, destaca su esencial temporalidad, a fin de que la propiedad no quede por su medio reducida a una mera referencia nominal, un derecho formal sin sucesivo correlato económico. Otros serían los relativos a la formación de inventario y a la prestación de garantía suficiente con vistas a la debida restitución de la cosa al propietario sin deterioros anormales imputables al usufructuario. Claro que el enfoque se hace desde el más puro Derecho común, aunque las fuentes en este punto decantan la cuestión por la existencia de mejoras más que diferencias.

Palabras clave: Derechos reales, bienes, cosas, fianza, nudo propietario, cónyuge supérstite.

SUMARIO

1. EL USUFRUCTO: CONCEPTO Y CARACTERES
2. CONSTITUCIÓN
3. CONTENIDO
 - 3.1. Derechos del usufructuario
 - 3.2. Obligaciones del usufructuario
 - 3.2.1. Anteriores a entrar en la posesión de la cosa
 - 3.2.1.1. El inventario

- 3.2.1.2. La fianza
- 3.2.2. Coetáneos al ejercicio del derecho de usufructo:
el principio de *salva rerum substantia*
- 3.2.3. Posteriores
- 3.3. Estatuto del nudo propietario

4. EXTINCIÓN

1. EL USUFRUCTO: CONCEPTO Y CARACTERES

En la clásica definición de Paulo, el usufructo es el derecho real que consiste en “usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia” (Digesto 7, 1, 1; Institutas 2, 4, pr.). Se trata del derecho, establece el artículo 467 CC, que permite “disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa”.

El usufructo hubo de nacer en Roma a modo de cláusula testamentaria en beneficio de aquellas personas, básicamente las mujeres casadas *sine manu*, esto es, sin haber ingresado en la familia del marido, que para el *ius civile* no contaban con un derecho propio a participar en la sucesión de su consorte. Ante la necesidad de dotar de sustento a la viuda, en similares condiciones a las que rodearon en vida del cónyuge al matrimonio, se ideó el recurso de concederle un goce temporal aunque exclusivo del conjunto o una parte de los bienes de la herencia, con lo que en lo formal, al no involucrar una disposición definitiva, no habría de disminuir la cuota de los hijos o de los otros herederos. Únicamente se les imponía el cargo de tener que esperar para disfrutar de los bienes.

Surge el usufructo, por tanto, como un instrumento de corte netamente familiar, rasgo que tras más de veinte siglos de evolución, tras reconocerse como derecho susceptible de constituirse también a título oneroso, por contrato o a favor de personas jurídicas, ha venido acompañándolo hasta nuestros días, como demuestra, que lo más normal siga siendo su establecimiento entre parientes.

En cuanto a su naturaleza jurídica, frente al dominio, el usufructo se trata de un gravamen de alcance, sin llegar a perder, no obstante, su índole de derecho limitado. Esta nota, la de su carácter limitado, se manifiesta en los siguientes factores que hacen al tipo: a) su temporalidad, b) el respeto a la integridad sustancial de la cosa –en cuanto a sus cualidades naturales y a la finalidad productiva o de servicio que la caracterice–, y c) la obligación de restitución a cargo del usufructuario. El comportamiento de éste podrá asemejarse externamente al del propietario, analogía que es meramente superficial, pues no se encontraría autorizado, haciéndose responsable si lo hiciera, para disponer de la cosa. Por el contrario, si se aceptara que el *ius abutendi* hubiera de corresponder al usufructuario, que quedara a su arbitrio el consumir o cambiar de destino económico la cosa, se desbarataría la lógica del sistema: el dominio dejaría de serlo de haber otro instituto que comprendiera la plenitud de facultades sobre la cosa.

Introducido así, los caracteres del usufructo como tipo diferenciado entre los derechos reales serían los siguientes:

1. *Es un derecho limitado*, a diferencia del dominio que comprende todas las utilidades posibles sobre una cosa. El dominio seguirá siendo pleno por todo el término del usufructo, pese a que el dueño no pueda poner en práctica, ejercitar transitoriamente buena parte de sus facultades, al punto de que se le reputa **nudo propietario**, expresión con la que se quiere aludir a que de ordinario no podrá usar ni disfrutar de la cosa en tanto sobre ella penda el usufructo.

2. Sin embargo, en cuanto derecho real limitado, *se caracteriza por la amplitud de la facultad de goce* (a diferencia de los derechos de uso y habitación, y de las servidumbres), pero con las restricciones que implican su carácter temporal y la obligación de conservar la forma y sustancia de los bienes a cargo del usufructuario, para cumplir con la correspondiente restitución una vez extinguido el derecho.

3. *Es un derecho real esencialmente temporal*. El usufructo ha de ser temporal porque si fuera perpetuo la propiedad no existiría. Si el dueño no pudiera en más hacer uso ni disfrutar de lo que le

perteneciera, su título no valdría para nada, por no decir que la prohibición de alterar la sustancia de la cosa, que es capital en todo el régimen del usufructo, se tornaría inexplicable, si por ser perpetuo el derecho, no correspondería en consecuencia, la devolución de la cosa recibida o entregada.

Y siendo temporal, de constituirse el derecho en favor de una persona física, se entiende *naturalmente* vitalicio, en la medida de que no se extinguiría hasta el fallecimiento de su titular si en el título constitutivo no se hubiera introducido plazo o circunstancia por la que se extinguiera antes.

Si, como se dice, la temporalidad es esencial para el usufructo, desde ya debemos fijarnos en dos previsiones legales que parecen ponerla en tela de juicio, y sin cuya exacta valoración el usufructo podría quedar difuminado como tipo en el contexto general de nuestro sistema de derechos reales. Me refiero a la parte final del artículo 467 CC, donde luego de definir el usufructo como el derecho de disfrutar de un bien ajeno conservando su forma y sustancia, se termina advirtiendo que esa obligación lo será en tanto “*el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa*”; y al artículo 469 CC, en cuanto permite que el usufructo se constituya en favor de varias personas *sucesivamente*.

En primer lugar, la facultad de disponer, no ya de su derecho, sino del dominio sobre la cosa usufrutuada que en el *título constitutivo* puede serle concedida al usufructuario ante determinadas circunstancias, que pueden dejarse a determinación del propio usufructuario, como cuando se prevé que pueda vender el bien gravado “en caso de necesidad”. Se llega así al llamado *usufructo con facultad de disponer*, sobre el que avanzaremos más detalladamente en el siguiente epígrafe. Basta decir, por ahora, en la confrontación de la figura con la esencial temporalidad del usufructo, que no siendo la disposición más que una facultad, que resultando la disposición del bien gravado un evento, por más que facultativo, contingente, mientras no se disponga por el usufructuario, el derecho de éste se encontrará igualmente sometido temporalmente, sin que la concesión de la facultad implique la derogación del régimen ordinario del usufructo ni, en consecuencia, haya de entenderse que por conferir la facultad se haya transmitido el dominio del bien transmitido en usufructo.

Frente al *usufructo con facultad de disponer*, donde la facultad se incluye expresamente por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad, *por ley* se ha de entender autorizado el usufructuario para disponer de los bienes que se le han entregado en usufructo cuando su uso y disfrute no pueda realizarse sin la consumición de esos bienes; como ocurre con el inquilino que entrega “en prenda” una cantidad de dinero, en el caso específico del que ahora nos ocupamos lo que se entrega al usufructo no es la mera posesión de los bienes sino su propiedad, obligándose a pagar el precio en que se hubieran estimado cuando las recibió o, en defecto de estimación, a hacer restitución de cosas “de igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo”, establece el artículo 482 CC. Habla el precepto, como vemos, de usufructo, pero la situación resulta tan difícil de compaginar con el temperamento del usufructo que para ella se ha acuñado el término mucho más apropiado de *cuasiusufructo*.

El “nudo propietario”, de un crédito al *tantundem*, a la restitución de igual género y cantidad, llegado el término de la relación, normalmente, por fallecer el “usufructuario”. Si fuera dinero, se cumplirá con la sola entrega del capital, por cuanto los intereses comportarían propiamente sus frutos. Obsérvese que por todo el tiempo que dure la situación, no habría ningún derecho real limitado a favor de cualquiera de las partes, sino que el usufructo se convertiría excepcionalmente y por la simple cualidad consumible de las cosas en título traslativo de la propiedad, habiéndose de regir, respecto a la sustancia económica de la cosa, como medida de referencia genérica y criterio naturalmente delimitador del derecho del usufructuario, carece aquí de sentido, por cuanto no podrá disfrutarse de las cosas que se reciba sin consumirlas. Irremediablemente, por tanto, la entrega de cosas consumibles provocará un régimen de exorbitancia con respecto al que se predica del usufructo, consistente fundamentalmente en: a) la inmediata adquisición de la propiedad de las cosas por parte de la persona del “usufructuario”, pudiendo, en consecuencia, proceder a consumirlas, así como también a venderlas o disponer de ellas como mejor le parezca; y b) el simultáneo nacimiento a favor del que en otro caso sería por lo demás, la relación que se inicie de esta suerte, por el juego ordinario de las obligaciones.

En líneas generales queda expuesto el esquema, más que singular, del cuasiusufructo. Pero ello a todas luces se muestra insuficiente para comprender el fundamento de la figura, pues sólo a su través podrá explicarse su previsión normativa cuando ya existe regulado un contrato que como el mutuo está avocado a una función más que parecida. ¿Para qué, entonces, prescribir una fórmula específica como la que abordamos? La respuesta a esta pregunta la ofrecen sus antecedentes originarios.

En efecto. En Roma, cuando el testador dejaba en usufructo la totalidad de su patrimonio o una alícuota del mismo, durante siglos se entendió que esa disposición sólo abarcaba los bienes aptos materialmente para el derecho, esto es, aquellos, que por ofrecer una utilidad reiterada, por no agotarse con su uso, pudieran reintegrarse más adelante. Con lo que los bienes consumibles, los de utilidad simple, acabarían en manos de los herederos. Con el paso del tiempo, sin embargo, fue ganando importancia la riqueza mobiliaria, al punto de que en ocasiones, por haberse excluido de la cuota usufructuaria una gran masa de bienes, se violentaba la voluntad manifestada por el causante, dado que el legatario quedaba con apenas bienes con los que afrontar su supervivencia. Así las cosas, hubo de promulgarse un senadoconsulto, probablemente durante los primeros años de nuestra era, que permitía legar en usufructo todas las cosas existentes en el patrimonio, aun las que se consumieran por el uso. El Senado no pretendió avalar un usufructo sobre cosas como el dinero, el vino o el aceite, cuya naturaleza se lo impedía; simplemente intervino por motivo de conveniencia, autorizando que también esas cosas se entregaran al legatario, aunque con advertencia de que para obtenerlas habría de prestar caución frente al heredero.

La digresión histórica revela la razón práctica del cuasiusufructo: su interés de cara a los usufructos universales, básicamente el de herencia, que sin circunscribirse a una cosa concreta y determinada, se proyecta sobre todo o una parte alícuota del patrimonio dejado por el difunto. Tal sería su campo de aplicación básico, de manera que, frente a la alternativa más extendida que supone el mutuo, muy difícilmente podremos observar en la práctica una operación específica, un negocio de cuasiusufructo autónomo.

En segundo lugar, por íntima e igualmente vinculada la definición de la cuestión con el carácter sustancialmente temporal que se de predica del usufructo, no podría utilizarse el recurso al llamamiento sucesivo a la titularidad del usufructo de forma indiscriminada, pues de admitirse, se llegaría por tan indirecta vía a suspender *sine die* la consolidación de la propiedad, mientras pasaran generaciones y generaciones. Por tanto, ha de entenderse que puede constituirse un usufructo en favor de varias personas sucesivamente, pero tendrán que ser personas que vivan al tiempo de constitución o, en otro caso, no pasar del segundo grado, en virtud de la doctrina que emana del artículo 781 CC que prohíbe que los bienes queden vinculados más allá (y al que remite expresamente el artículo 787 CC tratándose de un usufructo sucesivo constituido por testamento).

4. *Es un derecho* mediatamente *transmisible*, ya que si bien se admite su enajenación por cualquier clase de título, oneroso o gratuito, la transmisión quedaría condicionada en sus efectos por la esencial temporalidad del usufructo, lo que significa que el derecho, aun en cabeza de un tercero adquirente, habría de extinguirse igualmente en el tiempo que le correspondería de no haber habido transmisión.

Para la transmisión del *derecho de usufructo* no se requiere del consentimiento del nudo propietario, primero, porque, como se ha dicho, la transmisión no podrá extender el gravamen más allá de lo previsto, y segundo, porque el Código hace expresa salvedad de que por más que el usufructuario enajene su derecho de usufructo, "será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya" (art. 498).

La regla, pues, es que la eventual transmisión del derecho de usufructo no puede perjudicar *en modo alguno* al propietario.

5. *Es un derecho* naturalmente *gratuito*, no porque los interesados no puedan constituir esta clase de gravamen a título oneroso, algo que en la práctica se torna verdaderamente excepcional, sino porque toda la regulación del Código parte, conforme a los antecedentes clásicos de la figura, de la consideración gratuita del usufructo, de que no se pague renta o merced como contraprestación.

2. CONSTITUCIÓN

El usufructo, según el artículo 468 CC, se constituye por la ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos o en última voluntad y por prescripción. Hay, pues, por razón de su constitución, tres clases de usufructo: el *usufructo legal*, que es el que corresponde como legítima al cónyuge viudo (art. 807.3.º) y se encuentra regulado en el artículo 834 y ss. CC.; el *usufructo voluntario*, que es el constituido por negocio jurídico *mortis causa* o *inter vivos*, éste a título gratuito u oneroso; y el *usufructo por prescripción o usucapión*.

De los tres, el más raro en la práctica, y con diferencia, es el usufructo constituido por usucapión. Y resulta muy difícil de concebir que quien sin título haya venido usando de la finca con el amplio alcance material que distingue al usufructo, alegue la usucapión del usufructo y no de la propiedad “plena” sobre el bien. La usucapión, entonces, como medio adquisitivo del derecho de usufructo quedaría marginada a aquellos casos donde habiendo título –de usufructo– éste fuera inválido y hubiera de convalidarse, atenta la buena fe del interesado, con la ayuda del paso del tiempo (usucapión ordinaria).

Dicho ello, el usufructo se atribuye por ley en favor del viudo respecto de la herencia del cónyuge premuerto, en amplitud que varía según las personas que concurran a la sucesión; así, el consorte supérstite tendrá derecho, si concurre con hijos o descendientes, al usufructo del tercio de mejora; si concurre con ascendientes del causante, al usufructo de la mitad de la herencia; y si no existen ni descendientes ni ascendientes del causante, al usufructo de los dos tercios de la herencia (en el caso, obviamente, de que el causante haya testado en favor de otra persona, pues si no existe testamento, ni descendientes ni ascendientes, el cónyuge es llamado por ley a la plena propiedad de todos los bienes de la herencia).

Siendo en usufructo la cuota legitimaria del viudo, el artículo 839 CC faculta a los herederos, no obstante, para conmutar el usufructo por una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo. Mientras esto no se realice, apostilla el precepto, “estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge”. El inciso es clave para la comprensión de cómo funciona realmente el usufructo viudal. Se ha de entender así que el usufructo legitimario existirá desde la muer-

te del causante –recuérdese que la teoría el título y el modo sólo opera, como regla, para la transmisión o atribución *inter vivos* de los derechos reales–, no extinguiéndose hasta la concreción de los particulares bienes dentro de la herencia en que haya de cifrarse el usufructo o hasta la conmutación del mismo. Se trataría, entonces, de un usufructo *general, universal*, sobre todos los bienes de la herencia, pero no *total*, pues no daría derecho a la percepción de todos los frutos o rendimientos generados por los bienes hereditarios, sino a un porcentaje en función de la cuota legal de usufructo señalada al cónyuge viudo, recuerda FERNÁNDEZ CAMPOS.

El usufructo es universal cuando comprende una universalidad de bienes o una parte alícuota de la universalidad, como es el caso de la legítima del viudo. Es particular cuando comprende uno varios objetos ciertos y determinados. Recuérdese, en este sentido, el concepto de universalidad: el conjunto o pluralidad de bienes tomado en cuenta, por decisión voluntaria o legal, como unidad, como un todo. Existirían dos clases: la universalidad de hecho, *universitas facti o rerum*, y la de derecho, *universitas iuris*.

Junto al usufructo legal legitimario, ejemplo de usufructo sobre una universalidad de derecho, sobre una universalidad de hecho lo sería el usufructo de rebano que se contempla por el artículo 499 CC. El usufructuario estará aquí obligado a reemplazar los animales que perezcan por causas ordinarias con las crías que nazcan, con derecho a apropiarse, en su calidad de frutos, y sin mayores condicionamientos, de las restantes. Si pudiera disponer de todos los frutos, la cabaña iría pereciendo de forma que al finalizar el usufructo pocas cabezas se podrían devolver. Si se entrega un rebaño, un rebaño se tendrá que devolver, lo que significa que el objeto del usufructo no serían las piezas de ganado individualizadas sino el conjunto de animales como entidad.

El usufructo también puede ser universal a título voluntario, que lo que ocurre cuando una persona deja en su testamento todo o una parte de su herencia “en usufructo” (arts. 787 CC; 508 y 510 CC), con el debido respeto, claro está, a las legítimas. Es el llamado *usufructo de herencia*, que no debe confundirse por su distinta fuente y contenido con el usufructo legitimario del cónyuge supérstite. Así, no

tienen los herederos el derecho de conmutación que hemos visto para el usufructo legitímario viudal, pero sí, en cambio, de ser legítimos, la opción que les brinda el artículo 820, inc. 3.º CC.

Inter vivos, por su parte, el usufructo puede constituirse:

- Mediante *translatio*, esto es, reteniendo el disponente la (nuda) propiedad al constituir el usufructo;
- Mediante *deductio*, a saber, transmitiendo la (nuda) propiedad pero reservándose el disponente el uso y disfrute;
- O mediante una doble enajenación, a cuya virtud el propietario de un bien transmite a una persona la (nuda) propiedad y a otra el usufructo (cfr. art. 640 CC).

Pues bien, en los negocios constitutivos de usufructo, sean de la clase que sean, ya *inter vivos*, ya *mortis causa*, se permite en nuestro Derecho –demostrándose algo relativamente frecuente tratándose de negocios entre familiares– que se introduzca una cláusula en cuya virtud el usufructuario pueda, además de usar y disfrutar de la cosa, disponer “en caso de necesidad” de la propiedad del bien. El *usufructo con facultad de disponer o de disposición*, a partir de una cláusula del estilo, debería comprenderse, con Albaladejo, del siguiente modo:

a) Al constituir una excepción, una grave –aunque admitida– excepción al régimen común del usufructo, la cláusula facultativa debe aparecer en el contrato o testamento de forma expresa e indubitada, debiendo, por la misma razón, interpretarse en todo caso restrictivamente: de este modo, la facultad de disponer en “caso de necesidad” sin mayores añadidos no podría entenderse que legitima para disponer del bien usufructuado *mortis causa*; al igual que a falta de que conste que se confirió para disponer a título gratuito, sólo habilitará para hacerlo a título oneroso, pues sólo de esta segunda manera podría solventarse, mediante la enajenación, la pretendida necesidad económica por la que atravesara el usufructuario.

b) Mientras el usufructuario no ejerza esa su facultad de disponer, sus derechos y obligaciones serán los del usufructo sin ninguna otra particularidad, siguiendo los bienes en propiedad del nudo propietario. Por lo que si al tiempo en que se extinga el usufructo no

hubiera dispuesto, deberá hacerle devolución la cosa en estado en el que se encuentre, sin poder eximirse de responsabilidad por culpables deterioros so pretexto de que, como pudo disponer de ella en favor de un tercero, podría haber sido negligente en su cuidado material, habría estado legitimado implícitamente para hacer con ella lo que quisiera.

c) Estando facultado el usufructuario para disponer de los bienes si lo necesitase, cuando no se determina la manera de acreditar la necesidad, conviene en entenderse que su existencia se ha querido dejar a los dictados de su conciencia o criterio (por la confianza que habría inspirado al otorgante), y no podría exigirse (por ejemplo, para la inscripción del acto dispositivo en el Registro de la Propiedad) prueba al respecto. El nudo propietario siempre podría impugnar, judicialmente eso sí, el acto de transmisión si creyera que no habría habido real necesidad en el caso, que el usufructuario habría excedido con la enajenación el límite causal de la facultad concedida.

3. CONTENIDO

De acuerdo con lo previsto en el artículo 470 CC, “los derechos y obligaciones del usufructuario serán los que determine el título constitutivo del usufructo; en su defecto, o por insuficiencia de éste, se observarán las disposiciones contenidas en las dos secciones siguientes”.

Se trata de una detallada regulación que se extiende a lo largo de los cuarenta y dos artículos que prosiguen, en un intento por prever una solución para los principales problemas que pueden suscitarse si el usufructo se constituyera *mortis causa*: como en este caso el gravamen vendría a disponerse por decisión legal o unilateral del causante, sin participación, por tanto, de quienes al tiempo habrían de arribar a la condición de (nudo) propietario y usufructuario, procedería poner en claro el estatuto básico al que hubieran de someterse. Con base en idéntico criterio, no obstante, es que se permite que buena parte de la normativa legal pueda modificarse si así lo deciden los interesados, si convienen entre ellos. Por tanto, los derechos y obligaciones de las partes podrán variar, para el caso

en concreto, respecto a como se contienen en el Código, haciendo, por ejemplo, que el usufructuario no tenga que formar inventario o prestar fianza (cfr. art. 493 CC); que los frutos naturales pendientes al extinguirse el usufructo sean para él y no para el propietario (cfr. art. 472 CC); que el propietario deba reintegrar el valor de las mejoras útiles que llegue a introducir el usufructuario (cfr. art. 487 CC), etc. En este orden de ideas, el artículo 467 CC permitiría, incluso, dejar a juicio del usufructuario una posible alteración en el destino económico de la cosa, facultad que, por más que prevista en el título constitutivo, sólo podría ejercitarse razonablemente.

3.1. Derechos del usufructuario

La *facultad de goce general* que se reconoce al usufructuario se concreta en las siguientes más particulares:

a) La *facultad de poseer* el bien o bienes usufructuados.

b) La *facultad de usar* las cosas dadas en usufructo, aunque por lógica hayan de deteriorarse por su uso. Dice así el artículo 481 CC, que “si el usufructo comprendiera cosas que sin consumirse se deteriorasen poco a poco por el uso, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas, empleándolas según su destino, y no estará obligado a restituirlas al concluir el usufructo sino en el estado en que se encuentren; pero con la obligación de indemnizar al propietario del deterioro que hubieran sufrido por su dolo o negligencia”.

c) La *facultad de disfrutar*, de hacer producir los bienes. El usufructuario tiene derecho a percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles que hayan de generar, naturalmente o por su mano y obra, los bienes usufructuados (art. 471 CC). Por no tener la consideración de fruto, el usufructuario carecerá, en su condición de tal, de derecho sobre el tesoro que pudiera hallarse en la finca usufructuada, lo que no excluye por tanto que si fuera él el lo que hubiera descubierto su derecho a la mitad de su valor.

Los frutos naturales o industriales pendientes al comenzar el usufructo, corresponden al usufructuario. Los pendientes al tiempo de extinguirse el usufructo pertenecen al propietario (art. 472 CC). En cuanto a los frutos civiles, éstos se entenderán percibidos día

por día, de modo que si el usufructo terminare antes del arrendamiento que los generara, quien hubiera sido su titular -o sus herederos- sólo habrían de percibir la parte proporcional de la renta sin derecho sobre los días posteriores a la finalización del usufructo (arts. 473 y 474 CC).

d) La *facultad de mejorarlos*. El usufructuario puede hacer en los bienes objeto del usufructo las mejoras útiles o de recreo que tenga por conveniente, con tal que no altere su forma o sustancia, pero no tendrá por ello derecho a indemnización. Podrá no obstante, retirar dichas mejoras, si fuere posible hacerlo sin detrimento de los bienes (art. 487 CC).

e) La *facultad de aprovechar por otro los bienes*, cediéndole su uso, cesión que concluirá al finalizar el usufructo, “salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola” (art. 480 CC; vid., asimismo, arts. 13.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y 10 de la de Arrendamientos Rústicos).

Junto a estas facultades vinculadas con el goce material de la cosa, puede, asimismo, el usufructuario disponer, a título oneroso o gratuito de su derecho, gravarlo con hipoteca, ejercitar las acciones que correspondan en su defensa –así las posesorias, la confesoria (por la que podrá reclamar el reconocimiento y efectividad del usufructo), la negatoria (frente a quien alegue un derecho limitado sobre la finca en usufructo), la real registral–, etc.

3.2. Obligaciones del usufructuario

3.2.1. Anteriores a entrar en la posesión de las cosas

La formación de **inventario** y la prestación de **fianza** son los dos requisitos tradicionales que el usufructuario ha de cumplimentar antes de entrar en la posesión de los bienes (art. 491 CC). El primero se establece como medio para la constatación de las cosas y del estado en que se hallen a la entrega, facilitando, así, la concreción de lo que luego deba restituirse y la eventual responsabilidad del usufructuario por pérdidas, menoscabos o deterioros. Fácilmente se

comprende el interés que el usufructuario a su vez ha de tener en que se formalice, para eludir no tener que responder por daños anteriores a su investidura. La fianza, en cambio, se proyecta en beneficio exclusivo del propietario, garantizándole que la cosa será usada adecuadamente y devuelta tan pronto el usufructo se extinga.

Como aspectos comunes de interés en relación con el inventario y la fianza, conviene precisar los tres que se apuntan:

— En primer lugar, que si el usufructuario rehusara cumplir con cualquiera de ambas obligaciones, el propietario podría negarse a la entrega de la posesión de los bienes, pudiendo usar de ellos hasta que se ofreciera cumplimiento por parte del usufructuario, pero con la obligación de liquidar a favor del usufructuario los rendimientos que produjeran los bienes una vez deducidos los gastos realizados para producirlos (se trataría de un extraño, por más que provisional, derecho a los frutos sin posesión de los bienes, que también podría darse, según el artículo 520 CC, en el supuesto de abuso, de mal uso por parte del usufructuario de las cosas una vez entregadas).

El Código Civil sólo se ocupa del incumplimiento en relación con la fianza, en una norma que se entiende análogamente aplicable respecto de la obligación de hacer inventario. En concreto, es el artículo 494, que establece lo siguiente:

“No prestando el usufructuario la fianza en los casos en que deba darla, podrá el propietario exigir que los inmuebles se pongan en administración, que los muebles se vendan, que los efectos públicos, títulos de crédito nominativos o al portador se conviertan en inscripciones o se depositen en un Banco o establecimiento público, y que los capitales o sumas en metálico y el precio de la enajenación de los bienes muebles se inviertan en valores seguros.

El interés del precio de las cosas muebles y de los efectos públicos y valores, y los productos de los bienes puestos en administración, pertenecen al usufructuario.

También podrá el propietario, si lo prefiere, mientras el usufructuario no preste fianza o quede dispensado de ella, retener en su poder los bienes del usufructo en calidad de administrador, y con la obligación de entregar al usufructuario su producto líquido,

deducida la suma que por dicha administración se convenga o judicialmente se le señale”.

Con todo, el artículo siguiente, pensando en un usufructuario sin recursos, al que le fuera difícil conseguir fiador o careciera de bienes que poner en garantía, dispone que podrá el usufructuario obtener, bajo simple caución juratoria –mero compromiso de cumplimiento–, la entrega de los bienes muebles imprescindibles para el día a día, y aún que se le asigne habitación para él y su familia si el usufructo tuviera por objeto o comprendiera un bien habitable.

— En segundo lugar, que el constituyente del usufructo puede dispensar, relevar de las obligaciones de fianza e inventario al usufructuario (art. 493 CC).

— Y en tercer lugar, que, aun sin dispensa, se puede entrar en posesión y disfrute de los bienes sin hacer inventario ni prestar fianza mientras no exista oposición del propietario, quien de no haber renunciado a ello podrá exigirlos más tarde, sin que obste a ello que el usufructuario ya se encuentre instalado.

3.2.1.1. El inventario

Aunque hasta aquí se ha hablado de una obligación de inventario en singular, en rigor debe distinguirse entre dos conceptos: el de inventario propiamente dicho, a practicar con respecto a los bienes muebles, y el del “estado”, el de la descripción del estado se entiende, en que se encuentren los inmuebles. Sin embargo, estamos ante una sola operación, la cual siempre consistirá, independientemente de la clase que sean, en relacionar y describir los bienes sobre los que vaya a recaer el usufructo. Cuanto más acabadamente se haga, en su calidad de prueba preconstituida de la entidad, estado de conservación y características de los bienes, menos discusiones habrán de originarse luego. Es así que el inventario se incluirá una tasación de los bienes muebles, una estimación de su valor, en virtud de su mayor peligro de desaparición.

En cuanto a su forma, el inventario debe hacerse en la que dispongan, de común acuerdo, usufructuario y propietario; puede instru-

mentarse, entonces, tanto en documento público como privado. Pero, cualquiera que sea la forma adoptada lo que no cabe es proceder unilateralmente. A la formación del inventario debe concurrir el propietario o su representante. Unicamente ante su incomparecencia injustificada, podrá serle opuesto el que haga el usufructuario. Si después no el propietario concordara con su contenido, todavía podría pedir su rectificación o complemento, aunque incumbiéndole probar el mejor estado que alegue sobre todos o alguno de los bienes comprendidos o la existencia de los que indique no incluidos en él.

3.2.1.2. La fianza

El usufructuario ha de prestar garantía suficiente de que cumplirá con las obligaciones que le competen. Se encuentran legalmente eximidos de la obligación el vendedor o donante que se hubiere reservado el usufructo de los bienes vendidos o donados, los padres usufructuarios de los bienes de sus hijos o el cónyuge supérstite respecto de su cuota legal usufructuaria (art. 492 CC).

El Código habla de fianza, seguramente por la ventaja de incorporar a un tercero que, para evitar llegar a ser responsable, vigile el comportamiento del usufructuario, pero sin impedir que se propongan seguridades de otro tipo: así, la dación en prenda de uno o varios objetos de consideración, la constitución de hipoteca sobre un inmueble propio o ajeno, etc.

El propietario decidirá si aceptar la garantía que sea, dirimiéndose el eventual conflicto sobre su suficiencia en sede judicial, y pudiendo negarse a entregar la posesión de los bienes mientras tanto.

3.2.2. Coetáneos al ejercicio del derecho de usufructo: el principio de *salva rerum substantia*

Una vez en posesión de los bienes, el usufructuario no puede alterar *en su forma ni sustancia* la cosa sobre la que ejerce su derecho, prohibición que va más allá de una simple obligación erigiéndose en límite natural del usufructo. La prohibición de alterar la forma y sustancia, o dicho en positivo el permanente respeto al clásico principio de *salva rerum substantia*, trata de salvaguardar –mantiene doctrina y jurisprudencia– el interés del propietario a reincorporarse en el pleno dominio de la cosa en el estado que pueda

considerarse más semejante al que tenía al tiempo de constituirse el usufructo, obligación que está consagrada en el artículo 467 y 487 CC y que afecta también al propietario en el ámbito de lo previsto en el artículo 489 CC.

La *forma* refiere las cualidades físicas elementales de las cosas. En primer término, por tanto, el usufructuario no puede modificar la forma exterior, la forma estructural de las cosas. No podría demoler en todo o en parte ninguna construcción aunque fuera para sustituirla por otra más espaciosa, cómoda o moderna; si se tratara de una casa, ni siquiera podría distribuir –que no decorar– sus dependencias de un modo distinto a aquel en que las hubiera recibido. Es verdad que se le reconoce la facultad de realizar obras de mejora, aunque siempre que mediante su ejecución no trastorne la identidad física sustancial de los bienes; por ejemplo, techando un balcón o una terraza, ensanchando las ventanas, levantando cuerpos arquitectónicos complementarios que no rompan con la armonía del lugar, etc.

Pero el usufructuario tampoco podrá emplear la cosa en un destino distinto al que se fije en el título o, en su defecto, de aquel al que se halle afectada al constituirse. A ello se alude con el concepto eminentemente funcional, económico, de *sustancia*. El usufructuario no podrá, consecuentemente, convertir una casa particular en industria o comercio, una viña en campo de pastos, un bosque en tierra de labor, una finca rústica en urbana. Y todavía dentro del destino que sea, tendrá proscrito poner en marcha una economía de disfrute excesivo, que agote la potencialidad de los bienes, absteniéndose de todo acto de explotación que tienda a aumentar por el momento, los emolumentos de su derecho, disminuyendo para el porvenir la fuerza productiva de las cosas.

Con estos presupuestos no es mucho el margen de maniobra del usufructuario. El planteamiento tradicional estaría pensando en un usufructo rural, constituido por testamento, y privilegiando la posición del propietario en evitación de abusos y deterioros. Este habría sido su objetivo. Sin embargo, la compatibilidad del usufructo con la propiedad todavía podría lograrse sin impedir lo que se antoja un principio superior a los intereses de las partes y que es que las cosas se aprovechen eficazmente, en la medida de sus posibilidades, sin caer en el abuso, aunque tampoco en

su infrautilización. Si el objeto del usufructo fuera una empresa o industria, resulta exagerado que el usufructuario no pueda tirar una sola pared, haya de respetar a ultranza la forma que las cosas presentaban a su entrega, por más tiempo que pase. Antes bien, en la práctica, una fábrica debe automatizarse de modo que siga teniendo aptitud productiva relativa, es decir, que siga siendo competitiva ya que, de otra manera, seguramente el mercado habría de relegarla. Ante una controversia sobre este punto, la prudencia del juzgador será determinante.

Por categórica, también la inmutabilidad del destino, tal y como se ha contemplado, merece reparos. Preocupa concretamente el supuesto en que por circunstancias ajenas al usufructuario no quepa ninguna utilización razonable sin un cambio. ¿Podrá exigírsele que insista en un determinado destino si éste deviene de imposible cumplimiento o llevarlo a cabo se hace por causas objetivas y permanentes antieconómico? Véanse algunos supuestos planteados en la realidad, como el del usufructuario de un hotel al que dejan de ir viajeros porque un cambio de carretera ha aislado el establecimiento, o el de una explotación agraria que, como consecuencia de la expansión de la ciudad, pasa a ubicarse en plena zona urbana.

Decir que el usufructuario no ha de modificar ni la forma ni el destino no es suficiente, pues aun sin sobrepasar esos límites todavía podría perjudicar al propietario con respecto a la integridad de las cosas. El usufructuario, antes bien, deberá cuidar de ellas y conservarlas con diligencia, la de un buen padre de familia dispone el artículo 497 CC, lo que va a requerir un comportamiento positivo de su parte: realizando y costeando las reparaciones ordinarias para el mantenimiento en buen estado de las cosas (art. 500 CC); poniendo en conocimiento del propietario cualquier acto de un tercero, del que tenga noticia, capaz de lesionar el dominio (art. 511 CC); avisándole, asimismo, de la necesidad de acometer reparaciones extraordinarias cuando fuere urgente la necesidad de hacerlas (art. 501 CC), etc.

De entre todas estas obligaciones, la relativa a las reparaciones luce, sin duda, como la más significativa. La obligación se justifica desde una perspectiva económica ya que si el usufructuario es quien reditúa la cosa, el único que constante el usufructo ha de obtener

sus provechos, es de justicia que sea él el que haya de pechar con las reparaciones tendientes a su conservación y mantenimiento, que se derivan del normal uso. Exactamente, se considerarán ordinarias “las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación”, establece el artículo 500 CC, el cual añade que si el usufructuario “no las hiciere después de requerido por el propietario, podrá éste hacerlas por sí mismo a costa del usufructuario”.

Correlativamente, las reparaciones extraordinarias son de por cuenta del propietario, ya que en cierta manera representan inversiones de capital. Pero en los hechos, el propietario puede acometerlas o no. Si las ejecuta tendrá derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo. Si no, podrá hacerlas el usufructuario, quien tendrá derecho a exigir del propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor que tuviese la finca por efecto de las mismas obras, siendo que si el propietario se negare a satisfacer dicho importe, el usufructuario se encontraría legitimado para retener la cosa hasta su reintegro (art. 502 CC).

Finalmente, con respecto al apartado de gastos, deudas e impuestos, el usufructuario debe sufragar los gastos vinculados con el uso cotidiano de las cosas (consumo de gas, electricidad, agua, etc.). De las deudas que anteriormente haya podido contraer el constituyente en relación con el bien entregado en usufructo, el usufructuario, por principio, no responde. Así, si el usufructo se le ha conferido sobre una finca hipotecada, ni el acreedor ni el nudo propietario podrán exigirle que asuma el pago, aunque se le reconozca facultado para ello, para evitar perder el usufructo ante la ejecución de la garantía. En tal supuesto, sí que podría repetir contra el propietario por lo que pagare.

En cuanto a las deudas o cargas devengadas con posterioridad, pesan sobre el usufructuario los impuestos públicos cuyo hecho imponible se vincule con la posesión o goce de los bienes y sean de carácter periódico u ordinario; así, por ejemplo, el IBI. Por su parte, los impuestos y contribuciones extraordinarias, por ejemplo, por ejecución de infraestructuras públicas de las que la propiedad haya de aprovecharse de ahí para el futuro, incumben al nudo propietario, aunque se establezca que el usufructuario deberá abonarle los intereses que corresponda por las cantidades que haya tenido que pagar.

3.2.3. Posteriores

Con la extinción del usufructo se consuma la obligación de restitución en torno a la que gira su régimen. Entiéndase que la devolución es causa de la extinción y no ésta de ella, por cuanto la consolidación de la propiedad operará inmediatamente, sin requerir ni esperar a que el usufructuario restituya. Simplemente, producida la respectiva causal, el usufructuario –o sus herederos, habida cuenta de que el fallecimiento del titular vendría actuar como la más común entre todas–, durante ese tiempo que trascurra hasta la restitución, pasará a encontrarse en una situación transitoria en la que ya no tendrá derecho al disfrute de los bienes.

En concreto, sobre el contenido de la obligación de restitución, el usufructuario ha de reintegrar no sólo aquellos objetos que inicialmente se le hubieran transmitido, sino también los accesorios que hubieran recibido y las mejoras que no pudiera o quisiera retirar. Se hallará exento de devolver las cosas que hayan perecido por deterioro natural o caso fortuito.

3.3. Estatuto del nudo propietario

Según el artículo 489 CC, el nudo propietario puede, en general, hacer todo lo que no perjudique al usufructuario. Puede transmitir libremente su propiedad, que se transmitirá, obviamente, con la carga del usufructo, y por tanto sin conferir al adquirente la facultad de usar y gozar el bien hasta que no se extinga, se consolide el dominio.

Con los mismos límites, el nudo propietario podrá hipotecar su derecho, en cuyo caso si se se extinguiera el usufructo vigente la hipoteca, no sólo subsistirá ésta, sino que se extenderá a la entera propiedad, establece al ordinal segundo del artículo 107 LH.

Asimismo, el nudo propietario podrá establecer servidumbres sobre la finca gravada con el usufructo sin contar con el consentimiento del usufructuario, prevé el artículo 595 CC, pero ello debe entenderse en el sentido de que, no contar con el consentimiento del usufructuario, la servidumbre sólo será operativa, eficaz a la extinción del usufructo.

De la misma manera que el usufructuario puede hacer mejoras sobre el bien, el Código permite que las acometa el propietario (art. La incomodidad que supondría su realización al usufructuario

se compensaría con el beneficio que le reportarían al usufructuario una vez realizadas. Por supuesto se entiende que las mejoras deberían ser tales, obras de ejecución prudencial pensadas para un mejor aprovechamiento del bien y no un pretexto para dificultar, entorpecer en su normal ejercicio el derecho de usufructo. Y es en este punto que debe advertirse sobre una obviedad: que durante la vigencia del usufructo el principio de *salva rerum substantia* supone también un límite para el propietario, que no acometer ninguna reforma estructural sobre el bien ni cambiar el destino económico a que propenda su aprovechamiento si no es con el consentimiento del usufructuario.

En cuanto a sus deberes u obligaciones, sólo está sometido al deber genérico de no hacer acto alguno que pueda perjudicar el disfrute pacífico de la cosa por parte del usufructuario, corriendo por su cuenta, como hemos visto, las reparaciones extraordinarias que requiera la cosa (arts. 501 y 502 CC) y el pago de los impuestos que graven el derecho de propiedad (art. 505 CC).

4. EXTINCIÓN

Según el artículo 513 CC, el usufructo se extingue por las siguientes causas:

1.º Por muerte del usufructuario.

Si los usufructuarios son varias personas físicas al tiempo (usufructo pluripersonal simultáneo), el usufructo no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere (art. 521 CC), acreciendo a las demás su respectiva cuota a medida que vayan muriendo los cusufructuarios.

Si son varias personas, nombradas sucesivamente, dentro de los límites del artículo 781 CC (usufructo unipersonal sucesivo), el usufructo no se extinguirá hasta la muerte de la última de ellas.

Si el usufructuario es una persona jurídica, se extingue el usufructo por la extinción de la misma o, como máximo, a los 30 años (art. 515 CC), incluso si se hubiera constituido a perpetuidad.

2.º Por expirar el plazo por que se constituyó o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo.

Una regla especial en cuanto a la expiración del plazo se contiene en el artículo 516 CC, a cuyo tenor “el usufructo concedido por el tiempo que tarde un tercero en llegar a cierta edad, subsistirá el número de años prefijados, aunque el tercero muera antes, salvo si dicho usufructo hubiese sido expresamente concedido sólo en atención a la existencia de dicha persona”.

3.º Por la reunión del usufructo y la nuda propiedad en una misma persona.

Se trata de la figura jurídica de la consolidación, como sabemos. Recuérdese, asimismo que la transmisión del derecho de usufructo no es causa extintiva, salvo, claro está, el adquirente fuera el nudo propietario, supuesto en el que se producirá la consolidación del dominio como automática consecuencia.

4.º Por la renuncia del usufructuario.

Pero si la renuncia se hace en perjuicio de tercero, es ineficaz frente a éste (art. 6.º 2 CC). Es por ello que se entiende el artículo 107.1.º de la Ley Hipotecaria, que tras señalar la condición hipotecable del usufructo, advierte que la hipoteca que lo tenga por objeto quedará extinguida cuando concluya el mismo usufructo “por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario”, pero “si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin”.

5.º Por la pérdida de la cosa objeto del usufructo.

La pérdida ha de ser total para que el usufructo se extinga, pues si la cosa se pierde “sólo en parte, continuará este derecho en la parte restante” (art. 514 CC).

No habría pérdida y, por tanto, extinción del usufructo, si el usufructo estuviera constituido sobre una finca de la que forme parte un edificio, y éste llegare a perecer, de cualquier modo que sea, supuesto en que el usufructo tendría derecho a disfrutar del suelo y de los materiales, dispone el artículo 517 CC. Para el caso, y siendo, además, que el usufructo tuviera una finalidad edilicia, residencial pero no agraria o rústica, el propietario podría optar por elevar una nueva edificación, precisando el Código que ya no tendría el usu-

fructo derecho a ocuparla una vez construida, pero sí a recibir los intereses del importe del valor del suelo y de los materiales.

En el caso de que la cosa estuviese asegurada, el artículo 518, sin embargo, prevé las siguientes soluciones más concretas:

1.º Si el usufructuario concurriere con el propietario al seguro de un predio dado en usufructo, continuará aquél, en caso de siniestro, en el goce del nuevo edificio, si se construyere, o percibirá los intereses del precio del seguro si la reedificación no conviniera al propietario.

2.º Si el propietario se hubiera negado a contribuir al seguro del predio constituyéndolo por sí solo el usufructuario, adquirirá éste el derecho de recibir por entero en caso de siniestro el precio del seguro, pero con obligación de invertirlo en la reedificación de la finca.

3.º Si el usufructuario se hubiese negado a contribuir al seguro, constituyéndolo por sí solo el propietario, percibirá éste íntegro el precio del seguro en caso del siniestro, salvo siempre el derecho concedido al usufructuario por el artículo 517 CC.

Finalmente, debe hacerse referencia a la expropiación, como un supuesto especial regulado en el artículo 519 CC, según el cual "si la cosa usufructuada fuere expropiada por causa de utilidad pública, el propietario estará obligado, o bien a subrogarla con otra de igual valor y análogas condiciones, o bien abonar al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización por todo el tiempo que deba durar el usufructo. Si el propietario optare por lo último deberá afianzar el pago de los réditos".

6.º *Por la resolución del derecho del constituyente*, en tanto el usufructuario no tuviera la condición de tercero protegido por las reglas favorecedores del tráfico jurídico, así, por cumplir con los requisitos del artículo 34 LH.

7.º *Por prescripción*.

Se extingue, así, el usufructo, a causa del no uso por el titular de las facultades que el derecho le confiere, durante un plazo de 6 o 30 años, según recaiga sobre bienes muebles o inmuebles (arts. 1.962 y 1.963 CC).

Pero el usufructo también se extinguirá por prescripción adquisitiva o usucapión, por un tercero, en plazos más cortos, de la cosa libre del usufructo (*usucapio libertatis*).

En cuanto a los efectos de la extinción, terminado el usufructo, prescribe el artículo 522 CC, se entregará al propietario la cosa usufructuada, salvo el derecho de retención que compete al usufructuario o a sus herederos por los desembolsos de que deban ser reintegrados. Verificada la entrega, se cancelará la fianza o hipoteca.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, III, Barcelona, Edisofer, 2004.
- BELUCHE RINCÓN, I.: *La relación obligatoria de usufructo*, Madrid, Civitas, 1996.
- BORREL MACÍA, A.: "Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo", en *Revista de Derecho Privado* 1949, pp. 1061 y ss.
- FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F.: "Salva rerum substantia en el usufructo propio", en *Revista de Derecho Privado* 1951, pp. 189 y ss.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: *El pago de la legítima al cónyuge viudo: la conmutación del usufructo viudal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, I, III-1.º y 2.º, Madrid, Dykinson, 2000, 2003 y 2004, respectivamente.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: "Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario", en *Anuario de Derecho Civil* 1989, pp. 813 y ss.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, B.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, I, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2001.
- ROGEL VIDE, C.: *Derecho de cosas*, Barcelona, Cálamo, 2012.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El usufructo*, Madrid, Civitas, 2010.
- VENEZIAN, G.: *Usufructo, uso y habitación*, trad. española, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1928.

LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS: UNA APROXIMACIÓN AL CÓDIGO CIVIL Y OTRAS DISPOSICIONES (1)

Francisco Javier García Más

Notario

Ex Letrado Adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado

(1) GARCÍA MÁS, Francisco Javier: "Comercio y firma electrónicos. Análisis jurídico de los servicios de la sociedad de la información", Editorial Lex Nova, Valladolid, 1.ª edición, 2002, y 2.ª edición 2004.

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo: "Los contratos electrónicos en el Derecho Español" en la obra colectiva. Internet y Comercio Electrónico. Ediciones Universidad de Salamanca, diciembre, 2002.

AA.VV. BOTANA GARCÍA, G. A. (coord.): Comercio Electrónico y protección de los consumidores. La Ley. Madrid, 2001.

AA.VV. MATEU DE ROS, R. y CENDOYA MENDEZ DE VIGO, J. M. (coords.): Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital. Pamplona: Aranzadi, 2000.

AA.VV. MATEU DE ROS, R. y LÓPEZ-MONIS GALLEGU, Mónica. (coords): Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Información y de Comercio Electrónico. Pamplona. Thomson, Aranzadi.

AA.VV. ECHEVARRÍA SÁENZ, J. A. (coord.): El comercio electrónico. Madrid: Edisofer, 2001.

ILLESCAS ORTIZ, R.: Derecho de la contratación electrónica. Madrid: Civitas, 2001.

JULIÁ BARCELÓ, R. (ed): Comercio electrónico entre empresarios: la formación y prueba del contrato electrónico. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ROSELLÓ MORENO, R.: El comercio electrónico y la protección del consumidor. Barcelona: Cedecs, 2001.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN LA DIRECTIVA DE COMERCIO ELECTRÓNICO
- III. LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS EN LA LEY ESPAÑOLA DE COMERCIO ELECTRÓNICO. LA CONEXIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, DE COMERCIO, Y OTRAS DISPOSICIONES ESPECÍFICAS
 - A) Planteamiento general. Concepto de los contratos electrónicos.
 - B) Aplicación del Ordenamiento jurídico
 - C) Contratos excluidos
 - D) El proceso de la contratación electrónica
 - E) La Ley aplicable
 - F) La prueba
 - G) El lugar de celebración
 - H) Momento de celebración del contrato. La contratación entre ausentes
- IV. OTRAS CUESTIONES

I. INTRODUCCIÓN

La contratación electrónica, o los contratos electrónicos suponen una novedad importante e impensable hasta la última década del siglo pasado. Del papel al soporte electrónico con la aparición de las nuevas tecnologías.

Este reto puede ser abordado de diferentes maneras. Aquellos que consideran que estas nuevas tecnologías suponen un cambio de 180 grados en los Sistemas Jurídicos, especialmente en los de corte Latino-Germánico-Continental debiendo en consecuencia cambiarse absolutamente todo, frente aquellos que pensamos que las nuevas tecnologías no alteran los principios ni esencias fundamentales de los Sistemas Jurídicos, sino que muy al contrario están a su servicio, y además con una utilización racional y lógica pueden servir de instrumento adecuado a un mejor desarrollo y efectividad de los mismos.

En nuestro caso el Ordenamiento Jurídico Español, se encuentra incardinado dentro del Sistema Jurídico Latino-Germánico-Continental, frente a otros sistemas como era los Anglosajones o los Sistemas Escandinavos.

La idea con la que siempre he trabajado en estas materias es que habrá que realizar los cambios imprescindibles producto de la utilización de nuevos soportes diferentes al soporte papel, pero en ningún caso alterar como he dicho anteriormente los principios esenciales de nuestro Sistema Jurídico.

En este sentido no cabe la menor duda que la materia de la contratación electrónica, y en concreto los denominados contratos electrónicos suponen un elemento esencial con la aparición de estas nuevas tecnologías.

Nuestro criterio y así considero que lo ha hecho el legislador español, ha sido el de realizar aquellos cambios imprescindibles en el tema de la contratación electrónica, pero sin alterar lo que llamamos elementos esenciales, naturales, formales, de los contratos, el sistema documental en los contratos, la naturaleza de los mismos, sus efectos, etc.

En definitiva el objeto de este trabajo es el analizar como se articula la figura de los contratos electrónicos en relación con la legislación que existía en el momento de su aparición y las transformaciones que se hayan podido operar.

Para ello habrá que estudiar ciertamente la Normativa Comunitaria que introdujo de una manera clara la contratación electrónica, la legislación de la trasposición de la misma, y su conexión con las normas básicas que regulan los contratos, entre otras las del Código Civil y Código de Comercio.

Es precisamente en relación con el aniversario que celebramos en este año 2014 del Código Civil donde me ha parecido interesante el hablar de la contratación electrónica y de los contratos electrónicos y comprobar, si nuestro Código civil ya no nos sirve, y es necesario cambiarlo o alterarlo y en general las normas que regulan el negocio jurídico y los contratos.

Mi respuesta priori es que ciertamente nuestro Código Civil sigue muy vigente con la aparición de las nuevas tecnologías, siendo la base ciertamente de la materia contractual y que únicamente se ha realizado una pequeña adaptación como consecuencia del nuevo soporte.

Y esta solución que proponemos y que ha sido refrendada por el legislador español no es una isla dentro del sistema de los Países de nuestro entorno, sino que ha sido el mismo método que se ha utilizado en otros lugares como Francia, Portugal, Alemania, Bélgica, Austria, Luxemburgo, etc...

En todos ellos se han realizado pequeñas adaptaciones y no se ha alterado la esencia del Sistema Jurídico que comparten con España. También daremos alguna indicación en este trabajo sobre estas modificaciones puntuales.

Y es que en definitiva y siempre lo hemos defendido en materia documental, el soporte sea papel o sea electrónico, en nada queda alterado el mismo. No hay que confundir el continente con el contenido, un contrato lo será con independencia del soporte en el que este redactado, siempre que concurren los requisitos esenciales para su validez. Mas aún el soporte no altera el carácter de documento privado o público, en que este configurado el contrato, ya que el documento será privado o público con independencia del soporte en el que se haya realizado ya que será público si reúne los requisitos y exigencias que determina la ley para que un documento sea público o privado. Y será documento público, notarial, judicial, o administrativo, si reúne los requisitos de la legislación específica que lo regula, y esta es la esencia de lo que aquí se pretende indicar.

Sirva este trabajo para rendir homenaje a nuestro legislador que aprobó un Código Civil en el siglo XIX y que por Real Decreto de 6 de Octubre de 1888 se disponía la publicación del Código Civil en la Gaceta de Madrid, y ello con el fundamento de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, por la que se autorizaba al Gobierno para publicar un Código civil con arreglo a las bases establecidas en la misma. Así mismo el Real Decreto de 24 de julio de 1889, disponiendo la publicación en la Gaceta de Madrid de la edición reformada del Código Civil.

En definitiva quiero rendir un homenaje en el 125 aniversario de la publicación del Código Civil que sigue vivo y coleando después de tanto tiempo con las modificaciones oportunas, pero justamente en esta materia contractual con los mismos criterios básicos y esencias en la materia contractual.

No cabe la menor duda que una de las cuestiones más importantes dentro de los Servicios de la Sociedad de la Información es el

denominado Comercio Electrónico, que es una parte de esa Sociedad de los Servicios de la Información.

El Comercio Electrónico entendido en un sentido amplio como cualquier forma de transacción o de intercambio de información comercial basada en la transmisión de Datos sobre redes de comunicación como Internet, incluye no solo la compra y venta electrónicas de bienes, información o servicios, sino también el uso de la red para aspectos de publicidad, búsqueda de información de productos, proveedores, el propio mecanismo de negociación entre comprador y vendedor y un largo etcétera.

Dentro del fenómeno del comercio electrónico un apartado esencial es el de la contratación electrónica. En este sentido la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior trata esta cuestión de manera especial. Por una parte el Art 1 de la citada Directiva hace referencia específica a los contratos por vía electrónica y de otra parte la sección 3.^a de la misma se dedica a esta materia en los artos. 9, 10 y 11.

De otro lado la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, que es la trasposición de la Directiva antes indicada, regula detalladamente el fenómeno de la contratación electrónica en concreto en los artículos, 23 a 29, ambos inclusive.

Es necesario analizar fundamentalmente estos dos textos normativos, ya que son piezas esenciales en relación a la contratación electrónica, y será interesante analizar lo que determina la Directiva y como el legislador español ha realizado esa trasposición, con independencia de que todo el conjunto normativo se vea afectado ciertamente por este nuevo fenómeno.

Como dijimos anteriormente veremos y analizaremos el encaje de estos contratos en la legislación reguladora de los contratos, tanto el Código Civil como el de Comercio y otras normas, y veremos como los cambios son mínimos, siguiendo los mismos principios reguladores en materia contractual, con independencia del soporte utilizado.

Resta indicar que al acercarnos a la contratación por vía electrónica, debemos hacerlo con el esquema de las instituciones del sistema jurídico civil romano continental, y únicamente adaptarlas,

en aquello que sea necesario, por las características del soporte utilizado, o en su caso en aquellas circunstancias en que sea necesario por razones de la especialidad de la vía utilizada. Con ello se quiere indicar que las nuevas tecnologías son las que deben estar al servicio del sistema jurídico y no al revés, ya que los mismos principios de seguridad y de eficacia deben darse tanto en la contratación en soporte papel como en la contratación electrónica.

No cabe duda que uno de los problemas más importantes en general del comercio electrónico, y como consecuencia de la contratación electrónica es el de la confianza del ciudadano ante estos nuevos medios, y si no conseguimos dar esa confianza, esa seguridad, el comercio electrónico no llegará a desarrollarse en los niveles que se ha pretendido desde todas las instancias europeas.

El análisis de la Ley de Trasposición española antes citada nos va a servir como punto de referencia esencial, en el sentido de cómo el legislador español ha previsto este fenómeno en todos sus aspectos, incardinándolo dentro del sistema jurídico de una manera armónica y aplicando en la mayoría de los casos las normas y reglas generales

II. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN LA DIRECTIVA DE COMERCIO ELECTRÓNICO

La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, como indicamos anteriormente hace referencia, a la contratación por vía electrónica, y de una manera específica en los artículos 9, 10, y 11 de la misma. Vamos a analizar estos artículos, para así poder tener una idea más clara de lo que el legislador español, ha hecho a la hora de hacer la trasposición de la misma, en la Ley Española de Comercio Electrónico.

En cuanto al artículo 9 que hace referencia al tratamiento de los Contratos por vía electrónica, nos recuerda en parte al artículo 5 de la Directiva sobre Firma Electrónica en el sentido de que allí se indicaba que los Estados Miembros no podrán negar validez a dicha Firma Electrónica, por el simple hecho de no ser Firma Manuscrita, con las matizaciones y Problemática que ya se indicaron en los diferentes Informes del Ministerio de Justicia sobre los efec-

tos y eficacia de la Firma Electrónica en los distintos supuestos. No olvidemos que en el caso de la Ley Española sobre Condiciones Generales de Contratación, se prevé la validez de los Contratos incluso por esa vía electrónica, existiendo ya, el desarrollo reglamentario de dicho artículo 5 en su apartado 3, en virtud del Real Decreto 1.906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica, con condiciones generales en desarrollo del Art. 5.3 de la ya citada Ley 7/1998 de 13 de abril; así como un conjunto de Leyes que también se adujeron en los informe sobre Firma Electrónica en el sentido de diversas Leyes españolas que han regulado la Comunicación por Vía Telemática tanto por ejemplo el Mercado de Valores, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre y un largo etc. Pero este Principio General debe estar matizado en cada caso concreto en relación con la Legislación interna de cada Estado que no puede ni debe entrometerse en el Sistema Jurídico de Derecho Interno, cuando existen un conjunto de Normas y Leyes que establecen todo el entramado de la Contratación, y sobre todo en determinados Sectores donde parece esencial y conveniente la exclusión de esta Contratación por Vía Electrónica.

Por ello el artículo 9 en su apartado 2, establecía en uno de los primeros Borradores de la Directiva de manera lógica y concluyente establecía la posibilidad de que los Estados Miembros puedan disponer que el apartado 1 del Principio General de Validez de los Contratos por Vía Electrónica, no se aplique a los Contratos que requieran la intervención de un Notario, a los Contratos que para ser válidos deban registrarse ante una Autoridad Pública, los Contratos sujetos al Derecho de Familia, y los Contratos sujetos a los Derechos de Sucesión. La lista en principio es adecuada y acorde con nuestro sistema jurídico español, sistema jurídico de Derecho Romano Continental, con los pilares en materia de seguridad jurídica preventiva de las funciones notariales y registrales.

Aún hay un ámbito, de exclusión ya que la ya derogada Directiva 97/7/CE relativa a la Protección de los Consumidores en materia de Contratos a Distancia, no olvidemos que los Contratos por Vía Electrónica son por esencia Contratos a Distancia ya que las partes no están presentes simultáneamente, excluía de forma categórica, la posibilidad de las ventas a distancia sobre Bienes e Inmuebles y los Derechos Reales sobre ellos constituidos. En este caso no se trata de que los Estados puedan o no aplicar esos Contratos a la vía

Electrónica como dice el artículo 9 de esta Directiva, sino que en las ventas de inmuebles a distancia siempre estarán excluidos.

En el mismo sentido la vigente Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, y con un sentido más amplio establece en su artículo 3 lo siguiente: *Ámbito de aplicación. 3. La presente Directiva no se aplicará a los contratos:*

5. de creación, adquisición o transferencia de bienes inmuebles o de derechos sobre los mismos.

Profundizando un poco más en este importantísimo artículo 9, sobre la base de la redacción dada en los textos que figuraban en la primera y segunda lectura, se realizaron informes por la Delegación Española en el sentido de matizar y ampliar el número 2 del artículo 9 en el sentido de que los Estados Miembros, podrán disponer que el apartado 1, relativo a la posibilidad de realización efectiva de contratos comerciales por vía electrónica, no se apliquen a determinados contratos. En este sentido en la exclusión que aparece en la letra a), de los contratos que requieran la intervención de un notario, se proponía hablar también de actos jurídicos, por ser un concepto, que engloba otra serie de negocios que no son contratos, por no ser negocios jurídicos bilaterales, como por ejemplo, requerimientos, notificaciones, actas de manifestación, declaraciones de obra nueva y un largo etcétera.

Así mismo, se quería ampliar a otros fedatarios públicos, que también ejercen la fe pública como los corredores de comercio, por ejemplo. (hoy ya sin sentido al no existir). En el apartado b) la redacción del texto hablaba de los contratos que, para ser válidos, deban registrarse ante una autoridad pública, proponiéndose la modificación, por la de contratos y actos jurídicos que para ser válidos, o para producir efectos frente a terceros, deban registrarse ante una autoridad pública, teniendo en cuenta que frente a Registros de la Propiedad Alemán o el Austríaco, que tienen carácter constitutivo, es decir, que los actos y contratos no inscritos, o los derechos en ellos constituidos, no existen ni son válidos, existen otros Registros de carácter declarativo, en el sentido de que el contrato no inscrito, o mejor dicho el derecho que se transmite o se constituya aunque no esté inscrito es válido, pero no produce fuerza ni efecto frente a terceros hasta que no se inscriba; de ahí la necesidad de incluir

también a estos Registros, que por regla general tienen carácter declarativo, salvo algunos casos, en las excepciones o en las exclusiones de este artículo 9.2.

También se propuso introducir dentro de estas exclusiones, que no estaba contemplada en el artículo 9, la de los contratos relativos a la adquisición del derecho de propiedad o a la constitución o transmisión de otros derechos reales sobre bienes inmuebles. Como indicamos anteriormente, esta excepción está ya comprendida en la Directiva sobre contratos a distancia, y es lógica su exclusión debido a la importancia de estos contratos, donde no debe primar en ningún caso la rapidez, y por razones de seguridad la vía electrónica es un método inadecuado. En el documento ya citado de la Presidencia de agosto de 1999, se introducen, algunas de estas sugerencias, aunque no todas.

El Texto de la Directiva en cuanto al Art. 9.2 que hemos comentado, y debido entre otros motivos a una participación activa de la Delegación Española en su discusión, permite la no aplicación, a determinados contratos, que los Estados miembros quieran excluir de su realización por vía electrónica. En este sentido, pueden quedar excluidos, los contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento; los contratos que requieran por ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública; los contratos de crédito y caución y las garantías presentadas por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión; por último, los contratos en materia de derecho de familia o de sucesiones.

La lista, creemos, es bastante completa, y en definitiva se permite a través de esta posible exclusión por parte de los Estados miembros, adaptar las distintas particularidades de sus sistemas jurídicos en razón, a las propias exigencias de formas y solemnidades requeridas, para celebrar determinados actos o contratos, así como por las especiales características del objeto de determinados contratos, que requieren una reflexión por las partes contratantes, lejos de la rapidez que pudiera ofrecer el comercio electrónico, pero que en determinados casos produciría una total inseguridad en las partes contratantes.

El artículo 10, hace referencia a la información exigida en los contratos por vía electrónica, en el sentido de que los Esta-

dos miembros dispondrán en su legislación, que el prestador de servicios deberá explicar las modalidades de formación de un contrato por vía electrónica de forma clara e inequívoca como los pasos que hay que dar para cerrar el contrato, si el contrato se archiva o no, una vez celebrado, que medios existen para corregir los errores de manipulación, etcétera. La Delegación Española, en sus intervenciones y propuestas, introdujo el que los Estados garantizarán, mejor que la expresión dispondrán, y que la forma de explicar la modalidad de formación de un contrato por vía electrónica, además de forma clara e inequívoca, debería ser también comprensible, por ser la expresión que se utiliza en el artículo 4.2 de la Directiva sobre contratos a distancia. Entre otras matizaciones, se propuso introducir como información exigida que debería incluirse, la de indicar las limitaciones que la legislación nacional establezca a la capacidad para contratar de menores e incapacitados, por razones fundamentales de orden público, en relación a estos grupos más desprotegidos, y que se encuentra también en la ya citada Directiva de contratos a distancia en su artículo 4.2 inciso final. Como punto esencial e importante cuando la Directiva dice que los Estados garantizarán en su legislación que los pasos que hay que dar para celebrar un contrato por vía electrónica, deberán estar fijados de tal manera que se garantice que las partes lo entienden, se propuso que debería de advertirse en particular, antes del último paso, en el proceso de la contratación electrónica, que no se trata de un juego o simulación de contratación, sino de un contrato Real, y que la opción final de aceptación del mismo no podría estar configurada como opción por defecto; con ello se pretende garantizar, la posición de la persona que contrata por estas vías electrónicas, garantizando en definitiva el consentimiento Real de los contratantes.

El texto de la Directiva, parte del principio, en este artículo 10, de que los Estados miembros garantizarán, excepto cuando las partes que no son consumidores, así lo acuerden, que el prestador de servicios facilite una información, al destinatario del servicio que efectúe un pedido, de manera clara, comprensible e inequívoca. Esta información, consistirá en los diferentes pasos técnicos que deben seguirse para celebrar el contrato, si el prestador del servicio va a archivar o no el contenido del contrato que eventualmente va a celebrarse, y si este va a ser accesible. Así mismo, los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efec-

tuar el pedido, así como las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato, y nosotros diríamos que en la Ley de Transposición, debería de establecerse, a elección del consumidor. Otra información exigida, debe ser la de los códigos de conducta correspondientes a los que en su caso se encuentre acogido el prestador, y la manera de consultar electrónicamente dichos códigos y las condiciones generales de los contratos facilitados al destinatario, debiendo estar disponibles, para que pueda almacenarlas y reproducirlas.

El artículo 11 de la Directiva regulaba la importante cuestión del momento de celebración del contrato. Este artículo 11 establecía, que los Estados Miembros dispondrán en su legislación, que salvo acuerdo en contrario de las partes y siempre que se trate de profesionales, cuando se pida al destinatario de un servicio que manifieste su consentimiento utilizando medios tecnológicos, como por ejemplo clicar sobre un icono, para aceptar la oferta de un prestador de servicios, el contrato quedará celebrado cuando el destinatario del servicio haya recibido por vía electrónica una notificación del prestador de servicios acusando recibo de la aceptación del destinatario del servicio, y haya confirmado la recepción del acuse de recibo.

La propuesta de la Delegación Española, sobre este texto, era cambiar la palabra dispondrán, por la de garantizarán, añadir a la expresión profesionales la de empresarios, y añadir después de clicar un icono, o mecanismos de firma electrónica así como cambiar la expresión medios tecnológicos por medios electrónicos. La razón de estas alteraciones, unas son de carácter terminológico en cuanto a la de garantizar, y otras como la de medios electrónicos o mecanismos de firma electrónica, por la gran relación que existe con la Directiva sobre firma electrónica, no cabiendo duda de que uno de los mecanismos más normales que se utilizarán, para esta contratación electrónica, serán los de la propia firma electrónica.

Así mismo en el texto se establece que el contrato quedaría celebrado cuando el destinatario de servicio, haya recibido por vía electrónica una notificación del prestador de servicios, acusando recibo de la aceptación del destinatario del servicio, y además haya confirmado la recepción del acuse del servicio. La propuesta de modificación, consistía en suprimir la frase haya confirmado la recepción del acuse de recibo, y que fue comentada por varias Delegaciones, e incluso por la propia Comisión y por una enmienda en el Parlamen-

to Europeo. La razón de esa supresión es que se haría demasiado complicado el proceso en toda la contratación, ya que habría hasta cuatro comunicaciones, que serían la oferta, la aceptación, el acuse de recibo y la confirmación posterior.

La introducción también de la frase perfeccionamiento y ejecución, hace referencia a indicar, que esta Directiva tiene un ámbito de aplicación, siempre que todo el proceso se dé dentro de las redes informáticas, pero en ningún caso, cuando sea fuera de las mismas, por ejemplo, la entrega efectiva de un bien o entrega material, deberán aplicarse las Directivas correspondientes, sobre contratos de distribución, de responsabilidad por producto defectuoso y un largo etcétera. El apartado c) del texto en primera y segunda lectura establecía, que el acuse de recibo del prestador de servicios y la confirmación del destinatario deberán enviarse lo antes posible; la Delegación Española propuso introducir la frase referente a que AUn retraso superior al habitual según los usos del comercio genera responsabilidad in contrahendo, y la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados tratando con esta ampliación de especificar las consecuencias jurídicas en caso de retraso indebido en la remisión por parte del prestador de servicios del acuse de recibo. Así mismo se indicó la necesidad de suprimir el número 2 del artículo 11, que estaría más adecuado en el propio artículo 10 en relación con la información exigida. En el texto de agosto de 1999, tanto de la Comisión como de la propia Presidencia, se suprimió, la cuarta comunicación a la que hacíamos referencia anteriormente, o sea la confirmación de la recepción del acuse de recibo. En cambio, el texto de la Comisión, suprimió algunos de los apartados, pero en cambio no introdujo lo relativo a los medios electrónicos, y a los mecanismos de firma electrónica. Si coincidieron el texto reformado de la Comisión, y el de la Presidencia, de agosto de 1999 como ya se ha indicado, en introducir en relación con los consumidores, el que las cláusulas contractuales y las condiciones generales que se ofrezcan al consumidor, deberán ponerse a su disposición de tal manera que pueda conservarlas y reproducirlas.

Posteriormente, en el debate acaecido en las sesiones, **se cambió el título de este art. 11 por el de realización de un pedido**, en el sentido de no quererse inmiscuir la Directiva en cuestiones como la de la celebración del contrato por vía electrónica, sobre todo por la diversidad de los sistemas jurídicos, y por el distinto tratamiento,

que en las diferentes legislaciones se daba a esta cuestión. Por ello en el Texto, se llegó a una solución menos comprometida, más ambigua que no entraba de lleno en la auténtica fase contractual, sino más bien en la fase anterior preliminar, y creo que esta solución ha sido acertada. Así en la redacción del artículo 11, relativa a la realización de un pedido, se articula que cuando el destinatario de un servicio efectúe su pedido por vía electrónica, los Estados miembros deben garantizar que se apliquen determinados principios, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden. Estos principios son:

1.º– El prestador de servicios debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida, y nosotros diríamos conforme a los usos y prácticas habituales, y por vía electrónica.

2.º– Se considerará que se ha recibido el pedido y el acuse de recibo, cuando las partes a que se dirigen puedan tener acceso a los mismos.

3.º– El prestador de servicios pondrá a disposición del destinatario, los medios técnicos adecuados, eficaces y accesibles que le permitan identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de realizar el pedido.

III. LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS EN LA LEY ESPAÑOLA DE COMERCIO ELECTRÓNICO. SU CONEXIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, Y DE COMERCIO, Y OTRAS DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

A) Planteamiento general. Concepto de los contratos electrónicos

Como indicamos anteriormente la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (en adelante Ley de Comercio electrónico), traspone la Directiva de comercio electrónico y en concreto la materia dedicada a la contratación electrónica.

En este sentido la Exposición de motivos de la citada Ley establece que "Se favorece igualmente la celebración de contratos por vía electrónica, al afirmar la ley, de acuerdo con el principio espiritualista que rige la perfección de los contratos en nuestro Derecho,

la validez y eficacia del consentimiento prestado por vía electrónica, declarar que no es necesaria la admisión expresa de esta técnica para que el contrato surta efecto entre las partes, y asegurar la equivalencia entre los documentos en soporte papel y los documentos electrónicos a efectos del cumplimiento del requisito de forma escrita que figura en diversas leyes”.

En la ley se analizan diversas cuestiones relativas a la fijación del momento y lugar de celebración de los contratos electrónicos, adoptando una solución única, también válida para otros tipos de contratos celebrados a distancia, con alguna matización como luego veremos, y unificando el criterio contenido hasta ahora de manera dispar en los Códigos Civil y de Comercio.

Otra cuestión también importante y que fue objeto de discusión en los diferentes borradores es el ámbito expansivo de las disposiciones contenidas en la Ley sobre aspectos generales de la contratación electrónica, como las relativas a la validez y eficacia de los contratos electrónicos o al momento de prestación del consentimiento, y digo expansivas, porque serán de aplicación aún cuando ninguna de las partes tenga la condición de prestador o destinatario de servicios de la Sociedad de la Información.

El contrato formalizado por vía electrónica, es el contrato celebrado a distancia o sin que las partes estén simultáneamente presentes, enviado en origen y recibido en destino por medio de equipos electrónicos de tratamientos y almacenaje de datos y que son enteramente transmitidos, encaminados y recibidos por medio de cable, radio, medios ópticos o por otros medios electromagnéticos. Esta definición fue una de las que aparecieron en los distintos borradores del anteproyecto de ley. La definición que finalmente se adoptó consta en el anexo de la Ley de Comercio Electrónico, en concreto en la letra h) que establece: “contrato celebrado por vía electrónica o contrato electrónico: todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos conectados a una red de telecomunicaciones”.

Particularmente me gusta más la definición que recalca y hace hincapié en el sentido de constatar que se tratan de auténticos contratos a distancia, o entre ausentes, y en este sentido iba también una de las observaciones en el Dictamen del Consejo de Estado, sobre el anteproyecto de Ley...

En efecto el Dictamen de 17 de Enero de 2002, cuando pasa a analizar el apartado correspondiente de las definiciones, y en concreto de la definición de contrato celebrado por vía electrónica, indica con claridad que "... en esta definición se omite un elemento esencial, consistente en la celebración del contrato a distancia. Los contratos celebrados entre presentes con utilización de dispositivos electrónicos, ... por ejemplo, la compraventa celebrada en un establecimiento mercantil en presencia del cliente a través de un programa informático conectado a una red de telecomunicaciones... no presentan especialidad alguna que haga aconsejable su regulación mediante el Anteproyecto sometido a consulta... Dado que esta definición de " contrato celebrado por vía electrónica" o "contrato electrónico" no pretende sin duda ampliar el ámbito de aplicación del Anteproyecto, procede a juicio del Consejo de Estado añadir la expresión " celebrado a distancia (o celebrado entre ausentes) al inicio de la definición de estos conceptos...".

Curiosamente en la Directiva de Comercio Electrónico en el Art. 2 que hace referencia al conjunto de definiciones, no define lo que es el contrato electrónico, y ello tiene una explicación por el propio ámbito y esencia de la Directiva, que no quiere meterse en cuestiones de Derecho Interno sobre la materia contractual, donde no existe una armonización desde el punto de vista comunitario, sino únicamente algunas parcelas específicas sobre todo en materia de contratación con consumidores, a los efectos de aplicar la legislación tuitiva de estos. Además como ya vimos anteriormente lo que se pretende en la Directiva es que todo Estado miembro debe ajustar su legislación en cuanto a los requisitos y, especialmente, los requisitos formales, que puedan entorpecer la celebración de contratos por vía electrónica. Con ese ajuste se deberá hacer posible la celebración de contratos por vía electrónica. En definitiva lo que se pretende es que los Estados miembros supriman los obstáculos para la celebración de los contratos electrónicos, obstáculos derivados del régimen jurídico. Por ello quizás es lógico que la propia Directiva no establezca ninguna definición, ya que la diversidad de los sistemas jurídicos civiles y mercantiles existentes en la Unión Europea, hacen imposible la fijación de criterios unívocos, más aún cuando no existe una armonización completa y general en esta materia.

De la definición antes expuesta se deduce que se trata de unos contratos a distancia, y esto ha sido criticado por algún sector doc-

trinal indicando que no debe ser considerado como contratos a distancia, ya que hay una conexión directa e inmediata entre las partes contratantes. No comparto esta opinión ya que realmente el proceso de contratación, aunque pueda ser ágil y directo está tamizado por unos equipos al menos informáticos en los que la presencia física de las partes contratantes no existe, y en donde la soledad de cada contratante es clara, más aún cuando en determinados momentos se relaciona con una máquina que le está pidiendo y ofreciendo un método que el aceptante debe seguir paso a paso, sin existir un auténtico diálogo entre las partes. Por ello considero ciertamente que se trata de una contratación a distancia, ciertamente con algunas particularidades como son la utilización de máquinas informáticas.

No cabe duda que en los contratos, o en la contratación electrónica se ha distinguido tradicionalmente entre la contratación directa y la contratación indirecta. En la primera todas las fases contractuales desde los denominados tratos preliminares, hasta la generación, perfección, consumación y ejecución del contrato se realizan por vía electrónica o telemática. Así por ejemplo en la adquisición a través de la red de un determinado programa informático, todas las fases se celebran por vía electrónica, ya que la entrega del programa, se produce a través de esta vía descargando el propio adquirente dicho programa en su ordenador, una vez que el contrato ha quedado perfeccionado.

Por el contrario, el comercio electrónico indirecto, en cuanto a la celebración del mismo sí que se realiza on-line, pero la fase de la consumación o ejecución se establece fuera de línea. Es el supuesto en el que una persona adquiere por ejemplo un libro en soporte papel, pero en cambio celebra el contrato por medios electrónicos, pero la ejecución del mismo, es decir la entrega del libro se hace de manera física remitiéndole el mismo a su domicilio.

En este sentido el Art. 2 de la Directiva de Comercio Electrónico al definir en la letra h) el ámbito coordinado, que no es más que aquel conjunto formativo que se debe aplicar a los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información, con independencia de otras normas y con prevalencia a ellas si contradicen ese ámbito coordinado, no es aplicable el mismo, o no está dentro del mismo cuando se habla de los requisitos aplicables a las mercancías en sí, a los requisitos aplicables a la entrega de las mercancías, y a los requisitos aplicables a los servicios no prestados por medios elec-

trónicos. Esto es una consecuencia lógica ya que el servicio no se ha prestado todo él por medio electrónico, sino una parte del mismo, y como consecuencia la propia Directiva lo excluye del ámbito coordinado, y por tanto de la aplicación de la propia Directiva por no ser un servicio de la Sociedad de la Información.

Otra clasificación, u otra forma de entender el mecanismo de la contratación electrónica es la manera de establecerse ese diálogo entre las partes contratantes. En todos los supuestos se utilizan medios electrónicos de comunicación, pero en algunos casos existe un diálogo contractual directo entre el comprador y el vendedor, tanto en los tratos preliminares como en todo el proceso de celebración del contrato, discutiéndose sobre las cláusulas y condiciones que se van a establecer en el contrato. Este sería de alguna manera el medio común utilizado a través del correo electrónico, donde ambas partes contratantes establecen ese diálogo.

Otra manera de concebir el diálogo contractual, es cuando realmente no existe tal diálogo, no hay esa oferta y esa aceptación tan clara, en cuanto a su elaboración, o en cuanto a la manera de conformarse, sino que existe una oferta ya establecida en una página Web por ejemplo, donde se indica el producto objeto del contrato, donde se establecen las condiciones del mismo y donde el aceptante va siguiendo unos pasos predeterminados que debe realizar hasta dar en el último clic y en la casilla correspondiente de esa página Web. En este caso se ha hablado de la contratación electrónica por medio de máquinas o de la contratación electrónica por proceso automático. En esta segunda modalidad, la diferencia con la contratación tradicional es mucho mayor, ya que no solamente es el medio electrónico el criterio diferenciador, sino que también lo es la forma de concebirse y desarrollarse todo el fenómeno contractual.

Posteriormente veremos como esta diferenciación tuvo alguna repercusión importante, a la hora de redactar los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio.

B) Aplicación del Ordenamiento jurídico

Como ya indicamos anteriormente, uno de los principios básicos es, el no establecer diferencias entre los contratos celebrados de forma tradicional, y los celebrados por vía electrónica. Este principio se traduce en realizar las mismas modificaciones posibles en el

sistema jurídico, y únicamente realizar aquellas adaptaciones que sean necesarias por razón del soporte o el medio utilizado de la contratación.

Este fue uno de los puntos esenciales, que desde los primeros borradores de la ley se trataron, ya que existían algunos que pensaban que era necesario hacer modificaciones en muchos textos legales, para que hicieran referencia a la vía electrónica, al considerar que en efecto, la normativa existente solo preveía el contrato o documento en soporte papel.

Triunfó la tesis de realizar las mínimas alteraciones, y en definitiva dar cumplimiento a la Directiva, que no era otro que el suprimir aquellos obstáculos legales que pudieran existir y que impidieran la celebración de contratos por vía electrónica.

En este sentido el artículo 23 de la Ley relativo a la validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica parte de dos premisas básicas: por un lado estos contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. En definitiva lo que con carácter general establece el artículo 1261 del Código Civil. Con este simple párrafo el legislador español está cumpliendo perfectamente uno de los mandatos de la Directiva.

Por otro lado como consecuencia de esta filosofía de no querer hacer una especialidad distinta para este tipo de contratos, salvo en aquello imprescindible, se establece un Orden Normativo aplicable a los mismos, es decir se regirán por lo dispuesto en la propia Ley de Comercio Electrónico, **por los Códigos Civil y de Comercio** y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.

En este caso serán aplicables todo el elenco de disposiciones que afecten a esta materia como Ley de Consumidores y Usuarios, la Ley de Condiciones Generales de Contratación, la ley de Comercio Minorista, y un largo etcétera siempre que se den los presupuestos básicos en estos contratos para la aplicación de estas normas, con las mismas condiciones que en los contratos celebrados en soporte papel.

En el sentido antes expuesto la normativa aplicable ciertamente es variada, y en algunos supuestos el ámbito de aplicación puede

ser diferente, y en este sentido se ha indicado (2): "... Es por ello que algunos aspectos de dicha Ley (tales como los relativos a la validez y eficacia de los contratos electrónicos) resultan de aplicación en todo caso, tanto a contratos de consumo como a los celebrados entre empresarios o profesionales entre sí, o entre particulares, conforme deja sentado el punto cuarto de su Exposición de Motivos. En otros casos, sin embargo, (p. ej., los deberes de información) sí deberá atenderse a dicha naturaleza, pues sólo los prestadores de servicios en sentido propio (en cuanto tal actividad constituya una auténtica actividad económica", en el sentido de ofrecimiento profesional, no esporádico, de bienes o servicios en el mercado) serán los obligados. O, dicho de otra manera, cuando el contrato se celebra entre dos consumidores, esto es, personas físicas que actúan al margen de sus actividades económicas, no resultan de aplicación los preceptos sobre obligaciones de los prestadores de servicios establecidos por la LSSI, para la contratación electrónica. No obstante lo anterior y por lo que respecta a su formación, conviene recordar que muchos de los contratos electrónicos adoptan la forma de contratos de adhesión, por lo que será necesario acudir a la Ley de Condiciones Generales y al Real Decreto 1906/1999, de desarrollo del art. 5.3 LCG (vigente art. 5.º.4, tras la reforma introducida por la Ley 24/2001), en lo que no sea contrario a ésta o a otras normas de superior rango, incluida la LSSI. Cuando estemos en presencia de un contrato de consumo, además habrá que tener en cuenta la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Y la Ley de Ordenación del

Comercio Minorista, ... en cuanto son también contratos a distancia. Y todo ello, sin perjuicio de la aplicación del Código Civil y del Código de Comercio en los aspectos no expresamente regulados por las normas referidas".

Como complemento a lo indicado antes, hay que resaltar que en la actualidad el citado Real Decreto 1906/1999 de 17 de diciembre, ha quedado derogado por la Ley 3/2014 de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

(2) APARICIO VAQUERO, Juan Pablo: ob. cit, pp. 182 y ss.

En efecto el Real Decreto derogado tenía muchos puntos de crítica, tanto por su ámbito de aplicación así como por la manera de concebir este tipo de contratación con condiciones generales en relación sobre todo a la contratación electrónica, y de ahí que la Disposición Final 5.^a de la Ley de Comercio Electrónico previera la modificación del citado Real Decreto para adaptar su contenido a lo dispuesto en esta Ley, así como para facilitar la autorización real de los contratos electrónicos conforme al mandato recogido en el artículo 9.1 de la Directiva de Comercio Electrónico

No cabe la menor duda que la Ley de Comercio Electrónico había producido de facto una derogación de la mayor parte del articulado de aquel Real Decreto, ya que este era del año 99, anterior a la misma y a demás con distinto rango normativo. Por ello nos congratula esta derogación expresa aunque en parte consideramos que tácitamente gran parte del mismo había sido derogado.

A través de la Ley 3/2014 de 27 de marzo, se modifica la Ley de consumidores y usuarios (LGDCU), y el Título III de la misma queda incardinado con la denominación de contratos celebrados a distancia, y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil.

En este sentido el artículo 92 relativo al ámbito de aplicación establece que se regirá por lo dispuesto en este Título los contratos celebrados a distancia con los consumidores y usuarios en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física, simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo.

Entre otras tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia el correo postal, Internet, el teléfono o el fax.

Hay que tener en cuenta que la Directiva de Comercio electrónico, así como la Ley de Comercio Electrónico Española que analizamos, se aplican única y exclusivamente en la contratación electrónica dentro del marco de la denominada Sociedad de Servicios de la información, quedando excluidos las técnicas de comunicación como el fax, el correo postal, o el teléfono.

Es interesante, el hacer referencia al artículo 94 de la citada Ley de consumidores y usuarios, cuando establece que en las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otros medios de comunicación electrónica y en la contratación a distancia de bienes o ser-

vicios por medios electrónicos, se aplicara además de lo dispuesto en este título, la normativa específica sobre servicios de la sociedad e información y comercio electrónico.

Por su parte el párrafo segundo del citado artículo establece que, cuando lo dispuesto en este título entre en contradicción con el contenido de la normativa específica sobre servicios de la sociedad e información y comercio electrónico, esta será de aplicación preferente, salvo lo previsto en el artículo 97.7 párrafo segundo del citado Texto Refundido.

En definitiva lo que hace este artículo es intentar integrar la regulación del Texto Refundido de consumidores con la Ley de comercio electrónico estableciendo como criterio prioritario el carácter de aplicación principal de la Ley de comercio electrónico cuando exista contradicción con lo establecido en el Texto refundido de consumidores, con la única excepción de lo previsto en el artículo 97.7 párrafo segundo.

En este sentido el artículo 97 hace referencia a la información precontractual de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil y en concreto el punto 7 párrafo primero establece que estos requisitos de información se tendrán como adicionales a los requisitos que figuren entre otros en la Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad e información y de comercio electrónico, y el párrafo segundo establece que sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior si una disposición general o sectorial sobre prestación de servicios, incluidos los servicios de la sociedad e información y de comercio electrónico, relativa al contenido o el modo en que se debe proporcionar la información entra en conflicto con alguna disposición de esta ley prevalecerá las disposiciones de la Ley (nos referimos al texto refundido de la ley de consumidores).

Así mismo la disposición derogatoria única, de la citada ley 3/2014 de 27 de marzo, deroga los artículos 39 a 48 de la ley 7/1996, de 15 de enero de Ordenación del comercio minorista, así como el apartado cuarto del artículo 5 de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de contratación y el ya citado Real Decreto 1906/1999 de 17 de Diciembre que desarrollaba el artículo 5 punto 3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril de condiciones general de contratación. ya que como indica el Preámbulo de la misma, cuyas disposiciones resultan incompatibles con el enfoque de armonización máxima de la Directiva que se traspone.

Todas estas circunstancias habrá que tenerlas en cuenta a la hora de ver la legislación aplicable así como en su caso las disposiciones vigentes a la hora de integración de la normativa aplicable a los contratos electrónicos, teniendo en cuenta que el texto refundido de la ley de consumidores, se esta aplicando para unos contratos muy específicos y además dentro de esos contratos esta regulando unas formas de comunicación como es el fax y el teléfono que no están dentro de la directiva de comercio electrónico ni tampoco de su ley de transposición que tienen unas características distintas.

La Disposición Transitoria Única de la citada Ley 3/2014 establece que las disposiciones de la ley, se aplicarán a los contratos con los consumidores y usuarios celebrados a partir del 13 de junio de 2014.

Todas estas circunstancias provienen de trasponer correctamente la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores por la que se modifican determinadas Directivas.

Como establece el Preámbulo de la Ley 3/2014 de 27 de marzo, la citada Directiva procede a derogar la normativa europea vigente sobre la protección de los consumidores, en los contratos celebrados a distancia y en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles... Al tiempo que modifica la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados como consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, siendo la directiva continua dictando el preámbulo que supone un nuevo impulso a la protección de los consumidores y usuarios europeos y a la consolidación de un mercado interior dirigido a reforzar la seguridad jurídica, tanto de los consumidores y usuarios, como de los empresarios, eliminando disparidades existentes en la legislación europea de los contratos de consumo que crean obstáculos significativos en el mercado interior. Con esta finalidad la Directiva amplía la armonización de los ordenamientos internos de los Estados bajo un enfoque de armonización plena, con excepciones puntuales, e introduce modificaciones sustanciales en la vigente normativa europea en materia de contratos con los consumidores y usuarios, recogida en nuestro derecho interno a través del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.”

Otro de los principios básicos, también recogidos en el **artículo 23 de la Ley de comercio electrónico**, y que facilitan este tipo de

contratación es que para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos. Esto es un elemento más, para no poner trabas a la contratación por vía electrónica, al igual que en la contratación en soporte papel, no es necesario el previo acuerdo de las partes para que sea válido el contrato.

Por último y a los fines de evitar tener que modificar todo un cuerpo normativo, a los efectos de adaptar el medio utilizado como es el electrónico se cogió la idea que estaba plasmada en la Ley de Comercio Electrónico de U.N.C.I.T.R.A.L., que es una Ley Modelo que ha servido como punto de referencia a muchos estados a la hora de desarrollar desde el punto de vista interno la materia relativa al Comercio Electrónico. En este sentido el apartado 3 del artículo 23 establece que "Siempre que la ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico". De esta manera se consigue un efecto importante, sin perjuicio de que en algunos supuestos pueda exigirse una forma determinada.

C) Contratos excluidos

Como ya tuvimos ocasión de analizar líneas arriba el Art. 9 de la Directiva de Comercio Electrónico prevé en su apartado 2.º, la posibilidad de que los estados miembros puedan disponer que no se aplique el principio de la celebración de contratos por vía electrónica en determinadas categorías. Esta era una posibilidad que tenían los estados a la hora de hacer sus leyes de trasposición, y fue ciertamente uno de los puntos más conflictivos al discutir este artículo en la Ley de Trasposición, que en alguno de los borradores tenía un artículo en concreto dedicado a esta materia.

Al final la cuestión se solventó con un apartado 4.º en el artículo 23 al establecer la exclusión solo con referencia a los contratos relativos al Derecho de Familia y Sucesiones, que era uno de los supuestos contemplados en el Art 9, apartado 2, letra d, de la Directiva de Comercio Electrónico.

En los sucesivos y diversos grupos de trabajo, por parte del Ministerio de Justicia se defendió constantemente la exclusión en relación con los bienes inmuebles, en concreto para los contratos en los

que se constituyera, modificara, transmitiera o extinguiera derechos reales sobre bienes inmuebles, estableciendo la excepción de los derechos de arrendamiento como específicamente preveía la Directiva de Comercio Electrónico.

Entre otros informes que se remitieron, a continuación se transcribe lo siguiente: "Se ha de indicar que en el Capítulo de las exclusiones de determinados contratos, al amparo de lo que prevé el artículo 9.2 de la Directiva de Comercio Electrónico, los Estados pueden prever determinadas exclusiones, y éstas que se introducen en el texto que a continuación se dirán, son las imprescindibles que considera este Ministerio, y que están en consonancia con lo que ocurre en Europa, entre otras, en la Ley de 14 de agosto de 2000 de Luxemburgo, en la que se realiza una transposición entre otras de la Directiva de Comercio Electrónico y en concreto el artículo 50 de dicha Ley de Luxemburgo al hacer referencia al ámbito de aplicación excluye, entre otros, los contratos en virtud de los cuales se constituyan o transmitan derechos reales sobre inmuebles, los de familia y sucesiones, los que intervengan Tribunales, autoridades públicas, etc., y los contratos de seguros y las garantías dadas por personas que actúen por motivos ajenos a su actividad económica o profesional. Por todo ello y por razones de la propia característica de los bienes inmuebles, como bienes no fungibles, y por razón de la concepción del propio consumidor europeo y razones de seguridad y de inmediatez del sujeto con la cosa, y el tiempo de reflexión que requieren este tipo de contratos, se propone la siguiente redacción, de carácter intermedio que pueda satisfacer a todos. Como otro argumento complementario en materia de la exclusión de bienes inmuebles, hay que tener en cuenta que esta exclusión ya se establece en otra Directiva como es la de contratos a distancia, ya que no debemos olvidar que la contratación por vía electrónica es una contratación a distancia.

De otra manera si pareciera tan absurdo el establecer esta exclusión, está claro que no se hubiera introducido en la Directiva después de casi dos años de discusión, por quince Países miembros de diferente concepción jurídica y sistemas jurídicos. No se debe olvidar que es necesario extremar al máximo las cuestiones de crear confianza y seguridad en el adquirente-consumidor europeo en materia de inmuebles, por ello se propone intentando llegar a un acuerdo máximo en esta materia, teniendo en cuenta todas

las discusiones y debates que se han mantenido sobre el texto del Anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico el poder llegar a un consenso final, proponiéndose la siguiente redacción:

“Artículo 23. 3. No será de aplicación lo dispuesto en el presente título a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones y a los de constitución o transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles, con excepción de los arrendamientos”.

Además se ha de indicar que desde el punto de vista del Derecho comparado, Alemania aprobó una Ley de firma electrónica en mayo de 2001, así como una importantísima Ley de 13 de julio de 2001 de adaptación de las formalidades del Derecho privado y de otras disposiciones al moderno tráfico de actos jurídicos. Esta Ley, de carácter sustantivo, modifica todo un conjunto normativo de leyes sustantivas para recoger el fenómeno de las nuevas tecnologías, de la firma electrónica y de los documentos en soporte electrónico. En este sentido se modifican, entre otras, el Código civil, la Ley de créditos al consumo, la Ley de viviendas en multipropiedad, la Ley de prueba, etc., para realizar dicha adaptación. El legislador alemán, con su capacidad de reflexión al hacer estas modificaciones ha excluido de la forma electrónica, entre otros, los contratos de arrendamientos de servicios, la renta vitalicia, el aval, la promesa y reconocimiento de deuda, las transmisiones inmobiliarias, la conclusión del contrato en formato electrónico en la Ley de crédito al consumo, así como también la conclusión del contrato en forma electrónica en la Ley de viviendas en multipropiedad, y en la Ley de Prueba de 20 de julio de 1995, en lo relativo al contrato de trabajo, se excluye la prueba de las condiciones contractuales principales en formato electrónico, quedando también excluidos *“per se”* todos aquellos actos o contratos para los que se precisa la autorización notarial en el artículo 126 BGB a menos que en la Ley se establezca otra cosa.

Este era un nuevo argumento de Derecho comparado, como ya indicamos en la vigente Ley de agosto de 2000 de Luxemburgo, donde se transponen las Directivas de Comercio y de Firma electrónica, donde se excluían de la contratación electrónica los bienes inmuebles, y este parece ser el criterio en los distintos borradores que se están elaborado para transponer la Directiva de Comercio Electrónico, en alguno de los países de la Unión Europea.

Así mismo el artículo 93 de la LGCU, regula las excepciones para no aplicar esta normativa del Título III relativo a los contratos a

distancia, siendo de resaltar que la regulación establecida en este Título no será de aplicación: 5. a los contratos de creación, adquisición o transferencia de bienes inmuebles o de derechos sobre los mismos. Finalmente, no se hizo la citada exclusión en relación a los inmuebles, y como hemos dicho solo, en relación al derecho de familia y sucesiones.

Aunque no se trata de contratos excluidos, el Art. 23, en el mismo apartado 4.º, al analizar los contratos excluidos hace una referencia en concreto a los contratos, negocios o actos jurídicos en los que ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por ley la intervención de órganos jurisdiccionales como notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se regirán por su legislación específica. No se trata de una exclusión como a primera vista pudiera parecer, porque en efecto en la Directiva, en el Art. 9, apartado 2, letra b, los estados pueden excluir esta contratación electrónica en los "Supuestos de aquellos contratos que requieran por ley la intervención de los Tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública".

Lo que hace nuestra Ley de Trasposición es decir que los supuestos contemplados, y a los que hemos hecho referencia, estos contratos se rigen por su legislación específica, en el caso de la función notarial por la legislación notarial, o por aquellas normas que exigen para la validez o para determinados efectos la forma documental pública.

Hay que tener en cuenta en esta materia la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por las que se introduce la incorporación de las técnicas electrónicas, telemáticas e informáticas a la seguridad jurídica preventiva, y entre otras cuestiones la obtención y el uso de la firma electrónica por notarios y registradores.

En el caso de la función notarial, la existencia del documento público electrónico en su consideración de matriz, se halla prevista en el Art. 17 bis de la Ley del Notariado de 1862, artículo que fue introducido por la citada Ley de Medidas, en el que también se contempla la existencia de las copias autorizadas electrónicas, y en general en esta ley de Medidas, en los arts. 106 y siguientes, aparte de la regulación ya citada de la firma electrónica se regulan otros usos en relación a la aplicación de las nuevas tecnologías, en el ejercicio de

la función notarial. Por todo ello será la legislación específica quien determine esta circunstancia, pero siempre teniendo en cuenta que las partes contratantes, cada una estará con un respectivo notario, para que este realice su propia función como es la del control de legalidad del documento, el asesoramiento, el juicio de identidad, el de capacidad, así como la legitimación.

En la ley de Medidas ya citada se prevé la posibilidad de una denominada contratación a distancia, que en mi opinión no es técnicamente encuadrable en la contratación electrónica, ya que lo que se prevé es la posibilidad en efecto de una contratación a distancia, en el sentido de que un vendedor esté con un notario en una determinada localidad, y otro comprador esté con otro notario por ejemplo a 700 kilómetros en otra localidad.

En este caso el vendedor realiza una oferta de venta plasmada en el documento público notarial, que redacta y autoriza el notario que se encuentra con él. Una vez que se redacta el documento en soporte papel, se remite una copia autorizada electrónica a la otra notaría donde se encuentra el comprador, que a su vez otorga una escritura de aceptación de esa oferta, y en ese momento se produce la celebración del contrato por la conjunción de la oferta y de la aceptación. Se trata de una contratación a distancia en la que se han utilizado medio electrónicos o telemáticos, pero no en sí un contrato electrónico.

No obstante con la propia existencia y regulación normativa del documento público notarial en matriz, previsto en la ley como ya dijimos, sería posible esta contratación en vía electrónica, pero siempre respetando la legislación específica, en este caso notarial, con la presencia física de las partes intervinientes, en diversos lugares, y ante distintos notarios. En este sentido la citada Ley de Medidas establece también que hasta que los avances tecnológicos lo hagan posible, la referencia al documento público notarial electrónico, lo será en relación a las copias autorizadas electrónicas, que también son documentos públicos notariales.

D) El proceso de la contratación electrónica

Desde un punto de vista general como hemos visto anteriormente el contrato celebrado por vía electrónica debe tener los mismos requisitos para su validez, que el celebrado en soporte papel, es

decir, si concurre el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. En ello no hay pues variación con respecto al sistema general. No obstante y como consecuencia de la trasposición de la Directiva y como ya hemos tenido ocasión de analizar al tratar el Art. 10 y el Art. 11 de esta Directiva de Comercio electrónico, se obliga a los estados miembros a reflejar en sus leyes de trasposición, lo correspondiente a unas cuestiones, que sí se creen deben tenerse en cuenta al tratarse de contratos por vía electrónica, en este caso el medio produce o refleja una serie de requisitos, considerados necesarios por razón del medio, que no por la esencia jurídica del contrato.

En este sentido los arts. 27 y 28 de la Ley Española de Comercio electrónico regulan respectivamente las denominadas obligaciones previas a la contratación, y la información posterior a la celebración del contrato. Vuelvo a insistir en el carácter y justificación de estos artículos que tienen un reflejo inmediato en los artículos 10 y 11 de la Directiva.

El artículo 27 impone una serie de obligaciones previas al inicio del procedimiento de contratación para el prestador de servicios de la Sociedad de la Información, que puede ser cualquier persona física o jurídica que proporciona un servicio de la Sociedad de Información, y estas obligaciones son para los prestadores que realicen actividades de contratación electrónica, relativas a informar al destinatario de manera clara comprensible e inequívoca, de forma permanente, fácil y gratuita, y antes de iniciar el procedimiento de contratación sobre determinados extremos. En este sentido deberá informar sobre los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato. Asimismo si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato, y si este va a ser accesible, los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, y por último la lengua o lenguas en que podrá formalizarse en contrato.

Establece también este artículo que: "La obligación de poner a disposición del destinatario la información referida en el párrafo anterior se dará por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet en las condiciones señaladas en dicho párrafo. Cuando el prestador diseñe específicamente sus servicios de contratación electrónica para ser accedidos mediante dispositivos que cuenten con pantallas de formato reducido, se entenderá cumplida

la obligación establecida en este apartado cuando facilite de manera permanente, fácil, directa y exacta la dirección de Internet en que dicha información es puesta a disposición del destinatario.”

Como podemos apreciar el medio electrónico requiere unas especificaciones de protección ya que en la contratación por vía electrónica, al no haber presencia física de las partes, y en muchos casos al tratarse de una contratación muy rápida, que deja poco tiempo para reflexionar y pensar, es necesario que al menos unos requisitos básicos sean necesarios para que el contratante pueda mínimamente saber donde se encuentra y si el medio es adecuado así como todas las posibilidades técnicas que puedan facilitar esta contratación y sobre todo poder rectificar determinados errores, que por la rapidez del medio se pueden cometer con gran facilidad.

El apartado 2 de este Art. 27 prevé la posibilidad de no existir las obligaciones antes vistas bien cuando ambos contratantes así lo acuerden, y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o en el supuesto en que el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente. Esta redacción del apartado 2, es consecuencia de la reforma de la Ley de comercio electrónico, operada en virtud de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre de medidas de impulso de la sociedad de la información. En la redacción primitiva se preveía que ello sería sí **“siempre y cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación.”**

Además si tenemos en cuenta que en cambio ha permanecido la misma redacción primitiva, en el artículo 28 de la citada Ley de comercio electrónico, que regula la información posterior a la celebración del contrato, artículo que veremos a continuación, en el sentido de que se exime de la obligación de confirmación de la recepción de la aceptación, en los supuestos en que ambos contratantes así lo acuerden, y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o bien cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación.

En mi opinión no debería haber suprimido este inciso final, ya que realmente era muy significativo el mismo, y evitaba realizar fraudes a la norma.

Más aún cuando el artículo 28 de la Ley de Comercio, que analizaremos a continuación, indica en su apartado 3 que "No será necesario confirmar la recepción de la aceptación de una oferta cuando: Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o 2. El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación. De ello podemos deducir que puede tratarse de un error de transcripción, ya que no se entiende que se mantenga en un artículo y no en el otro. De todos modos queda clara mi postura en cuanto que debería haber permanecido la redacción del artículo 27 en ese apartado 2 como constaba en la redacción original de la Ley, y como consta en el 28, apartado 3.

Estas exclusiones tienen sentido porque parten de una igualdad de las partes contratantes, basadas en el acuerdo de ambos y cuando ninguno tenga la consideración de consumidor, pues en estos casos no hay una parte especialmente objeto de protección, o en inferioridad de condiciones.

El supuesto de exclusión relativo al intercambio de correo electrónico proviene de la propia Directiva y quizás tenga su justificación en que en este tipo de contratación electrónica mediante intercambio de correo electrónico, esta contratación no es tan compulsiva, como anteriormente indicábamos existe un diálogo contractual más reflexivo, menos inmediato, que deja tiempo para la reflexión de la oferta, y en su caso de la aceptación, a diferencia de lo que ocurre con los procesos automáticos de contratación, o mediante máquinas.

Dentro de este conjunto de obligaciones uno de los problemas que se planteaban es el periodo o el tiempo en que las ofertas se mantienen válidas, para comprometer al oferente. Este es un punto esencial para determinar la responsabilidad, y las obligaciones que adquiere el oferente y dotan de mayor seguridad al sistema. La norma opta como principio general la validez de la oferta, durante el periodo que fije el oferente, o en su defecto durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio.

Por último también se prevé en el apartado 4.º del artículo 27 la posibilidad de que existan condiciones generales de contratación, y en estos supuestos con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición

del destinatario aquellas, de manera que las mismas puedan ser almacenadas y reproducidas por el propio destinatario.

El artículo 28 de la Ley de Comercio Electrónico regula la información posterior a la celebración del contrato, en clara conexión con el artículo 11 de la Directiva de Comercio Electrónico que hace referencia a la realización de un contrato.

Como punto de partida hay que indicar que este Art. 28 está haciendo referencia, a obligaciones por parte del oferente, pero posteriores a la celebración del contrato. Es decir, se entiende que el contrato ya se ha celebrado, y en principio debe desplegar todos sus efectos.

Existen dos formas por las que el oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación, siendo la primera el envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las 24 horas siguientes a la recepción de la aceptación. Así mismo la confirmación, utilizando un medio equivalente en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, y siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario. Como vemos se intentan establecer procedimientos, lo más fiable posible para que las partes contratantes puedan estar ciertamente seguras de lo que han realizado con anterioridad.

También en el Art. 28 para facilitar la prueba a estos efectos se establece como principio general que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirija puedan tener constancia de ello. Para el supuesto en que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquel haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones.

De nuevo nos encontramos con presunciones que el legislador establece para facilitar en un momento dado, lo que la ley exige a cada una de las partes, facilitando esta circunstancia, por el supuesto especial del medio electrónico que se utiliza, ya que uno de los problemas más importantes que se plantean en este medio de comunicación, es el de determinar y constatar, que el mensaje ha llegado, y más aún que ha sido recibido, y en su caso abierto.

En el apartado 3.º de este Art., al igual que ocurría en el apartado 2.º del Art. 27, con la matización que antes hemos hecho en el artículo 27, se exige de la obligación de confirmación de la recepción de la aceptación, en los supuestos en que ambos contratantes así lo acuerden, y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o bien cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación.

También habrá que tener en cuenta en la medida en que ello sea aplicable el artículo 97 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios de conformidad a lo que ya indicamos en el apartado relativo a la aplicación del Ordenamiento Jurídico en este mismo trabajo, que hace referencia a la información precontractual de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil y en concreto el punto 7 párrafo primero establece que estos requisitos de información se tendrán como adicionales a los requisitos que figuren entre otros en la Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad e información y de comercio electrónico, y el párrafo segundo establece que sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior si una disposición general o sectorial sobre prestación de servicios, incluidos los servicios de la sociedad e información y de comercio electrónico, relativa al contenido o el modo en que se debe proporcionar la información entra en conflicto con alguna disposición de esta ley prevalecerá las disposiciones de la Ley (nos referimos al Texto Refundido de la ley de consumidores).

Este artículo 97 regula la información precontractual que debe darse en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil

Lo que a nosotros nos interesa, en relación al comercio electrónico, es lo relativo a la aplicación a los contratos a distancia.

Este artículo 97 establece que: "Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento o cualquier oferta correspondiente, el empresario le facilitará de forma clara y comprensible la siguiente información:

1. Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios.

2. La identidad del empresario, incluido su nombre comercial.
3. La dirección completa del establecimiento del empresario y el número de teléfono, número de fax y dirección de correo electrónico del mismo, cuando proceda, con objeto de que el consumidor y usuario pueda ponerse en contacto y comunicarse con él de forma rápida y eficaz, así como, cuando proceda, la dirección completa y la identidad del empresario por cuya cuenta actúa.
4. Si es diferente de la dirección facilitada de conformidad con la letra c), la dirección completa de la sede del empresario y, cuando proceda, la del empresario por cuya cuenta actúa, a la que el consumidor y usuario puede dirigir sus reclamaciones.
5. El precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos y tasas, o, si el precio no puede calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza de los bienes o de los servicios, la forma en que se determina el precio, así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales y cualquier otro gasto o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales. En el caso de un contrato de duración indeterminada o de un contrato que incluya una suscripción, el precio incluirá el total de los costes por período de facturación. Cuando dichos contratos se cobren con arreglo a una tarifa fija, el precio total también significará el total de los costes mensuales. Cuando no sea posible calcular razonablemente de antemano el coste total, se indicará la forma en que se determina el precio.
6. El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia para la celebración del contrato, en caso de que dicho coste se calcule sobre una base diferente de la tarifa básica.
7. Los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación de los servicios, así como, cuando proceda, el sistema de tratamiento de las reclamaciones del empresario.
8. La lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato,

cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.

9. Cuando exista un derecho de desistimiento, las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho, así como el modelo de formulario de desistimiento.

10. Cuando proceda, la indicación de que el consumidor y usuario tendrá que asumir el coste de la devolución de los bienes en caso de desistimiento y, para los contratos a distancia, cuando los bienes, por su naturaleza, no puedan devolverse normalmente por correo, el coste de la devolución de los mismos.

11. En caso de que el consumidor y usuario ejercite el derecho de desistimiento tras la presentación de una solicitud con arreglo al artículo 98.8 o al artículo 99.3, la información de que en tal caso el consumidor y usuario deberá abonar al empresario unos gastos razonables de conformidad con el artículo 108.3.

12. Cuando con arreglo al artículo 103 no proceda el derecho de desistimiento, la indicación de que al consumidor y usuario no le asiste, o las circunstancias en las que lo perderá cuando le corresponda.

13. Un recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes.

14. Cuando proceda, la existencia de asistencia posventa al consumidor y usuario, servicios posventa y garantías comerciales, así como sus condiciones.

15. La existencia de códigos de conducta pertinentes y la forma de conseguir ejemplares de los mismos, en su caso. A tal efecto, se entiende por código de conducta el acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, en el que se define el comportamiento de aquellos empresarios que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos.

16. La duración del contrato, cuando proceda, o, si el contrato es

de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución.

17. Cuando proceda, la duración mínima de las obligaciones del consumidor y usuario derivadas del contrato.

18. Cuando proceda, la existencia y las condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que el consumidor y usuario tenga que pagar o aportar a solicitud del empresario.

19. Cuando proceda, la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables.

20. Cuando proceda, toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que éste pueda conocer.

21. Cuando proceda, la posibilidad de recurrir a un mecanismo extrajudicial de reclamación y resarcimiento al que esté sujeto el empresario y los métodos para tener acceso al mismo.

E) La Ley aplicable

El Art. 26 regula la ley aplicable, o mejor la determinación de esta ley a los contratos electrónicos. Como principio general se establece, una remisión a las normas de Derecho Internacional Privado del ordenamiento jurídico español, pero matizándose a continuación que deberá tomarse en consideración para su aplicación lo establecido en los artículos 2 y 3 de la propia Ley de Comercio Electrónico que fundamentalmente regula el ámbito de aplicación de la misma, en relación a los prestadores de servicios establecidos en España, y a los prestadores de servicios establecidos en otro estado miembro de la Unión Europea o del espacio económico europeo.

Con ello se quiere indicar que habrá que tener en cuenta estos dos artículos, para tomar en consideración la ley aplicable, teniendo en cuenta los principios de mercado interior regulados en la propia directiva de comercio electrónico, ya que no olvidemos que el principio general en cuanto al ámbito de aplicación de la Ley de Comercio Electrónico, es aplicar la ley donde esté establecido el prestador de

servicios, pero teniendo en cuenta como hace la propia Directiva un conjunto de excepciones a esta regla general, entre otros en las obligaciones contractuales relativas a contratos celebrados por los consumidores, por el carácter especialmente tuitivo de esta regulación, así como la constitución, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, si estos se encuentran situados en España se aplicará para los requisitos formales de validez y eficacia, los establecidos en el ordenamiento jurídico español, aunque el prestador de servicios de la Sociedad de Información esté establecido en otro estado miembro de la Unión Europea o del espacio económico europeo, y el destinatario de los servicios radique en España.

Esta cuestión es desde un punto de vista más general uno de los puntos esenciales tanto de la Directiva de Comercio Electrónico como la de la ley española de Comercio Electrónico.

F) La prueba

El artículo 24 regula la prueba de los contratos celebrados por vía electrónica partiendo de una consideración general al sujetarse a las reglas generales del ordenamiento jurídico y como en su caso, a lo establecido en la legislación sobre firma electrónica.

Como podemos apreciar se ha querido evitar, y creo que con acierto cualquier intento de regular de manera distinta este aspecto de la prueba de los contratos celebrados por vía electrónica. No cabe la menor duda que la remisión que se hace también a la legislación sobre firma electrónica, tiene su razón de ser en el propio medio o soporte realizado, ya que si por alguien se impugnara por ejemplo que un documento en el que conste el negocio electrónicamente, y por lo tanto firmado electrónicamente, se impugne un determinado tipo de firma, la avanzada o la reconocida, habrá que establecer un procedimiento que regule esa impugnación, ya que de las resultas de dicha impugnación claramente puede quedar afectado la existencia o no del contrato, y por lo tanto con una gran influencia en lo relativo a la prueba de celebración.

En este sentido la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica en su artículo 3 prevé estos supuestos, además de consagrar de manera inequívoca la existencia del documento electrónico como tal.

El apartado 2 de este artículo 24 establece un principio, al establecer que el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental, aplicándose las normas generales que la Ley de Enjuiciamiento Civil determina, según se trate de un documento privado o público electrónico.

No se trata ya de una simple prueba determinada por las reglas de la sana crítica y de apreciación por los Tribunales, sino una auténtica prueba documental, superando así los límites en los que la Ley de Enjuiciamiento Civil regulaba la prueba para los instrumentos electrónicos.

No obstante no debe confundirse, y la Ley de Firma Electrónica en su Art. 3 lo deja bien claro, el continente con el contenido. El soporte electrónico por sí solo, no tiene ninguna categoría documental, como tampoco la tiene el soporte en papel que esté en blanco sin ningún contenido y sin firma.

El documento electrónico es todo un conjunto de su soporte, de lo que él contiene y de la firma que determina la autoría, y por ello existirán documentos públicos electrónicos, y documentos privados electrónicos, y la diferenciación de uno y de otro se establece como en el soporte papel dependiendo de su autor, y de los requisitos que establece la ley para unos y para otros, y el mismo valor y efectos tendrá un documento privado electrónico, que un documento privado en soporte papel, con una consideración especial, solo el documento privado electrónico con firma electrónica reconocida tendrá el mismo valor que el documento privado en soporte papel con firma manuscrita, por el principio de equivalencia funcional, consagrado en la Directiva de firma electrónica y en la Ley española de firma electrónica.

G) El lugar de celebración

El artículo 29 trata la cuestión del lugar de celebración del contrato, punto este esencial entre otros aspectos, para poder ser indicativo de la ley aplicable.

Como luego tendremos ocasión de analizar en el Art. 1262 del Código Civil y el Art. 54, que tratan de la contratación entre ausentes, se establece en dichos preceptos que el contrato en esos casos se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. Este es

el principio general en materia contractual, pero como especialidad en la contratación por vía electrónica, para los supuestos en que intervenga como parte un consumidor, en estos casos se presumirá celebrado el contrato en el lugar en que el consumidor tenga su residencia habitual. Para el supuesto de que el contrato electrónico se celebre entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes se presumirá celebrado el contrato en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

En la discusión de los distintos borradores esta cuestión fue debatida, sobre todo porque tenía conexión con las reglas generales de la contratación a distancia, pero se optó por el principio que la propia Directiva marcaba en materia de obligaciones contractuales con los consumidores, donde el principio de mercado interior quedaba apartado frente al principio de aplicación de la ley donde el consumidor tuviese su residencia.

De esta manera se establecían unas reglas especiales, para el lugar de celebración, a la contenida en los Arts. 1262 del Código Civil, y 54 del Código de Comercio, por razón de las especiales características de la contratación electrónica, pero en cambio, como veremos a continuación, se aplicarían las reglas generales del Código Civil, y el de Comercio, en cuanto al momento de celebración del contrato, introduciendo al efecto las modificaciones necesarias en estos textos.

No cabe la menor duda que el lugar de celebración del contrato es una cuestión esencial para determinar la ley aplicable, en relación a la validez formal de ciertos contratos, con arreglo al Art. 11, del Reglamento CE núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), así como también para la determinación de la ley aplicable tanto a la forma como al fondo de los contratos en derecho interregional, además de sus consecuencias en sede procesal y penal.

En el dictamen emitido por el Consejo de Estado con fecha 17 de enero del 2002 se trató esta cuestión, en íntima relación con lo que es tratado en el apartado siguiente sobre el momento de celebración del contrato. El Consejo de Estado después de repasar algunas normas de Derecho Internacional sobre esta materia como el Art. 9.1 del Convenio de Roma, así como el Art. 10.5 del Código civil en conexión con el Art. 16 del mismo Código, y desde el punto de vista procesal, el Reglamento 44/2001/CE, del Consejo del

22 de noviembre del 2000 , y del propio análisis de la ley modelo de la comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), aprobada por resolución 51/162, de 16 de diciembre de 1996, de la Asamblea General de Naciones Unidas, dice textualmente que “para solucionar este problema, caben en principio dos soluciones: o bien complementar el Art. 1262 del Código Civil con una norma de contenido análogo al del Art. 15.4 de la citada Ley Modelo que aclare donde se entiende hecha la oferta (con arreglo a la citada ley, en el lugar donde el oferente tenga su establecimiento), o bien utilizar para los contratos electrónicos un punto de conexión diferente.

Esta última es la opción elegida en el Art. 30 del Anteproyecto, que considera celebrados los contratos electrónicos en el lugar en que el consumidor que en su caso intervenga tenga su residencia habitual, o en su defecto en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios. El precepto proyectado persigue favorecer a la parte más débil en los contratos celebrados entre prestadores de servicios y consumidores, y permitir la localización de todos los contratos del prestador de servicios en un solo lugar en los contratos celebrados entre empresarios o profesionales”.

Como hemos visto anteriormente la dicción del anteproyecto en su Art. 30, tuvo un contenido en mi opinión más claro en el nuevo Art. 29, distinguiendo de una parte en los contratos con consumidores, y de otra los contratos celebrados entre profesionales o empresarios. Hay que tener en cuenta y en eso compartimos la opinión del Consejo de Estado que en la contratación electrónica el presumir celebrado el contrato en el lugar en que se hizo la oferta, resulta ciertamente problemática desde un punto de vista práctico, ya que como indica el Consejo de Estado, el lugar en el que el mensaje de datos que incorpora la oferta es confeccionado, es escasamente relevante y resulta difícil de determinar, ya que puede hacerse desde cualquier ordenador.

H) Momento de celebración del contrato. La contratación entre ausentes

Uno de los puntos más debatidos en las diferentes comisiones de trabajo de redacción del anteproyecto era el de determinar la necesidad o no de establecer un régimen especial para la contratación

electrónica, en lo relativo a la fijación del momento de celebración del contrato. No solamente el debate se centra en esa regulación especial o no, sino en definitiva en cómo se iba a hacer.

La Comisión General de Codificación elaboró un borrador de anteproyecto de ley de comercio electrónico, y en concreto en esta materia propuso la modificación de los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio que están haciendo referencia a la contratación a distancia.

No cabe la menor duda, y así lo hemos defendido que los contratos celebrados electrónicamente son auténticos contratos celebrados a distancia, y por lo tanto se les debía aplicar el régimen de éstos, pero se consideró que debería de haber por una parte una unificación en materia civil y mercantil, en estos contratos a distancia, y de otro lado alguna especificación más, en la que pudieran estar acogidos los contratos celebrados por vía electrónica, aunque no se nombraran como tales en los dos artículos citados.

La propuesta de la Comisión General de Codificación, asumida y defendida por el Ministerio de Justicia en todos los informes y reuniones consistía de un lado en establecer un mismo régimen para los contratos a distancia en materia civil y mercantil aplicándose la regla del conocimiento de la aceptación, a diferencia de lo que estaba regulado, ya que para los contratos a distancia en el Código Civil la regla era efectivamente la teoría del conocimiento de la aceptación, mientras que para el Código de Comercio la regla era la teoría de la emisión de la aceptación, en uno y otro supuesto para determinar cuando hay consentimiento, y por lo tanto para establecer el momento de celebración del contrato. Entre otros por parte del Ministerio de Economía y de Ciencia y Tecnología se consideró que por la propia dinámica de la contratación electrónica y por sus características especiales relativas sobre todo al proceso de formación del contrato, y por la propia manera de contratar, la regla debería de ser aplicar la teoría de la emisión de la aceptación para entender cerrado el contrato. En el Ministerio de Justicia, defendiendo el texto de la Comisión General de Codificación se pensó que la teoría del conocimiento de la aceptación por el oferente era más segura, sobre todo por la propia problemática que plantea la contratación electrónica, por su mayor rapidez, agilidad, y porque era necesario fijar un criterio lo más seguro posible para evitar considerar celebrados contratos, que en realidad no lo estaban.

En el texto defendido por el Ministerio de Justicia se dice que en estos contratos a distancia, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación, o desde que habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. Es esta última parte la que se introduce como novedosa en el 1262 del Código Civil, y que está pensando específicamente en los contratos celebrados por vía electrónica, ya que puede ocurrir que el aceptante haya remitido la aceptación, al oferente por medios electrónicos, haya llegado a su servidor, esté accesible ese mensaje en su ordenador, y el oferente no quiera abrirlo. En este caso por razones de seguridad y de mínima coherencia se debe entender que el oferente conoce la aceptación, y si no la conoce, no es por culpa o por falta de diligencia del aceptante, sino por la mala fe del oferente. En este caso se entiende que hay consentimiento y que por lo tanto se ha celebrado el contrato, ya que lo que ha hecho el oferente es ignorar esa aceptación, o el conocimiento de la aceptación faltando a la buena fe. Esta es la interpretación que yo entiendo se debe dar a esta nueva inclusión.

En el texto que por fin se aprobó como Anteproyecto, y después como Proyecto y definitivamente como ley se recoge la tesis de la Comisión General de Codificación y del Ministerio de Justicia, con la salvedad de que se introduce un nuevo párrafo al propuesto por Justicia, y que proviene del dictamen del Consejo de Estado que da su visto bueno a la redacción del 1262 del Código Civil y del 54 del Código de Comercio, pero que cree conveniente hacer una especificación concreta para algunos tipo de contratos electrónicos, en los que intervienen dispositivos automáticos para su celebración.

El párrafo que se introduce es el siguiente: "En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación".

He hecho mención al Dictamen del Consejo de Estado, partiendo de la premisa que el propio Consejo de Estado acepta la tesis del Ministerio de Justicia y de la Comisión General de Codificación, a los efectos de modificar los Art. 1262 del C. Civil y 54 del C. De Comercio, pero haciendo la matización de los dispositivos automáticos.

Como dijimos el Ministerio de ciencia y Tecnología consideraba que la teoría de la emisión, que es la que establecía del Código de comercio, se consideraba más apropiada para la contratación electrónica, no solo por la inmediatez de esta modalidad de contrata-

ción, sino porque se estimaba por ese Ministerio que la mayor parte de la contratación que se iba a llevar a cabo por Internet sería de tipo mercantil. Como otro argumento a favor de la teoría de la emisión por parte de Ciencia y Tecnología, es que esta teoría era más beneficiosa para el consumidor, que la teoría de la recepción, puesto que el consumidor puede estar seguro de la celebración del contrato desde que remite su aceptación al oferente, pudiendo despreocuparse de posibles fallos en la conexión, que retrasen la recepción de su comunicación y cerrando el paso a maniobras fraudulentas del oferente para alterar los registros de la fecha de entrada de dicho mensaje en su servidor. Como ya hemos indicado el Ministerio de Justicia indicó en variadas ocasiones que es necesario eliminar diferencias entre el régimen jurídico de los contratos civiles y mercantiles, y solucionar todo el tema de una vez, en relación también a los contratos electrónicos que son contratos entre ausentes.

Siendo pues favorable el Consejo de Estado, a esta postura unificadora, y a modificar el Código Civil y el Código de Comercio, no obstante realiza una matización específica, para un tipo de contratos electrónicos, y para este tipo de contratos electrónicos acepta la teoría de la emisión, que era la solución que se había establecido en el Art. 29 del Anteproyecto, cuando llega al Consejo de Estado.

A este respecto el Consejo de Estado establece: "a juicio del Consejo de Estado, la solución adoptada en el Art. 29 del anteproyecto resulta idónea en los supuestos de contratación automática, incluida la contratación electrónica. La inmediatez es característica de estas formas de contratación, y resultaría sin duda contrario a la buena fe que quien instala, en condiciones de funcionamiento, un mecanismo automático de contratación pretendiera supeditar el perfeccionamiento del contrato o la prestación del consentimiento al momento en que tenga conocimiento efectivo de las aceptaciones formuladas por sus clientes. En cuanto a la contratación electrónica por otros medios no automáticos, como por ejemplo el correo electrónico, debe tenerse presente que la aceptación es una declaración recepticia, lo que aconseja anudar en principio la producción de sus efectos a su conocimiento por el destinatario. Sin perjuicio de ello, cuando por circunstancias imputables al oferente este no conoce la aceptación (por ejemplo, porque pese a estar disponible el mensaje en el servidor en el que se encuentra dada de alta la cuenta de correo electrónico asociada al destinatario, o por haber designado

a estos efectos una dirección de correo equivocada, el mensaje no ha sido descargado o leído por él), tampoco podrá alegar ignorancia sin faltar a la buena fe... Con arreglo a este criterio, desde que quede almacenado el mensaje de correo electrónico a disposición del oferente en el servidor en el que se encuentra dada de alta la cuenta de este podría entenderse recibido el pedido y perfeccionado el consentimiento. La solución empleada en el Art. 29 proyectado se basa en cambio en la protección del aceptante. No obstante, no debe olvidarse que el oferente no siempre coincidirá con el prestador de servicios de la Sociedad de la Información, ni siquiera en los supuestos de contratación automática. Resultaría fácil eludir la finalidad tuitiva del precepto proyectado mediante el empleo de la técnica de la "invitatio ad offerendum": el prestador realiza tan solo una invitación a formular ofertas dirigidas al consumidor, que solo cuando sean aceptadas por aquel darán lugar a la formación del consentimiento. En este caso, una norma pensada para tutelar al destinatario del servicio puede acabar convirtiéndose en perjudicial para él... a juicio del Consejo de Estado resulta conveniente aceptar la sugerencia formulada por el Ministerio de Justicia y por la Comisión General de Codificación... Si se desea, en aras de una mayor seguridad jurídica, establecer un criterio que sea más fácilmente aplicable al comercio electrónico, cabría añadir, al final del párrafo transcrito, la siguiente oración: "En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación".

Como hemos comprobado, la idea del Consejo de Estado era clara sobre la materia, y la introducción que se hizo en el texto relativa a los contratos celebrados por dispositivos automáticos, fue una simple sugerencia, con un criterio muy condicional, y sin que en ningún caso fuera una cuestión esencial de la que el Consejo de Estado hiciese una batalla especial.

La sugerencia del Consejo de Estado fue rápidamente captada y asumida por aquellos que abogaban por la teoría de la emisión de la aceptación, y al ser ya un momento final de la discusión del texto como solución intermedia se introdujo este párrafo.

En definitiva se crea una norma específica para un tipo de contratos celebrados por vía electrónica, y a los que hicimos mención en otro apartado de este trabajo, es decir en aquellos que no existe un auténtico diálogo contractual, sino más bien un diálogo entre

un aceptante, y una máquina que es la oferente, a través de una página web, en la que se le indican al aceptante los pasos que debe seguir según vayan apareciendo unos u otros iconos en la pantalla.

Acertadamente el último texto propuesto acepta modificar la teoría del conocimiento en cuanto al momento de celebración de los contratos, e incluso de los contratos electrónicos, con la nueva redacción de los artículos 1.262 del C.C. y 54 del Código de Comercio, en el sentido que se había propuesto por el Ministerio de Justicia y por la Comisión General de Codificación.

No obstante, se introdujo un nuevo párrafo en dichos artículos, no propuestos por el Ministerio de Justicia y sugerido por el dictamen del Consejo del Estado.

Lo que ocurre es que con la redacción introducida, se puede correr el peligro que se comprendan en ese párrafo todos los contratos celebrados por vía electrónica, y si eso fuera así, estaría otra vez la teoría de la emisión de la aceptación, ya que este último párrafo establece que "en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación". El concepto de dispositivo automático, es un concepto no jurídico ciertamente indeterminado y en un sentido laxo se puede entender que con la utilización de las nuevas tecnologías hay automatismo por la rapidez de las comunicaciones, y ello puede dejar una puerta abierta que interprete que este último párrafo introducido pueda ser aplicable a la contratación por vía electrónica en todos los supuestos y no sólo en determinados supuestos.

Por otra parte, con la redacción que existe del párrafo segundo del artículo 1.262 del C.C., se engloban todos los contratos a distancia, entre ausentes, pero también específicamente la contratación electrónica, ya que se dice que "hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe". Este último inciso está cubriendo aquellos supuestos de la contratación electrónica, donde el aceptante emite su aceptación, ésta llega al servidor, y al equipo del oferente, y si este mensaje es accesible, el oferente no podrá escudarse en que no lo ha recibido, sin faltar a su buena fe, ya que estaba accesible y ha sido él voluntariamente, el que no lo ha querido abrir.

Por todo lo anterior, el último párrafo que hemos comentado que se introduce por el Consejo de Estado, es un arma de doble filo, que quizá pueda hacer referencia a unos tipos de mecanismos técnicos

donde se produce automáticamente el proceso de contratación, pero en supuestos muy especiales que no deben generalizarse a toda la contratación por vía electrónica, que requiere unos requisitos de seguridad importantes. Porque realmente si se hiciera una interpretación estricta del término automático, quizás no habría problema, pero ni por la propia expresión del texto, ni por el contenido puede haber seguridad de lo que se quiera decir por dispositivo automático, produce una gran inseguridad y una escasa profundidad en la terminología jurídica.

A mí particularmente no me gustó esta introducción del nuevo párrafo, pero las circunstancias de última hora, y las sugerencias del Consejo de Estado, al final fueron aceptadas en aras de sacar un texto en la etapa final de los trabajos.

No obstante lo anterior se puede entender que esa contratación a través de dispositivos automáticos es aquella, como ya escribimos líneas arriba, donde no existe un dialogo contractual en sentido estricto entre las partes, sino que una de ellas normalmente el oferente se comunica a través de un proceso de contratación automática, y el aceptante debe seguir el protocolo indicado, cliqueando en las diferentes ventanas o pantallas. Este creemos es a lo que se quiere referir con la expresión "dispositivo automático". No obstante se aplicaran todas las precauciones establecidas en la Ley de Comercio Electrónico y en las disposiciones de consumidores, entre otros a los efectos de garantizar en todo momento el pleno conocimiento de lo que se está haciendo sobre todo por lo que se refiere a la parte más débil

A los efectos de aclarar el tema de lo que debe entenderse por buena fe en estos casos Justicia remitió un texto al respecto

Por todo ello manteniendo la redacción del 1.262 del Código civil y 54 del Código de Comercio en el Proyecto de Ley de Comercio Electrónico, se podría introducir un párrafo que aclarara en la contratación electrónica lo que debe entenderse por buena fe, y podría quedar de la siguiente manera:

"En los contratos celebrados por vía electrónica, en relación con lo establecido en los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio se entenderá que no existe buena fe cuando el oferente ignora la aceptación remitida, una vez que ha llegado a su servidor (su equipo informático) y está accesible".

El texto definitivo aprobado en la Ley, y que hemos analizado en las diferentes fases de su elaboración es el siguiente:

Disposición adicional cuarta.– Modificación de los Códigos Civil y de Comercio.

Uno. Se modifica el artículo 1262 del Código Civil. que queda redactado de la siguiente manera:

“El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.”

Dos. Se modifica el artículo 54 del Código de Comercio, que queda redactado de la siguiente manera:

“Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.”

IV. OTRAS CUESTIONES

Una de las cuestiones que siempre me han preocupado, en la materia del comercio electrónico en general es la incardinación y adaptación a nuestro sistema jurídico de la figura del tercero de

confianza, y sobre todo la errónea interpretación que a veces se le ha querido dar, sobre todo porque se quiere importar una figura creada fundamentalmente en el derecho anglosajón, o el derecho americano, que es donde surge la esencia del comercio electrónico.

En el sistema español y en general en el latino-romano continental, la figura esta inventada y tiene su regulación en la Ley del Notariado, en el Reglamento Notarial, en el Código Civil y en las Leyes Especiales, que regulan la material.

Una solución al tema la tenemos también desde el punto de vista legislativo en la Ley 24 / 2001 de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en concreto en el art. 114.2, donde tiene perfecto encuadramiento o que se ha comentado anteriormente, en el sentido de las comunicaciones electrónicas recibidas y las que se envíen, a través de notario, pudiendo ser almacenadas en soporte informático.

Por todo ello debe recapitarse seriamente y en profundidad, sobre lo que queremos importar, cuando lo que importamos es de peor calidad, y sobre todo cuando lo importado es una invención de sistemas jurídicos como el norteamericano o anglosajón en general que no poseen el sistema jurídico español, romano-continental con la existencia de los fedatarios públicos, con el papel asignado por el Estado, y con el reconocimiento y eficacia de sus intervenciones, así como todo el sistema de responsabilidades civiles, penales y administrativas. Otra cuestión y eso es también tema de estudio y reflexión, es el adaptar la legislación sectorial sobre esta materia, aplicando las nuevas tecnologías.

Esta preocupación fue transmitida en todo momento, y creo que se recoge de manera adecuada en el artículo 25.

Lo que el artículo 25 dispone como principio general es que las partes contratantes podrán pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos, y que se consignen la fecha y la hora en que dichas comunicaciones han tenido lugar. Ello es una consecuencia lógica del medio y del soporte utilizado, a los efectos de esa conservación en soporte electrónico, sobre todo cara un futuro posterior cuando puedan surgir problemas entre las partes contratantes; pero ese archivo no tendrá más efectos que los propios que se pudieran dar, cuando las partes contratantes en soporte papel, encomendaran la custodia de un contrato a un tercero. Y esa custodia podrá tener distintas finalidades pero

nunca producir efectos especiales en cuanto a la autenticidad de la fecha su fehaciencia así como si el proceso contractual y las declaraciones de voluntad han sido o no libremente consentidas. La ley prevé que este tercero como obligación, deberá archivar en soporte informático las declaraciones que hubieran tenido lugar por vía telemática entre las partes por el tiempo estipulado, teniendo en cuenta que en ningún caso será inferior a 5 años.

Como consecuencia de lo que antes indiqué el artículo 25 establece, para no dejar lugar a dudas que: "La intervención de dichos terceros no podrá alterar ni sustituir las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas con arreglo a derecho para dar fe pública". Está haciendo clara referencia a la función notarial, a la función de los notarios, y es que además es lógico ya que el tercero de confianza dotado de fe pública y que actúa por delegación de la soberanía del Estado es el notario, desde hace muchos años, y además con la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del orden Social se regula, el conjunto y abanico de posibilidades para la aplicación de las nuevas tecnologías a la función notarial, y perfectamente encajaría, la constatación de que un mensaje electrónico ha sido enviado, en qué día y en qué hora, y el notario podría constatarlo, con los efectos que esa constatación notarial son determinados en el ordenamiento jurídico. En este sentido el artículo 114 apartado 2 de la citada Ley de Medidas tiene una aplicación directa para éstos supuestos, así como para el archivo informático correspondiente, y todas las modificaciones que se han establecido en el Reglamento Notarial en concreto en la modificación tenida en cuenta en 2007.

LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA Y LA UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO

Francisco Millán Salas

Profesor Contratado Doctor de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

Resumen: La Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias adapta el régimen de unidades mínimas de cultivo al sistema sucesorio. La partición de herencia será válida siempre que la división o segregación de una finca rústica no dé lugar a parcelas cuya extensión sea inferior a la unidad mínima de cultivo. Si por el contrario da lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo por haberlo dispuesto así el testador, la partición será nula, remitiéndose la ley al Código civil, por lo que, a falta de voluntad expresa del testador o de convenio entre los herederos la adjudicación se realizará según establece el artículo 1062 del Código civil.

Palabras clave: Partición de herencia, unidad mínima de cultivo, finca rústica, división, segregación.

Abstract: The Spanish "Modernisation of Agricultural Holdings Act" adjust the land inheritance system to the existing regime of minimum size of agricultural plot. The testamentary partition of estates shall only be valid if the division or partition of a rustic property leads to agricultural plots whose area is greater than the stated minimum size. On the contrary, if the testator has arranged for estates to be divided into smaller divisions, the partition will be void; in the alternative, the Spanish Civil Code shall be applied. Therefore, in the case of lack of testator's will or of formally valid agreement between heirs, holdings shall be divided in accordance with the provisions of article 1062 of the Civil Code.

Keywords: Partition of inheritance, minimum size of agricultural plot, rustic property, division, segregation.

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS
- II. CONCEPTO Y EXTENSIÓN DE LA UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO
- III. PARTICIÓN DE LA HERENCIA EN EL RÉGIMEN DE UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO
 - 1. Regla general de la indivisibilidad
 - 2. Excepciones a la indivisibilidad
- IV. TRATAMIENTO REGISTRAL

I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El régimen de unidades mínimas de cultivo fue introducido en España, para las fincas objeto de concentración, por la Ley de Concentración Parcelaria, de 20 de diciembre de 1952, texto refundido de la legislación sobre concentración parcelaria aprobado por Decreto 2799/1962, de 8 de noviembre de 1962.

El art. 3 de la Ley establecía que “Declarada de utilidad pública la concentración parcelaria en una zona, se fijará por el Ministerio de Agricultura, previo informe de las Jefaturas Agronómicas y Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias, y a los efectos de indivisibilidad de parcelas, a que se refiere el artículo noveno, la extensión de las «unidades mínimas de cultivo». Dicha extensión será, en secano, la suficiente para que las labores fundamentales, utilizando los medios normales de producción, puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, y en cuanto al regadío y zonas asimilables al mismo por su régimen de lluvias, el límite mínimo vendrá determinado por el que se señale como superficie del huerto familiar. En ningún caso la extensión de dicha unidad mínima podrá sobrepasar de tres hectáreas”.

Por su parte, el artículo 72 del Decreto 2799/1962 establecía que “Una vez realizada la concentración parcelaria, las fincas de extensión igual o inferior a la fijada para las unidades mínimas de

cultivo, tendrán la consideración de cosas indivisibles, y la parcelación de predios de extensión superior a la dicha unidad sólo será válida cuando no dé origen a parcelas de extensión inferior a ella y cuando la parcela o parcelas inferiores que en su caso resulten de la división se adquieran simultáneamente por propietarios de terrenos colindantes con el fin de unir las a las que ya posean, para formar de este modo una nueva finca que cubra la unidad mínima. De la unidad mínima podrá segregarse en todo caso parcelas sobre las que vayan a efectuarse cualquier género de edificación o construcción permanente. Las unidades-tipo de aprovechamiento agrícola serán indivisibles en todo caso, considerándose como unidades mínimas de cultivo, a los efectos del párrafo primero del artículo cuarto de la Ley de 15 de julio de 1954, precepto que le será de aplicación.

Este artículo declara indivisibles las fincas que ya han sido objeto de la concentración parcelaria, cuando la parcelación dé origen a parcelas de extensión igual o inferior a la unidad mínima de cultivo. Las fincas concentradas de extensión superior a la unidad mínima de cultivo no podrán parcelarse por debajo de la unidad mínima de cultivo, salvo que la parcela o parcelas inferiores que resulten de la división se adquieran simultáneamente por propietarios de terrenos colindantes para formar una nueva finca que alcance la unidad mínima. También de la unidad mínima podrá segregarse en todo caso parcelas sobre las que vayan a efectuarse cualquier género de edificación o construcción permanente.

El artículo 73 del Decreto establecía que serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a terceras personas los actos o contratos sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de fincas contraviniendo lo dispuesto en el artículo anterior. Así, la división o segregación de parcelas, que han sido objeto de la concentración parcelaria, por debajo de la unidad mínima de cultivo cuando no se den ninguna de las excepciones establecidas en el artículo 72 del Decreto, suponía la nulidad de las mismas, consecuentemente no se concedía a favor de los dueños de las fincas colindantes un derecho de adquisición preferente como establecía la Ley de 15 de julio de 1954 sobre Unidades Mínimas de Cultivo para las fincas situadas en zonas no concentradas (1).

(1) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: "La conservación de las unidades agrarias" *ADC*, 1959, p. 967, da argumentos tanto a favor como en contra

En las zonas no concentradas, el régimen sobre unidades mínimas de cultivo estaba contenido en la Ley de 15 de julio de 1954 sobre Unidades Mínimas de Cultivo. Los motivos que dieron lugar a que se dictara esta ley fueron la fragmentación y dispersión de la propiedad rústica en muchas comarcas del territorio nacional, lo que suponía un obstáculo para el desarrollo y modernización de la agricultura. Si la Ley de Concentración Parcelaria, de 20 de diciembre de 1952, había adoptado medidas al respecto en las zonas concentradas, era aconsejable que se dictaran medidas para evitar que se siguiera produciendo la fragmentación de la propiedad en las zonas no concentradas por debajo de unos límites considerados como inadmisibles desde el punto de vista técnico. La Ley de 1954 facultaba al Ministerio de Agricultura para que señalara por Decreto aprobado por Consejo de Ministros la extensión de las unidades mínimas de cultivo dentro de cada zona o comarca de la provincia. Dicha extensión será, en secano, la suficiente para que las labores fundamentales, utilizando los medios normales de producción, puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, y en cuanto al regadío y zonas asimilables al mismo por su régimen de lluvias, el límite mínimo vendrá determinado por el que se señala como superficie del huerto familiar.

La Ley de 1954 establecía que las parcelas de extensión igual o inferior a la unidad mínima tienen la consideración de cosas indivisibles, lo que suponía una limitación a las facultades de disposición del dominio. Para las parcelas de extensión superior a la unidad mínima de cultivo solo era válida la división de las mismas cuando no dé origen a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo y cuando la parcela o parcelas inferiores que, en su caso, resulten de la división se adquieran simultáneamente por propietarios de terrenos colindantes con el fin de unir las a las que ya posean, para formar de este modo una nueva finca que cubra el mínimo de la unidad de cultivo. En todo caso también podrán segregarse de la unidad mínima parcelas sobre las que vaya a efectuarse cualquier género de edificación o construcción permanente (art. 2). Según la Ley, las fincas de extensión igual o inferior a la unidad mínima de cultivo son indivisibles; el resto de las fincas no pueden dividirse

de si existe o no a favor de los propietarios colindantes, en las zonas de concentración parcelaria, el derecho de adquisición preferente.

sino respetando la unidad mínima de cultivo, salvo las excepciones anteriormente expuestas.

La partición de herencia, según disponía la Ley de 1954, se realizará teniendo en cuenta que la unidad mínima tiene la consideración de cosa indivisible, salvo los casos que acabamos de ver recogidos en el artículo 2, aun en contra de lo dispuesto por el testador. A falta de voluntad expresa de éste o de convenio entre los herederos, la parcela indivisible será adjudicada por licitación entre los coherederos. Si todos éstos manifestasen su intención de no concurrir a la licitación, se sacará la parcela a pública subasta (artículo 4 párrafo 1.º). En relación a la partición de herencia donde hay fincas indivisibles hay que destacar que desde el fallecimiento del causante hasta la partición de la herencia existe comunidad hereditaria estando las fincas indivisibles en proindiviso; realizada la partición se podrá adjudicar la finca indivisible en proindiviso, pero si en la partición de la herencia no se acuerda la adjudicación proindiviso habrá que estar para ello a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de 1954. ¿Cómo se atribuyen las fincas indivisibles en la partición hereditaria?. La atribución se hará según la voluntad expresa del testador adjudicándola a alguno de los herederos; a falta de voluntad expresa del testador al respecto, habrá que estar al convenio entre los coherederos. A falta de voluntad expresa del testador o de convenio entre los coherederos, la finca indivisible será adjudicada por licitación entre los coherederos. De dicha licitación quedan excluidos los extraños, solo participan los coherederos para, según el preámbulo de la Ley, no mermar el principio de conservación de los bienes en la familia. En el caso de que todos los coherederos manifestasen su intención de no concurrir a la licitación la finca indivisible se sacará a pública subasta. Como podemos ver, la solución que ofrece el artículo 4 de la Ley para las parcelas de cultivo de extensión igual o inferior a la unidad mínima de cultivo, consideradas por la misma Ley como indivisibles, es distinta a la solución que ofrece el artículo 1062 del Código civil para el resto de cosas indivisibles y que en este trabajo tendremos ocasión de analizar.

¿Qué ocurría si el testador o los herederos al realizar la partición de la herencia resultaban parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo? El artículo 3 de la misma establecía de manera general un derecho de adquisición preferente a favor de los dueños de las fincas colindantes con las parcelas que resulten de extensión

inferior a la de la unidad mínima de cultivo. Si varios colindantes manifestasen en igual tiempo su voluntad de ejercitar el derecho que les concede este artículo y no llegaren a un acuerdo, será preferido entre ellos el que fuere dueño de la finca colindante de menor extensión, derecho que caducará a los cinco años de realizarse la segregación indebida; pero si la división ha sido motivada por herencia y los herederos son herederos forzosos, antes de ejercitar el derecho de adquisición preferente, los colindantes tienen que hacer previamente una notificación fehaciente que acredite el propósito de ejercitar dicho derecho de adquisición preferente, para que durante los treinta días siguientes a la notificación los interesados puedan anular la división practicada o rectificarla, ajustándola a los preceptos de la ley, y si no lo hacen en dicho plazo, los colindantes podrán ejercitar el derecho de adquisición preferente (artículo 4, párrafo 2.º).

Como podemos observar, la división o segregación de parcelas en contra de lo prevenido en la Ley de 1954 no suponía la nulidad (2) de las mismas, sino que concedía a favor de los dueños de las fincas colindantes un derecho de adquisición preferente, quedando consolidada la división si el colindante no hacía uso de su derecho.

Siguiendo con los antecedentes legislativos en esta materia, por Decreto de 25 de marzo de 1955, complementado por la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958 se fijaron las extensiones de las unidades mínimas de cultivo en secano y regadío para todos los términos municipales de España.

Para sustituir a la Ley de 1954 se publicó la Ley de Explotaciones Familiares Mínimas de 14 de abril de 1962. Esta ley pretendía sustituir la unidad mínima de cultivo sobre las parcelas por la unidad mí-

(2) Mantienen la misma posición: VILLARES RICO, M.: "Aspectos económico, jurídico y social de las unidades mínimas de cultivo" *RCDI*, 1955, pp. 438 y 439; DIEZ GÓMEZ, A.: "En torno a la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo", *RDN*, 1955, p. 526; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: "Ley sobre cabidas mínimas de las parcelas cultivables", *RCDI*, 1955, p. 407; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: "La conservación de las unidades agrarias" *ADC*, 1959, p. 958. Por el contrario, mantienen que estaríamos ante un acto nulo: GÓMEZ GÓMEZ, M.: "Acerca de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo", *RCDI*, 1955, p. 447; MARTÍNEZ DE BEDOYA, I.: "Observaciones a la Ley sobre fijación de unidades mínimas de cultivo", *RCDI*, 1955, p. 172; SALAS MARTÍNEZ, F.: "Las unidades mínimas de cultivo y el Registro de la Propiedad", *RCDI*, 1955, p. 461 y 462.

nima de explotaciones familiares. La sustitución se debía, según la Ley, a que las unidades mínimas de cultivo fueron definidas con un criterio predominantemente técnico, sobre la base del rendimiento mínimo exigible a los medios ordinarios de laboreo; mientras que al crearse ahora la unidad mínima de explotación familiar se asegura a la familia labradora un nivel de vida decoroso y digno.

Según el artículo 8 de la Ley de 1962, a medida que se vaya determinando en las distintas provincias la superficie correspondiente a las explotaciones familiares, dicha superficie sustituirá automáticamente a la unidad mínima de cultivo que se hubiese fijado. Completada esta determinación en todo el territorio nacional, quedará derogada la Ley de 15 de julio de 1954 sobre Unidades Mínimas de Cultivo.

Sin embargo, la Ley de 1962 fue derogada, antes de entrar en vigor, por la Ley 35/1971, de 21 de julio, de creación del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, quien justifica la derogación de la Ley de 1962 en la falta de efectividad práctica, en cuanto que dicha Ley, condicionada a que el Gobierno determinara la superficie de la explotación familiar en las distintas provincias, no ha llegado a entrar en vigor, porque pese al tiempo transcurrido, no se ha hecho tal determinación.

La Disposición Adicional Cuarta de la Ley 35/1971, contenía un mandato al gobierno para que en el plazo de un año a partir de la publicación de esta Ley, ordenara y sistematizara en un único texto legal, además de otras leyes, la Ley de 15 de julio de 1954, sobre Unidades Mínimas de Cultivo y la Ley de Concentración Parcelaria, texto refundido de 8 de noviembre de 1962.

Como consecuencia de dicho mandato se publicó la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973, refundiendo, entre otras, la normativa sobre unidades mínimas de cultivo y concentración parcelaria, y derogando una serie de leyes entre las que se encuentran la Ley de 15 de julio de 1954, sobre Unidades Mínimas de Cultivo y la Ley de Concentración Parcelaria, texto refundido de 8 de noviembre de 1962.

El régimen de unidades mínimas de cultivo quedó regulado en el Título III del Libro Segundo, en los artículos 43 a 48 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, en términos muy semejantes a como lo hizo la Ley de 15 de julio de 1954, sobre Unidades Mínimas de Cultivo para las fincas que no habían sido objeto de concentración

parcelaria. Sin embargo, las normas sobre unidades mínimas de cultivo de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario no distinguen entre fincas concentradas o no, por lo que son aplicables tanto a las fincas concentradas como a las no concentradas.

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario definía la unidad mínima de cultivo como la extensión suficiente, para secano o para regadío, para que las labores fundamentales, utilizando los medios normales de producción, puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características de la agricultura en la comarca (art. 43).

La división o segregación de una finca rústica sólo sería válida cuando no diera lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. No obstante se permitía la división o segregación en tres casos: a) Si se trata de cualquier clase de disposición a favor de propietarios de fincas colindantes, siempre que como consecuencia de la división o segregación no resulte un mayor número de predios inferiores a la unidad mínima de cultivo; b) Si la porción segregada se destina de modo efectivo, dentro del año siguiente, a cualquier género de edificación o construcción permanente, a fines industriales o a otros de carácter no agrario; c) Si los predios inferiores a la unidad mínima de cultivo que resulten de la división o segregación se destinan a huertos familiares de las características que se determinen reglamentariamente (art. 44). En el supuesto de que se infringiera este artículo 44, no se establecía la nulidad de las divisiones o segregaciones indebidas, sino un derecho de adquisición a favor de los dueños de las fincas colindantes por un tiempo de cinco años (art. 45).

En relación a la partición de la herencia, el artículo 46 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario contiene la misma regulación que el artículo 4 de la Ley de 1954 sobre Unidades Mínimas de Cultivo. Así, la partición de la herencia se realizará en todo caso con respeto de lo establecido en el artículo 44, aun en contra de lo dispuesto por el causante. A falta de voluntad expresa de éste o de convenio entre los herederos, la parcela indivisible será adjudicada por licitación entre los coherederos. Si todos éstos manifestasen su intención de no concurrir a la licitación, se sacará la parcela a pública subasta. Cuando se trate de división motivada por herencia o por donación a favor de herederos forzosos, no podrá el colindante ejercitar el derecho de adquisición preferente sin hacer previamente una notifica-

ción fehaciente acreditativa de dicho propósito. Durante el término de treinta días siguientes a la notificación podrán los interesados anular la decisión practicada o rectificarla, ajustándola a los preceptos de esta Ley. Transcurrido dicho término sin haberlo efectuado, podrá el colindante ejercitar el derecho de adquisición preferente para adquirir las parcelas que como consecuencia de la división o segregación indebidas resulten de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.

Actualmente, el régimen de unidades mínimas de cultivo está contenido en la Ley 19/1995, de 4 de julio de Modernización de las Explotaciones Agrarias, derogando la regulación de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario en esta materia.

II. CONCEPTO Y EXTENSIÓN DE LA UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO

El artículo 23.1 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias establece: "A los efectos de esta Ley se entiende por unidad mínima de cultivo, la superficie suficiente que debe tener una finca rústica para que las labores fundamentales de su cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción, pueda llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características socioeconómicas de la agricultura en la comarca o zona".

Con la unidad mínima de cultivo se pretende impedir el fraccionamiento excesivo de fincas rústicas y formar o mantener unidades agrarias de una extensión suficiente para que sean viables económicamente y supongan para el titular y su familia una rentabilidad permanente para poder alcanzar un nivel de vida equiparable al de otros españoles.

La atribución por la Ley de 1954 de Unidades Mínimas de Cultivo al Ministerio de Agricultura para que señalara por Decreto aprobado por Consejo de Ministros la extensión de las unidades mínimas de cultivo dentro de cada zona o comarca de la provincia, dio lugar a la aprobación del Decreto de 25 de marzo de 1955, completado por la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958, donde se fijaron las extensiones de las unidades mínimas de cultivo en secano y regadío para todos los términos municipales de España.

Por su parte la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 establecía en su artículo 43 que por Decreto del Gobierno se señalará

y revisará la extensión de la unidad mínima de cultivo para secano y para el regadío de las distintas zonas o comarcas de cada provincia, Decreto que nunca llegó a aprobarse.

Teniendo en cuenta que la extensión de la unidad mínima de cultivo, según la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias de 1995, estará determinada en función de tres factores: las labores fundamentales de su cultivo, la utilización de los medios normales y técnicos de producción y el rendimiento satisfactorio de la finca, factores que pueden cambiar según los progresos que se produzcan y las necesidades que hayan de satisfacerse, esta Ley de 1995 atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia para determinar la extensión de la unidad mínima de cultivo para secano y para regadío en los distintos municipios, zonas o comarcas de su ámbito territorial (art. 23.2), aunque algunas Comunidades Autónomas ya habían fijado con anterioridad a la publicación de la Ley de 1995 la extensión de la unidad mínima de cultivo en base a la atribución de competencias en materia de agricultura y ganadería y a los Decretos de traspaso de funciones del Ministerio de Agricultura a las Comunidades Autónomas. Otras Comunidades Autónomas han fijado la extensión de la unidad mínima de cultivo como consecuencia de la atribución de competencia de la Ley de Modernización, y otras Comunidades Autónomas que aun no la han fijado.

Las Comunidades Autónomas han fijado la extensión de las unidades mínimas de cultivo son: Andalucía, por Resolución de la Dirección General de Desarrollo rural y Actuaciones Estructurales, de 4 de noviembre de 1996, por la que se determina provisionalmente las unidades mínimas de cultivo; Asturias, por Decreto 84/1992, de 30 de diciembre, por el que se determina la unidad mínima de cultivo agrícola y forestal; Canarias, por Decreto 58/1994, de 22 de abril, por el que se establece la unidad mínima de cultivo; Cantabria, por Ley 4/1990, de 23 de marzo, sobre concentración parcelaria, conservación de obras, unidades mínimas de cultivo y fomento de explotaciones rentables; Castilla y León, por Decreto 76/1984 de 16 de agosto, por el que se fijan las unidades mínimas de cultivo; Cataluña, por Decreto 169/1983, de 12 de abril, sobre unidades mínimas de cultivo; Extremadura, por Decreto 46/1997, de 22 de abril, por el que se establece la extensión de la unidad mínima de cultivo en la Comunidad Autónoma de Extremadura; Galicia, por Decreto 330/1999, de 9 de diciembre, Unidad Mínima de Cultivo en Galicia; Islas Baleares, por

Decreto 147/2002, de 13 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 6/1997, de 8 de julio, del Suelo Rústico de las Illes Balears, en relación con las actividades vinculadas con el destino y naturaleza de las fincas y el régimen de unidades mínimas de cultivo; Madrid, por Decreto 65/1989, de 11 de mayo; Murcia, Decreto 40/1997, de 6 de junio, por el que se establece la unidad mínima de cultivo; Navarra, artículo 48 de la Ley Foral 1/2002, de 7 de marzo, de Infraestructuras Agrícolas; País Vasco, por Decreto 168/1997, de 8 de julio, por el que se regula las explotaciones agrarias prioritarias y determina las unidades mínimas de cultivo.

Sin embargo existen Comunidades Autónomas que no han fijado la unidad mínima de cultivo, a pesar de que sus propias leyes autonómicas o decretos de traspaso de funciones de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma ordenen su fijación en un determinado plazo. Estas Comunidades Autónomas son: Aragón, la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón, establece, en su Disposición Adicional Segunda, que se aplicarán las unidades mínimas de cultivo que fije la Comunidad Autónoma de Aragón conforme a la Ley 19/1995 de 4 de julio de Modernización de las Explotaciones Agrarias, y, en su Disposición transitoria Quinta, que en el plazo de un año contado a partir de la entrada en vigor de esta Ley, por Decreto del Gobierno de Aragón se determinará la extensión de la unidad mínima de cultivo aplicable a los distintos municipios, zonas o comarcas del territorio aragonés, y hasta tanto no se produzca la entrada en vigor de este Decreto, se aplicarán en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón las extensiones de las unidades mínimas de cultivo determinadas en la Orden de 27 de mayo de 1958 del Ministerio de Agricultura. Castilla La-Mancha, la Ley 4/2004, de 18 de mayo, de la Explotación Agraria y del Desarrollo Rural en Castilla-La Mancha, establece en su artículo 58 que en el plazo de un año se determinará reglamentariamente la extensión de la unidad mínima de cultivo distinguiendo entre secano y regadío en los distintos municipios, zonas o comarcas de su ámbito territorial. Comunidad Valenciana, la Ley 8/2002, de 5 de diciembre, de Ordenación y Modernización de las Estructuras Agrarias de la Comunidad Valenciana, establece en su artículo 62 que las unidades mínimas de cultivo se determinarán para secano y para regadío en los distintos municipios, zonas o comarcas mediante decreto del Consell de la Generalitat. La Rioja, el Real Decreto 1100/1985, de 5 de junio,

sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de reforma y desarrollo agrario, facultaba a la Comunidad Autónoma de La Rioja para que mediante Decreto señalara y revisara la superficie de las unidades mínimas de cultivo, en el marco de la planificación y ordenación económica general, y de la regulación a que se refiere el artículo 149.1 de la Constitución.

Para estas Comunidades Autónomas que no han fijado la extensión de la unidad mínima de cultivo se le aplica la Orden de 27 de mayo de 1958 que fijó las extensiones de las unidades mínimas de cultivo en secano y regadío para todos los términos municipales de España. Sin embargo, tanto la jurisprudencia como la doctrina discuten sobre la vigencia de esta Orden.

El propio Tribunal Supremo mantiene diferentes criterios al respecto, así la S.T.S. de 10 de mayo de 1980 (confirmada por la S.T.S. de 11 de mayo de 1988) es contraria a la vigencia de la Orden de 1958 al declarar que "... dicha Orden Ministerial se publicó como consecuencia y complemento de la primitiva Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 15 de julio 1954, la que en su artículo 1º dejaba al Ministerio de Agricultura la facultad de señalar por Decreto la extensión de las unidades mínimas de cultivo dentro de cada zona o comarca de la provincia a los efectos de dicha Ley, y como ésta ha sido expresamente derogada por la vigente Ley de 1973, tal derogación ha de llevar consigo necesariamente la O. de 27 de mayo 1958 que, en cumplimiento de los Decretos de 25 marzo y 22 septiembre 1955 –dictados en aplicación de mencionada Ley de 1954–, fijó la extensión de referidos mínimos de cultivo, pues sabido es que el espíritu derogatorio de una ley ha de alcanzar, si la nueva no dijese expresamente lo contrario, a las disposiciones de inferior rango dependientes de la derogada, como son las aclaratorias, complementarias o dictadas para ejecución de la misma, y esta condición tiene la Orden Ministerial de 1958 en relación con la Ley de 1954".

Por el contrario, la S.T.S. de 10 de marzo de 1986 en su Fundamento Jurídico Cuarto afirma que la Orden de 1958 goza de vigencia por no quedar comprendida en la derogación prevista en 1971 y operada en 1973 y que afecta únicamente a "las disposiciones de carácter general con rango de Ley relativas a la colonización, ordenación rural o concentración parcelaria", mas no a las disposiciones de rango inferior, cuales son el citado Decreto de 25 de marzo de

1955 y su complementario de 22 de septiembre del mismo año 1955 y por lo que aquí y ahora importa, la Orden de 27 de mayo de 1958, que habrá que entenderse vigente, no obstando alguna aislada declaración (así, la sentencia de 10 de mayo de 1980) ínterin no se señalan otras o revisan las allí fijadas por las Comunidades Autónomas a quienes se halla transferida la materia de reforma y desarrollo agrario.

La doctrina científica está igualmente dividida sobre la vigencia o no de la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958. Son partidarios de mantener vigente la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958, CORRAL DUEÑAS (3), GARCÍA GARCÍA (4), ESTERAS Y SÁNCHEZ VICENTE (5), CUENCA ANAYA (6), DELGADO DE MIGUEL (7), LOBATO GÓMEZ (8). Por el contrario, mantienen que la Orden de 1958 está derogada, GARCÍA

(3) CORRAL DUEÑAS, F.: Comentarios a la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, núm. 27, julio-diciembre 1995, p. 17.

(4) GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Madrid, 1990, p. 57.

(5) ESTERAS, J. L. Y SÁNCHEZ VICENTE, E.: "El régimen de las unidades mínimas de cultivo y la entrada en vigor del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio", en *Actas del Congreso español de Derecho Agrario y Ordenación Rural*, Zaragoza 1999, p. 174.

(6) CUENCA ANAYA, F.: "Notas sobre la Ley de Modernización de explotaciones agrarias", *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, septiembre 1995, pp. 2543 y ss.

(7) DELGADO DE MIGUEL, J. F.: *Las explotaciones prioritarias y las unidades mínimas de cultivo. Régimen jurídico y sistema de ayudas*, Granada, 1999, pp. 83 y ss.

(8) LOBATO GÓMEZ, J. M.: "El régimen de unidades mínimas de cultivo en las zonas de montaña", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, nº 9-10, p. 55, nota 1.

MAS (9), SERRANO CHAMORRO (10), TÉLLEZ DE PERALTA (11), FERNÁNDEZ DE CORDOVA (12).

No compartimos la opinión, como ya pusimos de manifiesto anteriormente en otra obra(13), de los que mantienen que la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958 como complementaria de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954 quedó derogada al ser derogada expresamente ésta por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, por las siguientes razones: en primer lugar, la Disposición final derogatoria de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 en su apartado 1.º deroga expresamente una serie de leyes entre las que se encuentra la Ley de 15 de julio de 1954 sobre Unidades Mínimas de Cultivo, pero no la orden Ministerial de 27 de mayo de 1958, y en el apartado 2.º establece: "Quedan igualmente derogadas las disposiciones de carácter general con rango de Ley relativas a la colonización, ordenación rural o concentración parcelaria, con exclusión, por tanto, de las singularmente aplicables a zonas o comarcas determinadas", la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958, evidentemente no tiene rango de Ley, por lo tanto no queda derogada como ha puesto de manifiesto la STS de 10 de marzo de

(9) GARCÍA MAS, F. J.: "Comentarios a la Ley 19/1995, de 4 de julio, sobre Modernización de las Explotaciones Agrarias", *Actualidad civil*, julio, 1996, p. 690: "aparte del argumento jurisprudencial de la sentencia de 1980 del Tribunal Supremo, la derogación global de una ley debe arrastrar a las normas que de ella se derivan y que la desarrollan; en otro caso la inseguridad jurídica es total"

(10) SERRANO CHAMORRO, M.ª E.: "Las unidades mínimas de cultivo", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, núm. 21-22, abril-diciembre 1993, p. 4.

(11) TÉLLEZ DE PERALTA, J. D.: *El invernadero almeriense*, Almería 2000, p. 99: "Es evidente que como texto legal tanto la Ley de 1954 como la Orden que la desarrollaba no están vigentes. Pero las fuentes del Derecho admiten la costumbre cuando no hay Ley exactamente aplicable, y por esta interpretación considerar no la vigencia de la norma derogada, sino la efectividad de la limitación superficial vía consuetudinaria allí donde se pruebe haberse aplicado".

(12) FERNÁNDEZ DE CORDOVA, I.: "La discutida vigencia de la Orden de 27 de mayo de 1958 sobre unidades mínimas de cultivo. Excurso sobre los efectos de la inercia o pasividad legislativa", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, núm. 28, enero-junio 1996, pp. 11-14.

(13) MILLÁN SALAS, F.: *Instituciones sucesorias en el Código civil que conservan íntegra una explotación agrícola*, 1999, pp. 223 y 224.

1986; en segundo lugar, la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958 seguía siendo complementaria de las normas relativas al régimen de unidades mínimas de cultivo contenidas en los artículos 43 a 48 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, como lo fue de la Ley de 15 de julio de 1954 sobre Unidades Mínimas de Cultivo; y, en tercer lugar, si mantuviésemos derogada la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958 estaríamos ante un vacío legal en orden a la determinación de la extensión de la unidad mínima de cultivo para las fincas no concentradas situadas en Comunidades Autónomas que no han fijado dicha extensión (14).

Por todo ello, consideramos que la extensión de la unidad mínima de cultivo viene determinada por las siguientes normas:

1. Para las fincas resultantes de la concentración parcelaria, se tendrá en cuenta la unidad mínima de cultivo fijada para cada zona en el correspondiente Decreto que la declarase de utilidad pública.
2. Para las fincas no concentradas situadas en Comunidades Autónomas que han fijado la unidad mínima de cultivo, se estará a lo dispuesto en su normativa.

(14) En parecidos términos se pronuncia ALONSO GONZÁLEZ, M.^a E.: *Catastro*, octubre 1999, p. 56: "... entendemos que, en defecto de normativa autonómica que determine las u.m.c., debe aplicarse la orden de 1958 y ello principalmente por las siguientes razones: -La Disposición Final Derogatoria de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 (IRYDA) se refiere en su apartado primero expresa e individualizadamente a diversas leyes, entre las que se incluye la de unidades mínimas de cultivo de 1954. En su apartado segundo deroga disposiciones de carácter general con rango de ley. Sin embargo, en ningún momento se recoge en esta disposición la derogación de disposiciones de rango inferior. -La LRYDA de 1973, con ciertos matices, es un texto refundido en el que se incorporó el contenido de la Ley de unidades mínimas de cultivo de 1954. Siendo así, las disposiciones que a ésta servían de complemento pueden igualmente servir a la LRYDA. -Finalmente, si se estimase derogada la Orden de 1958 se vulneraría el principio general de conservación de las normas, además de generarse un vacío normativo que determinaría la imposibilidad de aplicar lo dispuesto en otras normas, como el artículo 20.2 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones o el artículo 62 a) de la LRHL".

3. Para las fincas no concentradas situadas en Comunidades Autónomas que no han fijado hasta el momento la extensión de la unidad mínima de cultivo, entendemos que rige la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958, que fijó las extensiones mínimas para todos los términos municipales de España, que consideramos vigente, pues la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, como ha puesto de manifiesto la STS de 10 de marzo de 1986, derogó las disposiciones de carácter general pero deja intactas las disposiciones de rango inferior dictadas a su amparo.

III. PARTICIÓN DE LA HERENCIA EN EL RÉGIMEN DE UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO

1. Regla general de la indivisibilidad

El artículo 24.1 de la Ley de Modernización de la Explotaciones Agrarias, que reproduce el artículo 44.1 LRYDA, establece: "La división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo". Según este artículo, todas las fincas sufren la limitación que para la divisibilidad implica la unidad mínima de cultivo, con las excepciones que establece el artículo 25. Se trata de una limitación que afecta a las facultades de disposición del propietario, en cuanto que entre éstas se encuentran la de dividir o segregar. No es más que la intervención pública en la propiedad rústica. La limitación a la divisibilidad implica, por tanto, una prohibición de disponer. Esta prohibición está contenida en el artículo 26.1 de la Ley Hipotecaria, que establece que las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto como limitaciones legales del dominio y no necesitarán inscripción separada y especial cuando sean de las establecidas por la Ley que sin expresa declaración judicial o administrativa tengan plena eficacia jurídica. Congruente con este artículo de la Ley Hipotecaria, el artículo 26 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias establece: "1. En toda inscripción de finca rústica en el Registro de la Propiedad se expresará si es de secano o de regadío, su extensión superficial, y que sólo puede ser susceptible de división o segregación respetando la extensión de la unidad mínima de cultivo, de acuerdo con lo establecido en el pre-

sente Título. 2. La inexactitud de aquellos datos no puede favorecer a la parte que ocasionó la falsedad ni enervar los derechos establecidos en este Título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria”.

Donde la Ley de Modernización introduce una innovación respecto a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario es en el párrafo segundo del artículo 24 al establecer claramente que “serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a tercero, los actos o negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas, contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior”, a diferencia de la LRYDA, cuyos términos al respecto eran equívocos, así el artículo 44.1 hablaba que la división o segregación “sólo será válida” o el artículo 45.3 de “división o segregación indebida”, pero no decía que la división o segregación fuese nula, reconociendo un derecho de adquisición preferente a los dueños de las fincas colindantes con la parcela que resultase de cabida inferior a la unidad mínima de cultivo, lo que contradecía al artículo 44.1 que negaba la validez de la división o segregación de una finca rústica cuando diera lugar parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo; llegando, por tanto, a la conclusión que en el supuesto de que se infringiera el artículo 44.1, no se establecía la nulidad de las divisiones o segregaciones indebidas, sino un derecho de adquisición a favor de los dueños de las fincas colindantes por un tiempo de cinco años (art. 45).

La Ley de Modernización adapta el régimen de unidades mínimas de cultivo al sistema sucesorio, poniendo de relieve el problema de la transmisión *mortis causa* de la explotación agrícola. En las particiones de herencias puede ocurrir que por el número de herederos hubieren de realizarse divisiones o segregaciones de fincas cuya extensión sea igual o inferior a la unidad mínima de cultivo, o de fincas de extensión superior, que por su división den lugar a otras de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Con la finalidad de evitarlo, el artículo 24.3 de la Ley de Modernización establece: “La partición de herencia se realizará teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 1 de este artículo, aun en contra de lo dispuesto por el testador aplicando las reglas contenidas en el Código Civil sobre las cosas indivisibles por naturaleza o por ley y sobre la adjudicación de las mismas a falta de voluntad expresa del testador o de convenio entre los herederos” (15).

(15) Aunque la norma del artículo 24.3 sólo contempla el supuesto de la

La partición de herencia será válida siempre que la división o segregación de una finca rústica no dé lugar a parcelas cuya extensión sea inferior a la unidad mínima de cultivo. Si por el contrario, la división o segregación de una finca rústica da lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo por haberlo dispuesto así el testador, la partición será nula, remitiéndose la ley al Código civil. Así, a falta de voluntad expresa del testador o de convenio entre los herederos la adjudicación se realizará conforme establece el artículo 1062 del Código civil. La norma del artículo 24.3 como mantiene Cossials Ubach "será imperativa frente a lo dispuesto por el causante y subsidiaria ante la falta de voluntad expresa del testador o de convenio entre los herederos, ya que se aplicarán las reglas contenidas en el Código civil sobre cosas indivisibles por naturaleza o por ley y sobre la adjudicación de las mismas, es decir el artículo 1.062 del Código Civil" (16).

En relación a la partición realizada por el testador (17), el artículo 1056.1 del Código civil establece que "Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos". Sin embargo, cuando el testador haga la partición de sus bienes, además de la limitación contenida en este artículo de que no perjudique a la legítima de los herederos forzosos, encuentra otra limitación en el artículo 24.3 de la Ley de Modernización cuando el objeto de la partición de la herencia sea una finca rústica, ya que la

partición de herencia, es también aplicable a cualquier otro de división o segregación de la cosa común, como la extinción del condominio o la liquidación de la sociedad de gananciales. Dada la remisión que hace la Ley al Código civil, para el caso de condominio, es aplicable el artículo 404 que establece: "Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no conviniere en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y se repartirá su precio", y, para la liquidación de la sociedad de gananciales, el artículo 1406 nos dice: "Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: 2.º La explotación económica que gestione efectivamente".

(16) COSSIALS UBACH, A. M.: "La transmisión de finca inferior a la Unidad Mínima de Cultivo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, pp. 1097 y 1098.

(17) Sobre la partición realizada por el testador ver: MILLÁN SALAS, F.: "La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056-2 del Código civil". *Actualidad Civil*, núm. 45-46, 2003, pp. 1179-1197.

partición sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.

Sobre la partición realizada por el testador, la Resolución de 1 de agosto de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, mantiene que "La circunstancia de que el testamento contenga una serie de disposiciones concretas respecto de algunos bienes inmuebles no supone que exista una partición testamentaria, que exigiría un inventario y avalúo de todos los bienes que integran el activo y el pasivo del testador, y la liquidación y formación de lotes de la herencia en su totalidad. El artículo 1.056 del Código Civil faculta al testador para realizar la partición hereditaria, pero no toda disposición realizada sobre los bienes hereditarios puede considerarse una auténtica partición, que solo existirá cuando el testador distribuya sus bienes practicando todas las operaciones de inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes, es decir, la adjudicación realizada por el testador debe ir precedida de las operaciones antes citadas, y cuando así no ocurre, hay que considerar que el testador ha dado «normas para la partición» a través de las cuales el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición se adjudiquen determinados bienes en pago de su haber a los herederos que menciona, tal como queda recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1998". Por lo tanto, en el supuesto de que el testador no hubiera hecho todas las operaciones que integran la partición de la herencia y hubiera hecho disposiciones sobre sus bienes hereditario, entre ellas, que una finca rústica se divida o segregue dando lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, no estaríamos ante una partición, sino ante normas que han de tenerse en cuenta para la auténtica partición, por lo que a dichas normas no le afectaría la nulidad que declara el artículo 24.1 y 3 de la Ley de Modernización, otra cosa distinta es que al hacer la partición no se pueda tener en cuenta la disposición del testador de dividir o segregar la finca rústica por debajo de la unidad mínima de cultivo. Si por el contrario, el testador hubiera hecho una auténtica partición, dividiendo o segregando una finca rústica y como consecuencia resultasen parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, tal partición sería nula por aplicación del artículo 24.1 y 3 de la Ley de Modernización.

En cuanto a la partición realizada por los herederos, el artículo 1058 del Código civil establece que si los herederos fueren mayores

y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente. Sin embargo, la partición realizada por los herederos encuentra la misma limitación que si la hace el testador en el artículo 24.1 y 3 de la Ley de Modernización, no pudiendo dividir o segregar una finca rústica por debajo de la unidad mínima de cultivo. Cabe la posibilidad de no dividir una finca rústica cuando los herederos hayan pactado la posibilidad de conservarla indivisa por tiempo determinado, que no excederá de diez años, aunque cabe su prórroga por nueva convención (art. 400, párrafo segundo), atribuyéndose cuotas sobre la misma cada uno de ellos. Sin embargo, cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa en común (art. 400, párrafo primero). Pero el derecho a ejercitar la facultad de pedir la división material de la cosa común no se configura como un derecho absoluto, sino que encuentra limitaciones, así, el artículo 401 del Código civil establece que los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina; o el artículo 404 que establece: "Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y se repartirá su precio"; o la limitación contenida en el artículo 1062 del Código civil, aplicable este último artículo a la división entre los partícipes en la comunidad por la remisión que el artículo 406 del Código civil hace a las reglas concernientes a la división de la herencia. Por lo tanto, los límites al derecho a ejercer la facultad de pedir la división material de la cosa común son: inservibilidad para el uso a que se destina, indivisibilidad esencial y gran desmerecimiento, límites que la Ley de Modernización tiene en cuenta para impedir el fraccionamiento excesivo de fincas rústicas.

Un caso de partición de herencia por los herederos es el recogido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria núm. 375/2003, Sección 2.ª, de 22 de julio. Los herederos quisieron realizar la partición de la herencia dividiendo materialmente la finca rústica, único bien de la herencia, pero la Consejería de Agricultura, Ganadería y Pesca resolvió que no era posible la división porque daba lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Una de los herederas, cuya cuota en la herencia era superior a la de las demás, solicitaba que se le adjudicase a ella una superficie de la finca rústica equivalente a su cuota, resultando dicha

superficie superior a la unidad mínima de cultivo, y que el resto de herederas continuasen ostentando la titularidad pro-indiviso en la finca matriz. La Audiencia Provincial resolvió que dicha solicitud choca frontalmente con el espíritu de la *actio communi dividundo*, que lo que persigue es la disolución del proindiviso con adjudicaciones concretas a cada comunero; y que si una cosa es indivisible real o jurídicamente, sólo cabe la subasta con licitadores extraños en caso de que los copartícipes no llegaran a un acuerdo.

En cuanto a las operaciones que integran la partición de la herencia, el Código civil no contiene ningún precepto sobre las mismas ni el orden que ha de seguirse en su realización. Sin embargo, el silencio del Código civil ha sido suplido por la práctica, de tal forma que la mayoría de las particiones se atienen a unos esquemas que no varían mucho unos de otros. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, al referirse a la práctica de las operaciones divisorias, establece en el artículo 786: "1. El contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante; pero si el testador hubiere establecido reglas distintas para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, se atenderá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos. Procurará, en todo caso, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas. 2. Las operaciones divisorias deberán presentarse en el plazo máximo de dos meses desde que fueron iniciadas, y se contendrán en un escrito firmado por el contador, en el que se expresará: 1.º La relación de los bienes que formen el caudal partible. 2.º El avalúo de los comprendidos en esa relación. 3.º La liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes".

Podemos destacar, a la vista de lo expuesto anteriormente, que las operaciones particionales son: inventario, avalúo, liquidación, colación, división y adjudicación.

Por lo que respecta al inventario, es la relación de bienes, perfectamente identificados que forman el caudal partible. El avalúo es la tasación de cada uno de los bienes que aparecen en el inventario. En cuanto a la liquidación, SÁNCHEZ ROMÁN (18) la define como "la operación aritmética mediante la cual, y a partir del importe de los

(18) SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, T. VI, V. 3, Madrid, 1910.

bienes inventariados, y previa la declaración de las bajas comunes y especiales que de aquél deben de hacerse y el aumento de los bienes colacionables, cuando los hubiere, se fija el líquido del caudal hereditario o el haber del difunto causante de una sucesión, divisible entre los partícipes de ella". La colación es la adición contable a la herencia del importe de las donaciones que en vida otorgó el causante a los herederos que son legitimarios, con el fin de procurar entre ellos la igualdad o proporcionalidad. La división consiste, según CASTÁN (19), en "señalar la cuota o haber de cada heredero, y la adjudicación, en aplicar al pago de los mismos bienes o valores determinados".

En la práctica la división y la adjudicación se engloban en lo que se llama formación de lotes o hijuelas. El Código civil en su artículo 1061 contiene la siguiente regla sobre la formación de lotes: "En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie". El Tribunal Supremo, en reiteradas sentencias, ha calificado la norma del artículo 1061 de "carácter especial, más bien facultativo que imperativo", "no es de inexorable aplicación, es solo una recomendación subordinada a la posibilidad de cumplirla según la naturaleza de los bienes de la herencia", (sentencias de 16 de junio 1902, 13 junio 1970, 8 febrero 1974, 5 junio 1977 y 21 junio 1986, o de 23 de junio de 1998).

Además de la idea de la igualdad posible en la formación de los lotes que establece el artículo 1061 CC, en esta materia la ley parte de otra idea, que los bienes se adjudiquen íntegros y sin fraccionar en la composición de un lote, de tal forma que para hacer los lotes se procure evitar tanto la división en varias partes materiales de un bien hereditario, y destinar cada una a un lote, como incluir en varios lotes partes alícuotas de un mismo bien hereditario, dando lugar a la constitución sobre dicho bien de una copropiedad entre coherederos. En este sentido se pronuncia el artículo 786 Ley de Enjuiciamiento Civil: "El contador... procurará, en todo caso, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas".

Esta es la misma finalidad que persigue el artículo 1062 del Código civil, al establecer: "Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar

(19) CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español común y foral*, T. VI, *Derecho de sucesiones*, V. I, *La sucesión en general*, 9.ª ed, Madrid, 1989, p. 395.

a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga”, artículo al que se remite el artículo 24.3 de la Ley de Modernización como hemos visto antes.

Sin embargo, el artículo 1062 del Código civil ofrece una solución distinta a la que ofrecía el artículo 46.2 LRDA que disponía “a falta de voluntad expresa de éste –causante– o de convenio entre los herederos, la parcela indivisible será adjudicada por licitación entre los coherederos. Si todos estos manifestasen su intención de no concurrir a la licitación, se sacará la parcela a pública subasta”; mientras que según el artículo 1062 CC basta que uno de los herederos pida la venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, para que así se haga.

En relación al artículo 1062 del CC, el legislador emplea la palabra «cosa», que en el caso objeto de nuestro estudio, según el artículo 24 de la LMEA, se ha de tratar de una finca rústica.

Los fines que persigue el art. 1062 CC son de tipo económico, como que de dividirse la finca rústica no se alcance una rentabilidad suficiente, pero fundamentalmente trata de evitar que las cosas hereditarias salgan fuera del círculo de herederos, o se desintegren entre ellos.

Por otra parte, hay que destacar, que el artículo 1062-1.º CC no es aplicable al supuesto de condominio de la cosa, ya existente con anterioridad al fallecimiento del testador. En este sentido se manifiesta la sentencia de 26 septiembre 1986 al declarar: “El tercer motivo, al amparo del ordinal 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del artículo 1062-1.º del Código civil por inaplicación, referido a la adjudicación de la cuota de participación que el testador ostentaba de la fábrica de cerámica y dicho motivo ha de declinar por cuanto: a) No se trata aquí de una cosa, sino de una cuota dominical sobre ella, por lo que el supuesto del precepto ya no es equiparable al que aquí contempla, pues el artículo 1.062 del Código civil parte del principio de que la cosa o bien sea el soporte económico o físico de una titularidad unívoca y en el caso presente, incluso una mitad indivisa es propiedad de terceros, pues no debe olvidarse que el artículo 1062-1.º del Código civil propende a la conservación de la cosa o bien que sea indivisible físicamente o desmerezca también físicamente, pero el condominio sobre el mismo, ya existente con anterioridad al fallecimiento del testador, no le afecta ni estática

ni funcionalmente como tal industria en su explotación y desarrollo, lo que enerva la aplicación del artículo 1.062-1.º del Código civil”.

Aplicando el artículo 1062 CC, la finca rústica podrá *adjudicarse a uno* de los herederos, abonando éste a *los otros* herederos el exceso en dinero, de manera que tanto a los herederos voluntarios como a los legitimarios se extiende la posibilidad de adjudicación de la finca rústica indivisible y de recibir el exceso en dinero.

Por lo que respecta al heredero adjudicatario de la finca rústica, el artículo 1062 dice “podrá adjudicarse a uno”, lo que una interpretación literal del precepto nos llevaría a mantener que sólo puede adjudicarse a un heredero. No obstante, a pesar de la literalidad del precepto mantenemos que es posible adjudicarla a todos o a varios coherederos *pro indiviso* (20). En tal caso la comunidad constituida sobre finca rústica se regirá por las normas del condominio ordinario, contenidas en los artículos 392 y siguientes del Código civil. Sin embargo, ya que el artículo 786 Ley de Enjuiciamiento Civil establece que “El contador... procurará, en todo caso, evitar la indivisión”, y como tarde o temprano, en el caso de que se forme un condominio sobre la finca rústica, cualquiera de los copropietarios puede pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común (art. 400 CC), y entonces éstos han de acordar que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, y en caso de que no lleguen a acuerdo alguno se venderá y se repartirá su precio (art. 404 CC), por todo

(20) En tal sentido se manifiestan: VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, 1982, T. XI, p. 408: “Confieso esta cuestión (adjudicarse a uno), atendida la finalidad del precepto y su interpretación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que aconseja tener en cuenta las particulares circunstancias de cada caso. Por eso, repito lo dicho al comentar el artículo 1056-2º, que puede ocurrir sean varios de los hijos quienes en vida del causante, llevaran la explotación, supuesto en el cual incluso cabe que alguno de los demás resultara, por razones de carácter, u otra cualquiera, incompatible con quienes ya la llevaban de hecho, y que la adjudicación a varios pueda hacer más asequible el pago de la compensación en metálico a los otros, facilitando la finalidad de que la empresa continúe en la familia del causante o entre algunos de sus herederos”.

VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Algunos aspectos de la regulación de la sucesión *mortis causa* en el Código civil español, que favorecen la creación y mantenimiento de las unidades agrarias”, *R.D.P.*, 1979, p. 550, quien afirma: “Por supuesto que la literalidad del precepto no impide que el adjudicatario de la unidad agraria sea una pluralidad de herederos si hay acuerdo al respecto”.

ello, los coherederos procuraran ponerse de acuerdo para que la finca rústica indivisible se adjudique a uno de ellos, abonado a los demás el exceso en dinero.

Mas, ¿a cuál de los herederos se adjudica la finca rústica indivisible?. Ni el contador puede escoger a su arbitrio, ni los mayores partícipes pueden imponer su voluntad a los demás coherederos. Es preciso que todos estén de acuerdo con la adjudicación y con la persona a quien se ha de hacer. Si no es así, y uno solo de los herederos no está de acuerdo puede pedir que la cosa se venda en pública subasta. Si la finca rústica la viene explotando uno de los herederos parece razonable que sea a él a quien se adjudique. También es razonable que la finca rústica se adjudique a aquel de los herederos que sea agricultor o agricultor profesional (21) antes que a otros herederos que no lo sean.

Por lo que respecta a los herederos a quienes no se les ha adjudicado la finca rústica indivisible pero que han de cobrar el exceso en dinero, pueden ser tanto herederos voluntarios como legitimarios. El exceso sería aquella parte del valor de la finca rústica adjudicada que sobrepase la cuota que le corresponda al heredero voluntario o legitimario adjudicatario de la misma. En el supuesto de que la finca rústica sea el único bien de la herencia o si hay otros son de escaso valor, ese exceso puede cubrir, la legítima estricta, el tercio de mejora o el tercio de libre disposición del heredero voluntario o legitimario no adjudicatario de la finca rústica. Se trataría de dinero extrahereditario, dinero del heredero adjudicatario de la finca rústica indivisible.

Para satisfacer en dinero la porción correspondiente a quienes así se les liquide, lo razonable es que se atienda al valor que los bienes tengan en el momento de efectuarse la liquidación. El artículo 1062

(21) En este sentido el artículo 2-5.º de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias establece: que a los efectos de esta Ley, se entiende por "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". (Redacción dada por la Disposición final segunda de la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias).

no dice nada de la forma en que debe abonarse el dinero, ni si cabe aplazar o fraccionar su pago, ni de las consecuencias de su falta de pago, ni de las garantías de éste mientras esté pendiente. Ante estos problemas el testador puede prever su solución, como el contador-partidor, sin apartarse de la voluntad del testador, y los mismos herederos, cuando no se pague el exceso en el mismo momento de formalizarse la partición.

Aunque el artículo 1062, en su párrafo primero, prefiere que la finca rústica indivisible se adjudique a uno de los herederos, abonando a los otros el exceso en dinero, esta solución no puede imponerse, de manera que cuando los herederos no se pongan de acuerdo con la adjudicación y con la persona a quien se ha de hacer, el párrafo segundo del artículo 1062 CC establezca "Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga". De esta forma el párrafo 2.º del artículo 1062 lleva al extremo el principio de igualdad de la partición, por cuanto lo que habrá que repartir es el dinero obtenido con la venta. Si bien esta solución legal evita proindivisos no queridos, es inadecuada para conservar la finca rústica en manos del heredero que quiera llevarla, ya que admite licitadores extraños en la subasta y el heredero puede no ser el mejor postor. Está claro que la solución legal, de la venta en pública subasta, no es más que un efecto del individualismo del Código civil, perfectamente congruente con su concepción de la comunidad de bienes.

La venta puede pedirla cualquier heredero, por sí mismo, o por medio de su representante legal cuando se trate de menores o incapacitados. Acordada la venta, ésta ha de realizarse en pública subasta y con admisión de licitadores extraños. Tanto el requisito de la pública subasta como el de admisión de licitadores extraños tienen su razón de ser, según MANRESA (22) en que "La ley busca la mayor utilidad posible para los herederos, y supone que haciéndose público el hecho de la enajenación, y admitiéndose la competencia en el precio, se obtendrá alguna ventaja. Por otra parte, no quiere que los herederos más ricos, abusando de la precaria o modesta posición de los demás, adquieran indirectamente y con poco coste lo que de un modo directo no se les quiso conceder, y de aquí la admisión de licitadores extraños que, para los herederos pobres o

(22) MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código civil*, 1956, p. 798.

que no pueden comprar lo que tal vez tiene para ellos un valor de afección muy grande, representa una garantía de que al menos se conseguirá mayor precio o equivalente”.

La subasta no es necesario que sea judicial, puede verificarse ante Notario previa tasación. Verificada la subasta, la venta se efectúa por los herederos en favor del mejor postor, sea un coheredero o un extraño, con los requisitos necesarios.

Una vez vendida la finca rústica en pública subasta, los propietarios de las fincas colindantes tienen el derecho de retracto de colindantes, bien el regulado en el artículo 1523 del Código civil (23), bien el regulado en el artículo 27 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias (24). En el supuesto de que la finca rústica vendida en pública subasta estuviera arrendada, el arrendatario que sea agricultor

(23) Para que el propietario de la finca rústica colindante a la vendida en pública subasta pueda ejercer el retracto de colindantes del artículo 1523 del Código civil, es preciso que la finca rústica vendida no exceda de una hectárea, cualquiera que fuese la extensión superficial de la del retrayente, que ambas fincas no estén separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas, y que la venta se haga no a otro propietario colindante que tenga el mismo interés del retrayente. En el supuesto de que dos o más colindantes usen del retracto al mismo tiempo, será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida, y si las dos la tuvieran igual, el que primero lo solicite.

(24) Para que el propietario de la finca colindante a la vendida en pública subasta pueda ejercer el retracto de colindantes del artículo 27 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, es preciso que se trate de la venta de una finca rústica de superficie inferior al doble de la unidad mínima de cultivo, que la venta se haga a un no colindante o aun colindante que no sea titular de una explotación prioritaria, y que la finca del retrayente ha de estar integrada en una explotación prioritaria. Para el caso de que varios colindantes de explotaciones prioritarias ejerzan el derecho de retracto, será preferido el dueño de la finca que con la adquisición iguale o supere la extensión de la unidad mínima de cultivo; si más de un colindante cumple esta condición tendrá preferencia el dueño de la finca de menor extensión; cuando ninguna de las fincas colindantes iguale o supere, como consecuencia de la adquisición, la unidad mínima de cultivo, será preferido el dueño de la finca de mayor extensión.

En el supuesto de que entren en conflicto el retracto de colindantes del Código civil con el regulado en la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, estimamos que éste último es preferente a aquél por ser ley posterior.

profesional tendrá los derechos de tanteo y retracto regulados en el artículo 22 de la Ley de Arrendamientos Rústicos (25).

2. Excepciones a la indivisibilidad

La regla general de la indivisibilidad de la finca rústica de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, contenida en el artículo 24 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, encuentra varias excepciones en el artículo 25 de la misma ley, cuyos supuestos son los siguientes:

1.º Si se trata de cualquier clase de disposición en favor de propietarios de fincas colindantes, siempre que como consecuencia de la división o segregación, tanto la finca que se divide o segrega como la colindante, no resulte de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo [art. 25 a)].

Como podemos observar en esta excepción, tanto la finca que se divide o segrega como la colindante a la que se agrupa o agrega la porción dividida o segregada no pueden resultar con una extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Sin embargo, la LRDA en el artículo 44.2.a) decía: "se permite la división o segregación si se trata

(25) El párrafo 6 del artículo 22 de la LAR establece que los derechos de tanteo y retracto regulados en la LAR serán preferentes respecto a cualquier otro derecho de adquisición preferente, salvo el retracto de colindantes del artículo 1523 del Código civil, que prevalecerá sobre estos cuando no excedan de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamente.

Hay que tener en cuenta que, mientras el artículo 1523 CC establece una limitación a la extensión de la finca objeto de retracto, que no exceda de una hectárea, la LAR establece esa misma limitación tanto a la finca objeto de retracto como a la finca colindante que fundamente el retracto de colindantes para poder ser éste preferente al tanteo y retracto arrendaticios rústicos.

También hay que tener en cuenta que el artículo 22.6 de la LAR no hace mención al retracto de colindantes regulado en el artículo 27 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, por lo que no prevalece frente al tanteo y retracto de la LAR. La preferencia del retracto de colindantes del CC sobre los derechos de tanteo y retracto regulados en la LAR, sólo es aplicable a colindantes de fincas que no estén integradas en explotaciones agrarias prioritarias.

de cualquier clase de disposición en favor de propietarios de fincas colindantes, siempre que como consecuencia de la división o segregación no resulte un mayor número de predios inferiores a la unidad mínima de cultivo”, lo que permitía que la finca que se dividía o se segregaba quedase con una cabida inferior a la unidad mínima de cultivo, si la colindante resultaba con una cabida igual o superior a la unidad mínima, consecuencia de la agrupación o agregación de la porción dividida o segregada.

¿Es posible aplicar esta excepción en la partición de la herencia? El artículo 25 a) justifica la posibilidad de dividir o segregar la finca rústica por debajo de la unidad mínima de cultivo, por una parte, “si se trata de cualquier clase de disposición a favor de propietarios de fincas colindantes”, y, por otra parte, siempre que “tanto la finca que se divide o segrega como la colindante, no resulte de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo”.

En cuanto a que ha de tratarse “de cualquier clase de disposición”, hay que destacar que dentro de las facultades que integran el dominio está la de libre disposición, y como formas de ejercicio de la libre disposición, se encuentran, entre otras, la facultad de enajenar, y en virtud de esta facultad, el dominio puede transmitirse a título oneroso o gratuito, y por actos “*inter vivos*” o “*mortis causa*”, aunque en este último caso no hay enajenación *strictu sensu* sino más bien sucesión. De manera que dentro de la amplia expresión “cualquier clase de disposición” del art. 25 a) se incluiría la transmisión del dominio de una finca rústica por actos *mortis causa*, como consecuencia de la partición de herencia. En este sentido, el artículo 1068 del Código civil establece que “La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados” y el artículo 609 del mismo cuerpo legal que la propiedad se adquiere y transmite por sucesión testada e intestada.

El artículo 348 del Código civil cuando define la propiedad, la define como el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. Precisamente en el tema objeto de estudio, la facultad de disponer encuentra las limitaciones en la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias en relación al régimen de unidades mínimas de cultivo, como estamos viendo.

En cuanto a los demás requisitos para la aplicación de la excepción contenida en art. 25 a), estos son, que la disposición se haga “en favor de propietarios de fincas colindantes” y que “tanto la finca

que se divide o segrega como la colindante, no resulte de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo”, estos requisitos se cumplirían en la partición de la herencia cuando se den alguno de los casos siguientes:

Un primer caso es cuando la finca rústica, con independencia de que tenga una extensión superior, igual o inferior a la unidad mínima de cultivo, como consecuencia de la partición de la herencia se divida y cada una de las partes en que se ha dividido se agreguen a otras fincas colindantes de los herederos, siempre que como consecuencia de la agregación todas las fincas tengan una extensión igual o superior a la unidad mínima de cultivo.

Y un segundo caso es cuando la finca rústica tenga una extensión superior a la unidad mínima de cultivo, en este caso es posible que de la misma se segregue una o varias partes siempre que cada una de las partes segregadas se agreguen a otras fincas colindantes de los herederos, dando lugar a fincas de extensión no inferior a la unidad mínima de cultivo, y, además, la finca objeto de la segregación ha de quedarse con una extensión igual o superior a la unidad mínima de cultivo.

2º. Un segundo supuesto puede tener lugar “Si la porción segregada se destina de modo efectivo, dentro del año siguiente a cualquier tipo de edificación o construcción permanente, a fines industriales o a otros de carácter no agrario, siempre que se haya obtenido la licencia prevista en la legislación urbanística y posteriormente se acredite la finalización de la edificación o construcción, en el plazo que se establezca en la correspondiente licencia, de conformidad con dicha legislación. A los efectos del artículo 16 del Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, no se entenderá vulnerada la legislación agraria, cuando la transmisión de la propiedad, división o segregación tenga el destino previsto en este apartado” [art. 25 b)].

La remisión que este apartado hace al artículo 16 de la Ley del Suelo de 1992 ya no es posible al estar derogada. Actualmente el régimen del suelo está contenido en el Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del suelo. Con anterioridad a la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, el artículo 13

de la Ley del Suelo establecía que: "1. Los terrenos que se encuentren en el suelo rural se utilizarán de conformidad con su naturaleza, debiendo dedicarse, dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales. Con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, podrán legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social por su contribución a la ordenación y el desarrollo rurales o porque hayan de emplazarse en el medio rural. 2. Están prohibidas las parcelaciones urbanísticas de los terrenos en el suelo rural, salvo los que hayan sido incluidos en el ámbito de una actuación de urbanización en la forma que determine la legislación de ordenación territorial y urbanística".

Sin embargo, el artículo 13 ha quedado derogado por el apartado 3.º de la disposición derogatoria única de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, quedando el artículo 13 sin contenido alguno.

En aplicación a esta excepción, el destino que ha de darse a la porción segregada, como ha indicado FERNÁNDEZ DE CORDOVA "podrá serlo, como ha autorizado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la instalación de campings, complejos deportivos, pistas de autoescuela, hipermercados o centros fabriles y sanitarios, laboratorios, aulas para escuelas y viviendas para los maestros, estaciones de servicios de carburantes, restaurantes o áreas de servicio de carreteras, centrales nucleares, en todo caso, acomodadas a las características de aislamiento y exclusión de edificaciones propias de zonas urbanas que son exigibles a las construcciones en suelo no urbanizable, pero no, por ejemplo, una discoteca –STS. de 29 de febrero de 1988– o un establecimiento de venta de material agrícola –STS. de 5 de abril de 1988–" (26).

La referencia que el artículo 25 b) de la Ley de Modernización hace a la legislación urbanística se concreta en el artículo 20 Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, artículo 20 que ha sido re-

(26) FERNÁNDEZ DE CORDOVA, I.: "Aspectos civiles y fiscales de la Ley de 4 de julio de 1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias", *D.A.A.*, núm. 27, julio-diciembre 1995, p. 27.

dactado por el apartado doce de la disposición final duodécima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. El artículo 20 establece: "1. Para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, los notarios exigirán, para su testimonio, la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo. Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto, los documentos que acrediten los siguientes extremos: a) el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios, y b) el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente, , salvo que la legislación urbanística sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, en cuyo caso aquellas autorizaciones se sustituirán por los documentos que acrediten que la comunicación ha sido realizada y que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad, sin que del Registro de la Propiedad resulte la existencia de resolución obstativa alguna. 2. Para practicar las correspondientes inscripciones de las escrituras de declaración de obra nueva, los Registradores de la Propiedad exigirán el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior".

La excepción contenida en el art. 25 b) es perfectamente aplicable en la partición de la herencia cuando, como consecuencia de la misma, de una finca rústica se segregue una porción de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, siempre que dicha porción segregada se destine de modo efectivo, dentro del año siguiente, a cualquier tipo de edificación o construcción permanente, a fines industriales o a otros de carácter no agrario, siempre que se cumplan los requisitos previstos en la legislación urbanística a los que antes hemos apuntado.

En relación a esta excepción, podemos citar la Resolución de 1 de agosto de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por un notario de Pinos Puente contra la negativa del registrador de la propiedad de Iznalloz a inscribir una segregación, donación y posterior agrupación contenidas en una escritura de partición de herencia. Los hechos fueron: se presenta en el Registro de la Propiedad copia autorizada de una escritura de partición de herencia mediante la cual se practica la segregación de una finca rústica de la que resulta una porción con una superficie inferior a la unidad mínima de cultivo. En esta escritura se indica que se había obtenido licencia municipal para tal segregación, incorporándose la pertinente certificación expedida por el Ayuntamiento de Moclán, en la cual efectivamente se expresa lo siguiente: "Visto el informe técnico favorable por no inducir lo solicitado a una parcelación ilegal en suelo rústico y tener como única finalidad ampliar la superficie anexa a una vivienda aislada, sin crear nueva parcela, por unanimidad se acuerda conceder la licencia de segregación solicitada, previo pago de la tasa de..."

El registrador deniega la inscripción solicitada, porque, habiendo remitido la documentación a la Delegación Provincial de la Consejería y Pesca de la Junta de Andalucía de conformidad con lo previsto en el artículo 80 de las Normas Complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria (Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio), dicho órgano administrativo había dictado Resolución por la que declara la nulidad de la segregación realizada en aplicación de los artículos 23 y 24.2.º de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias y la Resolución de 4 de Noviembre de 1996 de la Dirección General de Desarrollo Rural y Actuaciones Estructurales de la Consejería de Agricultura y Pesca.

El notario recurrente alega que, tal y como se desprende de la licencia municipal incorporada a la escritura, la segregación practicada tenía como única finalidad ampliar la superficie anexa a una vivienda aislada, por lo que cabe estimar la excepción recogida en el apartado b) del artículo 25 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, ya que la porción segregada está destinada a fines no agrarios, razón por la que habría que aplicar la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que atribuye a los municipios la concesión de la licencia, y, obtenida ésta, el documen-

to es inscribible, según las Resoluciones de este Centro Directivo de 22 de marzo de 2004, 24 de mayo de 2005 y 27 de mayo de 2006.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y conformar la calificación impugnada, en base de que a la vista del contenido de la escritura –en la que no se alude en modo alguno al régimen de excepción previsto en el artículo 25.b) de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, sin que haya edificación alguna reflejada en el asiento registral ni declarada en debida forma en dicho título–, corresponde al órgano autonómico competente apreciar si concurre o no la excepción recogida en dicha precepto legal, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Por ello, debe confirmarse la calificación del registrador.

3º. Una tercera excepción a la indivisibilidad de la finca rústica por debajo de la unidad mínima de cultivo es la contenida en el artículo 25 c) de la Ley de Modernización: "Si es consecuencia del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad establecido en la legislación especial de arrendamientos rústicos".

La remisión que hace este apartado es a los párrafos 8 y 9 del artículo 22 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003.

El párrafo 8 del artículo 22 de la LAR 2003 recoge el supuesto de que sean varios los arrendatarios de partes diferentes de una misma finca o explotación, estableciendo que: "Cuando sean varios los arrendatarios de partes diferentes de una misma finca o explotación, habrá que cumplir las obligaciones de notificación con cada uno de ellos, y el derecho de tanteo y retracto podrá ejercitarlo cada uno por la porción que tenga arrendada. Si alguno de ellos no quisiera ejercitarlo, por su parte, podrá hacerlo cualquiera de los demás, y será preferente el que tuviera la condición de agricultor joven y, en su defecto, o en el caso de ser varios, el más antiguo".

Hay que tener en cuenta que la Ley de Arrendamientos Rústicos no exige para ser arrendatario que éste sea agricultor profesional; en cambio, para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto la misma Ley requiere que el arrendatario sea agricultor profesional. Es agricultor profesional, a los efectos de esta ley, quien obtenga unos ingresos brutos anuales procedentes de la actividad agraria superiores al duplo del Indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) establecido en el Real Decreto Ley 3/2004 de 25 de

junio, para la racionalización de la regulación del Salario Mínimo Interprofesional y para el incremento de su cuantía, y cuya dedicación directa y personal a esas actividades suponga, al menos, el 25 por cien de su tiempo de trabajo (art. 9.1 LAR).

En el supuesto del párrafo 8 del artículo 22 de la LAR no es necesario para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto que la transmisión sea de toda la finca o explotación arrendadas, es posible en caso de transmisión parcial. El transmitente ha de cumplir las obligaciones de notificación que exige el artículo 22 de la LAR con todos y cada uno de los arrendatarios, tanto en caso de transmisión total como de transmisión parcial de la finca o explotación, y cada uno de éstos puede ejercitar el derecho de tanteo y retracto, separadamente de los otros, por la parte de finca o explotación que tenga arrendada.

Si alguno de los arrendatarios no quiere ejercitar el derecho de tanteo y retracto por su parte de finca o explotación arrendada, podrá hacerlo cualquiera de los demás arrendatarios, incluyendo tanto a aquellos cuyas porciones el transmitente haya proyectado o realizado la transmisión, como a aquellos cuyas porciones no sean objeto de transmisión. En el caso de que sean varios los arrendatarios que quieren ejercitar el derecho de tanteo o retracto por la parte de aquel arrendatario que no quiso ejercitar tales derechos, la ley da preferencia a quien tenga la condición de agricultor joven, y en el caso de que ninguno reúna tal condición, o en el caso de que sean varios los que la reúnan, será preferente el arrendatario más antiguo en el arrendamiento. Como podemos observar, quiebra el principio que el arrendatario puede ejercitar el derecho de tanteo y retracto por la porción de finca o explotación que tenga arrendada, accediendo a la propiedad de porciones que él no lleva en arriendo, aunque deben estar arrendadas por otros arrendatarios que no quieren ejercitar el derecho de tanteo y retracto y siempre que el transmitente de las diferentes porciones sea la misma persona.

En base a este caso que estamos comentando, es posible que el ejercicio del derecho de tanteo y retracto de arrendamientos rústicos pueda dar lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. El legislador da prioridad a que el arrendatario acceda a la propiedad de la porción de finca arrendada, aunque, como consecuencia del ejercicio del derecho de tanteo y retracto, tenga una extensión por debajo de la unidad mínima de cultivo.

El párrafo 9 del artículo 22 de la LAR 2003 establece: “En los casos de fincas de las que solo una parte de su extensión haya sido cedida en arriendo, los derechos regulados en los apartados anteriores se entenderán limitados a la superficie arrendada”. Recoge, este párrafo 9, el supuesto de la transmisión de la totalidad de una finca rústica arrendada sólo en parte, no estando arrendada la parte restante. Para la aplicación de este párrafo es necesario que una parte de la finca no esté arrendada y sobre esa parte no puedan ejercitarse los derechos de tanteo y retracto. Únicamente el arrendatario puede ejercitar los derechos de tanteo y retracto por la parte de extensión de la finca que tenga en arriendo. En este caso el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto pueden dar lugar a fincas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.

Ahora bien, habría que preguntarse ¿es posible en la partición de la herencia que se dé esta excepción?. Teniendo en cuenta los negocios jurídicos que dan lugar al tanteo y al retracto regulados en la Ley de Arrendamientos Rústicos, el artículo 22.2 de dicha Ley establece que ha de tratarse de “transmisión *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas”, de manera que excluye las transmisiones por herencia al ser una transmisión *mortis causa*. Así, si en la herencia hay una finca rústica arrendada a varios arrendatarios, cada uno por una parte, o una finca rústica arrendada solo en una parte y no en la restante, en la partición de herencia no es posible la división o segregación de la finca rústica arrendada cuando dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. La transmisión de la finca rústica arrendada al heredero, o herederos si ha sido posible la división o segregación respetando la extensión de la unidad mínima de cultivo, tendrá lugar por transmisión *mortis causa*, nunca *inter vivos*, de manera que el arrendatario o los arrendatarios, sean o no herederos, no podrán ejercer los derechos de tanteo o retracto regulados en la Ley de Arrendamiento Rústicos, no pudiendo, en consecuencia, dar lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Por todo ello, no es posible aplicar la excepción contenida en el art. 25 c) de la Ley de Modernización cuando se trata de partición de herencia.

d) Y una cuarta excepción a la indivisibilidad de la finca rústica, dando lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, tiene lugar cuando “se produce por causa de expropiación forzosa, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Expropiación Forzosa”.

La excepción se justifica por el mismo interés social que justifica la expropiación, ya que la Administración tendría que expropiar más terreno de lo que necesitaría, para así evitar la nulidad del acto o negocio jurídico que diera lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, además, la excepción está justificada ya que la parte de finca expropiada se destina a obras o instalaciones y no al cultivo. Ahora bien, el artículo 23 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 establece: "Cuando la expropiación implique sólo la necesidad de ocupación de una parte de finca rústica o urbana, de tal modo que a consecuencia de aquélla resulte antieconómica para el propietario la conservación de la parte de finca no expropiada, podrá éste solicitar de la Administración que dicha expropiación comprenda la totalidad de la finca".

Durante la partición de la herencia es posible que una finca rústica sea objeto de expropiación forzosa dando lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. En este caso se podría adjudicar la parte de finca no expropiada a uno de los herederos y el precio pagado por la parte de finca expropiada a otro u otros herederos.

En relación a esta excepción hay que destacar la Resolución 2.^a de 25 de abril de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Los hechos fueron: se presenta en el Registro de la Propiedad copia autorizada de una escritura mediante la cual se practica la segregación de una finca rústica de secano situada en el término municipal de Munera, de la que resulta una porción inferior a la unidad mínima de cultivo para dicho término municipal y tipo de cultivo. En la escritura se incorpora certificación municipal de innecesariedad de licencia de segregación, en la cual se expresa lo siguiente: "–Que la finca matriz que se pretende dividir en tres parcelas está actualmente formada por tres parcelas catastrales independientes de rústica (...) –Que dichas parcelas 128 y 131 del polígono 78, junto con la parcela 5 del polígono 77 y los terrenos expropiados para la variación del trazado de la CN-430, formaban parte originariamente la parcela 75 del polígono 40-41 del catastro antiguo. Con la variación del trazado se segregó de hecho la parcela original en las tres parcelas actuales resultantes, presentando las citadas, una discontinuidad en sus linderos, no son colindantes. –Que conforme a los hechos y situación indicados, se considera que no procede la licencia de segregación al encontrarse las parcelas física-

mente segregadas de hecho, siendo unidades catastrales independientes, por lo que se considera la innecesariedad de la segregación al encontrarse ya segregadas de la antigua finca matriz”.

La registradora suspende la inscripción solicitada, porque, habiendo remitido la documentación al Servicio Periférico de Albacete de la Consejería de Agricultura de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de conformidad con lo previsto en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, dicho órgano administrativo ha dictado resolución por la que declara la nulidad de la segregación realizada en aplicación de los artículos 24 y 25 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias, al entender que no es admisible la segregación de parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo y que no resultaban de aplicación al caso ninguna de las excepciones previstas en la citada Ley.

La notaria recurrente alega que sobre una parte de la finca matriz se produjo una expropiación que dio lugar a la segregación de hecho de la finca en tres parcelas no colindantes y que, por tanto, a su juicio, la presente segregación debe quedar amparada por la excepción prevista en el letra d) del artículo 25 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, relativa a los supuestos en que la segregación se produce por causa de expropiación forzosa; que la finca segregada es objeto de compra por un colindante que si bien no iguala con ambas fincas la unidad mínima, posibilita la formación de una explotación agraria viable; que el Ayuntamiento, Administración urbanística competente, ha emitido una certificación de innecesariedad de licencia de segregación por lo que no ha estimado la existencia de infracción urbanística alguna; que el resto de la finca matriz tras la segregación sigue conservando una superficie superior a la unidad mínima de cultivo; que en realidad no se trata de una nueva segregación, sino que es consecuencia de la expropiación forzosa antes referida, y que se formaliza ahora por no haber tenido reflejo registral con anterioridad.

La Dirección General acordó desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación registral en los siguientes términos: La excepción relativa a ser originada la división por una expropiación forzosa no resulta aplicable. En efecto, lo que resulta de los antecedentes reseñados es que sobre la original finca matriz se operó una expropiación forzosa, al parecer no inscrita, como consecuencia de la cual aquella finca, inicialmente continua, quedó integrada de he-

cho por tres parcelas discontinuas (independizadas catastralmente, pero no registralmente). De ello pretende colegir la recurrente que la segregación ya se operó de hecho y que lo que ahora se realiza es su formalización tardía. Pero no es así en rigor. Ciertamente que la segregación de los terrenos objeto de expropiación, en caso de formalizarse y pretenderse su inscripción sí podrían acogerse a la excepción de la letra d) del citado artículo 25 de la Ley 19/1995, pues tal segregación sí fue causada por una expropiación. Por el contrario, el resto de la finca matriz, aun quedando integrada por tres porciones de terreno discontinuos, ni desde la perspectiva registral, ni desde la óptica de la legislación agraria ahora examinada pierden su unidad jurídico-registral. Como ha afirmado este Centro Directivo en su Resolución de 27 de noviembre de 2012, a pesar de que el artículo 8.2.º de la Ley Hipotecaria permite la creación de una sola finca registral discontinua, la legislación agraria prohíbe, declarándolas nulas según el artículo 24 de la Ley de Explotaciones Agrarias, la división o segregación de una finca rústica cuando dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Y en este sentido aclara que “tanto la expresión del artículo 24 de la Ley de Explotaciones Agrarias como su finalidad, es la de prohibir la formación de «parcelas» inferiores a la unidad mínima de cultivo, sin exceptuar el supuesto de que esas parcelas formen una sola finca registral discontinua, pues ésta no se incluye entre las excepciones del artículo 25 de la propia Ley”. Incide en esta misma idea la Sentencia 1244/2011, del Tribunal Superior de Andalucía, citado en su fundamentación jurídica por la Resolución de 17 de diciembre de 2013 del Servicio Periférico de Albacete de la Consejería de Agricultura, relativa a un supuesto en que el interesado era “propietario de dos fincas separadas por un camino público del Ayuntamiento de Jaén, que pertenecen a polígonos catastrales distintos y que se muestran independientes en toda la documentación aportada, pero que aparecen inscritas como una sola discontinua en el Registro de la Propiedad”, a pesar de lo cual dicha separación de hecho no se entendió justificativa de una excepción al régimen de prohibición de las operaciones de división o segregación, como actos jurídicos de modificación hipotecaria, con formación de nuevas fincas registrales inferiores a la unidad mínima de cultivo. Por tanto, una cosa es que la porción segregada de la matriz por causa de expropiación pueda acogerse a la excepción de la reiterada letra d) del artículo 25 de la

Ley 19/1995 e inscribirse aun siendo inferior a la unidad mínima de cultivo, y otra distinta es que dicha excepción se pretenda ampliar a la nueva segregación, de derecho y no de hecho, que ahora se pretende inscribir. Además, el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, establece que el registrador remitirá copia de los documentos presentados a la Administración agraria competente para que adopte el acuerdo pertinente sobre nulidad del acto o sobre apreciación de las excepciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, y habiendo cumplido la registradora dicho precepto, teniendo en cuenta además, la contestación de la Comunidad Autónoma que declara formal y expresamente la nulidad de la segregación recogida en la escritura calificada por no cumplirse las excepciones previstas en el artículo 25 de la reiterada Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias (en cuyo procedimiento, por cierto, ninguna alegación se presentó en el trámite de audiencia), no hay nada que objetar a la actuación de la registradora en este caso, pues el artículo 24 de dicha Ley 19/1995, bien claramente establece la nulidad de la formación de las parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo. Como ya indicó esta Dirección General en su Resolución de 27 de noviembre de 2012, en relación con la segregación de «fincas discontinuas», no puede interpretarse el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997 en forma que permita obviar los límites y exigencias derivados de los artículos 23 y 24 de la Ley 19/1995 en dichos casos, pues “no pueden obviarse estos preceptos entendiendo que el artículo 80 no sería aplicable a la segregación de una finca discontinua compuesta de parcelas inferiores a la unidad mínima.”

IV. TRATAMIENTO REGISTRAL

La Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954 establecía en su artículo 5 que “Toda descripción de finca rústica deberá contener su medida superficial con expresión si es de secano o de regadío y cuando su superficie sea inferior al doble de la fijada para la unidad mínima de cultivo, salvo en el caso de segregación a que se refiere el artículo segundo, los Notarios y los Registradores de la Propiedad harán constar el carácter de indivisible. La inexactitud en la medida superficial de las fincas inscritas no puede favorecer a la parte que

ocasionó la falsedad, ni enervará, por lo tanto, los derechos establecidos en la Ley, que podrán ejercitarse sin necesidad de anular la inscripción”.

El Decreto de 22 de septiembre de 1955, complementario de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954, establecía que los Notarios y Registradores, al autorizar o inscribir documentos en los que se realicen segregaciones o divisiones que den lugar a fincas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, harán constar en el título y en la inscripción el derecho que asiste a los propietarios de terrenos colindantes para adquirir dichas parcelas. Sin embargo, esto iba en contra de la Ley de Concentración Parcelaria que establecía la nulidad absoluta de las divisiones o segregaciones por debajo de la unidad mínima de cultivo y, consecuentemente, no concedía a favor de los dueños de las fincas colindantes un derecho de adquisición preferente, por ello, la Orden de 24 de noviembre de 1955 estableció que la referida disposición contenida en el Decreto de 22 de septiembre de 1955 no era de aplicación en las fincas concentradas.

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario establecía en el artículo 47 que “1. En toda inscripción de finca rústica se expresará si es de secano o regadío, su extensión superficial y que solo puede ser susceptible de división o segregación respetando la unidad mínima de cultivo de acuerdo con las disposiciones de esta Ley. 2. La inexactitud de aquellos datos no puede favorecer a la parte que ocasionó la falsedad, ni enervará por tanto los derechos establecidos en la Ley, que podrán ejercitarse sin necesidad de anular la inscripción”.

La Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias establece en su artículo 26 que: “1. En toda inscripción de finca rústica en el Registro de la Propiedad se expresará si es de secano o de regadío, su extensión superficial, y que sólo puede ser susceptible de división o segregación respetando la extensión de la unidad mínima de cultivo, de acuerdo con lo establecido en el presente Título. 2. La inexactitud de aquellos datos no puede favorecer a la parte que ocasionó la falsedad ni enervar los derechos establecidos en este Título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria”.

Según el artículo 26.2 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una

vez que haya inscrito su derecho, sin que frente a él prevalezca la declaración de nulidad de la división o segregación de que procede la parcela transmitida. Pero cuando en el Registro de la Propiedad aparezca la expresión de indivisibilidad de la finca rústica, el tercero adquirente quedará afectado, ya que la causa de nulidad consta en el mismo Registro de la Propiedad. Si comparamos el artículo 26.2 de la Ley de Modernización con el artículo 47.2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, para este último la inexactitud de los datos no impedía el ejercicio de los derechos, lo que podrían ejercitarse sin necesidad de anular la inscripción (hay que recordar que el artículo 45 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, en el supuesto de que se infringiera el artículo 44, no establecía la nulidad de las divisiones o segregaciones indebidas, sino un derecho de adquisición a favor de los dueños de las fincas colindantes por un tiempo de cinco años); en cambio, con la Ley de Modernización al ser nulos los actos de división y segregación de fincas rústicas por debajo de la unidad mínima de cultivo, según su artículo 26.2, ello implica la cancelación o rectificación de la inscripción (artículo 40 de la Ley Hipotecaria), dejando a salvo los supuestos de protección especial del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (27).

Además, el Real Decreto 1093/1997, 4 julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, recoge en el Capítulo X la "Inscripción de actos de parcelación", concretamente, los artículos 79 y 80 se refieren a las divisiones o segregaciones de fincas cuando de ellas resulten parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo.

El artículo 79 establece: "En caso de división o segregación de fincas realizadas en suelo no urbanizable, cuando de la operación que corresponda resulten parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo o, en todo caso, aun siendo superiores, cuando por las circunstancias de descripción, dimensiones, localización o número de

(27) Sobre el artículo 34 de la Ley Hipotecaria ver: JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: *El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid 2006.

fincas resultantes de la división o de las sucesivas segregaciones, surge duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población, en los términos señalados por la legislación o la ordenación urbanística aplicable, los Registradores de la Propiedad actuarán con arreglo a lo establecido en este artículo.

1. Los Registradores de la Propiedad, cuando, a pesar de haberse autorizado la escritura pública, tuviesen la duda fundada a que se refiere el número anterior y no se aportase la licencia correspondiente, remitirán copia del título o títulos presentados al Ayuntamiento que corresponda, acompañando escrito con solicitud de que se adopte el acuerdo que, en cada caso, sea pertinente y con advertencia expresa de que en caso de no contestación se procederá con arreglo a lo establecido en este artículo. La remisión de la documentación referida se hará constar al margen del asiento de presentación, el cual quedará prorrogado hasta un límite de ciento ochenta días a contar de la fecha de la remisión.

2. Si el Ayuntamiento comunicare al Registrador de la Propiedad que del título autorizado no se deriva la existencia de parcelación urbanística ilegal, el Registrador practicará la inscripción de las operaciones solicitadas. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 80.

3. Si el Ayuntamiento remitiere al Registrador certificación del acuerdo del órgano competente, adoptado previa audiencia de los interesados, en el que afirme la existencia de peligro de formación de núcleo urbano o de posible parcelación ilegal, se denegará la inscripción de las operaciones solicitadas y el Registrador de la Propiedad reflejará el acuerdo municipal mediante nota al margen de la finca o resto de la finca matriz. Dicha nota producirá los efectos previstos en el artículo 73.

4. Transcurridos cuatro meses desde la fecha de la nota puesta al margen del asiento de presentación, prevista en el apartado 1 de este artículo, si no se presentare el documento acreditativo de incoación del expediente a que se refiere el apartado siguiente con efectos de prohibición de disponer, el Registrador de la Propiedad practicará la inscripción de las operaciones solicitadas.

5. Si el Ayuntamiento o, en su caso, el órgano urbanístico competente, incoase expediente de infracción urbanística por parcelación ilegal, en el acuerdo correspondiente podrá solicitarse del Registrador de la Propiedad que la anotación preventiva procedente surta efectos de prohibición absoluta de disponer, en los términos previstos por el artículo 26.2.º de la Ley Hipotecaria.

Y el artículo 80 dispone: "Cuando se trate de actos de división o segregación de fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo, los Registradores de la Propiedad remitirán copia de los documentos presentados a la Administración agraria competente, en los términos previstos en el apartado 5 del artículo anterior. Si dicha Administración adoptase el acuerdo pertinente sobre nulidad del acto o sobre apreciación de las excepciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, remitirán al Registrador certificación del contenido de la resolución recaída. En el caso de que transcurran cuatro meses desde la remisión o de que la Administración agraria apreciase la existencia de alguna excepción, el Registrador practicará los asientos solicitados. En el supuesto de que la resolución citada declarase la nulidad de la división o segregación, el Registrador denegará la inscripción. Si dicha resolución fuese objeto de recurso contencioso-administrativo, el titular de la finca de que se trate podrá solicitar la anotación preventiva de su interposición sobre la finca objeto de fraccionamiento".

Respecto a este artículo 80 hay que destacar dos cuestiones: una, cuando dice, al principio, "actos de división o segregación de fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo", respecto a esta expresión, si se interpretara literalmente, el artículo 80 se aplicaría cuando las fincas que se dividen o segregan ya eran inferiores a la unidad mínima de cultivo, interpretación que no es lógica por la remisión que el artículo 80 hace a los artículos 23 y 24 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, por lo que hay que entender que, como consecuencia de dichas operaciones, las parcelas resultantes son inferiores a la unidad mínima de cultivo; y la otra cuestión es que el artículo 80 atribuye a la Administración agraria competente el adoptar el acuerdo sobre la nulidad del acto y sobre apreciación de las excepciones del artículo 25 de la Ley 19/1995, de 4 de julio. Respecto a esta segunda competencia (apreciar las excepciones) sí que corresponde a la Administración agraria competente, pero no la primera, ya que si los actos

son o no nulos corresponde a los Tribunales civiles (28). Sin embargo, como hemos visto en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado es la propia Administración agraria competente la que declara la nulidad de la división o segregación.

(28) Sobre este particular, ver la crítica que hace DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.^a: "La unidad mínima de cultivo y el Registro de la Propiedad" en *Las nuevas orientaciones normativas de la PAC y de la legislación agraria nacional*, Gobierno de La Rioja, 2005, pp. 195-206. De Pablo Contreras y Sánchez Hernández (Coords). Igualmente, critican duramente los artículo 79 y 80: CORRAL DUEÑAS, F.: "Régimen de las parcelaciones en suelo rústico" *RCDI*, 2003, nº 675 Ext., pp. 833-870; y CORRAL GILJÓN, M.^a C.: *La protección registral del suelo rústico*, Madrid, 2003.

RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO EN EL TRATADO “*DE USURIS NAUTICIS*”, DE JUAN FERNÁNDEZ DE HENESTROSA (1)

*Discant illustres stipulari posse trientes.
Et mercatores sibi possint quaerere besses.
Quaerere semisses possint communiter omnes.
In trajectitiis vires centesima sumit (2)*

Justo García Sánchez
Universidad de Oviedo

Palabras llave: Recepción–Derecho romano–Usura marítima–Universidad de Salamanca–Colegio mayor de Cuenca–siglo XVII–FERNÁNDEZ DE HENESTROSA.

Keywords: Receipt–Roman law–maritime Usury–University of Salamanca–major College of Cuenca–17th century–FERNÁNDEZ DE HENESTROSA.

Resumen: Un manuscrito de la biblioteca de la Universidad de Sevilla, redactado por Juan FERNÁNDEZ DE HENESTROSA, colegial del mayor de Cuenca de Salamanca y bachiller *in utroque iure* por la Universidad salmantina es objeto de estudio y exposición. Previamente, se presenta la biografía sumaria del legista-canonista, y se pone de relieve el magisterio impartido durante un curso extraordinario en dicho Estudio, entre 1670 y 1676. Utiliza el método histórico-crítico para el estudio de las fuentes, espe-

(1) *In memoriam* del Prof. Dr. Antonio Díaz Bautista, “*vir bonus dicendi (ac scribendi etiam pingendi) peritus*”.

(2) La glosa elaboró “*ad faciliorem memoriae quatuor carmina*”, que sintetizan lo dispuesto en la l. eos qui 26 Cod. De usuris: C. Iust. 4, 32, 26, 1. *Codicis Domini Iustiniani Sacratissimi Imperatoris PP. Augusti, Repetitae praelectionis libri duodecim. Accursii commentarii, ac Contii et Dionysii Gothofredi et aliorum...*, Lugduni 1627, en *Corpus Iuris Civilis Iustinianei*, st. et op. Io. Fehi, t. IV, reimpr. phot., Osnabrück 1966, col. 966.

cialmente justinianeas, con una simbiosis de toda la normativa aplicable, y sigue el planteamiento de los juristas-teólogos salmantinos, con dos interrogantes singulares: cuál es el fundamento y extensión de la licitud de esta usura, y el *quantum* de la misma.

Abstract: A manuscript of the library of the University of Seville, written by Juan Fernandez de Henestrosa, schoolboy of the major of Cuenca of Salamanca and graduate *in utroque iure* for the Salamancan University is an object of study and exhibition. Before, one presents the summary biography of the jurisconsult-canonista, and there is emphasized the teaching given during an extraordinary course in the above mentioned Study, between 1670 and 1676. The historical –critical method uses for the study of the sources, specially of Justiniano, with one symbiosis of the whole applicable regulation, and follows the exposition of the Salamancan jurists– theologians, with two singular questions: which is the foundation and extension of the legality of this usury, and the quantum.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ESTUDIO DEL MANUSCRITO “*DE NAUTICIS USURIS*” DE FERNÁNDEZ DE HENESTROSA
 - II.1. Biografía del autor del manuscrito
 - II.2. Análisis del tratado
 - II.2.1. Aspectos metodológicos
 - II.2.2. Contenido del manuscrito
 - II.2.3. Consideraciones finales
- III. TRANSCRIPCIÓN LITERAL DEL MANUSCRITO CON SUS NOTAS RESPECTIVAS

I. INTRODUCCIÓN

Asturias, a pesar de su proximidad al Mar Cantábrico, no tuvo una intensa negociación marítima con otras regiones hispanas, e incluso europeas, a no ser por las necesidades de importación que tenía de ciertos productos, como el vino, muchas veces proveniente del sur de la provincia de Pontevedra, altamente apreciado por los

naturales del territorio, y que formaba de ordinario una parte de su dieta, además de los cereales castellanos, especialmente el trigo, que venían a suplir, en muchas ocasiones, la esterilidad habitual del terreno para este producto de primera necesidad (3), de modo que era imposible su exportación. En los años de grandes cosechas, fundamentalmente de los productos de los árboles frutales, necesitaban siempre, y en cada caso, incorporar un permiso especial de exportación, que les otorgaba el gobernador y capitán general del Principado de Asturias.

El siglo ^{xvii} es testigo de estos hechos, y en el mismo se produjo un cierto intercambio económico con las Islas británicas, así como el Noroeste de Francia, por lo cual si se había obtenido una alta cosecha de maíz, –que llegó al Principado desde las tierras del Continente Americano pertenecientes entonces a la Corona hispana, y de lo que hay una muestra gráfica en el relieve de una de las puertas centrales del pórtico la catedral asturiana, en la que se representa a Santa Eulalia de Mérida, patrona de la ciudad de Oviedo, diócesis y Principado, además de múltiples villas y lugares del territorio, y que había recibido este atributo por el Papa Urbano VIII en 1639 (4), en actitud de derramar nubes abundantes sobre los campos de maíz que estaban recibiendo el grano, con lo cual se muestra también la eficaz mediación de la santa extremeña a favor de los campesinos en las inclemencias climatológicas (5)–, era factible la autorización política para trasladarlo a otras regiones que lo demandaban.

(3) Vid. por todos ANES, G., *Las crisis agrarias en España Moderna*, Madrid 1970; id., *Economía y sociedad en la Asturias del Antiguo Régimen*, Barcelona 1988; id., *Los señoríos asturianos*, Gijón 1989.

(4) Cf. GARCÍA SÁNCHEZ, J., *Santa Eulalia de Mérida, patrona de Oviedo y Asturias (siglo ^{xvii})*, Oviedo 1995; id., *Contribución al ^{xvii} centenario del martirio de Santa Eulalia de Mérida, patrona del Principado de Asturias*, Oviedo 2004; id., *Santa Eulalia de Mérida certamen poético 1639*. Edición del manuscrito del P. ANDRÉS DE MENDO, S. J. Edición crítica, con un prólogo de A. Hevia Ballina, Oviedo 2011; LÓPEZ FERNÁNDEZ, E., *Devoción y culto a Santa Eulalia de Mérida en Oviedo*, Oviedo 2010.

(5) Vid. LÓPEZ FERNÁNDEZ, E., *La catedral de Oviedo. Guía artística y espiritual*, León 2011, p. 18; HEVIA BALLINA, A., en AAVV, "Santa Eulalia Emeritense: su iconografía en la catedral de Oviedo", *Santa Eulalia, mito y realidad. Figuración y hermenéutica del texto*. Ed. y coord. J. M. LAMALFA DÍAZ, Oviedo 2010, pp. 113-168. El autor de esta obra artística fue José BERNARDO DE LA MEANA, en 1746.

Como medida atractiva para el comprador, el gobernador del Principado de Asturias otorgaba una licencia específica, tal como vemos en 1684, a tenor del testimonio fehaciente referido en las actas capitulares ovetenses (6):

In marg. Remate de maiz. Pusose al rrematte el maiz de los prestamos de San Juan de Cudillero Faedo y rrenta de Villafria como quiera que estubiere dañado o por dañar y que el señor en quien se rrematare se aprovecha de la licencia que dio el señor governador para envarcarlo y que a de pagar dentro de doçe dias y recibirlo y nombraron sus mercedes para entregarlo al señor D. Juan de Miranda Penitenciario y con estas condiciones se rremato con advertencia que pasados dichos doçe dias sea a su quenta cualquiera riesgo y se rrematto cada anega a doscientos y veinte y tres maravedis sin decima (7) en el señor D. Pedro Cienfuegos doctoral que azepto dicho rematte y se obligo a la paga para dicho termino (8).

Por lo que se refiere al préstamo para el transporte marítimo, consistente en fletar un buque de mercancías desde los puertos asturianos, será suficiente referir una de las escrituras notariales, conservada en los protocolos asturianos del último tercio del siglo XVII, que refleja los problemas de numerario por el que atravesaban los armadores asturianos para concluir sus expediciones. En la

(6) ACO. Libro de actas capitulares. Sign. 34, de 1681 a 1684, fol. 383v: Cabildo de 17 de abril de 1684.

(7) Para evaluar parcialmente el significado de esa cantidad de referencia, *vid.*, ACO. AA. CC. Cuaderno de acuerdos capitulares desde 15 de julio de 1680 hasta 20 de febrero de 1681. Sign. Leg. 4, caja 8, núm. 6, fol. 35r: Cabildo de 4 de noviembre de 1680. Se rematan veinte fanegas y un copín de escanda en el arcediano de Villaviciosa, de la casería de Ceares, cada fanega a seiscientos noventa reales. ACO. Libro de actas de 1684 a 1692. Sign. 35, fol. 15rv: Cabildo de 20 de noviembre de 1684, se remata el trigo de la obra pía del Sr. Aponte, a veintitrés reales y medio cada fanega.

(8) ACO. Libro de actas capitulares. Sign. 34, de 1681 a 1684, fol. 385r: Cabildo de 21 de Abril de 1684. In marg. "Comisarios entrega de frutos. Acordaron sus mercedes que el señor D. Francisco Menendez Solis vaya a entregar el maiz de los prestamos de Cudillero Faedo y rrenta de Villafria al señor D. Pedro Cienfuegos en quien se rremato y que se le entregue la licencia que dio el señor Governador para poder envarcarlo".

misma se alude al sistema de organización del transporte marítimo de mercancías, junto con el recurso utilizado para la financiación completa del mismo, precisa para ultimarlos con la remesa de bienes que se envían al puerto de destino, incorporando el interés del 20 % dentro del contrato de préstamo (9):

Scriptura que otorgo Juan de la Sala Valdes a favor de Francisco Espiniella.

En la çiudad de Oviedo a veinte y quatro dias de el mes de septiembre de mill y seiscientos y ochenta y seis años, ante mi escribano y testigos parecio presente Juan de la Sala Valdes vecino de la villa de Jijon e dijo que por quanto necesita de hacer viage, que esta para hacer de proximo desde la dicha villa de Jixon a la ciudad de Corque y otras de el Reyno de Yrlanda en el navio nombrado La Virgen de la Concepcion que esta surto en la dicha villa de Jijon y su puerto, de que es maestres Toribio Robledo vezino de el de Lastres concejo de Colunga y a cargo del otorgante el cargarle y afletarle por su quenta y riesgo de fierro, nuez, abellana, naranja, limon y otros fructos y generos de la tierra permitidos al comercio de esta Corona y aunque tiene ya hecha parte de dicha cargazon para acabarle de cargar necesita de dinero y por no se hallar como no se halla con ellos tiene ajustado con Francisco de Espiniella vezino de esta Çiudad el que le aya de dar como con efecto le da al tiempo del otorgamiento de esta escriptura en mi presencia y de los testigos de ella ciento y cinquenta reales de a ocho de plata blanca; de cuya entrega numeracion paga y que passaron a poder de el otorgante en dicha especie, yo escribano doy fee y de que a mayor abundamiento le da y otorga carta de pago y finiquito en toda forma. Cuya cantidad el dicho Francisco de Espiniella da al otorgante y el lo reçive a razón de quilla y costado con las calidades y condiciones siguientes =

Lo primero con condición que el otorgante ha de emplear los dichos ciento y cinquenta pessos en mercaderias ligitas y permitidas al comercio de esta Corona para llebar en dicho nabio a dichos Reynos y con su procedido comprar otras de la mesma

(9) AHPA. Sección protocolos. Escribano Juan de la Cuesta. Sign. 7536, año 1686, fols. s. s. n. rvr.

calidad en el para traer a este Principado, sin que/ lo pueda hacer en otra forma, y si lo hiciere ayan de ser por su cuenta y riesgo del otorgante los daños y a de estar obligado como desde luego lo queda de pagar al dicho Francisco de Espiniella los dichos ciento y cincuenta pessos con los intereses de ellos, a razon de veinte por ciento, y por ello quiere ser ejecutado y compelido a su paga como en adelante se dira.

Lo segundo con condicion de que por razon del riesgo de a quilla y costado con que le da dichos ciento y cincuenta pessos, le a de dar y pagar de buelta de viage el otorgante juntamente con ellos treinta reales de a ocho de plata por razon de sus intereses a razon de dichos veinte por ciento; y esto a de ser tres messes despues de el dia en que aportaren dicho navio de buelta de viage a cualquiera de los puertos de mar de esta Corona de España, y para que pueda tener noticia de el dia en que llegare le a de dar avisso al dicho Francisco de Espiniella de su llegada; y passado dicho termino no haviendo cumplido, quiere y consiente ser ejecutado y que a su costa baya persona a le compeler a la paga de los dichos ciento y cincuenta pessos, y tambien de los treinta de sus intereses, con cuatrocientos maravedis de salario en cada un dia de los que se ocupare con los de la yda y buelta al mismo respecto; de cuyos salarios y lo que ymportaren, quiere y consiente el otorgante se pueda hacer pago de sus bienes como de el principal de los dichos ciento y ochenta pessos, sin embargo de cualesquiera leyes prematicas ordenanzas y estilos, que prohiben y moderan semejantes salarios, las quales desde luego renuncia para de ellas no se aprovechar por// confesar como confiessa ser justos y moderados =

Lo tercero con condicion que sin embargo de que se empleen u no dichos ciento y cincuenta pessos en dichas mercaderias, el dicho navio de buelta del viaje que hiciere en la forma que ba referido en la segunda condicion, pagará al dicho Francisco de Espiniella sin replica ni excussa alguna los dichos ciento y cincuenta pessos de su principal, y ademas los dichos treinta de sus intereses sin que en ello se pueda poner duda ni otras yntercadencias, ni contra ello el otorgante pueda alegar excusa, razon ni otro motibo ninguno; y si lo yntentare quiere no ser oydo y que sobre ello se le ymponga perpetuo silencio; y ademas pagara todas las costas que se caussaren =

Y con estas condiciones regive como ba dicho los dichos ciento y cinquenta pessos y se obliga con su persona y bienes muebles rayces presentes y futuros de cumplir en todo y por todo con el tenor de esta escriptura y sus condiciones, sin que falte cossa alguna = (10).

II. LOS COMENTARIOS DEL GADITANO HENESTROSA A LA NORMATIVA DEL *IUS COMMUNE* RELATIVA AL PRÉSTAMO MARÍTIMO Y SUS INTERESES

Situando nuestro análisis en el último tercio del siglo decimoséptimo, uno de los juristas que se formaron en Salamanca, y dedicaron una parte de su reflexión intelectual al estudio de las fuentes justinianeas, junto a las canónicas que regulaban esta materia, fue Juan FERNÁNDEZ DE HENESTROSA, con ocasión de los cursos que impartió en las aulas universitarias salmantinas, en uno de los años académicos de la década 1670-1680, aunque desde la perspectiva del intérprete canonista, y no del civilista, a pesar de su formación en el *Ius Caesareum*.

Estas explicaciones jurídicas se recogen en un manuscrito, actualmente conservado en la Biblioteca General de la Universidad de Sevilla, y es el hilo conductor de las consideraciones que formulamos a continuación, en los siguientes apartados: 1. Biografía del autor del manuscrito. 2. Análisis del tratado. 2. 1 Estructura. 2. 2 Contenido. 2. 3. Consideraciones finales. 3. Transcripción literal del manuscrito con sus notas respectivas.

(10) "Y para el cumplimiento de lo dicho da poder a las Justicias de su majestad para que a ello le apremien como si fuera sentencia passada en cossa juzgada y por el otorgante consentida sobre que renunçia todas las leyes de su favor con la general de el derecho que las prohíve y diçe que general renunciacion de leyes fecha no valga y assi lo otorgo y firmo el dicho otorgante a quien doy fee conozco siendo testigos Jaçinto de Miranda Simon Suarez de Palacio y Bernardo Cobian vecinos de esta Ciudad. Juan de la Sala Valdes. Rubricado. Ante my, Juan de la Cuesta. Rubricado. Di la signada en pliego del sello segundo dicho dia". Rubricado.

II. 1. Biografía del autor del manuscrito

Antes de introducir los datos biográficos del jurista, contrastados en las fuentes manuscritas, referiremos las dos síntesis de su *iter vital* que realizaron, por un lado, Nicolás ANTONIO a finales del siglo XVII, y REZÁBAL Y UGARTE, por otro, en el siglo XVIII.

El primer estudioso citado, experto en la bibliografía hispana coetánea, se limita a precisar que era “natural de Ecija, caballero de la Orden de Alcántara, miembro del Colegio de Santiago de Cuenca en Salamanca, publicó con gran aplauso de esta Universidad: *Dissertatio academica de impensis in res dotales factis*, impreso en Madrid, en la imprenta de Lucas Antonio de Bedmar hacia el año 1674, en 4.º. Trabajaba en los dos libros posteriores que llaman del Volumen, es decir, en el XI y en el XII del Código de Justiniano, para concluir la obra que solamente había iniciado D. Francisco de Amaya, miembro de su mismo colegio, varón muy sabio y erudito” (11).

REZÁBAL, por su parte, traza una semblanza más completa de nuestro personaje (12):

Caballero del Orden de Alcantara, tuvo por patria a la ciudad de Ecija, y entró en el colegio de Cuenca en 1658. Salió para plaza de Alcalde de hijos-dalgo de Granada, de la que fue promovido a Oidor en 1686; pero falleció a los tres años con universal sentimiento de quantos apreciaban las excelentes calidades de este ministro.

Estando en el colegio, publicó, *magno academiae plausu*, según dice D. Nicolas Antonio, un tratado de *Impensis in res dotales factis*, que se imprimió en un tomo en Madrid en 1674 en 4.º por Lucas Antonio de Bedmar; el que elogia el señor Olea de *cessione*

(11) Hemos utilizado la traducción castellana de la obra, Nicolás ANTONIO, *Biblioteca Hispana Nueva, o de los Escritores españoles que brillaron desde el año 1500 hasta el de 1684...* ahora se edita por primera vez traducida al castellano de la que fue revisada, corregida y ampliada por el autor mismo, t. I, Madrid, FUE, 1999, p. 735, s. v. D. Juan FERNÁNDEZ DE HENESTROSA.

(12) REZÁBAL Y UGARTE, J. de, *Biblioteca de los escritores que han sido individuos de los seis colegios mayores: de San Ildefonso de la Universidad de Alcalá, de Santa Cruz de la de Valladolid, de San Bartolomé, de Cuenca, San Salvador de Oviedo, y del Arzobispo de la de Salamanca*, Madrid 1805, pp. 165-166, s. v. HINESTROSA (D. Juan Fernández de).

jurium título VI quaest. 12 num. 21 y llama a su autor meritisimo alumno del colegio de Cuenca.

D. Nicolas Antonio en las adiciones a su *Bibliotheca nova* que se insertaron en esta ultima edicion, dice que Hinestrosa estaba trabajando unos Comentarios a los libros XI y XII del Codigo en continuacion del que habia publicado D. Francisco de Amaya sobre el X.

Ana CARABIAS y Claudia MÖLLER (13), en su catálogo de colegiales del mayor de Santiago del Zebedeo, vulgarmente conocido como colegio de Cuenca de Salamanca, se limitan a constatar y precisar estos mismos datos, a partir de la consulta archivística:

FERNÁNDEZ DE HINESTROSA, Juan (Don): (Colegial). Grados: Opositor a Cánones (1676). Facultad: Cánones. Cursos: 1662, 1663, 1664, 1665, 1666, 1667, 1668, 1669, 1670 (huésped desde este curso), 1671, 1672, 1673, 1674, 1675, 1676, 1677.

Un primer dato relevante para su biografía es la indefinición de su nombre en los manuscritos universitarios, desde Ginés de Genestrosa a Juan Fernández de Henestrosa, que es el más usual y el que parece más utilizado, incluso con posterioridad a su larga etapa salmantina, sin olvidar el de Hernández por Fernández o Hynestrosa – Hinestrosa por Henestrosa.

Un segundo dato, nada incontrovertible, es su lugar de nacimiento, puesto que en el único texto impreso que hemos localizado, y del que es su autor, referido a la dote, se intitula "*astigitanus*", o lo que es lo mismo natural de Écija (14), provincia de Sevilla, mientras

(13) CARABIAS TORRES, A. M.-MÖLLER, Cl., *Los estudiantes de Derecho del Colegio mayor de Cuenca (1500-1845)*, en Salamanca. Revista de Estudios. Monográfico: Salamanca y los juristas, Salamanca 2001, p. 90.

(14) FERNÁNDEZ DE HINESTROSA, Juan, *Dissertatio academica* quam in scholasticam iuris Caesarei disciplinam digerebat / D. Ioannes Fernandius de Henestrosa, I. C. Astigitanus et in Salmanticensium schola Maioris divi Iacobi Zebedaei Conchensis Collegij alumnus, *de impensis in res dotales factis*, Madriti, apud Lucam Antonium de Bedmar, s. a., aunque las dedicatorias, y el grabado del escultor regio Pedro de Villafranca, se fechan siempre el año 1674. En Salamanca se conservan tres ejemplares de la obra: BUS. Sign. 14664, 17839 y 17840.

que en los asientos universitarios de la ciudad del Tormes se reitera su carta de naturaleza en Cádiz, a partir del examen que realizó en Gramática ante el maestro nombrado por el claustro salmantino, para declararle hábil, a fin de que pudiera ingresar en una Facultad mayor, que en su caso fue la de Cánones, tal como se indica en el mes de noviembre de 1661:

In marg. Cadiz. D. Gines de Genestrosa natural de Cadiz de diez y seis años pecoso de viruelas nariz roma pasa a Canones en 3 de Nobienbre de 1661 – Testigos D. Pablo de Pereda y Victoria y D. Joseph de Victoria Chacon.

Esta anotación justifica que podamos afirmar su data de nacimiento en la capital andaluza citada hacia el año 1645, así como la contestura física de su cara, que luego se reitera en otras identificaciones para convalidar cursos y grados, especialmente el dato fisiológico de tener la nariz roma, mientras se omiten las pecas, a causa de haber superado la pubertad y, por tanto, lograr su desaparición.

Probablemente era el tercer hijo de Juan Tomás Fernández de Henestrosa y de Aguilar, señor de la villa de Peñaflor, y primer marqués de este título (15). Tuvo como ascendiente materno a Inés

(15) AHN. Sección Consejos. Sign. L 2752.A, núm. 73, año 1663. Cf. JIMÉNEZ EMBÚN, J.-González PSALENCIA, J., *Catálogo alfabético de los documentos referentes a títulos del reino y grandezas de España conservados en la sección de Consejos Suprimos*, Madrid 1952, fol. 2v. Examinados los expedientillos del AHN de Madrid, hemos verificado los correspondientes a Juan FERNÁNDEZ DE YNESTROSA Y CABRERA, natural de la villa de Allanís, “cerca de la ciudad de Écija”, a quien se le otorga el hábito de la Orden de Alcántara, por el Consejo de Órdenes, el 17 de junio de 1653. Esta astigitano tuvo como padres a Álvaro de Ynestrosa y a doña María de Cuenca y Melgarejo, mientras fueron abuelos paternos Juan de Ynestrosa Cabrera, natural de la ciudad de Écija y Leonor de Isla, habiendo gozado el primero del hábito de caballero de alcántara, y tuvo como ascendiente a Pedro de Ynestrosa. AHN. OO. MM. OM-Expedientillos. N.13820-1. Unos años más tarde, en 1658, se otorgó el mismo hábito de Alcántara a Juan Fernández de Ynestrosa, conde de Arenales, en el Consejo celebrado el 9 de julio de 1658. Su padre, Juan Fernández de Henestrosa, fue mayordomo del señor Infante cardenal D. Fernando, y era natural, así como vecino de la ciudad de Sevilla, mientras la madre era doña Josepha de Retana, de igual vecindad. Los abuelos paternos se llamaron Juan Fernández de Henestrosa, vecino de Sevilla, pero natural

Ana María de Aguilar y Henestrosa, titular del mayorazgo de Gallape (16).

A pesar de su juventud, y en plena adolescencia, la decidida vocación por el Derecho y estudios canónicos queda reflejada en la primera convalidación de cursos que realiza ante el secretario del Estudio, el 30 de abril de 1663, donde acredita haber escuchado la *Instituta* de Justiniano, que era la materia inicial de formación en Cánones, además de su carácter obligatorio en ese momento para los legistas, además de varios cursos de Decretales, y uno de Decreto:

D. Gines Enestrosa natural de Cadiz nariz roma con zedula de tres de noviembre de sesenta y uno hasta fin de mayo de sesenta y dos provo un curso en Decretales y otro en Instituta // y otro en Decreto y Decretales desde San Lucas de sesenta y dos hasta oy (que era el treinta de abril de 1663) con D. Antonio Garcia natural de Alora diocesis de Malaga y D. Gonzalo Dominguez natural de dicho lugar. Juraron.

Si nos atenemos a los libros de matrícula de esta Facultad (17), podemos confirmar dicha anotación del secretario universitario, merced a la cual puede extender la certificación o cédula, que viene corroborada por dos colegas de clase, y que en esta ocasión eran paisanos de Andalucía, aunque de diferente provincia.

de Écija, mientras la madre, Ana Zerón, era natural y vecina de Hispalis. Los abuelos maternos eran de origen vascongado. AHN. OM-Expedientillos, sign. 13891-1. "Alcántara 24 de enero de 1658".

(16) Los otros dos hermanos se llamaron Antonio y Luis. El primogénito de la casa incorporó el mayorazgo del Pilar. Su generante falleció el 3 de noviembre de 1696, inhumándose en el convento de Nuestra Señora de la Merced de Écija. Acerca de este familia, *vid.* por todos, MARTÍN OJEDA, M., en *Diccionario Biográfico Español*, RAH, Madrid 2011, t. XIX, pp. 156-157, s. v. FERNÁNDEZ DE HENESTROSA Y DE AGUILAR, Juan Tomás, y bibliografía allí citada.

(17) Una síntesis de la masiva participación estudiantil en las aulas jurídicas durante este período, *vid.* RODRÍGUEZ-SAN PEDRO, L.-POLO RODRÍGUEZ, J. L., *Los juristas: matrículas, grados y promoción académica en la Universidad de Salamanca, siglos XVI-XVIII*, en *El Derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX)*. En memoria de F. Tomás y Valiente, Salamanca 2004, pp. 209-261.

Dada su incorporación salmantina a través del colegio de Santiago del Zebedeo, vulgarmente conocido como colegio de Cuenca, su nombre aparece matriculado dentro del listado de becarios, huéspedes y familiares de dicha institución colegial, salvo el primer año académico, que por su tardío inicio de asistencia a clases, figura entre los extravagantes (18):

Extravagantes que se matricularon este año de 1661 en 662.
D. Juan Fernandez de Ynestrosa. Colegial del Mayor de Cuenca.
En 19 Abril 1662.

Durante los primeros años, Fernández de Henestrosa debía completar los cursos de Cánones para optar al bachilleramiento en dicha Facultad, tal como vemos en los asientos del Estudio:

Curso 1662-1663. Colegio mayor de Cuenca, en 7 de diciembre de 1662. D. Juan de Ynestrosa (19).

Curso 1663-1664. Colegio mayor de Cuenca, en 18 de enero de 1664. D. Juan de Enestrosa J(urista) (20).

Curso 1664-1665. Colegio mayor del obispo de Cuenca, en 27 de diciembre de 1664. D. Juan de Ynestrosa J(urista) (21).

Curso 1665-1666. Colegio mayor del obispo de Cuenca, en 4 de diciembre de 1665. D. Joan de Inestrosa J(urista) (22).

Finalizados sus cinco cursos académicos en Cánones pudo acceder al grado de bachiller en dicha Facultad por el Estudio salmantino, con data de 7 de septiembre de 1666 (23):

D. Gines de Ynestrosa. Bachilleramiento en Canones de D. Gines de Ynestrosa natural de Cadiz.

(18) AUSA/369. Libro de matrículas de 1661-1662, fol. 22r.

(19) AUSA/370. Libro de matrículas de 1662-1663, fol. 8r.

(20) AUSA/371. Libro de matrículas de 1663-1664, fol.14r.

(21) AUSA/372. Libro de matrículas de 1664-1665, fol. 11r.

(22) AUSA/373. Libro de matrículas de 1665-1666, fol. 9r.

(23) AUSA/752. Libro de bachilleramientos en Canones y Leyes, de 1652 a 1691, fol. 116r.

En Salamanca a siete de dicho mes de septiembre (de 1666) a la hora de las seis de la tarde el dicho doctor Parra (24) dio el grado de bachiller en Cánones al dicho D. Xines de Ynestrosa. Testigos Bernardino Duran Andres Garcia y don Joseph de Robles bedel.

Poco tiempo después inició sus estudios en la Facultad de Leyes, concluyendo los cinco cursos exigidos para el primero de los grados académicos en dicha Facultad, de lo que son testimonio fehaciente los libros de matrícula del Estudio universitario:

Curso 1666-1667. Colegio mayor de Cuenca, en 5 de diciembre de 1666(25). D. Joan de Inestrosa J(urista).

Curso 1667-1668. Colegio mayor de Cuenca, en 3 de diciembre de 1667(26). D. Juan de Henestrosa J(urista).

Curso 1668-1669. Colegio mayor de Cuenca, en 2 de diciembre de 1668(27). D. Juan Fernandez de Ynestrosa J(urista).

Curso 1669-1670. Collegio maior del obispo de Cuenca en 21 Deziembre 1669(28). D. Juan Fernandez de Ynestrosa Rector (29).

(24) Se trata del Dr. Manuel de la Parra y Tapia, natural de Salamanca, que se hizo licenciado en Cánones el 23 de mayo de 1644 y doctor en la misma Facultad, el 28 de septiembre del año siguiente. Empezó en 1649 como titular de una cursatoria de Cánones y al año siguiente pasó a catedrático de Sexto. El 5 de abril de 1652 ya era catedrático de Vísperas, y accedió a la de Prima de Cánones el 24 de noviembre de 1661, jubilándose en 1670. Sobre su jubilación, vid., AUSA/139. Libro de claustros de 1669-1670, fols. 49r-51v, claustro de diputado, celebrado en Salamanca el 7 de julio de 1670. Cf. ESPERABÉ DE ARTEAGA, E., *Historia pragmática e interna de la Universidad de Salamanca. T. II. Maestros y alumnos más distinguidos*, Salamanca 1917, p. 585.

(25) AUSA/374. Libro de matrículas de 1666-1667, fol. 8r.

(26) AUSA/375. Libro de matrículas de 1667-1668, fol. 6v.

(27) AUSA/376. Libro de matrículas de 1668-1669, fol. 6r.

(28) AUSA/377. Libro de matrículas de 1669-1670, fol. 7v.

(29) En ese momento, el colegio mayor contaba con veintisiete colegiales, que en su mayoría eran juristas, aunque también se especifica en varios becarios su condición de canonistas, así como la de los teólogos, sin olvidar a los cuatro familiares del colegio: un cursante de Medicina y tres de Cánones.

Curso 1670-71. Colegio mayor de Cuenca, en 20 de diciembre de 1670 (30). D. Juan de Ynestrosa h(uéspedes).

Curso 1671-72. Colegio mayor de Cuenca, en 19 de diciembre de 1671 (31). D. Juan de Henestrosa. H(uéspedes).

Curso 1672-1673. Colegio mayor de Cuenca, en 21 de diciembre de 1672 (32). D. Juan de Henestrosa.

El 19 de abril de 1673, el citado colegial de Cuenca convalidó los cursos que había impartido en el Estudio universitario durante los años académicos 1661-62 y 1662-1663, explicando las Instituciones de Justiniano (33):

D. Juan Fernandez de Henestrosa Colegial del mayor de Cuenca Bachiller Canonista por esta Universidad (para efecto de graduarse de Bachiller *in utroque iure*) a veinte y uno de Abril de sesenta digo 57 (sic) prueba aver leído desde San Lucas de mil y seiscientos y sesenta y dos hasta fin del curso el libro I de la *Instituta* in voce, y desde San Lucas siguiente hasta fin del curso el libro 2 de la *Instituta* con don Juan de Cardenas natural de Montoro diocesis de Cordoba y Juan Cosio natural de Rocardio diocesis Badajoz firmaron. D. Juan Fernandez de Henestrosa. D. Juan de Cardenas. D. Juan de Cossio. Rubricados.

Finalmente, superados los cursos y demás requisitos exigidos, pudo obtener el título de bachiller en Leyes por la Universidad de Salamanca, con data del 27 de octubre de 1673 (34):

D. Juan Fernandez de Henestrosa. En veintisiete de octubre (de 1673) a las quatro de la tarde el Dr. D. Diego de la Serna(35)

(30) AUSA/378. Libro de matrículas de 1670-1671, fol. 15r.

(31) AUSA/379. Libro de matrículas de 1670-1671, fol. 12v.

(32) AUSA/380. Libro de matrículas de 1670-1671, fol. 20v.

(33) AUSA/667. Registro de pruebas de cursos y lecciones en Cánones y Leyes, de 1672-1675, fol. 227r.

(34) AUSA/752. Libro de bachilleramientos en Cánones y Leyes, de 1652 a 1691, fol. 269v.

(35) Cf. ESPERABÉ DE ARTEAGA, E., *Historia pragmática e interna de la Universidad de Salamanca. T. II. Maestros y alumnos más distinguidos, op. cit.*, p. 603. El Dr. Diego de la Serna Cantoral obtuvo el bachilleramiento

dio el grado de bachiller en Leyes al dicho don Juan Fernandez de Henestrosa. Testigos D. Juan de Torres y D. Francisco Chacon Bedel.

Juan FERNÁNDEZ DE HENESTROSA prosiguió en dicho colegio mayor de Cuenca durante el siguiente lustro, y estuvo matriculado en el Estudio universitario, junto al resto de colegiales, aunque en todos los asientos se especifica que es huésped del colegio, y tan solo en el curso 1676-1677, se deja constancia de su tarea académica precisa, consistente en "opositar a Cánones", como vemos a continuación.

Curso 1673-1674. Colegio mayor de Cuenca, en 30 de diciembre de 1673(36). D. Juan Fernandez de Henestrosa H(uésped).

Curso 1674-1675. Colegio mayor de Cuenca, en 7 de diciembre de 1674(37). D. Juan Fernandez de Enestrosa H(uésped).

como canonista por la Universidad de Salamanca el 4 de mayo de 1658, y en Leyes por el mismo Estudio el 5 de mayo de 1661. Se graduó como licenciado en Leyes el 25 de septiembre de 1661, y como doctor en la misma Facultad el 14 de septiembre de 1665. Sustituyó la cátedra de Vísperas de Leyes del Dr. Fernández de Retes desde 25 de junio de 1660 hasta 28 de agosto del mismo año, además de otras lecturas y sustituciones en los años posteriores. Desempeñó varias cátedras cursatorias, hasta que el 3 de junio de 1670 pasó a la de Vísperas, desde la cual se promocionó, en junio de 1678, a la de Prima. Muy pronto abandonó la docencia, porque fue nombrado fiscal de la cancillería de Granada, dejando la cátedra el 7 de junio de 1678. *Vid.*, AUSA/147. Libro de claustros de 1677-1678, fol. 24rv: "In marg. El Dr. D. Diego de la Serna fiscal de Granada... El señor Dr. D. Diego de la Serna dijo como su Magestad Dios le guarde le havia echo merced de plaza de fiscal de la Real Chancilleria de Granada premio excesivo a sus cortos meritos y que confiesa deverlo solo al ser hijo de la Universidad a quien suplica con rendimiento se sirva de no tenerle ocioso en esta ocupacion y en las que su fortuna le concediere, que sera su maior logro el servicio de la Universidad. In marg. Respuesta. El señor Rector dijo el sentimiento con que la Universidad se allava por la falta que la havia de haçer4 un hijo tan grande como el señor D. Diego asi para el expediente de sus negocios como para la enseñanza de la juventud, aunque la queda el consuelo de ver premiado parte de lo mucho que mereze = y se salio del claustro acompañado de quatro señores graduados".

(36) AUSA/381. Libro de matrículas de 1670-1671, fol. 20r.

(37) AUSA/382. Libro de matrículas de 1670-1671, fol. 14v.

Curso 1675-1676. Colegio mayor de Cuenca, en 2 de diciembre de 1675 (38). D. Juan Fernandez de Ynestrosa H(uésped).

Curso 1676-1677. Colegio mayor de Cuenca, en 15 de noviembre de 1676 (39). D. Juan de Ynestrosa oppositor a Canones.

Curso 1677-1678. Colegio mayor de Cuenca, en 23 de noviembre de 1677 (40). D. Juan de Ynestrosa H(uésped) (41).

Fruto de su experiencia personal durante más de una década en el mayor salmantino de Santiago del Zebedeo, este astigitano-gaditano elevó un memorial, a la reina gobernadora Mariana de Austria, durante la menor edad de su hijo, el rey Carlos II, reclamando la introducción de reformas sustanciales en los Colegios Mayores hispanos.

Los términos del informe resultan muy ilustrativos, no solamente porque testimonian los hechos que ocurrían en aquel momento, hacia 1674, en los colegios mayores, sino también porque relata las grandes dificultades de promoción universitaria que encontraban los graduados, como era su caso, aunque era bachiller *in utroque iure*, a pesar de su alta cualificación y de las expectativas iniciales de obtener una triunfante carrera profesional, incluso fuera de las aulas del Estudio salmantino (42):

El licenciado D. Juan Fernandez de Henestrosa Cavallero de el orden de Alcantara y collegial huesped del mayor de Cuenca ern la ziudad de Salamanca, dice, que viendo la Real benignidad con que vuestra magestad por medio de sus primeros ministros ha solicitado estos años la reformation de los colleguios Maiores de esta Universidad como medio eficaz para su conservacion y aumento le pone a los Reales pies de V. M. la obligacion en que

(38) AUSA/383. Libro de matrículas de 1670-1671, fol. 11v.

(39) AUSA/384. Libro de matrículas de 1670-1671, fol. 9v.

(40) AUSA/385. Libro de matrículas de 1670-1671, fol. 13v.

(41) El curso académico siguiente, 1678-1679, ya no figura en el elenco de colegiales. Cf. AUSA/386, a 17 de noviembre de 1678.

(42) AUSA_PV,3,47, fols. 236r-237v: Memorial que el licenciado Juan FERNANDEZ DE HENESTROSA, caballero de la Orden de Alcántara y Collegial del Colegio Mayor de Cuenca de Salamanca, envía a Mariana de Austria sobre las reformas en los Colegios Mayores. Agradezco a doña Concha Álamo Garzón esta información acerca de la existencia del documento que incorporamos.

se juzga, como uno (aunque indigno) (sic) de los hijos de estas comunidades, de reconocer a V. M. esta honra representando a V. M. un inconveniente de el buen effecto de las Reales ordenes de V. M. que ha reconocido mediante hallarse con doce años de Collegio, aviendo pasado por los oficios de Rector, consiliario, secretario y de economo. Y siendo siempre grande su çelo del maior bien de estas comunidades por lo que sirven a V. M. y an servido a los señores Reies sus progenitores, y por aver favorecido siempre sus estudios criandole para hijo suio y honrrandole con la beca de una de ellas =

Los fundadores señora de los collegios señalaron tiempo a los collegiales, que en mi collegio ocho años teniendo este por bastante para esperar, que los señores Reies los ocupasen en su servicio, como lo era por no aver otro taller, donde con tanto açierto se labrasen ministros, que estos Collegios donde entraban de edad proporcionada con calidad y buenas costumbres, y los perficionaba la doctrina de las constituciones y çeremonias. Experimentandose muchos años despues, que algunos collegiales cumplan el tiempo señalado, y por falta de vacantes o de gracia suia se hallaban a punto de perder lo trabajado y retirados a sus casas desamparados de los collegios/ y con alguna nota suia y de sus comunidades y por obviar este daño se hizo en mi collegio constitucion propagando el tiempo a un año mas; a dos por maior parte de votos y a mas *nemine discrepante* el qual tiempo estuviesen fuera de la clausura reputados huespedes sin voto y pagando quarenta ducados al collegio cada año cada huesped, que nunca han sido muchos: y esto se ha practicado hasta estos tiempos en que aviendo favorecido las letras por el mucho amor que les tubo el señor Rey D. Phelipe el Grande, (que esta en el zielo) (sic) y les tiene V. M. son tantos los sujetos dignos de los puestos literarios fuera de los collegios mayores y claustros de Salamanca Valladolid y Alcala, que en su distribucion toca mui corta parte a estas comunidades. De donde ha provenido, que se detengan muchos años en los Collegios los sujetos y cumpliendo el tiempo de Collegio pasar a la hospederia probe ense sus vecas ai muchos huespedes en cada comunidad siguiendose graves inconvenientes, de que apuntare algunos.

El primero es la nota, que padecen injustamente con el bulgo, que como nunca se han visto tantos huespedes se persuaden a

que no merecen salir con la brevedad que sus antecesores, siendo así, que nunca se ha trabajado mas que en este tiempo, pues todos los cursos se disputan publicamente en Escuelas quarenta materias de las mas dificultosas de el Derecho presididas por colegiales y faltan generales para muchos que salieran a leer, y por su poca antigüedad no les tocan los que ai.

El segundo es la costa de los collegios, y el mio esta alcançado tanto que ha mas de veinte años, que los rectores sustentan el gasto y este es considerable por raçon de los huespedes, a quien se da la misma raçon, que a los collegiales sin la repensación de los quarenta ducados, que devieran pagar cada año, que esta tolerado de tiempo immemorial a esta parte no se pagan.

El tercero es mas grave y perjudicial, y consiste en que como se mira ya preciso para obtener plaza en estos Reinos el pasar por la oposición de las cathedras, y esta se opta por antigüedades hallando cada collegial que se elige veinte i quatro, o mas collegiales delante no puede ser oppositor sin treçe o catorçe años de collegio y con el tiempo que lo es y el de cathedratico, que en algunos a sido// mucho llegar a los primeros puestos con mucha edad para pasar a otros y con los precisos achaques, que trae el trabajo de la profesion la tarea de los libros, y la destemplança de este lugar, que impiden servir a V. M. como quisieran.

Con el deseo de obviar este inconveniente han caido en otro no menor los collegios, admitiendo collegiales de mui poca edad unos con supposiciones de fees de Bautismo, otros con dispensaciones de el Nuncio de su Santidad y todos faltando a la voluntad de los fundadores (que piden veinte y quatro años cumplidos) (sic) con mucho riesgo de sus conciencias.

Con la poca edad y experiencias de las cosas de collegios estan expuestos estos moços (y este es el quinto inconveniente) (sic) a obrar en ellas menos acordadamente dejandose llevar con facilidad de los ardores de la sangre moviendo disturbios formando parcialidades excitando odios inquietando los animos y turbando el regular orden de vida del collegio.

El sexto es que estos daños no los atajan los huespedes porque unos por ser naturalmente dejados otros por affectar desintereses, y todos huyendo al parecer entremetidos en lo que ya no es de su obligacion y ambiciosos de governar lo que no les toca, se retiran a sus aposentos, y acaso temiendo les reconvengan con lo

que obraren en aquella edad no se atreven a empeñarse contra sus resoluciones.

Casi todos, Señora, reconocemos estos inconvenientes pero siempre ha sido mas dificultoso remediallos, que sentillos: lo primero, que se ofreçe al deseo es la fortuna con que estos collegios han sido tantos siglos primeros acreedores a los puestos derecho que les vinculo la virtud, la calidad y los estudios de sus hijos y la enseñanza publica de estas escuelas, no la gracia de los reyes, como el Rey nuestro Señor que esta en el zielo respondio a una comunidad de estos Reynos, pero como nada es primero en nosotros, que la veneracion de los soberanos dictamines de V. M. cuja justificación creemos y no averiguamos, no se alienta mi respecto a tal pretension. A algunos pareçio a proposito minorar el numero de las veces y esto se afirmaba en una constitucion, que manda/ se execute asi disminuiendose las rentas, pero esto no obviaria todos los inconvenientes propuestos, y substituiria otros vencidos algunos en esta comunidad no seria facil hallar entre pocos quien fuese Rector para sustentalle y si el numero de las veces se proporcionase a las rentas no quedaria ninguna. Los collegiales no pueden pasar con lo que les da el collegio con que muchos necesitan de salir los veranos unos a residir en las yglesias donde tienen prevendas, otros a poner algun cobro a su hazienda (que muchos no tienen padres) (sic) otros van a la Corte a pleitos o pretensiones de sus casas y siendo pocos quedarian los collegios desiertos y es experiencia de todas las comunidades eclesiasticas seculares, que entre pocos es poca la observancia, y no paso a temer que en alguna ocasion de inquietud, una parcialidad probea de hecho las veces vacas o extinguidas aunque ya se ha visto conservarse por el credito de los elegidos las elecciones hechas con violencia, en contravençion de otras constituciones, pero no obra este riesgo en mi propuesta por ser enteresado en ellas los collegiales de quien se avia de tener.

Yo Señora aviendolo conferido con sujetos de gran capacidad experiencia y calificado zelo del bien de el collegio tengo por buen medio en mi collegio el que V. M. se sirva de mandar no se den por veces las veces hasta que salgan de el collegio los sujetos ni a ellas se admitan oppositores quitando las hospederias, que introdujo una capilla hecha el año de 1585. Con esto parece sera maior el cuidado de guardar las constituciones y çeremonias

siendo obligación de los mas antiguos en quien concurre la experiencia el estar ya a vista de los puestos deseando no desmerecerlos en nada y no pudiendo ser mas de doce los collegiales juristas sus elecciones seran de sujetos mas escogidos, y de quien se pueda esperar, que cada uno cuide de su reforma.

Examinados los procesos de cátedras de 1672 a 1676 (43), Juan FERNÁNDEZ DE HENESTROSA se presenta a oposiciones, por primera vez, en la vacante de Decretales menores, que ganó D. Juan de Zuazu, y había dejado por ascenso, a la mayor de Decretales, D. Francisco de Ovando, de la cual tomó posesión, el nombrado por el Consejo de Castilla, el 12 de mayo de 1676 (44).

La cátedra se anunció en claustro de consiliarios el 23 de marzo de 1676, y se publicó al día siguiente, firmando "don Juan Fernandez de Ynestrosa" el mismo día a las cinco de la tarde, y asignándole, como fecha de su disertación pública, el 28 del mismo mes, "por la mañana".

De los trece opositores, en razón de la antigüedad de su grado académico, intervino el penúltimo (45):

In marg. Ynestrosa. Asignacion de puntos a D. Juan Fernandez de Ynestrosa.

En Salamanca a veinte y nueve de abril de mil seiscientos y setenta y seis a las ocho de la mañana el señor rector asigno puntos a el dicho D. Juan de Ynestrosa abriendo el libro de las Decretales por tres partes diversas y de los tres puntos que le fueron asignados escogio para leer de oposicion mañana jueves de nueve a diez el capitulo Ex parte 10 de decimis libro 3 titulo 30 (46) de que doy fee. Ante mi, Diego Garcia de Paredes, notario. Rubricado.

(43) AUSA/996. Procesos de cátedras 1672-1676.

(44) AUSA/996, fols. 519r-532.

(45) AUSA/996, fol. 522v.

(46) X 3.30.10.

Su *curriculum*, tal como lo presenta el claustro universitario ante el Consejo Real, con data del dos de mayo de 1676, resulta especialmente relevante (47):

In marg. D. Juan Fernandez de Henestrosa. Grados. 24 años de Estudios. 14 años y quatro de Colegio. 8 Lecturas de extraordinario. 4 Presidencias. Un libro impresso. Una Leccion de oposicion.

D. Juan Fernandez de Henestrosa Ponce de Leon, Cavallero del Orden de Alcantara tiene veinte y quatro años de Estudios en la Iurisprudencia Canonica, y Civil: y recibio el grado de Bachiller en la Facultad de Canones por esta Universidad a veinte y uno de Abril de mil seiscientos y cinquenta y siete; y el de Bachiller en la facultad de Leyes por esta Universidad a veinte y siete de Octubre de seiscientos y setenta y tres. Consta aver sido electo Colegial en el a diez y seis de Diziembre de seiscientos y sesenta y uno. Tiene probado aver leydo publicamente en esta Universidad desde diez y seis de Diziembre de mil seiscientos y sesenta y uno, hasta veinte y nueve de Março de seiscientos y sesenta y dos, el libro I de la *Instituta in voce, et in scriptis* observaciones, y remisiones a los mas paragrafos de él. Y desde San Lucas de dicho año de seiscientos y sesenta y dos, hasta tercera semana de Quaresma de seiscientos y sesenta y tres, el libro 2 de la *Instituta in voce*. Y en los asuetos del mismo curso, un papel in scriptis de *adquisitione ex iure gentium*. Y desde San Lucas de seiscientos y sesenta y tres hasta fin del curso, el libro 3 de la *Instituta in voce*. Y desde San Lucas de seiscientos y sesenta y seis, hasta quinze de febrero de seiscientos y sesenta y siete, el libro 4 de la *Instituta in voce*. Y aver substituido la Cathedra de Clementinas por D. Diego Lobaton (48), desde dos de Noviem-

(47) AUSA/996, fol. 528v.

(48) Se trata de Diego Jiménez o Ximénez Lobatón, que entre 1662 y 1664 regentó la cátedra de Vísperas de Cánones, y previamente una de las cursatorias en dicha Facultad, durante el curso 1661-1662. Cf. ESPERABÉ DE ARTEAGA, E., *Historia pragmática e interna... t. II. Maestros y alumnos...*, op. cit., pp. 515 y 520. Son bien conocidos sus informes fiscales, durante el desempeño de este oficio en la Real chancillería de Granada, y el principal afectado por ellos fue el arzobispo granadino Escolano. Sirvan como testimonio: *Yo Diego de Salamanca Robles, escrivano de Camara de la*

bre de seiscientos y sesenta y dos, hasta veinte de Diziembre del dicho año. Y en el curso de seiscientos y setenta y tres, leyó un tratado Academico Forense *De expensis in re aliena*. Y tiene mas probado aver tenido, y presidido publicamente en esta dicha Universidad quatro actos de conclusiones: uno, en março de seiscientos y sesenta y seis, de la materia *de bonorum possessione impuberum*. Otro, en março de seiscientos y sesenta y siete, de la materia *si apparente quis fuerit manumissus* (49). Otro, en março de seiscientos y setenta y tres de la materia *de Impen-*

Audiencia y Chancilleria del Rey nuestro señor..., que es una certificación redactada a petición de Diego Jiménez Lobaton, fiscal de dicho tribunal, de que el Real Acuerdo no se siente en sillas estando presente el Santísimo Sacramento cuando asista a fiestas religiosas, Granada 1670; Señor. La mayor... Regalia de V. Magestad, que consiste en mirar por la quietud de ambos estados, Eclesiastico y Secular, conservar en paz unos y otros vassallos, y defender sus subditos, Granada 1671; Señor a los reales pies de V. M. ponen este discurso iuridico los licenciados D. Diego Ximenez Lobaton y D. Pedro Sarmiento y Toledo fiscales... de Granada sobre no aver cumplido D. Diego Escolano Arzobispo de esta ciudad las reales cedulas de V. M. en que se le mando no sacalle silla, almoada y salvilla en la procesion del dia del Corpus, Granatae, ex typ. Regia, 1670; Señor. A los reales pies de V. M. D. C. O. el licenciado don Diego Ximenez Lobaton, Fiscal de.. vuestra Chancilleria de Granada. En defensa iuridica de vuestra regalia, que consiste en el conocimiento de los despojos violentos entre los eclesiasticos ocasionada del que hizo D. Diego Escolano, Arzobispo della, a los Racioneros... de la possession en que estavan, de la preeminencia de tomar en pie... las velas, ceniza y palmas, en Granada, imp. de F. Sánchez, 1670; Estando estos apuntamientos prevenidos para dar a los dichos señores, por averse señalado en la Camara el lunes dia diez y ocho del corriente, se dio a los señores del Real Supremo de Castilla con publica demonstracion al salir del Consejo un papel por parte de los señores Presidente y Oydores de la Real Chancilleria de Granada, y aviendo entendido ser en defensa de los Autos dados por aquel Real Acuerdo... Granada 167. No faltaron alegaciones de contrario, como la que hizo CABRERA NÚÑEZ DE GUZMÁN, M. de, Verdades averiguadas a favor de la iusticia y autoridad del ilustrisimo señor D. Diego Escolano, arçobispo de Granada y de su iurisdiccion eclesiastica y de los venerables dean y cabildo de su Santa Iglesia, respondiendo a un memorial... dado al Rey... por D. Diego Ximenez Lobaton, Fiscal... de la Real Chancilleria... cuyo titulo es Defensa iuridica de vuestra mayor regalia que consiste en el conocimiento de los despojos violentos entre los eclesiasticos, en Madrid, imp. de D. Garcia Morras, 1670.

(49) *Si a parente quis manumissus sit*. D. 37,12.

sis in res dotales (50). Otro, en marzo de setenta y cinco, de la materia *de Institoria actione* (51). Consta como el dicho D. Juan Fernandez de Henestrosa ha impresso un libro *de Impensis in res dotales*. Es la primera oposicion.

La siguiente oposición tuvo lugar en agosto del mismo año, y el proceso de la vacante de la cátedra de Decretales menores se inició por ascenso a la mayor de Decretales de D. Luis Remírez, ganando el concurso oposición D. Carlos Cotes, colegial del mayor de Oviedo, quien tomó posesión el 19 de octubre de 1676, y se la había dado la colación el 23 de septiembre precedente (52).

La vacante se anunció el 8 de agosto, y se publicó el mismo día, firmando D. Juan de Ynestrosa, el mismo día a las seis de la tarde, ya que se había publicado de vísperas. Concurrieron 11 opositores, y le asignaron para leer de oposición el día 31, lunes, por la tarde (53):

In marg. Ynestrosa. Asignacion de puntos a D. Juan de Ynestrosa

En Salamanca a primero de setiembre de dicho año a las ocho de la mañana el dicho D. Antonio Castejon (rector) asigno puntos a D. Juan fernandez de Inestrosa abriendo el libro de las Decretales por tres partes diversas y de los tres puntos que le fueron asignados escoxio para leer de oposicion mañana miercoles de nueve a diez el capitulo Diversis 5 de Clericis coniugatis libro 3 titulo 3 (54) doy fee. Ante mi, Diego Garcia de Paredes, notario. Rubricado.

En la relación de méritos que se remite por el claustro al Consejo de Castilla, con data del 5 de septiembre de 1676, se reproduce la biografía precedente, y solamente se añade: "es segunda oposicion" (55).

(50) *De impensis in rebus dotalibus factis*: D. 25,1.

(51) D. 14,3.

(52) AUSA/996, fols. 628r-637r.

(53) AUSA/996, fol. 632r.

(54) X 3.3.5.

(55) AUSA/996, fol. 634v.

No podemos olvidar que FERNÁNDEZ DE HENESTROSA desempeñó un papel activo en la vida académica salmantina, no solamente el año que fue rector de su colegio de Santiago el Zebedeo, sino anteriormente como consiliario por Andalucía, y más tarde como diputado, integrando ambos claustros, en los que manifestó su decidida colaboración en el ejercicio de las tareas que les estaban encomendadas.

Su nombramiento como consiliario por la región andaluza, de la que provenía, se produjo el 22 de mayo de 1665 (56):

In marg. D. Gines de Ynestrosa. Consiliario de Andalucia.

Claustro de Consiliarios. En Salamanca a veinte y dos dias del mes de maio de mil y seiscientos y sesenta y cinco años se juntaron a claustro de Rector y consiliarios de llamamiento del señor D. Rodrigo Geronimo Portocarrero rector presentes dicho señor Rector D. Thomas Salgado Alexo Santos D. Baltasar Martins y Gaspar Fernandez consiliarios y estando asi juntos como lo tienen de uso y costumbre el dicho señor Rector dijo que D. Gaspar de Valençuela consiliario de Andalucia se graduo de Bachiller y se ausento desta Universidad y no a de volver a ella, por lo qual viese el claustro si dava por vaca la dicha consiliatura y el claustro la declaro por vaca y el señor Rector propuso por consiliario en propiedad a D. Gines de Ginestrosa natural de Cadiz cuio nonbramiento nemine discrepante fue aprobado y por mandado del dicho claustro entro en el y aceto y juro de que doy fee. Ante mi, Joseph Randoli secretario. Rubricado.

El curso siguiente, 1666-1667, nuestro astigitano-gaditano fue electo diputado del Estudio, incorporándose a esa tarea el 2 de mayo de 1666 (57):

(56) AUSA/134. Libro de claustros de 1664-1665, fol. 42r.

(57) AUSA/135. Libro De claustros de 1665-1666, fols. 71r-72r. Este ejercicio del cargo como diputado se tiene presente en las ulteriores designaciones, que quedan expuestas en unas gráficas con los nombres de los nombrados durante los últimos cuatro años precedentes. Cf. AUSA/136. Libro de claustros de 1666-1667, fol. 31v, correspondiente al período cuatrienal de 1663-1667, y en esta última lista se encuentra para el año 1666-1667: "D. Juan de Enestrosa". AUSA/137. Libro de claustros de 1667-1668, fol. 71r, en el elenco de 1666-1667: "D. Juan de Ynestrosa". AUSA/138.

Claustro de diputados y eleccion de nuevos diputados para el año de 1666 en 1667. En Salamanca a dos dias del mes de mayo de mil y seiscientos y sesenta i seis años a la hora de las tres de la tarde se juntaron a claustro dediputados en la quadra alta de las escuelas maiores de la dicha Universidad de llamamiento del señor D. Feliciano de Noriega y Leiba vicerrector de la dicha Universidad estando presentes el dicho señor vicerrector y el señor Doctor D. Mathias de Rada maestrescuela cancelario de la dicha Universidad y D. Joseph Zamora D. Juan Rodriguez de Armenteros don Joseph de Retes D. Manuel de Parra D. Diego Bernardo de Quiros, D. Francisco Zamora Don Pedro Basurto D. Jacinto Roldan juristas y los maestros... e luego el secretario dige haver quedado el turno de el año pasado de los señores cathedaticos de propiedad en el padre maestro fray Miguel de Fuentes y tocar nombrar este año al señor Dr. Sotelo ultimo en turno y bolver a començarse el turno por el señor Dr. Luis Rodriguez... por manera que para el año que viene queda el turno en el dicho Doctor Retes y entrara nombrando el señor maestro Berxon. E luego se dieron cedula para hacer el nombramiento de diputado del Colegio de San Bartolome...

In marg. D. Juan de Ynestrosa. Y en la misma forma se voto del Colegio de Cuenca y fue elexido Don Juan de Enestrosa.

Vistos los resultados fallidos de los ejercicios de oposición que realizó para acceder establemente a una cátedra universitaria, Fernández de Henestrosa optó por obtener del Consejo de Castilla, y previa aprobación regia, un oficio de justicia en la Real Chancillería de Granada.

Recuerda GAN GIMÉNEZ (58), que obtuvo el título de Alcalde de hijosdalgo del tribunal regio granadino el 10 de marzo de 1678 (59). Se mantuvo en el cargo hasta el 30 de septiembre de 1686, tenien-

Libro de claustros de 1668-1669, fol. 70r, con los elencos de 1665-166, 166-1667, donde figura invariablemente el tercero por el final del listado: "D. Juan de Ynestrosa", 1667-1668 y 1668-1668

(58) GAN GIMÉNEZ, P., *La Real Chancillería de Granada (1505-1834)*, Granada, Centro de Estudios Históricos de Granada y su Reino, 1998, p. 105.

(59) AHN. Sección Consejos. Sign. L729, fols. 591rv.

do constancia fehaciente, del ejercicio de este oficio de juez en dicha sala, a través de las correspondientes nóminas de la Real chancillería de Granada, referidas a los años 1678-79 (60) y sucesivos: 1680 (61), 1681 (62), 1683 (63), 1684 (64), 1685 (65) y 1686 (66).

Este último año fue promocionado a oidor de lo civil en la misma audiencia granadina (67), falleciendo durante el desempeño del cargo, en 1688 (68).

Durante su etapa como juez de hijosdalgo, el Dr. Diego de la Serna Cantoral, que había sido catedrático de Prima de Medicina por Valladolid y protomédico regio, pero ulteriormente catedrático de Leyes en Salamanca, desde 1666, aunque obtuvo en la ciudad salmantina el grado de licenciado por esta última Facultad el 25 de septiembre de 1661, y de doctor el 14 de septiembre de 1665(69), redactó una misiva a favor del astigitano, que además del gran interés que presenta, proviene de la estrecha amistad que les unía, incluso después de su etapa docente-discente.

La carta, remitida desde Granada, iba dirigida al jesuita padre Pedro Abarca, igualmente claustral en la Universidad salmantina (70)

(60) AHN. Sección Consejos. Sign. 729, fols. 511v y 589r.

(61) AHN. Sección Consejos. Sign. 730, fol. 5v.

(62) AHN. Sección Consejos. Sign. 730, fol. 33v.

(63) AHN. Sección Consejos. Sign. 730, fol. 96r.

(64) AHN. Sección Consejos. Sign. 730, fol. 143r.

(65) AHN. Sección Consejos. Sign. 730, fol. 192v.

(66) AHN. Sección Consejos. Sign. 730, fol. 275v.

(67) AHN. Sección Consejos. Sign. 730, fol. 280rv.

(68) AHN. Sección Consejos. Sign. 730, fol. 358r, asiento correspondiente al año 1689.

(69) Cf. ESPERABÉ DE ARTEAGA, E., *Historia pragmática e interna de la Universidad de Salamanca. T. II. Maestros y alumnos más distinguidos*, Salamanca 1917, pp. 521-523, desempeñando las cátedras de Digesto Viejo, Vísperas y Prima de Leyes, además de p. 526, con una de Código. La síntesis biográfica, en p. 603

(70) Este religioso jesuita obtuvo el licenciado en Teología el 16 de octubre de 1671, e incorporó el magisterio, obtenido por Santo Tomás de Ávila, al día siguiente. Nombrado por el Rey catedrático de Vísperas de Teología, en una de las cátedras que doña Mariana de Austria fundó para la Compañía de Jesús, y de la que tomó posesión el 1 de diciembre del mismo año, pasó a Prima de dicha Facultad en el momento de su fundación, el 19 de diciembre de 1676, aunque renunció a la misma por su delicado estado de salud, en 1677, admitiéndosele dicha renuncia en 1678. Falleció el 23 de

durante los años precedentes. En la misma, se trata acerca de una pendencia ocurrida en la sala de hijosdalgo granadina, donde dos jueces del tribunal, uno de los cuales era Henestrosa, se pelearon físicamente.

El Dr. de la Serna, oidor de la Real chancillería de Granada, solicita del religioso jesuita, antes citado, su intercesión y ayuda a favor de Juan de Hiestrosa, que era uno de los contendientes, trayendo a su memoria la amistad y buena opinión del que había sido colegial en el Mayor de Cuenca (71). Los términos de la misiva son ilustrativos del asunto:

In marg. Pendencia de D. Juan de Hiestrosa, Alcalde de Hijosdalgo de Granada, Collegial que fue de Cuenca.

Reverendísimo padre y señor mio: Recibi la de V. Ilustrísima y memorias del dilecto P. Diego de Sossa y al empeño de ambos en el expediente de estos hidalgos, agradezco la oportunidad de acordarse ambos de mi... han dado ocasion al pobre Henestrossa, a una molesta/ compañía sufriendole quanto no sabre ponderar; pero apurado avra un mes estando en su sala, le dio mui buenos golpes de que estuvo algunos dias en la cama; hubo raras variedades en el acuerdo, sobre un succeso tan publico. Los mas celosos y ardientes fueron de parecer, que aviendo de llegar a Madrid este escandalo seria lo mejor que diesse la noticia el Acuerdo assi del frangente como de todo lo dissimulado y tan estraño de la profession, pues no era raçon, que fuesse viçio aver mostrado menos sufrimiento y perseverancia de la virtud de la paciencia una sola vez, y que tantos exçessos del otro o se tuviessen por virtud o passassen yguales censuras; otros los mas acordados que alla soliamos decir emplastos, no se si con desafecto al buen Henestrosa, fueron de parecer que retirados pocos dias a sus casas se les advirtiesse y se tomassen las manos; el efecto... explico que los primeros decian mexor, pues... vino a pocos dias una reprehension al señor Presidente porque no hubiesse dado noticia, disculpose y disculpolos, pero no debio ser tan bien...

agosto de 1697. Cf. ESPERABÉ DE ARTEAGA, E., *Historia pragmática e interna de la Universidad de Salamanca. T. II. Maestros y alumnos más distinguidos*, Salamanca 1917, pp. 529-530 y 544-545.

(71) AUSA_PV, 7, fols. 20r-21r.

porque quanto en quanto al successo no hubiese que temer era especie de falsedad occultar a su magestad las calidades y porte de sus ministros, assi se le escribio... desterrando a los dos alcal-des quatro leguas de Granada en tanto que se tomaba resolucion de mayor castigo; esto si que es escribir largo y del caso... Si Vuestra Señoria Reverendisima pudiere haçer algun buen officio por nuestro Hinestrossa, ni sera ignorado por el ausente, ni mal reçibido por la persona a quien escribiera a quien yo lo hiçiera si me lo preguntara, pero no preguntado y en el mismo lugar, soy sospechoso = Yo acabo mi vida con el trabaxo de ser Abogado de la Virgen en que llevo ya mas de treinta pliegos... Granada y julio 17 de 1684. Besa la mano de vuestra Reverensissima su mas amigo y servidor y hermano, Doctor Don Diego de la Serna. Rubricado. Reverendissimo padre Pedro Abarca.

Obras

Por lo que se refiere a la única monografía impresa, que salió de la pluma del jurista gaditano-astigitano (72), debemos recordar que vio la luz a sus expensas en la Villa y Corte, y fue motivo de grandes elogios dentro de los círculos universitarios (73):

FERNANDI DE HENESTROSSA, I. C. Astigitani, militaris ordinis Alcantarensis eques, et in Salmanticensium Schola Maioris Divi Iacobi Zebedaei Conchensis Collegij alumnus iam diu emeritus, pridem

(72) Aunque se ha recriminado a los universitarios salmantinos la escasez de obras impresas, no podemos olvidar la pléyade de juristas, civilistas y canonistas, que impartieron su oficio en puestos de gobierno y tribunales, a pesar de lo cual, es evidente la enorme trascendencia de su producción científica, como se comprueba con las simples ediciones que vieron la luz en la ciudad del Tormes. *Vid.* RUÍZ FIDALGO, L., *Las ediciones de obras de Derecho en salamanca en los siglos XVI y XVII*, en *El Derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX)*. En memoria de F. Tomás y Valiente, Salamanca 2004, pp. 265-309.

(73) En 4.º, con 36 hojas del principio, y 240 del texto, además de las 32 de índice. Llama la atención el grabado con la imagen de Santa Teresa, obra del pintor real Ricio, conjuntamente con el escultor regio, Pedro de Villafranca.

Rector, *Dissertatio academica quam in scholasticam Iuris Caesaris disciplinam digerebat, De impensis in res dotales factis*, Madrid, apud Lucam Antonium de Bedmar, 1674 (74).

Destacamos la primera dedicatoria que incorpora esta monografía en honor del autor, calificado como "*egregius sodalis y Iuris Civilis dissertissimus professor*", por parte de su antiguo catedrático, docente de Derecho civil, Dr. José FERNÁNDEZ DE RETES (75), que

(74) BG de la Universidad de Salamanca, sign. BG/14664, que en la primera página expresa en letra manuscrita: "*Ex bibliotheca convenctus S. Stephani Salmanticensis ordinis Praedicatorum. Donum Authoris. Pusose este libro en la libreria siendo maestro de estudiantes fray Juan de Araia diolo de valde su author*".

(75) Sería muy prolijo cualquier intento por resumir la vida universitaria del Dr. Retes, discípulo del Dr. Francisco Ramos del Manzano, y lumbrera de la doctrina jurídica europea del siglo XVII. Bastará recordar la síntesis que realiza el claustro universitario salmantino, con ocasión del último concurso a cátedras vacantes que realizó en el Estudio: AUSA/993. Procesos de cátedras de 1665-1667, fol. 260r y ss.: "Prima de Leyes en octubre de 1665, vacante por muerte del Dr. Pedro Virto de Lezama y se proveyó en el Dr. D. Joseph Fernandez de Retes, de que tomo la posesion oy 17 de noviembre de 1665". Relación de méritos del Dr. José Fernández de Retes, catedrático de Vísperas de Leyes más antiguo: "bachiller en Cánones por Salamanca a 16 de mayo de 1639, y en Leyes a 26 de enero de 1643. Licenciado en Leyes a 29 de febrero de 1644, y doctor a 28 de septiembre de 1645. Ha hecho veinte oposiciones con esta a cátedras de Leyes, la primera en febrero de 1643. Obtuvo la cátedra de Instituta más antigua sin vacante el 14 de agosto de 1646, y la de Código más antigua en abril de 1648, y la de Volumen en 8 de octubre de 1648, y la de Vísperas de Leyes que hoy tiene el 17 de octubre del mismo año. Ha presidido 43 actos de conclusiones de Universidad, y antes de doctorarse, presidió otros cuatro actos de conclusiones. Impartió cuatro cursos extraordinarios, e hizo lecturas de diversas fuentes romanas, publicando sobre el titulo *de interdictis y de legatis* en Lyon. Dos tomos de opúsculos de a folio, uno *de inofficioso testamento contra tabulas y de legatis praestandis*, y otro a quarto que se está imprimiendo *De universo iure donationum* y otro libro que compuso intitulado *Repeticion de iure Epitamorum*. Ha leído en lección de extraordinaria, aparte de su cátedra, en el curso de 56 la explicación de la ley *stipulatus* 4 ff. *de usuris*", entre otras. Se le aceptó la jubilación en el claustro pleno celebrado el 2 de enero de 1668, con salario de la cátedra de vísperas: cf. AUSA/137. Libro de claustros de 1667-1668, fols. 11r-12r. Una síntesis biográfica recientemente impresa, vid. ALONSO ROMERO, M. P., *Ius commune y Derecho patrio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos. Trayectoria docente y méto-*

entonces era fiscal del Consejo de Castilla (76), quien no duda en expresarse en estos términos:

Mihi, et meae professioni gratulor, vir clarissime, quod hac virili aetate affatim praestiteris, quidquid de genio, de indole, de assiduitate tua praestolatus fuerim prima illa, teneraque, in qua Auditorium meum augebas non vulgari dignatione, latusque tegebas meum assiduus, sodalitio mihi iucundissimo, qui in puero introspiciebam virtutem cum egregia nobilitate coniunctam, ingenium cum propensione in litteras, tam legales, quam politiores; animumque capacem ne dum Artem, sed delicias Artis nostrae capessendi. Talem te Scholae ostendisti in illis exercitationibus, quae Iuventuti ingenuae solent esse bonae mentis quasi promul-

dos de enseñanza de Antonio Pichardo Vinuesa, Juan de Solórzano Pereira, Francisco Ramos del Manzano y José Fernández de Retes, en El Derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX). En memoria de Francisco Tomás y Valiente, Salamanca 2004, pp. 129-148.

(76) Cf. AUSA/144. Libro de claustros de 1674-1675, fol. 9rv: "In marg. Carta del señor doctor Retes fiscal del Consejo Real. En seis de diciembre de mil seiscientos y setenta y tres años... Al señor Rector y claustro de la Universidad de Salamanca guarde Dios. Señor Rector y claustro de la Universidad de Salamanca: quien no tuviera el reconocimiento que tengo de mis cortas prendas en un suceso como el que nuestro señor me ha dado tan breve y tan fuera de mi esperanza aun no pudiera dejar de reconocer que el averme elijido Su Magestad para fiscal de su Consejo era solo por la Dignidad y merito de yjo y primario de vuestra señoría con este reconocimiento y con el aprecio que hago de serlo aunque el mas indigno me pongo a los pies de vuestra señoría ofreciendole este puesto y lo que en el valiere para que me de quantos empleos pueda executar que sera el cumplimiento de mis deseos. Nuestro Señor guarde y prospere a vuestra señoría muchos años en la grandeza que la Christiandad y esta monarquia ha menester. Madrid a dos de setiembre de mil seiscientos y setenta y tres = El menor hijo y mas reconogido de vuestra señoría que su mano besa = Dr. D. Joseph Fernandez de Retes = Leida la dicha carta la Universidad acordo se responda a ella y nombro por comisario a el señor Dr. D. Manuel de la Parra y se le dio comision en forma de que doy fe". Se trata del principal discípulo de Francisco Ramos del Manzano, sobre cuya biografía, vid. por todos, FERNÁNDEZ Y CANTERO, E. M., *Estudio biográfico-crítico sobre D. Francisco Ramos del Manzano, jurisconsulto salmantino*, en RGLJ 32 (1868) 81-96; ALONSO PÉREZ, M., *Vida y obra del doctor Francisco Ramos del Manzano, eximio romanista de la ínclita Universidad de Salamanca*, en Estudios en homenaje al Prof. Juan Iglesias Santos, t. I, Madrid 1988, pp. 21-47.

sides, nulli cedens, et fere omnibus coaevis palma praeicipiens. Ego tamen, qui frequentius (quotidie dixerim) tecum sermones miscebam, geniumque, et indolem tuam impensius contemplantur, altius de te existimavi, ut nihil mediocre conceperim, ne quid invidiosum dicam.

La segunda dedicatoria, asimismo elogiosa para el autor, es obra del doctor Diego de la Serna y Cantoral, catedrático de vísperas de Leyes y que se intitula con milítón del homenajado, recordando que han compartido las enseñanzas del ilustre Fernández de Retes, afirmando además "*in inter omnes aevi nostri commilitones honorifico plausu tanto certamini praeses*".

La censura es obra del antiguo catedrático de Vísperas de Derecho Canónico, D. Gregorio RODRÍGUEZ DE CISNEROS Y MENDOZA (77), entonces fiscal togado en la Real chancillería vallisoletana, y posteriormente Gobernador y capitán general del Principado de Asturias, además de oidor de dicho tribunal castellano, que la redacta por delegación del canciller universitario, D. Matías de Rada. Sus palabras resultan sumamente elogiosas:

In eo dicendi iucunditatem, doctrinae claritatem, utriusque Iurisprudentiae foecunditatem, discentium docentiumque utilitatem invenio... Testis sum laboris; liber frugalitatis. Opus sane dignum commentatur: ipsum laudat authorem et ipsum author... Vallisoleti pridie idus novembris, anno Domini 1674.

(77) Gregorio RODRÍGUEZ DE CISNEROS Y MENDOZA fue uno de los fiscales de la Real chancillería vallisoletana desde cf. MARTÍN POSTIGO, M. S., *Los fiscales de la Real Chancillería de Valladolid*, en Anuario de Estudios Medievales 18 (1988) 419-427. En virtud de título regio, fue nombrado oidor de la Real chancillería castellana el 1 de septiembre de 1676, de cuyo oficio tomó posesión el día 7 inmediato posterior. Durante un trienio, como juez de dicho tribunal de Valladolid, recibió el nombramiento regio y desempeñó el cargo de Gobernador del Principado de Asturias, de donde retornó a la ciudad del Pisuerga, y ejerció como oidor hasta que el 25 de junio de 1688 se le promovió a regente de la Audiencia de Grados de Sevilla. Vid. DOMÍNGUEZ RODRÍGUEZ, C., *Los oidores de las Salas de lo Civil de la Chancillería de Valladolid*, Valladolid 1997, p. 78.

Por lo que se refiere al resto de obras, que son resultado del trabajo intelectual de FERNÁNDEZ DE HENESTROSA, todas ellas manuscritas, es preciso citar las que se conservan en el fondo histórico de la Biblioteca Universitaria hispalense, dentro de unos volúmenes misceláneos, que en general corresponden a disertaciones de los docentes salmantinos del segundo tercio del siglo XVII, como el Dr. José Fernández de Retes, o al último tercio de la misma centuria, como los de Diego Becerra o Antonio de Argüelles, todos los cuales fueron donados al Colegio de Santa María de Jesús sevillano, a principios del siglo XVIII, por su cognado Cristóbal Fernández de Henestrosa Afán de Rivera (78).

Siguiendo el esquema de intervenciones académicas en las aulas universitarias, recordaba entre otras actividades, propias de los pretendientes que aspiraban a la regencia de alguna de sus cátedras, o de los bachilleres que preparaban su licenciatura, las lecturas de extraordinario, o las *relectiones* solemnes o repeticiones, previas al grado de licenciatura, que eran los de mayor nivel en el Estudio, y permitía a los graduandos juntamente con los asistentes, una ocasión muy propicia para enriquecer sus conocimientos.

Señalaba ALONSO ROMERO (79), que las lecturas extraordinarias permitían atender a las partes del *Corpus Iuris* que no se atendían

(78) Tenemos la sospecha que Juan FERNÁNDEZ DE HENESTROSA fue colegial de esa institución hispalense, antes de incorporarse a la Universidad de Salamanca, aunque no hemos podido verificar este extremo.

(79) ALONSO ROMERO, M. P., *Ius Commune y Derecho patrio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos. Trayectoria docente y métodos de enseñanza de Antonio Pichardo Vinuesa, Juan de Solórzano Pereira, Francisco Ramos del Manzano y José Fernández de Retes*, en *El Derecho y los juristas en Salamanca. En memoria de Francisco Tomás y Valiente*, Salamanca 2004, pp. 60-61.

con las ordinarias, pero además eran una ocasión propicia para acercarse de modo más directo a la realidad jurídica de su tiempo, ya que venían a constituir su objeto específico en muchas ocasiones, como ocurre con el tratado que nos ocupa (80). Eran frecuentes las lecturas públicas después del bachilleramiento, analizando y comentando los textos jurídicos que señalaba el rector, y a ello obedece en conjunto su aportación doctrinal manuscrita.

Las *repetitiones* o *relecciones*, en su mayor parte obra de los docentes, era una obligación principal de los bachilleres que preparaban su licenciatura, porque servían para apreciar el manejo de la dialéctica como método de discurso y debate, así como la amplitud de conocimientos del que exponía.

No obstante, la frecuente adquisición del grado mayor en otras Universidades, denominadas Menores, como la de Santo Tomás de Ávila, después de haber cursado en Salamanca, explica que hayan sido pocas las *repetitiones* realizadas por los discentes durante este período cronológico, a diferencia de los catedráticos, que estaban obligados estatutariamente a una elección anual, sobre las materias asignadas dicho año (81).

Enumerando los tratados, lecciones o cursos de extraordinario, de los que es autor el legista gaditano-astigitano, los cuales fueron impartidos en las aulas salmantinas por Juan FERNÁNDEZ DE HENESTROSA,

(80) No se puede olvidar que uno de los aspectos, relativo al elenco de méritos de los candidatos en las oposiciones y concursos, consistía en la masiva afluencia de estudiantes en dichas clases, porque servían como índice para demostrar el interés que había causado su propuesta, ya que no eran clases regladas, y servían como una muestra del grado de aceptación entre los discentes matriculados, especialmente.

(81) Vid. ALONSO ROMERO, M. P., *A propósito de lecturae, quaestiones y repetitiones. Más sobre la enseñanza del Derecho en Salamanca durante los siglos XVI y XVII*, en Las Universidades hispánicas, vol. I, siglos XV-XVII, Salamanca 2000, pp. 62-81.

mientras fue alumno-becario o huésped del colegio Mayor de Cuenca (82), se conservan, al menos (83), los siguientes (84):

- A. *Tractatus de carboniano edicto* (85).
- B. *Selecta tractatio ad Senatusconsultum Libonianum* (86).
- C. *Quid sit prodigalitas et quem prodigum intelligi teneamus* (87).

(82) En la síntesis de la institución que realizó la diócesis salmantina a principios del siglo xx, es sorprendente la relevancia histórica del colegio fundado el año 1500 por el cardenal Diego Ramírez, obispo de Málaga y Cuenca, además de cardenal, que había sido colegial del Mayor de San Bartolomé en la ciudad del Tormes. Los colegiales de Santiago el Zebedeo, con manto y beca morados, se elevan, si nos fijamos en datos numéricos, para no descender a biografías particulares, a seis cardenales, un patriarca, veinte arzobispos, sesenta obispos, cuatro inquisidores generales, seis comisarios generales de la Santa Cruzada, cinco maestros de reyes y príncipes, dos auditores de Rota y cámara, dos gobernadores del reino, ocho consejeros de Estado, dos secretarios de estado, seis embajadores, ocho vierreyes, tres capitanes generales, ocho presidentes de audiencias, siete presidentes de Castilla, uno de Aragón, uno de Indias, dos de Italia, cincuenta y siete consejeros de Castilla, diez del supremo de Guerra, etc., veintiseis alcaldes de casa y corte, doce presidentes de la Real chancillería de Valladolid, nueve de Granada, catorce de las audiencias de Indias y contratación de Sevilla, etc., sin olvidar ciento cincuenta y dos catedráticos de la Universidad de Salamanca, de los cuales dieciséis fueron de Prima, y treinta y seis escritores. *Estadismo de la diócesis de Salamanca, dispuesto de orden del Reverendísimo prelado por su secretaría de cámara. 1902*, Salamanca, imp. de Calatrava, 1902, pp. 88-90.

(83) Hemos examinado el elenco de juristas que dentro de la especialidad del Derecho canónico destacaron en Salamanca, conforme a las investigaciones del P. Antonio GARCÍA Y GARCÍA, aunque no se cita al astigitano-gaditano que nos ocupa. *Vid. GARCÍA Y GARCÍA, A., El Derecho Canónico en Salamanca en los siglos xv-xvii*, en ZSS für Rechtsgeschichte 118 (2001) 386-441.

(84) Además de la información telemática que facilita la página web de la Universidad de Sevilla, en su fondo histórico, están descritos sumariamente por CASTILLEJO BENAVENTE, A., *Manuscritos jurídicos de la Biblioteca Universitaria de Sevilla*, Utrera (Sevilla), Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1986.

(85) D. 37, 10 y C. Iust. 6, 77.

(86) D. 48, 10.

(87) Estos tres estudios precedentes, obra del legista Juan de Henestrosa, están en la B General, de la Universidad de Sevilla, ms. sign. A

D. *Ad titulum de institoria actione* (88) *academicus commentarius...* per D. D. Joannem de Henestrosa Conchensis Collegii alumnus nunc autem granatensis cancellariae togatum.

E. *Tractatus methodicus De sistendo cursu usurarum ad legem si per te nonam Codice de usuris* (89).

F. *Utilis tractatus de nauticis usuris. Pro explicatione textus in capite Naviganti de usuris* (90) *et totius tituli Digestorum* (91) *et Codicis* (92) *de nautico foenore.*

G. *Ad textum in lege centum, capite 8. Digestorum* (93) *de eo, quod certo loco dari oportet* (94).

II. 2. El manuscrito hispalense "De nauticis usuris"

Una cuestión preliminar sucinta se refiere al título, que compar-ten otras obras antes citadas, y concierne al término: "*tractatus*". En nuestro caso se adiciona con el adjetivo "*utilis*", poniendo el acento en el carácter práctico de su objeto, mientras en el precedente, relativo a la usura, añade "*methodicus*", para resaltar su enfoque de análisis sistemático, siguiendo el planteamiento de Hugues Doneau, cuyas enseñanzas son una constante y referente principal en sus fuentes doctrinales de la Edad Moderna.

333/176, corresponden a los folios 271r-295, 302r-308r y 314r-317v, respectivamente.

(88) D. 14, 3.

(89) C. Iust. 4, 32, 9.

(90) X 8.6.

(91) D. 22,2.

(92) C. Iust. 4,33.

(93) D. 13, 4, 8.

(94) Los cuatro títulos anteriores corresponden al ms. A 330/068, y los respectivos folios: 198r-260v; 269r-274r; 276r-288r; 292r-297r. *Vid.* CASTILLEJO BENAVENTE, A., *Manuscritos jurídicos...*, *op. cit.*, p. 51, números 6-9. En algunos manuscritos misceláneos sevillanos de esta procedencia se conservan lecciones y explicciones de Francisco Ramos del Manzano, ms. A 330/085, maestro de Retes, al que no llegó a escuchar en el aula Fernández de Henestrosa, pero contienen otras lecciones "de la mano" del jurista gaditano, como una obra de Ildefonso DE NAVARRO Y FIGUEROA e Ildefonso FERNÁNDEZ DE MEDINA, *de praescriptionibus Decretalium* 2.º título 26 y de Francisco DE LUNA, *Ad rubricam De causa possessionis et proprietatis*: ms. A 330/071, fols. 105r-125r y 126r-149v.

Recordaba el P. ANTONIO GARCÍA (95), al tratar de los géneros literario-jurídicos utilizados ya por los glosadores y comentaristas de la Baja Edad Media, que junto a las *lecturae*, *repetitiones*, *summae*, *quaestiones*, *responsa*, *distinctiones*, o *generalia*, entre otros varios, se encuentran los tratados sobre temas o materias especiales, cuyo enfoque metodológico no consiste en comentar un texto legal de modo continuado, sino que el autor “trata monográficamente de una materia determinada aduciendo para ello todos aquellos textos legales disponibles sobre el tema objeto de estudio”, tal como verificamos, con toda propiedad, a tenor del manuscrito que transcribimos y examinamos.

La ubicación del texto monográfico dentro de un volumen misceláneo de la BG de Sevilla, permite observar que está incorporado a continuación del que se intitula “*Tractatus methodicus de sistendo cursu usurarum, ad legem si per te, nonam Codice de usuris*”, lo que era lógico para el redactor de las obras, porque el hilo conductor se encuentra, en el primero de los tratados, en el análisis de una constitución imperial del Código justiniano, 4, 32, 9, concerniente al instituto de la usura:

Si de tí no depende que no pagues el importe de los intereses menores dentro de los plazos prefijados, sino que es debido a los tutores de los hijos del acreedor, que no han querido recibirlo, y esto lo hubieras probado ante el juez nombrado, no podrán exíjsete los intereses mayores por el tiempo en el que se verificó que no dependió de tí el realizarlo. Porque si depositaste el capital adeudado, no podrán reclamarte los intereses desde la fecha en que realizaste el depósito.

Finalizada su disertación analítica sobre este precepto legislativo de la Compilación justiniana, que inicialmente fue objeto de explicación docente a los alumnos de su clase de extraordinario en las aulas salmantinas, tal como reconoce el propio legista: “*Et cum semper praeclara sit, studiosisque utilis et necessaria, maiori qua*

(95) GARCÍA Y GARCÍA, A., O. F. M., *Transmisión de los saberes jurídicos en la Baja Edad Media*, en Educación y transmisión de conocimientos en la Historia, coord. por P. BURKE, J. L. MARTÍN, T. NAVAS RODRÍGUEZ, J-L GUEREÑA y otros, Salamanca, s. a., separata, pp. 25-41, especialmente pp. 37-38..

*possim, nostrum textum exponebo, et ut ita depingamus speciem quae obveniar vobis **como pintada***" (96), a continuación examina el conjunto normativo, procedente del Derecho común, Romano-Canónico, acerca de las disposiciones concernientes al interés del préstamo marítimo.

FERNÁNDEZ DE HENESTROSA señala previamente tres aspectos incidentales de interés: en primer lugar, su intención de contribuir a la mejor formación de sus oyentes, que es el móvil principal del esfuerzo emprendido con su trabajo intelectual; en segundo lugar, que esta materia no era de frecuente exposición de las clases universitarias (97), lo que muestra fehacientemente que no eran objeto de lecciones "ordinarias", aunque ello no significa que fuera un asunto insignificante; en tercer lugar, es consciente de la relevancia y callada utilidad que obtendrían los *auditores* de sus explicaciones, a los que pretendía "*suavius allicere ac utilius oblectare*".

II. 2. 1. Estructura del Tratado y consideraciones metodológicas

La materia "*De nauticis usuris*" se distribuye, por el propio autor, en veinte ordinales, sin que tengan rótulo propio, ni una rúbrica

(96) BU Universidad de Sevilla, Ms. A 330/068, fol. 269r.

(97) Ello implica que ya se impartían cursos y explicaciones en el Estudio salmantino referidos a la usura, que no se encuadraban en la programación general prevista para la formación de sus juristas, de lo que es buena muestra el manuscrito misceláneo, perteneciente a los apuntes tomados por los estudiantes José y Francisco de la Torre, asistentes a la docencia de Fernández de Retes, y conservado en la biblioteca general universitaria de Valladolid: "*Feriata selectio ad explicationem nobilis anthinomiae... de actionibus empti et de usuris. Doctore Don Josepho Fernandez de Retes... Scriptorum Don Francisco de la Torre... anno 1657*". UVA. Biblioteca histórica de Santa Cruz, sign. U/Bc ms. 069. *Commentarii iuridici diversi* (1654-1660), n. 9, fols. 369r-374v. A tenor de la fecha del documento, es evidente que el gaditano-astigitano aún no había llegado a la ciudad del Tormes. Hay testimonio de otras enseñanzas precedentes en las aulas salmantinas relacionadas como la usura, como las de Matías González de Sepúlveda, del año 1609, en el manuscrito misceláneo *Lecturae Juris civilis*, de la misma Biblioteca Histórica de Santa Cruz de la UVA, sign. U/Bc, Ms. 217, fols. 150r-176r, y el del Dr. Frechilla, en la última década del siglo XVI, fechado en 1594: UVA. Biblioteca Histórica de Santa Cruz. *Quaestiones Juris Civilis et Juris Canonici*, sign. U/Bc, Ms. 072, fols. 342r-373v.

independiente, que permita la síntesis personal de su redactor, en la que se exprese abreviadamente el contenido de dicho apartado.

No obstante, hay un notorio esquema del legista-canonista a la hora de presentar su disertación, sirviéndose del método escolástico, como demuestra el inicial *status quaestionis* y la remisión a una bibliografía sumaria, que estima relevante en la formación de sus oyentes.

Entre las obras que se relacionan, a partir de la conexión con el fragmento jurisprudencial romano de Modestino, contenido en D. 22, 2, 1, en el que se define la *pecunia traiectica*, llama mucho la atención que los tres primeros autores sean corifeos del Humanismo jurídico europeo: CUJAS, DONEAU y HOTMAN. No obstante, también agrega otros autores selectos, ya que no presenta una lista prolija ni indiscriminada, sino que sus nombres son bien conocidos en su tiempo, especialmente en el ámbito del Derecho canónico, en ambos Derechos, o de la Teología, tanto en la Dogmática como en la Moral, con directa repercusión en la Economía, como son el Dr. NAVARRO Y COVARRUBIAS, por ejemplo, o BONACINA, AZOR o SALMASIO, sin olvidar a Juan BAUTISTA LUPO (98).

(98) Algunos autores que trataron monográficamente la cuestión de la usura no aparecen citados en el manuscrito, como vemos, a modo de ejemplo, en Honorato Leotardo, autor de dos obras ampliamente utilizadas en aquel momento: *Liber singularis de usuris et contractibus usurariis coercendis*, Lugduni, sumpt. L. Anisson et socios, 1649, o la intitulada *Quid Ius Iustinianaeum de usuris statuerit*, Lugduni, sump. L. Anisson, 1662, así como la de VON HAGENS, Ch., *Tractatus de usu usurarum et annuorum reddituum, ac interesse, vero et justo, Jure divino, naturali, gentium, Canonico, Civili, Novellarum Constitutionum Imperii, consuetudinario et statuario permissio ac licito, deque causis ex quibus debentur, et deberi desinunt, ac mora, et actionibus pro illis exigendis competentibus, item contractu antichreseos*, Witterbergae, typ. J. W. Fincelii, 1631, y trata del *foenus nauticum*, lib. I, nn. 11-16, pp. 9-10: *Nauticum foenus est quod ex nautica sive traiectitia pecunia, vel ea, quae huic similis est, debetur, et etiam maritimum foenus dicitur, cf. cap. IV n. 47 y ss. Traiecticia sive nautica pecunia est quae creditoris periculo trans mare vehitur, sive eadem sive merces ea comparatae, reportentur, hoc pacto mutuo data, ut salva nave, cum foenore reddatur: naufragio autem facto et sors et spes lucri creditori pereat. Ibid.*, pp. 75-76: *Iure canonico, cum hujusmodi usura non praestetur propter officium mutationis, vel ratione mutui, nec propter usum pecuniae, nec propter nudum interesse, interusurii temporis, sed ob aliam justissimam causam, videlicet pro periculo, contra naturam mutui spectante ad creditorem, cujus peri-*

Su especial vínculo con la Universidad de Salamanca, permite entender que junto a varios maestros del Estudio del siglo *xvi*, que acababa de referir, como AZPILCUETA o Diego DE COVARRUBIAS, recuerda y remite de inmediato a un experto *in utroque iure*, pero además gran conocedor del Derecho patrio, incluso de la legislación más moderna, como era el placentino y doctoral de Ciudad Rodrigo, Juan GUTIÉRREZ (99), quien sirve al gaditano-astigitano para precisar el significado estricto del término usura: *usuram esse lucrum pretio aestimabile a mutuo immediate proveniens*.

Definido el concepto de usura, se exponen a continuación los requisitos o elementos sobre los que se asienta: que haya lucro proveniente del interés y que se estime en dinero; que provenga del mutuo y, finalmente, que el origen del mismo sea inmediato. A fin de fundamentar su aserto, acude a dos teólogos muy relevantes, como el dominico Domingo de Soto y el jesuita Leonardo Lessio, pero también a los canonistas Nicolás de Tudeschis y Juan Andrés,

culi suscepti usura centesima est, pretium respectu debitoris justissimum: tum propter multitudinem et magnitudinem periculorum maritimorum et similium, tum quia centesima non currit nisi quamdiu durat periculum, quod saepe tempus est exiguum, tum quia debitor pro modico hoc pretio et compensatione periculi, saepe magnum quaestum facite pro tanto periculo et beneficio creditoris, modicum illud etiam ipsa natura, Divino ac humano jure dictante, persolvere potest. Este autor analiza a continuación el cap. *naviganti de usuris* de las decretales, para dar una explicación fundada de su disposición, *ibid.*, pp. 76-80.

(99) Sobre la formación académica salmantina de este placentino-mi-robricense, en el segundo tercio del siglo *xvi*, *vid.* GARCÍA SÁNCHEZ, J., Juan Gutiérrez, abogado y jurista placentino, graduado en leyes por la Universidad de Salamanca, en la Revista Alcántara (Extremadura), números 8 (primera parte art.) y 9 (segunda parte art.), año 1986, pp. 7-21 y 37-50; *id.*, *Anotaciones a la "vida y obra del Dr. Juan Gutiérrez"*, en Salamanca. Revista provincial de Estudios, 24-25 (1987). 83-111; *id.*, *Juan Gutiérrez: jurisconsulto español del siglo xvi, intérprete del Derecho romano en materia financiera*, en *Ius Commune*, año 1987, pp. 57-99 y en *RIDA*, año 1987, pp. 103-160.

que habían tenido trascendencia legal en el Derecho patrio (100), ya que ambos eran relevantes comentaristas de las decretales.

El resto de los puntos, que son objeto de su reflexión, comienza con la causa de la aparición de la usura y su prohibición. Este plan-

(100) El rey Juan II dispuso en 1427 que en los tribunales, y para llenar las lagunas legales, se pudiera alegar la doctrina de Juan Andrés y de Bártolo de Saxoferrato, aunque en 1499 se admiten, además, la de Baldo degli Ubaldi y la del Abad Panormitano, si bien en la primera de las Leyes de Toro, del año 1505 se pretendió retroceder a la regulación de Alfonso XI, del año 1348, que en el Ordenamiento de Alcalá, título 28, ley 1, dispuso como única fuente, para suplir lagunas legales, a la potestad del monarca, prescindiendo del *Ius Commune*. Este proyecto legislativo se pudo evitar por su inclusión a través de vías indirectas, como eran la doctrina jurídica y las decisiones judiciales. Cf. PÉREZ-PRENDES MUÑOZ DE ARRACO, J. M., *Historia del Derecho Español*, t. II, Madrid 1999, pp. 1180-1181. Por lo que concierne a la legislación hispana respecto de la usura, además de la Nueva Recopilación, se debe citar la siguiente normativa: "Las Siete Partidas: No se dice usura quando uno recibe menos de lo que da, y que si recibe mucho mas. No sea enterrado en sagrado el usurero que muriere en aquel trato. El usurero es infame. Ordenamiento de Alcalá, título 23, ley 1: Qualquiera cristiano que de alguna cosa a usura, por la primera vez pierda lo que dio o presto, y sea de aquel que lo recibió con otro tanto mas repartido en tres partes, una para el acusador y las dos para la Cámara: por la segunda pierda la mitad de sus bienes en la misma suerte; y por la tercera repartidos en la misma forma: la misma pena se entienda en las usuras paliadas, como v. gr. El que vendiere a alguno alguna cosa con pacto de retrovenderla por el mismo precio en el plazo que contrataren; y mientras que goza de los frutos y esquilmos que diere ella, en tal caso el vendedor cobre del comprador lo que vendió, con mas los frutos y aprovechamientos de la misma de todo el tiempo que la tuvo en su poder, y la pena sobredicha, siendo suficientes para la prueba de este delito tres testigos singulares de propio hecho. Recopilación, libro 8, título 6, ley 4. D. Alonso en Alcalá y D. Enrique III: El cristiano que diere a usura, pierda todo lo que diere, y sea para el que recibió el empréstito, y dé otro tanto, para el acusador tercera parte, y las otras dos partes para la Cámara; y si condenado reincidiere segunda vez, pierda la mitad de sus bienes, la tercera parte para el acusador y las otras dos partes para la Cámara; y si condenado en la segunda diere a logro, pierda sus bienes, y partan como dicho es: los contratos usurarios hechos hasta aqui, que no son pagados, y han recibido los que los dieron mayor quantia de lo que dieron, y les ficnare alguna quantia por razon de ellos, siendo hallaro que recibieron lo que prestaron, no tomen mas. Si alguno vendiere a otro alguna cosa, y pusiere con el que se vuelva por el mismo precio con que no pudiese dar el precio que recibió hasta cierto tiempo, y entretanto gozase de los frutos, tal contrato sea usurario, y el

teamiento le lleva a incorporar los primeros textos de las fuentes literarias greco-latinas, tal como insertará con gran profusión en otros apartados del tratado, al referirse, en este momento, a las Noches Áticas de Aulo Gelio.

Puesto que estaba explicando ante unos estudiantes de Derecho canónico, manifiesta un gran respeto por los tratados *de Iustitia et Iure* (101) y las clasificaciones de los canonistas sobre esta cuestión, diferenciando la usura real de la mental, la expresa de la paliada, siempre con la continua referencia a las disposiciones de las Decretales, junto a un grupo reducido de teólogos-juristas, entre los que llama la atención que incluya como novedad al hispano de la centuria precedente Juan de Medina, así como introduce ya las citas bíblicas, y la máxima autoridad de la Teología, como era la *Suma* de Santo Tomás, junto al jesuita granadino Francisco Suárez, ambos en relación con la simonía, sin dejar de citar el texto medieval español de *Las Partidas* y la glosa de Gregorio López.

Desde el punto de vista metodológico, podemos observar cuatro características, que son comunes a la Escuela de los teólogos-juristas salmantinos, o de los juristas-teólogos de la misma corriente doctrinal, que aducen abundantemente los fundamentos teológicos, a lo largo de los siglos XVI y XVII, a partir de fray Francisco de Vitoria,

vendedor cobre lo que vendió pagando el precio, y se le cuenten en el precio los frutos. Y por ser este delito de difícil prueba, si los testigos fueren dos o mas, aunque sean singulares, siendo dignos de fe, y concurriendo presunciones hacen suficiente prueba; pero no tomen cosa alguna, salvo si lo tomen plenamente, si no esta prueba basta para el derecho de la Camara y acusador. Ley 5: Los Reyes Católicos en Toledo, año 1480, l. 93. Confirma la anterior en lo que toca a penas, salvo la distribucion de bienes que son para la Camara la mitad, y la otra mitad para los muros ya cusador, y si no los hubiere para edificios públicos. El usurero es infame para siempre, e incurra en las penas anteriores. Autos dispersos: las obligaciones de pagar a mas del cinco por ciento son usuras". PÉREZ Y LÓPEZ, A. X., *Teatro de la legislacion universidad de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas; y alfabetico de sus titulos y principales materias*, t. XXVIII, Madrid, imp. de A. Espinosa, 1798, pp. 351-361.

(101) Vid. por todos, BARRIENTOS GARCÍA, J., *Los tratados de legibus y de iustitia et iure en la Escuela de Salamanca de los siglos XVI y XVII*, en *Salamanca. Revista de Estudios* 47 (2001) 371-415.

aduciendo además tanto la doctrina de los Concilios como las aportaciones de los Santos Padres de la Iglesia (102):

En primer lugar, su punto de partida en el tratado consiste en un examen directo de las fuentes normativas, entre las que establece una prioridad en los textos jurídicos romanos, pero desde una perspectiva de complemento, entre Derecho civil, Derecho canónico y Derecho patrio, aunque en su mayor parte sean reglas jurídicas provenientes del *Ius Caesareum* o Justiniano, sin que falte ninguna relevante, que afecte a la materia tratada, y se encuentre en las diferentes partes del *Corpus Iuris Civilis*, lo que no es obstáculo para que prevalezcan entre sus remisiones, de forma muy destacada, los fragmentos jurisprudenciales del derecho clásico, recogidos en el Digesto.

Del mismo modo, aunque en el Derecho de la Iglesia tenía un lugar preeminente el conjunto de reglas jurídicas provenientes de las Decretales, siguiendo un estilo de formación, heredado en Salamanca desde la llegada de Azpilcueta, en el primer tercio del siglo XVI (103), no es una mera anécdota que el tratado de Henestrosa incorpore la cita de fragmentos pertenecientes al Decreto de Graciano, y consecuentemente las respectivas glosas (104).

(102) En un estudio elaborado por un discente salmantino no podía faltar un examen particular de algunas afirmaciones referidas en los escritos de los Santos Padres, porque la Patrística ocupaba una de los principales soportes de la argumentación teológico-jurídica. En esta materia de la usura, tiene significado especial un fragmento de San Ambrosio, acerca de cuyas palabras existía amplia discusión entre sus intérpretes, ya que se debatía incluso su autoría, mostrando Henestrosa, en su Tratado del interés marítimo, un conocimiento riguroso de las obras del citado Padre de la Iglesia, y fundamentando su punto de vista.

(103) Acerca de su vida y obra, *vid.* por todos DE DIOS, S., *La doctrina sobre el poder del príncipe en Martín de Azpilcueta*, en *El Derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX)*. En memoria de Francisco Tomás y Valiente, Salamanca 2004, pp. 461-494.

(104) Antonio GARCÍA puso de manifiesto que aunque el término Recepción se suela aplicar prevalentemente a la del Derecho romano en el Derecho canónico, y de ambos en los derechos seculares de la Baja Edad Media, sin embargo “*hubo otras muchas más recepciones intra muros del propio derecho canónico medieval, que se producen en los más variados sentidos: del derecho universal en el universal, de éste en el particular, del particular en el universal y del particular en otro particular, por lo que son descendentes y ascendentes, según los casos, además de otra horizontal de textos*”

Por lo que se refiere al Derecho español, se cita el código alfonsino de Las Siete Partidas, dada su intensa romanización, aunque en la doctrina hispana de la Edad Moderna no se entiende sin la glosa de Gregorio López, tal como ejecuta el legista andaluz, sin olvidar la legislación regia contenida en la Recopilación de Felipe II.

En segundo lugar, siguiendo la óptica de análisis de los humanistas, es notable la amplia presencia de los autores greco-latinos, que como fuentes literarias permiten entender con mayor precisión algunas disposiciones jurídicas y, en otras ocasiones, el conocimiento de un dato histórico previo a la valoración normativa (105). También en este apartado se citan poetas y oradores, historiadores y gramáticos, aunque sorprende la ausencia de Cicerón.

En tercer lugar, de las dos corrientes doctrinales de interpretación jurídica vigentes en Europa desde la Recepción, *mos italicus* y *mos gallicus* (106), es indudable que mezcla ambos criterios, pero

disciplinares de una iglesia particular en la de otra particular, que no estaba bajo jurisdicción de la primera, siendo válido el principio de los escolásticos medievales: quidquid recipitur ad modum recipientis recipitur", adaptándolo a sus necesidades, y ello implicó las manipulaciones de textos normativos. Vid. GARCÍA Y GARCÍA, A., *Tradiciones textuales en el Derecho Canónico Medieval*, en Proceedings of the Tenth International Congress of Medieval Canon Law, Syracuse-New York, 13-18 August 1996, Città del Vaticano 2001, pp. 1-26.

(105) Resulta de interés la atención explícita al término calendario y fiestas mensuales romanas, ya que para Henestrosa era más relevante la data. Sin embargo, como señala HUMBERT, el primero de esos términos, entre otras varias acepciones, indica el libro registro que utilizaban los romanos para asentar los vencimientos de los intereses devengados por las sumas de numerario prestadas o recibidas en préstamo, de modo que la costumbre era de satisfacer los intereses en las calendas. Se trataba de un libro distinto a los *adversaria* y al *codex accepti et expensi*, donde se anotaban los *nomina transcriptitia*, existentes en las grandes familias romanas. Este sistema de registro era igualmente utilizado por los municipios, asentando en el calendario los capitales dados a interés y sus vencimientos, encargando de su gestión a un *quaestor* o *curator calendarii*, que estaba encargado de hacer los préstamos comunales. HUMBERT, G., en *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, D-S, t. I, 2.^a parte, letra C, Graz 1969, p. 822, s. v. *calendarium*.

(106) Sobre la presencia en Salamanca, durante los siglos XVI y XVII, de las dos grandes corrientes interpretativas en el ámbito jurídico, comentaristas y humanistas, vid. por todos, DE DIOS, S., *Tendencias doctrinales en la época de la jurisprudencia clásica salmantina*, en Salamanca. Revista

se decanta por este último, insertando puntualmente un análisis histórico-crítico de las fuentes, combinando el criterio filológico y textual con otros, tales como el sistemático, el lógico, el legislativo o el teleológico, sin caer en el abuso del criterio interpolacionístico de finales del siglo *xix* y principios del *xx*, con una premisa hoy asumida por el romanismo de nuestros días (107).

En cuarto lugar, la doctrina que examina para construir su tratado resulta muy heterogénea, pero demuestra la amplia formación intelectual del autor, así como la puesta en práctica de la definición clásica de Ulpiano respecto a la jurisprudencia, al combinar lo teológico con lo jurídico, lo histórico con lo socio-económico, lo normativo con lo pedagógico, pero siempre al servicio del criterio de lo que es justo: *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (108).

II. 2. 2. Contenido principal del *Tractatus utilis de usuris nauticis*

El primer objetivo del gaditano era demostrar, en un principio general, la prohibición jurídica de la usura y su falta de licitud en cualquier caso, de modo que demuestra este aserto con citas del Antiguo y Nuevo Testamento, además de las grandes elaboraciones teológicas del Bajo Medievo, con remisión al Doctor Angélico y a Pedro Lombardo, pero adicionando los comentarios del cardenal Ca-

de Estudios 47 (2002) 285-311. Este autor llega a afirmar: “por la obra de unos y otros, notables maestros y estudiantes, canonistas y civilistas, cabe deducir que el *mos italicus* fue predominante, aunque no puede negarse que otros juristas, en mayor número de lo que se venía presuponiendo, se movían en el ámbito del humanismo jurídico y de las corrientes teóricas”.

(107) El fragmento jurisprudencial contenido en el *Digesto* debe asumirse, como premisa, tal cual se encuentra en su redacción transmitida desde la Edad Media, y la tarea del jurista actual no consiste en cambiar la literalidad, buscando tribonianismos, tal como hizo la investigación de finales del siglo *xix* y principios del *xx*, para armonizar o tratar de compaginar fragmentos diversos, del mismo o de otro jurista, sino de acumular las aportaciones de los estudiosos de diversas corrientes, desde la glosa y los comentaristas, hasta el momento del autor del Tratado que consideramos, para profundizar en el criterio seguido por el autor del *responsum* y llegar a entender, con la mayor fiabilidad posible, su dictamen.

(108) D. 1, 1, 10, 2. Ulpiano.

yetano y las aportaciones de un tratado perteneciente a Feliciano de Solís, sin olvidar cómo desde el plano del Derecho divino no es lícito prestar a interés, de forma que si en algún texto bíblico se permitió a los israelitas ejecutarlo con los extranjeros, nunca se debió a la licitud intrínseca del negocio, sino solamente a su carácter conyuntural y extrínseco.

Esta doctrina revelada se reitera con mayor nitidez en las enseñanzas del Evangelio, y fue asumida por los concilios desde los primeros siglos, aunque la mayor parte de las sanciones contra los usureros se especificaron en la Baja Edad Media. Como buen estudioso y conocedor de la tradición cristiana, pone énfasis, en este ámbito, en el concilio de Elvira (109), cuyo cn. 20 regulaba esta materia, lo que permite al legista andaluz un *excursus* acerca de las discrepantes opiniones de los historiadores de la Iglesia, a la hora de datar su celebración, sobre cuya materia no se pronuncia tajantemente, sino que deja clara su celebración anterior al concilio de Nicea, para concluir con la decretal, aprobada en el concilio Lateranense tercero, en la cual se fijaron las penas más graves contra los usureros, con una cita directa en las fuentes normativas canónicas, y secundariamente a la doctrina, representada por el jesuita Rebello, y uno de sus referentes habituales en esta materia, Pierre Gregoire (110).

(109) Vid. GARCÍA SÁNCHEZ, J., *El Derecho romano en el concilio de Elvira (siglo IV)*, en *Studia Ephemeridis Augustinianum. I Concili della cristianità occidentale* 78 (2002) 589-606.

(110) El principal autor que le sirve de fuente doctrinal, además de los hispanos, teólogos y juristas, es Pedro Gregorio, tolosano, en su obra GREGORIO, P., *Syntagma iuris universi, atque legum pene omnium gentium, et rerum publicarum praecipuarum*, in tres partes digestum, in quo Divini et humani Iuris totius, naturali ac nova methodo per gradus, ordineque materia universalium et singularium, simulque iudicia explicantur, Colloniae Allobrogum, exc. Ph. Albert, 1611, pp.396-401, cap. 3: "De foenere seu de usurario mutuo et de usuris". Entre los puntos que trata, además de la diferencia entre mutuo y foenus, porque uno no implica en sí el interés y el otro sí, define la usura "quicquid praeter sortem principalem ob eamdem capitur, sive pecunia sit, sive gratia, sive aliud quidquid... dicitur ratione usus. Usurae iure divino prohibita", en el núm. 10 y en el 11: "usurae prohibita sunt iure pontificio", y define los intereses: "as quid et in quot uncias vel partes dividatur. Usurae unciales, sextantes, quadrantes, trientales, quincunces, semisses, septunces, besses, dodrantes, dextantes, deunces, usurae maio-

Si la usura estaba prohibida, como principio general, en la Biblia y Santos Padres, dedica mayor atención a la normativa jurídica reguladora de esta materia, mostrando un gran conocimiento de las fuentes romanas, que empieza con las XII Tablas y el *foenus unciarum* como tope máximo del interés permitido. Puesto que se trata de una legislación del siglo V a. C., para acreditar su existencia y vigencia no duda en aportar las noticias que transmiten Tito Livio, Cornelio Tácito, Suetonio y Eliano, junto a Platón y Aristóteles, confirmando la licitud de un interés legal a través de diversos fragmentos del Digesto de Justiniano, el cual se justifica "*ad maius evitandum malum*", ya que era el recurso indispensable para aportar un capital, con el cual atender las necesidades humanas. Corroborar este aserto con un texto del teólogo dominico Domingo de Soto: "*In Republica ad eius conservationem mala permissa inveniuntur*", lo cual recuerda la *regula iuris* justinianeas, perteneciente al jurisconsulto Paulo, en D. 50, 17, 144: "*non omne quod licet honestum est*".

Con este origen de la usura, ya reconocida como lícita en Derecho romano, el legista y canonista presenta un *excursus* acerca de la aparición de dicha tasa de interés, computado mensualmente, y la fragmentación de la misma, con su terminología propia, en línea con los humanistas, apoyados en la Filología (111).

res, minores, mediae, usurae centessimae quibus permissae fuerunt", y en el núm. 47: "usura nautica, traiectionis marina quid", y lo desarrolla en los puntos siguientes: "Traiectionis pecunia est, quae trans mare vehitur. Ceterum si eodem loco consumatur, non erit traiectionis, pro traiectionis pecunia, et merces sunt pecunia data comparatae et transvehendae. Verum observamus non sufficere pro exigendis centesimis usuris cautum esse, et res, vel pecunia tali loco transferentur, vel redderentur, nisi adiunctum sit quoque, ut periculo creditoris transferentur... Quare non debentur usurae istae, nisi a tempore periculi suscepti, videlicet navigationis, ex quo finita suspitione periculi desinunt deberi centesimae et ad creditorem periculum pertinere incipit et tantum communes petuntur. Omnem rationem et causam maritimarum usurarum invenies explicatam apud Iustinianum in Novella 130, ubi et inter ceteras rationes cur ita magnae essent illae duae comprehenduntur, quod telonea seu vectigalia navigantibus solvenda essent, et in eo, ratione eius quod interest, probarentur, si nunc ex transvectione pecuniae vectigalia debeantur: item propter periculum fortuitorum casuum", y a continuación examina el cap. Naviganti de las Decretales y su interpretación.

(111) HOTOMANUS, F., *De usuris libri duo*, Lugduni, apud Io. Frellonium, 1551, pp. 68 y ss.: "Statuendum esse aliquem usurarum modum: et quis

Por este motivo, recuerda el as hereditario, y su analogía con el interés total, para fraccionarlo ulteriormente en uncias, que por su cuantía reciben las denominaciones de sextantes, si son el dos por ciento; quadrantes si son el cuatro por ciento, trientes si consisten en el tres por ciento (112), pero siempre dando el soporte legal, con remisión a diversos fragmentos del *Corpus Iuris Civilis*, incluyendo las Novelas (113).

modus olim a Romanis constitutus, Quae sit usura centesima, semis, uncia-
ria, drachmalis etc. quae maxima, levis, legitima, mediocris... p. 71: usura
quae summa esset, nimirum quum ex centum denariis singulis mensibus
singuli denarii solvuntur, assem apoellatam esse: proptereaue, quasi ad
Assis rationem illius partes, id est, alias usuras minores appellationem sup-
sisse... p. 72 usura est quae vulgo centesima ideo appellatur, quod singulis
pensionibus unus denarius penderetur, qui denarius, si ad sortem, quae ad
centum redacta est respexerit, erit centesimus... p. 74 Quum usura cen-
tesima sit as usurarum, ideo factum est, ut reliquae usurae ad eius assis,
non autem ad sortis rationem appellationem sumerent, unde si ex ducentis
puta aureis unus aureus singulis pensionibus usurae nomine persolvatur, etsi
haec pars est sortis ducentesima, tamen ea usura nomen ex sortis ratione
non sumit, neque dicetur usura ducentesima, sed quia pars assis dimidia
est, unde appellationem sumit, semis nominabitur. Similiter quum ex trecen-
tis aureis unus penditur, etsi haec quidem pars est sortis trecentesima, non
tamen usura trecentesima nominabitur, sed triens: quum quarta, quadrans,
atque ita deinceps in besse, et quicunce... p. 76 maximae usurae appella-
tione centesimam intelligi volunt... Moderatae usurae dictae sint... semisses
quae civilis ac modica est... leviores appellat quicunces et trientes".

(112) *Vid. SUSA, H., Cardinalis Hostiensis, Summa, 1537, reimpr. Sam-
stadt 1962, fols. 259r-262v: De usuris.*

(113) *HOTOMANUS, F., De usuris libri duo, Lugduni, apud Io. Frellonium,
1551, p. 83: "Usuras ex cuiusque damni ratione moderandas. Nemo dubitat
quin mercatorum et negotiatorum plus intersit, usu carere suae pecuniae,
quam illustris cuiusdam personae. nam illi lucrum ex ea facere consueve-
runt, emendis et vendendis mercibus... Itaque maiores multo usuras ne-
gotiatores deberi, quam illustri personae iustissimum est. Eius rei diligen-
tissime rationem habuit Iustinianus in ea quam modo recitavimus l. eos
de usuris. Nam illustribus quidem personis, trientes tantummodo permisit:
negotiatoribus vero, quorum damnum maius est, besses. Porro iis personis
quae medium locum obtinent, id est, neque negotiationem exercent, neque
honorem illustrium adeptae sunt, medias quoque usuras inter utrasque su-
periores permisit, nempe besses. idque ob eam rem quod hae personae non
solent ex pecuniae suae fructu tantum sibi comparare commodi, quantum
negotiatores assidui: aliquanto tamen amplius quam illustres, qui nullo
modo negotiationem exercent".*

Un buen docente no podía olvidar, en ningún caso, los autores de referencia, y en tal sentido se remite a juristas tan diferentes como Pierre GREGOIRE, Giulio PACE y ACCURSIO, además de clarificar cómo la usura centésima se pagaba el día de las kalendas de cada mes, por lo que era una fiesta triste para los prestatarios, pero muy ventajosa para los mutuantes, tal como señalaron Plutarco, Horacio, Columela y Macrobio, entre los clásicos greco-latinos, pero ya lo habían puesto de manifiesto AMAYA, ALCIATO y BUDEO, entre los humanistas de la Edad Moderna.

Siguiendo la terminología de los fragmentos jurisprudenciales clásicos, que acogen los compiladores de Justiniano, recuerda la divergencia importante entre la usura ordinaria (114), del seis por ciento o *semisses usurae*, y la del préstamo marítimo del doce por ciento o *centesima*, sin olvidar las del banquero del ocho por ciento o *besses*, además de recoger el esquema contractual indispensable para su exigibilidad, ya que el mutuo era un contrato gratuito, y requería *expressa stipulatio usurarum*, como recuerdan CUJAS, DONEAU, y Jean CORAS, quien matiza: "*nisi aliqua adsit ratio specialitatis ob periculum cui exponitur creditor*" y, por lo mismo, el simple pacto era válido en el *foenus nauticum* (115).

(114) Vid. CUQ, E., en *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, D-S, t. V, T-Z, Graz 1969, p. 609, s. v. *usura*. Este autor diferencia los intereses convencionales de los judiciales y de los moratorios. Por lo que afecta a nuestra materia, los más importantes son los primeros, ya que son el resultado de un contrato, denominado *foenus* en época arcaica y más tarde, de ordinario, con la *stipulatio* posterior al mutuo o con el simple pacto, en tres supuestos: en los préstamos de un municipio, en los relacionados con las mercancías y el moderno préstamo a la gruesa o *foenus nauticum*, que es nuestro supuesto. Estos intereses no podían sobrepasar el interés legal, salvo la excepción, hasta Constantino del préstamo para la adquisición de mercancía, para el préstamo marítimo y para el de anticresis. La reducción de la tasa legal del interés, ejecutada legislativamente por Justiniano, sería una medida aprobada para favorecer a los cultivadores: 1/24 para préstamos de dinero; 1/8 para los de mercancías, según la Novela 32, mientras que paralelamente el emperador bizantino abolió la pena de la usura fijada por Teodosio I, y redujo su alcance, a tenor de C. Iust. 2, 12, 20, que en la precedente normativa era del cuádruplo, así como suprimió la consecuencia perjudicial para el usurero de caer en infamia, además del anatocismo. Sobre esta figura, vid. GÓMEZ ROJO, M. E., *Historia jurídica del anatocismo*, Barcelona 2003.

(115) HOTOMANUS, F., *De usuris libri duo*, Lugduni, apud Io. Frellonium,

Sentada la divergencia cuantitativa de los intereses devengados entre el préstamo ordinario y el marítimo (116), así como la exhibibilidad de este último sin necesidad de la *stipulatio*, el resto del tratado de FERNÁNDEZ DE HENESTROSA se centra en dos aspectos clarifi-

1551, pp. 85-100: "Quibus casibus usura centesima debeatur: de nautico foenore multa, et quae fuerit in eo exercendo recepta consuetudo: ubi quaedam obscurissimae et difficillimae leges explanantur. cap. IX, del lib. I: Modus igitur usurarum pro cuiusque detrimenti ratione a Iustiniano ita constitutus est, ut semper subsequens sextante, id est, unciis duabus praecedentem excederet. Nam trientes ab illustribus exigi permisit, id est, quatuor in centum: ab aliis communiter semissem, id est, sex: a negotiatoribus bessem, id est, octo. Sed alii tamen casus sunt nonnulli, quibus maiores etiam permittuntur, neque sextante tantum, verum etiam triente ampliores: nimirum usque ad centessimam, quae quatuor unciis bessem exuperat. De quibus casibus breviter deinceps explicandum est. Primus autem est in pecunia traiecitia, quam Modestinus in l. 1 D. de naut. foen. et praeterea Scaevola in l. qui Romae & l. D. verb. oblig. ita interpretantur, ut ea sit, quae creditoris periculo trans mare vehitur, sive illa ipsa, sive etiam merces ex ea comparatae reportentur: modo creditoris periculo utraeque navigens. Erasmo ururae nauticae recenset inter proverbialia".

(116) Cf. REIFFENSTUEL, A., O. F. M. Cap., *Ius canonicum universum*, t. IV, Venetiis, apud A. Bortoli, 1726, pp. 236-255: "usura mentalis et realis"; esta última, alia expressa "alia palliata; aliae sunt centesimae, aliae bessales (8 %), aliae semisses (6 %), quintunces (5 %), quadrantes (4%), trientes (3 %), etc." Baudry recuerda que *foenus* designa en la Roma primitiva tanto el interés del dinero como el préstamo a interés en sí mismo, y como tal lo aporta Festo en su etimología, "a fetu", que es la acogida por Henestrosa, y coincide con la de Varrón, lo que explicaría que en tiempos de Catón no se pronunciaba *foenus* sino *fenus*. Dicho vocablo fue sustituido por parte de los juristas romanos del período clásico por usura, aunque a veces se utiliza el de *merces* o el de *versura*, mientras el capital se denomina *pecunia fen-ebris* y *sors*, que en Festo es sinónimo de *patrimonium*. La diferencia entre *foenus* y *mutuum* consistía en que el primero era un préstamo con interés, que admitía además intereses de los intereses, entonces denominado *impendium* y posteriormente anatocismo, desde finales de la República, y por consiguiente consistía realmente en un arrendamiento de dinero, mientras el mutuo era un préstamo de consumo, tal como revela un texto de Plauto, referido por Henestrosa en su tratado. Este autor hace una breve síntesis de la tasa del interés en Roma desde el Derecho clásico a Justiniano, en relación con el as y las uncias, pasando por los testimonios del último siglo de la República, como es el fragmento de Tácito, recogido por el legista andaluz entre sus fuentes. Vid. BAUDRY, F., en *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, t. II-2.^a parte, F-G, Graz 1969, pp. 1223-1226, s. v. *foenus*.

cadore para la mentalidad de sus coetáneos, especialmente de los que valoraban no solo la letra de la norma, sino también su conexión con la idea de justicia, y su correspondencia con la doctrina cristiana: por qué el emperador Justiniano admite la licitud del 12 % en el interés marítimo y cuál era el motivo que justificaba, en tiempo de la jurisprudencia clásica, un interés superior al doce por ciento. Resulta notoria la opción del colegial conquense-salmantino a favor del planteamiento histórico-crítico.

Para dar respuesta a la primera cuestión, comienza por la noción de *pecunia traiecticia*: “*ea, quae negotiatori alicui mutuo datur mare traiecturo ea lege, ut salva navi, sors cum foenore reddatur*”, tal como indican múltiples fragmentos del Digesto y Código de Justiniano, además de las *Pauli Sententiae*, explicándolo Hotman en su *Epitome*: “*ob quod periculum quod suscipiebat creditor permissa fuit usura maior centesima*”, de modo que era preciso, como señala el humanista salmantino: “*hoc tamen procedit si pecunia transvehatur. Ceterum si eodem loci consumatur non poterit dici traiectitia*”, aunque se extiende a las mercancías adquiridas con ese dinero “*si ex creditoris pecunia comparatae eius periculo transportatur*” (117), siguiendo las fuentes justinianeas, y por eso mismo no devenga interés “*nisi a tempore suscepti periculi*”.

En este punto de estudio, dentro del tratado, ocupa una consideración singular el fragmento de Cervidio Scévola, recogido en D. 22, 2, 5, con dos cuestiones fundamentales, una vez sentado el supuesto de hecho que motiva el *responsum* jurisprudencial: “*si quis periculum rei mutuatae in se suscipiet, tamen si conditio apponatur poenalis, sive existat sive non existat, adhuc creditorem usuras recepturum, et eius periculum ibi susceptum in pretio esse*”.

(117) HOTOMANUS, F., *De usuris libri duo*, Lugduni, apud Io. Frellonium, 1551, p. 91: “*hae usurae dicuntur etiam maritimae, itaque a Paulo appellantur in l. foenerator D. eod. sed certe observare illud oportet non proprie esse hanc ut appellatur usuram; quia non tam ob usum aeris alieni et temporis interusurum solvitur, quam ob susceptum periculum, contra mutui naturam ad creditorem pertinens. Nam si creditor negotiator est, besses exigit ex iure communi, si non est, semisses, quod quidem satis esse iudicatur ad usuram, id est, ad compensandum damnum quod accipit carens usu suae pecuniae, sed propter periculum vel trientem insuper, vel semissem accipit: qua de causa neque usus pretium recte appellabitur... centessimam in hoc genere permississe a Iustiniano*”.

Examinando el fragmento en su redacción literal, es evidente que su punto de vista consiste en asumir el texto transmitido en la recepción del Digesto justiniano, sin introducir modificación alguna en su terminología o sintaxis, ni modificarlo para sacar otra interpretación ajena al jurisprudente del siglo II d. C. y maestro de Paulo:

Existe precio del riesgo, incluso si no cumpliéndose una condición, aunque sea penal, hubieras de recibir lo que hubieras dado, juntamente con alguna otra cosa además del dinero, siempre que no caiga en otra especie de azar, como en aquellos supuestos de los que suelen nacer las condiciones, por ejemplo, 'si manumitieras', 'si no hicieras aquello', 'si yo no recuperase mi salud', etc. Y no dudarás, si yo hubiere dado una gran cantidad de dinero a un pescador, para que los gastase adquiriendo aparejos, a fin de que si lograra pescar algo, lo devolviese; y a un atleta, para que se ejercitase físicamente y se mantuviese en forma, con objeto de que si hubiere vencido en un torneo, lo devolviera. En todos estos supuestos, el pacto sin que le acompañe una estipulación sirve para aumentar la obligación.

De este enunciado surgen dos cuestiones fundamentales, a propósito del riesgo: se pregunta "*qualiter admittendum sit*", e "*in quo consistat*". Después de reconocer que es una materia difícil de dilucidar, Fernández de Henestrosa entiende que el jurisprudente clásico, a tenor de la literalidad del fragmento, indica que recibido el dinero a riesgo, una vez cesa el peligro se extingue el riesgo y, por lo mismo, si falta el origen del peligro también el fundamento del interés recogido en un pacto.

El intento por comprender el criterio del jurista clásico romano, a tenor del contexto y el propósito de armonizar diferentes opiniones jurisprudenciales de época clásica romana, permiten al legista y canonista andaluz presentar en el tratado dos interpretaciones diversas: en primer lugar, la del alemán HOTMAN, en su crítica interpolacionística, quien no duda en señalar dos errores en la redacción del fragmento justiniano, fruto de la actividad de los compiladores, por lo que sustituye algunos términos del *responsum* contenido en el Digesto de Justiniano, con grave alcance, ya que no es lo mismo: *quamvis* que *quavis*, ni *conditio* que *condictio*, entrando en este úl-

timo caso en el ámbito de los contratos innominados, dentro de la categoría *do ut facias*, además de suprimir la copulativa *et*.

Todo ello hace que el jurista alemán redacte el inciso de Triboniano y su comisión en los siguientes términos: "*Periculi pretium non est si condictione quavis poenali existenti...*", mientras el original redacta: "*Periculi pretium est, et si condicione, quamvis poenali, non existente*" (118), con lo cual destruye cualquier dificultad interpretativa del *responsum* dado por Escévola, si se toman en cuenta otros fragmentos del *Corpus Iuris*.

FERNÁNDEZ DE HENESTROSA, como buen intelectual, además de referir el criterio del humanista anterior, no deja de mostrar su valoración, y la expresa contundentemente: "*haec interpretatio omnino reiicienda est*". El argumento principal es metodológico en el criterio de análisis histórico-jurídico: "*emendare non sit sensum percipere, sed destruere*". Con este mismo planteamiento rechaza la interpretación de EGUINAIRE BARON, quien eliminaba del texto justiniano el adverbio "*non*", y se adhería a la sustitución de "*quamvis*" por "*quavis*", ya formulada por Hotman.

En segundo lugar, CUJAS admite que en sentido estricto solo cabe hablar del interés usurario en razón del mutuo, aunque el *periculum* que lo justifica no solamente se encuentra en el contrato de préstamo, y alude a dos ejemplos concretos, que entiende son análogos, como se verifica en el *alea* que soportan el atleta y el pescador, a quienes se realiza un préstamo, bien para prepararse en orden a un concurso, asumiendo restituir el dinero recibido si gana, o para comprar los aparejos de pesca y, con la rentabilidad obtenida con dicho arte, devolver el préstamo, *si modo in aleae speciem non cadat contractus*, concluyendo el docente salmantino del colegio conquense: "*rursus impropia est loquutio*".

CUJACIO introduce una alteración en la sintaxis del inciso inicial del *responsum* jurisprudencial clásico: *quamvis penali non existente*,

(118) Es preciso recordar que el interés puede venir devengado por motivos diferentes, como son: o por decisión judicial, o por incurrir el deudor en mora, o a causa de la pérdida del lucro cesante, o como compensación del daño emergente. En todos estos supuestos, siempre habría justificación para su cobro, en la mentalidad de FERNÁNDEZ DE HENESTROSA, conforme a la doctrina ortodoxa del Catolicismo de su tiempo.

por *quamvis non penali existenti*, y considera impropia de un fragmento clásico una parte de la terminología que habría aportado la comisión justiniana, por lo que se refiere a la expresión "*conditiones nasci*", ya que los verbos latinos que acompañan de ordinario a la condición, elemento accidental del negocio, son los de "*praepone-re, adscribere, imponere* o *dare*". Por ello, propone, a partir del sentido interpretativo del fragmento, que debe referirse a *condictiones*, en relación con la actividad del atleta o del pescador, sometidos al riesgo de ganar en el primer caso, u obtener mucho fruto del *iactus retium*, en el segundo.

El legista gaditano reconoce que esta interpretación, defendida como *communis opinio* en las aulas salmantinas, no era tampoco del agrado de CUTACIO, ya que el riesgo asumido por el acreedor no depende del azar, sino que surge por voluntad de los intervinientes, que realizan el préstamo del dinero bajo condición, con cuyo cumplimiento, por ejemplo la manumisión del esclavo, debe restituir el capital y los intereses. Por lo tanto, si no se ejecuta el evento futuro e incierto, no existiría el deber de restitución, y añade: "*quae conditiones admittuntur, si in aleae speciem non cadat, id est, si alearum ludo haec res gesta non sit...*". HENESTROSA agrega el motivo fundamental de no tener que restituir: "*veluti si casu fortuito, et sine culpa et mora debitoris non potuit impleri conditio*", y consecuentemente la imposibilidad de ejercitar una *condictio ob causam*, tal como interpretaron la glosa, el comentarista Bártolo DE SAXOFERRATO y los humanistas DONEAU (119) y CUJAS.

FERNANDEZ DE HENESTROSA se aparta de esta *communis opinio*, con los siguientes argumentos: en primer lugar, porque cambia el término gramatical de *conditio* por *condictio*, lo cual significa una alteración del fragmento, y no meramente terminológica; en segundo lugar, porque en el supuesto de hecho no se refieren solamente condiciones potestativas, sino también casuales, como "*si non con-*

(119) Vid. DONELLUS, H., *In titulum De usuris in Pandectis, et sequentem, commentarius*, Lutetiae, apud M. Vascosanum, 1556; id., *Commentariorum iuris civilis libri vigintiocto*, in quibus Ius civile universum singulari artificio atque doctrina explicatur, Francofurti, typ. et sump. wecheliorum, apud D. et D. Aubrios et Cl. Schleichium, 1626, pp. 719-721: *De repetitione ob turpem causam datorum*. Ibid., pp. 669-670: lib. XIV, *de contractibus qui re fiunt...* cap. I. *Mutuum, quid sit*.

valuer”, la cual no depende de nuestra voluntad, tal como señalan MARCIANO y el mismo JUSTINIANO; por último, el fragmento de SCÉVOLA previene la posibilidad de exigir la restitución del capital y los intereses, exista o no exista la condición, y no exclusivamente en caso de cumplimiento o incumplimiento, según su enunciado, ya que el jurisprudente indica “*etiam non existente conditione*”.

El becario huesped salmantino, a la hora de aportar un criterio interpretativo propio, acoge una posición intermedia, respecto de los anteriores, en la interpretación del *responsum* jurisprudencial romano, destacando que el riesgo del dinero transportado se valora y da origen a la restitución si la nave retorna al puerto, porque en ese supuesto no solamente se restituye el capital sino también los intereses, lo que muestra claramente que no se trata de *usura pecuniae* sino de *pretium periculi*, que se inserta en un simple pacto “*si modo in aleae speciem non cadat huiusmodi periculum*”, mostrando, para fundamentar esta conclusión, un riguroso análisis filológico del fragmento, pero también insertando otros criterios interpretativos, que daban razón de ser de los intereses del préstamo marítimo y su elevada cuantía, así como su exigibilidad a pesar del simple pacto.

Otra cuestión relevante es la cuantía de la tasa, referida en Justiniano al máximo de la centésima, por lo cual introduce un estudio de las fuentes clásicas de los juristas romanos, a partir de un *responsum* de Papiniano, “*ubi pro operis servi traiectioni pecuniae gratia sequuti, in singulos dies in stipulatum deductum est ad finem centessimae non ultra duplum debetur*”. Después de matizar que solamente hay el deber de pagar el interés “*post diem periculi*”, observa que si no existe riesgo no cabe dicha usura legítima, máxime si no soporta el riesgo el acreedor, incorporando las interpretaciones de CUIACIO y Pierre GREGOIRE respecto del citado fragmento papiniano, al mismo tiempo que trae a colación los datos históricos, a tenor de los cuales nunca se permitió en Roma la usura *supra duplum*, tal como refiere DIODORO SÍCULO, ni siquiera como pena estipulada, si bien ello demuestra que en época republicana y clásica superaba la centésima, si así se había estipulado entre las partes.

De los textos del *Corpus Iuris Civilis* se deduce que fue permitida la usura marítima como precio del riesgo, de modo que si el acreedor no asumía el riesgo, no estaba permitida la usura por encima del seis por ciento, que era el interés legal lícito para el préstamo ordinario.

Las últimas consideraciones del tratado se refieren al Derecho canónico y su regulación del préstamo marítimo, porque la usura estaba prohibida en dicho ordenamiento, pero era lícito algo de beneficio o interés "*propter periculi pretium*", como compensación por la entrega de una cantidad de dinero y la utilización del mismo por el deudor (120). En este sentido, diferencia la usura lucrativa

(120) Usura es el interés o precio que recibe el prestamista por el uso del dinero que ha prestado, y puede ser lucrativa, compensatoria y punitoria, porque la primera es la que se percibe solo por sacar provecho de la cosa prestada, mientras la segunda se percibe como indemnización de la pérdida que sufre el prestamista y la punitoria es la que se exige o impone como pena de la morosidad o tardanza del deudor en satisfacer la deuda. Usura convencional es la que se estipula entre las partes en el contrato y legal la que se debe por derecho o ley en ciertos casos. Anticrética, por los frutos en compensación del interés del dinero prestado hasta pagar el capital de la deuda. Anatocismo los intereses vencidos se juntan a la cantidad principal para generar interés. Los teólogos distinguen entre usura mental, que consiste en el ánimo o esperanza que tiene el prestamista de que el mutuuario le devuelva algo mas de lo que este recibió; usura expresa, manifiesta o formal, cuando se fija el interés o lucro que se satisface además de la cantidad prestada, y usura tácita, virtual o paliada, la que se comete, no por razón del mutuo formal, sino por otro contrato en que se encubre, como cuando vendiéndose una cosa al fiado, se pacta que el comprador ha de dar algo más del precio de lo vendido. Ni la punitoria ni la compensatoria están prohibidas, con tal que no pasen de la tasa legal del interés del dinero, pero lo está severamente la lucrativa, salvo constitución de censo. El Derecho canónico castiga a los clérigos con la suspensión de sus oficios o beneficios, y a los legos con la excomunión, mandando además que no se les de sepultura eclesiástica ni se reciban sus oblações. En las leyes hispanas se incurre en infamia perpetua, se pierde a favor del mutuuario la cantidad que hubiese prestado y tiene que pagar por vía de multa otra suma igual con destino la mitad para el fisco, una cuarta parte para el acusador y la otra para el reparo de edificios públicos del pueblo en que se cometiere el delito; por segunda vez, además de la infamia y pérdida de lo prestado, pierde por vía de multa la mitad de sus bienes y por la tercera todos con el propio destino. Para imponer estas penas al usurero basta el testimonio jurado de dos o tres personas que hayan recibido de alguno dineros a usura, aunque cada cual no afirme mas que su hecho, con tal que haya algunas presunciones: Nov. Recop. 12, 22, leyes 1-4. Partida 7, 6, 4 y 5, 11, 31 y 40. Cf. PÉREZ Y LÓPEZ, A. X., *Teatro de la legislación universidad de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas; y alfabético de sus títulos y principales materias*, t. XXVIII, Madrid, imp. De a. Espinosa, 1798, pp. 352, s. v. Usuras; PASTORA Y NIETO, I. de la, *Diccionario*

o especulativa, siempre prohibida, de la compensatoria que estaba permitida, "*quippe quidquid ultra sortem percipitur non ex ratione mutui descendit, sed ex ratione periculi*". El dinero entregado en el *foenus nauticum* corre a riesgo del prestamista, de modo que el interés se obtiene "*non pro actuali damno, sed pro periculo damni, cui se exponit*", destruyendo cualquier interpretación maligna y prohibición de la usura, adhiriéndose al criterio mayoritario de legistas, canonistas y teólogos, entre los que se encuentran CUIACIO, GIULIO PACE, AZOR, Juan de SALAS, Juan de MEDINA, Silvestre de PRIERIO, REBELLO, BONACINA (121) y COVARRUBIAS.

de Derecho canónico, trad. del que ha escrito en francés el abate André..., t. III, Madrid 1848, pp. 334-335, s. v. usura, usurero. La usura es una ganancia o provecho que se pretende sacar del préstamo que se hace de alguna cosa que se consume por el uso. Usurero es el que se hace culpable del crimen de usura: Usura est quidquid ultra sortem mueatam percipitur, dicta ab usu, quia scilicet pro usu pecuniae recipitur. Lancelottus, *Institutiones* lib., tit. 7. Muy delicadas son las cuestiones que los teólogos y jurisconsultos han suscitado con respecto a la usura. Perteneciendo esto a la teología moral y economía política, tiene importancia lo dispuesto en la encíclica Vix pervenit de Benedicto XIV; ESCRICHRE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, nueva ed. ref. y cons. Aum. Por J. VICENTE Y CARAVANTES-L. GALINDO Y DE VERA, t. IV, Madrid 1876, pp. 661-663, s. v. Préstamo a la gruesa o a riesgo marítimo. En el comercio marítimo es un contrato por el que una persona presta a otra cierta cantidad sobre objetos expuestos a riesgos marítimos, con la condición de que pereciendo estos objetos pierda el dador la suma prestada, y llegando a buen puerto los objetos se le devuelva la suma con un premio convenido: art. 812-839 del Cco.; *ibid.*, pp. 1189-1204, s. v. usura, con su evolución histórica, clases y sanción.

(121) BONACINA, M., *Operum de morali Theologia, et omnibus conscientiae nodis*, in tres tomos distributorum, t. II: In quo de legibus, deque Decalogi et Ecclesiae praeceptis, itemque de Restitutione et contractibus accurate disseritur, Lugduni, sump. L. Anisson, 1646, pp. 515-543, quaestio III, de mutuo et usura, puncto III: An quaelibet obligatio imposita mutuario sit usura, pp. 518-521. *Ibid.*, p. 523: Punctum V. Utrum licitum sit in mutuo aliquid supra sortem accipere ratione periculi, cui exponitur capitale, vel ratione molestiarum, et expensarum in recuperando capitali, y da la explicación concorde con Henestrosa: Ratio est, tum quia huiusmodi pericula sunt pretio aestimabilia, nec mutuator tenetur illa gratis subire; ergo potest aliquid accipere ob huiusmodi pericula. Et hoc verum est, etiamsi re vera nullum damnum postea patiatur: nam, quod accipit, non pro damno actuali, sed pro periculo damni accipit, igual que el fiador. Quaenam requirantur, ut mutuator possit aliquid exigere ratione periculi capitalis, vel expensa-

El único punto conflictivo de interpretación normativa en el *Ius Canonicum* era el capítulo *Naviganti de usuris* de las decretales, porque el pontífice Gregorio IX dispuso "*creditor pecuniam mutuans naviganti, vel eunti ad nundinas, in se periculum suscipiens, si quid ultra sortem recipiat, usurarius iudicat*", de modo que no serían posibles los intereses en ningún caso, ni siquiera en la usura compensatoria, llegando algunos antiguos intérpretes del *Ius Commune* a señalar que con esta regulación el Papa abrogó toda la legislación civil que permitía la usura.

A pesar de este criterio, los modernos tratadistas del Derecho canónico, como COVARRUBIAS, PARISIO o ADRIANO VI, entendieron que el Pontífice se refería a los supuestos en los que no había una verdadera situación de riesgo, y entonces no se puede lícitamente reclamar más que el capital (122), a cuya interpretación se adhiere Azpil-

rum, vel laborum in recuperando capitali. Respondeo tria requiri: Primo, ut mutuator non plus exigit ratione istius periculi, quam ipse daret alteri pro assecuratione capitalis, vel quam communiter aestimetur huiusmodi periculum; pretium enim in omni contractu debet esse iustum. Secundo, ut vere sit periculum amissionis capitalis et expensarum: etiamsi postea re ipsa contingat non amitti capitale, nec expensas fieri: pretium enim non accipitur pro expensis, et actuali emissionem capitalis, sed pro periculo. Tertio, ut mutuator non compellat mutuatarium ad suscipiendum se ipsum pro assecuratore, et fideiussore, sed mutuatario libertatem relinquat eligendi, quem velit. núm. 5: An liceat aliquid in mutuo accipere ob labores, expensas et diligentias factas pro mutuatario. Respondeo affirmative: nam haec opera sunt pretio aestimabilia, nec mutuator tenetur ea gratis praestare.

(122) El jesuita Leonardo Lessio, *De iustitia et jure*, l. 2 cap. 20, dub. 11, expresa la siguiente justificación de la licitud del título del interés del dinero prestado: "El dinero que prestas a otro, en cuanto para ganar con él, está bajo tu industria, vale para ti mas que considerado en sí mismo: es, a la manera de una semilla, que se hace fecunda por medio de la industria, y contiene virtualmente la ganancia; luego puedes por él exigir mas de lo que en sí vale, porque cuando lo prestas se entiende que entregas tambien el lucro latente en el mismo". Posteriormente, sirva como referente la doctrina expuesta por FERRARIS, L., *Prompta biblioteca canonica, juridica, moralis, theologica nec non asctica, polemica, rubricistica, historica...*, 4.^a ed., t. VII, S-Z, Bononiae sed prostant Venetiis, apud G. Storti, 1763, pp. 413-424 Usura proprie dicta, seu lucratoria est prohibita, non solum jure positivo, Divino et Ecclesiastico, sed etiam jure naturali. Est communis inter catholicos. Et quidem de jure Divino constat ex pluribus locis Sacrae Scripturae et signantes... Et quod usura prohibita sit etiam jure Canonico, habetur expresse in cap. Quoniam 2 dist. 47. Quod autem usura prohibita

cueta, mientras que otros como FAQUINEO y LAYMAN entienden que la respuesta papal auténtica era negativa, y debería, por consiguiente, hacerse otra lectura del capítulo: "*usurarius non est censendus*".

sit etiam jure naturali ostenditur ratione. Contra legem naturales, seu jus naturae, est fructus percipere ex re non sua, sed aliena, cum fructus rei ex natura sua pertineant ad dominum ejusdem rei. Atque si ex mutuo usura perciperetur, perciperentur fructus ex re aliena, ergo usura est contra jus naturale, seu de jure naturali prohibita. p. 417: Usura vero secundum se non est jure caesareo, seu Civili communi prohibita, nisi sit in maxima quantitate, ut habetur clare in l. placuit 29 et l. Quod in stipulatione 31 FF. de usuris l. lecta 40 ff. de rebus creditis, ubi non solum permittuntur ut minora mala, sed approbantur usurae ut licitae, l. si interrogatione 1 Cod. De usuris, ubi sic expresse habetur: Si interrogatione praecedente promissio usurarum recte facta probetur, liceo instrumento conscripto non sit, tamen optimo jure debentur, l. quamvis 8 Cod. Eodem, ubi denegatur actio ad repetitionem usurarum jam solutarum, l. eos qui 26 Cod. Eod. ubi excepto praescriptione triginta, vel quadraginta annorum conceditur actio ad exigendas usuras promissas. Dictum fuit tamen notanter: Nisi sit in maxima quantitate, quia in hac quantitate usura est prohibita etiam Jure Civili communi per cit. l. eos qui 26 Cod. De usuris et l. placuit 29 ff. eod. Quoniam autem sit determinata quantitas, quae a Jure Civili approbetur quaeve reprobetur, declaratur in eadem l. eos qui 26 & super usurarum Cod. De usuris diversimode iuxta diversitatem personarum abrogata Viteri et gravissima dispositione: Conceditur igitur illustribus personis posse in contractu mutui stipulari ad trientem, id est ad tertiam partem Centesimae usurarum: nomine autem tertiae partis centesimae usurarum venit lucrum ut quatuor pro centenario singulis annis: pro cuius rei notitia est advertendum, quod in jure illa dicitur centesima, in qua pro singulo centenario unum singulo mense persolvebatur, et sic pro sorte centesima singulo anno usura duodecim correspondebat: dicitur autem Centesima, eo quia singulo mense persolvenda erat pars correspondens centesimae parti sortis; hinc tertia pars centesimae usurarum erat numerus ut quatuor, cum hic numerus sit tertia pars numeri duodecimi; In trajectitiis contractibus, scilicet pro re seu pecunia trajectitia, quae mutuo datar mercatoribus trajectitiis, seu acturis trans mare cum periculo creditorum, seu mutuantium, si naves pereant, conceditur centesima usurarum mercatoribus, sive negotiatoribus conceditur posse recipere lucrum ex mutuo usque ad bessem centesimae usurarum, id est ad duas partes centesimae, nempe octo. Ceteris autem omnibus conceditur posse in contractu mutui stipulari ad semissem, id est ad dimidium centesimae, quod est sex pro quolibet centenario singulis annis. Sic habetur ex citata lege l. eos qui 26 Cod. De usuris, ubi retatur extensio ad ulteriores quantitatem.

Finaliza el tratado del interés devengado por el préstamo marítimo, con una formulación del criterio personal del autor, a tenor del cual "*eas usuras iure canonico permissas esse, quae compensato-
riae sint eius quod interest creditoris, quas propter incertitudinem
ius civile certas assignavit*", por lo cual si se excede de la valoración del riesgo se incurriría en usura prohibida.

En esta óptica interpreta la norma de Gregorio IX: "*mutuantem pecuniam naviganti, vel eunti ad nundinas, si recipiet propter periculum a se susceptum ultra sortem, quid, quod excedat iustam periculi aestimationem esse iudicandum usurarium*", como sería la exigencia del 15% de las expediciones a las ferias de Lyon, lo cual recuerda la escritura notarial ovetense, que hemos transcrito en el inicio de este trabajo.

Este planteamiento nos hace recordar las palabras introductorias del propio Fernández de Henestrosa, al comentar la constitución del Código relativa a usuras (123):

Certissimum principium esse, tam ex iure divino, quam ex iure humano, usuras esse prohibitas, usurariosque punitos acribus paenis: sed hoc intelligendum esse de iniustis usuris apud omnes nationes damnatis; iuste autem usurae receptissimae sunt, et favorabiles ratione commerciorum, et urgentium necessitatum; iustas autem appellamus usuras, quas ius aprobat; de quibus loquitur nostra lex 9 C. de usuris (124).

II. 2. 3. Consideraciones finales

Vistas las afirmaciones precedentes, y a la luz del Tratado, con las fuentes que utiliza su autor, podemos señalar las siguientes valoraciones:

(123) BG Univ. de Sevilla. Ms. Sign. A 330/068, folio 269r. *Tractatus methodicus de sistendo cursu usurarum, ad legem si per te nonam Codice de usuris*.

(124) C. Iust. 4, 32, 9. Imp. Antoninus A. Canio Probo. Si per te non stetit quominus intra tempora praefinita pecuniam minorum usurarum solveres, sed per tutores filiorum creditoris, qui eam accipere noluerunt, idque apud iudicem datum probaveris, eius temporis, quo per te non stetisse apparuerit, usurae maiores non exigentur. Quod si etiam sortem deposuisti, exinde, ex quo id factum apparuerit, in usuras non convenieris.

En primer lugar, mientras el instituto del interés, en este caso del préstamo marítimo, suele ser analizado desde perspectivas reduccionistas o selectivas, Fernández de Henestrosa lleva a cabo una visión de conjunto, con las implicaciones jurídicas, morales, sociales, económicas y religiosas (125).

En segundo lugar, el trabajo realizado, a pesar de haber sido expuesto en clase a unos estudiantes, no era una obra acabada, sino que estaba en fase de redacción, lo que explica que algunas fuentes citadas sean de simple referencia y otras no vengan citadas en todos los términos precisos de identificación, como ocurre con Les, por Lessius, o Revel por Rebello, entre otros.

En tercer lugar, el criterio utilizado en la exposición de las fuentes es el histórico, acompañado de la crítica de las fuentes, y por consiguiente de una enorme actualidad en el estudio científico de las fuentes, y su metodología en consonancia con el *mos gallicus* (126), practicado por el humanismo jurídico, sin desprestigiar las aportaciones de los glosadores y comentaristas, cuyas remisiones serán puntuales en el Tratado.

En cuarto lugar, la mentalidad que revela con sus criterios interpretativos muestra un intelectual de amplísima formación y abierto a cualquier idea fundada sobre la materia, sopesando los intereses en contraste, para entender la racionalidad de la norma y el principio de justicia, que rige su aplicación en la resolución del caso concreto, incluso desde las prescripciones teológicas, acordes con la Doctrina evangélica.

(125) Vid. CASTRILLÓN, Z. de, *La teología, la jurisprudencia y la economía política en la cuestión del interés del dinero*, Madrid 1800.

(126) Vid. GARCÍA Y GARCÍA, A., *La Recepción del Derecho romano en España hasta el siglo XVI*, en Estudios jurídicos in memoriam del profesor Aldredo Calonge, vol. I, Salamanca 2002, pp. 431-434.

En quinto y último lugar, Fernández de Henestrosa, que imparte el curso como canonista, y a unos estudiosos de esa Facultad, no duda en dar al Derecho romano y su recepción (127) el protagonismo que le corresponde, y su principal relevancia para entender el instituto jurídico estudiado, remitiéndose a las prescripciones legales concretas que integran los sistemas jurídicos normativos, desde el *Corpus Iuris Civilis* justiniano al *Corpus Iuris Canonici* (128), pasando por los textos legales de Derecho español, si bien aceptando, en un segundo plano, las aportaciones de la ciencia en sus diversas ramas científicas, con un criterio selectivo.

El canonista y legista gaditano-astigitano aplica en su trabajo la máxima de Nebrija, al comentar el Digesto justiniano, siguiendo la proposición de Accursio:

legum vetustarum interpretationem... non correctionem aut coarctationem aut prorogationem... quoniam id facere non est iuris consulti sed imperatoris... Nam interpretis officium est ex altera lingua in aliam transferre aut in aliqua lingua obscure dictum est in eadem paraphrasi vertere... latarum legum interpretes vel potius ad intelligendas viam aperiens" (129).

(127) La Asociación Iberoamericana de Derecho romano, de la que nuestro homenajeado fue miembro, lleva más de veinte años promoviendo los estudios acerca de la Recepción del Derecho romano en la tradición jurídica peninsular y de Iberoamérica, por lo que nos remitimos a sus publicaciones anuales.

(128) Cf. GARCÍA Y GARCÍA, A., *Derecho común en España. Los juristas y sus obras*, Murcia 1991; FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *Un Derecho sin espacios: Derecho Romano, Ius Commune y Derecho común europeo*, en AFDC 8 (2004) 311-330; RODRIGUES, M. A., *Note sul "ius commune" in Portogallo*, en RIDC 12 (2001) 265-287.

(129) NEBRIJA, El. A., *Annotationes in libros Pandectarum*. Introd., ed. crítica, de A. GARCÍA Y GARCÍA. Trad. de A. DOMINGO MALVADI, Salamanca 1996, pp. 36-37

III. "UTILIS TRACTATUS DE NAUTICIS USURIS

Pro explanatione textus in capite Naviganti de usuris (130), et

(130) La principal regulación contenida en el *Corpus Iuris Canonici*, se encuentra en X 5.19. *Vid.* PÉREZ Y LÓPEZ, A. X., *Teatro de la legislación universidad de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas; y alfabético de sus títulos y principales materias*, t. XXVIII, Madrid, imp. De a. Espinosa, 1798, pp. 351-361, s. v. Usuras. Cap. 1. Alejandro III en el Concilio de Tours, año 1181. Es usura hacer ganancia en los frutos de la cosa dada en prenda, a no ser que se detengan en recompensa de otra deuda que acreditaba el que los detuvo. Cap. 2: el mismo al Arzobispo de Canterbury y sus sufragáneos, año 1180, y es conforme al anterior. Cap. 3, el mismo en el Concilio Lateranense, año 1179: Los usureros manifiestos no deben admitirse a la comunión del altar, sepultura eclesiástica, ni a que se hagan oblaciones; y los clérigos que se lo permitiesen deberán ser castigados. Cap. 4., El mismo al Arzobispo de Palermo, año 1180: No por obra pia es lícito recibir usuras, quando por la admisión misma se da pie para cometerlas. Cap. 5. El mismo al Arzobispo de Salerno, año de 1213. Los usureros que tienen con que pagar o restituir lo adquirido por usuras, deben hacerlo bajo pena de incurrir en las que estableció el Concilio Lateranense, tanto sobre lo adquirido despues que se celebró éste, como por la anterior; y si careciesen de facultades deben vender para la restitución los bienes que tuvieren. Cap. 6: el mismo al Arzobispo de Genova, año 1213. El que venda la cosa por mas precio del que vale, porque aumenta el precio, peca, a no ser que dude que al tiempo del pago había variado el valor, y que él no debía vender la cosa al tiempo que la vendió. Cap. 7. El mismo año de 1213. Si amonestado el usurero no desiste de sus excesos, siendo clérigo, será suspenso de oficio y beneficio; y si lego, excomulgado. Cap. 8. El mismo al Abad y hermanos de San Lorenzo, año 1213. Los frutos de la cosa dada en prenda, deben reputarse en parte de satisfaccion del empeño, a no ser la dicha prenda feudataria del que la recibe. Cap. 9. El mismo al obispo de Plasencia, año de 1213. El heredero del usurero, tanto suyo como extraño, debe restituir las usuras usurpadas por el difunto. Cap. 10. Urbano iii, año 1186. El que presta con el fin de exigir ganancias sobre lo prestado, debe en conciencia restituir las que exigiese: lo mismo el que jurese por interés, y el que vendiese a mayor precio, porque fia. Cap. 11. Inocencio III a los Prelados de Francia, año 1213. El usurero manifiesto que apela por no restituir, no deberá ser oído. Cap. 12. El mismo al Arzobispo de Narbona, año 1213. Los judíos deberán ser obligados a restituir lo adquirido con usuras, por los Principes seglares y por la privación de que comercien entre cristianos. Cap. 13. El mismo al Obispo de Módena, año 1213. Aunque jurase el deudor no repetir las usuras, debe de oficio el juez compeler al que las llevó a que las restituya. Cap. 14. El mismo año de 1213. No es oído el usurero sobre repetir las usuras, hasta restituir

totius tituli Ff. et C. de nautico fœnore (131). Ut animorum oblectamento, ac optatu ingeniorum progresui consulere aliquatenus videamur, operae pretium duximus, perutilem, et difficilem materiam

las percibidas. Cap. 15. El mismo al obispo Altisiodorense, año 1213. El convencido de usurero por fama y otros argumentos, puede ser reputado como usurero manifiesto, y por tal corregido y refrenado, segun la disposición del Concilio Lateranense. Cap. 16. El mismo en Roma, año 1213. El marido que recibe prenda por la dote que se le ofrecio, no está obligado a desfalcarse los frutos del principal que acredita. Cap. 17. El mismo al obispo de Bolonia en Roma, año 1213. el que intenta repetir las usuras no debe ser oído hasta restituir por sí o por medio de cualquier tercero las que hubiese usurpado. Cap. 18. El mismo en el concilio general, año 1216. Hasta los judíos deben ser obligados a restituir las usuras usurpadas a los cristianos, pagas diezmos y obligaciones de sus haciendas. Cap. 19. Gregorio IX al hermano R. en Roma, año 1236. Es usurero el que recibe del deudor algo mas sobre el principal, aunque se arriesgase en el préstamo a sufrir algun peligro. No es usurero el que compra la cosa a menos del justo precio, si se duda ha de valer mas o menos al tiempo de la paga. El que por dilatar el pago vende la cosa que no habia de vender mas cara de lo que vale, está excusado de usura por la duda del valor que había de tener al tiempo del cobro. Liber Sextus, libro 5, titulo 5, cap. 2: a los usureros manifiestos, aunque se les mandase restituir las usuras, se les deniega la sepultura eclesiástica, si primeramente no se satisfacen, o den caucion, segun la forma de esta decretal. Los que los entierran con esta constitucion incurren en las penas del Concilio lateranense. No valen los testamentos de los mismos de otro modo hechos, ni pueden aprovecharles en coas alguna, o absolverlos, o admitirlos a la confesion. Clementinas, lib. 5, titulo 5, cap. Único: Los usureros en las causas de usura, se les obliga a que manifiesten sus libros de cuentas. El que con pertinacia afirma que el exercer la usura no es pecado, es hereje.

(131) Un elenco de la normativa del *Ius Caesareum* sobre la usura, vid. en PÉREZ Y LÓPEZ, A. X., *Teatro de la legislacion universidad de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas; y alfabético de sus titulos y principales materias*, t. XXVIII, Madrid, imp. De a. Espinosa, 1798, pp. 351-361, s. v. Usuras: Digesto, libro 22, titulo 1, de usuris et fructibus... 49 leyes. Idem, titulo 2. De nautico fœnore, 9 leyes. Cod. Lib. 4 tit. 32. De usuris... 30 leyes. Idem lib. 6 titulo 47. De usuris et fructibus legatorum seu fideicommissorum... en blanco. Idem, titulo 33. De nautico faenore... 4 leyes. Idem libro 7, titulo 54. De usuris rei judicatae... 3 leyes. Idem, lib. 5 titulo 56. De usuris pupillaribus... 4 leyes. Idem, libro 10, titulo 8, de fiscalibus usuris... 3 leyes. Novella, collatio 9 titulo 4. Ut particulares usurarum solutiones in duplum computentur... 2 leyes. Idem, titulo 21. De usuris supra duplum non computandis... 1 ley. Idem, titulo 42. Exemplum sacrae pragmatice formae de usuris... 1 ley. Titulo 11. Idem... 1 ley.

seligere, quae non modo in scholis parum frequens sit, (unde viles-
cere non vereatur) verum etiam ob sui praestantiam, et recondi-
tam eruditionem Auditores animos suavius allicere, ac utilius valeat
oblectare (132)./

Núm. 1

Seligendam ergo duximus materiam de usura nautica, quae ad
traiectitias pecunias expectans, id est, quae trans mare vehuntur, ut
loquitur Modestinus in l. 1 ff. de nautic. foen. (133) quam explicat
Cuiacius (134) ad tt. et c. Ff. de naut. foen. Donell. in 2 thom. Di

(132) No falta la importante regulación del Derecho canónico junto a
preceptos singulares, pero relevantes, del Derecho patrio, como son: De-
cretales, libro 5, título 19. De usuris... 19 leyes. Sexto, libro 5, título 5.
Idem... 2 leyes. Clementinas, libro 5, título 5. Idem... 1 ley. Ordenamiento
de Alcalá, título 23. De las usuras y de las penas de los usureros... 2 leyes.
Ordenamiento Real, libro 8, título 2. De las usuras... 8 leyes. Recopilación,
libro 8 título 6. De las usuras y logros... 5 leyes.

(133) D. 22, 2, 1. Modestinus libro decimo pandectarum. Traiecticia ea
pecunia est quae trans mare vehitur: ceterum si eodem loci consumatur,
non erit traiecticia. Sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatae in
ea causa habentur? Et interest, utrum etiam ipsae periculo creditoris navi-
gent: tunc enim traiecticia pecunia fit.

(134) CUIACIUS, J., *Paratitula in librum vigesimumsecundum Diges-
torum*,. Liber XXII Digestorum. Tit. I. De usuris, et fructibus, et causis et
ómnibus accessionibus, et mora y tit. II. De nautico foenere, en Paratitla
in libros quinquaginta Digestorum sive Pandectarum, item Commentaria in
Pandectarum, Opera omnia, decem tomos distributa, t. I, Neapoli, ex typ.
Mariana, apud V. Pauria, 1758, cols. 779-780; *Ad titulum II, De nautico
foenore, libro XXII Digestorum. Recitationes solemnes*, en Opera omnia,
decem tomos distributa, t. VII vel quarti operum postumorum, Neapoli, ex
typ. Mariana, apud V. Pauria, 1758, cols. cols. 862-866; *Ad titulum XXXII.
De usuris, libro IV. Codicis y Ad titulum XXXIII. De nautico foenore*, en Ope-
ra omnia, tomos nonus seu quintus, Neapoli, ex typ. Soriana, 1758, cols.
337-349; *In Digesta, seu pandectas Dom. Iustiniani imperatoris notae*, ad
lib. XXII, tit. I, en Opera omnia, tomos decimus seu appendix, Neapoli, ex
typ. Mariana, 1758, cols. 460-470.

gesti veteris in tt. De usuris (135). Hotomanus ad tt. De naut. foen. (136) et lib. 5 Observ. c. 12 (137). Petr. Greg. lib. 22 Syntagma c. 3 n. 47 (138). Joan Baptista Lup. in c. naviganti de usuris

(135) DONELLI, H., *Opera omnia*, t. X et *Commentariorum in selectos quosdam titulos Digestorum*, vol. I. *Accedunt castigationes Theologicae*, Lucae, typ. Jo. Riccomini, 1766, cols. 1377-1406: In titulum de usuris etc et sequentem de nautico foenore. *Vid.*, DONELLUS, H., *Ad titulum XXXII Cod. De Usuris* Ad titulum XXX, Cod. *De nautico foenore*, en *Commentarii absolutissimi ad II. III. IV. VI et VIII libros Codicis Justiniani et libri Digestorum XLV de verborum obligationibus*, Francofurti, e collegio Paltheniano sumtibus, 1602, pp. 213-247 y p. 247.

(136) HOTMAN, F., *In LXX titulos Digestorum. et Codicis. Adhibita ad singulas leges interpretatione*, t. III, Coloniae Allobrogum 1600, cols. 509-524: De usuris, tit. XXXII.

(137) HOTMAN, F., *Observationum et emendationum in Ius Civile libri XIII*, t. I, Coloniae Allobrogum, exc. haer. E. Vignon et Iac. Soter, 1599, cols. 146-149: cap. XII. decem menda sublata ex l. periculi D. de nautico foenore: poenae et culpa, itemque usurae et poenae differentia periculi precium. Erogandis verbum. Iactus retis. In pecunia nautica propter receptionem periculi aequum est, non modo ingentem usuram permitti, sed etiam ex nudo pacto permitti... aequum est propter receptionem tanti periculi ex nudo pacto incrementum obligationis admitti: idque eo magis, quia creditor incrementum illud non petit, nisi ex debitoris lucro et certo et magno et cuius adipiscendi facultatem suo beneficio debitori praebeuit... Usurae tamen incrementum potest admittere: aut poenae in usurae vicem: dum tamen intra modum legitimae usurae coerceatur... Haec vero de qua loquimur, propter receptionem periculi, iure antiquo, immensa et infinita fuit, sicut illa pecuniae traiectionis: ut ait Paulus libro Sententiarum 2 titulo 14 de usuris. Iure novo ad eiusdem exemplum est centesima.

(138) PETRUS GREGORIUS, tholosano, *Syntagma iuris universi, atque legum pene omnium gentium, et rerum publicarum praecipuarum*, in tres partes digestum, in quo divini et humani iuris totius, naturali, ac nova methodo per gradus, ordineque, materia universalium et singularium, simulque iudicia explicantur, Coloniae Allobrogum, exc. Ph. Albert, 1611, pp. 396-402, especialmente pp. 400-401: "Usura nautica, traiectionis marina quid. Periculum pecuniae traiectionis ad quem pertineat. n. 48. Nautica usura duplex. Eteroplón et ampheteroplón quid. nn. 47-48: Usurae nauticae improbatæ. n. 50. Centesimæ usurae lex renovata saepe. In quibus casibus permissa".

(139). Azor 3 p. moral. lib. 5 c. 6 q. 1 (140). Salm. tractatu de usu-
ris dubio 22 (141). Cobarrubias lib. 3 Var. c. 2 (142). Navar. 3 c. 2

(139) LUPO, G. B., *De usuris et commerciis illicitis commentarij quatuor*, Venetiis, apud B. Iuntam, 1582.

(140) AZOR, J., S. I., *Institutionum moralium, in quibus universae quaestiones ad conscientiam... tractantur*, t. I, ed. postrema a mendis expurgata, Lugduni, sumpt. Iac. Cardon et P. Cavellat, 1625, cols. 375-382: "De vi et potestate legis humanae. Primo quaeritur, an lex humana habeat vim alligandi civium conscientias?... Convenit inter omnes, penes Ecclesiam esse potestatem, et ius condendi Canones, sive leges, et iura quae alligent conscientias, etiam iis in rebus, quae scriptae non sunt in sacris literis... Praeterea, consentiunt itidem omnes, posse Principem civilem aut Rempubli-
cam, personam legibus civium conscientias adstringere".

(141) SALMASIO, Cl., *De modo usurarum liber*, Lugduni Batavorum, ex off. Elseviriorum, 1639, pp. 220-430: "Caput VI. de usuris romanorum... Caput VII. De assario foenore et assibus usuris, quales... Caput VIII. De nautico foenore et trajecticia pecunia... Caput IX. Solam periculi rationem discrimen fecisse inter usuras trajecticiae pecuniae frugumque, et communes... Caput X. Ubi suo periculo credebat pecuniam foenerator, majores usuras competisse".

(142) COVARRUBIAS Y LEYVA, D. de, *Variarum ex Iure Pontificio, Regio et Caesareo resolutionum* lib. III, cap. II, n. 5, en Opera omnia, in duos divisa tomos, t. II, Lugduni, sumpt. Ph. Tinghi, 1574, p. 232: "Nauticum foenus etiam iure Pontificio limitum est et inibi late expenditur interpretatio capit. Naviganti, de usuris". Ibid., pp. 235-237: "Constat sane ex iuris Caesaris responsis, et constitutionibus licuisse nauticum foenus exerceri, eo quidem pacto, ut qui mutuatur alteri mille aureos ultra mare vehendos, aliquid praeter sortem ipsam accipiat in pretium suscepti periculi, promittit enim eam pecuniam salvam fore, et si perierit, eam se non petiturum... Primo ex his apparet, etiam in ea specie contractus, quae ut usuraria damnatur in dicto capite ultimo non teneri mutuantem restituere quod ratione periculi suscepti absque fraude acceperit, modo nihil ultra iustum pretium periculi habuerit, quod maxime est adnotandum. Secundo constat, leges civiles nauticum foenus permittentes non esse Pontificia lege sublatas, imo et hodie vim, et potestatem legum habere, iustasque censendas fore, tametsi eas Canonibus correctas esse asseverent Hostiensis in Summa, titulo de usuris & in aliis autem, Doctores communiter ut inibi fatetur Anania columna prima eos sequutus in d. c. ultimo, Saliceto in authentica ad haec, columna III C. de usuris, Ioannes Faber in Rubrica C. de nautico foenore, Ancharanus in regula peccatum quaestio V de regulis iuris, Guido Papae in tractatu de contractibus numero 18. Nam et praeter alios fautores, quorum paulo ante meminimus, et Ioannis Lupi d. VI notab. & IX numero 11 ad finem, nauticum foenus, etiam hodie iure canonico, minime prohiberi existimat. Tertio deducitur Conradum, virum alioqui doctissimum, deceptum fuisse dum quaestio

(143) plures referens. Bonacin. De contractibus disp. 3 q. 3 punto 5 (144).

Igitur ut eam foelici pectine percurramus scire oportet. Usuram esse lucrum pretio aestimabile a mutuo immediate proveniens ut tradit Bonacina loco nuper citado. Joan Gutierrez lib. 1 Canonicarum lib. 1 canonic. c. 3 q. (145)

Ad usuram quidem committendam tria requiruntur. Primum, quod lucrum ex ea proveniens sit pecuniae aestimabile. Unde mutuans pecunias animo consequendi amititiam non committit usuram, quia amititia non est pecunia aestimabilis. Secundum requiritur quod ex mutuo descendat: nam si aliunde, veluti ex venditione, ultra iustum pretium proveniat, non constituit usuram. Tertium ut immediate//

LXXI de contractibus asserit, illicitam esse conventionem, qua inter mercatorem, et alium fit, ut is accepta certa periculi mercede, suscipiat onus, et periculum mercium vehendarum ultra mare, quoties qui periculum suscipit nullam operam impensurus sit pro periculo effugiendo. Siquidem licitum est pactum illud suscipiendi periculi ob iustum illius pretium, quamvis qui subit periculum nullum laborem, nullam operam impendat pro ipso evitando".

(143) AZPILCUETA, M. de, doctor Navarro, *Comentario resolutorio de usuras, sobre el cap. I de la question III de la XIII causa... Dirigido a una con otros quatro, sobre el principio del capitulo final de usuris y el capitulo final de symonia y el capitulo non in inferenda XXIII question III y el capitulo final XIII question final*, Valladolid, por F. FERNANDEZ DE CORDOVA, impresor de la C. C. R. M., 1565, pp. 5-104. Sigue el comentario resolutorio de la simonia mental y del entendimiento del capitulo final de simonia, ibid. pp. 105-125. Vid. también, AZPILCUETA, M. de, doctor Navarro, *Manual de Confesores y penitentes*, Medina del Campo 1564, pp. 184-211; AZPILCUETA, M. de, doctor Navarro, *Enchiridion sive Manuale confessoriorum et poenitentium*, Lugduni, apud G. Rovillium, 1587, pp. 411-462.

(144) BONACINA, M., mediolanensis, *Operum de Morali Theologia et omnibus conscientiae nodis, in tres tomos distributorum, tomus secundus: In quo de legibus, deque Decalogi et Ecclesiae praeceptis, itemque de Restitutione et contractibus accurate disseritur*, Lugduni, sumpt. L. Anisson, 1646, pp. 523-524: "Utrum licitum sit in mutuo aliquid supra sortem accipere ratione periculi, cui exponitur capitale, vel ratione molestiarum, et expensarum in recuperando capitali".

(145) GUTIÉRREZ, J., iurisconsulti praeclarissimi, hispani, canonici doctoralis almae ecclesiae Civitatis et advocati placentini, *Canonicarum Quaestionum, utriusque fori, tam exterioris quam interioris animae, libri duo, cum eiusdem Repetitionum, Allegationum, et Consiliorum volumine uno*, in quibus multae Quaestiones in praxi admodum utiles continentur, Antuerpiae, apud P. et Io. Belleros, 1618, pp. 425-426: lib. 2, cap. 23, n. 39 y ss.

(fol. 277r) proveniat, si enim mediante amititia speret lucrum non ut pretium mutui minime committit usuram, ut tradit Les. lib. 2 de Justitia et iure c. 20 (146). Sotus lib. 6 q. 1 art. 2 (147). Quapropter recte Alexander 3 in c. 1 (148) c. 2 de usuris (149) statuit lucri

(146) LESSIUS, L., *De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus libri quatuor. Ad 2.2. D. Thomae a quaest. 47 usque ad q. 171, cum appendice de Monte Pietatis. Accessit huic ultimae editioni celeberrima et utilissima Consultatio de vera fide et Religione capessenda*, Lugduni, sumpt. L. Prost haer. Roville, 1622, pp. 224-247, especialmente pp. 224-225: "Usura est lucrum immediate ex mutuo proveniens. Lucrum vocatur acquisitio rei supra sortem pecunia aestimabilis, et alias indebitae... Immediate, quia debet hoc lucrum provenire ex vi pacti mutationis... Ex mutuo proveniens... Usura pro contractu nihil est aliud quam mutuatio expressa vel implicita, cum pacto reddendi aliquid supra sortem ratione mutui. Pro voluntate est voluntas capiendi lucri supra sortem vi mutui".

(147) Quaestio prima, de usura. Art. II: Utrum ratione mutui aliqua possit expeti commoditas. Prima conclusio. Nihil ex pacto mutui vel recipere vel expetere licet, cuius pretium pecunia aestimatur. Secunda conclusio: Accipere aliquid non conventionis nexu vel tacitae vel expressae, sed quod gratuito mutuanti rependitur, nullam impingit usurae labem. Tertia conclusio: Nulla lex obstat quo minus fas sit mutuanti illa ratione mutui conquirere et exigere, quae pretio pecuniae non penduntur: ut puta mutuatarii amicitiam ab benevolentiam.... Tria enim requisita sunt, quae mutationem usuraria macula inficiant. Primum ut id quod expetitur aestimabile sit pecunia. Secundum ut ratione mutui expectetur: et non quia alias debitum, vel alia via. Et tertium quod ducatur in pactum, vel expressum vel tacitum. Soto, D., O. P., *De iustitia et iure libri decem*, Salmanticae, exc. A. a Portonariis, 1556, pp. 514-521, especialmente p. 515.

(148) X 5.19.1. Usura es lucrificare fructus rei pignorateae; fallit in casu hic excepto. Alexander III in concilio Turonensi. Plures clericorum, et, quod moerentes dicimus, eorum quoque, qui praesens saeculum professione vocis et habitu reliquerunt dum communes usuras, quasi manifestius damnatas, exhorrent, commodata pecunia indigentibus, possessiones eorum in pignus accipiunt, et provenientes fructus percipiunt ultra sortem. Idcirco Generalis concilii decrevit auctoritas, ut nullus amodo constitutus in clero vel hoc vel aliud genus usurae exercere praesumat. Et si quis hactenus alicuius possessionem data pecunia sub hac specie vel conditione in pignus acceperit, si sortem suam deductis expensis de fructibus iam perceperit, absolute possessionem restituat debitori. Si autem aliquid minus habet, eo recepto, possessio libere ad dominum revertatur. Quodsi post huiusmodi constitutum inc lero quisquam exstiterit, qui detestandis usurarum lucris insistat, ecclesiastici officii periculum patiatur, nisi forte ecclesiae beneficium fuerit, quod redimendum ei hoc modo de manu laici videatur.

(149) X 5.19.2. Idem in effectu dicit cum praecedenti capite, sed ad-

facere fructus rei pignorate usuram esse cum sit lucrum immediate descendens ex mutuo: docet Abbas in d. c. 1 n. 2 (150) et ibi Joannes Andra. (sic) (151).

Núm. 2

Cum autem ex mutuo descendat usura, aperte colligitur eam omnino esse prohibendam nam mutuum inductum fuit iure gentium, ad opitulam dum egentibus, quia ex officio humanitatis interest hominis beneficio, hominem affici l. servus 7 ff. de servis export. (152) Quare mutui natura, et forma contractus est, ne plus vel minus quam datum est, restituatur, eadem bonitate et qualitate l. certi conditio 9 ff. de rebus cred. (153), ita ut caveri non possit si data

dit tacite idem esse in laicis. Nam in praecedenti capite tantum fuit facta mentio de clericis. Alexander III Cantuariense Archiepiscopo et eius suffraganeis. Ut infra.

(150) TUDESCHI, N., Abbatis Panormitani, *Commentaria... in quartum et quintum Decretalium libros*, t. VII (nueve vols.), Venetiis 1591, fols. 151v-152r: "Fructus rei pignorate, computantur in sortem, quando sunt consumpti, si autem non sunt consumpti, debent restitui una cum pignore".

(151) JOANNIS ANDREAE, bononiensis, *In quartum et quintum librum Decretalium Novella commentaria*, en In primum-sextum Decretalium librum novella commentaria, ab exemplaribus per P. Vendramanum, 8 tomos en 5 vols., vol. IV, Venetijs, apud F. Franciscum, 1581; ed. facs., Torino, Bottega d'Erasmus, 1963.

(152) D. 18, 7. De servis exportandis vel si ita mancipium venierit ut manumittatur vel contra, 7. Paspinianus libro decimo quaestionum. Servus ea lege venit, ne in Italia esset: quod si aliter factum esset, convenit citra stipulationem, ut poenam praestaret emptor. Vix est, ut eo nomine vindictae ratione venditor agere possit, acturus utiliter, si non servata lege in poenam quam alii promisit inciderit. Huic consequens erit, ut hactenus agere possit, quatenus alii praetare cogitur: quidquid enim excedit, poena, non rei persecutio est. Quod si, ne poenae causa exportaretur, convenit, etiam affectionis ratione recte agatur. Nec videntur haec inter se contraria esse, cum beneficio adfici hominem intersit hominis: enimvero poenae non inrogatae indignatio solam duritiam continet.

(153) D. 12, 1. De rebus creditis si certum petetur et de conditione, 9. Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum, pr. Certi conditio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur sive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio: ceterum si in diem sit vel sub conditione obligatio, ante diem vel condicionem non potero agere... 9. Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam

sint decem ut undecim vel amplius reddantur, l. rogasti 11 ff. eodem titulo de rebus creditis (154).

Praecipue apparet usurae prohibitio, ne homines in necessitate constituti, pecunias a foeneratoribus sub quacumque conditione acciperent, usuraque multiplici dextruerentur, tandemque ad summam rerum egestatem redigerentur occasione pecandi concessa foeneratoribus. c. quid dicam 14 q. 4 (155). Unde Plutarcus in libello(156)

antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. Ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici.

(154) D. 12, 1, 11pr. Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum. Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis uteris, si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. Quod si lancem vel massam sine tua culpa perdidideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est. Mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis multum interesse, venales habui hanc lancem vel massam necne, ut, si venales habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui propositus hoc ut vendere, sed haec causa fuit vendendi, ut tu teneris, tibi eam perisse, et maxime si sine usuris credidi.

(155) C. 14 q. 4 c. 11. Non minus crudelis est qui pauperem trucidat fenore, quam qui diviti aliqua rapit. Item Augustinus ad Macedonium, ep. LIV. Quid dicam de usuris, quas etiam ipsae leges et iudices reddi iubent? An crudelior est qui subtrahit aliquid vel eripit diviti, quam qui trucidat pauperem fenore? Hec utique atque huiusmodi male utique possidentur, et vellem ut restituerentur, sed non est quo iudice repetantur. Iam vero prudenter intueamur quod scriptum est: 'fidei homini totus mundus divitiarum est: infidei autem nec obolus', nonne omnes, qui videntur sibi gaudere conquisitis, eisque uti nesciunt, alienum possidere convincimus? Hoc enim certe alienum non est, quod iure possidetur, hoc autem iure, quod iuste, et hoc iuste, quod bene. Omne igitur, quod male possidetur, alienum est; male autem possidet qui male utitur. Gratianus. Porro a quo usurae exigendae sint, Ambrosius testatur, dicens in libro de Tobia c. 15.

(156) "¿No debería, entonces, haber también una ley sobre el dinero que prohibiera a la gente tomarlo prestado de otros?... Pero, en lugar de eso... piden préstamos a un elevado interés. Buena prueba de ello es que a los pobres no les prestan, sino a los que desean procurarse alguna clase de bienestar. Y uno presenta un testigo y un avalista cuando pide, puesto que tiene bienes, para obtener crédito, aunque no debería pedir un préstamo puesto que tiene bienes". PLUTARCO, *La inconveniencia de contraer deudas (De vitando aere alieno)*, 1, en *Obras morales y de costumbres (Moralia)*, t. X, Madrid, Gredos, 2003, pp. 401-402.

quod non debeat foenerari, omnem foenerandi damnat rationem,/ conducitque maxime in pecunia numerata. Nam contra naturam esset, ut pecunia, quae sterilis est per se, et sine fructu est, generet utilitatem, et foetum l. 2 de usu fructu earum rerum, quae usu committuntur (157). Ideoque Aulus Gellius usuram, quasi foetum dixit lib. 2 Noct. Atic. c. 26 (158). Solum enim pecunia ad pretium aestimationemque faciendam inventa fuit: l. 1 de contrahend. emp. (159) Exornat prohibitionem usurae pluribus testimonijs

(157) D. 7, 5. De usu fructu earum rerum quae usu consumuntur, vel minuuntur, 2. Gaius libro septimo ad edictum provinciale. Sed de pecunia recte caveri oportet his, a quibus eius pecuniae usus fructus legatus erit. 1. Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi.

(158) "Foenerator enim, sicuti M. Varro, il libro tertio de sermone Latino scripsit, a faenore est nominatus; faenas autem dictum ait a feto et quasi a futura quadam pecuniae parientis atque increscentis. Idcirco et M. Catonem et ceteros aetatis eius feneratorem sine a litera pronuntiasse tradit, sicuti fetos ipse et fecunditas appellata". AULI GELLII, *Noctes Atticae*, XVI, 12, 17-24, en GELLIUS, A., *Noctes Atticae*, rec. C. Hosius, vol. II, Stutgardiae 1967, p. 179.

(159) D. 18, 1, 1. Paulus libro trigesimo tertio ad edictum. Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. Olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud Premium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. Eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur.

Menoquius de Arbit. q. 398 (160). Petr. Greg. supra c. 3 n. 17 (161). Donel. in tractatu de usuris folio 4 (162).

Núm. 3.

Ex qua ratione deducitur interpretatio ad textum in c. consuluit 10 de usuris (163), ubi non alias mutuo traditurus eo proposito mu-

(160) MENOCHIO, J., *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis, libri duo. Accessit postremae huic editioni eiusdem argumenti Centuria sexta*, Lugduni, apud Io. Pillehotte, sub signo Nominis Iesu, 1606, pp. 577-580: "Causa 398. Foeneratorum poenae ex iure Pontificio atque Caesareo quae sint, diligentissime explicatum atque enarratum".

(161) PETRUS GREGORIUS, tholosano, *Syntagma iuris universi, atque legum pene omnium gentium, et rerum publicarum praecipuarum*, in tres partes digestum, in quo divini et humani iuris totius, naturali, ac nova methodo per gradus, ordineque, materia universalium et singularium, simulque iudicia explicantur, Coloniae Allobrogum, exc. Ph. Albert, 1611, pp. 398-399: "Foeneratores magis, quam fures puniti. n. 18. Foenerandi licentia omnino prohibita, et quando alias coercita".

(162) DONELLUS, H., *In titulum de usuris in Pandectis, et sequentem, Commentarius, ordine haec capita Iuris complectens: De usuris et nautico foenore: De fructibus, causa et accessionibus: De mora*, nunc recens auctus et recognitus, Lugduni, apud G. Rovillium, 1568, p. 4: "usuram accessio-nem esse, quae pro usu pecuniae debitae supra sortem videlicet exigatur. Sic enim sortem, pecuniam debitam vocamus. Ita usura non est, nisi tum cum pecuniae accedit. Scilicet caeterarum rerum fructum, pecuniae usuram proprie dicimus: ut quod in caeteris rebus fructus est, id in pecunia usura intelligatur. Quae tamen cum tantum fructus afferat, quantum si ex corpore ipso perciperetur, afferret".

(163) X 5.19.10. Mutuans ea mente, ut ultra sortem aliquid recipiat, tenetur in foro animae ad illud restituendum, si ex hoc aliquid consecutus est. Idem in non dante parabolam iuramenti, nisi aliquid inde recipiat. Et idem in vendente rem plus, quam valeat, quia differt solutionem. Urbanus III. Consuluit nos tua devotio, in quo sacerdotalis officii sollicitudinem commendamus, an ille in iudicio animarum quasi usurarius debeat iudicari, qui non alias mutuo traditurus, eo proposito mutuam pecuniam credit, ut, licet omni conventionem cesante, plus tamen sorte recipiat; et utrum eodem reatu criminis involvatur, qui, ut vulgo dicitur, non aliter parabolam iuramenti concedit, donec, quamvis sine exactione, emolumentum aliquod inde percipiat; et an negotiator poena consimili debeat condemnari, qui merces suas longe maiori pretio distrahit, si ad solutionem faciendam prolixioris temporis dilatio prorogetur, quam si ei in continenti pretium persolvatur. Verum quia, quid in his casibus tenendum sit, ex evangelio Lucae manifeste cognoscitur, in quo dicitur: 'Date mutuum, nihil inde sperantes' (Lc 6, 35): huiusmodi

tuavit, ut licet omni cesante conventione, plus tamen sorte recipiat. Quapropter quod recipit teneri restituere non quidem solum realis usura quae expressa conventione fit prohibetur, veluti mutuo tibi centum, ut reddas centum, et viginti, vel palliata, quando non formali mutuo seu expresso, sed tacito, et virtuali proponitur, scilicet si vendam domum pluris iusti pretio ob dilationem solutionis, vel minoris ob anticipatam solutionem, quia, et hoc casu mutuare videtur, qui dilationem permittit, vel citius solvit, ita Layman lib. 3 tractatu 4 c. 16 (164). Revel. de Iustitia et iure lib. 8 q. 1 (165). Quinimo, et mentalis, usura contra aequitatem mutui est, ideoque recte ab Urbano 3 prohibita est in dicto capite consuluit. tradit Gutierrez lib. 2 *Canonicarum* c. 23// (fol. 278r) n. 31 cum seqq. (166) Bonacina disp. 3 de contract. q. puncto 2 cum n. 3 (167).

homines pro intentione lucri, quam habent, quum omnis usura et superabundantia prohibeatur in lege, iudicandi sunt male agere, et ad ea, quae taliter sunt accepta, restituenda, in animarum iudicio efficaciter inducendi.

(164) Vid. Layman, P., S. I., *Theologia moralis in V libros partita*, Lutetia Parisiorum, sumpt. P. Billiane, 1630; id., *Theologia moralis in V libros partita... cui adiecimus Quaestiones canonicae eiusdem auctoris*, Venetiis, apud Guerillos, 1651; id., *Theologia moralis quinque libros complectens*, ed. novis., 3 vols., Lugduni, sumpt. Hier. De la Garde, 1664; ibid., 5 vols., Lugduni, sumpt. I. B. Bourlier et L. Aubin, 1674. También de este autor: *Jus canonicum*, Dilingae, apud I. Mayer, 1666; id., *Commentariorum*, Dilingae, apud I. Mayer, 1664.

(165) REBELLO, F., *Opus de obligationibus iustitiae, religionis et caritatis*, Lugduni, sumpt. H. Cardon, 1608, pp. 570-572: "Quid sit mutuum et quo pacto a commodato distinguatur... Mutuum ad reddendum statim non obligat... Mutuum quando statuto die non solvitur ad reddenda damna obligat

(166) GUTIÉRREZ, J., iurisconsulti praeclarissimi, hispani, canonici doctoralis almae ecclesiae Civitatis et advocati placentini, *Canonicarum Quaestionum, utriusque fori, tam exterioris quam interioris animae, libri duo, cum eiusdem Repetitionum, Allegationum, et Consiliorum volumine uno*, in quibus multae Quaestiones in praxi admodum utiles continentur, Antuerpiae, apud P. et Io. Belleros, 1618, pp. 422 y ss.: "Symoniacus mentalis an teneatur ad restitutionem eius, quod accepit? Late hic et num. seqq. examinatur. n. 32. Usura mentalis obligat ad restitutionem..."

(167) BONACINA, M., mediolanensis, *Operum de Morali Theologia et omnibus conscientiae nodis, in tres tomos distributorum, tomus secundus: In quo de legibus, deque Decalogi et Ecclesiae praeceptis, itemque de Restitutione et contractibus accurate disseritur*, Lugduni, sumpt. L. Anisson, 1646, p. 523: "n. 1. An liceat in mutuo aliquid accipere propter periculum, cui exponitur capitali, aut propter molestias, et expensas in recuperando

Núm. 4

Verum huic resolutioni, quam circa usuram mentalem proponimus ex Urbano 3 in d. c. consuluit obstat textus in c. finali de symonia (168): quo loci statuit Gregorius 9 simoniacum mentalem, non teneri ad restitutionem: ergo maiori ratione non tenebitur restituere usurarius mentalis. Cuius difficultate oppressi authores varii varia dixere ut constat ex his quae referunt Covarrubias in regula peccatum in princ. n. 4 (169). Sotus lib. 9 de iustitia et iure q. 8 (170). Medina de resti-

capitali. n. 2. Quenam requirantur, ut liceat in mutuo aliquid accipere ob dictum periculum. n. 3. Ad quid teneatur mutuator, qui cogit mutuatarium ad eligendum se ipsum pro mutui securitate. n. 5. An liceat aliquid in mutuo accipere ob labores, expensas, et diligentias factas pro mutuuario”.

(168) X 5.3.46. Habet duo dicta: secundum ibi, ‘ad resignationem’. Et propter brevitatem et varietatem lectionum aliter non summatur. Gregorius IX. Mandato nostro recepto, ut cum monachis, qui per simoniam dato aliquo locum in monasteriis sunt adepti, secundum constitutionem generalis concilii dispensares. Consultationi tuae breviter respondentes, dicimus, mandatum apostolicum etiam ad abbates extendi, et ad resignationes spiritualium et temporalium, quae nullo pacto, sed affectu animi praecedente utrinque taliter acquiruntur, in quo casu delinquentibus sufficit per solam poenitentiam suo satisfacere Creatori, eos pro simonia huiusmodi non teneri.

(169) COVARRUBIAS y LEYVA, D. de, *Regulae peccatum, de regulis iuris, libro Sexto, relectio*, en *Opera omnia*, in duos divisa tomos, t. I, Lugduni, sumpt. Ph. Tinghi, 1574, pp. 531-532: “Usurarius mentales, an teneatur restituere quod ei datum fuerit a debitore? Cum mentalis usurarius recipiat quid ultra sortem mutui ratione: alioqui non mutuaturus, non sit libera donatio ipsius debitoris, etiam si is absque ullo pacto, sciens nulla subesse dandi causam, id dederit. Verum huic rationi responderi potest... mentalis usurarius, cum recipit aliquid ultra sortem, absque pacto certo, scit, sibi illud non deberi, et gratuito dari: licet ea spe mutuum debitori dederit... usurarius cum repetit datum sibi ultra sortem, habet animum id acquirendi, et voluntatem recipiendi, ut gratuito datum. At donatarius hanc voluntatem, nec animum non habet: quippe qui recipiat id, quod sibi datur, ut vere debitum. Sed et in usurario mentali quem tractamus, quod is ad restitutionem teneatur... Alioqui si constet de libera datione debitoris, locus non est obligationi restituendi, etiam pauperibus”.

(170) Quaestio octava: “De restitutione simoniae et poena simoniaci. Art. I. Utrum quicquid per simoniam vel datur vel recipitur, sit restitutioni obnoxium.... Ad quaestionem unica conclusione respondetur: Quicquid per simoniam acquisitum est, sive pecuniario pretio, sive munere alieno perinde valente, restitutioni subiectum est... Simonia mentalis est internum propositum et intentio dandi aut recipiendi spirituale pro temporali:

tut. tract. De usur. q. 4 (171). Sed nos brevitati consulentes pluribus ommissis dicendum existimamus, quod cum in usura mentali solum versetur turpitudine ex parte recipientis, sicut in reali semper obligat restitutio ex regula textus in l. 1 & final. Ff. De condit. ob turpem causam (172) Donel. lib. 14 comment. c. 25 (173) ubi plura congescit Osval. (174) datum enim ob turpem causam, etiam re sequuta repeti potest nisi utriusque tam dantis, quam recipientis turpitudine adsit: nam hoc casu melior est conditio possidentis l. 3 Ff. eodem titulo de condit. ob turp. causam (175). Quocirca cum in symonia mentali,

ad cuius percipiendum intellectum ad id recurrito quod libro 6. de usura mentali diximus. Est enim lubrica fallaxque illa regula, quod principaliter intendatur pretium aut minus principaliter... Colligit autem Caietanus in sua summa trinam simoniae speciem. Prima consistit in sola intentione absque ullo opere... Secunda vero est, de qua doctores loquuntur, dum quis foris munera offert intentione prava, sed latente. Dum scilicet celat qua intentione id facit... Tertia inquit, quando pactum intervenit, sed non mandatur executioni... De simonia vero mentali, obligetne ad restitutionem, in responsione sexti dicendum est...", pp. 851-854, con las opiniones de Cayetano, Silvestre, Juan Andrés, Nicolás de Tudeschis y Adriano, entre otros. SOTO, D., *De iustitia et iure libri decem*, Salmanticae, exc. A. a Portonariis, 1556, pp. 846-857.

(171) MEDINA, Io., *De restitutione et contractibus tractatus. In hoc opere contenta: De rerum dominio, atque earum restitutione et de aliquibus contractibus, De usura, De cambiis, De censibus*, Salmanticae, exc. A. de Portonariis, 1550, fols. 120r-145v, especialmente 136v-138v: "Super est nunc de usura vera quo ad debitum restituendi aliquid dicere... Secundo arguitur de usurario mentali, qui ovni pacto secluso, sola mente spem lucri retinet, quod etiam postmodum per mutuatarium oblatum recipit: talis non videtur teneri ad restituendum super acceptum. Nam simoniachus mentalis, non tenetur restituere: igitur nec usurarius mentalis. Consequentia apparet parietate rationis".

(172) D. 12, 5, 1, 2. Paulus libro decimo ad Sabinum. Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest.

(173) DONELLUS, H., *Commentariorum iuris civilis libri vigintiocto*, in quibus ius civile universum singulari artificio atque doctrina explicatur. Scipio Gentilis IC recensuit, edidit, posteriores etiam libros supplevit, Francofurti, typ. et sumpt. Wecheliorum, apud D. et D. Aubrios et Cl. Schleichium, 1626, pp. 719-721: De repetitione ob turpem causam datorum.

(174) HILLIGERO, O., *Donellus enucleatus, sive Commentarii Hugonis Donelli de Jure civili in compendium ita redacti ut rerum nucleum continerent... accesserunt notata...* auctore Osvaldo Hilligero, Antuerpiae, apud P. Bellerum, 1642, t. I, pp. 347-348: Condictio ob turpem causam.

(175) D. 12, 5, 3. Paulus libro decimo ad Sabinum. Ubi autem et dantis

sit utriusque turpitudinis: melior debet esse conditio possidentis, ex ea causa cessat restitutio ut sentit Navarrus in Manual. c. 17 n. 32 (176), et in d. c. final. De simonia (177).

Núm. 5

Neque obstat si replices ex texto in c. veniens 19 de simonia (178). Ubi traditur realem/ simoniacum teneri ad restitutionem, et

et accipientis turpitudinis versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, ut male iudicetur.

(176) "Intellectus cap. de hoc de simonia: Non obstat... quod titulus quo aliquid ob maleficium datur, est ipso iure nullus... ergo qui accipit ob maleficium, sive ullo iure tenet, et consequenter iniuste, et tenetur restituere... Non esse paria, quod huiusmodi accipiens, nullo penitus titulo praecedente accipiat, et quod accipiat praedicto qualiqui et turpi titulo praecedente. Nam in priori daretur conditio sine causa, vel indebiti, vel rei vendicatio, iuxta titulos de condictione sine causa et condictione indebiti et de rei vendicatione. In secundo autem nulla conditio habet locum per praefatas leges et per leges titulo Digestorum pro derelicto." AZPILCUETA, M. de, doctor Navarro, *Enchiridion sive Manuale confessoriorum et poenitentium*, Lugduni, apud G. Rovillium, 1587, pp. 321-322. En el texto castellano se lee: "Quando la torpeza fue cometida por ambas partes, y con voluntad de ambas, esto es, que el uno tomo voluntariamente mal con voluntad de su dueño, que mal se lo dio (por estar vedado en aquel caso no solo el dar, pero aun el tomar, como se deve la restitution del dinero, que el ordenador recibe del ordenado contra las leyes, que vedan el dar y el tomar del por ordenes, y la del que toma el juez por la mala sentencia etc. no se ha de hazer restitution de precepto, sino de consejo segun Angelo, pero si segun Adriano. Porque si el que toma por hazer el bien que deve, es obligado a restituyr de precepto por loo del caso siguiente, por mas fuerte razon lo sera el que toma por hazer lo que no deve, lo qual mesmo tienen Antonio y Panormitano". AZPILCUETA, M. de, doctor Navarro, *Manual de Confesores y penitentes*, Medina del Campo 15564, p. 134.

(177) Ut supra X 5.3.46. Gregorius IX.

(178) X 5.3.19. Abbas et maiores de conventu, si pro receptione monachi receperunt pecuniam ex pacto, ab officio et beneficio suspenduntur, et taliter recepta pecunia restituitur, et in aliud monasterium ita receptus transfertur. Alexander III. Veniens ad nos F. presbyter simplici nobis relatione proposuit, quod abbas et fratres sancti R. noluerunt eum in monachum recipere, quousque illis pro monachatu triginta solidos dare convenit; conventionem autem facta statim sequenti die eum monasticum habitum induerunt, et ídem monachi triginta solidos, abbas vero decem, et familia duodecim pro pastu, asserentes, hoc esse de consuetudine monasterio, postularunt. Quoniam ergo rei veritas nobis non constat, et factum huius-

tamen utriusque turpitudine adest sicut in simonia mentali, facile tamen satisfacies si advertas in crimine realis symoniae specialiter licet utriusque dantis et recipientis turpitudine consideretur, necessariam esse restitutionem iure ecclesiastico in poenam tanti delicti c. de hoc (179) c. audivimus de symonia (180): c. si quis episcopus

modi perniciosum videtur, fraternitati tuae per apostolica scripta mandamus, quatenus rei veritatem diligenter inquiras, et, si ita esse inveneris, abbatem et monachos ad restituendam pecuniam praefato F. tam indigne acceptam, instanter admoneas, et cum omni districtione compellas, et, abbatem et maiores personas monasterio pro tantae pravitudinis excessu ab officii executione suspendens, praecipias dicto F., ut in alio monasterio in habitu monastico Domino studeat deservire.

(179) X 5.3.11. Convictus de simonia deponendus est; idem in infamato, qui se purgare non potest. Alexander III toletano Archiepiscopo. De hoc autem, quod rex et principes sui a Bernardo quondam Oxomensis episcopo pecuniam recepisse dicuntur, ut eius electioni praestarent assensum, et quod idem episcopus Oxomensis archidiacono beneficia certi redditus, et cuidam clerico ante electionem suam prioratum dicitur promisisse, ut uterque illorum, archidiaconus videlicet et clericus consentiret eidem, hoc tuae prudentiae respondemus, quod si manifestum est, eundem archidiaconum et clericum ob causam illam tam iniquam et detestabilem promissa recepisse, aut si exinde confessi fuerunt in iure, vel legitime convicti, ab altaris ministerio sunt perpetuo deponendi. Si vero id manifestum est, nec tamen inde convicti vel confessi fuerint, sed tantum publica laborant infamia, eis canonica purgatio debet indicari. In qua si defecerint, tanquam auctores tanti sunt sceleris puniendi. Regem autem et principes eius sollicitè monere debes et diligenter inducere, ut, si qua receperint a praefato episcopo, ut eius electioni praestarent assensum, ecclesiae Oxomensis sine diminutione restituant, quum ea sine gravi suae salutis periculo retinere non possint.

(180) X 5.3.41. Episcopi nihil exigere debent, ut permittant in ecclesiis sibi subiectis clericos institui, monachos profiteri, vel mortuos sepeliri; alioquin exacta restituentur duplicata. Alexander III. Audivimus de quibusdam episcopis, decedentibus ecclesiarum rectoribus, ipsas interdicto subiiciunt, nec patiuntur alios in eisdem institui, donec ipsis certa summa pecuniae persolvatur. Praeterea quum miles aut clericus domum religionis ingreditur, vel apud religiosos eligit sepulturam, etiamsi nihil loco religioso reliquerit, difficultates ingerunt et malitias, donec aliquid muneris manus contingat eorum. Quum igitur non solum a malo, sed etiam ab omni specie mali sit secundum Apostolum (I Thes. 5, 22) abstinendum, exactiones huiusmodi penitus inhibemus. Quod si quis transgressor exstiterit, exacta duplicata restituat, in utilitatem locorum, in quorum fuerint soluta dispendium, fideliter convertenda.

(181) c. presbiterum 1 q. 1 (182). Facit illud Mathaei c. 10 ubi gratis accepistis, gratis date (183). Divus Thomas 2.^a 2ae q. 100 art. 6 per totum (184), quod facinus cum in symonia mentali non appareat, tam in foro conscientiae quam exteriori cessat restitutio licet poenitentiam condignam pro illo gravi peccato debeat facere d. c. final. De symon. (185) l. 5 titulo 17 part. 1 (186) ubi dum de symoniaco

(181) C. 1 q. 1 c. 8. *Damnatur episcopus, qui per pecuniam ordinationem facit.* Item Ambrosius ex concilio Calcedonensi, c. 2. Si quis episcopus per pecuniam ordinationem fecerit, et sub precio redegerit Spiritus Sancti gratiam, que vendi non potest, ordinaveritque per pecuniam presbiterum aut diaconum, vel quemlibet de his, qui cognominantur in clero promoverit etiam dispensatorem, aut defensorem vel quemlibet, qui subiectus est regulae, pro sui turpissimi lucri commodo, is, cui hoc attemptanti probatum fuerit, proprii gradus periculo subiacebit, et qui ordinatus est, nichil ex hac ordinatione vel promotione, que est per negotiationem facta, proficiat, sed sit alienus a dignitate vel sollicitudine, quam pecuniis adquisivit. Si quis vero mediator tam turpibus et nefandis datis vel acceptis extiterit, siquidem clericus fuerit, proprio gradu decidat, si vero laicus anathematizetur.

(182) C. 1 q. 1 c. 3. *Spolietur honore, qui ecclesiam per pecuniam obtinet.* Item Gregorius in Registro. Presbiter si ecclesiam per pecuniam obtinuerit, non solum ecclesia privetur, sed etiam sacerdotii honore spolietur, quia altare, et decimas, et Spiritum Sanctum vendere vel emere, symoniacam heresim esse, nullus fidelium ignorat.

(183) Mt. 10, 8.

(184) THOMAE AQUINATIS, *Secunda secundae partis Summae Sacrae Theologiae, cum commentariis R. D. D. Thomae de Vio Caietani, cardinalis S. Xysti*, Lugduni 1581, pp. 358-360: Utrum sit conveniens simoniaci poena, ut privetur eo, quod per simoniam acquisivit.

(185) Ut supra X 5.3.46. *Habet duo dicta: secundum ibi 'et ad resignationem'.* Et propter brevitatem et varietatem lectionum aliter non sumatur.

(186) *Las siete Partidas del sabio rey don Alonso el Nono, glosadas por el licenciado Gregorio Lopez*, del Consejo Real de Indias de S. M., tomo I. Que contiene la I^a y II^a Partida, en Madrid, en la of. de B. Cano, 1789, p. 296. Partida 1, 17, 5. "Quales presentes deven los Perlados rescebir sin pecado de simonia. Presente de comer, e de beber, pueden rescebir los Perlados sin pecado de simonia; solamente que non sean muy grandes, e que se puedan ayna despende, assi como pichelos, o redomas de vino, o aves, o pescados, o frutas, o otras cosas semejantes destas, que fuesen pocas. E esto es, porque los omes non se mueven a dar cosa spiritual por tales presentes como estos. Pero si alguno diesse don, o presente, quier fuesse grande o pequeño, con intencion de ganar por el cosa spiritual, o si el que lo rescebiesse, la diesse por razon de aquel servicio; cualquier de los que lo

mentali agit, ait No ha por que renunciar solamente que haga penitencia del hierro que fiço porque la gano assi Et notat ibi Gregorius Lopez (187). Joan. Gutierr. supra n. 35, et 52 (188).

fazen desta manera, caen en pecado de simonia de voluntad, porque non fue fecho en ella pleyto ninguno. E porende el que rescebiesse Beneficio, o Orden en esta manera, o otra cosa spiritual, puedela retener, e non ha por que la renunciar, solamente que faga penitencia del yerro que fizo, porque la gano assi. Mas quando quier que alguno diesse por pleyto poco o mucho, para ganar cosa spiritual, cae porende en simonia, e non debe aver aquella cosa, por que la dan. Pero si alguno acusassen que avia fecho pecado de simonia, e fuesse dubda, si lo finiera por pleyto, o en su voluntad, debe aquel su Mayoral, que oviesse de librar el pleyto, asmar, e catar aquellas cosas, que son dichas en la quarta ley ante desta, que escusan al ome, que non cae en simonia, e segund aquello que y dize, de librar el pleyto."

(187) Partida 1, 17, 5. "Dans aliquod temporale ea intentione, non tamen in pactum deducta, ut aliquid spirituale consequatur, vel si recipiens dederit spirituale pro tali servitio recepto, committitur simonia mentalis, quae aboletur per poenitentiam, et non obligat ad resignationem ordinis vel beneficii, secus si deducatur in pactum. Et si dubitetur, an fuerit simonia mentalis, vel conventionalis, recurritur ad conjecturas, de quibus supra eodem lex 3. Hoc dicit". Ibid., nota 2: "Simonia de voluntad. Sola intentio non inducit simoniam conventionalem, sed solum mentalem, quae aboletur per solam poenitentiam, ut hic, et in cap. fin. eod. tit. Hostiensis et alii in cap. ex tuae, eod. titulo post glossam et dixi supra eod. lex 3". *Las siete Partidas del sabio rey don Alonso el Nono, glosadas por el licenciado Gregorio Lopez*, del Consejo Real de Indias de S. M., tomo I. Que contiene la Iª y IIª Partida, en Madrid, en la of. de B. Cano, 1789, p. 296. "La sola intencion no causa simonia convencional, sino mental, que se perdona con la sola penitencia, como se ve aquí y en el cap. ultimo del mismo titulo; así Hostiense y otros al cap. ex tuae, del mismo titulo, despues de la glosa, y veas, lo que dije arriba a la ley 3!". *Las Siete Partidas del sabio rey don Alfonso el IX, con las variantes de mas interés, y con la glosa del licenciado Gregorio Lopez...*, vertida al castellano y extensamente adicionada... por I. SANPONTS Y BARBA, R. MARTI DE EIXALA Y J. FERRER Y SUBIRANA, t. I, Barcelona 1843, p. 642, nota 24.

(188) GUTIÉRREZ, J., iurisconsulti praeclarissimi, hispani, canonici doctoralis almae ecclesiae Civitatensis et advocati placentini, *Canonicarum Quaestionum, utriusque fori, tam exterioris quam interioris animae, libri duo, cum eiusdem Repetitionum, Allegationum, et Consiliorum volumine uno*, in quibus multae Quaestiones in praxi admodum utiles continentur, Antuerpiae, apud P. et Io. Belleros, 1618, pp. 423 y 427: "His tamen omnibus non obstantibus, sententia Sancti Thomae... et communis omnium prope Theologorum ac Canonistarum est in contrarium, imo, quod indistincte datum vel acquisitum ex symonia mentali, nullo pacto, tacite, neque expresse, intercedente, non sit in iudicio Ecclesiae, nec in animae interio-

Illud tamen notandum est, in d. c. veniens 19 (189), restitui symoniace accepta, eidem, qui dedit, quoniam ignorabat symoniam committi. Putavat enim sic de more ob ingressum religionis observari. Quapropter sine culpa non erat puniendus c. sine culpa de regulis iuris in 6 (190), l. final. Ff. De decret. ab ord. faciend. (191) Aliter autem si in culpa fuisset, qui pecuniam dedit, non ipsi fieret restitutio, sed potius Ecclesiae, ob quam symonia fuit commissa d. c. de hoc de simonia (192). Divus Thomas 2^a 2. q. 62 art. 5 ad 2 (193). docet Les de iustitia et iure lib. 2 c. 35// (fol. 279r) n. 123 (194).

ri restituendum, nec beneficium sic receptum resignatum... n. 52. Nullus contrahit symoniam quantum ad Ecclesiam ex sola voluntate, nisi aliquid superaddatur”.

(189) Ut supra X 5.3.19. Abbas et maiores de conventu, si pro receptione monachi receperunt pecuniam ex pacto, ab officio et beneficio suspenduntur, et taliter recepta pecunia restituitur, et in aliud monasterium ita receptus transfertur.

(190) In VI 5. 13.23. Sine culpa, nisi subsit causa, non est aliquis puniendus.

(191) D. 50, 9, 6. Scaevola libro primo digestorum... quaesitum est, an poenam sustinere debeat, qui ignorans adversus decretum fecit. Respondit et huiusmodi poenae adversus scientes paratas esse.

(192) Ut supra X 5.3.11. Convictus de simonia deponendus est; idem in infamato, qui se purgare non potest.

(193) THOMAE AQUINATIS, *Secunda secundae partis Summae Sacrae Theologiae, cum commentariis R. D. D. Thomae de Vio Caietani, cardinalis S. Xysti*, Lugduni 1581, p. 210: Utrum oporteat semper restitutionem facere ei, a quo acceptum est aliquid... Ad secundum dicendum, quod aliquis dupliciter aliquid dat illicite. Uno modo quia ipsa datio est illicita et contra legem, sicut patet in eo qui simoniace aliquid dedit. Et talis meretur amittere quod dedit, unde non debet ei restitutio fieri de his. Et quia etiam ille qui accepit, contra legem accepit, non debet sibi retinere, sed debet in pios usus convertere. Alio modo aliquis illicite dat, quia propter rem illicitam dat, licet ipsa datio non sit illicita”.

(194) LESSIUS, L., *De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus libri quatuor. Ad 2.2. D. Thomae a quaest. 47 usque ad q. 171, cum appendice de Monte Pietatis. Accessit huic ultimae editioni celeberrima et utilissima Consultatio de vera fide et Religione capessenda*, Lugduni 1622, pp. 413-445.

Suarez lib. 4 de simon. c. 59 (195). Cobar. in regul. Peccatum 2 p. &2 n. 7 (196).

Núm. 6

Quibus sic praehabit is iam constat, omni iure prohibitam esse usuram, et nullius causae praetextu esse permittendam, ut asserit Alex. 3 in c. super eo 4 de usur. ibi. 1 (197) ne etiam pro redimenda vita captivi usurarum crimine insolvatur, et apparet iure divino prohibitio ex Testamento veteri Exode c. 22 vers. 25 (198) Levit.

(195) SUÁREZ, F. S. I., *Opus de virtute et statu religionis*, vol. I, en *Opus*, t. XII, Venetiis, apud S. Coleti, 1742, pp. 562-571: "Utrum pretium simoniace obtentum ex jure divino, et naturali restituendum sit?"

(196) COVARRUBIAS Y LEYVA, D. de, *Regulae peccatum, de regulis iuris, libro Sexto, relectio*, en *Opera omnia*, in duos divisa tomos, t. I, Lugduni, sumpt. Ph. Tinghi, 1574, pp. 537 y 541: "Datum causa maleficio, et turpitudinis: an sit necessario restituendum danti, qui in eadem turpitudine versatur: an pauperibus: vel an possit retineri ab accipiente? Nam lex civilis negans repetitionem eius, quod datum turpiter fuerit ob turpem causam, locum habet, etiam ante causam ipsam secutam et eadem in poenam tanti criminis dantem privat iure exigendi, quod dederat. Non obstat huic resolutioni textus in dicto capite veniens de simonia. Qui respondit datum causa simoniae restituendum esse danti. Id etenim procedit, vel quia ipse dedit bona fide monachis exigentibus id praetextu consuetudinis, ad prandium monachorum, capitulo cum Apostolicam eodem titulo, unde non omnino manifesta est, nec aperta dantis turpitudine: vel pecunia inibi restituitur danti, ut is translatus ad aliud monasterium, eam secum in id monasterium deserat, ad alimenta sibi necessaria. Quo fit, in eo textu minime posse probari, quod datum causa simoniae sit restituendum ei, qui dedit..."

(197) X 5.19.4. Potest intelligi dupliciter, primo in mutuante, secundo recipiente usurae, et secundum primum intellectum hoc dicit: Etiam pro opere pio non licet usuras recipere, quando per receptionem datar causa usurae committendae. H. d. Vel sic et clarius: Non licet inducere quem ad exercendum usurae etiam pro pio opere. Et ista lectura colligitur ex decisa. Alexander III Panormitano Archiepiscopo. Super eo vero, quod a nobis tua dilectio postulavit, utrum possit in recipienda pecunia ad usuram dispensatio fieri, ut pauperes, qui in Sarracenorum captivitate tenentur, per eandem possint pecuniam liberari, praesentibus tibi literas Respondemus, quod, quum usurarum crimen utriusque testamenti pagina detestetur, super hoc dispensationem aliquam posse fieri non videmus, quia, quum scriptura sacra prohibeat, vel pro alterius vita mentiri, multo magis prohibendus est quis, ne etiam pro redimenda vita captivi usurarum crimine involvatur.

(198) Ex. 22, 25: Si pecuniam mutuam dederis populo meo pauperi qui habitat tecum non urgebis eum quasi exactor, nec usuris opprimes.

c. 2 (199) Ezechiel c. 19 (200) ubi Dominus ait, usurarius non vivet, sed morietur. Licet enim in Deuteronomio c. 25 vers. 19 (201) legamus permissas fuisse usuras circa extraneos ut constat ex illis verbis. Non foenerabis fratri tuo ad usuram pecuniam etc. Id permissum fuit ad maiora mala evitanda, ne populus propter avaritiam, ad quam valde propensus erat, fratres suos opprimeret, sicque auctoritate divina dominium fuit illis quaesitum, igitur ut impunita, non ut licita permissa legitur usura. D. Thomas 2.^a 2ae q. 76 art. 2 (202), et ibi Caietanus (203) Foelicianus lib. 1 de censibus c. 5 ex

(199) Lev. 25, 35-37: Si attenuatus fuerit frater tuus, et infirmus manu, et susceperis eum quasi advenam et peregrinum, et vixerit tecum, ne accipias usuras ab eo, nec amplius quam dedisti: time Deum tuum, ut vivere possit frater tuus apud te. Pecuniam tuam non dabis ei ad usuram et frugum superabundantiam non exiges.

(200) Ez. 18, 8: ad usuram non commodaverit, et amplius non acceperit... 13. ad usuram dantem et amplius accipientem: numquid vivet? Non vivet; cum universa haec detestanda fecerit, morte morietur, sanguis eius in ipso erit... 17. a pauperis iniuria averterit manum suam, usuram et superabundantiam non acceperit...

(201) Dt. 23, 19. Non foenerabis fratri tuo ad usuram pecuniam, nec fruges, nec quamlibet aliam rem: sed alieno. Fratri autem tuo absque usura, id quo indiget, commodabis: ut benedicat tibi Dominus Deus tuus in omni opere tuo in terra, ad quam ingredieris possidendam.

(202) THOMAE AQUINATIS, *Secunda secundae partis Summae Sacrae Theologiae, cum commentariis R. D. D. Thomae de Vio Caietani, cardinalis S. Xysti*, Lugduni 1581, pp. 257-264: Quaestio septuagesima octava, de vitio usurae in mutuis, in quatuor articulos divisa. Art. I. Utrum accipere usuram pro pecunia mutuata sit peccatum. Art. II. Utrum liceat pro pecunia mutuata aliquam aliam commoditatem expetere. Art. III. Utrum quicquid de pecunia usuraria quis lucratus fuerit reddere teneatur. Art. IV. Utrum liceat pecuniam accipere mutuo sub usura.

(203) THOMAE AQUINATIS, *Secunda secundae partis Summae Sacrae Theologiae, cum commentariis R. D. D. Thomae de Vio Caietani, cardinalis S. Xysti*, Lugduni 1581, pp. 258-259.

n. 13 (204) Maior in 4 dist. 25 q. 29 (205) = Apparet etiam ex Lege evangelica Lucae c. 6 (206) ibi mutuum date nihil inde sperantes, et ex aliis locis unde hanc prohibitionem iuris esse naturalis etiam certum est, quia nihil in lege Evangelica statuitur, neque ut illicitum prohibetur, quod non sit iure naturali statutum, exceptis his, quae circa Sacramenta, et fidei Catholicae articulos instituta sunt. Ita D. Thomas 1.^a 2ae q. 98 art. 5 (207), et q. 104 art. 3 (208). Magist. in 4 Sententiarum distinct. 3 (209). Quibus autoritatibus moti Ponti-

(204) SOLIS, F. de, *Commentarii de censibus*, quattuor libris fere omnem materiam de censibus complectentes, Compluti, ex off. Io. Gratiani, imp. Io. Sarriae, 1594, fol. 53r y ss. "In Dafnis autem, et id quod interest venit etiam pretium datum, et quantitas censuum usque ad diem restitutionis, quia apparet de lucro cesante ex eo, quod super re non sua sed alia census venditor constituit... Ultimo deducitur magnam esse differentiam inter census et mutuum. Pro cuius rei notitia advertendum est quatuor potissimum in mutuo deprehendi. Primum, quod pecunia fiat accipientis: secundum, quod fiat gratis: tertium, quod detur ius utendi aliquo tempore: quartum, quod accipiens obligetur cum effectu ad idem genus, sive ad tantumdem in eodem genere restituendum, dique adeo precisae ut nullo interitu liberetur". *Ibid.*, fol. 55r y ss.: Cap. V, n. 11. "Vera usurae diffinitio est ut sit lucrum pecunia aestimabile suapte natura vi mutui veri, vel palliati, quae situm, vel speratum, liceo mutuante sperare lucrum ex amicitia et gratitudine. Usura in solo contractu mutui reperitur et vera ratio constituitur. In emptione et venditione, aliisque contractibus non committitur usura, nisi quatenus sub his latet quoddam mutuum palliatum. 16. Omni iure naturali, divino positivo, canonico, civili et regio usura prohibita est", *ibid.*, fol. 63rv.

(205) MAIOR, Jo., *In quartum Sententiarum quaestiones utilissimae suprema ipsius lucubratione enucleate*, Venundantur Parrhisiis 1521, fols. 180r-186v.

(206) Lc. 6, 35: Verumtamen diligite inimicos vestros: benefacite, et mutuum date, nihil inde sperantes.

(207) THOMAE AQUINATIS, Doctoris Angelici, *Prima Secundae partis Summae Theologicae... reverendissimi domini Thomae a Vio Caietani... commentarijs illustrata*, Augustae Taurinorum, apud haer. N. Bivilaquae, 1581, p. 411: "Utrum omnes homines obligabantur servare legem veterem".

(208) THOMAE AQUINATIS, Doctoris Angelici, *Prima Secundae partis Summae Theologicae... reverendissimi domini Thomae a Vio Caietani... commentarijs illustrata*, Augustae Taurinorum, apud haer. N. Bivilaquae, 1581, p. 453: "Utrum praecepta iudicialia possint habere aliquam certam divisionem".

(209) LOMBARDO, P., *Magistri Sententiarum, libri IIII*, Lugduni, apud A. Tardif, 1581, fols. 295r-298r.

fices iure nostro canonico prohibuerunt usuras c. consuluit (210) c. super eo (211) c. in omnibus (212) de usuris c. si quis 47 dist. (213) c. ne hoc 14 q. 4 (214) Concil. Illibertan. can. 20 (215) primum omnium totius Ecclesiae celebratum in Hispania anno 305. Baron. (216) eodem an. vel ut voluit Padilla in historia ecclesiastica Hispa-

(210) Ut supra X 5.19.10.

(211) Ut supra X 5.19.4.

(212) X 5.19.3. Manifesti usurarii ad communionem altaris et ecclesiasticam sepulturam et oblationem offerendam admitti non possunt, et clerici, contra hoc facientes, puniantur, ut hic dicitur. Alexander III in concilio Lateranensi. Quia in omnibus fere locis ita crimen usurarum invaluit, ut multi, aliis negotiis praetermissis, quasi licite usuras exerceant, et qualiter utriusque testamenti pagina condemnentur, nequaquam attendant: ideo constituimus quod usurarii manifesti nec ad communionem admittantur altaris, nec Christianam, si in hoc peccato decesserint, accipiant sepulturam, sed nec oblationes eorum quisquam accipiat. Qui autem acceperit, vel Christianae tradiderit sepulturae, et ea, quae acceperit, reddere compellatur, et, donec ad arbitrium episcopi sui satisfaciatur, ab officii sui maneat exsecutione suspensus.

(213) D. 47 c.5. Degradetur clericus, qui usuras accipere detegitur. Item ex concilio Elibertano, c. 20. Si quis clericorum detectus fuerit usuras accipere, placuit degradari et abstinere.

(214) C. 14 q. 4 c. 8 (7). Etiam laicis usura dampnabilis est. Item Leo Papa epist. I, c. 3. Nec hoc quoque pretereundum duximus, esse quosdam turpis lucri cupiditate captos qui usurariam exercent pecuniam, et fenore volunt ditescere. Quod nos ut non dicamus in eos, qui sunt in clericali ordine constituti, sed etiam in laicos cadere, qui se Christianos dici capiunt, condolemus. Quod vindicari acrius in eos, qui fuerint confutati, decernimus, ut omnis peccandi oportunitas adimatur.

(215) Concilium Illiberitanum, c. 20: De clericis et laicis usurariis. Si quis clericorum detectus fuerit usuras accipere, placuit eum, degradari et abstinere. Si quis etiam laicus accepisse probatur usuras, et promiserit correptus, se iam cessaturum, nec ulterius exacturum, placuit, ei veniam tribui. Si vero in ea iniquitate duraverit, ab Ecclesia sciat se esse projiciendum. Cf. LOAYSA GIRÓN, García, *Collectio conciliorum Hispaniae*, Madriti, exc. P. Madrigal, 1593, p. 8.

(216) BARONIO, C., *Annales ecclesiastici*, nov. ed., t. II, Antuerpiae, ex off. Plantiniana, apud B. et Io. Moretos, 1617, pp. 796-790: "año 305", siendo Marcelo, Papa en su segundo año, y Constancio y Galerio emperadores por segundo año; id., *Annales ecclesiastici*, a L. Aurelio perusino in totidem libellos brevissime redacti in quot magna volumina opus ab authore digestum est, Romae, sumpt. P. Tutti, 1636, pp. 227-228.

niae cent. 4 c. 35 (217) tempore Melchiadis Pontificis anno 311 licet varie hoc tempus apud omnes notetur, teste Ferdinando de Mendoza in notis eiusdem Concilij lib. 1 ad Clemen. 8 c. 2 et 3 (218). Gariu lib. 7 c. 48 (219) anno 338 concil. Nicen. primum sub Silvestro anno 324 ut refert Niceph. lib. 8 historiae ecclesiast. c. 14 (220). Concil. Lateran. sub Alex. 3 anno 1263 (221) ubi usurarij publicis a

(217) PADILLA, F. de, *Historia ecclesiastica de España, primera parte, que contiene cinco Centurias en que se trata del principio y progressos que tuvo la Religión cristiana en España, y de los Santos martires, confesores, obispos y concilios que uvo en ella hasta el año de 500 del Nacimiento de Christo*, Málaga, por Cl. Bolan, 1605, fols. 208r-219v, con los decretos del Concilio: "Tiempo deste Concilio. Quanto a lo del tiempo en que se celebró este Concilio ay tanta diversidad entre los Autores que escriven del, que por maravila se hallaran dos que vayan conformes. El que mas temprano lo pone en el Cardenal Cesar Baronio, que trata del en los Actos del año de trescientos y cinco... Por esto lo pongo en el pontificado del papa Melchiasdes, no señalando año, pues no ay certidumbre de qual aya sido. Aunque aviendo entrado Melchiasdes en el pontificado por el mes de setiembre del año trezientos y onze... y durado en el tres años poco mas o menos seria en uno de los tres años de su pontificado y antes me inclino a creer que seria en el primero que en el postrero".

(218) MENDOZA, F. de, *Vetustissimum et nobilissimum concilium Illiberitanum, cuarto ineunte saeculo in Hispania celebratum, cum discursibus apologeticis ad Clementem VIII*, Lugduni, sump. Ph. Borde, L. Arnaud, P. borde et G. Barbier, 1665, pp. 13-28.

(219) Podría tratarse de GARCÍA DE LOAISA, *Collectio conciliorum Hispaniae*, Madriti, exc. P. Madrigal, 1593, pp. 1-30: "Era 362". No podemos olvidar la obra de CARRANZA, B., mirandensis, *Summa Conciliorum et pontificum a Petro usque ad Paulum tertium succincte complectens omnia*, Venetiis, ad signum Spei, 1546, fols. 38r-45v, aunque no aporta data precisa.

(220) NICEFORI CALLISTI, *Ecclesiasticae historiae libri XVIII*, Migne, PG, t. 146, Turnholti (Belgium) 1978, cols. 58-62: "De prima universali sancta Nicoena sínodo, quae de ea Eusebius scribat."

(221) El concilio turonense, X 5.19.1, tuvo lugar el año 1163. El lateranense tercero, convocado por el mismo pontífice, corresponde al año 1179, y los castigos impuestos a los usurarios, están previstos en el cn. 25.

communione sacrosantae Eucharistiae et a sepultura ecclesiastica arcentur, quod confirmatum est in concilio Lugdonensi relato in c. 1 (222) et 2 (223) de usuris lib. 6 cum alijs Petrus

(222) In VI 5.5.1: Gregorius X in generali concilio Lugdunensi (c. 26), del año 1274. Usurarum voraginem, quae animas devorat et facultates exhaurit, compescere cupientes, constitutionem lateranensis (Later. III c. 25) concilii contra usurarios editam sub divinae maledictionis interminatione praecipimus inviolabiliter observari. Et quia, quo minor foeneratoribus aderit foenerandi commoditas, eo magis adimetur foenus exercendi libertas: hac generali constitutione sancimus, ut nec collegium, nec alia universitas vel singulares persona, cuiuscunque sit dignitatis, conditionis aut status, alienigenas et alios non oriundos de terris ipsorum, publice foenebrem pecuniam exercentes aut exercere volentes, ad hoc domos in terris suis conducere vel conductas habere, aut alias habitare permittant, sed huiusmodi usurarios manifestos omnes infra tres menses de terris suis expellant, nunquam aliquos tales de cetero admissuri. Nemo illis ad foenus exercendum domos locet, vel sub alio titulo quocunque concedat. Qui vero contra fecerint, si personae fuerint ecclesiasticae, patriarchae, archiepiscopi, episcopi suspensionis, minores vero personae singulares excommunicationis, si autem collegium seu alia universitas, interdicti sententiam ipso facto se noverint incursuros. Quam si per mensem animo sustinuerint indurato: terrae ipsorum, quamdiu in eis iidem usurarii commorantur, extunc ecclesiastico subiaceant interdicto. Ceterum si laici fuerint, per suos ordinarios ab huiusmodi excessu omni cesante privilegio per censuram ecclesiasticam compescantur.

(223) In VI 5.5.2. Manifestis usurariis, liceo mandaverint usuras restitui, ecclesiastica sepultura negabitur, nisi primo satisfiat, vel secundum formam huius decreti idonee caveatur. Sepelientes eos contra hanc constitutionem Lateranensis (c. 27) concilii poenam incurrunt. Testamenta ipsorum aliter facta non valent, nec debet eis aliquis interesse, vele os absolvere vel ad confessionem admittere. Hod dicit Ioannes Andreas. Quamquam usurarii manifesti de usuris, quas receperant, satisfieri **expressa quantitate** vel indistincte in ultima voluntate mandaverint: nihilominus tamen eis ecclesiastica sepultura denegetur, donec de usuris ipsis fuerit, (prout patiuntur facultates eorum), plenarie satisfactum, vel illis, quibus facienda est restitutio, si praesto sint ipsi, aut aliis, qui eis possint acquirere, vel, eis absentibus, loci ordinario aut eius vices genenti, sive rectori parochiae, in qua testator habitat, coram aliquibus fide dignis de ipsa parochia, (quibus quidem ordinario, vicario et rectori praedicto modo cautionem huiusmodi eorum nomine liceat praesentis constitutionis auctoritate recipere, ita, quod illis perinde actio acquiratur), aut servo publico de ipsius ordinarii mandato idonee de restitutione facienda sit cautum. Ceterum si receptorum usurarum sit quantitas manifesta, illam semper in cautione praedicta exprimi volumus, alioquin aliam recipientis cautionem huiusmodi arbitrio moderandam; ipse tamen

Gregorius lib. 32 syntagma c. 3 ex n. 8 (224) Revel. q. 2 sect. 2 (225).

Núm. 7

Insurgit tamen difficultas ex textu in c. ab illo 14 q. 4 (226) ubi probat Divus Ambrosius (227) usuram permissam, licitamque esse

scienter non minorem, quam verisimiliter creditur, moderetur, et, si secus fecerit, ad satisfactionem residui teneatur. Omnes autem religiosos et alios, qui manifestos usurarios contra praesentis sanctionis formam ad ecclesiasticam ausi fuerint admittere sepulturam, poenae Lateranensis concilii contra usurarios promulgatae statuimus subiacere. Nullus manifestorum usurariorum testamentis intersit, aut eos ad confessionem admittat, sive ipsos absolvat, nisi de usuris satisfecerint, vel de satisfaciendo pro suarum viribus facultatum praestent, ut praemittitur, idoneam cautionem. &1. Testamenta quoque manifestorum usurariorum aliter facta non valeant, sed sint irrita ipso iure.

(224) PETRUS GREGORIUS, tholosano, *Syntagma iuris universi, atque legum pene omnium gentium, et rerum publicarum praecipuarum*, in tres partes digestum, in quo divini et humani iuris totius, naturali, ac nova methodo per gradus, ordineque, materia universalium et singularium, simulque iudicia explicantur, Coloniae Allobrogum, exc. Ph. Albert, 1611, pp. 398-399, lib. XXII, c. 3: "Pecunia pecuniam natura parere non potest. n. 9. Usuras mutuuum natura respuit. n. 10. Usurae divino iure prohibita. Usura et mentalis a Deo prohibita. n. 11. Usurae prohibita iure pontificio. n. 12. Conciliis sacris et poena usurariorum. Concilia Elibertinum, Nicenum, Lateranense. n. 13. Lugdunense, quando fuerunt prohibita. n. 13. Usurarii manifesti qui dicantur, et quomodo tales esse probentur. n. 14. Usurarium contractum quae arguant. n. 15. Usurae lege Indorum, Platonis, Oxei, Chiorum, Byzantium, Caesaris, prohibita. Tributum ex usuris. n. 16. Usurae Gallico iure prohibita cum poena. Usurae nundinales Gallicae".

(225) REBELLO, F., *Opus de obligationibus iustitiae, religionis et caritatis*, Lugduni, sumpt. H. Cardon, 1608, pp. 575-612, especialmente p. 612.

(226) C.14 q.4 c.12. Ab illo usuram exigere possumus, cui iure nocemus. Ab illo exige usuram, cui nocere merito desideras; cui iure inferuntur arma, huic legitime inferuntur usurae; quem bello vincere non potes, ab hoc usuram exige, quem non sit crimen occidere. Sine ferro dimicat qui usuras flagitat, sine gladio se de hoste ulciscitur qui fuerit usurarius exactor inimici. Ergo ubi ius belli, ibi ius usurae.

(227) "Si quis (14, 1. 4 cap. Si quis usurarum) usuram accipit, rapinam facit, vita non vivit, ut habes in Ezechiele (Ezech. XXXIII, 18 et 19). Si quis autem justus justificaciones Domini custodit ut faciat eas, vita, inquit, vivet, et vivet in eis". San Ambrosio, in libro *De bono mortis admonitio*, c. 12: Aeternam felicitatem describit, quam nobis etiam estinamam esse de-

dum ab eo exigatur, cum quo bellum habemus: quia ubi ius belli ibi ius usurae. Qua difficultate oppressus Conrad. de contract. q. 42 n. 3 (228) asserit verba illius textus non esse D. Ambrosij sed alicuius haeretici illius temporis. Fallitur tamen Conrad. si quidem constat verba praedicti capitis ab illo esse eiusdem Ambrosij ut legimus in libro supra Tobi:// (fol. 280r) c. 6 (229). Quapropter respondendum

monstrat. Deinde ejusdem qualitates prosequens, illam vivorum regiones esse ostendit, hanc mortuorum. Ad extremum prudente admonitione librum absolvit. AMBROSII, Sancti, mediolanensis episcopi, *Opera omnia*, Migne, PL, t. XIV, Turnholti (Belgium) 1969, col. 560, n. 56.

(228) SUMMENHART, C., *De contractibus licitis atque illicitis, tractatus*, Venetiis, apud B. Iuntam, 1580, pp. 178-179: "Licitum est Paulo suis hostibus qui eum iniuste persecuti sunt damnificando mutuare, intendendo aliquid recipere ab eis ultra sortem, non ratione mutui eis impensi, sed ratione debiti, quo ei sunt obligati, et hoc stantibus duabus conditionibus. Prima, quod aliter recuperare non possit refusionem damnorum sibi illatorum. Secundo, quod non oriatur infamatio, vel scandalum ex tali mutuacione". No parece probable que se refiera a la obra de CONRADUS, P., brunsvicensis, *De usuris libri tres*, Francofurti, apud haer. Ch. Egenolphi, 1561.

(229) "Accusamus debitorem quod imprudenter se gesserit: sed tamen nihil sequius feneratoribus, qui aliena damna lucra sua arbitrantur: et dispendio suo deputant quidquid ab aliis possidentur. Aucupantur haeredes novos, adolescentulus divites explorant per suos, adjungunt se, simulantes paternam et avitam amicitiam... Accumulant proventus fructuum, annuos redditus exaggerant, hortantur ut coemant... Neganti se habere pecuniam, ingerunt suam dicentes: Utere ut tua: de fructibus emptae possessionis pretium multiplicabis, debitam reddes. 24. Praetendunt alienos fundos adolescenti, ut cum suis exspolient: tendunt retis, simul ut indagine cincta spatia fuerit ingressus, cogunt eum in retia cautionum, laqueos usurarum: petunt obligari sibi avitum praetorium, paternum sepulcrum: praestituitur dies solutioni, dissimulatur conventio, quando potest solutio sustineri: ubi satis securum reddiderint, repente ingruunt, et instant vehementius causanti incumbunt dicentes: tu possides tua praedia, nos nostram pecuniam non habemus: aurum dedimus, lignum tenemus: ibi fructuum emolumenta procedunt, nobis nihil accrescit pecuniae. Otiosa causatio est, saltem renovetur chirographum... usurae applicantur ad sortem, accumulatur centesima... die ac nocte usuram cogitat: quidquid occurrerit feneratorem putat: quidquid crepuerit, vocem sibi videtur feneratoris audire... 51. Sed forte dices quia scriptum est: Alienigenae fenerabis: et non consideras quid Evangelium dicat, quod est plenius... Legis ipsius verba considera: Fratri tuo, inquit, non fenerabis ad usuram: sed alienigenam exiges. Quis erat tunc alienigena, nisi Amalech, nisi Amorrhaeus, nisi hostes? Ubi inquit, usuram exige. Cui merito nocere desideras, cui jure inferuntur arma, huic legitime indicantur

est in bello iusto usuras permissas esse cum hoste, ex eo quod nobis licet ea omnia, quae ab hostibus capimus nostra fieri iure gentium l. 5 & final. ff. De acquirendo rerum dom. (230) l. Divus ff. De iure fisci (231) in tantum ut liberos homines captivitate servos efficiamus. l. 7 de acquirendo rer. dominio (232) & l. Instit. de libertinis (233). Donel. lib. 4 Comment. c. 21 (234) ubi Osvaldus (235). Petrus Greg.

usurae. Quem bello non potes facile vincere, de hoc cito potes centesima vindicare te. Ab hoc usuram exige, quem non sit crimen occidere. Sine ferro dimicat qui usuram flagitat: sine gladio se de hoste ulciscitur, qui fuerit usurarius exactor inimici. Ergo ubi jus belli, ibi etiam jus usurae". San Ambrosio, *De Tobia*, caput VI. Quanta moliantur feneratores: ut incautos adolescentes depraedentur y cap. VII: Quam sollicite feneratorem fugiat debitor, et cujusmodi sit utriusque accursus: quomodo hic dilatione accepta magis irretitus ad vendenda praedia adigatur: ac tandem omnibus destitutus et ad vincula paratus in desperationem incidat, y cap. XV: Alienigenam a quo usuras licet exigere, solum esse eum, quem licet occidere... AMBROSSII, Sancti, *Opera omnia*, Migne, PL, t. XIV, Turnholti (Belgium) 1969, cols. 767-769, nn. 23-28 y col. 779, n. 51..

(230) D. 41, 1, 5, 7. Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum. Item quae ex hostibus capiuntur, iure gentium statim capientium fiunt.

(231) D. 49, 14, 31. Marcianus libro cuarto institutionum. Divus Commodus rescripsit obsidum bona sicut captivorum omnimodo in fiscum esse cogenda.

(232) D. 41, 1, 7. Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum, pr. Adeo quidem ut et liberi homines in servitutem deducantur: qui tamen, si evaserint hostium potestatem, recipiunt pristinam libertatem

(233) Inst. Iust. 1, 5, pr. Libertini sunt, qui ex iusta servitute manumissi sunt. Manumissio autem est datio libertatis: nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, et manumissus liberatur potestate. quae res a iure gentium originem sumpsit, tupote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis...

(234) DONELLUS, H., , id., *Donellus enucleatus, sive Commentariorum Hugonis Donelli de Jure civili in compendium ita redactorum ut rerum nucleum contineant... accesserunt notata... auctore Osvaldo Hilligero*, Antwerpiae, apud P. Bellerum, 1642, p. 64: Acquisitio bellica.

(235) HILLIGERO, O., , id., *Donellus enucleatus, sive Commentariorum Hugonis Donelli de Jure civili in compendium ita redactorum ut rerum nucleum contineant... accesserunt notata... auctore Osvaldo Hilligero*, Antwerpiae, apud P. Bellerum, 1642, pp. 64-65: In iusto tamen et legitimo bello, rite denunciato et cuius finis est ut in pace vivatur.

lib. 20 syntagma. c. 4 n. 5 (236). Petrus Faver lib. 3. Semestrium c. 3 (237) sicque quibuscumque insidijs, et artibus licet nocere hosti c. Dominus 23 q. 2. c. 1 (238) et 2. 23 q. 7 (239). c. dispar 23 q. 8

(236) PETRUS GREGORIUS, tholosano, *Syntagma iuris universi, atque legum pene omnium gentium, et rerum publicarum praecipuarum*, in tres partes digestum, in quo divini et humani iuris totius, naturali, ac nova methodo per gradus, ordineque, materia universalium et singularium, simulque iudicia explicantur, Coloniae Allobrogum, exc. Ph. Albert, 1611, p. 401: "Usurarum finis lucrum".

(237) FABRI SAN-IORIANI, P., *Liber semestrium primus*, 4.^a ed., Coloniae Allobrogum, in off. Fabiana, 1616, pp. 41-59: "Mythologicum de Diis, et criticum, itemque in extremo nomicum".

(238) C.23 q.2. c.2. Nichil interest ad iusticiam, sive aperte sive ex insidiis aliquis pugnet. Item Augustinus in libro questionum, VI, q. 10. Dominus Deus noster iubet ad Iesum Nave, ut constituat sibi retrorsum insidias, id est insidiantes bellatores ad insidiandum hostibus. Hinc admonemur, hoc non iniuste fieri ab his, qui iustum bellum gerunt, ut nichil iustus precipue cogitet in his rebus, nisi ut bellum suscipiat cui bellare fas est. Non enim fas est omnibus. Cum autem iustum bellum susceperit, utrum aperte pugnet, an ex insidiis, nichil ad iusticiam interest. Iusta autem bella solent diffiniri, que ulciscuntur iniurias, sic gens et civitas, petenda est, que vel vindicare neglexerit quod a suis improbe factum est, vel reddere quod per iniurias ablatum est. Sed et hoc genus belli sine dubio iustum est, quod Deus imperat, qui, novit quid cuique fieri debeat; in quo bello dux exercitus vel ipse populus non tam auctor belli, quam minister iudicandus est. Gratianus. Cum ergo iustum bellum sit, quod ex edicto geritur, vel quo iniuriae ulciscuntur, queritus, quomodo a filiis Israel iusta bella gerebantur. De his ita scribit Augustinus in questionibus Numeri, q. 44 ad c. 20.

(239) C.23 q.7 c.2. Catholici non ideo aliena possident, quia ab hereticis ablata tenent. Augustinus contra Petilianum, lib. II, c. 43. Si de rebus vel locis ecclesiasticis, que, non tenetis, querimini, possunt et Iudei se iustos dicere, et iniquitatem nobis obicere, quia locum, in quo inpii regnaverunt, modo Christiani possident. Quid ergo indignum, si ea, que tenebant heretici, secundum parem Domini voluntatem catholici tenent? Ad omnes iniquos et inpios illa vox Domini valet: 'Auferetur a vobis regnum Dei, et dabitur genti facienti iusticiam'. An frustra scriptum est: 'Labores inpiorum pii edent?' Quapropter magis mirari debetis, quod adhuc tenetis aliquid, quam quod aliquid amisistis. Item c. 59: &1. si qua iam concisi possidere cepistis, quia vobis ablata nobis Dominus dedit, non ideo concupiscimus aliena, quia illius imperio, cuius sunt omnia, facta sunt nostra, et iuste sunt nostra. Vos enim utebamini ad precisionem, nos ad unitatem. Alioquin et primo populo Dei possent illi obicere alienae rei concupiscentiam, qui divina potestate ab eorum facie, qui ea terra male utebantur, expulsi sunt, et ipsi Iudei, a quibus ablatum est regnum secundum verba Domini, et datum est genti facienti

(240). Unde mirum non est, quod dicat D. Ambr. licere ab hoste usuras accipere, cum ita qui usuras, flagitat sine ferro dimicat, et sine gladio scilicet de hoste ulciscitur dum usurarius exactor est inimici. Azor Inst. Moral. 3 p. l. 7 c. 8 (241).

Núm. 8

Prohibitās etiam fuisse usuras iure civili in comperto est ex lege duodecim tabularum, qua cavebatur ne unciario fœnore amplius exerceretur, referunt Balduinus (242) et Hotomanus (243) ad easdem leges, l. improbum fœnus C. ex quibus causis infamia erroge-

iusticiam, possunt obicere alienae rei concupiscentiam, qui ecclesia Christi possidet ubi persecutores Christi regnabant.

(240) C.23 q.8 c.11. Iudeos non debemus persequi, sed Sarracenos. Item Alexander Papa II omnibus Episcopis Hispaniae. Dispar nimirum est Iudeorum et Sarracenorum causa. In illis enim, qui Christianos persecuntur, et ex urbibus et propriis sedibus pellunt, iuste pugnatur; hii ubique servire parati sunt.

(241) AZOR, J., S. I., *Institutionum moralium, in quibus universae quaestiones ad conscientiam... tractantur*, t. I, ed. postrema a mendis expurgata, Lugduni, sumpt. Iac. Cardon et P. Cavellat, 1625, col. 499: "Etiam percipitur, nihil opus esse, ut dicamus Deum indulgentia fuisse usum in permittendis usuris apud Hebraeos exigentes et accipientes lucrum ex mutuo, cum mutuam Gentibus dabant. Nam etiamsi fateamur, usuram fuisse divina auctoritate concessam tanquam iustam, id Deo tamen auctore factum est, qui tanquam rerum omnium dominus, potuit dominium eiusmodi lucri in Iudaeos legitime transferre, cum tamen alioqui lege naturali restitui Gentibus deberet".

(242) BALDUINUS, F., *Commentarij de legibus XII Tabularum*, 3.^a, sed plane nova ed., Basileae, per Io. Oporinum, 1557, pp. 88-90: "Nam primo XII Tabulis santum, ne quis unciario fœnore amplius exerceret, quum antea ex libidine locupletum agitaretur: deinde rogatione Tribunitia ad semuncias redacta: postremo vetita versura, multisque plebiscitis obviam itum fraudibus, quae toties repressae miras per artes rursum oriebantur... Nonaginta post XII Tabulas annis repetita fuisse videtur lex ista XII Tabularum. Nam Livius libro septimo scribit... Hoc plebiscitum confirmandae ipsius legis XII Tabularum, quae tum fortasse obsolescebat, atque in usum revocandae causa, perlatum fuisse videtur".

(243) HOTMAN, F., *Operum*, t. III. *Antiquitatum romanarum*, liber tertius, Lugduni 1600, cols. 459-460: "Ne fœnus amplius unciario exerceretur: qui amplius exercuisset, quadrupli poenam lueret".

tur (244) l. ultima C. de usuris (245) Novel. 131 de ecclesiast. tit. in princ. (246) unde bonis moribus semper improbatas legimus apud Titum Livium lib. 7 (247) quo loci refertur Lelium Genus tribunum plebis tulisse rogationem ad populum ne foenerari liceret, admisamque esse. Corn. Tacit. lib. 5 Annal. (248) Plato lib. 5 de legibus

(244) C. Iust. 2, 11 (12), 20. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Fortunato. Improbum fenus exercentibus et usuras usurarum illicite exigentibus infamiae macula inroganda est. PP. XVI k. Mart. ipsis III et III. AA. cons. (año 290).

(245) C. Iust. 4, 32, 28. Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. Ut nullo modo usurae usurarum a debitoribus exigantur et veteribus quidem legibus constitutum fuerat, sed non perfectissime cautum. Si enim usuras in sortem redigere fuerat concessum et totius summae usuras stipulari, quae differentia erat debitoribus. Qui re vera usurarum usuras exigebantur? Hoc certe erat non rebus sed verbis tantummodo leges ponere. 1. Quapropter hac apertissima lege definimus nullo modo licere cuidam usuras praeteriti vel futuri temporis in sortem redigere et earum iterum usuras stipulari, sed, si hoc fuerit subsecutum, usuras quidem semper usuras manere et nullum aliarum usurarum incrementum sentire. Sorti autem antiquae tantummodo incrementum usurarum accedere. PP. K. Oct. Chalcedone Decio vc. cons. (año 529).

(246) Nov. 131. Caput I. Sancimus igitur vicem legum obtinere sanctas ecclesiasticas regulas, quae a sanctis quattuor conciliis expositae sunt aut firmatae, hoc est in Nicaena trecentorum decem et octo et in Constantinopolitana sanctorum centum quinquaginta patrum et in Epheso prima, in quo Nestorius est damnatus, et in Chalcedone, in quo Eutychis cum Nestorio anathematizatus est. Praedictarum enim quattuor synodorum dogmata sicut sanctas scripturas accipimus et regulas sicut leges servamus.

(247) TITI LIVII, *Historiarum libri*, ex recensione I. F. GRONOVII, Lugduni Batavorum, ex off. Elzeviriana, 1645, p. 487, lib. 7, n. 42: "Praeter haec invenio apud quosdam L. Genucium tribunum plebis, tulisse ad populum, ne foenerare liceret".

(248) TÁCITO, *Annales* VI, 16: "Interea magna vis accusatorum in eos inrupit, qui pecunias faenore auctitabant adversum legem dictatoris Caesaris, qua de modo credendi possidendique intra Italiam cavetur, omissam olim, quia privato usui bonum publicum postponitur. Sane vetus urbi faenebre malum et seditionum discordiarumque creberrima causa, eoque cohibebatur antiquis quoque et minus corruptis moribus. Nam primo duodecim tabulis sanctum, ne quis unciario faenore amplius exerceret, cum antea ex libidine locupletium agigaretur; dein rogatione tribunicia ad semuncias redactum, postremo vetita versura. Multisque plebi scitis obviam itum fraudibus, quae totiens repressae miras per artis rursus oriebantur. Sed tum Gracchus praetor, cui ea quaestio evenerat, multitudine periclitantium

(249). Aristot. lib. 6 Polit. c. 2 (250). Sueton. in Julio/ Cesare c. 42(251). Elian. dicit neque Indos pecunias suas ad usuras locasse, aut lib. 4 de Var. Hist. c. 1 (252). Plura congessit Petrus Gregorius

subactus rettulit ad senatum, trepidique patres (neque enim quisquam tali culpa vacuus) veniam a principe petivere; et concedente annus in posterum sexque menses dati, quis secundum iussa legis rationes familiaris quisque componerent. Cap. 17: Hinc inopia rei nummariae, commoto simul omnium aere alieno, et quia tot damnatis bonisque eorum divenditis signatum argentum fisco vel aerario attinebatur. Ad hoc senatus praescripserat, duas quisque faenoris partis in agris per Italiam conlocaret, debitores totidem aeris alieni statim solverent. Sed creditores in solidum appellabant, nec decorum appellatis minuere fidem... faeneratores omnem pecuniam mercandis agris condiderant. Copiam vendendi secuta utilitate, quanto quis obaeratio, aegrius distrahebant, multique fortunis provolvebantur; eversio rei familiaris dignitatem ac famam praeceps dabat, donec tulit open Caesar disposito per mensas miliens sestertio factaque mutuandi copia sine usuris per triennium, si debitor populo in duplum praediis cavisset. TÁCITO, C., *The Annals*, books IV-VI, XI-XII, with an english translation by J. Kackson, London, Loeb, 1970, pp. 178-182; TACITE, *Annales*, livres IV-XII. Text. ét. et trad. par H. GOELZER, parís, Les Belles lettres, 1966, pp.250-251: VI, 22-23.

(249) PLATONIS, augustissimi philosophi, *Omnium quae extant operum*, t. II, graece et latine, ex nova Io. Serrani interpretatione, perpetuis eiusdem notis illustrata, s. I., año 1578, p. 742: De legibus, lib. 5, n. 13: "Qui pecuniam inhoneste capit, eam vere aureae virtuti antepone, animum quoque suum minime colit... Neque mutum dare ad foenus licet: ei qui secus faxit, neque foenus neque sors redditur".

(250) ARISTÓTELES, *Politicorum sive de rebus publicis*, en *Operum*, t. II, Lugduni, apud Io. Frellonium, 1549, cols. 862-863: libro 6, cap. 2: "Nam iustum populare, est aequum habere secundum numerum, non secundum dignitatem. Ex quo fit, ut secundum hoc iustum, multitudo ex necessitate dominetur. Et quicquid decreverit populus, id esse ratum, et id esse iustum. Aiunt enim oportere, ut unusquisque civium aequum habeas... Aequum est enim, cum nihilo magis gubernant divites, quam pauperes, nec soli potestatem habent, sed omnes ex aequo secundum numerum. Sic enim demum existimant paritatem in Republica esse, ac libertatem".

(251) SÜETONIO TRANQUILLO, C., *Vitae duodecim Caesarum, Cum annotationibus diversorum*, Amsterodami, apud G. I. Balcum, 1630, pp. 29-30. "De pecuniis mutuis, disiecta novarum tabularum expectatione, quae crebro movebatur, decrevit tandem, ut debitores creditoribus satisfacerent, per aestimationem possessionum, quanti quasque ante civile bellum comparassent, deducto summae aeris alieni, si quid usurae nomine numeratum, aut perscriptum fuisset: qua conditione quarta parte fere crediti deperibat....".

(252) AELIANI, *Variae historiae libri XIII*. Rerumpublicarum descripciones ex Heraclide. Cum latina interpretatione, ed. postrema, s. I., apud J.

libro dicto syntagma 22. c. 3 n. 15 (253) licet enim usuras permisas videamus in l. 1 et toto titulo Ff(254). et C. (255) de usuris id admissum fuit legitima taxatione proposita, quam excedere non permittebatur l. placuit 29 Ff. De usuris (256), et si supra deffinitam quantitatem vel recensae, vel solutae sint usurae in sortem, seu debitum, quatenus excedunt imputantur. l. si non sortem 26 Ff. De conditione indebiti (257). Igitur ad maius malum evitandum admittit usuras ius civile gratia litium finiendarum, et difficilis probationis eius, quod interest ut ita facilius cives pecunias invenirent mutuas, quibus subvenire suis necessitatibus valerent. Multa quandoque in

Tornaesium, 1604, p. 140: "Indi ad usuram pecuniam non locant, neque accipiunt. Sed neque fas est, hominem Indum aut injuriam inferre, aut pati. Proinde neque syngrapham aut depositum faciunt".

(253) PETRUS GREGORIUS, tholosano, *Syntagma iuris universi, atque legum pene omnium gentium, et rerum publicarum praecipuarum*, in tres partes digestum, in quo divini et humani iuris totius, naturali, ac nova methodo per gradus, ordineque, materia universalium et singularium, simulque iudicia explicantur, Coloniae Allobrogum, exc. Ph. Albert, 1611, p. 398: "Usurae lege Indorum, Platonis, Oxei, Chiorum, Byxantiorum, Caesaris, prohibita. Tributum ex usuris".

(254) D. 22, 1. De usuris et fructibus et causis et omnibus accessio-nibus et mora. 1pr. Papinianus libro secundo quaestionum. Cum indicio bonae fidei disceptatur, arbitrio iudicis usurarum modus ex more regiones ubi contractum est constituitur, ita tamen, ut legi non offendant. 1. Socius si ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem invaserit vel in suos usus converterit, omnimodo etiam mora non interveniente praestabuntur usurae.

(255) C. Iust. 4, 32. De usuris.

(256) D. 22, 1, 29. Marcianus libro cuarto decimo institutionum. Placuit, sive supra statutum modum quis usuras stipulatus fuerit sive usurarum usuras, quod illicite adiectum est pro non adiecto haberi et licitas peti posse.

(257) D. 12, 6, 26. Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum, pr. Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debita solvit: sed si supra 'legitimum modum' solvit, divus Severus rescripsit (quo iure utimus) repeti quidem non posse, sed sorti imputandum et, si postea sortem solvit, sortem quasi indebitam repeti posse. Proinde et si ante sors fuerit soluta, usurae supra 'legitimum modum' solutae quasi sors indebita repetuntur. Quid si simul solverit? Poterit dici et tunc repetitionem locum habere.

Republica ad eius conservationem mala permissa inveniuntur Sotus de Iustitia et iure q. 6 art. 1 (258).

Núm. 9.

Juris Civilis circa usuras taxatio ita se habebat ut respectu sortis mutuatae ad exemplum divisionis haereditatis deinde &haereditas Instit. de haered. instit. (259) distributio fieret: nimirum ut assis

(258) "De legibus civilibus usuras permittentibus pari modo responderetur quod illas non permittunt tanquam licitas in foro Dei: quia neque possunt, cum sint contra naturam et contra divina mandata... sed sicut meretricia ad obviandum latrocinij quia mortalium, sicuti luxuria: ita neque avaritia potest humanis legibus omnino restringi. Permissio autem usurarum patet toto titulo de usuris libro 22 Digestorum et Codice eodem titulo... ubi usurarum quantitati modus praescribitur, quarum summa est centesima. Hanc enim iura appellant maximam... eademque appellatur gravissima... Deinde erant bes centesimae, triens etc. de quibus Bartolus diffusum composuit tractatum super legem Si Haeres ad legem Falcidiam, ubi &item nominantur trientes usurae... ad huius ergo intellectum notandum in more fuisse Romanis, usuras Calendis singulorum mensium persolvere. Unde usura centesima erat centesima pars sortis singulis mensibus aucta. Mutuo tibi dederam centum aureos: singulis mensibus debebas mihi unum. Budaeus libro I de asse, arbitratur nomen inde cadere, quod centum mensibus reddebant duplam sortem.... Itaque singulis annis obveniebant duodecim ex centum, ut mercatorum verbo utamur. Et existimabatur haec usque adeo gravis, ut non permetteretur nisi in traiectionibus mercibus. Puta cum quis pecuniam mutuabat mercatori marino ut capitalis periculum ipse qui mutuabat subiret. Ab hac centesima denominabantur reliquae, scilicet bes centesimae: triens centesimae, dodrans, etc. nam omne totum iure dicitur as, qui dividitur in duodecim uncias. Unde triens est tertia pars, puta quatuor unciae: semis medietas etc.... Dicamus ergo quod iura civilia recte et rite potuerunt usuras permittere impune:... Si enim ius civile assereret licitas esse in foro Dei, haeresis esset in clementina condemnata. Id tamen non asserit.... At vero quod principes saeculares non plectant suis poenis usurarios, ius vero canonicum suis eos puniat, nulla est contradictio. Nam principes illa tantum ulciscuntur, ut libro I diximus, quae paci et quietudini reipublicae officiant, praesertim per vim. Papa vero et ecclesiastici Antistites munere suo attentius conscientiae consulunt. Et ideo nil mirum si acrius animadvertant in usurarios, quam saeculares principes. Ius ergo canonicum usurarios, tum multis opprobriis proscindit: tum et poenis pluribus accumulatur, quas ad undecim connumerat Sylvester...". Soto, D., *De iustitia et iure libri decem*, Salmanticae, exc. A. a Portonariis, 1556, pp. 512-514.

(259) Inst. Iust. 2, 14, 5. Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quae assis appellatione continentur. Habent autem et hae partes

detur computatio in duodecim menses anni habita ratione partium, quae plus causa usurae solvuntur, quam Lex duodecim tabularum permittebat: ibi **ne quis unciario foenore plus exerceto** (260). Si tamen duas partes ex centum solvantur dicuntur sextantes usurae, et si tres partes scilicet quadrantes; de quibus in Authentica hoc ius porrectum C. de sacrosantis Ecclesiis (261) quando autem quatuor

propria nomina ab uncia usque ad assem, ut puta haec: sextans, quadrans, trines, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, as. Non autem utique duodecim uncias esse oportet. Nam tot unciae assem efficiunt, quot testator voluerit, et si unum tantum quis ex semisse verbi gratia heredem scripserit, totus as in semisse erit...

(260) Tab. VIII, 18. 1. Tacito Ann. 6, 16: "XII tabulis sanctum, ne quis unciario fenore amplius exerceret"; *FIRA. Pars prima. Leges*. Ed. C. G. Bruns, 4.^a ed. auct. emend., Tubingae 1879, p. 30; iterum ed. S. Riccobono, Florentiae 1941, p. 61; GIRARD, P. F., *Textes de Droit Romain*, publiés et anotés..., 6.^a ed. por F. Senn, Paris 1937, p. 19.

(261) "Hoc ius porrectum est ad omnem venerabilem locum omneque collegium quod actio pia constituit, ut nec res eorum pignorentur, et perpetuo servetur in his rebus immobilibus, quae ab imperiali domo praedictis locis applicantur. In ceteris eatenus excipitur, si debitum urget. Quod si ex mobilibus solvi non possit, primo rese immobiles specialiter dentur pignori, quarum fructus creditor sibi reputet tam in sortem quam in usuras usque ad quartam centesimae. Quod si nolit creditor ita accipere, tunc ordinator domus apud eum, a quo ordinatur, habitis absque dispendio gestis, iuret, maiore parte ibidem servientium consentiente, et debitum existere, nec ex mobilibus solvi posse; quo subsecuto, per viginti dies rem ecclesiae venalem esse publice notum sit, ut plus offerenti detur, pretio modis omnibus pro debito dando. Aliter enim res emptori non conceditur; et hoc inscribatur, nihil esse factum in ea re ad damnum divinae domus. Emptore vero non invento, res aestimata districte creditori detur in solutum, addita in pretio universae aestimationis decima parte, et accedente consensu ordinatoris et maioris partis ibidem servientium. Sit tamen ea res mediocris inter ceteras, pnspecta ipsius qualitate et quantitate et onere. Et is creditor hic intelligatur, qui quod credidit probat in utilitatem divinae domus processisse. Authentica, de non alienandis aut permutandis &nos igitur (Nov. 7, c. 1) et Authentica, de alienat. Et emphyt. &Hoc etiam super ipsis, et &Hoc vero iubemus" (Nov. 120, c. 6 et 7). GARCÍA DEL CORRAL, Il. L, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, trad. al castellano del latino..., Segunda parte. Rev.el texto latino por D. Hermann. Código, t. I, Barcelona 1892, pp. 34-35: C. Iust. 1, 2, 14, 5: "Si no pudiera ser pagada (la deuda) con los muebles, en primer lugar déense especialmente en prenda bienes inmuebles, cuyos frutos se los tome en cuenta el acreedor, así para el capital, como para los intereses hasta el tres por ciento".

partes exiguntur trientes sunt.// (fol. 281r) l. tutor 8 & sed etsi de administratione tut. (262) ubi sex partes praestantur semisses usura dicitur, et sic de coeteris partibus usque ad assem l. qui semisses 13 (263). cum quidam 17 de usuris (264). lege Titius 24 de praescript. verb. (265) l. 10 de pollicit. (266) l. final. C. de fiscal. usuris lib. 10 (267) cum plurimis adductis a Petro Gregorio supra c. 3 ex

(262) D. 6. 7. 7, 10. Ulpianus libro trigesimo quinto ad edictum. Quae autem sunt pupillares usurae, videndum est... sed et si negavit apud se esse pecuniam et praetor pronuntiavit contrarium eum, legitimasolvere debebit, vel si moram depositioni fecit et praetor irrogavit ei legitimas. Sed et si, dum negat aliquam quantitatem penes se esse, pupillis ad onera sua expedienda imposuit necessitatem mutuam pecuniam legitimis usuris accipiendi, tenebitur in legitimis. Item si a debitoribus legitimas exegit. Ex ceteris causis secundum morem provinciae praestabit usuras aut quincunces aut trientes aut si quae aliae leviores in provincia frequentantur.

(263) D. 22, 1, 13. Scaevola libro primo responsorum, pr. Qui semisses usuras promisit, per multos annos minores praestitit: heres creditoris semisses petit. cum per debitorem non steterit, quo minus minores solvat, quaero an exceptio doli vel pacti obstet. Respondi, si exsolvendis ex more usuris per tanta tempora mora per debitorem non fuit, posse secundum ea, quae proponerentur obstare exceptionem.

(264) D. 22, 1, 17. Paulus libro singulari de usuris, pr. Cum quidam cavisset se quotannis quincunces usuras praestaturum et, si quo anno non solvisset, tunc totius pecuniae ex die qua mutuatus est semisses soluturum, et redditus per aliquot annos usuris mox stipulatio commissae esset, divus Marcus Fortunato ita rescripsit: Praesidem provinciae adi, qui stipulationem de cuius iniquitate questus es, ad modum iustae exactionis rediget. Haec constitutio ad finitum modum excedit: quid ergo? Sic temperanda res est, ut in futurum dumtaxat ex die cessationis crescat usura.

(265) D. 19, 5, 24. Africanus libro octavo quaestionum. Titius Sempronio triginta dedit pactique sunt, ut ex reditu eius pecuniae tributum, quod Titius pendere deberet, Sempronius praestaret computatis usuris semissibus, quantoque minus tributorum nomine praestitum foret, quam earum usurarum quantitas esset, ut id Titio restitueret, quod amplius praestitum esset, id ex sorte decederet, aut, si et sortem et usuras summa tributorum excessisset, id quod amplius esset Titius Sempronio praestaret... respondit pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulatione deductas non deberi...

(266) D. 50, 12, 10. Modestinus libro primo responsorum. Septicia certamen patriae suae pollicendo sub hac condicione pollicita est, uti sors apud eam remaneat, et ipsa usuras semissales ad praemia certantium resolvat...

(267) C. Iust. 10, 8, 3. Imp. Iustinianus A. Menae pp. Fiscum etiam nostrum parere sanctioni nostri numinis iubemus, per quam usque ad dimidiam centesimae usuras stipulari creditoribus exceptis certis personis

n. 31 (268) explicat dilucide Julius Pacius in Isagoge ad tt. Ff. de usuris (269): quando tamen duodecim partes solvebantur centessi-

permisimus, ut ipse etiam fiscus ultra dimidiam centesimae partem a debitoribus suis minime exigit, sive principaliter ei promiserunt sive a prioribus suis creditoribus actiones ad eum quocumque modo devolutae sunt. D. VIII id. April. Constantinopoli Decio vc. cons. (año 529).

(268) PETRUS GREGORIUS, tholosano, *Syntagma iuris universi, atque legum pene omnium gentium, et rerum publicarum praecipuarum*, in tres partes digestum, in quo divini et humani iuris totius, naturali, ac nova methodo per gradus, ordineque, materia universalium et singularium, simulque iudicia explicantur, Coloniae Allobrogum, exc. Ph. Albert, 1611, p. 400: "Usura assalis et libra. n. 32. As quid, et in quot uncias vel partes dividatur. n. 33. Unciales usurae quae. Usurae unciales. n. 34. Sextantes. n. 35. Quadrantes. n. 36. Trientales. n. 37. Quincunces. n. 38. Semisses. n. 39. Septunces. n. 40. Besses. n. 41. Dodrantes. n. 42. Dextantes. n. 43. Deunces".

(269) PACII, Iul., *Isagogicorum, i Institutiones Imperiales, libri IV. Digesta, seu Pandectas, libri L, Codicem, libri XII, Decretales, libri V*, ed. nov., Lugduni, sumpt. haer. G. Boissat et L. Anisson, 1643, pp. 161-170, in Digesta lib. XII, tit. I: De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora: usura multis modis dividi potest. I. Aut est licita et iure permissa: aut illicita et iure prohibita. Haec divisio iure civili certa est. Sed quidam putant iure divino et canonico omnem usuram improbari. Qua de re late disserui in commentario ad rub. C. hoc titulo... III. Aut est terrestres seu mediterranea, aut maritima seu nautica... V. Aut est usura centesima aut pars centesimae, aut maior centesima. Sed quia haec omnino illicita est, idcirco centesima vocatur maxima usura... dicitur etiam usura legitima. Haec vero usura est, cum centesima pars sortis solvitur singulis mensibus. Ergo in singulos annos in aureos centenos penduntur aurei duodecim... assis rationem subit: et reliquae usurae, ut huius partes, et tanquam unciale spectantur. Itaque dicuntur deunces, cum duodecim in centena singulis annis solvuntur: dextantes, cum decem: dodrantes, cum novem: besses, cum octo: septunces, cum septem: semisses vel semissales cum sex: quincunces cum quinque: trientes cum quatuor: quadrantes, cum tria: sextantes, cum duo: unciariae, cum unum. Vulgo dicimus duodecim pro centum, undecim pro ccentum, decem pro centum etc. Ibid., p. 170: de nautico foenore. Foenus nauticum est lucratoria usura pecuniae traiectionis. Pecunia traiectionis est, quae trans mare vehenda creditur periculo creditoris. In hoc contractu tria sunt specialia: Primum pertinet ad sortem: quae contra naturam mutui est periculo creditoris. Reliqua spectantur in usuris, quae debentur etiam ex nudo pacto, cum regulariter sit opus stipulatione et deberi possunt maximae usurae, id est, centesimae, cum aliis casibus soleant esse minores. Cur haec ita specialia in pecunia traiectionis? Quia contra naturam mutui creditor periculum subit, unde hoc est tanquam periculi suscepti pretium, quatenus est naufragii periculum, non ulterius, et si ex alia causa periculum creditor

ma dicebatur usura, quae in octo annos, et quatuor menses aequat sortem omisso Acursio et aliis in lege et si non sortem 26 (270) verbo duplum de conduct. indebiti (271) glos. (272) in c. quoniam

in se suscipiat, veluti si quis piscatori in apparatus piscatorium erogaturo, pecuniam credat, ut si pisces ceperit, reddat, eadem obtinere dicendum est". *Ibid.* p. 434 y pp. 644-645: In Decretales lib. V, título XIX. De usuris: Duplicem differentiam inter ius civile et ius canonicum. I. Ius civile usuram late accipit pro accessione sortis sive licita sive illicita: ius autem canonicum anguste accipit pro usura illicita, quemadmodum et vulgus loquitur: ut enim ius canonicum iure civili est recentius, ita etiam recentiori sermone, non puto, puta Latino utitur. II. Interesse non solum iure civili peti potest, sed etiam iure canonico, proinde usurae compensatoriae hoc iure permittuntur.

(270) Ut supra D. 12, 6, 26. Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum: Si non sortem quis...

(271) "Duplum, id est maiores centesimis. Duplum enim vocant sortem, et usuram centesimam, quae sorti aequalis est in anno, et quod dicit de his, quae ultra duplum sunt intelligas de omnibus, quae modum excedant. Azo quae sunt C. de usuris l. eos". In marg. "Centesima usura est quae centesimo mense aequat sortem". *Corpus Iuris Civilis Iustinianei, cum commentariis Accursii, Scholiis Contii, et D. Gothofredi lucubrationibus ad Accursium in quibus Glossae obscuriores explicantur... accesserunt Iac. Cuicij Paratitla in Pandectas et Codicem; eiusdemque Notae, Observaciones et Emendationes singulares in Pandectarum libros L, Cod. Libros XII. Novellas, Consuetudines Feudorum, et Iustiniani Institutiones*, t. hic primus Digestum Vetus continet, Lugduni 1627, reimp. phot. de la ed. de 1627, Osnabrück 1965, col. 1306.

(272) "Casus (Dist. 47, c. 2 Quoniam). Quidam clerici obliti divinae scripturae dicentis, Qui pecuniam suam non dedit ad usuram, usuras centesimas faciebant, quae in fine anni sorti aequiparantur. Ideoque synodus statuit, ut si quis inventus fuerit usuras vel hemiola de cetero exercere, vel aliquam machinationem circa hos facere, deponatur. Glosa. Centesimas. Centesima dicitur usura, quae, sorti, aequiparatur in anno. Glosa. Excogitans. Adde an quando sola cogitatio puniatur. Arg. Quod sola cogitatio punitur: ut 6 quaestione... quod verum est quo ad Deum, etsi non procedit ad actum". *Decretum Gratiani emendatum et notationibus illustratum, una cum glossis*, Gregorii XIII, Pont. Maqx. Iussu editum. Ad exemplar romanum diligenter recognitum, Lugduni, apud G. Rovillium, sub scuto Veneto, 1584, cols. 225-226.

multi 47 dist. (273) et in c. inter dilectos (274) verbo undecim (275) de exces. praelatorum ut bene notavit Tiraquellus de retractu lib. 1 & 1 glos. 6 n. 18 (276). Matheac de via, et ratione iuris lib. 1 c. 22

(273) D. 47 c.2. Usuras exigens sive clericus, sive regulae subiectus deiciatur. Item ex Concilio Niceno, c. 17. Quoniam multi sub regula constituti avaritiam et turpia lucra sectantur, oblitque divinae scripturae, dicentis: 'Qui pecuniam suam non dedit ad usuram', mutuum dantes centesimas exigunt: iuste censuit sancta et magna synodus, ut, si quis inventus fuerit post hanc diffinitionem usuras accipiens, aut aliquam adinventionem vel quolibet modo negotia transigens, aut emiolia, id est sescupla exigens, vel aliquid tale prorsus excogitans turpis lucri gratia, deiciatur a clero et alienus existat a regula.

(274) X 5.31.11. Collatio beneficii facta indigno occulta cassari debet, et conferens secundo ante cassationem primae collationis privari debet ea vice potestate conferendi. Inocentius III Archiepiscopo et maioris monasterio et sancti Iuliani Abbatibus Turonensibus... Nos igitur, attestationibus utriusque partis diligenter inspectis, invenimus evidenter esse probatum, eundem P. publicum aleatorem esse ac usurarium manifestum; utpote qui undecim denarios pro duodecim publice mutuaverat in ludo...

(275) *Decretales D. Gregorii Papae IX: suae integritati una cum glossis restitutae*, Romae, in aed. Populi Romani, 1582, col. 1789, b: "Undecim denarios pro duodecim. Haec usura centesimam excedit, quoniam illa in anno sorti adaequatur. C. de usuris. Eos ff. de conditione indebiti si non sortem haec usura una die posset excedere sortem".

(276) TIRAQUELLUS, A., *Operum, t. IV, continens commentarios duos De utroque retractu municipali et conventionali*, Francofurti, typ. Io. Bringeri. 1616, pp. 34-35: "centesima... autem dicta est, quod centesimo mense sortem conficiat, ut iam satis Hermolaus Barbarus in Plinium... igitur semisses ducentesimo mense sortem ipsam aequant: quae si ad verum calculum revoces, liquido comperies sortem centum unoquoque anno sex usurarum conficere: quod paulo minus est, quam unum pro quindecim... Accursium nostrum hic hallucinatum fuisse... interpretatur 10 pro 20 in anno. Qui error ex alio eius et nostratum errore manavit, qui arbitrabantur centesimam usuram (cuius semis dimidia est, ut diximus) sortem in anno aequare, et inter hos glossa... dum non intelligerent olim usuras menstruas fuisse, id est, singulis quibusque mensibus pensitari, praestarique solitas, quod tamen discere debuerant".

n. 12 (277). Rodriguez de an. reedit. lib. 1 c. 2 núm. 8 (278) et facit textus in l. lecta 40 ibi **in que denarios centum denarios singulos dari stipulatus est** Ff. de rebus creditis (279) id est ex singulis

(277) Bajo este título del libro solamente hemos localizado en la obra de BARONIS, E., *Variarum quaestionum publice tractatarum ad Digesta iuris Civilis I., de iurisdictione*, una adición: *Cui accessit decretum ordinis iuris professorum apud Bituriges de ordine, via et ratione interpretandi iuris*, Lugduni, apud S. Gryphium, 1548. Atendiendo al nombre del autor, probablemente se trata de GRIBALDI, Matteo, *De methodo ac ratione studendi libri tres: lebe quisquis ingenio delectaris et fuere*, Lugduni, exc. Io. et F. Frellonii fratres, 1544.

(278) RODRÍGUEZ, G., *Tractatus de annuis et menstruis redditibus*, Lugduni, sump. L. Anisson, 1672, pp. 6-7: "Adverto, quod centesima usura figuram gerit assis integri, cum ipsa sit integra solida et summa legalis usura, et ideo sors omni, civili iure semper ad centesimum numerum revocatur, et summa usura est, cum pars sortis centesima singulis mensibus persolvitur, et quia hac ratione, haec usura duodecim aureos annuos ex centum aureis efficit: duodecennarius hic numerus, as appellatur, et quemadmodum as iste non ex menstrua, sed ex annua pensione aestimatur, similiter omnes eius partes ex anni ratione intelligendae sint".

(279) D. 12, 1, 40. Paulus libro tertio quaestionum. Lecta est in auditorio Aemilii Papiniani praefecti praetorio iuris consulti cautio huiusmodi: 'Lucius Titius scripsi me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo et haec quindecim proba recte dari kalendis futuris stipulatus est Publius Maevius, spocondi ego Lucius Titius si die supra scripta summa Publio Maevio eive ad quem ea res pertinebit data soluta satisve eo nomine factum non erit, tunc eo amplius, quo post solvam, poenae nomine in dies triginta inque denarios centenos denarios singulos dari stipulatus est Publius Maevius, spocondi ego Lucius Titius. Convenitque inter nos, ut pro Maevio ex summa supra scripta menstruos refundere debeam denarios trecenos ex omni summa ei heredive eius. Quaesitum est de obligatione usurarum, quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, transierat. Dicebam, quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur, perinde esse, ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus, quoad tardius soluta esset, usuras adiecisset: igitur finito primo mense primae pensionis usuras currere et similiter post secundum et tertium tractum usuras non solutae pecuniae pensionis crescere nec ante sortis non solutae usuras peti posse quam ipsa sors peti potuerat. Pactum autem quod subiectum est quidam dicebant ad sortis solutionem tantum pertinere, non etiam ad usurarum, quae priore parte simpliciter in stipulationem venissent, pactumque id tantum ad exceptionem prodesse et ideo non soluta pecunia statutis pensionibus ex die stipulationis usuras deberi, atque si id nominatim esset expressum. Sed cum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam usurae ex eo tempore, quo moram fecit, accedant, et si, ut ille putabat, ad excep-

centum unus denarius singulis mensibus stipularetur, et hae usurae centessimae ex primis calendis praestabantur quia Romani in singulis calendis promitebant l. si ita stipulatus & Chrisogon. Ff. de verborum obligationibus (280): sicque libros rationum seu nominum debitorum calendarij appellabantur: l. uxorem 41 & legaverat de Legatis 3.^o (281) de cuius interpretatione cum l. praedia 27 & liberto

tionem tantum prodesset pactum (quamvis sententia diversa optinuerit), tamen usurarum obligatio ipso iure non committetur: non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest. Sed quantitatem, quae medio tempore colligitur, stipulamur, cum condicio extiterit, sicut est in fructibus: idem et in usuris potest exprimi, ut ad diem non soluta pecunia qua competit usurarum nomine ex die interpositae stipulationis praestetur.

(280) D. 45, 1, 126, 2. Paulus libro tertio quaestionum. Chrysogonus Flavii Candidi servus actor scripsit, coram subscribente et adsignante domino meo, accepisse eum a Iulio Zosa, rem agente Iulii Quintilliani absentis, mutua denaria mille. Quae dari Quintilliano heredive eius, ad quem ea res pertinebit, kalendis Novembribus, quae proximae sunt futurae, stipulatus est Zosas libertus et rem agens die supra scripta si satis eo nomine factum non erit, tunc quo post solvetur, usurarum nomine denarios octo praestari stipulatus est Iulius Zosas, spopondit Flavius Candidus dominus meus. Subscripsit dominus. Respondi: per liberam personam, quae neque iuri nostro subiecta est neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus. Plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur: sed quod libertus patrono dari stipulatus est, inutile est, ut nec ad solutionem proficiat adiectio absentis, cui principaliter obligatio quaerebatur..

(281) D. 32, 1, 41, 6. Scaevola libro vigésimo secundo digestorum. Legaverat per fideicommissum Maeviis ita: 'et quidquid in patria Gadibus possideo': quaesitum est, an, si quam suburbanam adiacentem possessionem haberet, haec quoque ex causa fideicommissi Maeviis debeatur. Respondit posse ad hanc quoque verborum significationem extendi. Item quaesitum est, an si calendarii, quod in patria sua vel intra fines eius defunctus exercuit, instrumenta in domo, quam in patria sua habebat, reliquit, an id quoque kalendarium propter verba supra scripta Maeviis ex causa fideicommissi deberetur. Respondit non deberi. Item quaesitum est, an pecunia, quae in arca domi Gadibus inventa esset, vel ex diversis nominibus exacta et ibi deposita, ex fideicommisso debeatur. Respondit supra responsum.

Ff. de fundo instruct. (282) videndus est Amaya libro 1 Observat. c. 16 (283) unde teste Plutarcus (284) et si his// (fol. 281r) calendarum sacratissimi essent ne fasti tamen et execrabiles reddebantur

(282) D. 33, 7, 27, 3. Scaevola libro sexto digestorum. Liberto, quem heredem in parte rescripsit, fundum per praeceptionem dedit in haec verba: 'Panphile liberte, praecipito tibi que habeto fundum meum Titianum et agellum Sempronianum cum instrumento et his, quae in eodem erunt cum moriar, familiaque, quae in eo fundo moratur, exceptis quos manumisero', quaesitum est, cum testator in eo fundo aliquantum vini in doliis habuerit, quod vivus totum vendiderat et partem tertiam pretii pro eo acceperat, an vinum in doliis remanens ad libertum ex causa praeceptionis pertineat, respondit verbis quae proponerentur contineri, nisi manifeste contrariam voluntatem coheredes approbant. In eo fundo instrumenta calendarii et nummos reliquit. Responsum est de nummis quoque ut supra responsum.

(283) AMAYA, F., *Observationum iuris*, en *Opera iuridica seu Commentarij in tres posteriores libros Codicis*, necnon *Observationes iuris*, Lugduni, sump. Ph. Borde, L. arnaud et P. Borde, 1667, pp. 469-474, lib. I, cap. XVI: "Ad Scaevolam in l. uxorem 41 & legaverat 6 Ff. de legatis 3 et in l. praedia 27 & liberto Ff. de fundo instructo, donde comienza por describir Gades, como "insulae extra fretum Herculeum in Oceano sitae, hodie Cadiz dictae, series saeculorum armis et divitiis, et cinibus longe nobiles, a Phoenicibus paulo post Troiani belli tempora datae, si fides nostris, qui ex Plinio, et Strabone ita commemorant", remitiendo a Alderete y Pancirolo, y el discurso se centra en la interpretación de las fuentes en su sentido literal, comenzando por Scévola, y respecto del significado atribuido por Labeón y Celso, en relación con los legados y el calendario, con remisión a los humanistas más cualificados.

(284) "Tampoco te recordarás las calendas ni la luna nueva, día que los usureros hacen, a pesar de ser el más sagrado de todos, maldito y odioso. Pues a quienes empeñan sus bienes en lugar de venderlos, ni siquiera el dios Protector de la propiedad podría salvarlos... no se avergüenzan de pagar intereses de sus propios bienes... Nosotros igualmente... cuando nos encontramos en la necesidad no debemos acoger una guarnición de un usurero, un enemigo, ni resignarnos a ver nuestras propiedades sometidas a esclavitud.. PLUTARCO, *La inconveniencia de contraer deudas (De vitando aere alieno)*, 2, en *Obras morales y de costumbres (Moralia)*, t. X, Madrid, Gredos, 2003, p. 402-403.

ab usurarijs Horatius lib. 1 Serm. Satyr. 3 (285) Colum. lib. 1 de re rust. c. 7 (286). Macrobi. lib. 1 Saturnal. c. 15 (287) tradunt Budeus

(285) HORATIO, *Satyr.* I, 85-90: "Odisti et fugis, ut Drussonem debitor aeris/ Qui, nisi, cum tristes misero venere Kalendae/ mercedes aut nummos unde unde estricta: amaras,/ Correcto jugulo, historias, captivus ut, audit.". Nota marginal: Druso foenerator debitores contumeliosissimus convicijs incessabat. Otra nota marginal: Foenaratorem acerbum, pessimumque historiarum scriptorem, qui cum sua nomina exigeret a debitoribus, nec illi essent solvendo, cogeabantur velut captivi ineptas ejes historias audire, quae poena illis erat longe gravissima, id est, vitas un hominem exosum". HORACIO FLACCIO, Q., *Opera omnia*, Rotterodami, apud a. Leers, 1668, p. 291; id., *Opera doctissimis illustrata scholiis*, Lugduni, exc. S. Gryphius, 1531, p. 209.

(286) COLUMELA, L. J. Moderato, *Los doce libros de Agricultura*, nuevamente reimpresos con la biografía del autor, por V. Tinajero, t. I, Madrid 1879, pp. 31-32. "De los deberes del padre de familia. Ni tampoco debe ser el amo muy riguroso en mantener su derecho sobre cada una de las cosas a que haya obligado al colono, como en cobrar las rentas el día aplazado... Y en efecto no hemos de reivindicar todo aquello que nos es lícito pedir: pues los antiguos oinaban que el rigor del derecho era un suplicio riguroso. Ni por el contrario se ha de aflojar del todo, pues como se cuenta haber dicho el usurero Alphio con muchísima verdad, los buenos créditos, no reclamándolos, se hacen malos".

(287) "Tunc Horus: dies quidem hic, intercalaris antequam quintus annus incipiat... at hic non a primo in ultimum mensis diem ad incrementum continuum numerus accedit, sed post kalendas dirigitur in nonas... itaque sacrificio de rege et minore pontifice celebrato idem pontifex calata id est vocata, in Capitolium plebe iuxta curiam Calabram, quae casae Romuli proxima est, quot numero dies a kalendis ad nonas superessent pronuntiabat, et quintanas... septimanas... verbum autem Kalo gracum est, id est voco, et hunc diem, qui ex his diebus qui calarentur primus esset, placuit kalendas vocari. Hinc et ipsi curiae ad quam vocabantur Calabrae nomen datum est et classi, quod omnis in eam populus vocaretur... omnes kalendas Iunoni tributas et Varronis et pontificalis adfirmat auctoritas. Quod etiam Laurentes patriis religionibus servant, qui et cognomen deae ex caerimoniis addiderunt, kalendarem Iunonem vocantes, sed et omnibus kalendis a mense Martio ad Decembrem huic deae kalendarum die supplicant. Romae quoque kalendaris omnibus... etiam regina sacrorum, id est regis uxor, porcā vel agnam in regia Iunoni immolat. A qua etiam Ianum Iunonium cognominatum diximus, quod illi deo omnis ingressus, huic deae cuncti kalendarum dies videntur adscripti... cap. 16... festi dis dicati sunt, profesti hominibus ob administrandam rem privatam publicamque concessi, intercisi deorum hominumque communes sunt. Festis insunt sacrificia epulae ludi feriae, profestis fasti comitiales comperendini statim proliares". MACROBII, A. Th., *Saturnalia*, appar. crit. Iac. Willis, Leipzig, Teubner, 1970, "... Aquí no se cuenta correlativamente desde el primero hasta el último día del mes, sino que después de kalendas se hace referencia a las nonas; a

lib. 1 de Asse (288). Molina de usuris (289). Alciatus lib. 2 Parergon c. 25 (290).

continuación oigo que se menciona un día llamado idus; luego, de nuevo, si no me equivoco, las siguientes calendas, como ahora mismo has contado... 5. Rómulo, al organizar el estatuto de su propio poder, sin duda con un ingenio agudo, más agreste, comenzaba cada mes el día en el que se producía la luna nueva... 8... César... atendiendo a las ceremonias religiosas establecidas... respetuoso del culto religioso... 10... Tras haber sido celebrado un sacrificio por el rey y el pontífice menor, el mismo pontífice, calata, esto es, convocada la plebe al Capitolio junto a la curia Calabra... pronunciaba qué número de días habría desde las calendas hasta las nonas... repitiendo cinco veces el verbo kaló... El verbo kaló es griego, significa llamar, y se estableció que este día, el primero de los que se designaban así, se denominara calendas.... 19. En Roma todas las calendas, además de que el pontífice menor realiza un acto sagrado a Juno en la curia Calabra, la reina de los sacrificios, es decir, la esposa del rey, inmola una cerda o una oveja a Juno... todos los días de calendas (se dedican) a esta diosa... 20. Puesto que nuestros antepasados observaron los inicios de los meses a partir de la salida de la luna, con razón adscribieron las calendas a Juno, pensando que Juno y la luna son la misma... Cap. 16... En los (días festivos) se realizan los sacrificios... en los laborables los fastos, los días de comicio, los días de aplazamiento, los de vencimiento..." MACROBIO, *Saturnales*. Ed. de J. F. Mesa Sanz, Pinto (Madrid) 2009, pp. 153-157.

(288) BUDEUS, G., *De asse et partibus eius libri quinque*, Parisiis, imp. M. Vascosanus sibi, R. Stephano ac Io. Roigny, affinibus suis, 1542, fols. 1r-39v: "Assis partes sunt quadrans, triens, semis, bes et dodrans, et aliae enumeratae in lege Servum, sub titulo de haeredibus instituendis libro duodetricesimo Pandectarum... cur centesima usura diceretur: quando id plurimum valet ad fidem faciendam erroris deprehensi, qui perdiu fefellerat. aTqui cum haec ratio centesimae duodenos nummos annuos in singulos centenarios pariat, et menstruos singulos: facile patet ideo centesimam dictam, quod centesimo mense sortem aequet. Usurarum enim dies olim in singulos menses cedere existimabantur, ut hodie moribus huius urbis tertio quoque mense cedunt earum pensitationum dies, quae precio legitimo accepto praediis imponuntur, et mancipio dantur, et citra vitium foenoris instar habent. Dicitur etiam centesima usura ideo (nisi fallor) quia centesimus nummus pro foenore statuitur... Quod autem menstruae esse censerentur usurae, calendarium vocabulum docet, quo iurisconsulti utuntur... usura autem apud antiquos duplex fuit, terrestris et nautica. Terrestris, id est... menstrua erat: nautica iterum duplex fuit: una quae in alteram tantum navigationem statuebatur... altera ita contrahebatur, ut non aliter deberetur nec ipsa, nec sors eius, quam si navis cum mercibus sospes domim rediisset".

(289) MOLINA, L., *De iustitia et iure, t. II. De contractibus*, Antuerpiae, apud Io. Keerbergium, 1615, pp. 96-146.

(290) "Quintae calendae quae intelligantur: unde Calendarium: qualis

Núm. 10

Harum usurarum ab uncia usque ad assem id est centessimam exactio antea indistincte permittebatur usque Justinianus imperator in l. eos & l. C. de usuris (291) statuit: ut personis illustribus non liceret ultra tertiam partem centessimae usurarum nomine stipulari: illos vero, qui ergasteriis praesunt, vel aliquam licitam negotiationem gerunt usque ad besse usuras hoc est usque ad octo partes centessimae suam stipulationem moderari. In traiecticijs vero pecunijs, et speciebus feneratori datis centessimam exigere permittitur coeteris autem hominibus semisses usurae permittuntur dummodo nullo casu de duplici usura exigenda caveatur (292) l. cum quidam 17 ff.

sit promissio intra calendas, adversus Gellium. Si quis ita interrogatus, intra Calendas quintas dabis? Responderit, Dabo Idibus: non obligabitur: non enim sic respondit, ut interrogatus est. Verba sunt Ulpiani libro ad Sabinum XVIII, quae nostri maiores hactenus de quinque diebus ante Calendas eius mensis, de quo ageretur, interpretati sunt: existimantes, opinor, idem esse, Promittis intra quintas Calendas, vel quinto Calendas: cui sententiae ratio latini sermonis repugnat, qua propter ea appellatione potius de quinque mensibus est accipiendum: qui modus loquendi ex foeneratorum consuetudine ortus videri potest, qui solebant in singulas Calendas mutum dare: unde et Calendarium pro libro rationum, in quo foeneratores nomina debitorum describebant. Seneca libro de Beneficiis 1. Nemo in Calendario scribit. Et rursus: Calendarium versat, fit ex domino procurator. Horatius... Qua ratione et centesimas usuras dictas quandoque admonui, cum XII annua in singula centena solvuntur: centum enim mensibus, usura aequat sortem. Theodosiani Codicis interpres recte centesimam interpretatur, qua tres siliquas annuas in singulos solidos accipimus..." *ALCIATUS, A., Parergon Iuris*, lib. 2, cap. 23, en *Opera omnia*, t. I, Basel 1557, reimpr. Frankfurt am Main 2004, cols. 230-231.

(291) C. Iust. 4, 32, 26, 1. Imp. Iustinianus A. Menae pp. Super usurarum vero quantitate etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram et gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes.

(292) C. Iust. 4, 32, 26, 2. Imp. Iustinianus A. Menae pp. Ideoque iubemus illustribus quidem personis sive eas praecedentibus minime licere ultra tertiam partem centesimae usurarum in quocumque contractu vili vel maximo stipulari: illos vero, qui ergasteriis praesunt vel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimae suam stipulationem moderari: in traiecticijs autem contractibus vel specierum fenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere stipulari nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum: ceteros autem omnes homines dimidiam tantummodo centesimae usurarum posse stipulari et eam quan-

de usuris (293): neque de usura usurarum. l. praeses 27 Ff. de re iudicata (294) l. improbum 20 C. ex quibus causis infamia irrogetur (295) ex ratione textus in l. ne eorum 15 Ff. de usuris (296). Cuius intellectus cum l. haeres 51 & ultimo de petitione haereditatis (297), videndus est apud Cuiacium libro 2 responsorum (298) Papiniani in eadem lege 51. Donel. libro 19 Comment. c. 14 (299) debentur

titatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari. In quibus citra stipulationem usurae exigi solent.

(293) Ut supra D. 22, 1, 17 pr. Paulus libro singulari de usuris.

(294) D. 42, 1, 27. Modestinus libro primo responsorum. Praeses provinciae usuras usurarum condemnavit contra leges et sacras constitutiones ideoque Lucius Titius contra prolatam sententiam iniustam praesidis appellavit: quaero, cum non secundum legem Titius provocasset, an exigi possit pecunia secundum condemnationem. Modestinus respondit, si sententiae certa quantitas continetur, nihil proponi, cur iudicati agi non possit.

(295) Ut supra, C. Iust. 2, 11 (12), 20. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Fortunato. Improbum fenus exercentibus et usuras usurarum illicite exigentibus infamiae macula inroganda est. PP. XVI k. Mart. Ipsi III et III AA. conss. (año 290).

(296) D. 22, 1, 15. Paulus libro sexto decimo responsorum. Respondit neque eorum fructuum, qui post litem contestatam officio iudicis restituendi sunt, usuras praestari oportere, neque eorum, qui prius percepti quasi malae fidei possessori condicuntur.

(297) D. 5, 3, 51, 1. Papinianus libro secundo responsorum. Fructuum post hereditatem petitam perceptorum usurae non praestantur: diversa ratio est eorum, qui ante actionem hereditatis illatam percepti hereditatem auxerunt.

(298) "Ad &fructuum. In hoc responso facit differentiam inter fructus preceptos ante petitam hereditatem, ante illatam actionem hereditatis, id est, ante litem contestatam, quorum fructuum usuras praestari ait: et fructus preceptos post petitam hereditatem, quorum usuras praestari negat. Et hoc intellige de fructibus venditis, et in sortem redactis... nam corpora ipsa fructuum in iudiciis usuras non recipiunt, sed pretia tantum et sortes...". CUIACIUS, J., *Commentaria in librum II Responsorum Aemilii Papiniani*, en *Opera omnia*, decem tomos distributa, t. IV vel primus operum postumorum, quae de iure reliqua, sive Papinianus, quo continentur ad universa Papiniani Opera, quae in Pandectis supersunt, Recitationes acutissimae et utilissimae, Neapoli, ex typ. Moriana, apud V. Pauria, 1758, cols. 887-890.

(299) DONELLUS, H., *Commentariorum iuris civilis libri vigintiocto*, in quibus ius civile universum singulari artificio atque doctrina explicatur. Scipio Gentilis IC recensuit, edidit, posteriores etiam libros supplevit, Francofurti, typ. et sumpt. Wecheliorum, apud D. et D. Aubrios et Cl. Schleichium,

ergo usurae in contractibus bonae fidei a die morae l. Julianus 14 & ex vendito, de accionibus// (fol. 282r) empti (300) l. cum quidam & ex locato de usuris (301) licet in contractibus stricti iuris necessaria sit expresa usurarum stipulatio, ut possint exigi l. Titius 24 de praescript. verb. (302) l. 3 l. pignoribus C. de usuris (303). Corrasius in c. quamvis pactum 2 p. & 4 n. 13 (304) nisi aliqua adsit ratio specialitatis ob periculum cui exponitur creditor ut in l. frumenti C. de usuris (305). l. etiam 30 Ff. eodem (306), et ibi Acursius et

1626, t. II, pp. 1125-1135: "De fine petitionis haereditatis, deque universo huius iudicii effectu".

(300) D. 19, 1, 13, 19. Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum. Ex vendito actio venditori competit ad ea consequenda, quae ei ab emptore praestari oportet.

(301) D. 22, 1, 17, 4. Paulus libro singulari de usuris. Ex locato qui convenitur, nisi convenerit, ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, non nisi ex mora usuras praestare debet.

(302) Ut supra, D. 19, 5, 24. Africanus libro octavo quaestionum.

(303) C. Iust. 4, 32, 22. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Cominio Carino. Pignoribus quidem intervenientibus usurae, quae sine stipulatione peti non poterant, paco retineri possunt. Verum hoc iure constituto, cum huiusmodi nullo interposito pacto tantum certae summae poenam praestari convenisse proponas, nec peti nec retineri quicquam amplius et ad pignoris solutionem urgueri te disciplina iuris perspicis. PP. Id. Iul. Ipsi... cons.

(304) CORASIUS, Jo., *Opera quae haberi possunt omnia*: collata et in duos tomos distributa, Witerbergae 1603.

(305) C. Iust. 4, 32, 11 (12). Imp. Alexander A. Aurelio Tyranno. Frumenti vel hordei mutuo dati accessio etiam ex nudo pacto praestanda est. PP. K. Mai. Maximo II et Aeliano cons. (año 223).

(306) D. 22, 1, 30. Paulus libro singulari regularum. Etiam ex nudo pacto debentur civitatibus usurae creditarum ab eis pecuniarum.

Gotofredus docet Conanus lib. 5 comment. c. 3 (307) Gilquen. in l. 10 C. de usuris n. 43 (308).

Núm. 11

Ex hac quam nuper tradidimus decissionem Justiniani in l. eos & l. C. de usuris (309) venit investigandum, cur Imperator exactionem centessimae usurae in pecuniis traiectionis, et quare tempore jurisconsultorum etiam ultra centessimam erat licitum foenerari, ergo sciendum est pecuniam traiectionis eam dici quae negotiatori alicui mutuo datur mare traiectionis ea lege, ut salva navi, sors cum foenore reddatur. At naufragio facto, sors, et spes lucri creditori pereat l.

(307) CONNANUS, F., parisiensis, *Commentariorum Iuris Civilis libri X*, Lugduni, apud haer. Iac. Iunctae, 1565, pp. 346-347: "Alius casus de usuris, quas nisi in stipulationem deductas pro pecunia credita deberi negat Africanus... et tamen etiam ex nudo pacto debentur civitatibus usurae creditorum ab eis pecuniarum, ut respondit Paulus... Ratio autem est, quod mutuum stricti iuris est... nec enim solent civitates pecuniam suam dare mutuo, sed foenore. Quocirca et traiectionis pecunia quae trans mare vehitur, quia manet eius periculum penes creditorem, non solebat credi sine usura, eaque maxima. Itaque et pacto solo promissae ea de re usurae, possunt actione peti et exigi. Scaevola De nautico foenore: Periculi precium est et si conditione quavis poenali non existente, recepturus sis quod dederis, et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in aliam speciem non cadit: veluti ea ex quibus conditiones nasci solent, ut si manumittas, si non illud facias, si non convalueris etc. nec dubitabis si piscatori erogatur in apparatus plurimum pecuniae dederis, ut si cepisset: et athletae unde si exhiberet, exerceretque, ut si vicisset, redderet. In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest. Hic constat, ex nudo pacto usuras centesimas constitui posse pro traiectionis pecunia: hoc enim est quod dicit, pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodesse. Cui traiectionis contractui similes sunt ii in quibus conditio affert periculum creditori".

(308) GILKENIUS, P., *Commentaria, in praecipuos universi Codicis titulos, cui accedit in materia usucapionis et praescriptionis, in locis oportunis et pro absolutione praecedentis tractatus, conveniens et distincta explicatio*, t.I y II, Francofurti, e collegio musarum paltheniano, 1606.

(309) Ut supra, C. Iust. 4, 32, 1. Imp. Iustinianus A. Menae pp.

1 (310) l. foenerator 6 Ff. de naut. foeno. (311) l. C. eodem l. traiectionis 23 de oblig. et act. (312) Nam quemadmodum traici vectores dicuntur, qui in aliud littus exponuntur l. 3 Ff. nautae, caupones, et

(310) D. 22, 2, 1. Modestinus libro decimo pandectarum. Traiecticia ea pecunia est quae trans mare vehitur: ceterum si eodem loci consumatur, non erit traiectionis. Sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatae in ea causa habentur? Et interest, utrum etiam ipsae periculo creditoris navigent: tunc enim traiectionis pecunia fit.

(311) C. Iust. 22, 2, 6. Paulus libro vigesimo quinto quaestionum. Faenerator pecuniam usuris maritimis mutuam dando quasdam merces in nave pignori accepit, ex quibus si non potuisset totum debitum exsolvi, aliarum mercium aliis navibus impositarum propriisque faeneratoribus obligatarum si quid superfuisset, pignori accepit. Quaesitum est nave propria perempta, ex qua totum solvi potuit. An id damnum ad creditorem pertineat, intra praestitutos dies amissa nave, an ad ceterarum navium superfluum admitti possit. Respondi: alias quidem pignoris deminutio ad damnum debitoris, non etiam ad creditoris pertinet: sed cum traiectionis pecunia ita datur, ut non alias petitio eius creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit, pignus crediti obligatio non existente condicione defecisse videtur, et ideo pignorum quoque persecutio perempta est etiam eorum, quae non sunt amissa. Si navis intra praestitutos dies perisset, et condicionem stipulationis defecisse videri, ideoque sine causa de pignorum persecutione, quae in aliis navibus fuerunt, quaeri. Quando ergo ad illorum pignorum persecutionem creditor admitti potuerit? Scilicet tunc cum condicio exstiterit obligationis et alio casu pignus amissum fuerit vel vilius distractum vel si navis postea perierit, quam dies praefinitus periculo exactus fuerit.

(312) D. 44, 7, 23. Africanus libro septimo quaestionum. Traiectionis pecuniae nomine, si ad diem soluta non esset, poena (uti adsolet) ob operas eius qui eam pecuniam peteret in stipulationem erat deducta: is qui eam pecuniam petebat parte exacta petere desierat, deinde interposito tempore interpellare instituerat. Consultus respondit eius quoque temporis, quo interpellatus non esset, poenam peti posse: amplius etiamsi omnino interpellatus non esset: nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quo minus solveret: alioquin dicendum et si is, qui interpellare coepisset, valetudine impeditus interpellare desisset, poenam non committi. De illo sane potest dubitari, si interpellatus ipse moram fecerit, an, quamvis pecuniam postea offerat, nihilo minus poena committatur: et hoc rectius dicitur. Nam et si arbiter ex compromisso pecuniam certo die dare iusserit neque per eum, qui dare iussus sit, steterit, non committi poenam respondit: adeo ut et illud Servius rectissime existimaverit, si quando dies, qua pecunia daretur, sententia arbitri comprehensa non esset, modicum spatium datum videri. Hoc idem dicendum et cum quid ea lege venierit, ut, nisi ad diem pretium solutum fuerit, inempta res fiat.

stabularii (313), eodem modo traici pecunia dicuntur, quae/ trans mare asportatur l. tutores 39 & patruus Ff. de administ. tutor. (314) l. sacrilegij 9 & his autem Ff. ad legem Juliam peculatus (315), dum tamen periculo creditoris transvehatur l. 2 (316) l. ultima C. de naut. foen (317). Hothomanus in Epitome ad eundem titulum (318)

(313) D. 4, 9, 3pr. Ulpianus libro cuarto decimo ad edictum. Et ita de facto vectorum etiam Pomponius libro trigensimo quarto scribit. Idem ait, etiamsi nondum sint res in navem receptae, sed in litore perierint, quas semel recepit, periculum ad eum pertinere.

(314) D. 26, 7, 39, 8. Papinianus libro quinto responsorum. Patruus testamento fratris filio tutor datus cum in Italia domicilium haberet, tam Italicarum rerum quam provincialium administrationem susceperat atque ita pecuniam ex venditionibus Romae relictam in provinciam traiecit et in calendarium pupilli convertit: tutor in locum eius Romae substitutus administrationem pecuniae, quae non pertinet ad tutelam suam suscipere non cogitur.

(315) D. 48, 13, 11 (9), 4. Paulus libro singulari de iudiciis publicis. Is autem, qui pecuniam traiciendam susceperat vel quilibet alius, ad cuius periculum pecunia pertinet, peculatum non committit.

(316) C. Iust. 4, 33, 3 (2). Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Aureliae Cosmianae. Cum dicas pecuniam te ea lege dedisse, ut in sacra urbe tibi restitueretur, nec incertum periculum, quod ex navigatione maris metui solet, ad te pertinuisse profitearis, non dubium est pecuniae creditae ultra licitum te usuras exigere non posse. PP. Prid. Id. Mart. Maximo II et Aquilino cons. (año 286).

(317) C. Iust. 4, 33, 5 (4). Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Et CC. Pullio Luliano Eucharisto. Traiecticiae quidem pecuniae, quae periculo creditoris mutuo datur, casus, antequam ad destinatum locum navis perveniat, ad debitorem non pertinet. sine huiusmodi vero conventionem infortunio naufragii non liberabitur. D. VIII id. Oct. Retiarum CC. cons. (año 294).

(318) HOTMAN, F., *Epitomae in Pandectas, libri XXII*, en Operum, Lugduni 1599, cols. 88-89. Ibid., pp. 433-434, lib. XXII, titulo II: De nautico foenore, nn. 5 y 6: "Pecuniae traiectionis periculum foenerator in se recipit, ex eo die, ex quo navem navigare convenit. Periculum autem id demum regulariter intelligitur, quod naufragio contingit... eodemque modo, si quid damni debitoris culpa contigerit, veluti cum merces illicitas exportaret, quas fisco occupavit, periculum illud ad creditorem non pertinet nam eo casu et merces fisco committebantur et navis, si domino sciente id factum esset. Nº 6. Secundum ius et huius pecuniae proprium est, ut propter ingens creditoris periculum, ingens ei foenus pacisci liceat: atque adeo iure antiquo immensum et infinitum, ut ait Paulus libro sententiarum 2 tit. 14. Iustiniani vero constitutione illa foenoris infinitas ad modum centesimae redacta est: l. eos qui... Nov. 106... Nov. 110. Neque id ab aequitate naturali alienum

ob quod periculum quod suscipiebat creditor permissa fuit usura maior centesima. Paulus libro 2 Sententiarum titulo 14 &3 (319) l. lecta 4 Ff. de rebus cred. (320) l. si pro mutua 8 C. si certum petatur (321). Quo circa et nudo pacto debetur l. 5 &final. Ff. de naut. foen. (322) Cum in iudiciis non nisi stipulatione debeatur, ut resolutum manet numero antecedenti: hoc tamen procedit si pecunia transvehatur. Coeterum si eodem loci consumatur non poterit dici traiectitia l. 1 in principio Ff. de naut. foen. (323) in tantum ut neque merces ea pecunia comparatae, in ea causa habeantur, nisi, et hae periculo creditoris navigent. Tunc enim ratio pecuniae traiectitiae etiam ad mercedes extenditur, si ex creditoris pecunia comparatae eius periculo transportatur l. qui Romae 122 &1 de verb. oblig. (324) d. l.

est: cum ob periculi praestationem aequissima maioris mercedis pactio videatur: l. qui mercedem... denique non est novum, ut cuius periculo pecunia credita est, eius usuras ferat”.

(319) PS 2, 14, 3. Traiecticia pecunia propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest.

(320) Ut supra, D. 12, 1, 40. Paulus libro tertio quaestionum.

(321) C. Iust. 4, 2, 8. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Proculo. Si pro mutua pecunia, quam a creditore poscebas, argentum vel iumenta vel alias species utriusque consensu aestimatas accepisti, dato auro pignori, licet ultra unam centesimam usuras stipulanti spopondisti, tamen sors, quae aestimatione partium placito definita est, et usurarum titulo legitima tantum recte petitur. Nec quicquam tibi prodesse potest, quod minoris esse pretii pignus quod dedisti proponis, quominus huius quantitatis solutioni pareas. S. VII k. Ian. AA. cons. (año 293).

(322) D. 22, 2, 5, 1. Papinianus libro tertio responsorum. In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest.

(323) D. 22, 2, 1. Modestinus libro decimo pandectarum. Traiecticia ea pecunia est quae trans mare vehitur: ceterum si eodem loci consumatur, non erit traiecticia.

(324) D. 45, 1, 122, 1. Scaevola libro vicensimo octavo digestorum. Callimachus mutuam pecuniam nauticam accepit a Sticho servo Seii in provincia Syria civitate Beryto usque Brentesium: idque creditum esse in omnes navigii dies ducentos, sub pignoribus et hypothecis mercibus a Beryto comparatis et Brentesium perferendis et quas Brentesio empturus esset et per navem Beryto invecturus: convenitque inter eos, uti, cum Callimachus Brentesium pervenisset, inde intra idus septembris, quae tunc proximae futurae essent, aliis mercibus emptis et in navem mercis ipse in Syriam per navigium proficiscatur, aut, si intra diem supra scriptam non reparasset merces nec enavigasset de ea civitate, redderet universam continuo pecuniam quasi perfecto navigio et praestaret sumptus omnes prose-

1 &final de nautic. foen. (325) l. ultima C. eodem titulo (326) unde usurae non debentur nisi a tempore suscepti periculi. Quare finita susceptione periculi desinunt deberi centessimae, et tantum communes petuntur: l. 1 C. de naut. foen. (327) l. 4 in princ. Ff. eodem (328). Petrus Greg. lib. 22 syntagm. c. 3 n. 47 (329).// (fol. 283r)

quantibus eam pecuniam, ut in urbem Romam eam deportarent: eaque sic recte dari fieri fide roganti Stichio servo Lucii Titii promisit Callimachus. Et cum ante idus supra scriptas secundum conventionem mercibus in navem impositis cum Erote conservo Stichi quasi in provinciam Syriam perventurus enavigavit: quaesitum est nave submersa, cum secundum cautionem Callimachus merces debito perferendas in nave mansisset eo tempore, quo iam pecuniam Brentesio reddere Romae perferendam deberet, an nihil prosit Erotis consensus, qui cum eo missus erat, cuique nihil amplius de pecunia supra scripta post diem conventionis permissum vel mandatum erat, quam ut eam receptam Romam perferret, et nihilo minus actione ex stipulatu Callimachus de pecunia domino Stichi teneatur: respondit secundum ea quae proponerentur teneri. Item quaero, si Callimacho post diem supra scriptam naviganti Eros supra scriptus servus consenserit, an actionem domino suo semel adquisitam adimere potuerit. Respondit non potuisse, sed fore exceptioni locum, si servo arbitrium datum esset eam pecuniam quocumque tempore in quemvis lucum reddi.

(325) D. 22, 2, 1. Modestinus libro primo pandectarum... sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatae in ea causa habentur? Et interest, utrum etiam ipsae periculo creditoris navigent: tunc enim traiecticia pecunia fit.

(326) Ut supra, C. Iust. 4, 32, 5 (4). Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Et CC. Pullio Luliano Eucharisto. Año 294.

(327) C. Iust. 4, 33, 2 (1). Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Scribonio Honorato. Traiecticiam pecuniam, quae periculo creditoris datur, tamdiu liberam esse ab observatione communium usurarum, quamdiu navis ad portum appulerit, manifestum est. PP. III id. Mart. Maximo II et Aquilino cons. (año 286).

(328) D. 22, 2, 4 pr. Papinianus libro tertio responsorum. Nihil interest, traiecticia pecunia sine periculo creditoris accepta sit an post diem praestitutum et condicionem impletam periculum esse creditoris desierit. Utrubique igitur maius legitima usura faenus non debetur, sed in priore quidem specie semper, in altera vero discusso periculo: nec pignora vel hypothecae titulo maioris usurae tenebuntur.

(329) PETRUS GREGORIUS, tholosano, *Syntagma iuris universi, atque legum pene omnium gentium, et rerum publicarum praecipuarum*, in tres partes digestum, in quo divini et humani iuris totius, naturali, ac nova methodo per gradus, ordineque, materia universalium et singularium, simulque iudicia explicantur, Coloniae Allobrogum, exc. Ph. Albert, 1611, pp. 400-401: "Usurae nauticae improbatæ".

Núm. 12.

Sed adversus ea, quae resoluta manent acriter insurgit jurisconsulti Scevolaes responsum in l. 5 in principio ff. de naut. foen. (330) Quo loci praedicatur quod si quis periculum rei mutuatae in se suscipiet tamen si conditio apponatur poenalis sive existat, sive non existat adhuc creditorem usuras recepturum, et eius periculum ibi susceptum imprelio esse: quod quidem qualiter admittendum sit, et in quo periculum consistat, difficile est, quia quoties ad tempus periculum a creditore suscipitur cessante periculo ipsius privilegium extinguitur d. l. 4 ff. eodem (331) defficiente enim causa periculi defficit ratio usurae ut nuper diximus quod omnino contrarium deprehenditur ex hoc Scevolaes responso: huius gravissimae difficultatis pondere oppressus Hottom. lib. 5 Observat. c. 22 (332) hunc textum emendavit ut tollatur dictio **et** similiterque dictio **non** quae est ante verbum **existenti** subducatur ex inde et reponatur ante verbum **est** et dictio **quamvis** legatur quavis ut sit litera illius textus haec: **Periculi pretium non est si conditione quavis poenali existenti etc.** Sic enim nihil difficultati habere videtur sententia Scevolaes. Sed haec interpretatio omnino reiicienda est, cum emendare non sit sensum percipere, sed destruere eadem nota dignus est Eguinar. in Manual. 4 p. qui asserit negationem esse expungendam, et quamvis, quavis esse legendam (333)./

(330) D. 22, 2, 5pr. Scaevola libro sexto responsorum. Periculi pretium est et si conditione quamvis poenali non existente recepturus sis quod dederis et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in aleae speciem non cadat: veluti ea, ex quibus conditiones nasci solent, ut' si non manumittas', 'si non illud facias', 'si non convaluero' et cetera. Nec dubitabis, si piscatori erogatur in apparatus plurimum pecuniae dederim, ut, si cepisset, redderet, et athletae, unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet.

(331) Ut supra, D. 22, 2, 4. Papinianus libro tertio responsorum.

(332) HOTMAN, F., *Observationum et emendationum in Ius Civile libri XIII*, Lugduni, exc. haer. E. Vignon et Kac. Stoer, 1599, cols. 146-149: "Cap. XII. decem menda sublata ex l. periculi D. de naut. foen. Poenae et culpa, itemque usurae et poenae differentia periculi precium. Erogandi verbum. Iactus retis". Ibid., cols. 154-155: "Cap. XVII. Emendata lex quarta & primo D. de nautico foenere. Rectifica a Papiniano, donde afirma: "Ego tres illas voces non ultra duplum tollendas arbitros"

(333) EGUINARII BARONIS, *Ad omnes partes Digestorum seu Pandectarum iuris enucleati Manualium, libri singulares*, Lutetiae parisiorum, apud M. Vascosanum, 1562, pp. 97-101: "scribendum videtur affirmative, existente".

Núm. 13.

Quare doctissimus Cuiacius in recitatione 50 solemnī ad d. l. 5 (334) ita explicandam esse Scaevolae decisionem existimat ut cum

(334) "*Ad legem V. Periculi pretium est, et si conditione quamvis poenali, non existente, recepturus sit, quod dederis...* Ad & In his autem omnibus, et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest. Quinque sunt quae hanc legem obscuram reddunt, et imprimis statuamus: nauticae pecuniae periculum creditorem suscipere, et ideo ei maximam usuram deberi etiam ex pacto. Deinde quaero, an etiamsi periculum creditor suscipiat pecuniae non nauticae, eadem ratione possit ei deberi usura ex pacto? Scaevola putat posse. Ait enim periculi pretium est, etsi: illud etsi significat, non tantum auticam, sed et aliam pecuniam suscepti periculi pretium recipere posse. Nauticum foenus ita contrahitur: navigaturo atque ingressuro ingens periculum pecunia datur mutua, qua negotietur hac lege, ut si navis salva pervenerit, eam pecuniam reddat cum usuris; si navis perierit, ut nihil reddat. Similiter piscaturo, atque ita ituro in dubiam aleam dabitur pecunia, qua scilicet comparet instrumentum omne piscatorium. Videlicet retia, hamos, naviculas, et ea lege, ut si ceperit, eam reddat cum usuris; si nihil ceperit, nihil reddat. Aut Athletae inituro dubium certamen, dabitur pecunia, qua se exhibeat et exerceat, ut si vicerit cum usuris reddat; si non vicerit, nihil reddat: exhibeat, id est, edat. Nam Athletae, qui certaturi erant, ante pascebantur certo genere cibi, ut bubula, de do Galenus... corpus item ante exercebant. Vocatur hoc lex pulveris et cibi. Verum hi duo piscator et athleta in periculo versantur. Nunc si is qui pecuniam dat, velit hoc periculum amoliri et in se recipere, pro eo rebus secundis feret etiam ex pacto usuras, et hoc est periculi pretium, id est, merces. Hoc autem pretium in pecunia nautica dicitur exigi, conditione impleta sive existente..., id est, nave salva. Nave amissa conditio defecisse intelligitur, et pro lucro creditori damnum adfertur. Si igitur hoc ita est in nautica pecunia, ita etiam in piscatore et athleta pretium exigetur conditione existente, id est, si piscator ceperit, alter vicerit: quod si alter successerit, creditor pro pretio damnum habebit. Atque in hac lege traditur, pretio periculi suscepti locum esse non existente conditione. Hoc unum est quod hanc legem obscurat. Quo quidem motus Baro, in libro manuali legit, conditione existente, sublata negatione. Alterum quod dubitationem facit est: quia hanc conditionem appellat poenalem. Atqui non est poenalis: nam poena est, quae ob moram infligitur, id est, si pecunia soluta non sit, et interdum dicitur usura. Proprie autem usura est, quae ob quaestum, nulla mora intercedente infligitur, id est, quae currit statim a contractu, et haec nullo modo dicitur poena. At in specie hujus legis, quod recipitur praeter pecuniam, non recipitur ob moram, sed ob usuram et periculi mercedem. Igitur usura non est poena. Denique haec conditio est foeneratitia, non poenalis. Tertia dubitatio est: proponit Scaevola in principio legis non tantum ex pecunia nautica, sed etiam ex alia pecunia insuper aliquid exigi posse ob periculi pretium. Deinde

certum sit usuram esse ob quaestum nulla mora etiam intercedente: quare verba illa **conditione quamvis penali non existente**, legenda esse **conditione quamvis non poenali existenti**. Deinde cum periculum non solum in traiectitia, sed et quando pro alea mutuatur sit, ut quando athletae, vel piscatori mutuatur cum tesseris tantum, aut talis sit alea prohibita l. 1 et toto titulo Ff. de aleatoribus (335), l. in exceptionibus 19 & final. Ff. de probat. (336) Aliter autem

addit modum huic propositioni, si modo in alea speciem non cadat. Cur hoc? An quis alea est prohibita legibus... Minime: nam alea est prohibita, veluti, si quis ludat tesseris aut talis, quasi alea non est prohibita, ut si quis emat a piscatore bolum, id est, jactum retis... Cur autem ita dixerit, non videtur reddi posse ratio idonea. Praeterea pugnat ipse secum: nam in fine ait, eam pecuniam admittere periculi pretium ea lege, ut si cepisset redderet. Atqui ea res aleae speciem habet. Quarta dubitatio est circa verba, veluti ea ex quibus conditio nasci solet. Conditio dicitur imponi, praeponi, adscribi, injici, dari; nasci autem nunquam. Quinta dubitatio est varietas lectionis: legitus in vulgatis libris, pro quamvis, quavis. Baro negotiationem tollit. Pro verbis, in aleae speciem, legitur in vulgatis, in aliam speciem, pro conditiones, quidam habent conditiones... Igitur existente conditione, id est, si facias, mihi tantum datur conditio ob rem dati, nec quidquam potest in cautionem deduci, quasi pro pretio periculi. Idem dicendum est in donatione causa mortis. Ego tibi donavi ea lege, ut si non convaluero, eam tibi retineas; si convaluero, reddas. Conditione existente, sub qua resolvitur donatio, id est, si convaluero, competit mihi conditio ob rem dati. At longa aliud est in exemplis propositis de piscatore et athleta: nam in his contrahitur creditum. Et sicut in nautica pecunia est periculum maris, et dubiae navigationis: sic est etiam periculum dubiae vel inanis piscationis et certaminis. Id ego in me recipio, contra quam soleat fieri in pecunia credita. Igitur ob eam rem, merito rebus secundis usuram reposco... Augeri posse obligationem, id est, insuper aliquid accipi posse praeter sortem, id est, pretium periculi". CUIACIUS, J., *Tomus septimus vel quarti operum postumorum, quae de jure reliqua, pars prior, sive ad diversos titulos Pandectarum Recitationes absolutissimae*, Neapoli, ex typ. Moriana, apud V. Pauria, 1758, cols. 865-866.

(335) D. 11, 5. De aleatoribus. 1. Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum. Praetor ait: 'Si quis eum, apud quem alea lusum esse dicitur, verberaverit damnumve ei dederit sive quid eo tempore dolo eius subtractum est, iudicium non dabo. In eum, qui aleae ludendae causa vin itulerit, uti quaeque res erit, animadvertam'... 4... haec clausula pertinet ad animadversiones eius qui compulsi ludere, ut aut multa multetur aut in lautumias vel in vincula publica ducatur.

(336) D. 22, 3, 19, 4. Ulpianus libro septimo disputationum. Hoc amplius, si iudicatae rei vel iurisiurandi condicio delata dicatur de eo quod nunc petitur, sive in alea gestum esse contendatur, eum implere probationes oportet.

est permissa l. nec emptio Ff. de contrahenda emptione (337) l. 7 de haeredit. vel act. vend.(338) sicque illa verba **si modo in aleae speciem non cadat contractus**. ut sensus sit, periculum ad usuras solum in mutuo considerari, ut et nos diximus supra n. 1 et 2. Rursus impropria est loquutio. **Conditiones nasci** cum potius imponi praeponi, adscribi, vel dari dicantur. Quocirca dicendum est **condictiones** ut sensus sit non implica condictione propter quam dedi, ut si manumittas, nam si non manumittis condicetur datum, in quo non consideratur periculum, cum non sit mutuum sed potius videar dare ut facias, quod cum diversum sit, in piscatore, et athleta periculum aestimatur. Sic ergo explicat Cuiacius literaque haec videtur esse secundum eius sententiam. **Periculi pretium est et si//** (fol. 284r) **conditione quamvis non poenali existente** recepturus sis, quod dederis, et insuper aliquod praeter pecuniam, si modo in aliam speciem non cadat contractus vel uti ea, ex quibus conditiones nasci solent ut si manumittas etc.

Núm. 14

Sed haec interpretatio cum et ipsi Cuiacio displicuerit libro 9 Observationum c. 28 (339) aliter communiter in his scholis solet expli-

(337) D. 18, 1, 8. Pomponius libro nono ad Sabinum. Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. Et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse. 1. Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. Quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur.

(338) D. 18, 4, 7. Paulus libro quarto decimo ad Plautium. Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio. Nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur.

(339) "Ad l. periculi 2 ff. de naut. foenore. Nautica pecunia ideo gravissimam usuram admittit etiam ex pacto, cum tamen regulariter etiam in contractibus strictis usurae neque debeantur citra stipulationem, neque gravissimae venire possint, quia creditor nauticae pecuniae periculum suscipit. Unde quaeritur, an etsi pecuniae non nauticae periculum suscipiat creditor, eadem ratione usuram is maximam recte pacisci possit. Scaevola ea mens est... ut ostendat posse, quasi pro periculi mercede: ut si

cari nostrum difficile Scevolae responsum nimirum quod propter periculum a creditore susceptum debeantur usurae quamvis periculum in conditione, quae non pendet ex casu, sed ex voluntate debitoris conferatur veluti si sub hac conditione mutuetur pecunia, si debitor servum manumittat sortem cum usuris restituere debeat. Idemque dicendum sit in illis conditionibus, si non feceris, si non convaluero, quae ibi referuntur, ad quas tantum illius textus principium referendum est, si vero **non manumittat aut faciat, aut convaluero** nihil restituere teneatur, quae conditiones admituntur, si in aleae

quis piscaturo dederit pecuniam in apparatus, ut si ceperit, eam reddat cum usuris, si nihil ceperit, nihil reddat: vel, si athletae in exhibitionem, id est victum et exercitationem, sive quam legem pulveris et cibi Terentianus Maurus vocat, ut si vicerit, reddat cum usuris, si non vicerit, nihil reddat. Sed quid est quod ait, condicione quamvis poenali non exsistente? Imo exemplo nautici foenoris res ita geritur ut condicione non existente, ut nihil recipiam... Respondeo ea verba nihil pertinere ad exempla illa de piscatore et athleta, sed ad ista, Si non manumittas (sic lego ex Basilicis), si illus non facias, si non convaluero et cetera, in quibus magis dubitabatur an pactum proficeret ad augendam obligationem, propterea quod periculum inesse videtur proprie his quae pendent ex casu, ut in exemplis de athleta et piscatore, non in his quae pendent ex voluntate sua: et tamen si dedero tibi pecuniam hac lege, ut si servum manumittas nihil recipiam cum usuris: vel hac lege, ut si Romam eas, nihil recipiam, si non eas, ut recipiam cum usuris: vel si dedero hac lege, ut si cura et auxilio tuo ex morbo convaluero, nihil recipiam: si non convaluero, ut recipiam cum usuris, valet pactio ad augendam obligationem, Conditionibus igitur his non existentibus, (quae ideo poenales dicuntur, quia poenam infligunt ei qui condicionem appositam initio dandae pecuniae non implet) sortis et usurarum, de quibus convenit, conditio erit. Ex his enim causis conditiones nasci solent sine causa, vel ob rem dati sortis nomine... et vero etiam usurarum de quibus convenit, veluti pro mercede periculi. Quamvis enim pactionem huiusmodi non impleta condicione ab eo qui pecuniam accipit, usurarum damno is veluti poena plectatur, ideo tamen servatur pactio, et actionem parit, quia deduxit se in periculum amittendae pecuniae is qui dedit ea lege, ut si qui accepit manumitteret servum, aut Romam iret, aut mobo medicinam efficeret, nihil ipse reciperet... Et merito his opponuntur ea, quae in aleae speciem cadunt, quia ex his causis conditiones non nascuntur... Ea tamen negotia ex quibus conditiones nasci solent, cum sint licita et honesta, etiam ex pacto usurarum incrementum recipiunt, veluti pro mercede periculi... obligationem augeri posse propter periculi suscepti mercedem, nunc dicat etiam augeri posse ex pacto". CUIACIUS, J., *Observationum et emendationum*, en Tomus tertius operum priorum, quo de jure fecit, sive *Observationum libri XXVIII*, Neapoli, ex typ. Moriana, apud V. Pauria, 1758, cols. 238-239.

speciem non cadat, id est si alearum ludo haec res gesta non sit quia tunc effectum non sortitur propter exceptionem, quae datur in d. l. 19 & ult. Ff. de probation. (340) l. ultima & ultimo Ff. quarum rerum actio non detur (341), et ita ratio consulti est quod supradictis casibus illud periculum aestimari potest, quod licet poenalis conditio existat, quia non ***manumissit, fecit convalui*** nihilominus potest liberari a poena permissa, veluti si casu fortuito, et sine culpa, et/ mora debitoris non potuit impleri conditio l. 10 & idem iuris Ff. ad l. Rodiam de iactu (342) l. 2 & si quis Ff. si quis cautionibus (343) l. 5 Ff. de conditione caus. dat. (344) Poena enim non imponitur ubi

(340) Ut supra, D. 22, 3, 19, 4. Ulpianus libro septimo disputationum.

(341) D. 44, 5, 2, 2. Paulus libro septuagensimo primo ad edictum. Si servus promittat domino pecuniam, ut manumittatur, cum alias non esset manumissurus dominus, eamque liber factus spondeat: dicitur non ob stare exceptionem patrono, si eam petat: non enim onerandae libertatis causa haec pecunia promissa est. Alioquin iniquum est dominum et servo carere et pretio eius. Totiens ergo onerandae libertatis causa pecunia videtur promitti, quotiens sua sponte dominus manumisit et propterea velit libertum pecuniam promittere, ut non exigat eam, sed ut libertus eum timeat et obtemperet ei.

(342) D. 14, 2, 10, 1. Labeo libro primo pithanon a Paulo epitomatorum... Paulus: immo contra, si modo ea navigatione utraque navis periit, cum id sine dolo et culpa nautarum factum esset. Idem iuris erit, si prior nauta publice retentus navigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit. *Idem* iuris erit, cum ea condicione a te conduxisset, ut certam poenam tibi praestaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo loci exposuisset, in quem devehendas eas merces locasset, nec per eum staret, quo minus remissa sibi ea poena spectaret. Idem iuris in eodem genere cogitationis observabimus, si probatum fuerit nautam morbo impeditum navigare non potuisse. Idem dicemus, si navis eius vitium fecerit sine dolo malo et culpa eius.

(343) D. 2, 11, 2, 3. Ulpianus libro septuagesimo quarto ad edictum. Si quis iudicio se sisti promiserit et valetudine vel tempestate vel vi fluminis prohibitus se sistere non possit, exceptione adiuvatur, nec immerito. Cum enim in tali promissione praesentia opus sit, quemadmodum potuit se sistere qui adversa valetudine impeditus est? Et ideo etiam lex duodecim tabularum, si iudex vel alteruter ex litigatoribus morbo sontico impediatur, iubet diem iudicii esse diffisum.

(344) D. 12, 4, 5pr. Ulpianus libro secundo disputationum. Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum condicio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quo minus proficisceris, an condici possit, videndum: et cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare: sed cum liceat paenitere ei qui dedit, procul dubio

culpa abest l. si homo 69 Ff. de verb. oblig. (345) l. 4 Ff. qui satisfacere cogantur (346). Quia igitur creditor huic periculo se exponit, ut quamvis conditio poenalis existat, nil consequatur, ideo receptum est usuras pacto promissas deberi ergo verbum **conditiones** adhuc secundum hanc sententiam legi debet conditiones, et referri ad pericula, quae contingunt in conventionibus ob causam factis, in quibus, ex fortuito casu cessat repetitio et condictio l. senatus & 1 Ff. de mort. caus. donat. (347) l. videamus & idemque Ff. de usur. (348) l. 5 Ff. de praescript. verb. (349) et ibi glos. verbo periculo meo 3

repetetur id quod datum est, nisi forte tua intersit non accepisse te ob hanc causam pecuniam. Nam si ita se res habeat, ut, licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, ut necesse habeas proficisci, vel sumptus, qui necessarii fuerunt ad profectionem, iam fecisti, ut manifestum sit te plus forte quam accepisti erogasse, condictio cessabit: sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit, ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur eius quod expendisti.

(345) D. 45, 1, 69. Ulpianus libro septimo ad edictum. Si homo mortuus sit, sisti non potest nec poena rei impossibilis committetur, quemadmodum si quis Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, poenam stipuletur.

(346) D. 2, 8, 4. Paulus libro quarto ad edictum. Si decesserit qui fideiussores dederit iudicio sistendi causa, non debet praetor iubere exhibere eum. Quod si ignorans iusserit exhiberi vel post decretum eius ante diem exhibitionis decesserit, deneganda erit actio. Si autem post diem exhibitionis decesserit aut amiserit civitatem, utiliter agi potest.

(347) D. 39, 6, 35, 1. Paulus libro sexto ad legem Iuliam et Papiam. Donatio dicta est a dono quasi dono datum, rapta a Graeco: nam hi dicunt *doron kai doreiszai*.

(348) D. 22, 1, 38, 3. Paulus libro sexto ad Plautium. Idemque est, si mortis causa fundus sit donatus et revaluerit qui donavit atque ita condictio nascatur.

(349) D. 19, 5, 5pr. Paulus libro quinto quaestionum. Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu deum manumitieres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspicere potest. Qui in his competit speciebus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur. 1. Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civiles obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanta interest mea illud de quo convenit accipere: vel si deum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta.

solutione (350), quam ibi Bartholus, et Cuiacius sequuntur. Donellus lib. 14 Comment. c. 21 (351) exemplo quidem pecuniae traiectitiae potest. Et in his casibus sicut quando athletae, et piscatori mutuatur aestimari periculum. Defendit idem Cuiacius d. l. 9 Observ. c. 28 (352).

Núm. 15

Sed tamen haec communis interpretatio nunquam placere potuit. Primo quia emendationis vitium opprimit, et contra communem lecturam, quae habet condiciones insurgit. Deinde quia consultus non solum de conditionibus pendentibus ex voluntate debitoris sed etiam de casualibus videtur loqui ex illis verbis ***si non convaluero***// (fol. 285r) cum incolumitatis eventus non sit in nostra potestate ut testatur Martian. ex Homeri autoritate, Odis. 17 (353) in l. 1 Ff. de

Sed si cipes tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes. Explicitus est articulus ille do ut des.

(350) "Periculo meo. Scilicet ante traditionem: sicut est in venditione... 3. Vel melius dicas, periculo meo erit. Scilicet si moriatur, non teneris eum tradere. Teneris tamen conventio conditione ob causam, ut quod accepisti, restituas. 2. Vel sol(vat). ut ibi Accursius". *Corpus Iuris Civilis Iustinianei, cum commentariis Accursii, Scholiis Contii, et D. Gothofredi lucubrationibus ad Accursium in quibus Glossae obscuriores explicantur... accesserunt Iac. Cuiacii Paratitla in Pandectas et Codicem; eiusdemque Notae, Observationes et Emendationes singulares in Pandectarum libros L, Cod. Libros XII. Novellas, Consuetudines Feudorum, et Iustiniani Institutiones*, t. hic primus Digestum Vetus continet, Lugduni 1627, reimp. phot. de la ed. de 1627, Osnabrück 1965, col. 1867.

(351) DONELLUS, H., *Commentariorum iuris civilis libri vigintiocto*, in quibus ius civile universum singulari artificio atque doctrina explicatur. Scipio Gentilis IC recensuit, edidit, posteriores etiam libros supplevit, Francofurti, typ. et sumpt. Wecheliorum, apud D. et D. Aubrios et Cl. Schleichium, 1626, pp. 712-714: "Quam generaliter verum sit, datum ob causam causa non secuta repeti posse, quicumque casus obstiterit, quominus posset antea et in posterum impleri: Et de sententia l. pen. C. de cond. ob caus. dat.". Vid., DONELLUS, H., *Donellus enucleatus, sive Commentarii Hugonis Donelli de Jure civili in compendium ita redacti ut rerum nucleum contineant... accesserunt notata...* auctore Osvaldo Hilligero, Antuerpiae, apud P. Bellerum, 1642, pp. 344-345.

(352) Ut supra, CUIACIUS, J., *Observationum et emendationum*, en Tomus tertius operum priorum, quo de jure fecit, sive *Observationum libri XXVIII*, Neapoli, ex typ. Moriana, apud V. Pauria, 1758, cols. 238-239.

(353) HOMERO, *Odyssaeae*, lib. XVII: "Cui Telemachus: Nescimus, inquit,

mort. caus. donat. (354) et Justinianus in &1 Instit. de donat. (355) Deinceps, quia si vera fuisset huiusmodi interpretatio non aliter creditor pecuniam, et amplius aliquid insuper, quam si conditio existat, ut ***si non manumissit si fecit si convalui***, si vero conditio imple-retur nihil consequeretur. At certum est Scevolam etiam non exis-tente conditione, vel existente pecuniam cum usuris conduci posse statuit ibi et si conditione quamvis poenali non existente secundum illam lecturam ***et si***.

Piraeae quomodo haec erunt, aut quae sortiantur exitum facta. Si enim paret me clam per insidias interficientes, patrimonium meum omne inter se dis-tribuerint, non te sed eorum aliquem velim illis privari. Si autem ipsis ego procis necem intulero, tunc eadem tu mihi laeto ad domum usque laetus gaudensque feres". HOMERI, *Odyssea*, Metaphraste Raphaele Volaterrano, quam diligentissime excusa, apud Sanctam Ubiorum Agrippinam, per H. Alopecium, 1524, Coloniae, in aed. H. Alopecia, 1524, fol. 126v. HOMERO, *Odisea* 17, 78-83: "Respondele Telémaco, diziendo./ Pireo, aun no sabemos como tienen/ de suceder, las cosas en que andamos,/ Si apuestos servi-dores de mi madre/ me matarán aquí dentro en mi casa:/ A traycion, por cumplir su mal desseo,/ y partirán los bienes de mi padre./ En este caso quiero mas que gozes/ de aquellos dones tu, que alguno dellos./ Y si Dios ordenare, que yo pueda/ darles su pago, y muerte merecida,/ Entonces que estarè con alegria,/ me los traeras alegre, y a buen tiempo". *La Ulyxsea de Homero. Traduzida de griego en lengua castellana por el secretario Gonzalo Perez*, nuevamente por el mesmo revista y emendada, Venecia, en casa de F. Rampazeto, 1562, pp. 551-552.

(354) D. 39, 6, 1. Marcianus libro nono institutionum. Mortis causa donatio est, cum quis habere se vult quam eum cui donat magisque eum cui donat quam heredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo.

(355) Inst. 2, 7, 1. Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem, cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, habe-ret is qui accepit: sin autem supervixisset qui donavit, reciperet, vel si eum donationis paenituisset aut prior decesserit is cui donatum sit. Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam optinere oporteret, et utriusque causae quaedam habebat insignia et alii ad aliud genus eam retrahebant: a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur et sic procedat, quemadmodum eam nostra formavit constitutio. Et in summa mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere, quam eum cui donatur, magisque eum cui donat, quam heredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo.

Núm. 16

Igitur cum in magnis voluisse sat sit veritatis indagandae studio intensi tantoque in pelago vela dare ventis ausi sumus interim dum certius aliud appareat verae interpretationis vestigium, quam semper venerabimur libitenque eruditorum censu subiacentes, amplexabimur liceat quod nunc verum iudicamus Scevolaie interpretamentum in medium referre. Adeo autem periculum traiectionis pecuniae in iure aestimetur, ut quidquid conditione navis salvae existente ultra sortem recipitur non tam usura pecuniae, quam periculi pretium est in cuius repensationem in alijs causis in quibus conditio quaevis adiecta esset, qua non existente, pecuniam creditor recepturus esset existente autem amissurus senserit obligationem pecuniae creditae vel ex solo/ pacto posse si modo in aleae speciem non cadat huiusmodi periculum; quia propter aleae illicitae prohibitionem de qua in d. l. 1 Ff. de aleator. (356) periculi ratio non attenditur, et ita verba illa ***et si*** dishiunctive leguntur non coniunctive, et verbum ***cadat*** ad periculum refertur, quasi in illis verbis aleae speciem excludatur, periculum quod alea vertitur propter eius supradictam prohibitionem, unde verba illa difficilima ea ex quibus referuntur, ad pericula, quae oriuntur ex illis conditionibus, quae in se nullam habent prohibitionem, ***ut si non manumittas etc.*** sicut et si athletae, vel piscatori dederis: si quidem in omnibus supra scriptis pars est, et omnium conditio, nam sicut in traiectionis pecunia perempta mutuum extinguatur salva tamen navi mutuum creditur, et ita possunt usurae deberi, et ratione periculi maiores considerantur; sic similiter cum sit periculum, ne impleta conditione, vel victo athleta nil consequatur. Cum cesset mutuum, nil mirum quod in omnibus casibus, in quibus periculum adest veniente ratione mutui detur ita usurarum exactio, etiam solum pacto apposito, et sic observata communi lectura ultra omnes, quos viderim interpretari oportet Scevola in d. l. 5 Ff. de naut. foen. (357)

(356) Ut supra, D. 11, 5, 1. Ulpianus libro vicensimo tertio ad edictum.

(357) Ut supra, D. 22, 2, 5pr. Scaevola libro sexto responsorum.

Núm. 17

Adhuc tamen adversus ea, quae diximus, ex d. l. eos C. de usuris (358) scilicet tempore consultorum pro traiectitia pecunia maiorem centesima usurarum deberi ex Justiniano// (fol. 286r) autem centessimam peti posse. Obstat Papiniani responsum in l. 4 & pro operis Ff. de naut. foen. (359) ubi pro operis servi traiectitij pecuniae gratia sequuti, quod in singulos dies in stipulatum deductum est ad finem centessimae non ultra duplum debetur. Unde constat ante tempora Justiniani terminum maritimae usurae esse usque ad centessimam. Sed huic difficultati omisso Cuiacio in Recit. ad textum in l. 1 Ff. hoc titulo (360), qui verbum **centessim** Triboniani esse credit sic responderi posse existimo scilicet ibi consultum loqui casu, quo post

(358) Ut supra, C. Iust. 4, 32, 26. Imp. Iustinianus A. Menae pp. Año 528.

(359) D. 22, 2, 4, 1. Papinianus libro tertio responsorum. Pro operis servi traiectitiae pecuniae gratia secuti quod in singulos dies in stipulatum deductum est, ad finem centesimae non ultra duplum debetur. In stipulatione faenoris post diem periculi separatim interposita quod in ea legitimae usurae deerit, per alteram stipulationem operarum supplebitur.

(360) CUIACIUS, J., *Tomus septimus vel quarti operum postumorum, quae de jure reliqua, pars prior, sive ad diversos titulos Pandectarum Recitationes absolutissimae*, Neapoli, ex typ. Moriana, apud V. Pauria, 1758, cols. 862-863: "Ad l. 1. Traiectitia ea pecunia est, quae trans mare vehitur... Infinitas autem usuras percipere potest creditor nauticae pecuniae, ut quatuor aut quinque centesimas, dique est compensatio periculi. Ex aliis autem pecunias usura legitima erat centesima: ex nauticis quaelibet... quod initio vocat centesimam, postea vocat legitimam. Hoc autem mutavit Justinianus... nam usura nautica est centesima duntaxat, nec potest excedere. Ex aliis pecunias non recipitur centesima, sed viri illustres percipiunt trientes; negotiatores et argentarii besses; reliqui, etiam fiscos, semisses. Pliis lib. 10 cap. 4. Ad videtur lex 4 hoc titulo significare, etiam usuram nauticam non fuisse nisi centesimam Papiniani tempore... Verum illud verbum centesimae, Tribonianus addidit ex constitutionibus Justiniano. Et sic etiam in l. cum quidam & ultimo... haec verba: Usque ad tertiam centesimae, sunt Triboniani; eis verbis significantur usurae trientes, quo modo nostri auctores non loquuntur, sed est prorsus Triboniani... usura centesima, quae hodie est nautica, sic definitur, quae quotannis reddit duodecim solidos in centenos, mensibus singulis solidum in centenos... Igitur usura trines est, quae in centenos quotannis reddit 4 solidos". CUIACIUS, J., *Tomus septimus vel quarti operum postumorum, quae de jure reliqua, pars prior, sive ad diversos titulos Pandectarum Recitationes absolutissimae*, Neapoli, ex typ. Moriana, apud V. Pauria, 1758, cols. 862-863.

diem periculi praestatur. advertendum ergo est in principio d. l. 4 (361) bellissime Papinianum statuuisse; quod ubi pecunia traiectitia sine periculo creditoris accepta sit, sive post diem praestitum, et conditionem impletam periculum non fuerit creditoris utrobique maius legitima usura fenus non debebitur. Erat enim legitima apud consultos centesima ut docet idem Cuiacius in hac lege 4 (362). Petrus Gregorius lib. 22 c. 3 (363). In cuius principij consequentiam id quod constituitur pro operis servi a creditore nauticae pecuniae missi usurarum a creditore sua die exigendarum, causa non excedere centessimam, neque etiam duplum nam debetur praestatur post diem periculi. Illud enim pro operis servi est pena morae id est tardius solutae pecuniae quare post discussum periculum excedi nequit centesima, ad quod respexit Paulus in eleganti specie textus in l. foenerator 6 Ff. de naut. foen. (364) l. qui/ Romae 122 & 1 de verborum oblig. (365) notat Cuiacius in d. l. 4 in fine (366) dum

(361) Ut supra, D. 22, 2, 4pr. Papinianus libro tertio responsorum.

(362) "Aut pecunia trajicitur sine periculo creditoris, aut ejus periculo: si sine periculo, majus legitima usura fenus non debetur l. 4. Legitimam vocat, quam postea centesimam summam dicit: Nam hoc jure legitima usura est centum. At ex constitutione Justiniani est bes in negotiatoribus, in aliis semis. Quod si navigat periculo creditoris, recipit infinitas usuras hoc iure, at constitutione Justiniani non nisi centesimas. At finito periculo non debetur fenus majus centesima, id est, legitima usura, Novella 106. CUIACIUS, J., *Tomus septimus vel quarti operum postumorum, quae de jure reliqua, pars prior, sive ad diversos titulos Pandectarum Recitationes absolutissimae*, Neapoli, ex typ. Moriana, apud V. Pauria, 1758, cols. 864-865.

(363) PETRUS GREGORIUS, tholosano, *Syntagma iuris universi, atque legum pene omnium gentium, et rerum publicarum praecipuarum*, in tres partes digestum, in quo divini et humani iuris totius, naturali, ac nova methodo per gradus, ordineque, materia universalium et singularium, simulque iudicia explicantur, Coloniae Allobrogum, exc. Ph. Albert, 1611, p. 401: "Centesimae usurae lex renovata saepe. In quibus casibus permissa".

(364) Ut supra, D. 22, 2, 6. Paulus libro vigensimo quinto quaestionum.

(365) Ut supra, D. 45, 1, 122, 1. Scaevola libro vicensimo octavo digestorum.

(366) "Quamdiu periculum est creditoris, usurae exiguntur supra centesimam, et supra duplum, tanti est periculum creditoris, At haec poena nunquam est ultra centesimam usuram, nam debetur post discussum periculum. Post diem periculi stipulatus est creditor creditor usuram minorem centesima, quod deest huic stipulationi usque ad centesimam, supplebitur stipulatione operarum, hoc est, poenali. Verum non poterit stipulatio ope-

enim periculum aderat recte maior usura stipulari poterat. Cum autem post periculum poena sit, pro operis, et sumptibus servi simul cum debitore navigantis, et pecuniam nauticam sub usuris sua die recipientis, centesima excedi non potest, et sic procedit textus in l. penult. Ff. de naut. foen. (367) l. traiectionis 23 Ff. de obligationibus et act. (368) l. debitor 13 Ff. de negot. gestis (369) l. 3 & si servus

rarum excedere centesimam. Huc pertinet lex foenerator... Dedi tibi pecuniam foeneri, et accepi pignori merces quasdam, quae erant in ea navi, adjectum est, ut si illae merces non essent idoneae exsolvendae sorti, pignori esset id, quod superesset ex mercibus aliis impositis aliis navibus et propriis creditoribus obligatis. Navis periit, et merces, quae specialiter erant pignori obligatae. Quaero, an creditori liceat agere hypothecaria in id quod superest in aliis navibus quae supersunt? Respondeo: aut navis periit ante diem periculi, et tunc meum erit detrimentum, quia sortis petitionem non habeo, nec etiam petitionem hypothecarum quae supersunt. Verum si post diem periculi, habeo persecutionem hypothecarum non amissarum. Idem si ante diem illae merces vilius distractae sint, cum scilicet ageretur ut distraherentur, et ex illis aliae repararentur, quae in jus pignoris succedunt, dicta lege qui Romae, & Calimachus". CUIACIUS, J., *Tomus septimus vel quarti operum postumorum, quae de jure reliquia, pars prior, sive ad diversos titulos Pandectarum Recitationes absolutissimae*, Neapoli, ex typ. Moriana, apud V. Pauria, 1758, cols. 864-865.

(367) D. 22, 2, 8. Ulpianus libro septuagesimo septimo ad edictum. Servius ait pecuniae traiectionis poenam peti non posse, si per creditorem stetisset, quo minus eam intra certum tempus praestitutum accipiat.

(368) Ut supra, D. 44, 7, 23. Africanus libro septimo quaestionum.

(369) D. 3, 5, 12 (13). Paulus libro nono ad edictum. Debitor meus, qui mihi quinquaginta debebat, decessit: huius hereditatis curationem suscepi et impendi decem: deinde redacta ex venditione rei hereditariae centum in arca reposui: haec sine culpa mea perierunt. Quaesitum est, an ab herede, qui quandoque estisset, vel creditam pecuniam quinquaginta petere possem vel decem quae impendi. Iulianus scribit in eo verti quaestionem, ut animadvertamus, an iustam causam habuerim seponendorum centum: nam si debuerim et mihi et ceteris hereditariis creditoribus solvere, periculum non solum sexaginta, sed et reliquorum quadraginta me praestaturum, decem tamen quae impenderim retenturum, id est sola nonaginta restituenda. Si vero iusta causa fuerit, propter quam integra centum custodirentur, veluti si periculum erat, ne praedia in publicum committerentur, ne poena traiectionis pecuniae augeretur aut ex compromisso committeretur: non solum decem, quae in hereditaria negotia impenderim, sed etiam quinquaginta quae mihi debita sunt ab herede me consequi posse.

Ff. de peculio (370) l. 2 &ultimo Ff. quod cum eo (371), et ideo nec supra duplum exigitur usura cum communis iudicetur ex his, quae docuimus supra n. 10 ex l. cum quidam 17 Ff. de usuris (372) testatur Diorod. (sic) Sicul. libro 2 (373). Igitur committitur poena si per creditorem non steterit quominus solutio sua die fiat, et cum ex conventionem oriatur, etiam decedente debitore exigi potest l. ultima Ff. de naut. foen. (374) l. ad diem 77 Ff. de verborum oblig. (375)

(370) D. 15, 1, 3, 8. Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum. Si servus, cum se pro libero gereret, compromiserit, quaeritur, an de peculio actio ex poena compromissi quasi ex negotio gesto danda sit, sicuti traiecticiae pecuniae datur. Sed hoc et Nervae filio et mihi videtur verius ex compromisso servi non dandam de peculio actionem, quia nec si iudicio condemnetur servus, datur in eum actio.

(371) D. 14, 5, 2, 1. Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum. Sed si citra emancipationem sui iuris factus sit vel in adoptionem datus, deinde pater naturalis decesserit, item si quis ex minima parte sit institutos, aequissimum est causa cognita etiam in hunc dari actionem in id quod facere potest.

(372) Ut supra, D. 22, 1, 17. Paulus libro singulari de usuris.

(373) DIODORI SICULI, *Bibliothecae Historicae* 1, 79, 2: "Leges de commerciis a Bocchoride latas asserunt. His mandatur, ut si quis pecunias mutuo acceptis absque syngrapho se debere neget, interposito iuramento, a debito absolvatur: primum ideo ut iusiurandi religionem magnificantes deum revereantur... At per interventum syngraphae foenerantes, ultra duplum per usuram augere sortem vetabat et usuras de facultatibus duntaxat obaeratorum exigere, sed corpus in nexum ducere nullo modo concedebat", en DIODORI SICULI, *Bibliothecae Historicae libri XV, reliqui. Quibus accesserunt Eclogae, seu fragmenta ex libris auctoris, qui desiderantur*. Omnia ex interpretatione L. Rhodomani Cherusci, Hanoviae, typ. Wecheliani, apud haer. J. Aburri, 1611, pp. 80-81; DIODORO SICULO 1, 79, 2: "Las leyes sobre los contratos afirman que son de Bócoris. Establecen que a los prestatarios sin documentos, si afirman bajo juramento que no deben, se les libre del préstamo, en primer lugar de manera que, al tener los juramentos en gran consideración, reverencien a la divinidad... Y a los prestamistas con escrituras, les impedía hacer el principal más del doble mediante el interés". DIODORO DE SICILIA, *Biblioteca histórica*, libros I-III. introd., trad. y notas de F. Parreu Alasà, Madrid, Gredos, 2001, p. 288.

(374) Ut supra, D. 22, 2, 9. Labeo libro quinto Pithanon a Paulo epitomatorum.

(375) D. 45, 1, 77. Paulus libro quinquagensimo octavo ad edictum. Ad diem sub poena pecunia promissa et ante diem mortuo promissore committitur poena, licet non sit hereditas eius adita.

Docet idem Cuiacius emendationem nuper relatum refellens l. 5 Observat. c. 38 (376).

Núm. 18

Ex huc usque dictis satis apparet iure Caesareo maritimae usurae permissionem ob periculi pretium esse ita non suscepto periculo, nec usura ultra licitum modum permittatur l. 1 (377) l. 2 (378) l.

(376) "Explicatio & pro operis, l. 4 D. de nautico foenore. Quod scripsi quodam loco videri Tribonianum ex constitutione Justiniano ad Papinianum addidisse verbum Centesimae, in l. 4 D. de nautico foenore nunc mihi non placet, asseram vera, ni fallor, et nondum prodita. In diem praefinitum periculo creditor nauticae pecuniae immensam usuram paciscebatur vel stipulabatur: post eum diem non nisi centesimam in menses singulos stipulabatur, quae legitima erat usura: vel si leviozem, quod huic stipulationi usurariae deerat, poenali supplebatur... Poenalem voco stipulationem operarum collatam in dies singulos, id est, pro operis et sumptibus servi aut liberti simul cum debitore navigantis, et pecuniam nauticam sua die cum usuris repetentis... Sic poena ab usura distingui, eamque poenam non nisi post diem periculi committi et praestari constituendum est, et sive post eam diem usuram tantum sive poenam, sive utrumque creditor stipulatus fuerit, utriusque rationem ita iniri oportere, ut utrumque nec centesimam excedat, nec duplum: et hoc est quod Papinianus ait in d. lege 4... eam scilicet poenam, quae post diem periculi ob servi operas debetur, nec supra centesimam, nec supra duplum deberi: nimirum quia post diem periculi praestatur. Quandiu vero periculum est creditoris, infinitae usurae, id est, etiam supra centesimam vel supra duplum ex pacto debentur: tanti est susceptio periculi. Quod ergo Papinianus ait, Centesimae, non est ex jure novo, vel specie quadam ei proposita, sed generale, merumque jus vetur. Ne autem usurae communes exigantur supra duplum, non Romanorum tantum, sed et Aegyptiorum vetus lex est, quam Diodorus Siculus scribit libro 2... Et ad id duplum respexisse opinor Suetonium, dum Augustum scribit pecuniae usum gratuitum indulsisse iis, qui cavere potuissent in dublum. At in lege cum quidam... haec verba, usque ad tertiam centesimae, affirmamus Triboniani esse, quibus significantur trientes usurae, Gracorum more... et vero sunt ejes & verba ex rescripto quodam D. Pii, quod aliis verbis relatum est in l. si legatum... Tribonianus ut erat in eo opere non tam diligens et accuratus, quam se impudenter profitetur esse, saepissime quod uno in loco mutabat, non mutabat in alio..." CUIACIUS, J., *Observationum et emendationum*, en Tomus tertius operum priorum, quo de jure fecit, sive *Observationum libri XXVIII*, Neapoli, ex typ. Moriana, apud V. Pauria, 1758, cols. 136-237.

(377) Ut supra, C. Iust. 4, 32, 2 (1). Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Scribonio Honorato. Año 286.

(378) Ut supra, C. Iust. 4, 32, 3 (2). Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Aureliae Cosmianae. Año 286.

ult.C. de naut. foen. (379) Restat tamen scire, an iure nostro Canonico, quo attento ex his, quae tradita sunt n. 2 cum seqq. omnis usura prohibita est saltem propter periculi pretium aliquid lucri percipere liceat et resolvendum est. Semper id quod interest in consideratione esse ut aliquid lucri iusta compensatione producat ex doctrina textus in capite 2 de foeadis (380). Quare usurae, quas vocant// (fol. 287r) compensatorias permissae sunt, ut testantur Panormitanus (381) et alij in c. conqnaestus de usuris (382): glos.

(379) Ut supra, C. Iust. 4, 32, 5 (4). Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Pullio Luliano Eucharisto. Año 294.

(380) X 3.20.2. Ponit tres casus, in quibus, non obstante iuramento de non ifeudando, potest episcopus antiquum feudum ad ecclesiam reversum novo vasallo concedere. Hoc dicit et est casus notabilis, interpretans iuramentum de alienando. Innocentius III Mediolanensi Archiepiscopo. Ex parte tua nostro est apostolatui reseratum, quod saepius dubitasti, utrum, quum contingit vasallum tuum decedere, et ad te feudum ipsius redire, feudum eius alij liceat tibi dare, quamvis iuramento tenearis adstrictus non infeudare de novo Romano Pontifice inconsulto. Ad haec, si vasallum tuum feudum alienare contingat, an ipsius filium vel consanguineum eiusdem feudi consortem de ipso valeas investire. Alia quoque tua dubitatio continebat, ut, quum feudum alienatum repereris, quod per te facile recuperare non potes, utrum possis alicui laico in feudum illud concedere, qui et illud recuperet, et in feudum per ecclesiam recognoscat. In primo ergo casu feudum decedentis libere, si videris expedire, concedas, atque in secundo filium vel consanguineum alienantis investiens, in tertio feudum alienatum poteris ei licenter concedere, per quem ipsa ecclesia valeat rehabere. Dat. Ferentini X Kal. Nov. Pont. Nostr. Anno XI. 1208.

(381) TUDESCHI, N., Abbatis Panormitani, *Commentaria... in quartum et quintum Decretalium libros*, t. VII (nueve vols.), Venetiis 1591, fol. 156rv: "Casus in quibus non committitur usura ultra sortem accipiendo... idem esse in mutuante, ut si debitor non solvit in termino. Non possit haberi post terminum respectus ad lucrum cessans, dummodo non sit talis persona, quae verisimiliter iuste fuisset lucratus, et habebit aestimare hoc iudex... et hoc tene perpetuo menti, ut sic etiam de iure canonico possit peti aliquid ultra sortem ratione interesse non solum damni contingentis, sed etiam lucri cessantis".

(382) X 5.19.8. Fructus rei pignotatae computari debent in sortem, et excipit unum casum. Alexander III Abatti et Fratribus S. Laurentii. Conquestus est nobis C. clericus praesentium lator, quod, licet de quadam terra, quam pater suus vobis obligavit, sortem vestram deductis expensis receperitis, terram tamen ipsam non sine derogatione vestrae salutis, honestatis et famae nihilominus detinetis. Inde est, quod Discretionis vestrae per apostolica scripta praecipiendo mandamus, quatenus, si terram ipsam titulo pignoris

et doctores in l. 2 (383) c. eodem quia quidquid ultra sortem percipitur non ex ratione mutui descendit, sed ratione periculi. Quippe periculum, quod creditor subiit in traiectione pecunia est praetio aestimabile quia et licet transacto periculo nullum damnum patiatur, tamen quod accepit non pro actuali damno sed pro periculo damni, cui se exponit, consequetur, quondam malitiam usurae, et prohibitionem tollet cum susceptum non ob lucrum, sed ob id, quod interest permissum est iure nostro c. praeterea 7 (384) c. consequutus (sic) 8 (385) de usur. c. ad nostram de iure iurando (386). Cuiacius in c. 7 de foed. (387). Julius Patius in Isagoge ad titulum de usuris

detinetis, et de fructibus eius sortem vestram recepistis, praedictam terram clerico memorato dilatione et appellatione cessante reddatis, et in pace et quiete dimittatis, nisi forte terra ipsa de feudo sit monasterii vestri.

(383) X 5.19.2. Idem in effectu dicit cum praecedenti cap., sed addit tacite idem esse in laicis. Nam in praecedenti capite tantum fuit facta mentio de clericis. Alexander III Cantuariensi Archiepiscopo et eius suffraganeis. Quoniam non solum viris ecclesiasticis, sed etiam quibuslibet aliis periculosum est usurarum lucris intendere, auctoritate tibi praesentium duximus iniungendum, ut eos, qui de possessionibus vel arboribus, quas tenere in pignore noscuntur, sortem suam deductis expensas inde iam receperunt, ad eadem pignora restituenda sine usurarum exactione ecclesiastica distractione compellas.

(384) X 5.19.7. Usurarius monitus, non desistens, si clericus est, ab officio et beneficio suspenditur; si laicus, excommunicatur. Praeterea parochianis tuis usuras recipere omnibus modis interdicas, quia usurarum crimen utriusque testamenti pagina detestatur. Quia si monitis vestris parere contempserint, si clerici sint, eos ab officio beneficioque suspendas; si vero laici fuerint, usque ad dignam satisfactionem ipsos vinculo excommunicationis adstringas.

(385) Ut supra, X 5.19.8. Fructus rei pignorate computari debent in sortem, et excipit unum casum.

(386) X 2.24. 7. Debitor, qui iuravit, creditori nullum gravamen super re pignorate inferre, donec solverit debitum, non auditur repetens pignus, volendo compensare fructus in sortem; sed debet prius debitum integraliter solvere, et demum rem cum fructibus inde perceptis exposcere. Hoc dicit et est casus notabilis. Alexander III Rothomagensi Archiepiscopo et eius suffraganeis.

(387) CUIACIUS, J., *De feudis libri V, quorum primus est G. Nigri, secundus et tertius O. de Orto, aucti, ementati atque etiam explicati studio et diligentia...*, Montis Regali, apud A. Farinam, 1567; id., *De feudis libri quinque*, en *Opera omnia*, tomus secundus operum priorum, Neapoli, ex typ. Moriana, apud V. Pauria, 1758.

in Decretali (388). Quam sententiam ut pote certissimam resolvunt Azor 3 p. Instit. moral. lib. 5 c. 6 q. 1 (389) Salas tractatu de usuris dubio 22 n. 3 (390) Medina de restitut. q. 38 (391). Silvester verbo usura 1 q. 35 (392). Emanus. verbo mutuum n. 2. Revel. 2 p. de

(388) PACIUS, Iu., *Isagogicorum in Institutiones imperiales, libri IV. Digesta, seu Pandectas, libri L. Codicem, libri XII, Decretales, libri V*, ed. novis., Lugduni 1643, pp. 664-665: "Interesse non solum iure civili peti potest, sed etiam iure canonico... proinde usurae compensatoriae hoc iure permittuntur... eatenus igitur permittuntur, quatenus interest. sed quia eius quod interest, difficilis est probatio, ius civile huius difficultatis tollendae, et litium minuendarum gratia permisit certas usuras loco eius quod interest: quarum usurarum obligatione constituta, non habetur amplius ratio eius quod interest, sed quaeritur duntaxat, quantum promissum sit, dummodo non sit promissum ultra quantitatem iure definitam. Ius vero canonicum ad conscientiam respiciens, et ut turpe lucrum prohibeat, non admittit certam quantitatem usurarum: sed eas eatenus sustinet, quatenus creditoris interest non carere sua pecunia. Itaque neutrum ius ratione caret. Qui vero usuras iure civili permissas exigit, contra ius canonicum non peccat, neque usurarius hoc iure dicitur nisi plus exigit, quam sua intersit. Nota secundo usuram hic accipi pro quocumque lucro sorti accedente"; vid. PACE, G., *Ad librum quartum Codicis, De contractibus et rebus creditis seu De obligationibus quae re contrahuntur et earum accessionibus... commentarius*, Heidelbergae 1603.

(389) AZOR, J., S. I., *Institutionum moralium, in quibus universae quaestiones ad conscientiam... tractantur*, t. I, ed. postrema a mendis expurgata, Lugduni, sumpt. Iac. Cardon et P. Cavellat, 1625, cols. 375-376.

(390) SALAS, J. de, *Commentarium in secundam secundae D. Thomae de contractibus*, Lugduni 1617. Cf. Id., *In primam secundae Divi Thomae*, Barcinone 1619; id., *Tractatus de legibus in primam secundae Sancti Thomae*, Lugduni, apud L. Durand, 1611.

(391) MEDINA, Io., *De restitutione et contractibus tractatus*, Salmanticae, exc. A. de Portonariis, 1550, fols. 129r-130r: "In quibus casibus licitum est mutuante ultra sortem recipere... secunda causa est interesse ipsius mutantis. Est autem interesse iusta utilitas hominis, habita, vel habenda. Unde duplex est interesse, scilicet, damni emergentis et lucri cessantis".

(392) MAZZOLINI, S., *Sylvestrinae Summae, quae Summa summarum merito nuncupatur, pars prima-secunda, ab reverendo patre Sylvestro Priore...*, Lugduni, apud G. Rovillium, 1553, pp. 502-536.

iustitia et iure lib. 8 q. 2 (393). Bonacina de contract. disp. 3 q. 3 puncto 5 (394). Covarrubias lib. 3 Variarum c. 1 n. 4 (395).

Núm. 19

Magna tamen oritur difficultas adversus hanc resolutionem ex Gregorio IX decisione in c. naviganti de usuris (396) ubi creditor pecuniam mutuans naviganti, vel eunti ad nundinas in se periculum suscipiens si quid ultra sortem recipiat, usurarius iudicat. Ex qua decisione apparet neque propter periculum permissum esse usuram compensatoriam: cuius textus difficultas, adeo gravis visa est doctoribus ut omnes/ fere antiquiores resolverint hoc Gregoriano canone omnes Caesareas leges sublatas esse; sed merito haec sententia reiicienda est ex proxime dictis, iunctis traditis a Cobarrubia libro

(393) REBELLO, F., S. I., *Opus de obligationibus iustitiae, religionis et caritatis*, Lugduni, sumpt. H. Cardon, 1608, pp. 576-579: "An usura sit licita?"

(394) BONACINA, M., mediolanensis, *Operum de Morali Theologia et omnibus conscientiae nodis, in tres tomos distributorum, tomus secundus: In quo de legibus, deque Decalogi et Ecclesiae praeceptis, itemque de Restitutione et contractibus accurate disseritur*, Lugduni, sumpt. L. Anisson, 1646, p. 523: "An liceat aliquid in mutuo accipere ob labores, expensas, et diligentias factas pro mutuuario".

(395) COVARRUBIAS Y LEYVA, D. de, *Variarum ex Iure Pontificio, Regio et Caesareo resolutionum*, lib. II, cap. II, n. 4, en *Opera omnia*, in duos divisa tomos, t. II, Lugduni, sumpt. Ph. Tinghi, 1574, pp. 232 y 235: "Poterit nihilominus ea pactio valere, modo subeunti periculum, vel ex ipso lucro maior pars cedat, vel aliunde merces suscepti periculi detur. Tertia conclusio. Potest licite dari pecunia alteri, ut per eum adhibita industria quaestuarium ars exerceatur: ita contracta societate, quod pecunia salva sit, eiusque periculum ad mercatorem pertinet, lucrum tamen, quod alioqui aequis portionibus commune foret, maiori ex parte ad subeuntem pecuniae periculum spectet, quasi ea pars lucri, quae dimidiam excedit iustum sit arbitrio boni viri pretium subeundi periculi..."

(396) Ut supra, X 5.19.19. Usurarius est, qui a debitore recipit aliquid ultra sortem, etiamsi suscipiat in se periculum. Hoc dicit primo. Non est usurarius emptor rei minus iusto pretio, si tunc verisimiliter dubitetur, an tempore solutionis plus vel minus sit res valitura. Hoc dicit secundo. Propter dubium excusatur is, qui ex eo, quod differt solutionem pretil, vendit rem plus, quam valeat, si non erat eam alias venditurus. Hoc dicit tertio. Gregorius IX. Fratri R.

3 Variarum c. 2 n. 5 (397). Unde Paris de contract. q. 3 (398) et Adrianus in tractatu de usuris (399) existimant Pontificem Gregorium loqui cum vani periculi occasio proponitur, ut eo colore, quaesito creditore aliquid ultra sortem lucretur, cum nullum subeat periculum. A qua sententia non procul abesse videtur. Navarrus in Manuali c. 7 n. 284 (400), et Consilio 21 titulo de usuris (401). Caeterum Faquineus

(397) COVARRUBIAS Y LEYVA, D. de, *Variarum ex Iure Pontificio, Regio et Caesareo resolutionum*, lib. II, cap. II, n. 5, en *Opera omnia*, in duos divisa tomos, t. II, Lugduni, sumpt. Ph. Tinghi, 1574, pp. 232 y 235-237: "Nauticum foenus etiam iure Pontificio licitum est et inibi late expenditur interpretatio capite Naviganti de usuris".

(398) PARISIO, FL., *De confidentia beneficii prohibita, tractatus, in quo plene explicantur constitutiones Pij Quarti et Pij Quinti Summorum Pontificum ad hoc editae*, Tolosae, apud D. Bosc., 1616, pp. 124-128: usura an sit prohibita de iure civili et usura est prohibita ex utroque testamento, q. 26 (36).

(399) HADRIANI FLORENTII, traiectensis, HADRIANUS, PP. VI, *Quaestiones in quartum sententiarum, praesertim circa Sacramenta*, Parisiis 1518: Pro Sacramento Poenitentiae, de restitutione, fols. 36r-41v; id., *Disputationes in quartum sententiarum, praesertim circa sacramenta*, Romae, ex of. M. Silber, 1522.

(400) AZPILCUETA, M. de, doctor Navarro, *Enchiridion sive Manuale confessoriorum et poenitentium*, Lugduni, apud G. Rovillium, 1587, pp. 446-447: "Mutuum quovis cum pacto, ut mutuans assecurat usura... Mutuare alicui pecuniam traiciendam per loca periculosa, eo pacto, ut mutuarius faciat eam assecurare a mutuante, accepto in id aliquo pretio, est pretium usurae: quia ultra sortem quaeritur mutuanti obligatio, ut assecuratur ab eo pretio aliquo accepto. Et quod secundus intellectus est, quod mutuans pecuniam traiciendam per loca periculosa, suscipiendo periculum in se ob aliquod pretium est censendus usurarius, Cuius statuendi ratio nova, et germana redditur, per quam monstratur, non fuisse Gregorio animum reprehendendi assecurationes; quas quotidie in magnam Reipublicam utilitatem fieri videmus: sed neque declarare, quod mutuare cum pacto, ut mutuarius teneatur facere assecurari per mutuantem, sit usura: quia hoc indubium erat, et indignum, ut tanta opera declararetur, neque fuisse animum decernendi esse vere peccatum usurae, mutuare suscipiendo periculum in se, et asecurando pretio iusto ei, qui vere vult pecuniam per loca periculosa traicere, et vere vult eam sibi assecurari iusto pretio... non dicit, eum, qui hoc faceret, esse usurarium: sed censendum, hoc est praesumendum esse usurarium. Quae provisio digna fuit sanctitate et eruditione Gregorii IX et firmatur ratione praedicta".

(401) AZPILCUETA, M. de, doctor Navarrus, *Consiliorum et responsorum libri quinque: iuxta quinque libros et titulos Decretalium distincti*, Lugduni,

I. 2 Controversiarum c. 48 (402). Paul. Layra. 3 p. tractatu 4 c. 16 n. 14 (403). dicunt negativam esse adhibendam huiusmodi decisioni, quasi legendum sit, usurarius non est censendus.

Núm. 20

Omissis tamen his et alijs solutionibus vere respondendum est eas usuras iure canonico permissas esse, quae compensatoriae sint eius quod interest creditoris, quas propter incertitudinem ius civile certas assignavit. Unde statim, ac iusta aestimatio periculi exceditur omne id lucrum in speciem usurae prohibitae cadit: ergo sensus Gregorij est mutuantem pecuniam naviganti, vel eunti ad nundinas, si recipiet propter periculum a se susceptum ultra sortem, quid, quod excedat iustam periculi aestimationem esse iudicandum usurarium, idque in ea specie apparet, quae proponitur a Gregorio IX

apud haer. G. Rovillii, 1591, pp. 541-542: "Usura non est capere aliquid ultra id, quod sub periculo datur... dans aliquid alteri et accipiens aliquid ultra id, quod dat ad periculum subeundum, non contrahit usuram, ut post alios respondit Decius, in consilio 123, quem nos quoque secuti fuimus in commentario de usuris, numero 128 quaestione 45 illa firma ratione, quod nihil accipit is vi mutui expressi, nec taciti, sed vi alterius contractus innominati donantis sub modo, vel recipientis aliquid ob periculum subeundum: quod licite potest capi, et per tradita a nobis latius in capite naviganti (per leges 1 et 2 C. de nautico foenore), et in Manuali, de usuris cap. 17, numero 285".

(402) FACHINAEUS, A., *Controversiarum opus in quatuor tomos sectum, quorum primus complectitur libros I, II. III. secundus IV. V. VI. tertius VII. VIII. IX. quartus X. XI. XII. XIII*, ed. post. Lugduni 1609, cols. 318-321: Proponuntur duae controversiae, circa Pontificis responsum, in cap. Naviganti de usuris.

(403) Probablemente se refiera al jesuita LAYMAN, P., S. I., *Theologia moralis in V libros partita*, Lutetia Parisiorum, sumpt. P. Billiane, 1630; id., *Theologia moralis in V libros partita... cui adiecimus Quaestiones canonicae eiusdem auctoris*, Venetiis, apud Guerillos, 1651; id., *Theologia moralis quinque libros complectens*, ed. novis., 3 vols., Lugduni, sumpt. Hier. de la Garde, 1664; ibid., 5 vols., Lugduni, sumpt. I. B. Bourlier et L. Aubin, 1674.

scilicet// (fol. 288r) quando genus usurarum scelestissimum exercebatur cum mutua pecunia, eunti ad nundinas dabatur cum singulis 4 nundinis Lugdonensibus quindecim pro centum exigebant argentarij, ut ex Ligonio refert Petrus Gregorius lib. 24 Syntag. c. 47 (404) cum usura abest recte admittitur lucrum. in eodem c. naviganti in 2, et 3 vers. propter incertitudinem pretij olei, vini, et frumenti, in quo aequaliter expectat commodum, vel incommodum, tam emptori, quam venditori (405) I. penultima C. de solution. (406) nisi alias tunc fuerat venditurus pro minori qui plus emit vel recipit, eo quod alio termino fiat solutio. Nam eo casu usurarius erit iudicandus textus sic intelligendus in c. civitate de usuris (407)

(404) PETRUS GREGORIUS, tholosano, *Syntagma iuris universi, atque legum pene omnium gentium, et rerum publicarum praecipuarum*, in tres partes digestum, in quo divini et humani iuris totius, naturali, ac nova methodo per gradus, ordineque, materia universalium et singularium, simulque iudicia explicantur, Coloniae Allobrogum, exc. Ph. Albert, 1611, p. 398: "Usurae gallico iure prohibita cum poena. Usurae nundinales Gallicae": lib. XXII, cap. 3, n. 16, n. 17. Foeneratores magis, quam fures puniti".

(405) X 5, 19, 1. Gregorius IX Fratri R... Ille quoque qui dat X solidos, ut alio tempore totidem sibi grani, vini vel olei mensurae reddantur, quae licet tunc plus valeant, utrum plus vel minus solutionis tempore fuerint valiturae, verisimiliter dubitatur, non debet ex hoc usurarius reputari. Ratione huius dubii etiam excusatur, qui pannos, granum, vinum, oleum vel alias merces vendit, ut amplius, quam tunc valeant, in certo termino recipiat pro eisdem; si tamen ea tempore contractus no fuerat venditurus.

(406) C. Iust. 8, 42, 24. Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Rufino. Cum pro pecunia quam acceperas secundum placitum Evandro te fundum dedisse profitearis, eius industriam vel eventum meliorem tibi, non ipsi prodesse, contrarium non postulaturus, si minoris distraxisset, non iusta petis. S. VII k. Ian. Nicomediae CC. cons. (año 294).

(407) X 5.19.6. Vendens rem plus, quam valeat, quia solutionem differt, peccat, nisi dubium sit, an tempore solutionis erit valor rei variatus, et venditor non erat venditurus tempore, quo vendidit. Hoc dicit secundum communem intellectum. Alexander III Genuensi Archiepiscopo. In civitate tua dicis saepe contingere, quod, quum quidam piper, seu cinamomum, seu alias merces comparant, quae tunc ultra quinque libras non valent, et promittunt per publicum instrumentum, se illis, a quibus illas merces accipiunt, sex libras statuto termino soluturos. Licet autem contractus huiusmodi ex tali forma non possit censi nomine usurarum, nihilominus tamen venditores peccatum incurrunt, nisi dubium sit, merces illas plus minusve solutionis tempore valituras. Et ideo cives tui saluti suae bene consulerent, si a tali contractu cessarent, quum cogitationes hominum omnipotenti Deo nequeant occultari.

docent glosa (408) et Panormitanus (409) in d. c. final (410). Coba-

(408) "Casus:... Secundo ponit aliam quaestionem: Ecce aliquis dat decem solidos, ut alio tempore recipiat totidem mensuras vini, olei, vel frumenti, quae tunc plus valent: quaeritur, utrum iste sit usurarius censendus: respondet Papa. Si dubium sit utrum plus vel minus sint valiturae tempore solutionis, non debet propter hoc usurarius reputari: et ita propter dubium excusatur. Tertio ponitur alia quaestio. Ecce aliquis vendit pannos, granum, vinum, vel alias merces, ut amplius recipiat termino constituto, quanto valeant tempore venditionis: quaeritur, utrum iste usurarius sit censendus? Respondet Papa quod iste etiam ratione Dubai excusatur ab usura, dummodo merces suas tempore contractus non fuerat venditurus. Notat quod mutuans pecuniam mercatori, ut aliquid ultra sortem recipiat, pro usurario habetur: liceo periculum pecuniae in se suscipiat: et sic nota, quod non admittitur compensatio in usuris. Item non solum abstinendum est a malo: immo a specie mali. Item dubia in meliorem partem sunt interpretanda. Item ratione Dubai excusatur quis ab usura. Item non quodcunque dubium excusat ab usura, sed quando probabiliter dubitari potest. Periculum: quia iste recipiebat in se periculum, videbatur quod quasi quadam compensatione licite aliquid ultra sortem recipere posset: quia periculum pecuniae mutuatae pertinebat ad debitorem, cum sua facta fuisset: sed nihilominus est usurarius, cum excedat naturam mutui: ut dictum est super eodem conquesitus. Quia si nullum periculum sequutum fuit, et aliquid ultra sortem recepit, illud fuit usura: quia cum sit hincinde mutuum, nihil inde sperare debet, iuxta illud: date mutuum, nihil inde sperantes. Super eodem Consult. 14. 1. 3 per totum. Et nulla compensatio sive dispensatio admitti debet ut usura exigatur super eodem Super eo. Ergo sive recipiat in se periculum, sive non, nihil ultra sortem recipere debet. Verisimiliter dubitatur: Ergo si certum esset, quod tempore solutionis plus valerent, usurarius est censendus... et ita propter dubium excusatur: quia tam emptor quam venditor aequaliter commodum et incommodum ex dilatione expectat... Sed contra videtur, quod potius in tali dubio abstinendum esset a talibus contractibus propter periculum... Quandoque enim aliqui fingunt se dubitare, ubi dubitatio non est: tamen reliquendi sunt in talibus conscientiae suae... Tempore non fuerat venditurus: alias non excusatur: quia si tunc fuerat venditurus pro minori, et ex certa scientia plus recipiat alio termino, usura est. Et sic intellige super eodem In civitate, u tibi etiam dixi". *Decretales D. Gregorii Papae IX: suae integritati una cum glossis restitutae*, Romae, in aed. Populi Romani, 1582, col. 1745.

(409) TUDESCHI, N., Abbatis Panormitani, *Commentaria... in quartum et quintum Decretalium libros*, t. VII (nueve vols.), Venetiis 1591, fols. 150r-151v.

(410) X 5.19.19. Usurarius est, qui a debitore recipit aliquid ultra sortem, etiamsi suscipiat in se periculum. Hoc dicit primo. Non est usurarius emptor rei minus iusto pretio, si tunc verisimiliter dubitetur, an tempore

rubias in c. quamvis pactum in principio (411). Joannes Gutierrez lib. 1 Canonic. c. 39 (412).

His (auditores ornatissimi) pro temporis angustia delibatis contentos vos gliscit animus, ac equidem certos, quid in re adeo gravi, pro cuius elucidatione tot ac tanti viri de utroque iure meritissimi, pro viribus desudarunt si quid marte proprio pace omnium dixerim interpretari ausus fuero. Id omne censurae vestrae submisce, ac humanitati, qua me devinctum fateor. Lubens adolvisse gloriabor.

Ad laudem Cunctipotentis Dei cuius sapientia et fortitudo".

BUS. Manuscrito misceláneo. Sign. A330-068, fols. 276r-288r

solutionis plus vel minus sit res valitura. Hoc dicit secundo. Propter dubium excusatur is, qui ex eo, quod differt solutionem pretii, vendit rem plus, quam valeat, si non erat eam alias venditurus. Hoc dicit tertio. Gregorius IX. Fratri R., ut supra.,

(411) COVARRUBIAS Y LEYVA, D. de, *Constitutionis secundae ex rubrica de pactis libro VI, cuius initium Quamvis pactum inscribitur, non inutilis interpretatio*, secundae partis relectio, & tertius, n. 1, en *Opera omnia*, in duos divisa tomos, t. I, Lugduni, sumpt. Ph. Tinghi, 1574, p. 325: "Contractus a lege in odium creditoris prohibitus minime confirmatur iuramento: liceo ipsum iuramentum servandum sit. Nam si quis usuras solvere creditori promiserit, in cuius odium ratione naturali usurae prohibentur, et denique iuraverit, solvere tenetur: liceo ex iuramento contractus minime fuerit confirmatus... Contractus nequaquam iuramen to confirmatur, quoties is prohibitus fuerit favore debitoris, concepta tamen prohibitione in personam creditoris, cuius rei exemplum sit, si lex ita prohibuerit.

(412) GUTIÉRREZ, J., iurisconsulti praeclarissimi, hispani, canonici doctoralis almae ecclesiae Civitatensis et advocati placentini, *Canonicarum Quaestionum, utriusque fori, tam exterioris quam interioris animae, libri duo, cum eiusdem Repetitionum, Allegationum, et Consiliorum volumine uno*, in quibus multae Quaestiones in praxi admodum utiles continentur, Antuerpiae, apud P. et Io. Belleros, 1618, pp. 194-204.

REVITALIZACIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

Rafael Corral Martínez

Notario

Resumen: El matrimonio es un espacio intersubjetivo; en lo personal se ejercen allí Derechos fundamentales inevitablemente cooperativos y en lo público se implementan funciones públicas familiares que son delegadas en las personas y en sus actos de vida, entrelazando funcionalidad pública con planes vitales y proyectos de felicidad. El contenido mínimo tasado para el matrimonio en el CC deja a la libertad de los contrayentes una muy extensa zona para el acoplamiento de sus respectivos proyectos, planes, ejercicios de desarrollo de personalidad, búsqueda de felicidad, éticas individuales y morales subgrupales, todo ello en relación con Derechos fundamentales: afectividad, fundación de familia, libertad reproductiva, etc. Sin negocio jurídico y sin vínculo el ejercicio y disfrute de estos Derechos fundamentales cooperativos se convierten en una apuesta arriesgada y sin ninguna clase de cobertura, ello a pesar de que jurídicamente en el matrimonio se entrega la persona en sí misma considerada, en su totalidad, (aun a pesar del divorcio repudio). En este artículo se intenta construir una sustancia negocial personalista matrimonial para dotar de confiabilidad y seguridad jurídica a los contrayentes desde la perspectiva del artículo 10 CE, todo lo cual precisa de una revitalización del carácter vincular del matrimonio con base en su naturaleza de negocio jurídico personal. Ello permitirá: 1) advertir y evitar que sean infligidos injustamente costes de oportunidad irre recuperables y 2) permitir que exista un pluralismo matrimonial con diferentes grados vinculares y no una normalización *ex lege* en el escalón inferior.

SUMARIO

1. NEGOCIO PERSONAL Y NEGOCIO PATRIMONIAL
 - 1.1. Recontractualización de sedes personales y juridicidad consecuencial
 - 1.1.1. Multiafectación del negocio personal
 - 1.1.2. Costes de oportunidad
 - 1.2. Revitalización matrimonial mediante negocios personales
 - 1.2.1. *Ius connubii*
2. PACTO DE INDISOLUBILIDAD PURO
 - 2.1. Posiciones doctrinales
 - 2.2. Paralelismo con la constitución heterónoma de unión no matrimonial
 - 2.3. Pacto de indisolubilidad y libertad convencional
 - 2.3.1. Pacto de indisolubilidad y normalización moral darwinista
 - 2.4. Poligamia y poliginia
 - 2.4.1. Impedimento de vínculo
 - 2.5. Derechos y libertades del cónyuge divorcista
 - 2.5.1. Pérdida de beneficios sociales
 - 2.5.2. Inconstitucionalidad de pensiones de viudedad
 - 2.6. Derechos del recíproco no divorcista
3. MODALIZACIÓN CONVENCIONAL DE LA DISOLUCIÓN A TRAVÉS DE LA DOCTRINA DEL DAÑO INJUSTO
 - 3.1. Requisitos generales
 - 3.2. Realidad del daño
 - 3.2.1. Posibilidad de daño cuando no es traducible a dinero
 - 3.3. Injusticia del daño
 - 3.4. Imputación
 - 3.5. La cuestión como distribución de riesgos
 - 3.6. Imposibilidad de la relación social, íntima o amistosa
 - 3.7. Posibilidad de indemnizar por el ejercicio de un Derecho fundamental
 - 3.7.1. El artículo 5.2 LTRHA
 - 3.8. Responsabilidad objetiva por mala fe en sede personal
 - 3.9. Valor y significado de pactos sobre la acción divorcista

BIBLIOGRAFÍA

1. NEGOCIO PERSONAL Y NEGOCIO PATRIMONIAL

IHERING señalaba: "Es inconcebible que en el actual derecho moderno se sostenga que toda obligación debe tener un valor patrimonial. Es esta una teoría errónea, pues... ¿Cómo ocultar realidades como los contratos matrimoniales, como los actos de filiación?" (1) Ello constituye una llamada de atención sobre la existencia de vida jurídica fuera de la sede materialista, vida que habrá de ser construida y percibida de acuerdo con su propia esencia.

Es indudable que el ámbito personal y el Derecho de la persona no pueden presentar libertad en el mismo sentido que la autonomía patrimonial, so pena de convertir lo íntimo y personal en contractual y de transformar en economicista y pactista al amor. Ello enfrenta al Derecho con un imposible jurídico, la juridificación de emociones y sentimientos y la ininteligible coerción de su producción en un alma. [DE CASTRO Y BRAVO, ROCA TRÍAS, FLUME (2)].

Estas consideraciones conducen a que en sede personal exista, en principio, la negación del acto propio, la reversibilidad de consentimientos o permanente actualidad de voluntad y, en consecuencia, la ausencia de justicialidad directa y específica *ex conventione*. Aun en el caso de existir un pacto o convenio personal, una actuación jurisdiccional sobre la conducta de alguno de los implicados no procedería de la fuerza convencional sino de la naturaleza absoluta de los derechos fundamentales concernidos (3), la cual produce directamente y *per se* prescripción moral y jurídica, (*Drittwirkung* directa), derechos fundamentales con los que se liga, (más o menos nuclear o lejanísimamente), todo derecho personal. Lo que alegraría el ac-

(1) IHERING, R., GONZÁLEZ POSADA, A., traductor, *3 estudios jurídicos, del interés en los contratos, la posesión, lucha por el derecho*; ed. Atalaya, Buenos Aires-1947, p. 9.

(2) DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, ed. Civitas, Madrid-1985, p. ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, en Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico. Modelos Familiares, Volumen 2, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 48-72, en concreto p. 63; FLUME, W., *El negocio jurídico*, ed. Fundación Cultural del Notariado, traducción de MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., y GÓMEZ CALLE, E., Madrid-1996, p. 115.

(3) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, 4.ª edición, Editorial Colex, Majadahonda, Madrid-2013, p. 553.

tor ante el Juez civil no sería el pacto mismo sino, directamente, el Derecho fundamental de que se trate. Si el Juez coincide con lo previsto en el convenio es porque acertó con la mejor co-articulación u optimización posible. En su caso, las limitaciones del Juez civil por el *petitum* desaparecen si el demandado reconviene con base en un derecho de libertad personal, (siempre activado cuando se solicite ejecución de un convenio personal, lo que demuestra cómo no existe la libertad de perder la libertad como bien privado o cuestión interpersonal), o invocando ser lesivo el convenio para el Derecho fundamental suyo que fue objeto de la cohonestación convencional.

Por ello no son los pactos específicos, (que estarán en principio sujetos a reversibilidad y revisión judicial), sino las cláusulas de resarcimiento o reparación por lesiones, daños o costes de oportunidad, (cuando se produzca un ejercicio de libertad injusto), los que podrán otorgar aquí un instrumento para que las partes disciplinen, (siquiera indirectamente), sus conductas futuras, salvo: 1. que se haga imposible el ejercicio de la libertad ajena por la desproporción entre indemnización y capacidad económica del dañador o 2. que sea enormemente desproporcionada la protección del acreedor frente al condenado, (intensidad). (4)

Cuando se aplica en este punto una indemnización su fuente no es propiamente convencional, pues reprimir la injusticia del daño en la sede personal es un principio y objetivo público indisponible en la medida de equilibrio institucional y razonabilidad que el contrato social señale. Pero la fuente convencional puede ayudar a detectar y calificar la razonabilidad del daño y de la indemnización, la injusticia o abuso en el desprecio de protocolos de evitación expresamente señalados y la manifestación de la conciencia de los concernidos de existir ciertos bienes e intereses personales e iusfundamentales activados y puestos en riesgo en concreto en la situación que les ocupa. Con tal instrumento indirecto y económico puede llegar a disciplinarse o introducir un principio normativo en la relación personal, siquiera exista siempre una tensión entre 1. la utilización de esta posibilidad normativa indirecta interpersonal indemnizatoria, 2. la facultad moderadora general de la jurisdicción en este punto, (1154

(4) ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Autonomía privada y derechos fundamentales*, en Anuario de Derecho Civil, Tomo XLVI, 1993-1, ed. Ministerio de Justicia, Madrid-1993, pp. 57-122, en concreto p. 105.

CC), y 3) las prescripciones universales de Derechos fundamentales que incluyen el valor de la libertad y la imposibilidad de sacrificar el ejercicio de un tal derecho ante una imposibilidad económica.

La reducción de las posibilidades normativas interpersonales a lo indemnizatorio en el espacio no patrimonial resulta de la propia esencia de la dignidad humana por cuanto, como señala LÓPEZ JACOÍSTE, el esquema sujeto/objeto propio de los derechos subjetivos, (que permite negocios jurídicos que creen derechos sobre objetos), no es aplicable a los derechos de la personalidad. En ellos es "la personalidad misma en su plenitud la que se defiende y actúa", sin que pueda cosificarse una dimensión escindida con entidad objetiva *a se*: hemos pasado del "tener al ser" en la unicidad inseparable de la dignidad humana, fusionando lo objetivo y lo subjetivo con un inexorable "raíz monista". (5)

Manifiesta así LÓPEZ JACOÍSTE cómo "en los derechos de la personalidad las vertientes subjetiva y objetiva vienen necesariamente ensambladas. Pero no se trata de una conexión meramente funcional u ocasional, sino institucional, constitutiva y determinante." (6) Cuando estamos ante la persona en sí misma considerada "si se profundiza en el análisis de lo que en realidad está en juego, reluce la indivisible cualidad de la propia plenitud, y no un bien o unos bienes de entidad separable... por lo que, en una consideración sustancialista, dilúyense en la identidad de la persona, de la cual son atributos... La dignidad de la persona opera así una reconducción de la lingüística del *tener* hacia la ontología del *ser*." (7)

Ser, hacer y tener nos van alejando de la esencia de la personalidad humana (8) y nos van permitiendo construir 1. objetos jurídicos

(5) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, SA, Madrid-2010, pp. 362-363.

(6) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 362.

(7) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 361.

(8) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, en Anuario de Derecho Civil, 39, número 4, 1986, ed. Ministerio de Justicia, Madrid-1986, pp. 1059-1120, en concreto p. 1068; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. y PARRA LUCÁN, M. A., *Curso de Derecho civil, I, Derecho Privado. Derecho de la persona*, 24.ª edición, ed. Colex, Madrid-Barcelona-20011, p. 547.

sobre los que se construirán negocios jurídicos y 2. derechos subjetivos resultantes de tales negocios y recayentes sobre aquellos objetos, de modo tal que el Derecho proporcione estos mismos objetos, (tales cuales son), a los negociantes y titulares de derechos sobre ellos, (juridicidad, justicialidad y ejecución específica). Así sólo una detracción patrimonial forzada es la conducta apropiada, (por primacía pública desde la sumisión jurisdiccional), cuando se utilizó la voluntad como fuente de obligación jurídica, (art. 118 CE y artículos 701 y ss. LEC), y esta apropiación que toma el contrato social sólo es oportuna en el ámbito del negocio jurídico patrimonial. El valor de la detracción patrimonial forzosa en sede materialista puede implicar ejecución tanto satisfactoria como transformadora, pero en ambos casos existe una equivalencia sustancial u ontológica porque los objetos, bienes, intereses y derechos son siempre patrimoniales, (*money to money*). De hecho la doctrina del incumplimiento definitivo no significa otra cosa: el acreedor encuentra su satisfactoriedad subjetiva en el equivalente y no en el específico, lo que es apoyado e impuesto por el ordenamiento jurídico sobre el propio deudor sin contar con la voluntad de éste.

Por el contrario, no hay equivalencia sino mutación radical en el señalamiento de un *pretium doloris* en lo personal. Un forzamiento personal en la jurisdicción ejecutiva civil, (más allá de no poder resistirse el ejecutado a sufrir una detracción patrimonial), sólo puede tener lugar por la percusión de un derecho absoluto que no tiene, (como poder *erga omnes*), naturaleza convencional ni significado horizontal sino vertical, público, (Derecho real como señorío privado nutrido por la soberanía nacional, Derechos fundamentales hechos valer ante la jurisdicción civil).

Es por ello que LÓPEZ JACOÍSTE señala para la obligación *ex conventione* que "...el efecto último de la obligación ha sido y es la ejecución forzosa" (9), esto es, una relación de ciudadanía vertical de cada negociante separadamente con el contrato social, (sumisión jurisdiccional, 118 CE), aportando una verticalidad en esta triangulación hacia la cúspide pública que encierra con valor político el poder que subyace a negocio jurídico y a derecho subjetivo *ex conventione*. Ello lo hace el contrato social en interés propio para

(9) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., p. 705.

conseguir la satisfacción de la creatividad e individualidad humana, (que implosionaría ante una heteronomía total), y para orientarla además hacia la máxima productividad y circulación de riqueza, (Derecho público indirecto).

Ello significa que *pacta sunt servanda* o *standum est chartae* están condicionados por las posibilidades de la ejecución forzosa diseñada procesalmente. Las posibilidades ejecutivas no son poder de las voluntades privadas por haberse auto obligado recíproca y horizontalmente unas frente a otras en cierta manera, (consentimiento formal), sino que el poder procede de la naturaleza socio política y pública del negocio jurídico; lo único que hacen los privados es activar o no activar tal poder encerrado en el mismo al excitar cada uno de ellos, (o no), sobre sí mismo el deber político y público de sumisión jurisdiccional, (tal es el sentido del negocio jurídico como fuente de obligación jurídica). El contrato social, (puesto que crea y sostiene este poder), es quien debe cincelar el alcance y posibilidades del mismo dibujando las posibilidades de la ejecución forzosa *ex conventione*. Este poder ha sido constituido como claudicante en su forma específica cuando afecta a la persona en sí misma considerada desde un origen *ex conventione*, (mutación de la ejecución satisfactoria patrimonial en meramente equivalente, artículos 708 y ss. LEC). Y, en lo personal, no hay equivalente posible.

Como señalaba DE CASTRO: "si se solicita la intervención resolutive del Estado, con el despliegue de todas sus fuerzas, (jueces, funcionarios de la administración, agentes ejecutivos, policía), dicha intervención habrá de tener su propia justificación, y ésta habrá de ser valorada desde el punto de vista de la comunidad, (criterio del bien común)". (10)

Es por ello que el artículo 1256 CC es un precepto exclusivamente contractual esto es, del negocio jurídico patrimonial, pues en esta sede tenemos, (por la naturaleza de su objeto, (prestación), sujeto, (patrimonio personal), y apropiación pública jurisdiccional, (constreñida a pura detracción material), una natural ejecutividad específica *ex negotii* que, si es excluida *ab initio*, revela no haber juridicidad y justicialidad negocial patrimonial sino otra cosa que no es ya un contrato y no tiene valor jurídico.

(10) DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., p. 12-13.

Por el contrario, en el negocio jurídico personal toda convención o bien está condicionada siempre por la reversibilidad de consentimientos e inejecutabilidad específica *ex conventione* que exige la universal, (y por ello igual y nunca empoderada entre privados), dignidad humana o bien está sujeta y prescrita desde el núcleo mismo de un Derecho fundamental que tiene también valor universal y público *per se*, no por la fuerza del pacto.

En el negocio jurídico familiar, por su parte, no hay posibilidad de condicionalidad, reversibilidad o inejecutabilidad una vez el negocio familiar hizo surgir un hecho familiar, pues ello activa unas funciones públicas y tuitivas que, siendo necesitadas, han de cumplirse por fuerza: el valor imperativo procede aquí de esta percusión vertical de funciones públicas principalísimas del contrato social.

1.1. Recontractualización de sedes personales y juridicidad consecuencial. La inexorable intersubjetividad de los Derechos fundamentales más allá de la sola *privacy* precisa de convenciones y negocios entre las personas humanas; éstas son criaturas, (no se han dado a sí mismas la autoconciencia que se encuentran desde los 5-7 años y por un plazo azaroso e indefinido), y por ello han de considerarse meras co-usufructuarias de una dignidad universal que sólo puede encarnarse cohonestando, conversando e interactuando unos con otros, esto es, negociando.

Estos negocios no puede decirse que sean extraños o indiferentes al Derecho cuando precisamente constituyen no el ser del derecho pero sí el propio ser de su ejercicio, esto es, de los Derechos fundamentales en cuanto encarnados, (intersubjetividad ineludible salvo en el muy restringido ámbito de *privacy*). No obstante la combinación de la raíz monista de la personalidad humana y de su libertad y creatividad no permiten una juridicidad específica *ex conventione per se*. No puedo distinguir una parte de la persona sujeta a un forzamiento *intuitu personae* y otra parte de la persona que permanece libre: no hay modo de evacuarla de tal cuestión. Aquí la primacía de apropiabilidad pública desde la LEC no apoya el forzamiento de una conducta personal *ex conventione*, (sería preciso derecho absoluto o deber público y nada de ello existe en el mandato *singularis* convencional). Pero ello tampoco permite afirmar una extrañeza completa a lo jurídico cuando necesitamos negociar y pactar para disfrutar de estos derechos y de nuestra dignidad humana.

En el Derecho de la persona y en Derecho de familia no rige el tener sino el ser, fusionándose objeto y sujeto en la unicidad que es la persona humana en sí misma considerada. En estos Derechos la convención no puede generar ninguna exclusión de la persona porque la persona está siempre dentro y comprometida. El negocio es necesario porque él es exactamente la posibilidad misma para disfrutar del derecho de la personalidad, pero no puede generar una ejecución específica. Si ésta existe será porque tiene lugar una apropiación o afección pública y vertical desde la prescripción universal de los Derechos fundamentales o por concurrir una función pública principalísima. Ello afirma a la vez 1. la necesidad inexorable del negocio personal y 2. su imposibilidad de tomar significado específico y forzoso como tal negocio.

La juridicidad consecuencial indemnizatoria es la forma propia con la que pueden tomar valor jurídico indirecto estos negocios, (esto es, una prescriptividad y justicialidad indirecta), sin negarles el carácter de jurídicos, aunque esta juridicidad consiste sólo 1. en constituir supuestos de hecho para la doctrina del daño injusto, 2. en una fase negocial de cumplimiento espontáneo y voluntario que nunca derivará en forzoso y coercido en cuanto convenido y 3. en cierto valor normativo para las conductas de los concernidos a partir de la contemplación de las consecuencias indirectas indemnizatorias.

No puede predicarse la total ajenidad del negocio personal a lo jurídico so pena de coartar las relaciones personales o su dignidad. Precisan de la atención jurídica y el contrato social necesita contemplarlos jurídicamente por cuanto la total estanqueidad a lo jurídico producirá precisamente un inferior desarrollo de relaciones personales, del mismo modo que las relaciones patrimoniales serían infinitamente menos frecuentes y productivas si no existiera, (ex 1101 y 1902 CC), una confiabilidad, un protocolo y una idea de no constituir la humanidad una competencia entre hienas y aviesos.

No obstante FLUME señala: "sólo se pueden celebrar contratos cuando los intereses a cuya satisfacción van dirigidos son dignos de protección conforme al ordenamiento jurídico" y dice que "De este modo queda asegurado que no se llevarán ante los tribunales las relaciones familiares, sociales y de amistad, y que promesas cuyo contenido está muy alejado del ámbito del Derecho no serán objeto

de ejecución judicial". (11) Estos acuerdos, concluye, "no pueden hacer surgir una obligación jurídica para la realización de lo previsto en ellos."

No obstante, como digo, no es posible considerar que no existan intereses dignos de protección jurídica en lo personal, amistoso, familiar o amoroso, sino que lo que ocurre es que la propia dignidad humana, en un ámbito donde se encuentra el ser inmediato de la misma y no es posible evacuarla, imponen que no pueda existir, (como señala FLUME), mandatos *singularis* internormativos *ex voluntate* dotados de ejecución específica.

Pero la consecuencia adicional que deduce este autor, ["El pacto por el que se estableciera una pena convencional para el caso de incumplimiento del acuerdo sería ineficaz" (12)], resulta exagerada y contra el interés social, en mi opinión pues: 1. los espacios de libertad y creatividad son siempre a la vez sedes de responsabilidad, [LÓPEZ JACOÍSTE (13)], y crear una zona de irresponsabilidad que abarque todas las relaciones no puede ser sino destructivo socialmente y 2. la virtud indirecta para disciplinar y moralizar las relaciones personales desde aquella amenaza económica otorga seguridad jurídica *singularis* y confiabilidad a las entregas y costes de oportunidad que asumimos en tales espacios y relaciones, cumpliendo una misión preventiva de protección de los planes de vida, siquiera tales prevenciones hayan de ser debidamente ponderadas con la propia libertad personal.

En este sentido DE CASTRO Y BRAVO refería que "La perfección de un ordenamiento positivo se mide por el grado en que logra moralizar a la sociedad". (14) Y por su parte RAMS ALBESA admite estas eficacias aunque "algunos lectores pensarán que estos pactos materializan

(11) FLUME, W., *El negocio jurídico*, op. cit., p. 115.

(12) FLUME, W., *ibídem*, p. 115

(13) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., pp. 30-31.

(14) DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Volumen I, comprendiendo *Derecho Civil de España, Tomo I*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), 2008, p. 27.

las personalísimas relaciones que conforman la razón del ser del matrimonio...” (15)

Atiéndase también la intuición de LACRUZ BERDEJO en 1982: “en el matrimonio, germen de la familia... lo determinante... es el compromiso de los cónyuges ratificado por la ley. No el amor, sino la responsabilidad, la vinculación, pero si falla la predisposición de la ley”, (compárense en este sentido las leyes 13 y 15/2005 con las 11 y 30/1981 vigentes cuando hacía estas consideraciones este autor), “resulta conveniente, casi preciso, volver los ojos al pacto, aunque éste suponga “una correlativa reducción de la zona de intimidad familiar, que deja de ser el antiguo *hortus clausus*”. (16) Ello es inexorable, a mi juicio entre estos co-usufructuarios embarcados en un proyecto cooperativo que son los contrayentes matrimoniales.

Y añade LACRUZ BERDEJO: “La aplicación de la teoría general del contrato adquiere un importante papel en las crisis matrimoniales y familiares. Tras el vendaval que ha arrasado el vínculo matrimonial, quedan ahora unos restos de la familia: la familia rota; un fenómeno de siempre, que ahora adquiere una figura jurídica peculiar e importante. Esta familia o resto de familia precisa de un estatuto, una disciplina, y es este estatuto lo que puede ser objeto en muchos casos de regulación voluntaria.” (17)

En este sentido debe tenerse presente la advertencia de MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ: El matrimonio civil hoy es “no comprometido jurídicamente” e “institucionalmente inestable”, siendo así que “La ausencia de un vínculo tiene un altísimo coste en términos de seguridad jurídica”. Reclama por ello este autor una revitalización del Derecho de familia y del vigor teleológico del matrimonio estableciendo *de lege ferenda* la posibilidad de un matrimonio verdaderamente vincular, (*long term, covenant marriage*), junto a un matrimonio débil, una unión no matrimonial para las convivencias que no entren en la definición jurídica de matrimonio y una nada jurídica absoluta

(15) RAMS ALBESA, J. J. en RAMS ALBESA, J. J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., y ANGUITA VILLANUEVA, L. A., *Autonomía de la Voluntad y negocios jurídicos de familia*, ed. Dykinson, SL, Madrid-2009, p. 83.

(16) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Un nuevo contractualismo en el Derecho familiar*, en La Ley, Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 3/1982, ed. La Ley actualidad, Madrid-1982, pp. 727-730, en concreto pp. 728-729.

(17) LACRUZ BERDEJO, J. L., *ibídem*, p. 729.

para quienes no quieran o no puedan, (tríos, poligamia islámica, etc.), institucionalizarse. (18)

No obstante, la aplicación de la teoría general del contrato y una revitalización vincular *de lege data* sólo es posible en forma de negocio personal, (convención), con las consecuencias antes señaladas para una internormatividad directa y específica. Es por ello también que considero 1. incongruentes aquellas doctrinas que sostienen a la vez la imposibilidad de un pacto de indisolubilidad y, en cambio, el valor automático incluso ejecutivo, (con acción dice el art. 233-5-1 CCC), de la autonomía interconyugal fuera de convenio y de control judicial (19), o 2. no completamente exactas aquéllas que sostienen que esta internormatividad conyugal sólo se detiene como cuestión puntual ante la percusión de un Derecho fundamental o de un interés directo del menor sin apreciar la existencia de una verdadera función pública familiar conyugal.

A mi juicio, en todos los casos ocurre lo mismo: el negocio personal carece de ejecutividad específica *per se, ex voluntate*, como convencional, aunque en todos los casos puede existir una derivada indirecta por protocolo, (abuso, daño injusto), o por percusión de función pública. La primera derivada puede ser preparada convencionalmente obteniendo cierta seguridad jurídica, confiabilidad o prevención y cierta potencia disciplinaria o conformadora, si bien sólo con una sanción indirecta.

1.1.1. Multiafectación atípica del negocio personal. Lo personal es, ciertamente, la base de todo, pues ontológicamente lo único existente como agentes son personas: ni las cosas ni las personas jurídicas privadas o públicas tienen, en este sentido, verdadera existencia real. Es por ello que el negocio personal ofrece derivadas hacia lo patrimonial, hacia la dignidad humana y hacia lo

(18) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, C., *Nuevos modelos de familia: la respuesta legal*, en Revista Española de Derecho Canónico, volumen 64, número 163, 2007, ed. Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca-2007, pp. 703-744, en concreto, pp. 737-738 y *A cada uno su familia, a cada familia su Derecho (Aproximación funcional a las nuevas formas de familia y elogio de la diversidad)*, en Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico. Modelos Familiares, Volumen 2, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 28-47, en concreto pp. 44 y ss.

(19) ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, op. cit., p. 66 y pp. 70-71.

público, produciendo superposiciones y conmixtiones que modelan el valor internormativo y la presencia de *ius cogens* en el mismo.

En la medida en que resulten consecuencias y significados patrimoniales de los negocios personales ello supondrá también la aparición de bienes e intereses que, si son separables de los iusfundamentales, determinarán la escisión del régimen propio de unos y otros. (20) No obstante, no siempre la derivada patrimonial permite tal separación. Así Díez Pícazo habla de negocios familiares, negocios atinentes a los derechos de la personalidad, negocios patrimoniales mixtos y negocios patrimoniales (21).

Por otra parte la propia dignidad humana ha traído consigo, tras una larga evolución (22), la consideración de la persona en sí misma como un todo digno de protección y, por ello, su indemnidad e inviolabilidad como totalidad, lo que convoca para este Derecho la misma atipicidad, creatividad, multiafectividad y ausencia de guión que es propio de la vida y personalidad humana. Es por ello que el daño, (como *factum*), característico de la sede personal es un daño moral que no se ajusta a la objetividad y tipicidad del daño patrimonial, sino que demanda esencialmente admisión de atipicidad y de innovación sobre el mismo. (LÓPEZ JACOÍSTE). (23) De esta forma

(20) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., PARRA LUCÁN, M. A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho privado, Derecho de la Persona, op. cit.*, p. 554.

(21) Díez-Pícazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, T. I, Introduccción. Teoría del Contrato*, 6.^a edición, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 91.

(22) En este sentido VIDAL MARTÍNEZ hace notar la facilidad con que, desde el s. XIX, se incorporó a los ordenamientos jurídicos la categoría de derechos patrimoniales sobre bienes inmateriales y "la extrema dificultad para reconocer y traducir al campo jurídico la protección de la persona sobre sus bienes interiores no patrimoniales", (VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca de la protección jurídica de la persona en relación con el desarrollo tecnológico. Genética y embriología humanas, desde la perspectiva del Derecho Civil Constitucional Español*, en ALVENTOSA DEL RÍO, J., MOLINER NAVARRO, R. M., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, vol. 2, 2008 (volumen I), ed. Universitat de València, Valencia 2008, pp. 1229-1266, en concreto p. 1241).

(23) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., p. 121.

la juridicidad consecuencial personal puede tomar, en principio, infinitas aplicaciones pues, de otro modo, como señala LÓPEZ JACOÍSTE: "No podrían éstos configurarse si vinieran acotados por tipos excluyentes. ¿Cómo iban a guardar congruencia con los desarrollos de la personalidad?". (24)

1.1.2. Costes de oportunidad. Concluir o no concluir un negocio produce costes de oportunidad que en la sede personal y familiar revisten especial relevancia por no ser costes económicos sino vitales íntimos y emocionales. La multiafectación del negocio personal también se expresa en extraordinarias posibilidades para padecer costes de oportunidad irrecuperables.

En este sentido, por ejemplo, la descomposición del derecho de fundar familia en los derechos a tener hijo biológico, a tener descendencia, a gestar hijo, o a tener hijo adoptivo determinan que puedan producirse costes de oportunidad sobre cualquiera de ellos cuando se ejercita cooperativa y negocialmente este derecho en alguna de las formas señaladas excluyendo otras, como en los siguientes casos: 1. la esposa impone la adopción porque no desea estropear su propio cuerpo; 2. el esposo da largas hasta que existe imposibilidad de gestar por falta de tejido ovárico asociada a edad; 3. el esposo excluye emplear TRHA por consideraciones morales, de modo que, ante la imposibilidad de una fecundación natural por la baja calidad del esperma, la esposa renuncia a tener descendiente genético y adoptan; sin embargo, finalmente aquél se divorcia y emplea TRHA con su nueva pareja para tener un hijo biológico, siendo que su ex-cónyuge no podrá lograr lo mismo por haber cesado su edad fértil y gestante; 4. el esposo excluye la adopción por desear hijo biológico que, sin embargo no llegan a tener, se divorcia y la edad y la unipersonalidad de la ex mujer complican que ésta pueda finalmente llegar a adoptar efectivamente a un menor. No obstante, algunos de estos costes se han visto reducidos desde que es posible la vitrificación satisfactoria de óvulos, (con precio que ha de poderse satisfacer).

Multiafectante y hábil para infligir gravísimos costes de oportunidad personales es el matrimonio, por cuanto masivamente enten-

(24) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, op. cit., p. 1104.

demos todavía muchas personas que la reproducción está entre los fines naturales del matrimonio. El matrimonio como hecho humano e institución social tiene un arrastre histórico y un significado en el acervo común que no precisa ser explicitado particularmente y que puede determinar creencias, errores o abusos cuando una parte actúa presuponiendo un contenido que su recíproca no niega o incluso sugiere, imponiendo ello luego costes de oportunidad en relación al derecho a fundar familia. Quizás es el matrimonio es el ejemplo máximo de confiabilidad en la buena cooperación que haya de recibirse por parte de un recíproco en el ámbito personal y, en este sentido, habría de propiciarse que se explicitara en pacto capitular cuál es la idea y el plan de vida matrimonial de cada contrayente, pues ello es la primera condición para no padecer luego injustamente costes de oportunidad o abusos en las entregas recíprocas.

No cabe duda que con la actual ideología de las leyes 13 y 15/2005 no tendrá trascendencia en Derecho matrimonial un incumplimiento de los deberes conyugales asumidos en esta materia convencionalmente por parte de alguno de los esposos, (ni de los legislados ex 66-68 CC), así como tampoco ofrece cuestión su inejecutabilidad específica, (p.e. para que quien no desea utilizar TRHA hiciera valer el pliego de deberes conyugales capitulados bloqueando la opción del recíproco salvo que se divorciara previamente). Desde un origen convencional sólo serán posibles aquí indemnizaciones por daños injustos.

ESPEJO LERDO DE TEJADA señala cómo 1. la normalización ideológica que la ley 15/2005 efectúa hacia el divorcio repudio y la trivialización del consentimiento matrimonial a mero impulso subjetivo “reducido en su significado y eficacia a un valor inferior al que representa en cualquier contrato”, así como 2. la insistencia, negro sobre blanco, “en la inutilidad de sacrificar la voluntad de los individuos demorando la disolución de la relación jurídica”, (EM) (25), no hacen 3. sino excitar y propiciar la irresponsabilidad y la imposición de costes de oportunidad a quien más quiera y más desee del plan matrimonial,

(25) ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal: ¿un nombre vacío? A propósito de la reforma del Código Civil de Julio de 2005*, en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, 2006, ed. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 1461-1484, en concreto p. 1482.

puesto que todas las morales matrimoniales subgrupales han quedado normalizadas por debajo. Ello supone empoderar con el derecho subjetivo individualista *ex lege* divorcista al cónyuge cuya idea matrimonial coincida con la impuesta por el legislador.

Es por ello que ESPEJO LERDO DE TEJADA denuncia cómo desde la EM de la Ley 15/2005 "la regulación insiste en la inanidad del vínculo matrimonial como institución de carácter obligatorio para las partes, eliminando así el claro valor social de los valores implícitos y explícitos que las normas envían a la sociedad", siendo así que, por el contrario, el matrimonio es "un cauce de autorrealización personal [que] no sólo no excluye sino que comporta que el sacrificio de la voluntad se deba necesariamente producir." (26)

En este sentido, la exigencia 1. de un desempeño justo en la constitución, seguimiento y extinción del matrimonio, 2. de un consentimiento informado sobre los planes y previsiones del recíproco, 3. de una seguridad jurídica y 4. de una confiabilidad, (para conocer qué plan de vida se ha iniciado y qué entregas, renunciaciones y costes de oportunidad desea entonces asumir y asume cada uno de los contrayentes en las distintas sedes multiafectadas por este negocio jurídico personal y familiar), están, hoy día, a mi juicio, demandadas con total justificación.

Todo ello ha de derivar, como señala RAMS ALBESA, en la necesidad de que nuestra sociedad se aficione a los capítulos matrimoniales notariales. (27) No obstante, tales capítulos contienen negocios primero personales y sólo adicionalmente en su caso familiares, sujetos siempre como personales a una especial naturaleza orientada más bien hacia una juridicidad consecuencial y no directa y a la reversibilidad de consentimientos en ausencia de percusiones adicionales de Derechos fundamentales o de funciones públicas.

1.2. Revitalización matrimonial mediante negocios personales. El matrimonio une a su propia consideración de ejercicio cooperativo de búsqueda de felicidad por amor de pareja aquel otro de ser, todavía hoy, germen de la procreación, crianza y educación de hijos matrimoniales. En este sentido, por la seguridad jurídica, (con-

(26) ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *ibídem*, pp. 1.482-1.483 y 1.484.

(27) Rams Albesa, J. J. en RAMS ALBESA, J. J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pp. 82-83.

fiabilidad, sinceridad, honestidad y protocolo de desempeño justo), la celebración del matrimonio es el momento oportuno para prever todas las entregas y costes de oportunidad que surgirán luego, de modo que debe producirse un consentimiento informado sobre los significados del matrimonio para las libertades y derechos individuales, personales y patrimoniales, y una explicitación de los proyectos detallados de vida y búsqueda de felicidad que comprenden o presuponen los otorgantes, (matrimonio procreativo o no, número de hijos, recurso en su caso a TRHA o adopción, número de hijos previsible, recurso o no a aborto y en qué casos, esfuerzos que se pondrán en las situaciones de crisis, etc.). (28)

Estos pactos articulan los co-usufructos que corresponden a cada contrayente sobre sus dignidades, libertades y Derechos fundamentales y, si bien no podrán ejecutarse específicamente, respaldan la confiabilidad, entregas, costes de oportunidad y seguridad jurídica *singularis* o *in concreto*, tomando cierta coercibilidad indirecta sobre las conductas futuras en la medida en que ello es posible en la sede personal.

Aquí la confiabilidad no es posible sin un ejercicio *ad cassum* que sólo los concernidos pueden proporcionarse antes de comenzar a otorgarse en sus relaciones personales entregas, esfuerzos y costes de oportunidad que serán ya irre recuperables. Negar cualquier juridicidad, (incluso indirecta), o admitir ésta pero afirmando que no caben pactos o cláusulas protocolarias sobre daño injusto entre los implicados en una relación personal, (de modo que sólo actúe *ex post* el Juez, *ad cassum* sí, pero cuando ya todo pasó y todo se entregó), conducen a un mismo resultado insatisfactorio, máxime teniendo en cuenta la injusticia vital en toda equivalencia entre sufrimiento personal y compensación económica, [*pretium doloris* (29)].

Es en este sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ subraya cómo “La ausencia de un vínculo tiene un altísimo coste en términos de se-

(28) MARTÍNEZ DE AGUIRRE elogia la diversidad que existe en este punto en los hechos sociales y señala los buenos efectos que tendría ofrecer legislativamente un matrimonio “fuerte” y un matrimonio “débil”, (que haría innecesaria la legislación sobre uniones institucionalizadas no matrimonialmente y recuperaría el derecho a no ser institucionalizado), (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, op. cit., pp. 44-45).

(29) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., p. 128 y pp. 84 - 87.

guridad jurídica" (30) y RAMS ALBESA habla de una "preordenación preventiva" que trata de "proporcionar seguridad jurídica allí donde, hoy por hoy, reina el imperio del capricho y la ficción de los sujetos bajo la relativa vigilancia propia de un libérrimo arbitrio judicial." (31)

RAMS ALBESA, respecto de la cuestión patrimonial, señala "que hay un interés difuso, pero no por ello menos efectivo, en que los contrayentes no sean conscientes del contenido jurídico de aquello que celebran, mucho discurso sobre el amor y sobre la ansiada felicidad, pero nada de información material sobre su vínculo y sus consecuencias", y en la perspectiva patrimonial declara que nuestra sociedad debería aficionarse a los capítulos matrimoniales notariales. (32)

Es con estas consideraciones que puede hablarse de una recontractualización del matrimonio, (LACRUZ BERDEJO) (33), o de una revitalización del Derecho de familia recuperando el vigor teleológico del matrimonio, [MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (34)], en cualquier caso, una rejuridificación del vínculo matrimonial que se produciría no *ex lege*, (dada la contradicción entre los art. 66 y ss. CC y las leyes 13 y 15/2005), sino con base en la reacción individual y personal que los contrayentes decidieran tomar para concluir negocios jurídicos personales entre ellos en orden a dotarse de seguridad jurídica, confiabilidad y de un suelo preciso sobre el que basar sus decisiones y entregas para la implementación de un plan de vida y de un ejercicio de búsqueda de felicidad, (art. 10 CE), tan omnicompreensivo y profundamente afectante.

Como señala GARCÍA CANTERO, el tema es lo suficientemente delicado y sensible como para que se plantee ante el TC en orden a obtener un pronunciamiento sobre el valor de todos estos pactos, sobre su especificidad o mera consecuencialidad y sobre el valor de

(30) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Nuevos modelos de familia: la respuesta legal*, *op. cit.*, pp. 737-738.

(31) RAMS ALBESA, J. J. en RAMS ALBESA, J. J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., y ANGUITA VILLANUEVA, L. A., *op. cit.*, p. 83.

(32) RAMS ALBESA, J. J. en RAMS ALBESA, J. J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., y ANGUITA VILLANUEVA, L. A., *op. cit.*, pp. 82-83.

(33) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Un nuevo contractualismo en el Derecho familiar*, *op. cit.*, en concreto pp. 728-729.

(34) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, *op. cit.*, p. 44.

las reversibilidades e irreversibilidades que aquí se invocan. (35) Es a esta construcción a la que intenta contribuir el presente artículo.

1.2.1. *Ius connubii*. El *ius connubii* encierra un ejercicio cooperativo de intento de felicidad que, (sin necesidad de ligarlo a familia), comprende por sí mismo la formación de un plan de vida para amar y ser amado personal y sexualmente. Ello también se encuentra en las uniones institucionalizadas no matrimonialmente (36), lo que permite a GÓMEZ SÁNCHEZ señalar aquí una noción de libertad afectiva (37). No se discute que exista libertad afectiva, pero sí que el matrimonio, como cree esta autora, sea sólo libertad afectiva, análisis que se realizará en otro lugar.

GÓMEZ SÁNCHEZ define la libertad afectiva como un “derecho genérico a la afectividad de los individuos y un derecho a regular y organizar en libertad sus relaciones personales” (38). Esta libertad es individual pero inexorablemente intersubjetiva. No obstante, permaneciendo todavía en el Derecho de la persona puede decirse, sin duda, que falta aquí una noción de sexualidad. Se quiere evitar tal noción por la inevitable relación entre sexo y reproducción, (todavía hoy nuestra reproducción es masivamente sexual), y porque anudar tal relación aherrojaría otra más todavía entre 1. matrimonio y familia y 2. matrimonio y justicia social que, a mi juicio, se quiere evitar. Aquí estamos ante un ejercicio de magia “birli-birloque” que denuncia MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ cuando refiere que el término “afectividad” es una “pudorosa forma” de referirse estas doctrinas al sexo y de eludir la realidad de una mutua disponibilidad sexual que remite inexorablemente a alguna idea de “derechos” o “*ius in corpus*” y a la misma realidad de la reproducción y de los hijos. (39)

(35) GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo V, volumen I... 12.^a edición, *op. cit.*, p. 1044.

(36) Emplea este término MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, refiriéndolas como “uniones no matrimoniales”, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia...*, *op. cit.*, p. 289).

(37) GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Matrimonio y familia...* *op. cit.*, p. 212.

(38) GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *ibídem*, p. 212.

(39) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Nuevos modelos de familia: la respuesta legal*, *op. cit.* pp. 713-714.

Cuando el sexo se desliga de la reproducción se convierte en *ars erotica* y la única ligazón entre sus practicantes es el placer. Cuando el sexo tiene objeto reproductivo introduce la idea de continuidad generacional que proporciona otras fuerzas atractivas y otras fuentes de entregas y recepciones distintas del solo placer que inauguran expectativas, futuro y confiabilidad, todo lo cual llama a estabilidad, vínculo y suelo firme, tanto para construir planes personales, (o defraudarlos), como para soportar políticas de justicia y retribución social. Así VIDAL MARTÍNEZ señala una característica única del matrimonio vincular y reproductivo, aquélla de comprenderse en la causalización de consentimientos negociales la continuidad de generaciones. (40)

Como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, "la mayor estabilidad sociológica es un bien social, y los instrumentos dirigidos a facilitarla ayudan a la familia a desarrollar adecuadamente sus funciones estratégicas" manifestando "la mayor funcionalidad social de los modelos heterosexuales frente a los homosexuales y, dentro de los heterosexuales, de los más estables frente a los menos estables" (41), perspectiva desde la que no puede negarse función y justicia social para un *long term marriage* (42) o *covenant marriage* (43), sea mediante un tipo específico dispositivo legal, (distinguiendo graduaciones matrimoniales y no matrimoniales en función de la intensidad vincular jurídica en la organización de la propia libertad afectiva) (44) o permitiendo, (siquiera con juridicidad consecuen-

(40) VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca del derecho de la persona humana a contraer matrimonio y a fundar una familia desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, en Revista General de Derecho, número 631, Valencia-1997, pp. 3505 y 3526, en concreto p. 3524.

(41) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, op. cit., p. 37 y p. 39.

(42) GARCÍA CANTERO, G., *El fracaso del divorcio en España...*, op. cit., p. 202.

(43) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, op. cit., p. 45).

(44) Como propone *de lege ferenda* MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, op. cit., pp. 44-45). También GARCÍA CANTERO había señalado la existencia de "*matrimonios light*" y el *long term marriage*, entre nosotros apellidado tradicionalmente como matrimonio indisoluble, (GARCÍA CANTERO, G., *El fracaso del divorcio en España...*, op. cit., p. 202).

cial y no específica), que lo construyan individualmente los contrayentes.

En cualquier caso, GARCÍA CANTERO, señalaba acertadamente cómo no puede prescindirse de la noción sexual para conceptuar el matrimonio, acierto que no nacía sólo de la legislación vigente en la época en que manifestaba tal opinión este autor, (1992), (45) sino de ser ésta una nota connatural para caracterizar el tipo de afectividad humana que se consagra máximamente y con garantía institucional en el matrimonio y que, sin embargo, se ha querido juridificar luego a través de otras especies diversas competidoras e incluso más favorecidas que el mismo (46), [en contra de su garantía institucional, a mi juicio (47)]. En este sentido, el art. 2.1 de la Ley 2/2003 de parejas de hecho del País Vasco señala expresamente que lo que se institucionaliza es una unión "afectiva-sexual" y el art. 44 CC no puede evitar la referencia al sexo.

En efecto, es sólo el sexo lo que permitirá diferenciar una unión matrimonial o una unión institucionalizada no matrimonialmente respecto de cualquier otra forma de afectividad y solidaridad humana, si bien tras la reforma efectuada en el año 2.005 el matrimonio absorbe ya todo el sexo posible, hetero u homosexual. Ello supone la sustitución de "un dato biológico que aparece ya en las primeras fases de la diferenciación celular" y que "acompaña a la persona

(45) GARCÍA CANTERO, G., *La crisis de la sexualidad...*, p. 344.

(46) Señala RAMS ALBESA, la nueva inteligencia que introduce la reforma debería haber eliminado el divorcio mediante procedimiento judicial *ad hoc* y haber establecido la simple declaración de quien desea no seguir casado en acta notarial o consular o ante el encargado del Registro civil con la consiguiente inscripción de la extinción del matrimonio, (RAMS ALBESA, J. J. en RAMS ALBESA, J. J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L. A., *op. cit.*, pp. 80-81 y 90). Esta contradicción señala ASÚA GONZÁLEZ que puede comprenderse como discriminación contra el matrimonio y a favor de la unión institucionalizada no matrimonialmente pues, si ambas son manifestaciones de libertad afectiva, se penaliza a la unión matrimonial con un trámite jurisdiccional que constriñe tal libertad y que, además, supone mayor gasto económico, (ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *op. cit.*, p. 26.)

(47) En contra la STC de 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 y, entre otros, ROCA TRÍAS y ASÚA GONZÁLEZ, (ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas...*, *op. cit.*, p. 62; ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *op. cit.*, p. 20 - 21.)

desde el nacimiento hasta la muerte”, (GARCÍA CANTERO) (48), por una *ars erotica* y aleja el concepto, intencionalmente, de toda idea de reproducción natural o biológica.

Con este matiz lo cierto es que la nota sexual trasladada a arte erótico sigue siendo indispensable para saber cuándo estamos ante libertad afectiva, (en la idea de GÓMEZ SÁNCHEZ), o mera solidaridad o relación convivencial de ayuda mutua, (art. 240 CCC), esto es, cuándo existe un negocio jurídico personal “afectivo” o un negocio jurídico personal “solidario”, ambos bilaterales porque contemplan, (a diferencia de la donación, poder o gestión de negocios ajenos), flujos recíprocos, (como la adopción).

El problema es que “*ars erotica*” es una práctica libérrima que puede comprender incluso inexistencia de acceso carnal, no tener contacto físico, (placer sexual en tal negación o en la sola contemplación del otro), de modo que hemos de conformarnos con la pura manifestación de los contrayentes acerca de ser su unión “afectiva” o de ser “meramente solidaria y de ayuda mutua” y, en este sentido: ¿cómo diferenciar una caricia amistosa o cariñosa de otra con intención sexual? Y, si no existen ciertos “derechos” o “deberes”, mutua disponibilidad o algún remedo de *ius in corpus*, (en el sentido que humana y dignamente es posible), ¿cómo diferenciar una relación sexual esporádica pero repetida en la unión solidaria y de ayuda mutua frente al sexo practicado, quizá con poca frecuencia, en el matrimonio o en una unión institucionalizada no matrimonialmente?

Por otra parte, aunque matrimonio y unión institucionalizada no matrimonialmente han resultado prácticamente equiparadas al rebajar el vínculo que suponía aquél, lo cierto es que, pese a todas las rebajas vinculares, no puede negarse que quien contrae matrimonio considera en buena medida: 1. seriedad y continuidad en el plan de vida que se intenta, 2. una solución para sus dependencias presentes o futuras y 3. un reforzamiento para los retos de sobrevivencia económica en el día de hoy, lo cual se verá indudablemente defraudado por quien consiente en efectuar igual desempeño de libertad creativa pero con la intención, no revelada, de romper el plan de vida en cualquier momento. Ello puede suponer, p.e., un daño injusto por pérdida de expectativas para prodigar asistencias o cuidados,

(48) GARCÍA CANTERO, G., *La crisis de la sexualidad...*, op. cit., p. 343.

como señala LÓPEZ JACOÍSTE para la STS de la Sala 3.^a, Sección 6.^a, de 7 de julio de 2008. (49)

Del mismo modo, quien suma a todo ello la intención reproductiva, (libertad afectiva+libertad reproductiva), verá afectada esta segunda libertad y su derecho de fundar familia si el recíproco nunca consideró seriamente esa posibilidad para el plan de vida común, o si ocultó su concepto de la unión como no procreativa, ello incluso intensamente si el coste de oportunidad finalmente padecido provoca privación de capacidad genitora o gestante por el tiempo transcurrido en un intento que su recíproco conocía sería infructuoso.

Todos los ciudadanos tenemos, (o deberíamos tener a pesar de las leyes autonómicas sobre unión institucionalizada no matrimonialmente), derecho a no institucionalizar ninguna relación afectiva. Pero nótese que ello es un derecho también intersubjetivo distinto del derecho unipersonal a no relacionarme afectivamente ni contigo ni con nadie, que es el único que encajaría plenamente en no injerencia y *privacy*. Así pues, tengo derecho a permanecer sólo, a estar contigo sin institucionalización, a formar unión institucionalizada no matrimonialmente o a casarme. Lo que no tenemos es un derecho a engañar, a abusar, a no ser sinceros y a tomar de los demás permitiendo que éstos confíen, se abran y entreguen sólo para defraudar tales confianzas y entregas en cualquier momento que nos convenga. Para todo ello es preciso un valor vincular jurídico en el matrimonio y en el diseño matrimonial que, como ejercicio, cohonestación y articulación de diversos Derechos fundamentales, puedan realizar los contrayentes desde el artículo 10 CE a partir del contenido mínimo matrimonial que señale la moral social de mínimos o de encuentro.

2. PACTO DE INDISOLUBILIDAD PURO

Como dije, es propio de la naturaleza de los negocios jurídicos personales presentar una reversibilidad de consentimientos o exigencia de permanente actualidad de voluntad para la continuación de la eficacia *ex post* del negocio, por cuanto el hecho y la vida ne-

(49) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., p. 666.

gocial son situaciones vitales personales, ligadas a derechos de la personalidad o a éstos y a Derechos fundamentales. Aunque estos principalísimos derechos no se encuentren nuclearmente afectados en el negocio, cualquier episodio de controversia pretenderá una ejecución específica que activará, de inmediato y esencialmente, la dignidad humana, la libertad personal y la imposibilidad de tratar a nadie como fin de otro o para otro en cuanto la situación se plantee como voluntades enfrentadas: ninguna puede empoderarse como tal voluntad privada sobre la otra.

Chocan así voluntad contra voluntad que es tanto como libertad contra libertad y, horizontalmente, entre iguales dignidades, ninguna puede imponerse a la otra: ésta es la imposibilidad que reside en construir todo el orden moral sobre mi libertad de perder mi libertad. Cuando la ejercito revocando la *chartae* que otorgué ningún recíproco puede impedir esta renovación o actualización de mi voluntad. Para conseguir este efecto de sujeción y constricción sobre el derecho de libertad hace falta saber para qué pierdo mi libertad, esto es, proclamar unos valores superiores al de libertad individualista que serán los que expliquen y fundamenten por qué una persona se sujeta a consecuencias o programas de conducta que no quiere y rechaza. De otro modo el mero hecho de haberlos querido en el pasado frente a otro privado no justifica que le sean impuestos ahora cuando repugnan a su voluntad.

El significado materialista y el prevaciado y elusión de la persona en sí misma considerada son claves que permiten construir en el negocio jurídico patrimonial esta libertad de perder la propia libertad por cuanto: 1. ello sólo significa no poder resistir una detracción patrimonial; 2. esta irresistibilidad a un efecto patrimonial es suficiente para conseguir ejecución satisfactoria o equivalente (50) de cualquier negocio jurídico patrimonial y 3. esta irresistibilidad es una apropiación pública, (sumisión jurisdiccional *ex conventione*), que es socialmente precisa para que el juego de libertad, autonomía y creatividad individual patrimonial pueda desarrollarse produciendo bienes e intereses indirectos para el contrato social.

(50) GUASP DELGADO, J., ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho procesal civil. Tomo II., Parte especial: procesos declarativos y de ejecución*, 7.^a edición, ed. Thomsom-Civitas, Cizur Menor, (Navarra), 2006, pp. 665 y ss.

Pero en el ámbito personal el diseño que efectúa el contrato social para la ejecución forzosa *ex conventione*, (que es prerrogativa del mismo, DE CASTRO Y BRAVO) (51), no permite ejecución satisfactoria ni equivalente y sólo cabe una consecuencia indemnizatoria cuando hubiera existido abuso o daño injusto en el otorgamiento, seguimiento o revocación del negocio, para la cual el negocio jurídico personal es parte del supuesto de hecho de la norma jurídica general del Derecho de daños pero no fuente de la deuda indemnizatoria.

De este modo la controversia, el desacuerdo, la desactualización de la voluntad de alguno de los otorgantes del negocio personal, (reversibilidad, revocación), dejará sobre la palestra 1. bien un derecho definitivamente lesionado, habiéndose resuelto *de facto* la colisión, (en su caso injustamente y admitiendo una indemnización); o bien 2. dos Derechos fundamentales otra vez en colisión precisando un nuevo negocio de articulación o una decisión judicial.

Sin embargo, puede todavía producirse una irreversibilidad en estos negocios jurídicos personales 1. por la percusión directa de Derechos fundamentales y su prescriptividad universal o 2. por la misma percusión de funciones públicas principalísimas con valor vertical.

Así ocurriría, p.e., en sede de libertad reproductiva cuando la retirada del consentimiento de un genitor no impide que el otro reciba en custodia el embrión y lo lleve hasta el existir o cuando no se otorga eficacia ninguna a la revocación que efectúa uno de los adoptantes de su paternidad/maternidad adoptiva. Ello no es propiamente mantenimiento de aquel negocio jurídico previo o una sujeción del revocante a su consentimiento anterior, (efecto de fuerza convencional y autonomía privada), sino que esta verticalidad procede: 1. directamente del Derecho fundamental del recíproco ponderado como más intenso o 2. de la función pública vertical creada.

El convenio personal no añade ni quita nada al núcleo esencial del Derecho fundamental desde su valor como mero negocio de articulación o cohonestación y su irreversibilidad no procede de sí mismo, sino del valor prescriptivo directo de los Derechos fundamentales.

Tampoco altera este convenio la naturaleza vertical de la función pública que se manifiesta no sólo en irrevocabilidad sino también en la crisis de la anulabilidad y de la doctrina negocial de los vicios

(51) De CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pp. 12-13.

de la voluntad en la sede familiar: las cuestiones negociales quedan superadas en cuanto surge un hecho familiar y una vida del hecho familiar, (DE CASTRO Y BRAVO, GARCÍA CANTERO). (52) Pero no ocurre porque nunca hubiera existido negocio jurídico sino por la distinción entre negocio jurídico y hecho surgido del negocio jurídico, (hecho negocial y vida negocial que son ya hechos, vidas y especies familiares).

En este primer apartado se va a examinar el pacto de indisolubilidad matrimonial como problema de irreversibilidad de consentimientos en negocios jurídicos personales por percusión *ad cassum* de Derechos fundamentales sobre el derecho de libertad personal divorcista. Considera GARCÍA CANTERO que ello puede permitir todavía ciertos ajustes o consideraciones sobre la autonomía personal procedentes de intereses jurídicamente protegidos con base en los artículos 10 y 39 CE que la normativa legal parece haber desdeñado (53) y que "el tema es lo suficientemente delicado como para que se plantee ante el Tribunal Constitucional" (54).

Un valor de irreversibilidad del consentimiento matrimonial por percusión de funciones familiares y justicia social puede también alegarse pero, dada la ideología de las leyes 13 y 15/2005, [contradictoria con el CC y LEC (55)], y de su noción del matrimonio como

(52) DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibídem*, pp. 34-35, p. 38 y p. 502; GARCÍA CANTERO recoge en este sentido la tradicional distinción entre matrimonio *in fieri* e *in facto esse*, (GARCÍA CANTERO, G., *La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de familia en Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. 1, J. M.: Bosch editor, Barcelona 1992, pp. 337-353, en concreto p. 346).

(53) GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral, Tomo V, Derecho de Familia, vol. 1, Las relaciones conyugales*, actualizado y revisado por GARCÍA CANTERO, G., CASTÁN VÁZQUEZ, J. M. y, ADROHER BIOSCA, S., 12.ª edición, ed. Reus, Madrid, 1994, p. 1044.

(54) GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *ibídem*, p. 1044.

(55) GARCÍA CANTERO, G., *Qué queda del vigente sistema matrimonial español?* en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*/coord. por Josefina ALVENTOSA DEL RÍO, ROSA MARÍA MOLINER NAVARRO, Vol. 1, ed. Universidad de Valencia, Valencia.2008 (Volumen I), pp. 509-533, en concreto p. 532, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...*, *op. cit.*, pp. 1.482-1.483; RAMS ALBESA, J. J. en RAMS ALBESA, J. J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., y ANGUITA VILLANUEVA, L. A., *op. cit.*, pp. 80 y 115.

“no familia”, sólo cabe argumentar desde tal funcionalidad *de lege ferenda*, (como hace MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ). (56) Esta perspectiva funcionalista apoya la validez del pacto de indisolubilidad puro al sumar junto a los Derechos fundamentales individuales del cónyuge no divorcista un valor social, (comunitario), siendo entonces dos las nociones que deben ser consideradas y ponderadas frente al derecho de libertad individualista del cónyuge divorcista.

2.1. Posiciones doctrinales. A favor de la posible validez de un pacto singular de indisolubilidad matrimonial, directa o consecuentemente en forma indemnizatoria, se manifiestan entre otros, GARCÍA CANTERO, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, y RAMS ALBESA. (57) En contra, también entre otros, ROCA TRÍAS, que afirma “la imposibilidad de crear un matrimonio sin divorcio porque ello sería contrario al derecho de libertad”, ANGUITA VILLANUEVA y ZARRALUQUI (58).

PARRA LUCÁN manifiesta ser “difícil precisar *a priori* en qué casos las cláusulas sobre disolución matrimonial podrían considerarse contrarias al actual entendimiento del orden público matrimonial como primacía de la voluntad. Parecen serlo, dice esta autora, “las que excluyan o limiten las causas de separación o divorcio, pero resultan más dudosas otras...” y añade que “En la “jurisprudencia menor”, las Audiencias Provinciales deciden con criterios dispares sobre las cláusulas que establecen, en caso de separación o divorcio, la obligación de indemnizar a la otra parte por años de duración del matrimonio, admitiendo en ocasiones su validez y en otras, en cambio,

(56) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, op. cit., p. 45.

(57) GARCÍA CANTERO, G. *Luces y sombras en la evolución del Derecho español de familia (1981-1990)* en Revista española de derecho canónico, ed. Universidad Pontificia de Salamanca, vol. 52, núm. 138, Salamanca 1995, pp. 43-54, en concreto p. 50; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...* op. cit., p. 45 y RAMS ALBESA, J. J. en RAMS ALBESA, J. J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., y ANGUITA VILLANUEVA, L. A., op. cit., pp. 82-83.

(58) ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, op. cit., p. 66, ANGUITA VILLANUEVA, L. A., en RAMS ALBESA, J. J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., y ANGUITA VILLANUEVA, L. A., op. cit., p. 316, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-ENARRIAGA, L. *Acuerdos prematrimoniales, hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal*, en *Economist & Jurist*, Año XVI, marzo 2008, p. 22.

considerándolas contrarias tanto al orden público matrimonial como a la ética y moral social". (59)

2.2. Paralelismo con la constitución heterónoma de unión no matrimonial. Cabe señalar cierto paralelismo entre la indisolubilidad matrimonial y la constitución de unión institucionalizada no matrimonialmente por el solo hecho de haber concebido un hijo o por el transcurso de un período de convivencia. La primera posibilidad podría expresar un *favor filii* pero, entonces, revela en la *mens legislatoris* la idea de ser un perjuicio para el niño la falta de alguna institucionalización en la pareja de progenitores, perjuicio que fuerza una especie imperativa sin voluntad de los concernidos, una constricción de libertad individual. Ello deja en el aire cierta perplejidad: si el legislador concibe que es preciso proteger a un niño forzando la constitución de unión institucionalizada no matrimonialmente entre sus progenitores convivientes, no se concibe por qué no introduce igual heteronomía protectora para tasar causas y durezas divorcistas habiendo hijos, (mantener vínculo en lugar de crear institucionalización). La perplejidad es mayor si apreciamos, con ESPEJO LERDO DE TEJADA, que la EM de la Ley 15/2005 insiste reiteradamente en proclamar su atención al interés de los menores sin que ello determine ningún ajuste *favor filii* existiendo hijos comunes y sin que ello le impida permitir la adopción por matrimonio homosexual sin ninguna ponderación o consideración *ad casum*, como consecuencia no legislada expresamente que se impondrá generalmente. (60)

(59) PARRA LUCÁN, *Autonomía de la voluntad y Derecho de familia*, en PRATS ALBENTOSA, L., *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado, Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo I, ed. por Consejo General del Notariado, Madrid y Wolters Kluwer España SA, Madrid 2012, pp. 97-454, en concreto p. 161.

(60) ESPEJO LERDO DE TEJADA, *Matrimonio legal...*, *op. cit.*, p. 1.480-1.482; *vide también* MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *La adopción conjunta por matrimonios homosexuales: el efecto indirecto, pero querido) de una reforma matrimonial*, en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2007, ed. EDER-SA, Madrid 2007.

La segunda posibilidad carece de toda explicación posible y sacrifica el derecho a no ser institucionalizado (61) de las personas humanas: resulta sumamente contradictorio haber creado impetuosamente un potente derecho a no seguir casado como manifestación de libertad radical individual y, sin embargo, crear también paralelamente una constitución de unión institucionalizada no matrimonialmente involuntaria, por el solo transcurso del tiempo de convivencia. (62)

ASÚA GONZÁLEZ señalaba en este sentido que “el Derecho va a la caza de la pareja e institucionaliza a partir de lo que considera hechos concluyentes. Las parejas son ciertamente de hecho en la medida en la que el Derecho las entiende constituidas sin una declaración de voluntad”. (63)

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ recuerda que el TC, (STC 93/2013), se pronunció respecto de la constitución involuntaria contenida en la Ley foral navarra 6/2000 de 3 de Julio señalando su inconstitucionalidad, sin perjuicio de lo cual siguen en pie todavía con idéntica inteligencia y tacha sustancial de inconstitucionalidad los artículos 234.1 del Libro II del CCC y el artículo 305 del Código de Derecho Foral de Aragón (64). Señala también MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (65) que no resulta congruente constituir forzadamente algo que es genéticamente disoluble *ex voluntate* unilateral y ESPEJO LERDO DE TEJADA subraya también como contradictoria esta misma imposición *ex lege*

(61) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, *op. cit.*, p. 44.

(62) GARCÍA CANTERO señalaba también cómo “curiosamente esta nota de permanencia se exige por el legislador –acaso por inconsciente mimetismo– en el primer intento de definir la unión no matrimonial” en la D. A. de la Ley de Adopción de 1987, (GARCÍA CANTERO, G., *La crisis de la sexualidad...*, *op. cit.*, p. 346). El mimetismo hoy ha desaparecido.

(63) ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *El Matrimonio hoy: sus perfiles jurídicos ad intra y ad extra*, en Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico. Modelos Familiares, Volumen 2, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 6-27, en concreto p. 25.

(64) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, *op. cit.*, p. 296.

(65) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, *op. cit.*, p. 290.

de la constitución de unión institucionalizada no matrimonialmente sin la voluntad de los convivientes. (66)

2.3. Pacto de indisolubilidad y libertad convencional. Nos referimos ahora a un pacto de indisolubilidad puro, no a cláusulas penales o protocolos de evitación de abusos y daños injustos y costes de oportunidad, (mediación o terapia de pareja de buena fe o “en serio”, dilación temporal, período de separación personal antes de ejercer la acción divorcista, tasación de causas eximentes de indemnización, etc.).

Un pacto de indisolubilidad puro pretenderá su ejecución específica, lo que extrae la cuestión de las posibilidades de la fuerza convencional al encontrarnos en un ámbito nuclearmente personal: no hay aquí cumplimiento equivalente satisfactorio, (no lo es el *pretium doloris*), ni posibilidad de constreñir desde el mero pacto un hacer personal específico. En caso de producirse un efecto de indisolubilidad ello habrá de proceder de sedes verticales que no son el propio convenio y que no son, por tanto, ejecución específica *ex conventione* sino deberes públicos o prescripciones iusfundamentales. El pacto sólo funciona como mero adición fáctica al supuesto de hecho que manifiesta entonces haberse puesto en juego ciertos Derechos fundamentales o virtudes funcionales que, de no existir tal pacto de indisolubilidad, no percutirían en el caso concreto o cuya concurrencia sería, con tal ausencia convencional, de más difícil o de imposible prueba.

El fundamento de la reversibilidad de los negocios jurídicos personales no es la libertad cúspide sino la dignidad humana como paquete completo, pues de otro modo he de aceptar la libertad de arrebatarme a mí mismo mi dignidad humana o de pactar que tú te la autodespojes y me la entregues a mí. “¿Puede, no obstante, un agente moral negar su propio valor?” dice DE MIGUEL BERIAÍN (67).

(66) ESPEJO LERDO DE TEJADA, *Matrimonio legal...*, op. cit., p. 1.480 - 1.482; vide además en cuanto a la última consideración, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *La adopción conjunta por matrimonios homosexuales*, op. cit.

(67) DE MIGUEL BERIAÍN, I., *¿Derechos para los Animales?*, en DILEMATA año 1, (2009), número 1, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, CSIC: Instituto de Filosofía, Madrid, 2009, pp. 15-31, en concreto p. 24.

Y añade FEITO GRANDE: "el reconocimiento de que el individuo tiene un derecho subjetivo implica también asumir que tiene el poder de renunciar a él. Los derechos humanos, en el ámbito de la libertad, se encuentran entonces con la paradoja de que, aun siendo la salvaguarda de la libertad, han de ejercer también de límite para la libertad de renuncia a tales derechos." (68)

Pero nótese bien que lo que ejerce como límite no es el puro y exclusivo derecho de libertad unipersonal e individualista, (no podría, no existe un concepto de "autolimitación", ello es decisionismo y ausencia de prescripción: libertad, ¿para qué?), sino todo el paquete integrado de los Derechos fundamentales y la dignidad humana como unidad (69), en la cual 1. aquella libertad sólo es un bien o emanación más y 2. al no poder existir dignidad humana en la realidad encarnada sino como intersubjetiva y social, el límite no sólo es hacia mí sino en función de todos, conduciendo a la necesaria optimización o maximización (70) de los paquetes integrados de Derechos fundamentales de todos los que nos encontramos en el espacio intersubjetivo.

Así la regla kantiana ha de interpretarse como que no ofende a la dignidad humana 1. que en la colisión inexorable un hombre sea tomado con fin para la maximización de los Derechos fundamentales y dignidad de todos y 2. que, en la misma colisión inexorable, cuando no haya maximización posible sino empate absoluto, se ejerza la legítima defensa o el heroísmo ético.

No es la "libertad de perder mi libertad" la que justifica el *pacta sunt servanda* o el *standum est chartae*, sino el interés indirecto del contrato social, (servil, instrumental para aquella maximización

(68) FEITO GRANDE, L., *Los Derechos humanos y la ingeniería genética: la dignidad como clave*, Isegoría: Revista de filosofía moral y política, núm. 27, 2002, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 2002, pp. 151-165, en concreto p. 154.

(69) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pp. 351-352 y 358-365.

(70) ALEXY, R., *Teoría de los Derechos fundamentales*, GARZÓN, E., (trad.), ZIMMERLING, R., (rev.), ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, p. 86; LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., p. 286; PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, editado por Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992, pp. 41 y 47.

referida), en que exista una fuente voluntaria de obligación jurídica, (negocio jurídico), en la que inserta, (pública y políticamente), un poder, (derecho subjetivo), a través de la sumisión jurisdiccional, (118 CE), diseñada en la forma precisa que la comunidad considera, (701 y ss. LEC, DE CASTRO Y BRAVO) (71). Tal diseño comprende que no existe ejecución específica *ex conventione* de conductas personales.

Pero tampoco es la sacralidad, [DWORKIN (72)], de la libertad individualista la que destruye en el negocio personal aquella voluntaria sujeción a una carta. En el ámbito personal el concepto clave no es libertad sino "empate". La reversibilidad del consentimiento personal es consecuencia de la horizontalidad de las libertades y voluntades de las personas humanas, esto es, resulta directamente de la universalidad de la dignidad humana que es igualdad y empate imposible de romper entre tú y yo. El mismo empate existe en el negocio patrimonial, pero en él la percusión vertical de la sumisión jurisdiccional *ex conventione* como aplicación de Derecho público indirecto deshace esta absoluta y digna igualdad por razón de producirse sobre objetos patrimoniales, (prestaciones), que eluden a la persona en sí misma considerada, (patrimonio personal como sujeto del juego y negocio), siendo preciso la existencia de este juego, su máxima producción de jugadas y su confiabilidad para la riqueza y productividad individual y nacional, (Derecho público indirecto sosteniendo el juego de autonomía patrimonial privada).

Esta ruptura de igualdad no es posible en lo personal porque los bienes e intereses que pretende obtener el contrato social del juego o espacio de libertad y creatividad personal son precisamente el disfrute y desarrollo de la dignidad humana y sus emanaciones y ésta es en primer lugar universal, igual para todos, (es de su universalidad que recibe su condición exterior moral y prescriptiva).

En el ámbito personal no se deshace nunca el empate entre los privados, es preciso un bien o interés directamente público, (De-

(71) DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., p. 12.

(72) DWORKIN, R. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, ed. Ariel, Barcelona 1994, pp. 97 y ss. y pp. 109 y ss.; CORRAL TALCIANI, H. F. y VIGO, A., *Recensión sobre El dominio de la vida: una discusión sobre el aborto y la eutanasia*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 21, número 2, ed. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago 1994, p. 434.

rechos reales como nutridos desde la soberanía nacional y como derechos absolutos, Derechos fundamentales, deberes y derechos públicos), y, percutiendo esta especie pública y absoluta, la cuestión no es ya horizontal entre privados, (convenio, pacto, contrato), sino vertical o triangular respecto de un sujeto nuevo y cúspide que aporta un poder irresistible para todos los comprendidos en la relación horizontal de base.

Nada de ello se explica desde la libertad individual, la cual sólo ofrece la incongruencia de contemplar como en algunos casos mi "libertad de perder la libertad" funciona y en otros no. Si ello ocurre con tal incongruencia es porque existen otros valores más profundos que mueven y hacen bailar, (en uno u otro sentido), al propio derecho de libertad individualista, (inexistente como tal salvo en *privacy*). (73)

Ambos principios antitéticos se manifiestan con toda intensidad en el pacto de indisolubilidad. Ahora bien, como toda colisión de Derechos fundamentales, el supuesto ha de ser examinado como colisión y ponderación *ad cassum*: no existe, a mi juicio, ninguna norma legal expresa que establezca en este punto un ajuste entre autonomía de la voluntad y libertad divorcista pero, de existir, debería reservar un margen de arbitrio judicial naturalmente esencial en estas colisiones. No considero pacífico en absoluto que exista un orden público matrimonial contra la indisolubilidad, [como señalan PARRA LUCÁN y ROCA TRÍAS (74)], sino que se aprecia aquí, a mi juicio, un espacio de creación judicial (75) en espera de pronunciamiento del TC.

(73) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, p. 27, p. 360, p. 661; GIL, T., *Condicionalidad y Autoría. Sobre la verdadera libertad de los seres humanos*, en Isegoría: Revista de filosofía moral y política, núm. 32, 2005, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 2005, pp. 135-144, en concreto p. 140.

(74) PARRA LUCÁN, M. A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.*, p. 161; ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, *op. cit.*, pp. 64-65.

(75) PARRA LUCÁN refiere las direcciones contradictorias de la jurisprudencia acerca del valor reconocido por nuestros tribunales a los pactos que tratan de solidificar jurídicamente el vínculo jurídico matrimonial, (PARRA LUCÁN, M. A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.*, p. 161 y ss.)

2.3.1. Pacto de indisolubilidad y normalización moral darwinista. El pacto de indisolubilidad es la piedra de toque para apreciar si las leyes 13 y 15/2005 han producido una normalización ideológica contraria al pluralismo como valor superior constitucional (art. 1 CE), esto es, para dilucidar si instauran una moral pública única o una verdadera moral social de mínimos o de encuentro. La normalización habrá ocurrido si se considera que tales leyes crean un orden público matrimonial fundado en libertad individualista, donde el divorcio repudio es absolutamente imperativo. Ello toma carácter darwinista por cuanto las demás morales subgrupales matrimoniales que comprenden un valor vincular en el matrimonio quedan condenadas a competir con una moral pública matrimonial empoderada, así como a padecer, por su inferioridad jurídica, los costes de oportunidad que serán infligidos *ex lege* por otros sujetos que no comparten sus convicciones. En este sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA. (76)

ESPEJO LERDO DE TEJADA también refería esta enemiga feroz al pluralismo al manifestar cómo “una cosa es que la interiorización de este valor institucional del matrimonio por parte de las personas concretas no pueda ser garantizado por el ordenamiento, y otra que positivamente se combata dicha idea desde las propia leyes y ni siquiera se la proponga como jurídicamente deseable.” (77)

Máxime cuando tal pacto otorga un suelo firme para que se produzcan entregas y costes de oportunidad con buena fe, sin abuso y con seguridad jurídica *singularis* y considerando, [CON MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (78)], que tal solidez permite apoyar sobre tal matrimonio construcciones de funcionalidad y justicia social. Permitir *ad cassum* que los ciudadanos pongan en juego los Derechos fundamentales que se mueven y subyacen a la indisolubilidad matrimonial, (cuya prueba de puesta en liza es este propio pacto), se orienta en una dirección precisamente social y no antisocial.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ se refiere también al valor de la “diversidad”, esto es, a que el Derecho propicie plurales realidades

(76) ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...*, *op. cit.*, pp. 1.482-1.483 y 1.484.

(77) ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *ibídem*, p. 1.484.

(78) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, *op. cit.* p. 44.

estructurales y funcionales matrimoniales, y demanda decisiones de política legislativa que ofrezcan diferentes tipos de matrimonios por razón de la intensidad o ausencia de vinculación jurídica, los cuales permitirían a las personas tomar el que correspondiera a su ética individual y a la moral subgrupal matrimonial que hubieran concordado. (79)

Señala ROCA TRÍAS que “una ideología dominante sirve para “domesticar” las nuevas vías de concebir las familias (80) y, en este sentido, si la libertad civil no comprende algún tipo de juridicidad para un pacto de indisolubilidad matrimonial, entonces estamos contemplando una domesticación de formas de matrimonio tradicionales con gran implantación social. En la competencia darwinista planteada ex Ley 15 /2005 ello permitirá la reacción defensiva del subgrupo moral “domesticado”: RAMS ALBESA señala la posibilidad de parejas casadas sólo canónicamente “*ante faciem Ecclesiae*”, sin inscripción en el Registro Civil, con muy plena aceptación social e incluso “marcando clase” (81), y GARCÍA CANTERO se pregunta si no es el momento de una huelga de bodas católicas como la que ocurrió en 1870-1875. (82)

En cualquier caso concluye ROCA TRÍAS que “la pluralidad de la sociedad nos obliga a estructurar estas respuestas en torno a formas abiertas fundadas en el contrato”. (83) VALPUESTA FERNÁNDEZ también otorga papel preponderante a la libertad que “acentúa el individualismo en las relaciones de pareja, a la que hay que reconocer capacidad de decisión para organizar internamente la convivencia con el límite del respeto a cada uno. La regulación de estos derechos y obligaciones tenderán en el futuro a acentuar la protección de los derechos fundamentales de los cónyuges más que a definir su contenido.” (84)

(79) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *ibídem*, pp. 44-45.

(80) ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas...*, op. cit., p. 71.

(81) RAMS ALBESA, J. J. en RAMS ALBESA, J. J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., y ANGUITA VILLANUEVA, L. A., op. cit., pp. 96-97.

(82) GARCÍA CANTERO, G., *¿Qué queda del vigente...*, op. cit., p. 533.

(83) ROCA TRÍAS, E., *La familia...*, op. cit., p. 71.

(84) VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., *Reflexiones sobre el Derecho de Familia*, en Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico. Modelos Familiares, volumen 2, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 74-98, en concreto p. 83.

Pues bien, pluralidad y nueva libertad requieren ponderar todos los bienes e intereses presentes y en liza antes de negar determinados contenidos en juego, so pena de caer en normalización ideológica *ex lege*, y esta exposición de valores en torno a la indisolubilidad matrimonial es la que se intentará en los apartados que siguen.

2.4. Poligamia y poliginia. La interdicción de poligamia y poliginia forma parte del orden público matrimonial español, lo que es tanto como decir de la moral social de mínimos o de encuentro matrimonial para todos los ciudadanos. ROCA TRÍAS señala que en aquella zona de fijeza o mínimos se encontrarán “prejuicios culturales o religiosos” y no “argumentos jurídicos”, y que su regulación es una competencia estatal que “con toda seguridad, elegirá reglas aceptadas socialmente desde hace muchos años...”, por lo que “la mayoría de los países occidentales presentan un contenido muy homologable...” (85)

Pero la cuestión no es simplemente prejuiciosa o cultural, pues 1. tales mínimos atienden también, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, a la funcionalidad, determinando “en primer lugar qué modelos precisan de una específica regulación (puede que no todos: sólo aquéllos que tengan una mínima funcionalidad social)” (86), debiendo notarse que la funcionalidad es juiciosa y enjuiciable, en tanto la cultura es óptica, no admite deber ser, sólo puede escogerse pero no juzgarse; y 2. tales mínimos han de ser basados hoy en los Derechos fundamentales. Por ello desde su perspectiva ROCA TRÍAS, (meros prejuicios, ideología), no encuentra fundamento a la interdicción de poligamia (87) y MATA DE ANTONIO concluye su estudio sobre “parejas de hecho” con la siguiente pregunta: “¿y por qué no de tres?”. (88)

(85) ROCA TRÍAS, E., *La familia...*, op. cit., p. 60.

(86) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, op. cit., p. 44.

(87) Así lo califica de “tabú cultural sólo para aquellos sistemas matrimoniales que derivan de regulaciones ligadas con la fe cristiana, mientras que otras, como la secta *Amish* y los propios musulmanes admiten la poligamia, con las consecuencias que plantea en sociedades multiculturales, como están destinadas a serlo las occidentales”, (ROCA TRÍAS, E. *La familia y sus formas*, op. cit., p. 60).

(88) MATA DE ANTONIO, J. M., *Parejas de hecho, ¿equiparación o discrimi-*

Entre nosotros considero que la interdicción de poligamia o poliginia no puede basarse en la igualdad de género y la dignidad constitucional de la mujer, [aunque RAMÍREZ NAVALÓN cita en tal sentido las Resoluciones DGRN 3-12- 1996, 20-2-1997 y 8-4-199 (89)], y ello porque, a diferencia del repudio en los países islámicos (90), poligamia y poliginia podrían funcionar determinando pluralidad de mujer o de varón, esto es, sin discriminación ex 14 CE al admitirse para todos los géneros.

El fundamento personal en contra de un concepto de matrimonio plural sólo puede basarse, a mi juicio, en que se considera esencial e irremediablemente inmoral que una sola persona reciba de otras varias bienes, entregas, renunciaciones e intereses, y ello porque todas ellas se entregan absolutamente como adultos: “todo” no puede entregarse a A y darse también simultáneamente a B. Ningún consentimiento sana esta imposibilidad lógica que es una exigencia de igualdad y dignidad humana. Uno puede tener un solo amigo o muchísimos, pero la amistad, como la solidaridad o la cooperación, no presentan esta necesidad de igualdad potencial *ab initio* en la mutua entrega de bienes e intereses personales, aunque luego uno dé efectivamente más que otro, (reciprocidad antropológica).

En la unión afectiva sexual las personas se entregan jurídicamente todas ellas en cuanto adultos, esto es, de modo absoluto, y quien se entrega absolutamente ya no puede entregarse otra vez ni dar nada más en el mismo plano. Esta idea absoluta late también, a mi juicio, en la prohibición de término y condición en el art. 45 CC y en las uniones no matrimoniales constituidas *ex voluntate*, a pesar de existir un “plazo máximo” legal de tres meses en el matrimonio,

nación? (*Análisis de la normativa autonómica*), en Acciones e Investigaciones Sociales, 14, (febrero 2002), ed. Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2002, pp. 183-251, en concreto p. 248.

(89) RAMÍREZ NAVALÓN, R. M., *Multiculturalidad y orden público matrimonial*, en BLASCO GASCÓ, F. de P., (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, vol. 2, 2011, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 2097-2114, en concreto p. 2.105.

(90) RAMÍREZ NAVALÓN señala tal desigualdad y cómo hubo de introducirse una previsión especial bajo la letra c del artículo 107 CC, (RAMÍREZ NAVALÓN, R. M., *ibídem*, p. 2.112).

[contradictorio como señala CAÑETE QUESADA (91)], y de horas o minutos en las uniones no matrimoniales.

Por el contrario en la relación paterno y materno filial las entregas se producen jurídicamente de modo relativo en función de dependencia. Aunque exista una demanda intensísima en los primeros años de vida, paternidad y maternidad son esencialmente a término, (18 años), sus exigencias disminuyen gradualmente hasta tal edad y su destino natural es que los hijos se independicen de los padres/madres. El carácter absoluto de la paternidad/maternidad está en el corazón pero no en la letra o espíritu de las leyes escritas. Por ello uno puede tener 12 hermanos y no podrá protestar querer ser hijo único o estar recibiendo menos afecto que el benjamín.

Es sólo en la relación afectiva sexual que ocurre que la ruptura de la aritmética 1=1 afecta a la dignidad humana y a la igualdad. Únicamente podría defenderse esta desigualdad potencial puesta de manifiesto *ab initio* por la situación plural creando una "bolsa común" de entregas y renunciaciones en la que todos los cónyuges ponen y todos reciben sin consideración, esto es, construyendo una noción de familia que los absorba como adultos individuales en un sujeto familiar y en un interés familiar que compensa a todos; pero ello borraría la consideración individual de las personas que se considera hoy como base y cimiento del nuevo Derecho de familia entre nosotros, (PARRA LUCÁN, ROCA TRÍAS). (92)

2.4.1. Impedimento de vínculo. El impedimento de vínculo trae consigo razones adicionales de funcionalidad, por cuanto la falta de ruptura determina perturbaciones para relaciones incluso patrimoniales entre los cónyuges, los nuevos convivientes y también respecto de terceras personas. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ señala que el impedimento de vínculo no priva a nadie de vivir juntos y quererse, pero sí de hacerlo con relevancia jurídica, esto es, saliendo de la vía de hecho; este impedimento existe incluso en las uniones no

(91) CAÑETE QUESADA, A., *El anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio*, en La Ley, Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ed. La Ley actualidad, 2004, pp. 1516-1524, en concreto p. 1519.

(92) PARRA LUCÁN, M. A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit. p. 104; ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, op. cit., p. 49.

institucionalizadas y, a juicio de este autor, manifiesta que “la familia no es sólo convivencia y afectividad” (93). Sin embargo, como también apunta MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, la doctrina de los impedimentos vinculares matrimoniales ha perdido importancia. (94)

Ello es otro episodio de la competencia darwinista, entre el matrimonio estatal y el matrimonio “autonómico” (95) lo que también supone una desvalorización del propio matrimonio (96) en la línea ideológica de armar y rearmar a las uniones no matrimoniales y de desarmar a las matrimoniales. Así las leyes de parejas de hecho de 11/2001 de 19 de diciembre de la Comunidad de Madrid, (art. 2.1.b), 5/2003 de 20 de Marzo de Extremadura, (art. 3.1.b), 2/2003 de 7 de Mayo del País Vasco, (art. 2.1) y 5/2012 de 15 de Octubre de la Comunidad Valenciana, (art. 41.b) eliminan el impedimento matrimonial vincular como obstáculo para institucionalizar una unión no matrimonial al permitir tal posibilidad al separado legalmente, lo que el artículo 234.2.c CCC extiende al separado meramente de hecho, lo cual es, sin embargo, un imposible concepto jurídico.

El CCC seguramente ha querido limitar la contemplación de la separación de hecho al solo efecto impeditivo sobre la unión estable, pero en Derecho sustantivo no se puede abrir puerta a un solo efecto y podremos contemplar la perturbación de dos comunidades jurídicas de vida y de una comunidad patrimonial anterior, (régimen de sociedad conyugal).

(93) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, *op. cit.*, p. 35.

(94) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Nuevas formas de familia: la respuesta legal*, *op. cit.*, p. 728.

(95) ASÚA GONZÁLEZ considera aquí una “suerte de matrimonio autonómico”, (ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *op. cit.*, pg. 26); MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ situaba la diferencia en el compromiso jurídico o vínculo natural al matrimonio pero refiere cómo “tras la reforma del divorcio efectuada en nuestro país, el compromiso derivado del matrimonio civil... [es] tan liviano que la diferencia pasa a ser casi irrelevante”. Ello no obsta a que en el buen concepto la diferencia siga estando en la voluntad de comprometernos jurídicamente o de no hacerlo, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., PARRA LUCÁN, M. A., *Curso del Derecho Civil (IV)*, *op. cit.*, p. 292)

(96) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., PARRA LUCÁN, M. A., *Curso del Derecho Civil (IV)*, *op. cit.*, p. 292.

Ni la separación de hecho ni la constitución de unión estable suspenden la comunidad de vida matrimonial, (art. 231-2), y el CCC sólo ha dispuesto en el artículo 232-36.2.a la disolución de sociedad conyugal por resolución judicial que declare la separación de hecho a petición de uno solo de los cónyuges, lo que, en tal caso, es una separación judicial que no se comprende por qué sucede a un solo efecto.

La negativa a judicializar la salida matrimonial hacia la unión no matrimonial lo fía todo a que el plano jurídico se vea favorecido por el dato de que materialmente no puedan sostenerse dos comunidades de vida de hecho, lo que es ingenuo y puede ser incierto en algunos casos, (234-4-1.a CCC). Aquí la única solución es regular jurídica y judicialmente la separación de hecho a todos los efectos, con lo que deja de ser “de hecho” y torpedea la facilidad proselitista que pretende el legislador para las uniones no matrimoniales.

Ello es un empeño ideológico en aras del individualismo y la desjudicialización, el cual produce forzamientos que también se aprecian p.e. en el artículo 222-2 CCC sobre poder en previsión de incapacidad. Este artículo recoge en el año 2010 la posibilidad que GARCÍA CANTERO ya había señalado veinte años antes, pero lo hace con un sesgo individualista y antijudicial que termina por no proteger al poderdante cuando queda efectivamente incapaz. (97)

(97) “Personalmente no creo que haya obstáculos insuperables para que una persona organice anticipadamente su propia tutela... ¿Por qué no darles la posibilidad legal de elegir ya un representante de su gusto que gobierne sus asuntos cuando se agudice el declive de sus facultades mentales? No faltan en el Código Civil ejemplos de eficacia de una representación voluntaria más allá de los límites de capacidad del sujeto... Si no hay obstáculos dogmáticos para que el mandato dado para contratar con terceros siga surtiendo efectos *postmortem* o *postincapacitatem*, dése un paso más adelante y reconózcase la posibilidad de que el sujeto, mayor de edad y en plena posesión de sus facultades, pueda organizar su propia tutela”, (GARCÍA CANTERO, G., *Notas sobre la Representación Legal en el Derecho de Familia*, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Varios Autores, ed. Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia 1989, pp. 289-302, en concreto pp. 301-302). El problema es que el ansia individualista del CCC crea un sistema que no protege al poderdante de sus propios actos, ello al no haber querido instrumentar la atracción universal de tales poderes hacia el Juez y la preeminencia de la sede judicial, (parágrafo 1901.a BGB), frente a lo cual el CCC dice “No es preciso poner en tutela...”, (art. 222-2-1

De cualquier forma, obsérvese cómo es coherentemente funcional el matrimonio poligámico islámico en sus propias sociedades tan sólo por estar basado en una discriminación de género: si únicamente el varón puede tener varias esposas y no existe régimen económico matrimonial al no participar en el mismo la mujer, los problemas y perturbaciones que surgen entre nosotros por la falta de rupturas vinculares previas son congruentemente evitados. Ello es una regla de coherencia funcional que existe bien formulada en antropología: el premio a un género, (sexual, patrimonial, jurídico, político), sólo puede establecer a costa absoluta del otro. (98)

2.5. Derechos y libertades del cónyuge divorcista. Para examinar la colisión de Derechos fundamentales sobre el divorcio repudio es preciso discriminar cuáles son los bienes, intereses y derechos personales que tiene en juego el cónyuge repudiante, lo

que libera al apoderado de promover la tutela ex 222-14 CC), por lo que existiendo tal poder la concurrencia de causa incapacitante convierte a la tutela en mera posibilidad, ("Si, en interés de la persona protegida llega a constituirse la tutela...", art. 222-2-3 CCC). Este poder preventivo o bien surte efecto desde el otorgamiento o bien su eficacia se producirá luego pero siempre a espaldas de juzgado de acuerdo con las "circunstancias" y "medidas de control" que determine el poderdante para ello, las cuales no serán la propia tutela o estaremos ante una simple delación voluntaria. De este modo el poderdante que ya no pueda actualmente "gobernarse por sí mismo" retiene su autorrepresentatividad jurídica porque ni él mismo ni su apoderado pueden arrebatarla sino sólo un Juez que es expulsado del supuesto. Lo decisivo es el momento en que concurre causa incapacitante, la cual debe necesariamente instrumentarse *sub iudice* con incapacitación y tutela, (asistencia en el BGB ex atracción universal 1901.a); no el momento y la comunicación del otorgamiento del poder. Por ello la inscripción del poder en el Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios no protege ni coloca en mala fe conocimiento, tanto por referirse a un nombramiento pero no a una incapacidad, como porque la incapacidad es sólo potencial y futura. Pero, si se cerrara el sistema estableciendo la comunicación e inscripción de la concurrencia de causa incapacitante en el Registro Civil para producir la oponibilidad de la causa material incapacitante, se apreciaría entonces la privatización de una garantía fundamental de las personas que parecía esencial y pacífica ex 199 CC, la de que sólo puede privarme de mi autorrepresentatividad jurídica una sentencia judicial.

(98) HARRIS, M., *Vacas, cerdos, guerras y brujas*, Antropología, Alianza Editorial, Bolsillo en Español, Madrid 2000, p. 291.

que obliga a diferenciar el derecho a no seguir casado y el derecho a no estar casado contigo. El derecho a no seguir casado (99) supone que la libertad divorcista se basa sustantivamente en las libertades personal, sexual, afectiva y domiciliaria, en la intimidad, autonomía patrimonial y, de aceptarse que existe oficio público conyugal, en el cese de la limitación de libertad que ello supusiera como estatuto, todo ello conectando con el art. 10 CE. El derecho a no estar casado contigo comprende que sí que se quiere estar casado y sí que se desea padecer tales efectos personales y patrimoniales, pero con otra persona como cooperante o colaboradora necesaria. Todavía han de añadirse a estos derechos el de libertad ideológica o religiosa si el cónyuge divorcista precisamente ha tomado creencias enemigas a la institución matrimonial vincular.

Debe tenerse en cuenta que sólo la libertad ideológica o religiosa afecta directamente al propio vínculo en cuanto jurídico pues: 1. el derecho a estar casado pero no contigo se ve entorpecido por la falta de disolución sólo en la medida en que exista un impedimento de vínculo; y 2. el derecho de cesar en las limitaciones personales y patrimoniales que impone la comunidad de vida no se ve afectado por la continuidad del vínculo en cuanto todas ellas pueden ser suspendidas mediante separación judicial.

En el matrimonio canónico, (indisoluble ex canon 1101,2) (100), el instituto de la separación canónica permite cesar el régimen de vida en común y la cohabitación sin afectar al valor indisoluble y sacramental del matrimonio en aquel ordenamiento, (canon 1151) (101). La separación canónica puede ser perpetua, (que se establece en cuanto que se es cónyuge, comprendiendo como causa el adulterio), y temporal, (que se establece en cuanto se es persona, por peligro para el alma, el cuerpo o la vida en común insoportable), señalando LÓPEZ ALARCÓN Y NAVARRO-VALLS que "cuando la comunidad de vida, lejos de ser un medio de perfección y de complemento de la personalidad humana, se convierte en un factor nocivo para el bien físico o espiritual de los cónyuges, la comunidad deja de tener senti-

(99) Derecho a no permanecer casado dice ROCA TRÍAS, (ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, op. cit., p. 65).

(100) LÓPEZ ALARCÓN, M., NAVARRO-VALLS, R., *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, ed. Tecnos, Madrid 2001, 7.ª edición, p. 89.

(101) LÓPEZ ALARCÓN, M., NAVARRO-VALLS, R., *ibídem*, p. 385.

do y la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana autorizará el régimen de separación; pero el deber de cohabitación se suspende en tanto perduran las causas que amenazan la paz, la incolumidad, la dignidad personal de uno de los cónyuges” y añaden que no es separación sanción sino separación remedio una vez fracasadas las tentativas previas de reconciliación del canon 1695, tratando de evitar males peores que podrían derivarse de persistir aquellas anómalas situaciones. (102).

En un matrimonio civil la separación judicial suspende la comunidad de vida y todas aquellas vinculaciones, afecciones y oficios públicos conyugales ligados a ella, incluyendo la recuperación de la libertad sexual plena, (artículo 83 CC).

En este sentido, el valor de un pacto de indisolubilidad como demostrativo de la existencia de especiales Derechos fundamentales percutiendo sobre la libertad divorcista no estaría en obligar concretamente al recíproco a entregarme su libertad e intimidad personal, sexual y domiciliaria. Ello no ocurre tampoco en el ordenamiento canónico que sirve de paradigma a este matrimonio indisoluble. La indisolubilidad sólo habría de llevar en el orden civil, (como en el canónico), a que no se rompiera el vínculo jurídico en cuanto puramente jurídico, lo que dejaría como única afección de derechos personales 1. los efectos perjudiciales del impedimento de vínculo y 2. la enemiga ideológica o religiosa al propio matrimonio.

La certísima duplicidad de uniones que supone la existencia del matrimonio estatal y de los “matrimonios autonómicos” (103) determina que el derecho de estar casado pero no contigo o derecho de volverme a casar no esté afectado cuando pueda acudir a ese matrimonio autonómico paralelo que es incluso más beneficioso *ex lege* que el estatal (104). Ninguna intensidad presenta entonces

(102) LÓPEZ ALARCÓN, M., NAVARRO-VALLS, R., *ibídem*, pp. 389-390.

(103) Señala ASÚA GONZÁLEZ: ¿Puede hablarse de clase de matrimonio?... la cercanía es evidente, y lo es más en aquellas Comunidades que extienden su regulación civil sobre matrimonio a las parejas institucionalizadas no casadas... por lo que hace a las Comunidades con competencia civil, la competencia exclusiva del Estado parece limitarse a la constitución y extinción del vínculo matrimonial. En estas condiciones es difícil no ver una suerte de matrimonio autonómico.” (ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *op. cit.*, pp. 25-26).

(104) ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *op. cit.*, pp. 25-26. Señala en este sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ que se ha convertido al matrimonio en la “*shadow*

la afección de la continuidad del vínculo. Esta inanidad del vínculo como impedimento ocurre en las Comunidades de Madrid, Extremadura, País Vasco y País Valenciano, en tanto Catalunya añade la novedad de admitir también al separado de hecho.

Será sólo en las restantes comunidades que podrá protestarse tal afección, pero téngase en cuenta cómo, todavía sin llegar a este extremo pero quizá oteándolo, la Ley Foral de Navarra de 6/2000 de 3 de Julio señala impedimento de vínculo pero permite computar a efectos de "estabilidad" todo el tiempo en que esa unión existió constante impedimento, (art. 2.2).

En estas comunidades donde el separado legal no puede institucionalizar nueva unión ello no le impide ejercer sus libertades y renunciaciones vitales y entregar sus compromisos morales a otra persona, esto es, como señalaba MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, el impedimento de vínculo no priva a nadie de vivir juntos y quererse. (105) No existe constricción de libertad en efectuar tales planes y desarrollos de vida en forma institucionalizada o no institucionalizada. La diferencia no estaría en el plano de la libertad y del 10 CE sino, en su caso, en las contemplaciones de justicia social y distributiva que pudieran resultar de la institucionalización y, en tal caso, de una supuesta causa de discriminación.

2.5.1. Pérdida de beneficios sociales. VALPUESTA FERNÁNDEZ señala: "Los derechos sociales atienden a necesidades que se plantean en determinadas circunstancias y éstas las puede tener tanto el matrimonio como la pareja de hecho, sin que el estatuto jurídico de uno y otro tenga relevancia suficiente para desvirtuar o anular la similitud o identidad de presupuestos para el ejercicio de tales derechos; vulneran, pues, el principio de igualdad, aquellas disposiciones que, no siendo *strictu sensu* Derecho de familia, tienen a éstas como destinatarias de beneficios y prestaciones típicas del estado

institution" de las parejas de hecho y que los convivientes institucionalizados no matrimonialmente pueden utilizar en su beneficio el Derecho y el no-Derecho para adquirir una posición jurídica más ventajosa que los casados, lo que habría de ser contrario a la garantía institucional matrimonial, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Nuevos modelos de familia: la respuesta legal*, op. cit., p. 709 y p. 726).

(105) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, op. cit. p. 35.

social". (106) Justifica con ello esta autora la igualación en justicia social y justicia retributiva de matrimonio y unión no matrimonial.

PARRA LUCÁN señala que "Los datos legales... muestran, sin embargo, no sólo la falta de preferencia por un único modelo sino además, la consagración de la tendencia a considerar las relaciones familiares al servicio de los intereses individuales y, en buena medida, sujetas a su voluntad" sin que puedan prosperar las posiciones, (sigue diciendo esta autora), que consideran: 1. que "el respeto a la libertad personal no exige atribuir a todas las alternativas las mismas consecuencias" y 2. que "Los comportamientos familiares... no son totalmente independientes del Derecho, que... puede incentivar determinados comportamientos, reforzando las consecuencias jurídicas, creando un marco dotado de certeza y seguridad para el modelo concreto de la familia nuclear estable, que se considera preferible en atención a su eficacia en el logro de la función social..." (107)

Aquí la contradicción consiste en que se niega una diversidad jurídica retributiva social entre matrimonio y unión no matrimonial eliminando cualquier percepción de funcionalidad social, pero 1. no se aherroja la siguiente derivada que consistiría en afirmar que aquí sólo caben, entonces, políticas sobre las personas físicas individuales, (infancia y asistencia social individual a adultos), sin hacer referencia a ninguna convivencia o unión, afectiva, sexual o de ningún tipo y 2. al no completar el recorrido de su argumento mantienen la política retributiva social en el puro formalismo de la institucionalización, la cual, *per se*, no justifica nada. Para ser plenamente coherentes estas doctrinas habrían de correr la equiparación desde el matrimonio hasta las propias uniones no matrimoniales no juridificadas y no juridificables e incluso hacia cualquier comportamiento individual de apoyo o protección a los menores, con convivencia o no. En este sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, (a propósito de una distinción entre unión no matrimonial juridificable y no juridificable), señala cómo el fundamento de entrar o no en determinada regulación no puede estar en la convivencia pues en ambos casos ésta existe (108).

(106) VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., *op. cit.*, p. 82.

(107) PARRA LUCÁN, M. A. *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.*, pp. 113-114.

(108) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, (coordi-

También refiere PARRA LUCÁN: "... la "institucionalización"... hace que a continuación todas las parejas que no cumplan los requisitos requeridos... queden fuera de la protección legal que se dispensa a las "parejas legales". Tan discutible resulta que a las verdaderas parejas de hecho se les pueda aplicar, por analogía, las normas previstas para las parejas legales, como injusto puede ser que sus miembros queden privados de protección en ciertos casos." (109)

En mi opinión, si una consideración funcional y de justicia social no es legítima para distinguir entre ciertos tipos de matrimonio y entre éstos y la unión no matrimonial, tampoco es legítima una exigencia de institucionalización para otorgar ciertas ventajas a las uniones juridificadas frente a las no juridificadas o exigir convivencia y no contemplar conductas o necesidades individuales. Si se niega el valor de funcionalidad social entonces, como dije, toda ayuda o consideración pública sólo puede basarse en la persona física misma, individual, pero no en ciertas convivencias, ni en ciertas convivencias con exclusión de otras. La intervención pública habrá de ser bien protección de la infancia ex 39 CE, (cada niño uno a uno), asistencia a adultos necesitados, (uno a uno), o bien implementación de los intereses y valores de solidaridad constitucional que cita PARRA LUCÁN (110). Todo ello naciendo directamente ex CE y no de ninguna institucionalización o convivencia y predicándose, (o no), tanto si existe pareja y convivencia como si concurre crianza separada, crianza unipersonal o personas que viven solas, [*singles childfree* (111)].

En tal caso lo que ha de ser criticado no es la imposibilidad de participar en tales beneficios legales por parte del cónyuge divorcista al

nador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., PARRA LUCÁN, M. A., *Curso del Derecho Civil (IV)*, op. cit., p. 293.

(109) PARRA LUCÁN, M. A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit., p. 114

(110) PARRA LUCÁN, M. A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit., pp. 112-113.

(111) BASTEN, S., *Voluntary Childlessness and being Childfree, The Future of Human Reproduction, Working Paper #5*, June 2009, ed. St. John's College Research Centre, University of Oxford and the Vienna Institute of Demography, Austrian Academy of Science, http://www.spi.ox.ac.uk/file-admin/documents/pdf/Childlessness_-_Number_5.pdf, última visita el 7 de mayo de 2014.

que no se permite la disolución vincular y no puede institucionalizar nueva unión, sino la propia existencia de tales protecciones legales desde una ideología que no quiere entrar en debates funcionales y diversidades jurídicas y retributivas sociales. Si, por el contrario, se acepta un examen y una calificación en términos de funcionalidad, el matrimonio indisoluble y este pacto de indisolubilidad podrán ser valorados en tales términos, desde los cuales no cabe duda de la prosocialidad del mismo (112) tanto para la ponderación con la libertad individual como para políticas de justicia social y retributiva. (113)

2.5.2. Inconstitucionalidad de pensiones de viudedad.

Éste es el mismo debate que subyace a la inconstitucionalidad de las pensiones de viudedad. En este sentido, la STC 41/2013 de 14 de Febrero señaló que no es constitucional exigir el criterio de existencia de hijos comunes para conceder pensión de viudedad a las uniones institucionalizadas no matrimonialmente, si bien el voto particular que sigue al fallo señala congruentes razones de justicia social en la exigencia del requisito de hijos comunes, (mayores cargas y esfuerzos que, ahorrando costes públicos por amor, habrán podido afectar a la capacidad económica del ahora viudo o viuda, producción de un nuevo ciudadano, etc.) Ello es una consideración de justicia social, (sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social, a cuyos limitados recursos alude el voto particular), general para toda crianza institucionalizada o no, e incluso con filiación o sin ella, que, sin embargo no prosperó en el fallo del TC.

No obstante, el TC ha admitido a trámite cuestión interna de inconstitucionalidad 693/2013 sobre el artículo 174.1 de la LGSS que regula las pensiones de viudedad por razón de violar el artículo 14 CE, de modo que es posible que la resolución de esta cuestión abra la posibilidad a un pronunciamiento general acerca de 1. existir funcionalidad social retribuida en la viudedad o en la crianza y señalar entonces ser justo socialmente y no discriminatorio reservarla para aquéllos en quienes concurre el motivo funcional, o 2. no haberla y no poder existir tales pensiones en tal concepto para nadie.

(112) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, op. cit., pp. 39-40.

(113) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *ibídem*, pp. 41 y ss.

En caso de estimar el TC que existe tal funcionalidad y que su retribución social no es discriminatoria, quedará abierto el camino para estimar con qué nivel de compromiso y vínculo jurídico, (esto es de oficio público que sólo puede ser, a mi juicio, conyugal y vincular), puede o no puede fundarse tal retribución de justicia social así como un valor comunitario y público en los vehículos jurídicos que procuren tal funcionalidad. (114)

2.6. Derechos del recíproco no divorcista. Los derechos del recíproco que quedan afectados por el divorcio repudio son el derecho de libertad, el derecho de fundar, (y seguir familia), y el derecho de libertad religiosa.

El derecho de libertad, (mi libertad de seguir casado), queda empatado con el correspondiente derecho de libertad del divorcista en sentido negativo, (mi libertad de no seguir casado), y ello vuelve a revelar la naturaleza cooperativa de estos supuestos derechos individualistas y su abono inevitable a posibles abusos, costes de oportunidad y daños injustos. El derecho de fundar y seguir familia no se ve afectado como tal o en abstracto si consideramos familia al grupo con hijos, (no se priva al no divorcista, (ni al divorcista), de su patria potestad), pero, para quienes consideramos una noción de matrimonio familia entre los propios cónyuges, este derecho sí que se ve afectado al perderse las expectativas protectoras del oficio conyugal recíproco. (115)

(114) Téngase en cuenta que el artículo 174 citado, sobre pensión de viudedad, soporta hoy en trámite las siguientes cuestiones en cuanto a cónyuges y convivientes: 693/2013 sobre el 174.1, 4921/2012 sobre el artículo 174.2.º, 2253/2013, 2255/2013 y 2256/2013 sobre 174.3 párrafos cuarto y quinto, 4367/2013, 4934/2013 y 4935/2013 sobre 174.3 párrafos cuarto y quinto, 5800/2011, 6487/2011, 6589/2011, 932/2012 y 4932/2012, sobre ciertos incisos del 174.3 LGSS. La cuestión 932/2012 ha sido resuelta por STC 40/2014 de 11 de marzo que considera inconstitucional y contrario al principio de igualdad la remisión de la LGSS a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio para establecer la acreditación de la pareja de hecho que legitime para la percepción de la pensión, así como cualquier remisión a normativa autonómica "cuando se trata de determinar los requisitos de acceso a una prestación de la Seguridad Social".

(115) "Expectativas de cuidados" dice LÓPEZ JACOÍSTE, (LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., p. 666.

No obstante, este derecho y esta pérdida se ven reconducidas otra vez al empate al concretarse la encrucijada no en abstracto sino en concreto como derecho de fundar y seguir familia precisamente contigo, a lo que se opone con toda equivalencia el mismo derecho en sentido negativo del recíproco. Desde el art. 10 CE se interpone precisamente la *Abschlussfreiheit* en el ejercicio de fundar y seguir familia, esto es, mi libertad de iniciar y continuar tal aventura cooperativa con quien quiera y de discriminarte ahora o luego rechazándote, (lo que son negocios personales unilaterales), de modo que la familia-empresa o familia-sociedad entre X y Z, (genitores o personas que adoptaron conjuntamente), está sujeta como cuestión personal a la reversibilidad propia de tal ámbito, aunque ello sólo en tanto en cuanto no exista una consideración funcional que niegue ser equivalente en términos públicos y operativos el ejercicio separado, partido o "desconstituido" de los deberes paternos o maternos. Haber acordado negocialmente aquel ejercicio cooperativo y haber cesado voluntariamente en el esfuerzo común y conjunto proyectado podrá tener, sin embargo y en su caso, consecuencias indemnizatorias.

Queda, sin embargo, y es a mi juicio el derecho decisivo, aquél de libertad religiosa o ideológica en cuanto se profese una confesión o se participe de una ética que contemple como un valor propio la indisolubilidad del vínculo. No cabe duda que el cónyuge no divorcista que profesa p.e. la religión católica y contrajo matrimonio como sacramento, (igual que su recíproco), padece intensas consecuencias no sólo individuales, psicológicas y en sus creencias y valores sino también en cuanto a su posición en la sociedad canónica. Ello a consecuencia de la colisión con el derecho de libertad de quien profesa igual confesión y recibió el mismo sacramento, pero que ejerce la libertad y el poder jurídico que le otorga el divorcio repudio civil.

En este punto considero afectado con más intensidad el derecho de libertad religiosa del cónyuge católico no divorcista, (casado en recepción de un sacramento al tiempo que en constitución de una situación civil), que el derecho de libertad del recíproco. El pacto de indisolubilidad, como dije antes, sería el *factum* que prueba haberse puesto en juego en concreto, intensamente y conocidamente para el recíproco, tal libertad religiosa, pues, sin tal constancia, la mera ceremonia católica podría contener distintos panoramas psicológicos e intensidades de parte de los contrayentes.

Por último, volveremos a encontrarnos empatados en esta sede de libertad religiosa e ideológica si el cónyuge divorcista opusiera su propia libertad religiosa o ideológica manifestando participar ahora de concepciones distintas sobre indisolubilidad del vínculo, si bien la mínima exigencia de prueba y seriedad en tal afección requeriría que apostatará de la profesión de fe católica.

Téngase en cuenta que el contrato social no considera, p.e., la libertad asociativa incluso política como una pura cuestión *ad intra* sin derivada individual *ad extra*: así 1. apoyará la expulsión del asociado que no honra los estatutos ni el fin asociativo en contra de la libertad individual perturbadora de éste y 2. no permitirá que, p.e., el cónyuge o el padre de un asociado afecten a la libertad asociativa del hijo o del recíproco interfiriendo el desarrollo que éste quiera alcanzar mediante el fin asociativo y afectando a su consideración personal en la asociación o partido político.

Señala ROCA TRÍAS que "Imponer a unos ciudadanos unas reglas que mantienen el matrimonio sobre la base del principio de la indisolubilidad sería absolutamente discriminatorio para aquellos otros ciudadanos que no participan de esas creencias" y cita a MONTÉS PENADÉS quien en 1984 consideraba que cabe "menos todavía utilizar el aparato coactivo del estado para que las consecuencias de esas creencias queden implantadas" (116).

Nada de ello ocurre, sin embargo, en la ponderación anteriormente propuesta, por cuanto 1. se produce entre católicos profesos y, como dije, 2. cedería por empate si el divorcista apostatará y opusiera su propia libertad ideológica o religiosa, (provocando disparidad sobrevenida en aquel matrimonio canónico). Por otra parte, si se produjera *ab initio* tal matrimonio entre católico y no católico sería dispar, no nacería como canónico y no pondría en juego aquellos derechos. (117)

Añade ROCA TRÍAS que el régimen del matrimonio es único porque "otra cosa sería admitir una discriminación por razón de religión... y, por ello, la disolución por divorcio afecta por igual a todos los matrimonios", pero ello es sumamente insatisfactorio pues: 1. crea un derecho *ex lege* que no admite doctrina de abuso o mala fe; 2. confunde pluralismo con discriminación; 2. identifica indisolubilidad con

(116) ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, op. cit., p. 64.

(117) LÓPEZ ALARCÓN, M., NAVARRO-VALLS, R. op. cit., p. 139.

religión católica cuando, como dije, aquí será posible cualquier religión, ideología o ética en cuanto los contrayentes la compartieran y la invocaran al tiempo de contraer, fundando su ejercicio cooperativo no sólo en libertad afectiva o en derecho de fundar familia sino también en tal religión o ética; 3. la disolubilidad afecta por igual a todos los matrimonios civiles, es la percusión de una prescripción vertical desde la doctrina de los Derechos fundamentales y tras una ponderación *ad casum* la que, *ex extra* del Derecho matrimonial, desde el Derecho de la persona, ponderando coyunturalmente una libertad religiosa que se ha puesto especial y conocidamente en juego, la que impide el ejercicio de la igual y universal libertad divorcista civil; y 4. tales pactos se orientan en una dirección social y funcional que coadyuva a los fines del contrato social.

Aquí se trata de encontrar una regla o prescripción vertical que señale un mandato de optimización (118) en la encrucijada *ad casum* partiendo de que el pacto de indisolubilidad ha puesto en juego Derechos fundamentales adicionales al de libertad individual, libertad afectiva y fundación de familia, lo que exigirá examinar las posibilidades futuras de cada miembro de la pareja y las cargas y sacrificios que la decisión polémica impondría a cada uno de ellos, (intensidad), en cuya ponderación habrá considerarse la idea del mejor derecho o mayor sufrimiento que señalaba ALKORTA IDIÁKEZ en sede de libertad reproductiva (119).

En este punto, a mi juicio, ello coloca en tal posición a aquél a quien sí importa y valora su creencia y su posición en el subgrupo moral que comparte con su ahora enfrentado recíproco.

3. MODALIZACIÓN CONVENCIONAL DE LA DISOLUCIÓN A TRAVÉS DE LA DOCTRINA DEL DAÑO INJUSTO

Seguiremos en este punto la construcción que realiza LÓPEZ JACOÍSTE de la responsabilidad civil extracontractual como emanación de la persona en sí misma considerada, con especial trascendencia

(118) ALEXY, R., *op. cit.*, p. 86; LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, p. 286.

(119) ALKORTA IDIÁKEZ, I., *Nuevos límites del derecho...*, *op. cit.*, pp. 45 y ss. y pp. 48 y ss.

respecto a la doctrina del daño moral resarcible. El reto es claro: ¿debo padecer acción que me obligue a resarcir el sufrimiento íntimo que te causé al vulnerar en nuestra interrelación tus emociones, afectos, respetos, consideraciones o estimas? Ello exige transformar una relación vital en relación jurídica (120) lo que sólo podrá surgir desde una perspectiva jurídica pública intrínseca al principio *alterum non laedere*, esto es, por existir también aquí un perjudicado “contra *ius*”. (121)

Manifiesta PARRA LUCÁN que “Se alude entonces a la posibilidad de introducir cláusulas de penalización que convierten en jurídicos deberes meramente morales, mediante la obligación de indemnizar en caso de incumplimiento. Este planteamiento enlaza con la doctrina que defiende la expansión de la responsabilidad por daños al ámbito familiar, tratando en ocasiones de rescatar por esta vía un Derecho de Familia que ha sido excluido por el legislador, en ocasiones por considerarlo contrario a los principios constitucionales” (122).

No obstante, lo que en esta sede de juridicidad consecucional indirecta se ve con cierta enemiga, es considerado luego deseable para una juridicidad directa y específica a propósito de pactos, capítulos, acuerdos y convenios conyugales extrajudiciales. Así señala también PARRA LUCÁN: “En los acuerdos preventivos de las crisis matrimoniales es donde tiene sentido plantearse la posibilidad de pactos que se refieran a cuestiones personales, (reparto de tareas domésticas o del cuidado de los hijos, frecuencia de relaciones sexuales...) porque durante la convivencia armoniosa es evidente que no se exigirá coactivamente el cumplimiento de lo pactado que, si tiene alguna finalidad, es precisamente poder obtener alguna causa que demuestre la “mayor razón” y consiguiente pretensión resarcitoria frente a quien no ha cumplido sus compromisos”. (123)

Y, a mi juicio, también con cierta paradoja, se afirma que “Más bien parece que buena parte de los deberes conyugales, (vivir juntos, fidelidad...), son hoy jurídicamente irrelevantes, (salvo el de socorro en una dimensión patrimonial o el de respeto en una dimen-

(120) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 57.

(121) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 75.

(122) PARRA LUCÁN, M. A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit., p. 160.

(123) PARRA LUCÁN, M. A., *ibídem*, p. 181.

sión penal), porque ni se pueden exigir de una manera coactiva ni tienen ninguna consecuencia a efectos de las causas de separación y divorcio" (124).

Pero, sin embargo, los mismos deberes o parecidas conductas se afirman también ejecutables *ex conventione*: "Cuando no hay crisis de pareja... se consideran válidos los acuerdos de los padres para distribuir entre ellos funciones de guarda; si no existe conflicto tales acuerdos no precisan de autorización judicial. No se ve la razón por la que la crisis que afecta a la relación de los padres deba judicializar todo el Derecho de menores cuando los padres son capaces de alcanzar un acuerdo, ni tampoco para desconfiar de que el adoptado no será beneficioso para sus hijos". (125) A mi juicio no acaba de comprenderse bien por qué unas veces se reclama jurisdicción y justicia específica para acuerdos interconyugales y en otros casos se niega.

Téngase en cuenta que las diferencias son constantes en la doctrina. ANGUITA VILLANUEVA considera que queda fuera de la autonomía de voluntad conyugal restablecer *singularis* un sistema causal para las crisis de mi concreto matrimonio, por suponer ello, considera, un acuerdo contra norma imperativa. Ello está ocurriendo, mediante opción voluntaria, en Estados Unidos, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ apuntando el matrimonio alianza o *covenant marriage* (126), pero ANGUITA VILLANUEVA señala que a él le parece que pactos autolimitativos del derecho a separarse o divorciarse son contrarios al orden público matrimonial hoy históricamente imperante en España. (127) PARRA LUCÁN, por su parte, matiza su postura no negando de plano todos los posibles blindajes matrimoniales. (128) GARCÍA CANTERO y MARTÍNEZ DE AGUIRRE defienden la posibilidad de un pacto de indisolubilidad. (129) RAMS ALBESA admite este pacto con mera conse-

(124) PARRA LUCÁN, M. A., *ibídem*, p. 160.

(125) PARRA LUCÁN, M. A., *ibídem*, p. 158.

(126) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, op. cit., p. 45.

(127) ANGUITA VILLANUEVA, L. M., en *Autonomía de la voluntad...*, op. cit., p. 316.

(128) PARRA LUCÁN, M. A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit., p. 161.

(129) GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo V, volumen I... 12.^a edición, op. cit., p. 1044; GARCÍA

cuencia indemnizatoria (130). ZARRALUQUI considera que sobrepasan los límites de lo voluntario pactos previos de renuncia a la facultad de divorciarse o límites al libre establecimiento domiciliario tras la crisis matrimonial. (131) Sin embargo, ROCA TRÍAS, como ponente de la STS 17/10 2007, (RJ 2007, 7307), consideró negocio jurídico ejecutable específicamente el convenio no ratificado judicialmente por el que la esposa se obligó a abandonar el domicilio conyugal en determinada fecha, sufriendo en caso de incumplimiento una pena convencional de 90,15 Euros diarios (132).

La juridicidad consecuencial en sede personal está presidida por un principio inexorable en sede iusfundamental, aquél de no poder ser las indemnizaciones insoportables para la capacidad económica del injusto dañador. Este axioma que es también referido por PARRA LUCÁN, quien refiere la SAP de Almería de 17 de Febrero de 2003 que establece que la "igualdad se perdería desde el momento en que la convivencia conyugal se condiciona, en cuanto a su cese, por medio de una cláusula penal que con el transcurso del tiempo puede hacer muy gravoso o de casi imposible cumplimiento el abono de la indemnización contractual". (133)

No obstante, a mi juicio no es preciso convocar el principio de igualdad; aunque ambos cónyuges estuvieran en igual bancarrota la cláusula debería ser ineficaz porque lo que la niega como legítima es que convierte en imposible el ejercicio de un Derecho fundamental afectándolo entonces con total intensidad.

3.1. Requisitos generales. Señala LÓPEZ JACOÍSTE que doctrina y jurisprudencia exigen que el daño resarcible sea "cierto, directo y

CANTERO, G., *Luces y sombras...*, op. cit., pg. 50; *El fracaso del divorcio en España...*, op. cit., pp. 200-202; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, op. cit., p. 45.

(130) RAMS ALBESA, J. J. en RAMS ALBESA, J. J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., y ANGUITA VILLANUEVA, L. A., op. cit., p. 80.

(131) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-ENARRIAGA, L., op. cit., pp. 22 y 27-30.

(132) MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *Eficacia de los acuerdos en el seno de las relaciones familiares. Estado actual de la jurisprudencia*, en BLASCO GASCÓ, F. de P., (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés Vol. 2, 2011*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1527-1550, en concreto pp. 1544-1545.

(133) PARRA LUCÁN, M. A., *ibídem*, p. 163.

personal" (134). Daño cierto excluye el daño hipotético o eventual, temido pero no causado, (*damnum infectum*). Refiere este autor cómo sobre todo la doctrina francesa considera daño real, cierto y actual la llamada pérdida oportunidades y cómo no son daños hipotéticos, sino reales y causados aunque manifiestos sólo en lo venidero, los perjuicios de efectos futuros. (135) La cuestión del carácter directo del daño es así remitida a aquella otra de la causalidad, absorbiendo allí la problemática del daño indirecto, de modo que el carácter directo del daño ha dejado de ser "requisito expresamente específico del daño resarcible". (136) Por último, en la sede que se trata ahora va de suyo que el daño es personal o propio. Con ello superamos estas exigencias y nos enfrentamos a las siguientes: imputabilidad, culpabilidad, injusticia y realidad del daño.

Imputabilidad, culpabilidad e injusticia se unen en el ilícito civil. VON WICHMANN ROVIRA señala que "la culpa no es sólo el factor de imputación jurídica más importante sino, seguramente, el único que verdaderamente se tiene en cuenta en el ámbito civil". Y añade que los supuestos de responsabilidad objetiva o que convocan otros factores de imputación son "casos en que la imputación por culpa está previamente hecha, por cuanto, al tratarse de actividades o situaciones peligrosas –en sí o por implicar el manejo de objetos peligrosos– la negligencia se considera inherente a ellas, considerándose culpables *per se*". (137)

PROSSER advertía cómo las causas pueden enlazarse hasta el inicio de los tiempos o no anudarse ninguna, por lo que proponía encuadrar tal noción en referencias más específicas, en alguna conexión cercana y razonable entre el comportamiento del demandado y el daño causado a fin de no caer en el atolladero de tener que subdiferenciar causas próximas y remotas, primeras, segundas y ulteriores. (138)

(134) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 118.

(135) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 119.

(136) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, pp. 122-123.

(137) VON WICHMANN ROVIRA, G., *La responsabilidad extracontractual o Derecho de Daños*, en DELGADO DE MIGUEL, J. F., (coordinador general), *Instituciones de Derecho Privado*, tomo III, volumen 3.º, ed. Aranzadi, Cizur Menor 2005, pp. 849-1206, en concreto p. 1074.

(138) PROSSER, W. L., *Law of Torts*, ed. West Publishing Co., Eagan, (Minnesota), 1971, p. 257.

Y finalmente, LÓPEZ JACOÍSTE señala que en nuestro artículo 1902 CC la antijuridicidad del daño queda incardinada en la culpa o negligencia. (139)

PANTALEÓN considera también que “la antijuridicidad de la conducta no es requisito de la responsabilidad extracontractual” (140) y añade que “Nuestro sistema de responsabilidad extracontractual no es un sistema típico, (BGB), sino de cláusula general: todo daño puede ser indemnizable, salvo que el interés sea indigno de protección en cuanto ilícito o contrario a la moral”. (141) La postura dominante entiende, por el contrario, que debe existir tal elemento de antijuridicidad en la conducta del dañador. (142). No obstante, quizás la contradicción no es tan grande por cuanto PANTALEÓN considera que tal doctrina dominante fusiona antijuridicidad y culpa y, por ello, que

(139) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pp. 122-123. Añade este autor que la “idea de causalidad... recibida modernamente en el orden jurídico, su matiz discernible respecto de la culpa, nunca acaba de ser totalmente nítido” y recuerda como ESSER afirmó que en el entramado dinámico los términos y referencias pueden llegar a intercambiarse, de modo que, dice LÓPEZ JACOÍSTE, según el momento doctrinal, la atrofia de uno, (p.e. causalidad), puede ser compensada por otra noción que recibe una matización que la habilita al efecto sin que, en uno y otro caso, el pensamiento jurídico, (como dinámica hacia un fin), deje de ser el mismo pues su identidad no reside en las figuras dogmáticas sino en el fin perseguido dentro de un mismo y constante problema, (LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibidem*, p. 532). En un sistema aquiliano abierto, como es el nuestro y especialmente en sede personal, domina la idea y la tarea jurídica y judicial de imputación, (“El elemento jurídicamente relevante de la causalidad adviene reconducido al contexto formal de la imputación, siquiera ésta adopte paradójicamente expresión verbal frecuente *per reductio ad causam*; pues la no imputabilidad torna jurídicamente inoperante a la causalidad”, (LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibidem*, p. 575). En este sentido señala este autor cómo las señales de tráfico son “advertencia de una imputación”, (LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibidem*, p. 574).

(140) PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario al artículo 1.902 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 1971-2003, en concreto p. 1.994.

(141) PANTALEÓN PRIETO, F., *ibidem*, p. 1.994.

(142) ASÍ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II-1, op. cit., pp. 500-503, y DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La Responsabilidad Civil*, ed. Universidad de Deusto, Deusto 1988, pp. 84-104.

el requisito de antijuridicidad es una duplicación innecesaria (143), como admite LÓPEZ JACOÍSTE. Añade todavía PANTALEÓN que no es objeto del 1.902 CC reprochar ninguna conducta culposa o violadora de protocolos y que la función del artículo 1.902 CC es puramente resarcitoria. (144)

A mi juicio la función resarcitoria del 1.902 CC no se convierte en sancionadora o reprochadora si la indemnización se limita al daño causado y la culpa se reabsorbe en el juicio de imputabilidad que domina la idea causal. Un reproche o sanción comenzarían sólo en cuanto se obligara a resarcir por encima de lo dañado, del mismo modo que la restitución *ex nullo* no es una sanción o pena, aunque pueda existir una indemnización adicional si la nulidad se causó con dolo o culpa grave y existen daños adicionales tras la sola *restitutio*. En otro caso, lo único que existe es una distribución de riesgos, que es más bien lo que subyace al 1902 CC: riesgos de la intersubjetividad y convivencia señalando cuándo el padecedor debe soportarlos, (*General Life Risks*), o cuándo es otra persona la imputada para su padecimiento, lo que también señala PANTALEÓN: "razones por las que el ordenamiento considera justo (o económicamente eficiente), trasladar la carga dañosa al responsable" (145).

Lo que sucede, entiendo, es que en aquellos ámbitos donde no puede existir una juridicidad y justicialidad *in natura* ha de aceptarse que ello fuerza al Derecho a enfocarse sobre el cómo, sobre el protocolo de producción, (responsabilidad "subjetiva" según PANTALEÓN). (146) Ello sucede, en primer lugar, de un modo general o inespecífico en lo patrimonial, por cuanto no puede forzarse a las personas a no dañar nunca, tanto por dolo como culpa grave o leve. Con ello las condenaríamos a la santidad, a la inacción o a la robótica. Y sucede, en segundo lugar, de una forma específica, genética e intrínseca en las relaciones del ámbito personal porque, como dije, al no existir un "qué" o contenido específico como objeto jurídico,

(143) PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario al artículo 1.902 del Código Civil...*, *op. cit.*, p. 1.995.

(144) PANTALEÓN PRIETO, F., *ibidem*, p. 1.995.

(145) PANTALEÓN PRIETO, F., *ibidem*, p. 1.995

(146) PANTALEÓN PRIETO, F., *ibidem*, p. 1.995.

allí todo es cuestión de protocolo, (como también lo es la reciprocidad antropológica). (147)

3.2. Realidad del daño. LÓPEZ JACOÍSTE remite esta cuestión a una plenitud moral que ya reclamaba DE CASTRO Y BRAVO, para quien el hecho (148) de no haber sabido configurar bien la doctrina el deber general de respeto a la persona no ha impedido que la realidad se imponga al fin, de modo que la jurisprudencia ha reconocido la existencia de daños ocasionados a la persona, [no a un especial derecho subjetivo de ésta (149)]. De este modo "aceptado el daño de algo, que no es un derecho subjetivo, que es precisamente una cualidad de la misma persona, se acoge implícitamente, pero necesariamente, la figura jurídica de la situación protegida y el correspondiente deber general de respeto a la persona." (150)

PANTALEÓN refiere que, incluso antes de una posibilidad normativa ex art. 104.I CP, la jurisprudencia admitió el resarcimiento del daño no patrimonial, haciéndolo, añade, con máxima amplitud (151) y dice cómo es "interesante la jurisprudencia sobre el daño moral derivado de la nulidad del matrimonio dolosamente provocada por el responsable: STS 21-I-57 y 26-XI-85... según la cual, es daño moral resarcible el originado por la "frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida". (152) Añade asimismo el daño moral por frustración de un viaje turístico, (STS 28-II-64), el impacto psíquico por privación del signo de la virginidad, (STS 24-IX-79), el daño moral por privación a la mujer del lesionado del

(147) En este sentido y en sede matrimonial señala ASÚA GONZÁLEZ "repárese en la evidente imposibilidad de constreñir al cumplimiento de los deberes que dibujan la institución, (excepción hecha, por supuesto de la obligación de alimentos), (ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *op. cit.*, p. 18).

(148) De "lamentable" califica a este hecho DE CASTRO Y BRAVO, (DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Tomo II, en *Derecho Civil de España*, Volumen II, ed. Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), 2008, p. 35).

(149) Especialidad que resulta, sin embargo, del BGB, como señala LÓPEZ JACOÍSTE, (LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, p. 358-359).

(150) DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Tomo II, en *Derecho Civil de España*, Volumen II, *op. cit.*, p. 36.

(151) PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario al artículo 1.902 del Código Civil*, *op. cit.*, p. 1.992.

(152) PANTALEÓN PRIETO, F., *ibídem*, p. 1992.

disfrute sexual, (STS 9-II-88), y los que llama "daño a la relación", "daño sexual" y "daño estético". (153)

LÓPEZ JACOÍSTE señala la reparación jurisdiccional que declaró la STS de 9 de Diciembre de 1949 del perjuicio consistente en "hacer perder a una persona "la alegría de vivir", refiere *l'arret Lertisserrand*, "en el cual *le Conseil d'Etat* reconoció el dolor moral por la muerte de su hijo, aun en ausencia de perjuicio material" (154) y añade: 1. la mengua de ulterior capacidad para afrontar la vida y las actividades por reiterado menoscabo de afectividad, detrimento psicológico, soledad o indefensión humana, (STS de 21 de octubre de 2004 y STS de 14 de Julio de 2003) (155), 2. el menosprecio personal injusto del esfuerzo desplegado en el respectivo cometido en el seno de una empresa o afligir sistemáticamente al subordinado, 3. la zozobra, inquietud o desazón ocasionada a proyectos vitales, como los que entran en juego en la adopción, al quedar frustrados por la negligencia precisamente de quien había ofrecido al respecto una confianza específica, (A.P. Barcelona, Sección 16, Sentencia de 10 de febrero de 2003), o 4. los daños morales sufridos por un padre privado de la relación con su hijo al haber sido trasladado a Estados Unidos por su madre, (STS, Sala 1.^a, de 30 de junio de 2009). (156)

También GARCÍA VICENTE señala la posibilidad de reclamar una indemnización por daño moral por parte del hijo y contra el reconocedor de complacencia que entabla acción de nulidad o impugna la filiación. (157)

Ello "condiciona un Derecho de daños que precisa de ser elástico, a fin de proveer a hipótesis atípicas, eventos sobremanera protei-

(153) PANTALEÓN PRIETO, F., *ibídem*, p. 328.

(154) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., p. 85 y p. 125.

(155) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 129.

(156) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, pp. 129-130.

(157) GARCÍA VICENTE, J. R., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo número 669 de 12 de Julio de 2004*, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero-abril de 2005, ed. Civitas, Madrid 2005, pp. 433-448, en concreto p. 441 y p. 448.

cos, novedosos" (158), "una ilicitud abierta" (159) pues se considera el *alterum non laedere* como emanación directa de la dignidad intangible de la persona, un todo que exige "atipicidad y apertura". (160)

Así, la realidad del daño no exige localizar como afectado a uno concreto de los llamados derechos de la personalidad, pues, como dice LÓPEZ JACOÍSTE, siempre cabrá invocar el respeto debido a la plenitud del ser humano, un derecho general de la personalidad. Ahora bien, la concreción típica sobre uno de tales derechos típicos nominados evita tener que emplear razonamientos persuasivos de que las invocadas lesiones o intromisiones se encuentran, efectivamente, abarcadas en el círculo plenario de la dignidad personal. (161)

En relación con el daño personal toma valor significativo la idea de intromisión. La intromisión ilegítima supone "una extralimitación abusiva del demandado. Su presencia injustificada, su actuación dominativa, instrumentalizadora, su intervención en una zona que en modo alguno le corresponde, o sobre el perfil de una conceptualización ajena". (162). Donde la intromisión no ocasione una extinción puntual del ejercicio del derecho afectado sino una opresión constante que impide ejercitarlo en la forma deseada por la persona que lo encarna, ocurrirá que no sólo ha de ocurrir una indemnización sino también un cese, una reparación de la situación opresiva. Así el art. 9.2 de la LOPCHPII prevé la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima, para restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos y para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Ello une una idea restitutoria o reparatoria a la puramente indemnizatoria pero, como indica LÓPEZ JACOÍSTE, la idea de cesación no es nueva, pues ya resultaba del art. 7.2 CC y su jurisprudencia congruente. (163)

(158) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., p. 339.

(159) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, op. cit., p. 1.100.

(160) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., p. 341.

(161) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 357.

(162) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 372.

(163) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, pp. 372-373.

Reseña también este autor la posibilidad de interponer en el derecho al honor una acción de jactancia de mero carácter declarativo acerca de la ilicitud de una conducta, siquiera no se hubieran producido perjuicios resarcibles, para conseguir el “perpetuo silencio” respecto de una posible denigración. En el mismo sentido DORAL GARCÍA (164). Ello plantea también la posibilidad de convocar semejante acción a modo de prearticulación prescriptiva para una posible colisión de Derechos fundamentales, (para conseguir un mandato que los privados o sus negocios no pueden emitir).

Por otra parte, en sede de derecho al honor, intimidad y propia imagen rige la presunción de que existe daño o perjuicio siempre que tenga lugar una intromisión ilegítima y de que el resarcimiento de este perjuicio presumido *ex lege* comprende el daño moral, (art. 9.3 LOPCHIFI).

En cualquier caso, la realidad del daño y su cuantificación, (puesto que es real), pertenecen “a un contexto inmaterial, especialmente operativo en el ámbito de los derechos de la personalidad que habrá de comprender y ponderar espíritu humano, adversidad y sensibilidades.” (165) La doctrina aboga aquí por una racionalidad que GENY situaba en la recapitación en torno a la estructura real de la vida social para luego resolver con un criterio innato de justicia al margen de cualquier definición precisa de la misma, POUND en la intuición sobre lo justo y legítimo y en un juicio moral y HUTCHESON en la función de la “corazonada” y del mismo juicio intuitivo. (166)

3.2.1. Posibilidad de daño cuando no es traducible a dinero. Dada la incongruencia entre sentimiento o daño moral y dinero, y la repugnancia que pueda existir en traducir en metálico daños morales o derechos de la personalidad, podría mantenerse que existe una imposibilidad de indemnizar tales daños y, no siendo materialmente construible ninguna indemnización, no podría afirmarse

(164) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 373; DORAL GARCÍA, J. A., *La hibernada acción de jactancia y el problema del silencio*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, tomo I, ed. Civitas, Madrid 2003, pp. 487-515, en concreto pp. 513-514.

(165) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, p. 629.

(166) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 631.

juridicidad consecuencial ni derivada jurídica ninguna para pactos en tal sentido.

LÓPEZ JACOÍSTE supera estas objeciones señalando que, cuando el esquema práctico de la perturbación no admita otra cosa, "no hay otro medio más equitativo de resarcimiento, pues mucha mayor injusticia e indefensión supondría privar de reparación al damnificado, so pretexto de falta de homogeneidad entre el carácter del perjuicio y la percepción de una suma. Por lo que, como declara la jurisprudencia, no puede ser suficiente causa para denegar la indemnización su falta de determinación pecuniaria... El dinero no devuelve la vida ni borra la ofensa, mas la reparación del daño causado no requiere siempre ni necesariamente el restablecimiento idéntico de la situación anterior... y encierra eficacia social rehabilitadora". (167) Así, aunque no equivale a sentimientos morales, puede ser llave de disfrute espiritual y, aunque no hace feliz, tranquiliza, y ello con plena vigencia y creencia social hoy en día, (así el párrafo segundo del parágrafo 253 BGB modificado en el año 2002 en este sentido). (168)

Añade que el dinero, como el abono extendido de modo difuso y uniforme en una tierra que redunda, sin embargo, en el rebrote de una planta concreta, puede ser medio restaurador de la actuación de la persona y permitirle reponer ciertas circunstancias suyas que fueron injustamente dañadas (169). Así como sin dinero no hay ejercicio posible de Derechos fundamentales en nuestras sociedades capitalistas, el propio dinero permitirá renacer y ejercer tales derechos cuando fueron perturbados o negados.

Ello obedece, señala LÓPEZ JACOÍSTE, "a una cierta afinidad existente entre la expresión dineraria de la justicia y la justicia en sí misma" (170) que apoya también la idea de que la justicialidad sólo consecuencial de los negocios jurídicos personales es propia juridicidad adaptada a la naturaleza de los objetos contemplados, de modo que puede mantenerse la categoría de negocio jurídico para los mismos y la noción de una disciplina normativa *interpartes* indirecta con base en esta consecuencialidad pues: 1. la prevención también

(167) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, pp. 256-257.

(168) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 258.

(169) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 257.

(170) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, pp. 122-123.

conduce a ciertos programas conductuales, (aunque no sea mandato específico), 2. y la consecuencia indemnizatoria crea la misma magia psicológica conductual que OLIVECRONA aprecia en el derecho subjetivo específico *ex lege* o *ex conventione*. (171)

Como dice LÓPEZ JACOÍSTE, ello nace "de la propia materia, que no se presta a otra cosa". Esto es, las naturalezas jurídicas en las categorías de 1. prestación de dar, hacer y no hacer, 2. negocios patrimoniales y personales, 3. derecho subjetivo y obligación jurídica *singularis* y 4. derecho absoluto y deber jurídico *erga omnes*, están aherrojadas por el ser, *factum* o ADN de los objetos sobre los que recaen.

3.3. Injusticia del daño. Construir una injusticia o culpa en el daño personal propone el reto, dice LÓPEZ JACOÍSTE, de estimar "circunstancias muy singulares y una interpretación profundamente atenta a los peculiares sentimientos afectados, sin dejar por ello de atenerse a los criterios comunes de sensibilidad inherentes a lo humano, de modo que surge de continuo el interrogante acerca de cuál sea la línea delimitativa de lo que debe tolerarse y de lo que es injusto, línea a trazar mediante un casuismo de difícil continuidad y pronóstico. Se hace así necesaria una intuitiva evaluación del alcance lesivo que las conductas, los hechos o las palabras puedan ofrecer." (172)

LÓPEZ JACOÍSTE refiere asimismo cómo en el ámbito de los daños a la persona en sí misma considerada la idea de culpa tiende a menguar su valor como presupuesto ineludible, de modo que "Los atentados a la dignidad de la persona suelen ser apreciados sin precisar ni considerar la actitud subjetiva de quien los generó... pues la expoliación de la dignidad ajena es acaecimiento que se centra en el agraviado... [y] contraviene al principio *neminen laedere*... de suer-

(171) OLIVECRONA, K., *Law as fact*, 2.^a edición, Steven and Sons, London, 1971, p. 175; MONTORO BALLESTEROS, A., *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*, en *Anales de Derecho*, número 4, 1983, ed. Universidad de Murcia, Murcia 1983, pp. 20-98, en concreto pg. 21, p. 22 y p. 26.

(172) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, p. 287.

te que encierra antijuridicidad *per se*." (173) La culpa implica daño contra *ius* y conecta con la idea de riesgo, signos y cuidado, implica imputabilidad y señala autoría; sin culpa no hay daño jurídicamente relevante pero también ocurre que todo daño constatado evoca una conducta que, en principio, ha de tenerse por descuidada, una inversión probatoria que, en realidad, señala LÓPEZ JACOÍSTE, pretendía aproximar el sistema de responsabilidad por culpa a aquel otro objetivo. (174)

Por todo ello LÓPEZ JACOÍSTE considera que la responsabilidad civil en la sede personal "lleva aparejada tensión abierta, la cual redundará en matización y ensanchamiento operativo... De cada núcleo de cuestiones parten y se ramifican nuevas vetas determinantes de otras tantas líneas de avance y de sucesivas aplicaciones... en la experiencia jurídica de todo el mundo occidental". (175) Se trata, por ello, de "una ilicitud como en apreciativa expansión", de modo que para reparación del daño injusto la STS de 7 de Enero de 1960, (y otras en la misma línea), consideran que "no es necesaria... su previa ilicitud". (176) Esta sostenida apertura hacia nuevas aplicaciones "ha de hacerse efectiva a través de apreciaciones de buen juicio. La idea de *judicium* ocupa aquí lugar clave." (177) Ello es debido a "la singularidad de lo personal que, sin salir del campo de lo razonable, se manifiesta en variadísimos designios humanos merecedores de protección jurídica... [que] en modo alguno cabe prefijar". (178)

Desde el artículo 10 CE señala LÓPEZ JACOÍSTE que se convoca una "materia intensamente existencial, por su propia índole de fuerte significado íntimo, que suele venir plasmada a veces por las llamadas "vivencias" personales... a modo de claves íntimas de conductas y actitudes", poniendo en juego "aspectos del ser y del existir de la personalidad menoscabados en el preciso trance de su encuentro mutuo y de su connatural reciprocidad". En estas encrucijadas la protección civil se muestra preponderante sobre la penal y la compensación dineraria toma un concepto eminentemente satisfactorio,

(173) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 373.

(174) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, pp. 577-578.

(175) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, pp. 376-377.

(176) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 378.

(177) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 378.

(178) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 379.

de modo que habrá lugar a distinguir entre resarcimiento estricto y satisfacción adecuada. (179)

Ocurre así un intercambio ineludible entre Derecho de la persona y Derecho de daños, lo que revela cómo la juridicidad consecuencial es la adecuada a la naturaleza del objeto de esta rama jurídica, (la persona como totalidad, en sí misma considerada), "un intercambio existencial y humano que, a la altura del tiempo actual, no cabe desconocer" y que determina que "en su calidad de garantía de la persona, advengan al campo del Derecho de daños, y de la reparación dineraria, nuevas formas de menoscabo íntimo... y se plasma en un sistema abierto de acciones de protección". (180)

Ello supone llegar al núcleo del problema, esto es, que nos hallamos estimando circunstancias muy concretas y singulares que han de ser interpretadas atendiendo profundamente a los sentimientos afectados pero, a la vez, como señala LÓPEZ JACOÍSTE, que "ello ha de ocurrir sin dejar "de atenerse a los criterios comunes de sensibilidad inherentes al ser humano" para trazar "lo que debe tolerarse" y "lo que es injusto", lo cual, en el sistema anglosajón se esboza a base de precisiones acerca del modelo de "hombre razonable". (181)

Por otra parte, como indica también LÓPEZ JACOÍSTE, no debe olvidarse que todo daño habrá sido causado por un agente que es, a su vez, una persona dotada de la misma dignidad humana, de modo que "el daño a la alteridad que se ventila tras la intromisión injusta" manifiesta a "otro" que "es una persona, y la persona es lo más privativo que existe; el mundo de los objetos es el mundo de la homogeneidad, de la abstracción; en lo personal se encuentra, en cambio, el mundo de lo singular, de lo infungible por excelencia. De suerte que el daño de que se trata obtiene configuración y rasgos individualizados mediante la relación viva de persona a persona" (182), esto es, como colisión de derechos o dignidades humanas. Ello implica que pueden existir ilicitudes o antijuridicidades cruzadas que no podrán resolverse sin examinar conjunta y coyunturalmente toda la encrucijada pues, de partida, haberse entrometido cada uno en la esfera del otro supone dos intangibilidades de dignidad huma-

(179) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 389.

(180) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 390.

(181) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 392.

(182) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 395.

na violadas. Y, aun existiendo negocio cohonestador, la reversibilidad o revocación de consentimientos puede determinar en cualquier momento otra vez la misma batalla de intangibilidades.

Aquí toda medida o ponderación se centra en la singularidad existencial de quien o quienes padecen y el pacto, (si existe), claudica si alguno de los firmantes invoca su derecho desnudo, directo, libre otra vez y sin articular por convenio, de modo que la lógica convencional y la lógica puramente abstracta advienen insuficientes y han de plegarse a una jurisprudencia generalizada que se actualiza de continuo. (183) Se trata de una "hermenéutica de lo fáctico" que sólo puede realizarse judicialmente, *ad cassum* y con arbitrio judicial. (184)

3.4. Imputación. La causalidad ha de constatarse con arreglo a las leyes de la naturaleza y la equivalencia de condiciones. La imputación objetiva es de índole puramente normativa y, fuera de la tasada imputación objetiva, los sistemas de responsabilidad civil de cláusula general han de predicar la que LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., llama objetividad persuasiva de la imputación "pues, por lo común, no pueden entroncarse con existencias de tipicidad legal, y ni siquiera con delimitados designios en calidad de bienes explícitamente protegidos por la ley", pues impera la atipicidad y la genérica protección de la intangibilidad de una dignidad humana que no es sujeta a guiones férreos. De tal suerte la imputación ha de ser ponderativa, (*prudentia iuris*), y construir la relación jurídica "dañador deudor – dañado acreedor– deuda exigible" es algo que precisa de métodos "que revistan de verosimilitud y probabilidad; que coordinen coherentemente las razones en virtud de las cuales quepa justa y equitativamente achacar a una persona el daño injusto infligido a otra... un aprehensión valorativa y crítica en la que la evidencia se carga de sentido y de persuasión, un *sensus communis sapientiae*." (185)

Por otra parte, la imputación, (especialmente en el daño no patrimonial), precisa revestirse de efusión persuasiva de modo que cualquiera pueda encontrarlas plausibles y convincentes, (aunque

(183) Así lo señala LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibidem*, p. para cualquier articulación abstracta y dogmática, (LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibidem*, p. 395).

(184) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibidem*, pp. 573-574.

(185) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibidem*, p. 592.

el condenado siempre haya de protestar), y que no tenga tampoco que ajustarse a la sensibilidad y emotividad particularísima de cada víctima. Señala LÓPEZ JACOÍSTE que se trata de ganar una autoridad en tal imputación por razón de "lo fundado de su elaboración y su consonancia con el apreciar común. Mas un común apreciar no en cuanto a lo que en cada persona hay de *cualquiera*, sino al revés, en lo que en *cualquiera* hay de persona. Es así una forma de objetividad que por su tensión hacia los demás ha venido en llamarse intersubjetividad"... "Vivimos un incesante transitar desde la intersubjetividad genérica a la intersubjetividad puntualizada. Y es a través de este transitar y del encuentro interpersonal donde el menester jurídico de la imputación, por mensura fiel de la realidad y decantada dialéctica arguyente, puede apreciar, encarecer y elevar, al menos de modo argumental, los niveles humanos de cuidado frente al daño infligido a otro". (186) O como decía DE CASTRO Y BRAVO, llegar a ese Derecho más perfecto que se habría de caracterizar por su habilidad para moralizar la sociedad. (187)

3.5. La cuestión como distribución de riesgos. Señala LÓPEZ JACOÍSTE que "La jurisprudencia ofrece supuestos en donde se recalca la obligación de soportar personalmente en el curso general de la vida, (*General Life Risks*), contrariedades corrientes en las que reclamaciones y expectativas de resarcimiento caerían fuera del campo razonable del Derecho de daños, (STS de 25 de noviembre de 1997, STC de 3 de julio de 2006). Los criterios de probabilidad y proporcionalidad pueden ofrecer al respecto luz y mensuras de claro significado argumental". (188)

Distribuido un riesgo que se advierte con un signo, (señal de tráfico, norma jurídica, etc.), quien ejercita la acción advertida acepta que es de su propia cuenta aplicar una diligencia y cuidado que son, entonces, en interés propio y no de ningún recíproco. La distribución y significación, el señalamiento y distribución de un riesgo suponen un razonar desde lo concreto hacia el futuro, de modo que no se

(186) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 597.

(187) DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, tomo I, p. 27, en *Derecho Civil de España*, Volumen I, *op. cit.*

(188) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, p. 662.

argumenta *ex novo* desde el acto futuro hasta el pasado potencial, [con lo que señala LÓPEZ JACOÍSTE que se pierde el “tino causal” (189)], ni se está afirmando tampoco que el daño presuponga siempre falta de diligencia. Ello es virtud, dice LÓPEZ JACOÍSTE, de haber enfocado el caso concreto como ocasión. “La ocasión insta, sugiere y moviliza al cuidado”, a un cuidado concreto, suscitado *in actu* e *in concreto* y por tanto previsible y diseñable en tal instante oportuno y a futuro, sin que haya luego inversiones de cursos causales de lo futuro hacia la multiplicidad de pasados. (190)

En este sentido señala LÓPEZ JACOÍSTE que se aboga y se propugna la unidad en el Derecho de daños entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por riesgo, en ambos casos con estimación de los daños inmateriales, (253.2 BGB) (191). SALVADOR CODERCH refiere también que la obligación de reparar del art. 1902 CC supone simultáneamente advertencia frente a riesgos y circunstancias previas: “No hay compensación correcta –se ha dicho– cuando ésta carece de toda eficacia preventiva de ulteriores estropicios”.

De ello resulta a mi juicio: 1. que el contrato social entrega a cada ciudadano los mandos de su nave de autonomía de voluntad advirtiéndole de los riesgos que asume con su conducción, por lo que es a cuenta propia ser diligente o no; y 2. que existe una capacidad normativa indirecta de las conductas a partir de tal distribución, proclamación y advertencia de riesgos propios.

3.6. Imposibilidad de la relación social, íntima o amistosa.

Se puede argumentar que una moralización y juridificación de tales relaciones mediante la indemnización del daño moral terminaría precisamente por destruirlas, del mismo modo que las aniquilaría el hecho de ser tales ámbitos un mundo donde todo vale, una sociedad de hienas y aviesos. Con tal advertencia YZQUIERDO TOLSADA habla de la “fiebre” que aqueja y excita a la responsabilidad civil, ENGEL refiere que “navega a la deriva”, y KEHAR KAUFMAN decía irónicamente que merecería ser consagrada como uno de los “modos de adquirir la propiedad”. (192) Existe, indudablemente, una tensión en este punto, una

(189) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 665.

(190) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 666.

(191) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 666.

(192) YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional lib-*

tensión que ha de resolverse dinámicamente alcanzando el deseable equilibrio institucional entre la moralización que ha de ser sostenida jurídicamente y la desmoralización que ha de ser respetada por el Derecho para que la libertad y creatividad de lo meramente personal, (diciendo y desdiciéndose libérrimamente), pueda desplegarse.

Señala LÓPEZ JACOÍSTE que “no es posible conocer con exactitud el correspondiente alcance social redistributivo, por lo que tal alcance –se ha advertido– está fuera de las eventuales decisiones particulares de los tribunales de justicia” (193).

Pero, a mi juicio, este equilibrio institucional entre el ámbito personal moralizable y no moralizable jurídicamente en interés de la propia sociedad, este fiel entre la juridificación de lo personal y la absoluta irresponsabilidad, tampoco creo que pueda ser establecido por norma jurídica general y abstracta pues, como dije ya suficientemente, no contamos en lo no patrimonial con guiones y tipicidades precisas, sino que es de esencia en tal sede libertad y atipicidad y un margen de arbitrio judicial.

Habrà de ser, por tanto, la jurisdicción la que señale uno a uno para cada caso concreto este fiel de balanza, para lo cual LÓPEZ JACOÍSTE exige que “las sutilezas argumentales no le ocasionen desproporción, ni desfiguren sus designios; que la entidad de la lesión en que se base ha de ser “manifiesta”, (STS, Sala 1.ª, de 10 de Mayo de 200), y que un hipotético “victimismo” no expanda artificialmente los supuestos reparables ni conduzca a desfigurar fundamentos y aconteceres” (194). Esa casuística reflexión equilibradora habrá de permitir, señala LABROUSSE-RIOU, “salvar la responsabilidad civil de sus propios desbordamientos”. (195)

En este punto refiere LÓPEZ JACOÍSTE “la necesaria diferenciación entre lo racional y lo razonable; lo razonable presupone lo racional,

eral, ed. Reus, Madrid 1989, p. 4; ENGEL, L., *La responsabilité en crise*, ed. Hachette, París 1995, p. 35 y ss.; KERHAN KAUFMAN, E. K., en *Archiv. Für die Civilistische Praxis*, octubre, 1963, ed. Mohr Siebeck GmbH & Co, Tübingen 1963, pp. 421 y ss.

(193) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, p. 693.

(194) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibidem*, *op. cit.*, p. 693.

(195) LABROUSSE-RIOU, C., *Entre mal commis et mal subi: les oscillations du droit*, en VVAA, *La responsabilité. La condition de notre humanité*, Editions Autrement, París 1995, p. 115.

pero lo condiciona, porque incluye y abarca también el cúmulo de factores que se integran en lo existencial y en la ponderación; traza confín a los fines y pone reciprocidad y pormenorizada cooperación social... Lo razonable busca el por qué personal e íntimo, el curso e influjo de las vivencias; se hace cargo del mundo individualizado de afanes y puntos de vista, de las actitudes y propósitos, del curso de lo real vivido y sostenible... Lo racional pertenece al campo de la naturaleza y de las ciencias propiamente tales, a la lógica rigurosamente deductiva; pero, al versar sobre lo humano en cuestión, no propiamente lo racional sino lo razonable es lo que puede persuadir. La persona está dotada de libre albedrío, por lo que abriga posibilidades no circunscribibles a lo racional. Lo razonable sí está abierto a designios, opciones, metas, sentimientos, intuiciones y apreciaciones que no se encasillan en lo racional, pues se incardinan en el *ethos* humano, en móviles íntimos y personalísimos. De ahí que la vertebración y el juicio de la responsabilidad civil hayan de consistir en buena medida en comprender. Se han de comprender las respectivas situaciones y circunstancias de las personas a fin de reponerlas, si es el caso, hacia su equitativa respectividad mediante equilibradoras reparaciones.” (196)

Es con este método y con esta hermenéutica que podrá hallarse ad *cassum* el necesario equilibrio institucional entre lo moral elevado a jurídico y lo moral no atendible jurídicamente en las relaciones personales.

3.7. Posibilidad de indemnizar por el ejercicio de un Derecho fundamental. Esta posibilidad está construida *ex lege* cuando menos en la ruptura de esponsales, (art. 43 CC, aunque excluyendo el daño moral), en el artículo 2.3 LOPCHPII y en el artículo 5.2 LTRHA que examinaré ahora.

En cuanto a la negación del art 43 CC ha de aceptarse que no sólo regula una mera *condictio* sino que habría de entenderse que contiene una verdadera exclusión *ex lege*, puntual para este supuesto, de cualquier posibilidad de que convencionalmente se tasen protocolos e indemnizaciones para prevenir y minimizar con valor jurídico tal daño moral en la ruptura esponsalicia. El contrato social

(196) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pp. 694-695.

no quiere atender a ello en el negocio sponsalicio en ningún modo. Pero de aquí no cabe deducir una regla general de irresponsabilidad. LÓPEZ JACOÍSTE cita la sentencia de la A.P. Barcelona, Sección 16, 10 de Febrero de 2003 que indemnizó daño moral por la retirada del adoptante del proceso de adopción. (197) Y, conceptualmente, los esponsales señalan una situación donde cualquier daño moral por su ruptura es inferior al que se padecería contrayendo con un mal cónyuge. Los flujos y riesgos son inversos a los que resultan p.e. del divorcio porque en los esponsales: 1. no hay hecho familiar todavía, 2. facilitar máximamente la retirada de los esponsales es protector para la seriedad y estabilidad del futuro hecho familiar. La ruptura de la promesa de esponsales puede afectar al honor y a la autoestima del contrayente cortado, pero ello ha de comprenderse claudicante ante 1. las pérdidas superiores de entregas, compromisos y fundamentales derechos si llega a casarse en tal situación y 2. el riesgo de disfuncionalidad que arrostra el contrato social respecto del hecho familiar que pudiera surgir.

Ninguna ejecución forzosa o suplencia de su declaración de voluntad serían aquí convenientes, pues estaremos en heteronomía y, en el mismo sentido, ninguna normatividad que pudiera surgir indirectamente de la existencia de una posible indemnización de daño moral es tampoco aconsejable cuando ha de asegurarse la máxima autonomía y realidad de sentimientos a la hora de tomar para uno mismo tales oficios públicos conyugales basados en la fuerza y realidad del amor.

3.7.1. El artículo 5.2 LTRHA. El artículo 5.2 LTRHA coloca a cargo del donante de esperma dos requisitos para poder revocar su acto liberal: por una parte que los precise para sí mismo y por otro lado que costee el resarcimiento de los gastos. ALKORTA señala que ello constituye “una obligación resarcitoria *ex lege* aparejada al

(197) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, p. 129.

ejercicio legítimo del derecho fundamental a no ser forzado a procrear ...sin que, por otra parte, esta obligación de reparar se considere atentatoria contra el ejercicio del derecho a procrear o a no procrear del donante.” (198)

No obstante, entiendo discutible la premisa mayor. El hecho de no permitir la libre revocación de la donación supone que la libertad procreativa del donante queda comprometida, en primer lugar, en su vertiente de no ser forzado a tener descendencia, (recuperación y destrucción). Y si lo que está en juego es la libertad de reproducción positiva y el derecho a fundar familia teniendo hijo biológico, (el donante es ahora estéril), el único *upgrade* en este sistema legal es permitir tal revocación pero imponiendo un resarcimiento. Ello no me parece una ponderación adecuada.

Si los gametos “están disponibles” en la fecha de revocación y el donante que revoca ha de asumir y resarcir “los gastos de todo tipo originados al centro receptor”, (dejándolo por tanto indemne), no alcanzo a comprender por qué se cercena de este modo la libertad reproductiva negativa de este donante, como no sea en honor de un refuerzo desmesurado de la posición del centro receptor que afecta al libre ejercicio de la autonomía reproductiva del donante, un derecho de retención, una garantía real imposible sobre este especialísimo objeto que es el *spes homini*. (199) Por su parte, ante un ejercicio de libertad reproductiva positiva y por la fundamentalidad que reviste el derecho de fundar familia en forma biológica, obligar al resarcimiento cuando el centro técnico ha disfrutado de la posibilidad de agotar aquella materia en su propio beneficio y siendo la donación de gametos gratuita, (artículo 5.3 LTRHA), me parece un ajuste sesgado contra el Derecho fundamental y a favor del negocio de los centros de reproducción.

No obstante, lo que interesa ahora es señalar cómo aquí la LTRHA considera que es posible que el ejercicio de un Derecho fundamental

(198) ALKORTA IDIAKEZ, I., *Nuevos límites del derecho...*, op. cit., p. 56.

(199) “... si también la dignidad de la persona humana es un principio constitucional, (art. 10.1), hay que entender que tal dignidad habrá de ser respetada en el momento de ser engendrada, sin que el torpemente denominado “material genético”, (*spes homini*), pueda tratarse jurídicamente como cosa y ser destinado a empleos distintos del de formar un ser humano, (GARCÍA CANTERO, G., *La crisis de la sexualidad...*, op. cit., p. 544).

sea sujetado a una indemnización o resarcimiento a favor de unos terceros cuyo daño no resulta probado o puede ser inexistente, (el lucro obtenido con el material donado puede ser superior a los costes), y para los cuales una donación revocada, quizá muchos años después y por motivo suficiente, (esterilidad actual del donante), no habría de suponer abuso de derecho o *mala fides*.

En este sentido ALKORTA IDIAKEZ señala que “el legislador español no tiene reparo (al menos en el caso del donante) en aparejar una obligación resarcitoria *ex lege* al ejercicio legítimo del derecho fundamental a no ser forzado a procrear.” (200), el cual es, además, como he expuesto, un resarcimiento ciego, de puro resultado, que puede producirse sin daño y sin violación protocolaria.

Señala también ALKORTA IDIAKEZ: “Téngase en cuenta que, aunque no se trate en este caso de una condición de eficacia de la revocación, la obligación de indemnizar una cantidad importante puede en determinados casos inhibir al donante y obstaculizar el ejercicio legítimo de su derecho a no ser forzado a procrear”. (201) Ello se relaciona con la capacidad económica del donante que quiere revocar y manifiesta cómo pueden llegar a equivaler condición jurídica de eficacia y posibilidad económica de ejercicio, lo que en sede fundamental no debe ocurrir nunca.

Este artículo no fue recurrido ante el TC ni tampoco ha sido objeto, por el momento, de cuestión de inconstitucionalidad planteada desde juzgados ordinarios. No se trae a colación este artículo, que ciertamente considero censurable, para construir sobre él la posibilidad de resarcimientos a partir de ejercicios de Derechos fundamentales, (pues ello resulta de una doctrina más amplia antes señalada), tan sólo a título de cita de un ejemplo que, incluso, ha ido más lejos de lo que se propone aquí. Por otra parte, la misma consagración de una indemnización ligada al ejercicio de un Derecho fundamental resulta del art. 2.3 LOPCHPII referido en otros lugares.

3.8. Responsabilidad objetiva por mala fe en sede personal. Señala ROCA TRÍAS que “el reconocimiento de una indemnización al cónyuge de buena fe en los casos de nulidad del matrimonio venía siendo una práctica corriente en los tribunales españoles antes de la

(200) ALKORTA IDIAKEZ, I., *Nuevos límites del derecho...*, op. cit., p. 36.

(201) ALKORTA IDIAKEZ, I., *ibídem*, p. 36.

reforma de 1981" (202), de modo que, recogiendo esta práctica, el CC prevé dos supuestos de resarcimiento en capítulo matrimonial, el del artículo 95.II que permite al cónyuge de buena fe impedir al de mala fe la participación en sus ganancias y la indemnización establecida en el artículo 98 CC. Ambas normas, dice ROCA, son aplicación de la doctrina del matrimonio putativo por la relevancia jurídica de la buena fe, (artículo 7 CC que resulta expresamente recibido en sede matrimonial por el artículo 79 CC). (203)

Lo que interesa ahora es señalar cómo el artículo 98 CC atribuye al cónyuge de buena fe "un derecho a reclamar una indemnización que tiene un fundamento objetivo, de manera que quien no ha provocado la nulidad tiene derecho a ser resarcido por quien ha observado una conducta contraria a las normas de la buena fe. La objetivación de la indemnización implica que el cónyuge de buena fe no tenga que probar la existencia del daño, sino sólo su buena fe..." (204) Ello señala una conducta antiprotocolaria que se considera un daño en sí misma, esto es, haber "provocado intencionadamente una apariencia de matrimonio" es antiprotocolario e injusto *per se* y tiene "un contenido tasado" que no requiere prueba de daño ni impide probar daños ulteriores por el camino ordinario del 1.902 CC y, en tal caso, con las dificultades o exigencias señaladas en apartados anteriores para el daño moral. (205)

Es por ello que ROCA TRÍAS considera que la indemnización del artículo 98 CC tiene "naturaleza sancionadora" como la propia "disolución" y no carácter "resarcitorio" (206). Pero, a mi juicio, esta indemnización no es penalidad sino reparación o satisfacción del daño moral padecido por el cónyuge de buena fe, considerando el legislador, como en sede de derecho al honor e intimidad, que en la nulidad matrimonial el daño va de suyo.

(202) ROCA TRÍAS, E., *Comentario al artículo 98 del Código civil*, en *Comentarios al Código civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 405-407, en concreto p. 405.

(203) ROCA TRÍAS, E., *ibídem*, pp. 405-406.

(204) ROCA TRÍAS, E., *ibídem*, p. 406.

(205) ROCA TRÍAS, E., *ibídem*, p. 406.

(206) ROCA TRÍAS, E., *ibídem*, p. 406.

En el mismo sentido MONSALVE CABALLERO y PÉREZ MARTÍN (207): “Esta indemnización no tiene carácter alimenticio, ni de pensión compensatoria, sino que sólo y exclusivamente se trata de una indemnización de daños y perjuicios. Su finalidad debe ser la de reparar unos daños que se han producido desde la celebración del matrimonio hasta que se declara la nulidad”.

Y la STS de 10 de marzo de 1992: “Se trata de una equitativa reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la nulidad de un matrimonio por la extinción de un proyecto común de vida de los esposos afectados, que no han ido consolidándose en los años de convivencia, hasta producir su desaparición por la conducta dolosa de uno de los cónyuges”. (208)

3.9. Valor y significado de pactos sobre la acción divorcista. El matrimonio es una sede que manifiesta una deriva natural hacia el coste de oportunidades, el abuso de derecho o la mala fe en entregas y recepciones que comprenden con total profundidad e intensidad a la persona en sí misma considerada del modo más total y pleno posible. Un negocio personal bien co-articulado en este punto podría proporcionar seguridad jurídica, consentimiento informado y cumplir una función preventiva con cierta disciplina conductual indirecta. En este sentido el tiempo de la celebración matrimonial es la ocasión, [en el sentido que decía LÓPEZ JACOÍSTE (209)], en que propiamente puede plantearse la protección de todos los intereses y derechos en juego, incluso aconsejando como única medida la no celebración del matrimonio, (matrimonio dispar, falta de equivalencia en la seriedad y compromiso de uno y otro contrayente, fines inalcanzables para uno de ellos por excluirllos el otro, etc.)

(207) MONSALVE CABALLERO, W., *Hacia la contractualización del vínculo matrimonial*, en Universitas, Bogotá (Colombia). Núm. 110: 347-412, julio-diciembre de 2005, ed. Facultad de ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 2005, pp. 347-512, en concreto p. 404; PÉREZ MARTÍN, A. J., *Nulidad civil y eclesiástica. Aspectos penales del Derecho de familia*; editorial Lex Nova, Valladolid 2000, p. 88.

(208) MONSALVE CABALLERO, V., *op. cit.*, p. 405.

(209) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, p. 666.

MONSALVE CABALLERO advierte en este punto que, fuera de la nulidad matrimonial y su tasación objetiva ex 98 CC, "será muy difícil concretar, por un lado, si ha intervenido culpa o negligencia y por otro, la realidad del daño causado" (210), pero tal dificultad no niega el concepto. A paliar en parte tales dificultades pueden ayudar los pactos que pudieran convenir las personas para el caso de la disolución.

LÓPEZ JACOÍSTE señala que la relación indemnizatoria "se crea por obra de un poder que es independiente de la voluntad de los sujetos, es decir, en virtud de una constitución forzosa o heterónoma, por lo común la sentencia judicial" (211) y, en este sentido, cualquier pacto señalando supuestos de responsabilidad y penalidad por el ejercicio de la acción divorcista se enfrenta a límites imperativos.

DÍEZ PICAZO considera que los pactos de agravación de responsabilidad pueden cumplir una doble función, 1. aquella de cuantificar los daños, manteniéndose el pacto aun cuando sea superior al daño, (si bien en cuanto al exceso tendrá naturaleza de pena convencional moderable por los tribunales, art. 1154 CC), y 2. la de señalar los supuestos o causas determinantes de la misma. (212)

A mi juicio en sede iusfundamental y personal no cabe un concepto de pena convencional, sino que toda tasación coadyuva a la difícil concreción del daño moral pero ha de ser tasación de daño y no penalidad convencional sin daño o superior al daño. Una cosa es 1. negar que el ejercicio de un Derecho fundamental no pueda ser nunca dañoso o abusivo por su condición de fundamental, y otra cosa distinta 2. que se pueda asociar al mismo una pura penalidad por su ejercicio no abusivo ni dañino. Esa no es la idea de los art. 2.3 LOPCHIFI y 5.2 LTRHA, (aunque este último regale a los centros reproductivos una condición inimpugnable como dañados), ni del art. 98 CC que no establece una penalidad sino que, a mi juicio, parte de que la nulidad matrimonial es *per se*, (e indudablemente), fuente de daño moral para quien se la encuentra provocada de mala fe por el recíproco. En este sentido, la tasación ayudará al juzgador, (manifiesta derechos puestos intensa y preocupadamente

(210) MONSALVE CABALLERO, V., *op. cit.*, pp. 405-406.

(211) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pp. 588-589.

(212) DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. II, *Las relaciones obligatorias*, 6.^a edición, *op. cit.*, pp. 756-757.

en juego, un protocolo de indemnidad que se desprecia y un cálculo o bases de cálculo para cuantificar el siempre difícil *pretium doloris*), pero no expulsa al Juez del asunto ni exime de la necesidad de que haya existido daño. Por otra parte, como señalaba ALKORTA IDIAKEZ, la cuantía no ha de convertir en imposible el ejercicio del Derecho fundamental en relación con la capacidad económica de su actor (213), originando, en su caso, una moderación, incluso total, desde tal doctrina.

En sede personal considero que la función de los pactos sobre causas y protocolos establecidas sobre y para el ejercicio de la acción divorcista no representan negación o entorpecimiento de ésta, creación de causas de responsabilidad o diligencias extraordinarias, sino que cumplen una finalidad garantista y preventiva adaptada a la naturaleza propia de las colisiones de Derechos fundamentales. En este ámbito ocurre que, igual que nadie puede ampliar su co-usufructo de la dignidad humana a costa de otro, tampoco puede ninguna persona ex 10 CE asumir el caso fortuito o fuerza mayor que percuta sobre un plan de vida elegido libremente por un ajeno. En lo patrimonial es posible una distribución pura de riesgos (214), pero no en lo personal y no es lo que ocurre, a mi juicio, en los pactos que nos ocupan.

Como digo, estos pactos modalizando la disolución matrimonial no suponen transferencias de riesgos entre los cónyuges porque los riesgos son comunes. Diseñar *ex ante* ciertas condiciones y protocolos para que tales riesgos sean mínimos no puede resultar sino en beneficio de los dos contrayentes y representa también una optimización de Derechos fundamentales intersubjetivos.

Manifestar los derechos puestos en juego en la aventura matrimonial revela y advierte a cada contrayente qué riesgos toma la empresa iusfundamental cooperativa y qué riesgos han de considerarse también como conjuntamente afrontados, aunque sólo hayan sido señalados o catalogados por uno de los cónyuges: si X no acepta que su plan de vida y proyecto de felicidad comprendiera aquel bien, interés o derecho de su recíproco Z, debió advertirlo y excluirlo del plan conjunto. Ello permite establecer o prever unos protocolos

(213) ALKORTA IDIAKEZ, I., *Nuevos límites del derecho...*, op. cit., p. 36.

(214) Díez PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. II, *Las relaciones obligatorias*, 6.ª edición, op. cit., p. 757.

que articulen indemnidad o minimicen los daños para estos bienes puestos en juego cuando tenga lugar la ruptura del plan matrimonial. Ello toma el mismo valor protocolario que señalaba DWORKIN en el aborto para asegurar la realidad y seriedad de la decisión abortista en orden a que no resultara degradado el valor no consensuado de la vida humana y que no tuviera lugar en más supuestos de los consciente y verdaderamente queridos. (215)

Nos encontramos en este punto con que el matrimonio es *periculum* y que, si bien el reverso pasivo del artículo 10 CE supone que cada uno ha de correr con los propios riesgos generales del curso elegido para su propia vida, también sucede que aquí estos riesgos son comunes para los dos contrayentes por componer el matrimonio un ejercicio iusfundamental cooperativo. En este sentido estos pactos son esenciales por cuanto existen amplias posibilidades de que, incluso de buena fe, cada uno de ellos no comprenda verdaderamente lo que está demandando al otro, lo que el recíproco cree que se le está pidiendo y lo que está dispuesto a ofrecer, lo que multiplica las posibilidades de que alguien sufra costes de oportunidad que quizá le hubieran determinado a no casarse. Así detallar los bienes e intereses que cada contrayente pone en juego y señalar protocolos de indemnidad o minimización para las crisis con sus correspondientes consecuencias indemnizatorias resulta un expediente garantista para todos.

Estos convenios representan una colocación de signos y balizas en el camino hacia la disolución final que explican anticipadamente a cada contrayente el modo en que ello puede suceder sin afectar o afectando sólo en la medida inexorable ex 10 CE a los derechos puestos en juego por todos los concernidos y a las entregas que todos hayan podido acometer. Ello otorga valor disciplinario indirecto para la conducta de los cónyuges en tal situación, siquiera no sea específico y pueda romperse en cualquier momento asumiendo la indemnización de los daños correspondientes.

Se activa así un principio de precaución que, estando bien asentado en bioética y tecnología, puede extenderse igualmente a una sede que representa un reto para toda la persona en sí misma consi-

(215) DE LORA DEL TORO, P., *El último libro de Dworkin: aborto y eutanasia*, en Sistema, Revista de Ciencias Sociales, 117/1993, ed. Fundación Sistema, Madrid, 1993, pp. 101-108, p. 104.

derada y que deduce también daños graves e irreparables. Con ello se establece aquí "*une obligation de "suivi"*", respecto de quienes, por su pasividad contribuyen a poner en riesgo la integridad ajena... responsabilidades meramente preventivas". (LÓPEZ JACOÍSTE) (216)

JONAS señalaba que la "primera palabra" de la responsabilidad ha de ser la heurística del miedo, es decir, darse cuenta de lo que está en juego, el detectar el mal que puede ocurrir y considera que la vulnerabilidad acecha hoy a todos, por lo que propugna una diligencia orientada hacia el porvenir y la previsión, una solicitud activa y sensibilidad clarividente. Es muy distinta, dice JONAS, la actitud de quien asume su obligación o reconoce su culpabilidad respecto de un acto anterior que la de quien, en el presente, previene y acepta las responsabilidades para el mañana... pues esto significa que limitará y reorientará ya de presente su poder de acción (217). Y, en este sentido señala LÓPEZ JACOÍSTE que esta heurística del miedo ha de ser *procul videre*, *phronesis* que sabe ver y afrontar el futuro y el riesgo venidero. (218)

También en esta misma dirección manifiesta LÓPEZ JACOÍSTE que la expansión de la responsabilidad civil no ha derivado en torno a puntualizaciones causalistas sino hacia la proliferación de reglas y cautelas específicamente propias de las diversas actividades, reglas y cautelas que vienen a ser, en definitiva, imputaciones que realizan una exquisita reducción de la idea de causa. Ello acentúa, continúa este autor, una dialéctica en torno a la misma idea de seguridad, la cual tiene signos y símbolos recurrentes y conduce hacia un paralelismo con la teoría de los juegos que "se hace hoy presente en el campo de la responsabilidad a través de una semiótica apoyada en un convencionalismo... La estrategia de seguridad de las personas viene a cifrarse en unas reglas que enuncian cautelas y comportamientos y no concretas causalidades, dirigidas a evitar, prevenir y pautar interdependencias ya sea en trance de colisión o conflicto, ya de cooperación entre ellas, o de ambas situaciones mezcladas...

(216) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad extracontractual...*, op. cit., p. 691.

(217) JONAS, H., *El principio de responsabilidad*, editorial Herder, Barcelona 1995, pp. 47, 64 y 174.

(218) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *La responsabilidad extracontractual...*, op. cit., p. 658.

tales reglas previenen y reparten riesgos al imputar modos de proceder e infracciones.” (219)

Todo ello se aplica, a mi juicio, con total correspondencia para los pactos matrimoniales que tratan de dotar a los contrayentes de seguridad jurídica en el ejercicio de sus Derechos fundamentales de libertad afectiva, *ius connubii* y fundación de familia. Y, todavía más, en conexión con el art. 10 CE señala LÓPEZ JACOÍSTE la *eudaimonia*, la “vida lograda” merced a englobar superadoramente las responsabilidades ajenas mediante reconducción hacia las propias”, señalando una idea de “deportividad” (220), esto es, de abdicación de ciertas imputabilidades que se convocarían frente a otros no incursos en nuestra partida y en nuestro reglamento específico, (el matrimonial), el cual, precisamente, señala abdicaciones frente al reglamento general, pero también protocolos y comportamientos reforzados concordes con el espíritu del juego matrimonial que particularmente desarrollan los cónyuges de acuerdo con lo que ellos mismos concibieron al contraer de un modo informado y mutuamente revelado. Y es parte esencial de esta partida y de este evento deportivo el propio final del juego.

En estos casos, como en el pacto puro de indisolubilidad, el sólo hecho de pactarse estos protocolos y seguridades es prueba de que se han puesto en juego los correspondientes derechos y, por tanto, de que el daño existirá si no se observan, lo que significa que se utiliza la convención como fijación del hecho de haberse excitado aquellos derechos con intensidad y preocupación y no como fuerza y ejecutividad convencional verdadera, (supuesto de hecho).

Ello no es preciso en el caso de la nulidad porque esta puesta en liza o acción la realiza directamente el artículo 98 CC. Y tales derechos, bienes e intereses dejarán de encontrarse activos y puestos en juego cuando materialmente resulten negados por los actos propios, como sucedería caso de apostatarse de la religión católica y profesarse la protestante, de haber abandonado de hecho la comunidad de vida matrimonial o de incumplir gravemente los deberes principales del matrimonio, (p.e. manteniendo una segunda comunidad de vida con otra persona o en cualquier otra forma).

(219) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 575.

(220) LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *ibídem*, p. 576.

VIDAL MARTÍNEZ expone uno de estos supuestos al comentar la STS de 13 de junio de 1986 que negó al separado de hecho durante 30 años haber adquirido por régimen conyugal participación en la propiedad de la vivienda habitual de su recíproco, lo que, como señala este autor, no es generalizable como valor jurídico de la propia separación de hecho sino apreciación concreta de una doctrina de mala fe, abuso de derecho y contrariedad a los actos propios al haber roto la comunidad de vida por su sola voluntad y no haber contribuido en absoluto a aquella adquisición. (221)

Si no se acepta la posibilidad constructiva de una modalización convencional de la disolución del matrimonio se convierte el ejercicio de la acción divorcista en un derecho ilimitado que puede ejercitarse injusta, dañosa o abusivamente contra 7 CC, o, si se quiere, de modo "antideportivo" y empoderado *ex lege*.

CONCLUSIÓN: Es posible construir convencionalmente tasación de causas divorcistas y protocolos que modalicen el ejercicio de la acción divorcista. De tales cláusulas resultará que se disciplinan, siquiera indirectamente, las conductas de los cónyuges, infundiendo nuevo valor jurídico a su vínculo y proporcionando seguridad jurídica para la construcción de sus planes de vida cooperativos y para honrar los costes de oportunidad irrecuperables invertidos en ellos. Si no se acepta la posibilidad constructiva de una modalización convencional de la disolución del matrimonio se convierte el ejercicio de la acción divorcista en un derecho ilimitado que puede ejercitarse injusta, dañosa o abusivamente contra 7 CC, o, si se quiere, de modo "antideportivo" y empoderado *ex lege*.

Un pacto de indisolubilidad puro, (compromiso de no divorciarse), toma valor específico ponderando el Derecho fundamental de libertad religiosa. Sólo una objeción ideológica neutralizaría la ponderación preferente de la libertad religiosa de quien no quiere divorciarse pero, en tal caso, no basta la mera alegación vacía, (p.e. no vale alegar enemiga al matrimonio canónico para obtener divorcio civil y, sin embargo, no apostatar). El derecho de libertad como "derecho a no seguir casado" se satisface sin disolver el vínculo, (la separación

(221) VIDAL MARTÍNEZ, J., *Relación no matrimonial: algunas reflexiones sobre los conceptos de separación de hecho, abuso de derecho y buena fe*, en Revista General de Derecho, número 508-509, Valencia 1987, pp. 33-47.

legal soluciona las constricciones personales y patrimoniales). Un supuesto "derecho de casarme otra vez" puede ejercitarse igualmente en todas aquellas autonomías donde el separado legalmente, (incluso de hecho), puede constituir sin impedimento una unión no matrimonial que es equivalente hoy día al matrimonio civil estatal. Por su parte, en aquellas autonomías donde el separado legalmente no puede constituir aquéllas, esta imposibilidad no impide convivir con otra persona y sólo produce privación de contemplaciones públicas que: 1. si se predicen sin funcionalidad por la sola forma jurídica institucional matrimonial o no matrimonial, son inconstitucionales; 2. si se atribuyen por funcionalidad ponen en valor la prosocialidad de la estabilidad y la fijeza del vínculo. Esta última consideración proporciona entonces un valor público a favor de la indisolubilidad pactada que ha de ser ponderado junto a la libertad religiosa y a la libertad personal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., *Teoría de los Derechos fundamentales*, GARZÓN, E., (trad.), ZIMMERLING, R., (rev.), ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid-1997
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Autonomía privada y derechos fundamentales*, en Anuario de Derecho Civil, Tomo XLVI, 1993-1, ed. Ministerio de Justicia, Madrid-1993, pp. 57-122
- ALKORTA IDIAKEZ, I. *Nuevos límites del derecho a procrear*, en Derecho privado y Constitución, núm. 20, enero- diciembre 2006, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid-2006, pp. 9-61.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *El Matrimonio hoy: sus perfiles jurídicos ad intra y ad extra*, en Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico. Modelos Familiares, volumen 2, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 6-27.
- BASTEN, S., *Voluntary Childlessness and being Childfree, The Future of Human Reproduction*, Working Paper #5, June 2009, ed. St. John's College Research Centre, University of Oxford and the Vienna Institute of Demography, Austrian Academy of Science, http://www.spi.ox.ac.uk/fileadmin/documents/pdf/Childlessness_-_Number_5.pdf, última visita el 7 de mayo de 2014.
- BUSTOS PUECHE, J. *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*. Editorial Dykinson, Madrid-1996.
- CAÑETE QUESADA, A., *El anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio*, en La Ley, Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ed. La Ley actualidad, 2004, pp. 1516-1524.

- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo V, *Derecho de Familia*, vol. 1, *Las relaciones conyugales*, actualizado y revisado por GARCÍA CANTERO, G., CASTÁN VÁZQUEZ, J. M. y, ADROHER BIOSCA, S., 12.ª edición, ed. Reus, Madrid, 1994
- *Derecho Civil, Español, Común y Foral, Tomo V, Derecho de Familia, volumen segundo, Relaciones paterno-filiales y tutelares*, revisado y puesto al día GARCÍA CANTERO, G., y CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., ed. Reus, Madrid-1995
 - *Derecho Civil español, común y foral, Teoría de la relación jurídica: la persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos*, Tomo II, vol. 1.º, revisado y puesto al día por ROMÁN GARCÍA, A. M., decimoquinta edición, editorial Reus, Madrid-2007.
- CICU, A., SENTIS MELENDO, S., traductor, *El Derecho de Familia*, Ediar, Sociedad Anónima de Editores, Buenos Aires-1947
- CORRAL TALCIANI, H. F. y VIGO, A., *Recensión sobre El dominio de la vida: una discusión sobre el aborto y la eutanasia*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, número 2, ed. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago-1994, p. 434.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La Responsabilidad Civil*, ed. Universidad de Deusto, Deusto-1988.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Los llamados derechos de la personalidad*, en *Anuario de Derecho Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid-1959, pp. 1237-1276.
- *El negocio jurídico*, ed. Civitas, Madrid-1985.
 - *Derecho Civil de España, Volumen I*, comprendiendo *Derecho Civil de España*, Tomo I, ed. Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), 2008
 - *Derecho Civil de España, Volumen II*, comprendiendo *Derecho Civil de España Tomo II y Temas de Derecho Civil*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), 2008.
- DE LORA DELTORO, P., *El último libro de Dworkin: aborto y eutanasia*, en *Sistema*, *Revista de Ciencias Sociales*, 117/1993, ed. Fundación Sistema, Madrid, 1993, pp. 101-108.
- *¿Ser o no ser? El misterioso caso de los embriones "supernumerarios"*, en *Anuario de derecho civil*, vol. 56, núm. 1, 2003, ed. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003, pp. 101-138.
- DE MIGUEL BERIAIN, I., *¿Derechos para los Animales?*, en *DILEMATA* año 1, (2009), número 1, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, CSIC: Instituto de Filosofía, Madrid, 2009, pp. 15-31.
- DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAS, PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. y PARRA LUCÁN, M. A., *Curso de Derecho civil, I, Derecho Privado. Derecho de la persona*, 4.ª edición, ed. Colex, Majadahonda, Madrid-2011.
- *Familia y Derecho*, ed. Civitas Madrid-1984, p. 33.
 - *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción, Teoría del Contrato*, 6.ª edición, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.
 - *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Las relaciones obligatorias*, 6.ª edición, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

- DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 3.^a edición, ed. Tecnos, Madrid-1.980.
- DORAL GARCÍA, J. A., *La hibernada acción de jactancia y el problema del silencio*, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez PICAZO, Tomo I, ed. Civitas, Madrid-2003, pp. 487-515
- DWORKIN, R. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Ed. Ariel, Barcelona-1994.
- ENGEL, L., *La responsabilité en crise*, ed. Hachette, París-1995.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal: ¿un nombre vacío? A propósito de la reforma del Código Civil de Julio de 2005*, en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, 2006, ed. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 1461-1484.
- FEITO GRANDE, L., *Los Derechos humanos y la ingeniería genética: la dignidad como clave*, Isegoría: Revista de filosofía moral y política, núm. 27, 2002, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid-2002, pp. 151-165.
- FLUME, W., *El negocio jurídico*, ed. Fundación Cultural del Notariado, traducción de MIGUEL GONZÁLEZ, J. M., y GÓMEZ CALLE, E., Madrid-1996
- GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo régimen de la adopción*, en *Anuario de Derecho Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, vol. 3, núm. 7/ 1971, Madrid-1971, pp. 789-861.
- *La "non nata" cláusula de dureza en el divorcio español* Anuario de derecho civil, ed. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, vol. 36, núm. 4, Madrid-1983, pp. 1343-1358.
 - *Comentario al artículo 98 del Código civil*, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., Tomo II, ed. EDERSA, 2.^a edición, Madrid-1985.
 - *Notas sobre la Representación Legal en el Derecho de Familia*, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Varios Autores, ed. Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia-1989, pp. 289-302.
 - *La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de familia* en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 1, J. M.: Bosch editor, Barcelona-1992, pp. 337-353.
 - *Luces y sombras en la evolución del Derecho español de familia* (1981-1990) Revista española de derecho canónico, ed. Universidad Pontificia de Salamanca, vol. 52, núm. 138, Salamanca-1995, pp. 43-54.
 - *La filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida*, en *Derecho, Procreación y Ética*, Cuadernos de Bioética, vol. 10, núm. 39, ed. Asociación de Bioética y Ética Médica, Madrid-1999, pp. 478-494.
 - *¿Derecho a no casarse?* Actualidad civil, ed. La Ley-Actualidad, núm. 1, Madrid-2004, pp. 13-22.
 - *Sobre el llamado "matrimonio homosexual". Análisis de algunas cuestiones debatidas* en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid-2006, pp. 1561-1579.

- GARCÍA CANTERO, G., *El fracaso del divorcio en España y en Europa: Anotaciones a la Ley de 2005*, en Revista Jurídica del Notariado, número 58, Abril-Junio 2006, ed. Consejo General del Notariado, Madrid-2006, pp. 167-203.
- *Qué queda del vigente sistema matrimonial español?* en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez* / coordinado por Josefina Alventosa del Río, Rosa María Moliner Navarro, vol. 1, ed. Universidad de Valencia, Valencia-2008 (Volumen I), pp. 509-533.
- *Vértigo ante el abismo*, en Revista chilena de derecho de familia, ed. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago-2010, pp. 11-14.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, 14.ª edición, ed. Thomsom-Civitas, Cizur Menor, (Navarra), 2008.
- GARCÍA VICENTE, J. R., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo número 669 de 12 de julio de 2004*, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero-abril de 2005, ed. Civitas, Madrid-2005, pp. 433-448,
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Matrimonio y Familia; arts. 32 y 39 de la Constitución*, Revista de Derecho Político, núm. 36, ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid-1993, pp. 207-223.
- JARUFE CONTRERAS, D. W., *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el Ordenamiento jurídico español: adopción "versus" técnicas de reproducción humana asistida*, ed. Dykinson, Madrid-2013.
- GIL, T., *Condicionabilidad y Autoría. Sobre la verdadera libertad de los seres humanos*, Isegoría: Revista de filosofía moral y política, núm. 32, 2005, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid-2005, pp. 135-144.
- GUASP DELGADO, J., ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho procesal civil. Tomo II., Parte especial: procesos declarativos y de ejecución*, 7.ª edición, ed. Thomsom-Civitas, Cizur Menor, (Navarra), 2006
- JONAS, H., *El principio de responsabilidad*, editorial Herder, Barcelona-1995.
- HARRIS, M., *Cerdos, Vacas, Guerras y Brujas*, Antropología, Alianza Editorial, Bolsillo en Español, Madrid-2000
- *Antropología Cultural*, Alianza Editorial, Madrid-2004
- IHERING, R., GONZÁLEZ POSADA, A., traductor, *3 Estudios jurídicos, del interés en los contratos, la posesión, lucha por el derecho*; ed. Atalaya, Buenos Aires-1947, p. 9.
- JONAS, H., *El principio de responsabilidad*, editorial Herder, Barcelona-1995.
- KERHAN KAUFMAN, E. K., en Archiv. Für die Civilistische Praxis, octubre, 1963, ed. Mohr Siebeck GmbH & Co, Tübingen-1963.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de familia*, ed. Librería Bosch, Barcelona-1974.
- *Un nuevo contractualismo en el Derecho familiar*, en La Ley, Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 3/1982, ed. La Ley actualidad, Madrid-1982, pp. 727-730.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. *Elementos de Derecho Civil, Tomo IV, volumen 2*, editorial Bosch-Barcelona-1994.

- LALANA DEL CASTILLO, C., *La pensión por desequilibrio económico en caso de separación o divorcio*, J. M. Bosch editor, Barcelona-1993.
- LÓPEZ ALARCÓN, M., NAVARRO-VALLS, R. *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, ed. Tecnos, Madrid-2001, 7.^a edición.
- LÓPEZ JACOÍSTE, J. J., *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, en Anuario de Derecho Civil, 39, número 4, 1986, ed. Ministerio de Justicia, Madrid-1986, pp. 1059-1120.
- *La responsabilidad civil extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, SA, Madrid-2010.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Las nuevas fronteras del Derecho de familia: una aproximación de Derecho español*, en el vol. "Libro-Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera" Colegio Notarial de La Coruña, Coruña-2000.
- *Nuevas perspectivas sobre el Derecho de Familia: perplejidades, claves y paradojas* en el vol. col. "Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo", ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005.
 - *A cada uno su familia, a cada familia su Derecho (Aproximación funcional a las nuevas formas de familia y elogio de la diversidad)*. Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico. Modelos Familiares, Volumen 2, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 28-47.
 - *La adopción conjunta por matrimonios homosexuales: el efecto indirecto, pero querido) de una reforma matrimonial*, en Revista de Derecho Privado, julio-agosto 2007, ed. EDESA, Madrid-2007.
 - *El nuevo matrimonio civil*, en Estudios de Derecho Judicial, número 130, 2007, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid-2007, pp. 13-58.
 - *Nuevos modelos de familia: la respuesta legal*, en Revista Española de Derecho Canónico, volumen 64, número 163, 2007, ed. Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca-2007, pp. 703-744.
 - *La adopción conjunta por matrimonios homosexuales: el efecto indirecto (pero querido) de una reforma matrimonial*, Revista de Derecho Privado, julio-agosto 2007, ed. EDESA, Madrid-2007, pp. 3-32.
 - *Perspectivas sobre el 'matrimonio' entre personas del mismo sexo*, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Editorial Rialp, Madrid, 2007.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, 4.^a edición, Editorial Colex, Majadahonda, Madrid - 2013
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *Eficacia de los acuerdos en el seno de las relaciones familiares. Estado actual de la jurisprudencia*, en BLASCO GASCÓ, F. de P., (coord.), Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. MONTES PENADÉS, vol. 2, 2011, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1527-1550.
- MATA DE ANTONIO, J. M., *Parejas de hecho, ¿equiparación o discriminación? (Análisis de la normativa autonómica)*, en Acciones e Investigaciones Sociales, 14, (febrero 2002), ed. Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2002, pp. 183-251.

- MONSALVE CABALLERO, W., Hacia la contractualización del vínculo matrimonial, en *Universitas*, Bogotá (Colombia), núm. 110: 347-412, julio-diciembre de 2005, ed. Facultad de ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá-2005, pp. 347-512.
- MONTÉS PENADÉS, V. *Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida*, *Actualidad Civil*, número 47, 19-25 diciembre, 1994, ed. La Ley-Actualidad, Madrid-1994, pp. 957-979.
- MONTORO BALLESTEROS, A., *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*, en *Anales de Derecho*, número 4, 1983, ed. Universidad de Murcia, Murcia 1983, pp. 20-98.
- OLIVECRONA, K., *Law as fact*, 2.^a edición, Steven and Sons, London, 1971
- PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario al artículo 1.902 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid-1993, pp. 1971-2003.
- PARRA LUCÁN, M. A., *Reflexiones sobre algunas tendencias en instituciones y relaciones del derecho de la persona y de la familia*, en *Anales de la Facultad de Derecho*, 19, diciembre 2002, ed. Universidad de La Laguna, Tenerife-2002, pp. 139-158.
- *Autonomía de la voluntad y Derecho de familia*, en PRATS ALBENTOSA, L., *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado, Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo I, ed. por Consejo General del Notariado, Madrid y Wolters Kluwert España SA, Madrid-2 012, pp. 97-454.
- PÉREZ MARTÍN, A. J., *Nulidad civil y eclesiástica. Aspectos penales del Derecho de familia*; editorial Lex Nova, Valladolid-2000.
- PROSSER, W. L., *Law of Torts*, ed. West Publishing Co., Eagan, (Minnesota), 1971
- RAMS ALBESA, J. J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., y ANGUITA VILLANUEVA, L. A., *Autonomía de la Voluntad y negocios jurídicos de familia*, ed. Dykinson, SL, Madrid-2009.
- ROCA TRÍAS, E., *Comentario al artículo 98 del Código civil*, en *Comentarios al Código civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid-1993, pp. 405-407.
- RAMÍREZ NAVALÓN, R. M., Multiculturalidad y orden público matrimonial, en BLASCO GASCÓ, F. de P., (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, vol. 2, 2011, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 2097-2114.
- ROCA TRÍAS, E., *Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de las crisis matrimoniales*, en VVAA, ABRIL CAMPOY, J. M., AMAT LLARI, M. E., *Homenaje al profesor Puig Ferriol*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia-2006, pp. 2107-2140.
- *La familia y sus formas*, en *Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico. Modelos Familiares*, Volumen 2, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 48-72.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., *Reflexiones sobre el Derecho de Familia*, en *Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico. Modelos Familiares*, Volumen 2, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 74-98.

- VIDAL MARTÍNEZ, J., *Relación no matrimonial: algunas reflexiones sobre los conceptos de separación de hecho, abuso de derecho y buena fe*, en Revista General de Derecho, número 508-509, Valencia-1987, pp. 33-47.
- *Algunas observaciones sobre el concepto de persona*, en Revista General de Derecho, número 550-551, Valencia-1990, pp. 5297-5309
 - *La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida*, en Revista General de Derecho, número 600, Valencia-1994, pp. 9523-9533.
 - *Acerca del derecho de la persona humana a contraer matrimonio y a fundar una familia desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, en Revista General de Derecho, número 631, Valencia-1997, pp. 3505- 3526.
 - *Acerca de la protección jurídica de la persona en relación con el desarrollo tecnológico. Genética y embriología humanas, desde la perspectiva del Derecho Civil Constitucional Español*, en ALVENTOSA DEL RÍO, J., MOLINER NAVARRO, R. M., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Ialaguna Domínguez*, vol. 2, 2008 (Volumen I), ed. Universitat de València, Valencia 2008, pp. 1229-1266.
- VON WICHMANN ROVIRA, G., *La responsabilidad extracontractual o Derecho de Daños*, en DELGADO DE MIGUEL, J. F., (coordinador general), *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, volumen 3.º, ed. Aranzadi, Cizur Menor-2005, pp. 849-1206.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, ed. Reus, Madrid-1989.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-ENARRIAGA, L., *Acuerdos prematrimoniales, hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal*, en Economist & Jurist, Año XVI, marzo 2008, p. 22.

LA POSICIÓN PROCESAL DEL TERCER POSEEDOR DE FINCA HIPOTECADA (*)

José Antonio García Vila

Notario

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA
- III. UNA BREVE EXCURSIÓN HISTÓRICA
- IV. LA ACCIÓN PERSONAL Y LA ACCIÓN HIPOTECARIA. EL CHOQUE ENTRE LA CONCEPCIÓN DE LA DOCTRINA HIPOTECARISTA Y LA DOCTRINA PROCESALISTA
- V. EL CONCEPTO DE TERCER POSEEDOR DE LOS BIENES HIPOTECADOS Y LAS DIFERENTES POSICIONES PROCESALES
 - V.1. Su concepto
 - V.2. El requisito de la inscripción
 - V.3. Conclusión
- VI. LOS PROCEDIMIENTOS DE QUE DISPONE EL ACREEDOR PARA EL COBRO DE SU CRÉDITO
- VII. EL PROCEDIMIENTO DECLARATIVO
- VIII. EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO
 - VIII.1. De nuevo una excursión histórica
 - VIII.1.1. La LEC 1855
 - VIII.1.2. La LH 1861
 - VIII.1.3. La LH 1869
 - VIII.1.4. La LEC 1881 y el CC

(*) Este trabajo ha sido publicado en la página web de notarios y registradores.

- VIII.1.5. La LH de 1909
 - VIII.1.6. La LH 1946
 - VIII.2. La situación actual
 - VIII.2.1. El problema del tercer poseedor inscrito
 - VIII.2.2. Cuando adquiere el tercer poseedor la condición de parte procesal
 - VIII.2.3. La doctrina anterior a la LEC 2000
 - VIII.2.4. Mi opinión
 - VIII.3. El embargo del bien hipotecado y la anotación preventiva de embargo en el procedimiento ordinario. Un retorno encubierto a la tesis procesalista de la hipoteca
 - VIII.3.1. El orden de ejecución
 - VIII.3.2. El embargo del bien hipotecado
 - VIII.3.3. La anotación preventiva de embargo
 - VIII.3.4. La salida del círculo vicioso
 - VIII.4. El tercer poseedor que resulta de la certificación de cargas y gravámenes
 - VIII.5. El tercer poseedor posterior a la certificación de dominio y cargas
- IX. LA POSICIÓN PROCESAL DEL TERCER POSEEDOR DE FINCA HIPOTECADA EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DIRECTA DE LOS BIENES HIPOTECADOS
 - IX.1. Los antecedentes históricos.
 - IX.2. La naturaleza del procedimiento
 - IX.2.1. La posición antes de la LEC 2000.
 - IX.2.2. La LEC 2000
 - IX.3. Las diferentes posiciones del tercer poseedor.
 - IX.3.1. El tercer poseedor rezagado
 - IX.3.2. El tercer poseedor intermedio
 - IX.3.3. El tercer poseedor existente al tiempo de la interposición de la demanda
 - IX.3.3.1. Los antecedentes de la doctrina de la Dirección General
 - IX.3.3.2. Síntesis de la postura de la Dirección General
 - IX.3.3.3. Crítica de la postura de la Dirección General
 - IX.3.3.3.1. Los antecedentes históricos
 - IX.3.3.3.2. El análisis del art. 132 LH
 - IX.3.3.3.3. La doctrina científica y la jurisprudencia
 - IX.3.3.3.4. La publicidad material registral
 - IX.3.3.3.5. El domicilio para notificaciones

IX.3.3.3.6. La eficacia *erga omnes* de la inscripción

IX.3.3.3.7. La constitución de la relación jurídico procesal, la indefensión y la nulidad del procedimiento

X. REFLEXIONES FINALES

BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de las diferentes posiciones procesales en que se encuentra el tercer poseedor de finca hipotecada, según cual sea el procedimiento a través del cual el acreedor pretenda hacerse cobro de su crédito.

Como es sabido, la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 unifica no sólo los procedimientos de ejecución de títulos judiciales y extrajudiciales, sino, y esto es lo que ahora nos interesa, trata de dar una regulación unitaria a los diferentes procedimientos de ejecución de créditos con garantía real, mobiliaria o inmobiliaria, regulando dentro de los de garantía mobiliaria solamente aquéllos en que no hay un desplazamiento de la posesión del bien gravado; la Ley deja fuera, pues, pese a su pretensión de unificación, los supuestos de garantías mobiliarias con desplazamiento posesorio, deficientemente regulados en la legislación civil (1); al mismo tiempo, la Ley se limita a establecer una regulación básica para la hipoteca naval, dejando subsistente, sin embargo, amplios aspectos de la misma, y

(1) Una interesante excepción en cuanto a la deficiente regulación la encontramos, sin embargo, en el Libro V del Código Civil de Cataluña, respecto del ejercicio del *ius vendendi* en la prenda mobiliaria.

Esta deficiente regulación llama más la atención si se tiene en cuenta la remisión que la LEC hace al procedimiento notarial de venta de la cosa empeñada cuando se trata de venta de participaciones sociales o acciones embargadas (art. 635 LEC).

no solamente los relativos al embargo del buque hipotecado una vez que se ha iniciado el procedimiento de ejecución directa del mismo.

Este trabajo, en gran medida, está influido por (y es una reacción a) la reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la posición del tercer poseedor cuando se ejercita la comúnmente denominada "acción hipotecaria", exigiendo que, en todo caso, ha de ser demandado el tercer poseedor que ha inscrito antes de que se inicie el procedimiento de ejecución directa del crédito garantizado hipotecariamente.

Precisamente por eso, aunque el título del trabajo parezca enormemente amplio, éste va a ser el supuesto principal al que voy a dedicar la exposición, de forma que se tratarán marginalmente otros supuestos de posiciones procesales del tercer poseedor.

Pudiera parecer que el orden lógico de exposición debiera ser empezar por estudiar primero la figura del tercer poseedor, después el concepto de acción procesal y, finalmente, la denominada acción hipotecaria; no obstante, el orden va a ser inverso, pues creo que el concepto de "tercer poseedor" sólo puede entenderse estudiando primero el desarrollo del concepto de la hipoteca y de la acción hipotecaria.

II. LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA

El art. 1911 CC enuncia la denominada responsabilidad patrimonial universal al señalar que del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros.

Cuando habla de bienes presentes, el Código se refiere a la responsabilidad de todos los bienes existentes en el momento en que se pretende la ejecución, ante el incumplimiento voluntario del deudor; de ser éstos insuficientes para satisfacer el interés económico del acreedor, no por ello se extingue la responsabilidad del deudor, sino que los que adquiera el deudor con posterioridad van a poder ser objeto de "agresión" por parte del acreedor para hacerse cobro de lo debido.

Todo ello es sin perjuicio de que el acreedor goce de mecanismos para poder impugnar los actos dispositivos del deudor, bien antes del incumplimiento, bien una vez incumplida la obligación, para poder reintegrar estos bienes en cierta medida en la masa patrimonial que ha de ser objeto de agresión. No nos interesa ahora el problema de si

hay o no un principio general de sujeción de todos los bienes al cumplimiento de la obligación ni si la denominada acción Pauliana es o no una consecuencia del principio de responsabilidad patrimonial o de un principio general de impugnación de los contratos, ni, finalmente, si la "reintegración" supone que los bienes se entiendan situados en el patrimonio del deudor incumplidor o en el del adquirente que ha de ser perjudicado por la pretensión impugnatoria del acreedor.

Lo que sí interesa destacar, porque ésta es la función básica de los derechos reales de garantía, es que si, en el intervalo entre el momento en que el deudor contrae la obligación y el momento del incumplimiento, el deudor ha transmitido los bienes a un tercero, el acreedor se va a encontrar con serios problemas para hacerse pago de su crédito, porque no siempre gozará de la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria, y, en todo caso, esta posibilidad siempre se le presenta como una posición claramente perjudicial.

III. UNA BREVE EXCURSIÓN HISTÓRICA

Si el Derecho es, en gran medida, historia del Derecho, creo que una excursión breve histórica que puede ayudar a comprender los términos que utilizamos actualmente (2).

Para resolver el problema económico que late en los derechos reales de garantía, en el Derecho Romano se acudió, desde un primer momento a dos figuras: la *fiducia cum creditore* y el *pignus*.

La forma más antigua de garantía es la *fiducia cum creditore*. No obstante, el carácter fragmentario de las fuentes de conocimiento de que disponemos y la interpolación de los compiladores justinianeos, que sustituyeron el término *fiducia* por los términos *pignus* e *hipoteca*, han dificultado enormemente la comprensión de la figura, no sólo en su completa evolución histórica sino que ha impedido a

(2) Agradezco a A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN no sólo que me haya proporcionado bibliografía muy esclarecedora sino la revisión a que sometió este apartado. Su manual, al que hago referencia en la bibliografía empleada, ha sido fuente de constante consulta a la hora de la redacción de este apartado, ya que, entre otras virtudes, tiene la de saber enlazar la disciplina romana de las figuras de garantía con la disciplina actual, mostrando como el Derecho Romano no es todavía un derecho muerto o un simple alarde de erudición.

la doctrina romanística llegar a acuerdos unánimes sobre los puntos centrales de la figura (3).

La *fiducia cum creditore* era un negocio que se celebraba sobre *res Mancipi* mediante la *mancipatio* o de la *in iure cessio*; a través de estas figuras se transmitía al acreedor-fiduciario la propiedad de la cosa dada en garantía del pago de la deuda (4), con obligación por parte del fiduciario adquirente de retransmitir (a través de una *remancipatio* o de una nueva *in iure cessio*) la propiedad al deudor-fiduciante en caso de que éste pagara la deuda (5).

La *fiducia* podía constituirse con traspaso posesorio al fiduciario o (6) permaneciendo el fiduciante en la posesión de la cosa a título, bien de precario, bien de arrendatario (7). Lo importante es que, en estos últimos casos, el fiduciario, como propietario que era, estaba protegido por la acción reivindicatoria tanto frente al deudor como, y esto es lo que nos interesa, frente a posibles adquirentes del bien.

Como vemos, se trataba, dentro de los límites del Derecho vigente, de dotar de la máxima garantía al acreedor, que era no sólo propietario, sino también poseedor mediato de la cosa, y protegido,

(3) LÓPEZ HUGUET señala que estas discrepancias afectan al carácter unitario o no del negocio, la estructura del mismo, la inherencia originaria o no de la *lex commissoria* o del *ius vendendi*, la unidad o pluralidad de la *actio fiduciae*, o, incluso, su naturaleza contractual.

(4) C. FUENTESECA, no obstante, cree que solamente se le transmitía el uso, pero no el dominio quiritario.

(5) Uno de los puntos centrales de la discusión doctrinal es si se trataba de un pacto informal que precisaba la función de garantía modulando esa obligación de restitución, si era un pacto distinto o si se trataba de un negocio complejo unificado por la *fides* y el fin perseguido por las partes, con dos elementos, el real, constituido por el acto de transmisión de la propiedad, y el obligacional, constituido por el acuerdo de restitución.

(6) Y esto parece que era desde un primer momento lo más normal, porque, al fin y al cabo, se trataba de que el prestatario mantuviese sus medios de producción para obtener del fundo los medios con los que poder hacer frente al pago del préstamo, extremo que, por otro lado, era lo que, normalmente, más interesaba al acreedor.

(7) Como garantía añadida en estos caso se va a dar, además, al fiduciante la protección a la que haremos referencia más adelante sobre los *invecta et illata*. Interesa destacar, pues es característico del sistema jurídico romano, que determinados remedios o soluciones encontrados para una situación, como son las formas de *pignus* a las que me referiré seguidamente, se aplican a otras figuras, cuando la evolución lo hace aconsejable.

al mismo tiempo que por la acción reivindicatoria, por los interdictos posesorios y, contra el deudor-fiduciante, que tenía la posesión inmediata de la cosa, por todas las acciones que derivaban de su situación jurídica de precarista o arrendatario (8).

En un primer momento, el fiduciante carecía de protección legal alguna frente al fiduciario, ya que, al estar basado en la buena fe, el fiduciante no tenía, al menos en la época de las *legis actionis*, acción para exigir la restitución, sino la sanción moral que derivaba del incumplimiento por el propietario fiduciario que no restituía la cosa (9). Sólo hacia el siglo II a.C. se introduce una *actio fiduciae* formularia, para facultarle al fiduciante (que hubiera pagado, lógicamente) exigir la restitución de la cosa por un modo formal que le permita readquirir el dominio y, al mismo tiempo, se le permite usucapir en el plazo de un año (*usureceptio*) en caso de cumplir con su obligación de pago y tener la posesión de la cosa, pero negarse el propietario a remanciparla.

La introducción de la *actio fiduciae* (10) hace que se vayan generalizando en la fiducia dos pactos: el pacto de *lex commissoria* y el pacto *de vendendo*. Por el primero se pactaba que el fiduciario podía hacer suya definitivamente la cosa en caso de incumplimiento, extinguiéndose la *actio fiduciae*; por el segundo se regulaban las condiciones en que el fiduciario podía, legítimamente, vender

(8) Una situación parecida la vamos a encontrar siglos más tarde con la regulación del leasing; la más temprana jurisprudencia española sobre figuras semejantes asimila la figura precisamente a la *fiducia cum creditore* romana, y la doctrina italiana, con su peculiar sentido jurídico, calificaba en la década de los ochenta la figura del leasing como de “exacerbación de las garantías de los acreedores” y se planteaba en qué medida la prohibición del pacto comisorio era un principio fundamental de orden público del derecho continental europeo.

(9) Esta sanción era suficientemente fuerte como para disuadir en los primeros momentos de la evolución de la figura al fiduciario de cualquier pretensión de quedarse la cosa; la relajación de los vínculos morales va a condicionar o influir en la evolución de la figura.

(10) La introducción de la *actio fiduciae* supone alterar, en cierta medida, el “equilibrio” de la situación, ya que se va a hacer responsable al acreedor del daño que pueda sufrir la cosa por su culpa o de la venta que haga de la misma fuera de los límites permitidos por la buena fe.

la cosa (11) cobrándose la deuda con el precio obtenido y devolviendo al deudor-fiduciante el sobrante (*superfluum o hyperocha*).

Pero esta forma de fiducia desaparece en la época postclásica, al perder ya toda importancia la distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi* y desaparecer los negocios formales y abstractos a los que estaba ligada.

El *pignus* es también una figura con una notable antigüedad en el Derecho Romano. En un primer momento se acompaña siempre del desplazamiento de la posesión, facultaba al acreedor para retener la cosa en tanto no se pagara la deuda y, como señaló ARANGIO-RUIZ, a él recurrían los "desheredados de la fortuna". Es una figura de perfiles también difusos, ya se discute si el pacto comisorio era inherente al mismo o si el acreedor no disponía de más defensa que la posesoria (protegida por vía interdictal).

Sin embargo, lo que ahora nos interesa es la evolución del *pignus* sin desplazamiento de la posesión y cómo se instrumentaba.

Sus antecedentes pueden buscarse en determinados pasajes de CATÓN que se refieren a supuestos como la venta de las aceitunas, la venta del pasto invernal o la venta del producto de las ovejas; en estos casos, mientras el deudor (es decir, quien entra en la finca para realizar un cultivo determinado) no paga la renta quedan pignoralizados en garantía del pago de la misma los bienes que introduzca en el fundo y que le sirvan para el desarrollo de la explotación pactada; pero (12) si se extraen los bienes del fundo o en caso de impago o si no constituye fianza suficiente, el acreedor (dueño del fundo) se hace dueño de las cosas pignoralizadas. La expresión *domini esto* que utiliza el texto de CATÓN hace pensar que había una clara función comisorio.

(11) Se admitía la venta sin necesidad de subasta, y que si se hacía mediante subasta la venta fuera al contado y no tuviera que hacerse concediendo al mejor postor la oportunidad de pagar en forma aplazada, supuesto en el que siempre podría obtener el fiduciante que vendiera un precio mayor, pero a costa de ver como se aplazaba su cobro..

(12) M. FUENTESECA, 2013, p. 23.

Paralelamente (13), se desarrollan dos tipos de arrendamientos, el rústico y el urbano. Para la explotación de los fundos, el arrendatario tenía que introducir bienes en el fundo; se trata de los denominados *invecta et illata* (14) (esclavos, animales y aperos de labranza). Al contrato de arrendamiento se añadía como garantía del pago de la renta un pacto pignoraticio de estos medios de producción, que le transmitía al arrendador la posesión mediata de los mismos. Para resolver el problema de cómo proteger al arrendador en caso de que el arrendatario abandonara el fundo llevándose los bienes o entregándolos a tercero, a principios del siglo II a.C. se crea el denominado interdicto Salviano; este interdicto permitía recuperar la posesión de las cosas que el colono sustrajera del fundo (sin haber pagado la renta, obviamente) o recuperarlas de cualquier tercero que las tuviera en su poder, salvo que se tratara de un adquirente a título oneroso. Pero esta función recuperatoria solamente servía al acreedor en un primer momento de medio de coacción ya que permitía al acreedor retener las cosas en tanto el deudor no pagara las rentas debidas; de ahí que se añadieran pactos comisorios o de *vendendo*. Las limitaciones de este interdicto (15) hacen que, bajo el influjo de la admisión de la *actio Publiciana*, se cree en el siglo I a.C. (16) la denominada *actio Serviana*, que se configura como una *actio in rem*; esta acción en época postclásica se confiere ya sin necesidad de *conventio pignoris*, es decir, sin necesidad de pactar expresamente la pignoración de los *invecta et illata*.

A diferencia de lo que ocurría en los arrendamientos rústicos, en los arrendamientos urbanos el derecho de garantía recaía sobre los

(13) La doctrina suele resaltar la importancia que tenía la agricultura en la economía romana; sin negar este hecho, hay que señalar que agricultura tenía gran importancia desde un punto de vista político ya que la tenencia de tierras era fundamental para el ascenso político y que, al mismo tiempo, en Roma tenía una gran importancia la actividad comercial, marítima o no.

(14) Esta es la terminología que suele dar la doctrina romanística, aunque M. FUENTESECA critica la pertinencia de la misma en lo referente a los arrendamientos rústicos, no así en los urbanos.

(15) No servía cuando el *locutor* era un mero *possessor*, ni cuando se encontraban en poder de adquirente a título oneroso.

(16) La doctrina suele atribuir la creación de la acción a Servio Sulpicio Rufo en el año 51 a.C.

muebles introducidos por el inquilino en la vivienda arrendada sin necesidad de pacto expreso (17).

Sobre la base de estas figuras (18) se desarrolla la pignoración de fundos en garantía del cumplimiento de obligaciones derivadas de préstamos.

En un primer momento, el pacto pignoraticio va acompañado de la *traditio possessionis* de los fundos al acreedor, que se los entregaba en precario o en arrendamiento al deudor. En caso de que hubiese arrendamiento, se aplicaba el interdicto Salviano; en caso de que hubiese precario, el acreedor sólo tenía un interdicto recuperatorio del fundo si el deudor no cultivaba el fundo; como no se aplicaba el interdicto Salviano, se acostumbraba añadir una *conventio pignoris* sobre los aperos de labranza del arrendatario (19).

Poco a poco (20) se admite una nueva concepción del *pignus contractum* consistente en el mero convenio de constitución de la prenda sin necesidad de traslado de la posesión, figura ya plenamente consolidada en el siglo II d.C. De ahí que ULPIANO hable de que el *pignus conventum* puede celebrarse *cum traditione* o *nuda conventione*.

A ambas figuras de *pignus* se le concede la protección de la *actio Serviana* [ahora denominada *actio quasi Serviana* o *hypothecaria*

(17) Curiosamente, aquí el problema era cómo permitir al inquilino que había pagado la renta recuperar los bienes y eso se logra a través del *interdicto de migrando*. La protección del arrendador se lograba a través de la *perclusio*, que le permitía oponerse a que el inquilino sacase los muebles o tomar la posesión de la cosa en caso de falta de pago.

(18) Y de otras como el arrendamiento de almacenaje, de hospedaje, de solares o de mercancías depositadas en almacenes públicos.

(19) Si nos fijamos detenidamente, coexisten medios de garantía que tienen por objeto elementos mobiliarios productivos con elementos inmobiliarios.

(20) M. FUENTESECA destaca la importancia que en la evolución de la figura tuvieron supuestos en que no cabía la *traditio possessionis* precisamente porque los bienes no existían: la hipoteca de cosas futuras y la prenda de los frutos de la cosa. Es clásico en la doctrina española el artículo de ARIAS RAMOS a que se hace referencia en la bibliografía. Ya hemos visto como en el caso de los arrendamientos rústicos la garantía sobre los *invecta et illata* evoluciona rápidamente en esta línea y, claramente, influye en el supuesto del *pignus*.

(21)]. En ambos casos, es decir, haya o no traspaso posesorio, se trata de exigir la restitución de la cosa, bien del propio deudor (que, como hemos señalado, conservaba la posesión de la cosa) bien de un tercero adquirente. Esta mera restitución, naturalmente, sirve de poco al acreedor; de ahí que se añadieran, tanto en el *pignus* con *traditio possessionis* como en el constituido *nuda conventione*, ya desde un primer momento, el pacto de *lex commissoria* (22) y el *pacto de vendendo o de distrahendi pignore* (23); este pacto *de vendendo* (24) acaba sobreentendiéndose en época clásica, si bien

(21) MAYNZ (1888:940) señala que el remedio de la *actio quasi Serviana* supone que el acreedor tiene un *ius in re* y puede perseguir la cosa doquiera que se encuentre y cualesquiera que sean las manos a las que pase.

(22) La doctrina (ZAMORA MANZANO) pone de manifiesto como este pacto no necesariamente era beneficioso para el acreedor, pues si lo establecía adquiriría el dominio de la cosa, pero no podría reclamar la diferencia de valor, en caso de que la cosa valiera menos que el importe de la deuda. Sin embargo, como podía dar lugar a abusos, acaba siendo prohibida por Constantino (año 320 d.C). Se admite, sin embargo, (D. 20,1,16,9) el denominado pacto Marciano, por el que el acreedor podría hacerse dueño de la cosa, abonando la diferencia de valor, pero en el que el acreedor podía optar por reclamar la deuda o quedarse la cosa y, en caso de que su valor fuera inferior, continuar reclamando la diferencia.

Por el contrario, para RODRÍGUEZ ROSADO (1998:27) el pacto comisorio actuaba como una garantía, pues el acreedor podría optar entre exigir el pago del precio o apropiarse de la garantía, mientras que en el pacto marciano el acreedor perdía la facultad de opción, al configurarse como una compraventa sometida a la condición suspensiva de que el vendedor no devuelva el precio (el importe prestado) en el plazo pactado.

La prohibición del pacto comisorio en el Proyecto de Código Civil de 1851, pero la admisión del pacto marciano, y la admisión de los pactos comisorio y marciano en el Anteproyecto de 1882-1888 (art. 6 de la parte relativa a prenda e hipoteca), así como la redacción del Código en esta materia, han movido a una gran parte de la doctrina actual a admitir el pacto marciano, dados los antecedentes históricos y la ausencia de prohibición explícita (si bien sometiéndolo a determinadas condiciones en la valoración que impidan los más que probables abusos del acreedor).

(23) Cabía incluso el *pacto de non distrahendo*, pero el acreedor podría vender, pese al pacto, si requería tres veces al deudor para que pagase y éste no lo había hecho.

(24) Mientras que el pacto comisorio se ve con disfavor, el pacto *de vendendo* se ve como algo lógico.

la venta no tenía que hacerse necesariamente en subasta (25); incluso ante la dificultad probada de la venta del bien se permite al acreedor que se solicite del emperador (*impetratio dominii*) poder quedarse con el bien pagando su justo precio, aunque esta adquisición no era definitiva, pues el deudor podría recuperar la propiedad si pagaba en el plazo de un año (26).

El sistema romano no conoció el concepto de derecho subjetivo; en el sistema formulario no se trataba de que a un derecho correspondiera una acción, sino exactamente al revés (27): cuando existía una *actio* podía decirse que existía un derecho. El derecho nace cuando el pretor admite que una determinada situación jurídica pueda dar lugar a una pretensión susceptible de ser deducible ante los Tribunales. Las acciones podían ser reales o personales, pero ello dependía de la *intentio* que daba lugar a la *fórmula* que iniciaba el procedimiento. Las acciones reales eran aquéllas en que en la *intentio* se mostraba una pretensión respecto de una cosa.

Pues bien, la que después se denominará acción hipotecaria era una acción a través de la cual el acreedor pretende que la cosa dada en garantía, sea quien sea el que la posea y sea cual sea el título por el que la posea (*ius persequendi*), le sea entregada [*ius distrahendi* (28)] para proceder a su venta (*ius vendendi*) y cobrarse con su

(25) Señala MAYNZ (1888:p.965) que la venta de la cosa era una garantía para el deudor de la que no se podía privar, que la venta debía ser anunciada previamente al deudor y que, y esto es importante para la evolución española de la institución, que las relaciones entre el acreedor y el deudor se regían, en este punto, por las normas del mandato.

(26) La *impetratio domini* se introduce por una Constitución de Alejandro en el 229 d.C; Justiniano (530 d.C.) amplía el plazo de recuperación a dos años.

(27) Esta observación suele atribuirse a BINDER.

(28) Usualmente se entienden como sinónimos el *ius distrahendi* y el *ius vendendi*. Sin embargo, la etimología de los términos nos muestra una diferencia. *Distrahere* tiene el significado de arrastrar (todavía el primitivo significado late en expresiones españolas como "distraer" una cosa o caudales públicos) y significa en puridad el derecho del acreedor para pedir que la cosa le sea entregada. Lo que ocurre es que este traer a la posesión del acreedor la cosa suele tener una función de medio: se pide que se entregue para poder venderla. Sin embargo, no necesariamente tiene que ser así, ya que el acreedor podría continuar en la posesión de la cosa e imputar sus frutos al pago de los intereses y del capital. Como vemos, el *ius distrahendi*

importe. Era, pues, en el sistema romano, una acción dirigida sobre o respecto de la cosa que garantizaba la obligación (29).

Sustancialmente es este sistema (30) el que pasa, en líneas generales, a las Partidas.

Dando un gran salto en el tiempo, nos vamos a situar en el momento anterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.

En este momento está ya vigente el hoy denominado juicio ejecutivo que, en los títulos extrajudiciales viene determinado en no poca medida por la denominada cláusula guarentigía (31), pero, sobre todo, ha habido un cambio fundamental en la posición del acreedor.

Ahora ya no puede pretender, como sucedía en las Partidas, que se le entregaran los bienes para su venta. El aumento del poder real hace que los bienes deban ser realizados por un tercero (un escribano), que, además, no podía ser de su elección.

Según se deduce de la obra citada de FEBRERO, había que distinguir según que los bienes se encontraran en poder del deudor o en poder de tercero poseedor.

En el primer caso, a su vez, se distinguía según que hubiera hipoteca general y especial de todos los bienes del deudor o hipoteca especial. La Novísima Recopilación (Libro II, título 28, ley 12) había establecido un orden de traba de los bienes, pero FEBRERO señala (1829:83) que cuando la obligación tiene hipoteca especial aunque el acreedor pida la ejecución contra todos los bienes del deudor "se debe trabar en los especialmente afectos a su responsabilidad: lo primero, porque se presume son suficientes para el pago de la deuda; lo segundo, porque el hecho de haberse contentado con ellos el

nos lleva directamente a la petición de la administración y posesión interina de la cosa.

(29) Cuando la cosa se encontraba en poder del deudor, la acción tenía una *intentio* mixta, ya que se solicitaba que pagara o que entregara la cosa para su venta. Cuando la cosa se encontraba en poder del tercero, la *intentio* era puramente real, aunque se permitiera al propietario liberar la cosa pagando la deuda.

(30) La eliminación del sistema formulario tiene ya lugar en la propia evolución del Derecho procesal romano.

(31) Era el pacto por el que se confería "amplio poder a los señores jueces de su Majestad, que de este negocio deben conocer conforme a derecho, para que le apremien a su cumplimiento, *como por sentencia definitiva de juez competente*, pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe", según la fórmula que nos ofrece FEBRERO (1829:12).

acreedor para su seguridad, es visto haber querido que en ellos se trabase; y lo tercero, porque de lo contrario se puede irrogar perjuicio a otro acreedor de inferior grado a quien no estén afectos, o al tercero que los posea”.

Cuando la cosa hipotecada se encontraba en poder de tercero, el acreedor primero debía dirigirse contra los bienes del deudor principal y sus fiadores, y sólo en último término contra el tercer poseedor, que gozaba, por tanto, de un beneficio de excusión; y aun para proceder contra el tercero había que acudir a la vía ordinaria, ya que el título ejecutivo se daba contra el deudor, pero no contra el tercero. Este beneficio de excusión había sido establecido por la Novela 4 capítulo 2 y pasa a las Partidas (P.5,14,13). Aunque FEBRERO señala (1829:14,62) una serie de casos en que no funcionaba el beneficio de excusión y se podía proceder ejecutivamente contra el tercer poseedor, si bien citándole previamente para todas las diligencias ejecutivas (el pacto de no enajenar, el pacto de no enajenar sino con el gravamen del débito con hipoteca en garantía de la observancia de este pacto, y, curiosamente, la hipoteca especial), la doctrina mayoritaria antes de la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria de 1861 era que este beneficio tenía plena virtualidad. La razón de este beneficio de excusión se encontraba en que las hipotecas eran cargas ocultas, pero se traducían en una verdadera tortura para el acreedor, al obligarlo a iniciar procedimientos contra el deudor, quizás insolvente o con bienes insuficientes, y los fiadores (32). Por eso, cuando se instaura el moderno Registro de la Propiedad, se considerará conveniente que desaparezca ese beneficio de excusión.

De esta excursión histórica nos interesa destacar dos conclusiones.

La primera es que, aunque el *ius distrahendi* ha cambiado de sentido, porque ya no es el derecho a tomar posesión de la cosa para venderla, sino el derecho a pedir de los Tribunales que se venda en

(32) La relación directa entre dificultad procesal y los tipos de interés siempre estuvo presente en la mente de los legisladores del siglo XIX y XX y se muestra todavía en la Exposición de Motivos de la LEC 2000. La crisis económica del siglo XXI ha llevado a un replanteamiento de la cuestión, con la finalidad de evitar los abusos a que puede dar lugar la posición preeminente de las entidades financieras, pero con consecuencias directas sobre el coste de la financiación.

pública subasta, sigue funcionando (cualquiera que sea el procedimiento a través del cual poderse hacer efectivo) el *ius perseguendi*, ya que el adquirente del bien hipotecado podrá alegar excusión, pero no puede impedir que, finalmente, el bien sea sacado a subasta para pagar con su importe al acreedor. Frente al acreedor hipotecario es inoponible el título de adquisición; al acreedor le basta demostrar, frente al tercer poseedor, que la cosa se hallaba hipotecada y que el procedimiento contra el deudor había sido infructuoso para poder intentar acción contra él para proceder a la venta del bien. De ahí la clásica y descriptiva expresión de que la hipoteca sujeta la cosa "hállese donde se halle y sea quien sea su poseedor".

La segunda conclusión es que el *pignus* sin desplazamiento posesorio, configurado tradicionalmente como un derecho real, se acaba constituyendo por simple pacto y sin necesidad de suponer o fingir realizada tradición de ningún tipo, lo que introduce modalizaciones en la afirmación de que los derechos reales se constituyen tradicionalmente en los sistemas españoles a través de la teoría del título y el modo: la hipoteca es precisamente la primera y gran excepción al sistema. Las dificultades prácticas del sistema hacen que, desde un primer momento, se acuda a formas públicas para su documentación y que se plantee el espinoso tema de la eficacia frente al tercer adquirente, tema al que sólo se dará cumplida respuesta con la instauración del moderno Registro de la Propiedad.

Frente a la unidad tradicional del *pignus*, (33) el Código Civil diferencia entre la prenda (que recae sobre muebles y lleva consigo desplazamiento posesorio) y la hipoteca (que recae sobre inmuebles y en la que no se da desplazamiento posesorio).

En ambas figuras resalta, como característica sustancial, el *ius vendendi*, al señalar el Código que es de esencia de los contratos de prenda e hipoteca que el acreedor, que no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca, puede enajenar las cosas (arts. 1858 y 1859); en el caso de la prenda, mediante venta en subasta pública notarial; en el caso de la hipoteca por los procedimientos a que nos referiremos seguidamente.

(33) Aunque las fuentes justinianeas permiten ver que el término *hypotheca* se aplica mayoritariamente a garantías inmobiliarias y el término *pignus* a las mobiliarias.

En la prenda, el traspaso posesorio cumple la función de garantía (hay *ius vendendi*, pero no *ius distrahendi*), hasta el punto de que se presume remitida la garantía pignoratícia si la cosa se encuentra en la posesión del pignorante.

En la hipoteca (en que no hay desplazamiento posesorio) el Código establece claramente el *ius persequendi* al señalar que la hipoteca sujeta las cosas de modo directo e inmediato al cumplimiento de la obligación (art. 1876).

IV. LA ACCIÓN PERSONAL Y LA ACCIÓN HIPOTECARIA. EL CHOQUE ENTRE LA CONCEPCIÓN DE LA DOCTRINA HIPOTECARISTA Y LA DOCTRINA PROCESALISTA

La legislación española (Leyes de Toro, Ley Hipotecaria de 1861, Código Civil) utilizan en varias ocasiones el término “acción hipotecaria”, sobre todo (y esto genera problemas específicos) al referirse a la prescripción de la acción.

Pero, sobre todo a partir del magisterio de ROCA SASTRE, la doctrina hipotecarista española va a diferenciar netamente entre la “acción personal” y la “acción real o hipotecaria”, no para estudiar las diferentes formas procesales que puede utilizar el acreedor para lograr la satisfacción de su derecho, sino, sobre todo, como dimanantes cada una de ellas de un elemento diferente de la relación jurídica derivada de un crédito garantizado hipotecariamente. La acción personal derivaría del derecho de crédito, mientras que la acción hipotecaria derivaría del derecho real de hipoteca (34).

(34) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1998:VII: pp. 579 y ss.; IX, 243 y ss. recogiendo la posición tradicional de ROCA SASTRE) señalan que “debe insistirse en que en la relación jurídica compleja *crédito hipotecario* hay que distinguir del elementos, el *crédito* de una parte y la *hipoteca* por el otro, y que, en el aspecto de efectividad, el elemento crédito origina la correspondiente *acción personal* a favor del acreedor y el elemento garantizador de la hipoteca provoca la correspondiente *responsabilidad real*, cuya efectución se consigue mediante el ejercicio por el acreedor hipotecario de la *acción hipotecaria*, de carácter *real*, hecha valer a través de una *variedad de procedimientos de ejecución* en nuestro sistema”.

En esta misma línea, y recogiendo lo que podemos calificar de doctrina más tradicional, CLEMENTE MEORO (1992:11295) señala que la acción personal

Una visión crítica, y completamente diferente, es la sustentada por LALAGUNA (35). El autor (1977:15,53,56,68) parte del principio de que la naturaleza del crédito hipotecario no es idéntica a la de un crédito común, con la sola particularidad de que su realización quede facilitada por la existencia de la garantía; por el contrario, para este autor la hipoteca altera el régimen jurídico del crédito hasta el punto de sustraerlo al régimen propio de los créditos comunes, y señala expresamente que "no hay en nuestro Derecho vigente ningún texto que con claridad reconozca al acreedor hipotecario dos acciones (real y personal) en el momento de intentar la efectividad del crédito", concluyendo que "el acreedor hipotecario tiene libertad para elegir el procedimiento, pero no la clase de acción, que, en todo caso, cualquiera que sea el cauce procesal, será la real o hipotecaria".

Sin entrar ahora en la crítica de esta doctrina, es preciso señalar, para lo que nos interesa, que esta visión civilista choca con el concepto moderno de acción en la doctrina procesal. Aquella visión tiene (o puede tener) todo su sentido en la primitiva Ley Hipotecaria

se dirige contra el deudor, mientras que la acción real se dirige contra los bienes, aunque sea necesario dirigir el procedimiento contra una persona, y cita al art. 129 LH; la acción personal se hace efectiva de manera ejecutiva sobre cualquiera de los bienes del patrimonio del deudor, aunque deba cumplirse el orden marcado por el artículo 1447 LEC; señala que en el ejercicio de la acción personal se pide al Juez que dicte una sentencia de condena al cumplimiento de una obligación dineraria, de dar o de hacer, cuyo cumplimiento forzoso tendrá lugar en trámites de ejecución de la sentencia. Sin embargo, la acción real hipotecaria lo que persigue es la obtención de una determinada suma de dinero mediante la cual satisfacer al acreedor a través de la enajenación de la cosa hipotecada. La diferencia entre la acción personal y la acción real se percibe con toda claridad cuando el deudor y el titular de los bienes o derechos hipotecados son personas distintas, es decir, cuando los bienes hipotecados pertenecen a un hipotecante por deuda ajena o han pasado a poder de un tercer poseedor; cuando coinciden titular del bien hipotecado y deudor personal, la acción real y la personal se confunden; la acción hipotecaria muestra su verdadera esencia de acción real cuando se ejercita contra quien sea propietario de los bienes en el momento de la ejecución, especialmente si éste no ha sido parte en la obligación garantizada ni en la constitución de la hipoteca, es decir, si se trata de un tercer poseedor.

(35) La tesis de LALAGUNA tenía sus antecedentes en la obra de SANZ FERNÁNDEZ y en CAMY (1972:329).

y en el Código Civil, anclados en la doctrina de la primera mitad del siglo XIX, pero quizás ya no lo tenga tanto.

A lo largo del siglo XIX, y no sin numerosos vaivenes, el Derecho Procesal trata de encontrar su autonomía respecto al Derecho Civil. Para ello se va a partir, fundamentalmente, de la configuración del proceso como relación jurídica (36) y del concepto de acción.

Frente a lo que sostiene la pandectística, la cual sigue, de una u otra manera, la idea de CELSO recogida en el Digesto para la cual la acción "no es otra cosa que el derecho a perseguir en juicio lo que se nos debe", o, como se ha dicho de manera gráfica, la acción es el "derecho armado y con casco para la guerra" o "el derecho en pie de guerra", desde mediados del siglo XIX va a defenderse por la doctrina procesalista que la acción no es el derecho subjetivo (otro de los grandes conceptos generados en ese siglo) que se actúa en un proceso, de suerte que éste, el proceso, tiene un carácter meramente instrumental respecto al primero, el derecho subjetivo.

Sin dejar de reconocer que el proceso atiende a realidades sociológicas (37) y las variadas relaciones entre el derecho material y el derecho procesal, se afirma por los procesalistas, de una forma o de otra, que la acción es un derecho autónomo del derecho subjetivo. No voy a detenerme (entre otras razones, por simple incapacidad) en el examen detenido de las diferentes posiciones sobre el concepto de acción, que pueden encontrarse en cualquier manual moderno de Derecho Procesal.

Baste decir aquí que la acción acaba configurándose en la doctrina alemana e italiana bien como un poder autónomo en relación con el Estado a fin de que por los órganos jurisdiccionales se dicte una resolución (teoría abstracta de la acción), bien como un derecho frente al Estado a fin de que se dicte una resolución favorable

(36) Esta parece ser todavía la tesis fundamental sobre la naturaleza jurídica del proceso (COUTURE, GÓMEZ ORBANEJA), sin perjuicio de otras tesis que lo configuran como una situación jurídica o como una institución (en España, fundamentalmente, GUASP). PRIETO-CASTRO se mantiene en una deliberada ambigüedad, aunque parece preferir la tesis de la situación jurídica de GOLDSCHMIDT.

(37) En este sentido, son de gran interés las consideraciones de GUASP sobre las teorías sociológicas del proceso como resolución de conflictos de intereses o de voluntades y su consideración del hombre como un animal social insatisfecho.

(teoría concreta de la acción), bien llevando fuera del proceso (y colocándolo en el ámbito del Derecho Político) el derecho de acción, que se configura como una manifestación del derecho a la tutela jurídica (38).

La doctrina española de la segunda mitad del siglo XX estuvo dominada por las posiciones de PRIETO-CASTRO (39) y GÓMEZ ORBANEJA (40). En 1952 GUASP publica en el Anuario de Derecho Civil su conocido trabajo "La pretensión procesal" en el que critica lo que denomina las concepciones procesales subjetivas, en donde el proceso trata de remediar la vulneración del derecho subjetivo, y las concepciones procesales objetivas, como, en España, la de GÓMEZ ORBANEJA de considerar que el proceso es la forma jurídicamente regulada de la protección del ordenamiento jurídico por el Estado. Afirma GUASP que el concepto de acción, como derecho a obtener la actividad jurisdiccional, no pertenece al ámbito del derecho procesal, constituyendo un puro poder político; que la sustancia del proceso (y lo que le dota de autonomía) se encuentra en el concepto de pretensión procesal; que sea cual sea el poder al que el proceso debe su existencia, del proceso sólo forma parte el acto que lo origina, y acaba configurando la pretensión procesal como una declaración petitoria fundada (y ello con independencia de que se le conceda razón o no); se trata de

(38) En este sentido, COUTURE la considera una subespecie del derecho constitucional de petición, y la define (1958:56) como "el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión". COUTURE diferencia categóricamente entre derecho material, pretensión procesal y acción. Su diferencia con la posición de GUASP a la que nos referiremos más adelante está en dónde coloca el acento. El autor uruguayo lo pone en la acción; el español, como veremos, en la pretensión.

(39) Para quien (1964:75) la acción es "la facultad de promover la incoación de un proceso encaminado a la tutela del ordenamiento jurídico, con referencia a un caso concreto, mediante la invocación de un derecho o un interés jurídicamente protegido, respecto de otra persona".

(40) Este autor sostuvo una interesante polémica con GUASP en la década de los cincuenta. En la obra citada (1976:5) señala que el fin al que sirve el proceso civil es la conservación y actuación del ordenamiento jurídico, pero en p. 227 define la acción como un derecho por sí, independiente, o en todo caso, distinto del derecho subjetivo privado; es un derecho dirigido hacia el Estado y como un derecho a obtener, contra o frente al demandado, el acto de tutela jurídica: una sentencia favorable de contenido determinado.

una declaración de voluntad exteriorizada que agota su sentido en la solicitud; en definitiva, es una petición de un sujeto activo ante un Juez frente a un sujeto pasivo sobre un bien de la vida.

Con independencia de cuál sea la posición doctrinal que pueda decirse que ha triunfado en la doctrina procesalista española sobre el concepto de acción, la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que "se elude, sin embargo, hasta la apariencia de doctrinarismo y, por ello, no se considera inconveniente, sino todo lo contrario, mantener diversidades expresivas para las mismas realidades, cuando tal fenómeno ha sido acogido tanto en el lenguaje común como en el jurídico. Así, por ejemplo, se siguen utilizando los términos "juicio" y "proceso" como sinónimos y se emplea en unos casos los vocablos "pretensión" o "pretensiones" y, en otros, el de "acción" o "acciones" como aparecían en la Ley de 1881 y en la jurisprudencia y doctrina posteriores, durante más de un siglo, sin que ello originara problema alguno".

El art. 5 LEC, al regular las clases de tutela jurisdiccional, parece basarse en la doctrina de la pretensión procesal al establecer que "1. Se podrá *pretender* de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley. 2. Las *pretensiones* a que se refiere el apartado anterior se formularán ante el tribunal que sea competente y frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida".

Sin embargo, la Ley habla sistemáticamente de "acción" para referirse a supuestos de sucesión procesal y acumulación de acciones; se utiliza el término "acción" para determinar algunas reglas de competencia; se habla de "acción de retracto" y (41) se usa reiteradamente el término "acción ejecutiva".

De ahí que no sea del todo justa la crítica de MONTERO (2009:280) cuando señala la relativa incoherencia con las bases doctrinales actuales del Derecho procesal español con la que se pronuncian tanto el art. 129 LH como el art. 685.1 LEC cuando siguen hablando de "acción hipotecaria", ya que, al tiempo, el autor no deja de señalar que no hay inconveniente (por razones históricas) en mantener los

(41) Arts. 517, 518, 519, 520 y 556 LEC.

términos decimonónicos, siempre que seamos conscientes de que, al final, de lo que se trata es de sustanciar una pretensión declarativa, de condena o ejecutiva (general o especial) (42).

Pero las buenas intenciones que guían a la Exposición de Motivos de la Ley no impiden que se deba resaltar, como hace MONTERO, una relativa incoherencia doctrinal. Ésta incoherencia es, en mi opinión, todavía mayor cuando se examina la venta extrajudicial de la finca hipotecada. No hay en este supuesto, pese a la dicción actual del art. 129 LH [tras la reforma producida por la Ley 1/2013 (43)], ningún ejercicio de la acción, sino el puro ejercicio del *pacto de vendendo* (44), si bien limitando su posibilidad a la venta a través

(42) No obstante, el autor señala, al hablar de la ejecución ordinaria, que el ejecutante acumulará una pretensión personal con una real, y ello podría parecer relativamente incoherente con su posición, aunque, quizás, lo que quiera decir es que la pretensión se basa tanto en el título ejecutivo (la escritura pública de donde resulta la deuda) como en el derecho real de hipoteca (que puede resultar de otra escritura distinta).

(43) El art. 129.2 LH tras la reforma de 1946 indicaba que “además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria, el cual será aplicable, aun en el caso de que existan terceros, con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento hipotecario”.

La LEC, con mucha mayor precisión conceptual, en mi opinión, modificó el art. 129 LH, para indicar que “La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su capítulo V. Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario.”.

Tras la reforma de 2013, el art. 129 LH dice “1. La acción hipotecaria podrá ejercitarse: a) Directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V. b) O mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada”, regulando el número 2 las particularidades de la venta extrajudicial.

(44) La venta extrajudicial del bien hipotecado sólo puede llevarse a

de un funcionario público y a través de un procedimiento reglado, como, con gran acierto, ha señalado RODRÍGUEZ ADRADOS. Sólo el olvido del concepto procesal de acción puede suponer que se está invadiendo la reserva constitucional de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” (45): la Ley permite (y regula detenidamente) ese pacto, tradicional, como hemos visto, en la regulación de la hipoteca (46); de hecho tan tradicional es que el artículo 1858 CC no duda en decir que es de esencia de este contrato que, vencida la obligación principal, pueda ser enajenada la cosa en que consiste la hipoteca para pagar al acreedor.

Ahora bien, se siga el concepto de pretensión ejecutiva o de acción ejecutiva, lo que nos importa es destacar que cuando se presenta la demanda ejecutiva se está ejercitando siempre una pretensión de cobro de una cantidad dineraria que pretende hacerse efectiva sobre el patrimonio del deudor.

Si el título ejecutivo extrajudicial en que se basa es una escritura pública de préstamo, crédito o reconocimiento de deuda con garan-

cabo en caso de que haya pactado, y, además, con unos requisitos formales especiales en la escritura de constitución de hipoteca.

(45) Cosa distinta es que, en determinadas circunstancias, el pacto pueda entenderse abusivo. Pero la abusividad, de existir, no estará ligada a las limitaciones a la oposición que puede formular el deudor (a fin de cuentas, esta limitación deriva de la ley y son en lo sustancial paralelas a la regulación que la Ley realiza para el procedimiento de ejecución directa de bienes hipotecados) sino de la deficiencia de la información.

Llama la atención que en la reforma de 2013 que se autodenomina de defensa del deudor hipotecario se haga hincapié en la formulación en cláusula separada de este pacto, y se pretenda después que, no obstante todas las prevenciones del legislador, el pacto de su existencia pueda resultar, por este sólo hecho, abusivo.

Si la abusividad se trata de ligar a la limitación de las excepciones, al final lo que va a haber que hacer es declarar abusiva la posibilidad de acogerse al procedimiento de ejecución directa del crédito garantizado con hipoteca, y con ello dar un golpe de muerte a la hipoteca (y habrá que ver en qué medida al crédito).

(46) Del mismo modo que la Ley permite que las controversias puedan ser resueltas por árbitros elegidos por las partes, actuando, eso sí, las autoridades judiciales como ejecutores de lo establecido por el árbitro, ya que el árbitro puede decidir el Derecho aplicable pero no puede actuar sobre el patrimonio de los sometidos al arbitraje, de modo que la ejecución tiene un procedimiento especial.

tía hipotecaria, y así se manifiesta al formular la demanda ejecutiva, y no se pide que la ejecución se dirija exclusivamente contra los bienes hipotecados utilizando el procedimiento especial previsto por la Ley para el caso de que en la escritura de constitución de hipoteca se hubiera pactado domicilio para notificaciones y tasación para subasta, se está ejercitando siempre una pretensión que pretende hacerse efectiva sobre el patrimonio del ejecutado. Dentro de este patrimonio se puede encontrar el bien hipotecado y en ese caso la pretensión que se deduce tiene una cualificación especial, que deriva de la existencia del derecho real de hipoteca, y que por respeto a la tradición seguimos llamando "acción hipotecaria". Lo mismo ocurre si el bien se encuentra ya fuera del patrimonio del deudor, supuesto en que esta función o carácter hipotecario destaca.

Lo que no resulta admisible, en mi opinión, es entender (como parece deducirse de la SAP de Madrid de 28 de abril de 1998, o del Auto de la AP de Valladolid de 5 de noviembre de 2007) que la acción hipotecaria sólo puede ejercitarse por la vía de la ejecución directa sobre los bienes hipotecados y que fuera de ese supuesto se está ejercitando siempre la acción personal.

Esa visión es sustancialmente incorrecta y contraria al devenir histórico de la "acción hipotecaria". Recordemos que el denominado procedimiento judicial sumario se introduce por la reforma de la LH de 1909 y antes de que existiese ese procedimiento tanto la Ley Hipotecaria como el Código Civil hablaban de "acción hipotecaria", singularmente al hablar de la prescripción de la misma. Como veremos más adelante, la LH de 1909 lo que introduce es un procedimiento especial de cobro de lo adeudado.

Como he señalado anteriormente, cuando el ejecutante presenta como título que lleva aparejada la ejecución su título de crédito con garantía hipotecaria, y se indica adecuadamente en la formulación de la demanda, lo que se está diciendo es que se quiere ejercitar una pretensión de cobro amparada en una garantía especial que haga inoponible a la ejecución el hecho de que el bien se encuentre en poder de una tercera persona, que es en lo que se traduce, sustancialmente, la acción hipotecaria (47).

(47) Y ello sin perjuicio de que, al indicarlo así, se esté presentando un título de un crédito que goza de una especial preferencia para el cobro, para el supuesto de que se interpongan tercerías de mejor derecho. Cuestiones

En definitiva, lo “hipotecario” es siempre, sea cual sea el procedimiento que se utilice, una adición a (o una cualificación de) la pretensión fundamental que no es otra que el cobro de una cantidad dineraria: que por presentarse el documento acreditativo de la existencia de una hipoteca (es evidente que inscrita), el procedimiento no pueda paralizarse por existir un adquirente ulterior de los bienes.

Afirmar, como se hace en el texto, que lo hipotecario se traduce en la posibilidad de perseguir los bienes hipotecados para con ellos hacer pago al acreedor (que es, insisto, la pretensión principal) y que ese derecho de cobro tenga una preferencia especial no significa en modo alguno seguir o admitir la concepción procesalista u obligacionista (48) de la hipoteca.

Antes de que el crédito venza y no se pague existe un derecho real de garantía, que vincula especialmente la cosa al cumplimiento de la obligación, y que se traduce en un haz de derechos o facultades derivadas para el acreedor; lo que ocurre es que en la fase de realización por incumplimiento hay que resaltar el aspecto procesal del derecho real de hipoteca, la cualificación de la pretensión de cobro y la preferencia para el mismo (49).

distintas son que, además, eso suponga o no una obligación de hacer efectivo el apremio en primer lugar sobre el bien hipotecado y que dicho bien haya de ser embargado o no. Esta pretensión de cobro respecto de un bien (el hipotecado) goza de un plazo especial de prescripción de veinte años. Que cualifique el crédito hasta el punto de que extienda frente al deudor hipotecante el plazo de prescripción o que pueda extinguirse el derecho real de hipoteca por extinción prescriptiva de la acción contra el deudor (como consecuencia de la accesoriedad) o que sea una norma de protección del tercer poseedor, es una cuestión en la que no podemos entrar aquí.

(48) La diferencia sustancial entre ambas está en que para la primera la hipoteca es un embargo anticipado y para la segunda es una cualificación del crédito.

(49) Otro problema, que no podemos tratar adecuadamente, es si, existiendo hipoteca, el acreedor está obligado a ejercitar siempre una pretensión de carácter hipotecario. Damos por supuesto en demasiadas ocasiones que el binomio crédito-hipoteca consta en un único soporte documental: la escritura pública de préstamo o crédito con garantía hipotecaria. Pero cabe, perfectamente, que consten en soportes documentales diferentes. La hipoteca, necesariamente, en escritura pública; pero el crédito puede derivar, con carácter ejecutivo de una escritura pública (de préstamo, de reconocimiento de deuda o de crédito), de una letra de cambio ya en circulación (hay que distinguir, a su vez, entre la hipoteca en garantía de un

V. EL CONCEPTO DE TERCER POSEEDOR DE LOS BIENES HIPOTECADOS Y LAS DIFERENTES POSICIONES PROCESALES

Toda la doctrina pone de manifiesto la impropiedad del término con el que se pronuncia la legislación al hablar de "tercer poseedor" de los bienes hipotecados. Hemos visto anteriormente que el origen de este término es puramente histórico, ya que lo que le interesaba al acreedor era poder solicitar de quien se encontrara en la posesión de la cosa hipotecada su entrega para proceder a la venta de la misma y hacerse cobro de su crédito.

La LH se refiere al tercer poseedor de finca hipotecada en varios supuestos, aunque, a veces, se limite a hablar de "tercero" (50). Son de particular importancia los artículos relativos a la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto a los intereses garantizados (art. 114), así como a las mejoras introducidas en la finca hipotecada (arts. 112 y 113), y, en lo que constituye el objeto de este trabajo, en lo relativo al ejercicio de la pretensión de cobro por parte del acreedor.

V.1. Su concepto

Hay que destacar que la Ley Hipotecaria siempre tuvo una definición fragmentaria e incompleta del tercer poseedor. Su definición, fragmentaria, se encontraba en el art. 127 de la LH 1946, al referirse al "comprador" de la finca, indicando seguidamente (en su párra-

crédito que consta en una letra de la hipoteca cambiaria) o de una póliza intervenida.

La LEC 1881 recogía no sólo una obligación formal de perseguir primero los bienes hipotecados porque se presentaran al Juez crédito e hipoteca bajo el mismo soporte documental, sino que recogía, en mi opinión, también una opción ética; la alteración de la *par condicio creditorum* obligaba también al acreedor que goza de un privilegio.

La LEC 2000 ya no establece un principio "formal" semejante, pero parece que debe entenderse que el acreedor actúe de buena fe y se sirva de la hipoteca siempre en primer lugar, hasta el punto de que debería ser explorada la vía del fraude procesal si no lo hace así y de ello resulta un perjuicio para los demás acreedores. Entenderlo de otra manera significa tanto como decir que la LEC entroniza la mala fe procesal.

(50) De hecho, en la mayoría de los casos en que se habla de tercero al tratar de la hipoteca se está refiriendo al tercer poseedor.

fo tercero, todavía vigente) que también se considerarían terceros poseedores aquéllos a los que se refería el párrafo segundo del art. 134, que hablaba a los adquirentes del usufructo, el dominio útil, la nuda propiedad o el dominio directo de la finca hipotecada.

Tras la reforma producida por la LEC 2000 en el art. 134 (51), y la desaparición de estas precisiones, su definición la tenemos que buscar hoy, por remisión, en la regulación del tercer poseedor de cosa embargada en el art. 662 LEC, cuando nos indica que "1. Si antes de que se venda o adjudique en la ejecución un bien inmueble y después de haberse anotado su embargo o de consignado registradamente el comienzo del procedimiento de apremio, pasare aquel bien a poder de un tercer poseedor, éste, acreditando la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los autos en la Oficina judicial, lo que se acordará por el Secretario judicial sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose también con él las actuaciones ulteriores. 2. Se considerará, asimismo, tercer poseedor a quien, en el tiempo a que se refiere el apartado anterior, hubiere adquirido solamente el usufructo o dominio útil de la finca hipotecada o embargada, o bien la nuda propiedad o dominio directo".

Sin embargo es necesario realizar algunas precisiones. Para la LH (antes de la reforma producida por la LEC 2000) había que distinguir entre el adquirente del dominio, del usufructo, etc, *antes* de que el crédito venciera y fuera impagado y los adquirentes posteriores, una vez que se había iniciado el procedimiento (de modo especial se refería a este supuesto el art. 38 LH). La LEC modifica el art. 134 LH y ahora el art. 662 LEC se refiere exclusivamente a los que adquieran ciertos derechos sobre la finca *una vez iniciado el procedimiento de ejecución* (52). Sin embargo, pese a esa deficiencia, todos los supuestos que contempla el art. 662 LEC sirven para definir el con-

(51) Como muestra de la deficiencia de la reforma hay que señalar que el art. 38 LH sigue refiriéndose al tercer poseedor del art. 134.

(52) Lógico, pues se está refiriendo al tercer poseedor de bienes embargados y antes de que el embargo se realice no puede existir "tercer poseedor"; podrá existir un adquirente contra el cual se podrá ejercitar, en su caso, la acción rescisoria de enajenación por fraude, pero nunca un tercer poseedor. Resulta, sin embargo, llamativo que la definición del tercer poseedor de cosa hipotecada la tengamos que encontrar en el embargo, muestra de hasta qué punto la concepción procesalista de la hipoteca infla toda la regulación.

cepto de tercer poseedor. Lo que hay que hacer es diferenciar, tal y como resulta de la LH y de la propia LEC, entre el tercer poseedor *anterior* a la iniciación del procedimiento y el *posterior* a dicha iniciación. Se trata del mismo tercer poseedor, pero su posición procesal va a ser, como veremos, completamente diferente (53).

Pero la definición que nos brindan las leyes es también incompleta pues no se trata, y en esto está de acuerdo toda la doctrina, solamente de un adquirente del dominio, usufructo, nuda propiedad, dominio útil o dominio directo de la finca. Se precisa que el adquirente no se haya convertido en deudor de la deuda garantizada con hipoteca (54).

(53) La RDGRN de 7 de julio de 1989 diferencia todos los supuestos al señalar que “debe tenerse en cuenta en primer lugar la diferencia esencial existente entre la hipoteca y la anotación de embargo; aquélla implica una fase de pendencia previa en tanto se produce el incumplimiento de la obligación asegurada y es posible que se extinga sin desenvolver su potencialidad realizatoria; la anotación de embargo, en cambio, supone ya una obligación incumplida y la puesta en marcha del mecanismo procesal oportuno para obtener su satisfacción; por lo tanto, si frente a la hipoteca es posible distinguir dos tipos de terceros poseedores: el que adquiere e inscribe su derecho durante la fase de pendencia y que ignora en ese momento la suerte que seguirá la hipoteca y el que lo hace cuando ha comenzado la fase de ejecución; frente a la anotación de embargo sólo cabe hablar de este último”.

(54) CLEMENTE MEORO (1992:11261) dice que “el tercer poseedor es un tercero adquirente, es decir, persona que ha adquirido un derecho real sobre el bien hipotecado y a quien, por tanto, afecta la hipoteca (sobre todo la ejecución hipotecaria)” Los problemas son si el donatario o legatario son o no terceros poseedores. ROCA (1998,VII:283) considera que es un adquirente de todo o parte de la finca o derecho real inmobiliario que haya sido objeto de hipoteca constituida; no debe estar personalmente vinculado a la obligación garantizada, directa ni indirectamente, y ser ajeno al acto constitutivo de la hipoteca. BARBANCHO (2000:3105) señala que el tercer poseedor resulta ser un adquirente siempre posterior de los bienes objeto de la hipoteca. No será óbice a tal consideración que el tercer poseedor haya inscrito, o no, su derecho en el Registro de la Propiedad. GÓMEZ-FERRER (2003:298) dice que “de manera concisa puede definirse al tercer poseedor como el adquirente del bien o derecho real ya hipotecado que no asume la obligación garantizada pero sufre las consecuencias del incumplimiento de la misma por el deudor”. La STS de 13 de diciembre de 2007 señala que “en el ámbito hipotecario se considera “tercer poseedor” al adquirente de bienes hipotecados, el cual es ajeno a la relación obligatoria asegurada con hipoteca y no

Por lo tanto, el heredero del deudor hipotecario que se adjudica la finca hipotecada no es tercer poseedor, pues sucede (en su caso, juntamente con otros herederos) en la deuda garantizada con hipoteca. La posición del heredero del hipotecante no deudor es más complicada, ya que su causante no era deudor; no obstante creo que debe partirse de la idea de que no es tercer poseedor el causahabiente de una de las partes del contrato, siempre que la sucesión se realice en el conjunto patrimonial. Por lo tanto, como señala CLEMENTE MEORO, el donatario o el legatario de la finca hipotecada tienen la consideración de tercer poseedor, al menos en el ámbito del Derecho común. Una especialidad, en la que no podemos entrar, es la del legatario de finca hipotecada en el Derecho catalán, cuando la hipoteca garantiza el precio de adquisición o la financiación de la misma, ya que el art. 427-28.4 CCC establece que, en este caso, el pago de la deuda corresponde al legatario.

Puede ocurrir, además, que el adquirente de la cosa hipotecada haya asumido la obligación garantizada con hipoteca. Toda la doctrina y la jurisprudencia están conformes en que, en tanto la asunción no haya sido aceptada por el acreedor, el adquirente conserva la posición de tercer poseedor.

Una posición absolutamente discrepante es la de DE LA CÁMARA para quien (1949:414-415) (55), dado que la deuda no es más que una situación de alternativa (pagar o soportar la ejecución), considera que el tercer poseedor no sólo responde, sin que también debe; con la finca adquiere una deuda y no sólo una responsabilidad

asume la deuda garantizada como propia". ERDOZÁIN (2009:129), después de destacar cómo la definición de tercer poseedor se encuentra en el art. 662 LEC señala que "es un tercero que adquiere el dominio de la finca embargada o hipotecada, y que la expresión *pasase a poder* que se encuentra en los artículos 662.1 LEC o 126, párrafo primero, LH debe interpretarse como equivalente a *adquisición del dominio*".

(55) DE LA CÁMARA parte de que la responsabilidad es un poder del acreedor sobre el patrimonio del deudor, siendo un concepto eminentemente procesal, de suerte que la hipoteca no es un derecho real, sino un embargo anticipado: "en la hipoteca, a diferencia de lo que ocurre en el embargo, lo que se hace es someter *a priori* la finca hipotecada al poder de ejecución"; "sujetar unos bienes al cumplimiento de una obligación significa, a mi juicio, destinarlos a ser objeto de ejecución, someterlos especialmente a la misma".

eventual y futura (56). No es éste el lugar para hacer una crítica a la concepción procesalista (u obligacionista) de la hipoteca (57), si bien nos encontraremos más adelante cómo sus postulados parecen ser recogidos por la doctrina que no sigue la tesis procesalista u obligacionista al tratar el tema del embargo de la finca hipotecada o cuando se considera la hipoteca como un embargo anticipado.

Como he señalado, el concepto de tercer poseedor que la LEC nos brinda se refiere al tercer poseedor de bien embargado, es decir, el adquirente post embargo, y permite comprender dentro de su ámbito al tercer poseedor de finca hipotecada que adquiere después de que el acreedor haya iniciado el procedimiento de ejecución forzosa. Sin embargo, el tercer poseedor de finca hipotecada que a nosotros nos interesa no es éste, sino el que adquiere la finca hipotecada precisamente antes de que se inicie el procedimiento de ejecución, pues es a él y no a otro al que se refieren de modo principal tanto las normas de la LH como las de la LEC que contemplan a este tercer poseedor.

Hasta ahora hemos dicho que el tercer poseedor es siempre un adquirente de la finca hipotecada *después* de que ésta haya sido hipotecada.

La reciente resolución de 16 de junio de 2014 de la Dirección General de los Registros y del Notariado plantea, sin embargo, si este concepto de tercer poseedor es correcto al aplicar la regulación del tercer poseedor a un supuesto peculiar. En el caso de la resolución había adquirido un ciudadano marroquí, indicándose en la escritura pública y en el Registro que la adquisición se realizaba con sujeción a su régimen matrimonial; en la escritura pública con número de protocolo siguiente el deudor hipotecaba la vivienda adquirida y esta hipoteca se inscribe en el Registro de la Propiedad. Impagada la deuda, el procedimiento de ejecución directa se sigue exclusivamente contra el deudor-comprador; el Registrador deniega

(56) El caso más interesante es el de la hipoteca de responsabilidad limitada del art. 140 LH en que se transmite el bien hipotecado. Para DE LA CÁMARA, dado que el primitivo deudor ya no va a verse constreñido a pagar pues ha desaparecido su responsabilidad patrimonial, el adquirente se convierte en el único que tiene un interés en el pago, y, así, en deudor.

(57) Una crítica acerada y acertada la encontramos en Roca Sastre (1998:VII,125 y ss.), GARCÍA GARCÍA (1991:1903-1906).

la inscripción en tanto no se le acredite que, conforme al Derecho marroquí, el bien pertenecía exclusivamente al deudor-comprador y no era preciso, por tanto, demandar a la esposa.

No me interesa ahora entrar en el estudio del supuesto de hecho y de la cita que hace la Dirección General de las normas reguladoras del tercer poseedor, sino plantear si tiene carácter de tercer poseedor el cónyuge casado en régimen de gananciales cuando la adquisición se ha realizado por uno sólo de los cónyuges y es el cónyuge adquirente para la sociedad de gananciales quien recibe el dinero prestado y constituye hipoteca sobre el bien. La resolución de 3 de febrero de 2014 deniega la inscripción de la hipoteca cuando adquiere un ciudadano ruso, sujeto al régimen especial de comunidad de su nacionalidad, pero lo hace no porque niegue frontalmente la doctrina tradicional del negocio complejo en la sociedad de gananciales, sino acogiendo la posición de la Registradora de que no se le había acreditado el contenido del Derecho ruso y la vigencia del mismo.

La doctrina del negocio complejo (que esta resolución deja un tanto en el aire y en cuyo análisis detenido, obviamente, no podemos entrar) suponía aceptar que, al realizarse préstamo hipotecario y adquisición en documentos públicos separados pero con una unidad jurídica sustancial, ya que uno (la adquisición) no podía tener lugar sin el otro (el préstamo y la hipoteca), el bien entraba en el patrimonio ganancial ya sometido a la hipoteca (por vía de *deductio*).

Pero lo que en ningún caso se admite en esta doctrina es que el cónyuge primero adquiera con carácter privativo, hipoteque y *después* el bien entre en el patrimonio ganancial. De un modo excepcional (58) se acepta que *al mismo tiempo* que el bien ingresa en el patrimonio ganancial se haga estableciendo sobre el mismo una carga o gravamen que, de otro modo, el cónyuge adquirente no podría realizar, atribuyéndole una suerte de disposición excepcional sobre bienes que se adquieren con carácter ganancial y gravados, puesto que tampoco se trata de que hipoteque un bien ajeno (del transmitente ajeno a la operación de financiación) y después lo adquiera hipotecado.

(58) Y realmente innovador, adelantándose a la doctrina de las legislaciones aragonesa y catalana sobre adquisiciones por tutores y titulares de la patria potestad o de la potestad parental.

El cónyuge del adquirente no aparece para el acreedor hipotecario *después* de la constitución del gravamen (de forma que su conocimiento se lo daría la publicidad registral, en la forma en que es entendida por la Dirección General en esta última etapa), sino al mismo tiempo. El conocimiento de su existencia se lo da la propia escritura de constitución de la hipoteca.

Podrá discutirse, por tanto, si, con arreglo al Derecho particular que rige su régimen económico matrimonial el cónyuge adquirente puede (59) constituir simultáneamente hipoteca sobre el bien común que adquiere, pero, en todo caso, el cónyuge del adquirente no tiene el carácter de tercer poseedor y se acredita su existencia y conocimiento por el acreedor al mismo tiempo que se constituye el gravamen.

V.2. El requisito de la inscripción

La doctrina se pregunta si es preciso para que el adquirente de la finca hipotecada tenga la consideración de tercer poseedor que haya inscrito su derecho. El problema, sin embargo, y por tanto el requisito de la previa inscripción, puede ser examinado desde dos perspectivas diferentes: si para que el tercer poseedor haya de ser parte en el procedimiento desde el primer momento ha de constar inscrito en el Registro o no y si es precisa la inscripción para que el tercer poseedor pueda utilizar a su favor las limitaciones de la extensión de la hipoteca en cuanto a los intereses garantizados o a las mejoras introducidas.

(59) La prueba no es, por tanto, solamente el contenido del Derecho ruso sino algo mucho más complejo: si la doctrina y jurisprudencia rusas admiten el negocio complejo. Y puestos en esta tesitura, mucho me temo que el cónyuge del ruso habrá de conceder poder con todas las bendiciones para que el documento surta efecto en el extranjero, aunque ya se sabe que la Dirección General, en los últimos tiempos, no ha sido especialmente escrupulosa con los requisitos del documento "notarial" extranjero para que surta efectos en España. Y quien dice el cónyuge ruso puede aplicar la misma idea a todos los regímenes de comunidad sudamericanos con los que tropezamos "todos los días" en los despachos.

Centrándonos ahora en el segundo de los supuestos, la posición más tradicional de la doctrina era la necesidad de la inscripción (60).

MORELL Y TERRY (1917:3:740), con relación al problema específico de la limitación de responsabilidad por intereses, señala que “tercerro, en el art. 114, es todo el que no ha intervenido como parte en la hipoteca inscrita, ya adquiriera el dominio de la finca, ya otro cualquier derecho real, pero siempre a condición de que inscriba el derecho que adquiere”. Continúa señalando que “nosotros creemos que se trata de un tercero que inscribe, esto es, que en cuanto existe un tercero con título inscrito, queda limitada la responsabilidad por razón de intereses a los de los dos últimos y la parte vencida de la anualidad corriente y que, no existiendo tal tercero, mientras la finca siga, según el Registro, en poder del deudor, la hipoteca asegura todos los réditos del préstamo, sea las que fueren las adquisiciones no inscritas o los derechos no registrados con relación al mismo inmueble. De no ser así, si el tercero a que alude la Ley fuese cualquiera que no hubiese intervenido como parte en el acto inscrito (la hipoteca), ese cualquiera no necesitaría inscribir ni anotar, bastaría que tuviese interés en la finca para no ser perjudicado”, y continúa señalando “la limitación que impone el art. 114 equivale a un perjuicio para el acreedor hipotecario y no cabe que perjudiquen a tercero, y mucho menos al tercero con título inscrito, derechos o títulos que no se hallen registrados o que sólo resulten de una anotación”.

En el mismo sentido se pronuncia CAMY (1975:VI:594, 695) cuando define al tercer poseedor como al que adquiere registralmente el bien gravado con la hipoteca inscrita.

Esta es también la posición de ÁLVAREZ OLALLA (1999:60 y ss.), siguiendo en gran medida a GARCÍA GARCÍA, la cual, entre otros muchos argumentos, aduce la necesidad de conocimiento por el acreedor de la existencia del tercero para poder tomar medidas para protegerse (por ejemplo, la ampliación de la hipoteca del art. 115), ya que de

(60) Otro problema, en el que evidentemente, no podemos entrar es en si coincide o no la figura del tercero del art. 114 LH con la del tercer poseedor que hemos definido. Me parecen absolutamente convincentes los argumentos de ÁLVAREZ OLALLA (1999:39 y ss.) de que son conceptos distintos: un segundo acreedor hipotecario es un tercero beneficiado por la limitación de intereses, pero nunca es un tercer poseedor. Tampoco, obviamente, en la posición del tercer poseedor que inscribe después de practicada la nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas.

otro modo los intereses ordinarios se habrán quedado sin cobertura ante la existencia de un tercero desconocido para él, perjudicando con ello, también, a todos los hipotecantes.

Específicamente la STS de 12 julio de 1941 estableció que “el concepto de tercero del artículo 114 se refiere a quien, sin haber intervenido en la hipoteca, adquiere *e inscribe* el dominio u otro derecho real sobre la finca”.

Sin embargo, y a estos efectos, la doctrina, a partir de ROCA (61) considera mayoritariamente que el tercer poseedor, haya inscrito o no su título adquisitivo, tiene derecho a la limitación de intereses y a que se le paguen anticipadamente las mejoras introducidas con el valor obtenido en la subasta, pero el propio ROCA no deja de señalar que esta consideración se hace sin perjuicio de los resultados consiguientes derivados de la circunstancia de estar o no inscrito su título adquisitivo en el Registro.

Así, CLEMENTE MEORO (1992:11319 y ss.) señala que cree que, dado que la Ley Hipotecaria nada dice en los artículos 112 y 113, no se exige que el tercer poseedor haya inscrito su derecho para que vea limitada la extensión objetiva de la hipoteca, pero se pregunta si puede el tercer poseedor exigir el importe o detraer las cosas sin inscribir su adquisición y dice “sin duda el tercer poseedor deberá procurar intervenir en el procedimiento de ejecución si quiere ejercitar su derecho y depende de que el tercer poseedor tenga o no que inscribir su título para que pueda intervenir en el proceso de ejecución” y concluye señalando que “es, por tanto, lógico que si un tercero pretende que se sigan con él las diligencias ulteriores tenga que acreditar su titularidad a través del Registro”.

ARIJA (2002:57) también recoge esta doctrina que ha llegado a ser mayoritaria al señalar que “se ha llegado a la conclusión de que el tercer adquirente que no ha inscrito su título en el Registro está incluido en el ámbito de aplicación de los referidos preceptos (refiriéndose a los arts. 112 y 113), pero la cuestión se desplaza al estudio de las posibilidades de intervención de un tercer adquirente, que no ha inscrito su derecho, en el procedimiento de ejecución hipotecaria”.

(61) La posición que refleja en la edición de 1998, tomo VII, 283, es la que había mantenido desde el inicio.

Como vemos, la doctrina que defiende que no es necesaria la inscripción para definir al tercer poseedor o entender que nos encontramos en presencia de su figura acaba señalando que la solución a este problema va a depender de la posibilidad de intervención y de la extensión de la intervención del tercer poseedor en el procedimiento. Y hay que advertir que esta extensión no depende sólo de la inscripción o no, sino de la naturaleza del procedimiento.

En mi opinión, hay que diferenciar en esta materia, como ya he señalado, la diferente posición del tercer poseedor. Si ha inscrito su derecho antes de que el acreedor inicie el procedimiento de ejecución, va a tener un determinado tipo de intervención en el procedimiento. Cual es esta intervención, su naturaleza y alcance es sobre lo que trataré más adelante. Si ha adquirido una vez que se haya iniciado el procedimiento, su intervención será distinta (y dependiendo de que se persone) y normalmente más limitada, dependiendo en todo caso del momento en que se persone.

Pero hay que señalar que, aunque todo tercer poseedor tenga o pueda tener intervención en el procedimiento, la extensión de su protección va a ser diferente según el procedimiento que se utilice.

Así, si se trata del procedimiento ordinario de ejecución, su protección puede llegar a ser total, puesto que no sólo podrá pretender que con el dinero percibido en el remate se pague el crédito con la limitación del art. 114 LH en cuanto a los intereses, sino que va a tener oportunidad de intervenir en el avalúo de los bienes, o, al menos, de las mejoras introducidas (62).

En cambio, cuando se trate del procedimiento de ejecución directa de bienes hipotecados, no existe (ni existía en el procedimiento judicial sumario de la LH) momento procesal hábil para que el tercer poseedor pueda pedir que se tasen las mejoras introducidas y se cobre con preferencia al crédito del actor. De hecho no sólo no se regula momento procesal hábil para acoger esta pretensión incidental, sino que la LEC parece proscribir su posibilidad, ya que el art.

(62) Si señalo esta diferencia es porque si, como veremos más adelante, la existencia de tasación en el pacto de constitución de hipoteca no impide al acreedor acudir al procedimiento ordinario de ejecución, y la tasación pactada hace innecesaria una nueva tasación del bien para subasta, va a ser precisa, sin embargo, la tasación de las mejoras, aunque la LEC no contemple específicamente momento alguno para ello.

698 LEC remite al juicio declarativo que corresponda al señalar que cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el capítulo específico, aunque el mismo artículo le brinda la posibilidad de realizar ante el Juez las alegaciones oportunas a fin de que se retenga del precio del remate la cantidad oportuna; si el reclamante careciera de solvencia notoria o suficiente, se le podrá pedir fianza y el acreedor, por su parte, podrá pedir que se alce la retención y se le entregue el importe del crédito en su integridad siempre que afiance adecuadamente la cantidad que, en su caso, haya de ser entregada al reclamante.

Si el tercer poseedor no ha inscrito su derecho en el Registro, su posición procesal dependerá, como veremos, de que haya dado o no conocimiento de su adquisición al acreedor, pues sólo en caso de que lo haya hecho podrá tener la consideración de parte en el procedimiento e intervenir en el procedimiento desde el primer momento; en caso de que no haya notificado al acreedor, y sea cual sea el momento en que haya realizado la adquisición, no podrá tener ninguna intervención en el procedimiento, ya que el art. 662 LEC exige que acredite la inscripción de su título de adquisición, y no podrá, por tanto, pedir ni limitación por intereses ni el abono de las mejoras que haya podido introducir en la finca hipotecada.

No se trata, por tanto, de que "sea conveniente" la inscripción, sino que, al menos a estos efectos, la inscripción es un requisito para la intervención en el procedimiento, salvo que haya acreditado al acreedor previamente su adquisición, a fin de tener la consideración de parte.

V.3. Conclusión

Parece pues que la posición procesal del tercer poseedor será diferente, según los supuestos. Y así podemos distinguir:

— el tercer poseedor no inscrito. Este tercer poseedor sólo va a poder tener una intervención especial en el procedimiento si ha adquirido antes de que el procedimiento se inicie y, además, ha dado conocimiento de su adquisición al acreedor hipotecario. Fuera de

este supuesto, el tercer poseedor no inscrito va a quedar absolutamente al margen del procedimiento, ya que la LEC vincula sistemáticamente su intervención a que acredite en autos su adquisición inscrita.

Hay que destacar, de nuevo, cómo en el conflicto entre el verdadero dueño que ha adquirido por título no inscribible o inscribible pero que no ha inscrito y el adjudicatario del bien [quien tiene derecho a pensar que el procedimiento se ha realizado con pulcritud y, sobre todo, con la parte procesal adecuada, que para él es siempre el titular registral (63)] se ha acabado dando (y de eso hablaremos más adelante) preferencia al primero, que hubiera podido pedir anotación preventiva de demanda y no quiso hacerlo, y ahora se da entrada a títulos no documentados ni en forma pública en claro perjuicio del adjudicatario. Ha quedado completamente demostrado que el art. 313 LH es letra muerta en los Tribunales. Las críticas que hacía GARCÍA GARCÍA a la admisión de la intervención del tercer poseedor no inscrito son completamente acertadas. Sólo cabe añadir que de esta solución al conflicto quien sale perjudicado es siempre el *futuro* deudor hipotecario.

— el tercer poseedor inscrito. En este caso hay que diferenciar según que haya inscrito antes del comienzo del procedimiento ejecutivo o una vez iniciado el mismo.

En el primer caso, en mi opinión, y éste es el núcleo del trabajo, hay que distinguir, a su vez, entre que haya dado conocimiento o no al acreedor de su adquisición.

Si ha dado conocimiento de su adquisición antes de que se inicie el procedimiento de ejecución, el acreedor (en determinados procedimientos) deberá considerarlo parte desde un primer momento. En caso de que no le haya dado conocimiento de su adquisición su intervención (si bien diferida) va a tener la misma intensidad y extensión. La diferencia afecta, como veremos, exclusivamente a la corrección o no de la constitución de la relación jurídico procesal, pero no a los derechos que en el proceso tiene ese tercer poseedor.

Cuando el tercer poseedor haya inscrito una vez iniciado el procedimiento, su posición procesal es ya completamente distinta: si inscribe antes de que conste en el Registro la existencia del proceso

(63) El principio de legitimación juega también a favor de terceros.

(bien por la anotación preventiva de embargo bien por la expedición de certificación de dominio y cargas) su posición se asimila extrañamente a la del que hubiera inscrito antes pero no hubiera dado noticia al acreedor; si inscribe después de la expedición de la certificación, su posición va a depender en gran medida de su intervención voluntaria.

Hay que destacar que se trata, en gran medida, de conclusiones que habrán de justificarse adecuadamente más adelante.

VI. LOS PROCEDIMIENTOS DE QUE DISPONE EL ACREEDOR PARA EL COBRO DE SU CRÉDITO

Cuando el crédito del acreedor está garantizado con hipoteca se ha planteado tradicionalmente cuales son los procedimientos de que dispone el acreedor para hacer efectivo su crédito.

La doctrina, de forma absolutamente mayoritaria, se inclina por la libertad de elección del acreedor a la hora de elegir el procedimiento de cobro (64). Lo cierto es que esta libertad se ha planteado siempre en torno a una doble opción: si el acreedor *debía* acudir al procedimiento judicial sumario o *podía* ejercitar el juicio ejecutivo

(64) Sirvan de ejemplo: en la doctrina más reciente: DOMÍNGUEZ LUELMO (2000:3376), FAJARDO (2001:501), y RIVERA HERNÁNDEZ (2004:29) quien señala que el art. 681 LEC ratifica la idea del carácter opcional de la ejecución especial, que ya había sido señalado por las STS de 17 de marzo de 1910 y 31 de diciembre de 1913. Con mayor amplitud, MONTERO (2009:291 y sigs.) al señalar que con relación a un crédito hipotecario, el acreedor puede acudir a un órgano jurisdiccional formulando una pretensión declarativa de condena; en este proceso no hay especialidad alguna en atención a que el crédito esté garantizado con hipoteca. Como el crédito hipotecario consta en escritura pública, el acreedor puede instar directamente la ejecución; en este caso, la actividad ha de ser la necesaria para obtener una sentencia de remate. El acreedor puede iniciar la actividad ejecutiva respecto de los bienes del deudor, sin límite alguno, salvo el derivado de la cuantía de la misma; pero puede pedir que la actividad ejecutiva se dirija contra el bien hipotecado (si bien, de modo mediato), pero lo que solicita siempre es la entrega de una cantidad de dinero; las dos pretensiones tienen como objeto mediato una cantidad de dinero, si bien la "acción personal" puede obtener esa cantidad persiguiendo todos los bienes y la "hipotecaria" sólo el bien hipotecado.

ordinario. El uso del término “podrá” que contenía el art. 129 LH (y hoy la LEC) ha inclinado a la doctrina por la vía de la libertad de elección.

No obstante, cuando se plantean los procedimientos para el cobro, la discusión se amplía, y así se señalan por la doctrina hipotecarista: a) la posibilidad de acudir al juicio declarativo; b) el juicio ejecutivo ordinario (hoy procedimiento ordinario de ejecución dineraria); c) el procedimiento judicial sumario (hoy ejecución directa sobre bienes hipotecados) y d) la venta extrajudicial.

Como he señalado anteriormente, la inclusión de la venta extrajudicial dentro de los procedimientos de ejercicio de la “acción hipotecaria” procede de un error conceptual. Este error, contenido ya en la reforma de 1944 de la LH, se salvó afortunadamente, y con un correcto sentido de “lo procesal”, por la modificación introducida por la LEC 2000; el error se vuelve a reintroducir en la reforma de 2013. En la venta extrajudicial no hay ejercicio de “acción” alguna, si se quiere mantener el término “acción” dentro de los parámetros procesales adecuados o una mínima coherencia doctrinal; se trata del ejercicio del *ius vendendi* que es característico del derecho real de hipoteca por un medio que no es la vía judicial, sino que responde a un pacto especial y se lleva a cabo a través de la actuación de un funcionario público y con un procedimiento absolutamente reglado (65).

A diferencia de lo que señala la mayoría de la doctrina, creo, pues, que es preciso separar completamente de los “procedimientos” el supuesto de la venta extrajudicial de la finca hipotecada. Es

(65) Comprendo, sin embargo, la perplejidad de la doctrina ante la venta extrajudicial. En una época en que, propiamente, no existe la organización política que hoy denominamos Estado, se admiten sin paliativos formas de autorrealización de la justicia (en realidad, aquí, del pacto); en un momento posterior (curiosamente, o no, coincidiendo con la recepción del Derecho Romano y en esta materia es fundamental la aportación sobre la expropiación en la obra de U. NICOLINI) se van introduciendo diversas limitaciones a estas formas de realización privada del Derecho; estas formas vuelven a ser admitidas en la fase liberal del Estado de Derecho (entendiendo esta expresión en un sentido amplio) y chocan o parecen chocar con las modernas concepciones del Estado intervencionista (y uso esta expresión y no Estado social y democrático de Derecho por coherencia, ya que difícilmente puede hablarse de tal figura en 1944).

cierto que también con este sistema el acreedor también pretende hacerse cobro de la cantidad debida. Pero en modo alguno es una "acción" ni una "pretensión procesal", sino el desarrollo de un pacto especial (y separado especialmente en el cuerpo de la escritura pública) que se mantiene en el ámbito del Derecho privado, si bien con un fuerte componente procedimental público al estar encomendado su desarrollo a un funcionario público y a través de un procedimiento que no puede ser modificado por las partes, no porque se trate de un proceso (lo que, evidentemente, no es), sino porque presenta características especiales que podríamos calificar de orden público: se trata de limitar, por razones obvias de evitación de abusos, las facultades que en otro caso se podría reservar el acreedor.

Desde esta perspectiva, estudiaré la posición del tercer poseedor de finca hipotecada solamente en los tres procedimientos judiciales en que puede hablarse con propiedad de posición procesal.

VII. EL PROCEDIMIENTO DECLARATIVO

Se puede afirmar sin rubor que la posibilidad de que el acreedor acuda al procedimiento declarativo ordinario cuando se trate de un crédito con garantía hipotecaria es un supuesto olvidado tanto por la LEC como por la LH, y ello a pesar de que, en algunos supuestos, y así ha sido destacado por autores como GARCÍA GARCÍA, es absolutamente preciso que se acuda al mismo.

Los artículos 1861 CC y 105 LH establecen que la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones.

Esta afirmación, constante en nuestra legislación, es, en mi opinión, incorrecta. La razón es que cuando se trata de obligaciones de hacer o no hacer, la hipoteca se constituye no en garantía del cumplimiento de la obligación sino, en realidad, en garantía de la indemnización por daños y perjuicios, o del coste del cumplimiento sustitutivo, es decir, la satisfacción por equivalencia; cuando se trata de obligación dineraria se trata de dar al acreedor lo que pide; en otro caso, se trata de dar lo que sustituye económicamente a lo que quiere y a lo que el deudor se obligó, sin que la satisfacción por equivalencia pueda identificarse con la obligación inicialmente asumida.

Se trata, por tanto, de una hipoteca de seguridad y ello aun en el caso de que las partes hayan fijado inicialmente el importe de la

indemnización, ya que ésta puede ser susceptible de moderación por los Tribunales, y ello con independencia de que (art. 12 LH y 219 RH) sea imprescindible, para la inscripción, la determinación de la cantidad máxima de que va a responder, por este concepto, la finca hipotecada.

En estos casos, el acreedor deberá necesariamente acudir al procedimiento declarativo, instando la condena del deudor a hacer o no hacer; en caso de que se dicte sentencia condenatoria, se solicitará del Juez que ejecute la sentencia, y, en caso de incumplimiento voluntario, se hará o se deshará lo hecho a costa del deudor, y se le condenará al pago de la indemnización oportuna, y si éste no satisficiera tampoco el importe, se procederá al embargo (66) de bienes suficientes para la satisfacción del equivalente.

Pero incluso en el caso de que la hipoteca garantice una obligación dineraria y el acreedor disponga de un título ejecutivo como es la escritura pública, nada impide que el acreedor prefiera acudir al procedimiento declarativo a fin de que se declare que el crédito existe, que ha sido incumplido y que se condene al deudor al pago de la cantidad debida; en el procedimiento declarativo, el deudor no tiene límite en cuanto a las excepciones que puede interponer, pero una vez dictada sentencia de condena, nos encontramos ante la ejecución forzosa de títulos judiciales.

Si, cuando se trate de ejecución forzosa de títulos extrajudiciales, existe una importante limitación en las causas de oposición que puede formular el ejecutado (art. 557 LEC), esta limitación es todavía mayor cuando de títulos judiciales se trata (art. 556 LEC), ya que sólo se puede alegar pago o cumplimiento, caducidad de la acción ejecutiva o transacciones extrajudiciales siempre que consten en instrumento público.

(66) Los artículos 699 y siguientes de la LEC se refieren de modo constante al "embargo", olvidando que puede existir una garantía hipotecaria. Esto no es óbice a que, aun existiendo hipoteca y constando al Secretario, éste deba ordenar el embargo del bien hipotecado, como veremos más adelante detenidamente. Sirva, sin embargo, esta nota como confirmación del "olvido" en que la Ley incurre de la posibilidad de que el incumplimiento esté garantizado hipotecariamente y la necesidad de acudir al declarativo ordinario.

La pregunta que debemos hacernos, pues, es si es preciso que el tercer poseedor tenga intervención en el procedimiento; en unos casos, para poder limitar el importe de la satisfacción dineraria por equivalencia, dado que la finca hipotecada va a responder, en primer lugar, de la cantidad en que se fije, y, en el caso de obligaciones dinerarias, para poder formular todas las causas de oposición que hubiera podido alegar el deudor.

En mi opinión, nada impide que el tercer poseedor pueda, conforme al art. 13 LEC, intervenir en el proceso ya que, evidentemente, tiene interés directo en el resultado del pleito.

El problema es, sin embargo, no si puede intervenir sino si *tiene que intervenir necesariamente*, es decir, si nos encontramos ante un litisconsorcio pasivo necesario. La normativa general de la LEC no indica nada. Parece, en una primera visión, que no es preciso que se le demande ya que lo que se pretende es exclusivamente algo que queda dentro de la pura esfera obligacional, en la cual no entra el tercer poseedor.

La regulación de la fianza (art. 1853 CC) tampoco nos ofrece, realmente, una solución. En primer lugar, porque la responsabilidad del fiador es, en principio, subsidiaria, lo cual quiere decir que sólo podrá procederse contra el fiador cuando se haya intentado infructuosamente cobrarse del deudor. Para este supuesto, el acreedor deberá interponer el declarativo ordinario contra el fiador, pidiendo la condena, sin que (67) juegue contra él la excepción de cosa juzgada, de forma que, ahora, el fiador podrá alegar todas las excepciones que pudo alegar el deudor, salvo las meramente personales del mismo. Cuando se trata de un fiador solidario, dado que se aplican las normas de las obligaciones solidarias, el acreedor pudo interponer demanda contra deudor y fiador simultáneamente; si no lo hace, deberá interponer una demanda posterior contra el fiador (si se interponen demandas independientes procedería la acumulación de autos (68)) en donde tampoco juzgará la cosa juzgada

(67) Por todos, GUILARTE (1991:1854).

(68) GUILARTE (1990:XV-2,336), CAFFARENA (1991:138).

material (69), el cual podrá (70), como hemos visto, alegar todas las excepciones. Desde esta perspectiva, hay que interpretar limitadamente el art. 538.2.2.^a LEC. Aunque es cierto que la dicción del mismo es de carácter general, si lo ponemos en concordancia con la legislación civil, resultará limitado a los supuestos en que el fiador haya sido parte en el declarativo anterior o cuando se pretenda la ejecución de títulos no judiciales (que es el supuesto para el que, realmente, está pensado).

En el caso que estamos estudiando, y dado que hay un tercer poseedor de la finca sobre la cual se va a proceder ejecutivamente en primer lugar, en mi opinión podría procederse a una aplicación analógica de una norma que, aunque está pensada para la ejecución directa y exclusiva sobre los bienes hipotecados, tiene identidad de razón con el supuesto que estamos analizando, el art. 685.1 LEC. Si el tercer poseedor ha puesto en conocimiento del acreedor su adquisición (71), se daría una situación de litisconsorcio pasivo necesario y el acreedor ha de demandar necesariamente al tercer poseedor si quiere que la condena a hacer o no hacer o la condena al pago pueda hacerse efectiva sobre el bien hipotecado por la vía de la ejecución de los títulos judiciales.

(69) Confróntese el derogado art. 1252 CC cuando hablaba de personas ligadas por vínculos de solidaridad [una visión crítica se encuentra en CAFFARENA (1991:138)], con el actual art. 222 LEC.

(70) El art. 542 LEC es claro en este sentido: cuando se trata de deudores solidarios (y la doctrina es aplicable al fiador solidario) el título ejecutivo contra uno no surte efecto contra el otro y el acreedor dispone de libertad (aquí la LEC no hace sino recoger la doctrina del CC) para demandar a uno, a otro o a todos simultáneamente.

(71) Más adelante, al estudiar este supuesto, habremos de discutir sobre el alcance de esta expresión. Nótese que en el caso del hipotecante no deudor la obligación de demandarlo es evidente si se pretende ejecutar ulteriormente la sentencia de condena sobre el bien hipotecado. En el caso del hipotecante no deudor nos encontramos claramente con un "fiador" real de responsabilidad limitada. Es decir, alguien que presta su consentimiento a que un bien de su propiedad responda de una deuda ajena. Le son aplicable, pues, todas las reglas que hemos señalado respecto de la fianza, no que, en puridad, sea un fiador (el fiador no sólo responde, sino que debe), sino porque para que la responsabilidad se haga efectiva contra un bien de su propiedad es preciso demandarle.

Cuando el tercer poseedor no ha puesto en conocimiento del tercer poseedor su adquisición, y, evidentemente, tiene título inscrito, una vez iniciada la ejecución del título judicial, podría defenderse que el tercer poseedor (72) no está vinculado por la limitación de excepciones del art. 556 LEC, y puede alegar todas las que se derivarían de un título no judicial (73). Sin embargo esta tesis, aunque ciertamente atractiva, tiene el inconveniente de la ausencia de soporte legal alguno; sólo podría apoyarse en la consideración del tercer poseedor como "fiador real". No obstante, la doctrina ha hecho todo un esfuerzo argumentativo para excluir en la hipoteca esta consideración de fianza real. Parece, pues, mucho más ajustado al tenor de nuestra legislación actual (74) entender que el tercer poseedor tiene la carga (cuando se trata de hipoteca en garantía de obligaciones de hacer, no hacer, de dar cosa distinta de dinero, futuras, condicionales o, incluso, dinerarias) de realizar tal notificación, ya que en otro caso sólo podría interponer las mismas excepciones que el deudor.

Esta solución, sin embargo, me parece todo menos satisfactoria; de ahí que habría que hacer un esfuerzo interpretativo para, por un lado, darle intervención (75) y ampliar el círculo de excepciones, aunque hay que reconocer, nuevamente, que esto choca con la fuerza de cosa juzgada de la sentencia declarativa y la consideración del tercer poseedor de finca hipotecada como "causahabiente" del deu-

(72) Al menos si es un tercer poseedor que ha nacido antes de la iniciación del procedimiento declarativo; si ha nacido durante el procedimiento declarativo y, claramente, si ha nacido una vez dictada la sentencia de condena, entiendo que el tercer poseedor está siempre vinculado por la resolución dictada.

(73) En este sentido, GARCÍA GARCÍA (1991:1992), y refiriéndose al ejecutivo ordinario aduce el art. 24 CE para aceptar un trámite de audiencia como incidente dentro de la ejecución, "lo que le permitirá alegar las correspondientes causas de oposición (prescripción, pago, etc.)". El problema hoy, como he señalado, es si, aceptando que hay que darle audiencia, y que puede alegar excepciones, tiene todas las excepciones del juicio ejecutivo por títulos extrajudiciales o solamente las de títulos judiciales.

(74) Resulta llamativo que la doctrina anterior a la LEC 1855 permitiera al tercer poseedor alegar todas las excepciones, precisamente por su consideración de fiador real que gozaba del beneficio de excusión y por la necesidad de interponer contra él un declarativo.

(75) El problema, obviamente, es cuándo debe tener intervención.

dor, al menos en cuanto que es responsable con el bien adquirido de la deuda cuya declaración y condena al pago se ha instado (76).

VIII. EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO

El tercer poseedor también era una figura olvidada en la legislación procesal de 1855 y 1881, ya que la regulación de su figura la encontramos exclusivamente en la legislación hipotecaria. También es el gran olvidado de la LEC 2000, ya que sólo se ocupa específicamente del tercer poseedor de finca hipotecada en la medida en que la LEC atrae a su ámbito de regulación el denominado procedimiento judicial sumario que hasta ese momento había vivido dentro de la LH. La LEC 2000 regula, sin embargo, con razonable detalle la posición del tercer poseedor de bienes embargados. Comoquiera que habré de ocuparme del embargo del bien hipotecado, estudiaré más adelante en qué medida las disposiciones que le dedica la LEC son aplicables al tercer poseedor de finca hipotecada.

El art. 538 LEC contiene, sin embargo, dos disposiciones, cuyo contenido y alcance hemos de dilucidar. Establece en el 538.2.3.^a que “sólo podrá despacharse ejecución” contra “quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede, siempre que tal afección derive de la Ley o se acredite mediante documento fehaciente. La ejecución se concretará, respecto de estas personas, a los bienes especialmente afectos”; el

(76) La Dirección General (R 1 de abril de 2011, entre otras) ha realizado un esfuerzo interpretativo (su origen se encuentra en la posibilidad de fraude de sus derechos si el comprador inicial se allana a la pretensión resolutoria) para indicar que el adquirente de una cosa que había sido adquirida por su transmitente con condición resolutoria explícita debía ser citado en el procedimiento; pero su argumento fundamental es que no puede lograrse la reinscripción a favor del vendedor y la cancelación del asiento de este tercero sin su consentimiento o, al menos, sin darle posibilidad de intervención. El supuesto que estamos analizando es completamente diferente: se trata de lograr una declaración que condene al pago y, después, se inicia la ejecución, en la que, evidentemente va a estar interesado el tercer poseedor, pero en la que las posibilidades de defensa han disminuido enormemente.

art. 538.3, por su parte, establece que “también podrán utilizar los medios de defensa que la ley concede al ejecutado aquellas personas frente a las que no se haya despachado la ejecución, pero a cuyos bienes haya dispuesto el tribunal que ésta se extienda por entender que, pese a no pertenecer dichos bienes al ejecutado, están afectos los mismos al cumplimiento de la obligación por la que se proceda”.

VIII.1. De nuevo una excursión histórica

Para estudiar la posición procesal del tercer poseedor de finca hipotecada es preciso realizar una exposición histórica. La razón de esta excursión no es un mero alarde de erudición; creo que debe partirse de un principio de interpretación de las normas: si en un momento determinado se dicta una norma, que se interpreta por doctrina y jurisprudencia de una determinada forma, y después la norma se mantiene o repite con modificaciones cosméticas, hay buenas razones para entender que el significado de la norma es el mismo; por el contrario, la modificación sustancial de las normas debe entenderse, también, por contraposición al sentido que tenía la norma anterior.

VIII.1.1. La LEC 1855

Es preciso comenzar con una breve reseña de la LEC de 1855; la razón de esto es que es la normativa procesal que está vigente cuando se dicta la LH de 1861.

La LEC diferencia (77) entre la ejecución de las sentencias y el juicio ejecutivo, basado en determinados títulos: la escritura pública, el documento privado reconocido judicialmente y la confesión (art. 941). Presentada demanda ejecutiva, el juez dictaba auto despachando la ejecución, se entregaba mandamiento al acreedor, y, con él se requería de pago por Alguacil y Escribano del juzgado, y,

(77) La doctrina pone de manifiesto cómo la LEC 1855 supone la ruptura de la unidad de procedimientos que hasta entonces existía. Quizás la razón de la unidad de procedimiento haya que encontrarla en la eficacia especial que daba la cláusula guarentigia. Recordemos que por esta cláusula se hacía equivaler la eficacia del otorgamiento del documento público a la cosa juzgada (en lo relativo exclusivamente a la existencia de la deuda).

si el deudor no realizara el pago en el acto, se procedía a embargar bienes del deudor; los bienes inmuebles ocupaban el séptimo lugar en el orden de embargos. El art. 950 establecía la libertad del acreedor para embargar bienes inmuebles al señalar que "si hubiere bienes dados en prenda o hipoteca, se podrá proceder contra ellos antes que contra ningunos otros, si el actor lo solicitare". La comparación entre el art. 949, que regula el orden de los embargos y el art. 950, nos muestra que ese "proceder contra ellos" es, precisamente, en lo que consiste el embargo. Se recoge, pues, el principio sentado por la Novísima Recopilación y al cual hacíamos referencia con anterioridad.

La LEC no hace ninguna referencia al tercer poseedor, por lo que era aplicable íntegramente la legislación de Partidas (P 5, 13, 14), que recoge la Novela 4, capítulo 2, de que había que "excudir" (78) primeramente los bienes del deudor y sólo, en último caso, acudir contra los bienes que tuviese el tercer poseedor; no obstante, la STS de 9 de marzo de 1859 limitó la posibilidad de aplicación del beneficio de excusión para el caso de que el adquirente de una cosa hipotecada hubiese reconocido el gravamen, en cuyo caso podría actuarse en el juicio ejecutivo directamente contra el bien hipotecado.

Por lo tanto, y de conformidad con la doctrina tradicional, contra el tercer poseedor había que acudir a la vía del declarativo. Como vemos, el sistema había cambiado radicalmente de signo. La "acción hipotecaria" que todavía nos encontramos en las Partidas era un mecanismo que permitía al acreedor acudir directamente contra el tercer poseedor de la cosa hipotecada pidiendo la venta en subasta. La admisión del beneficio de excusión, por un lado, cuando la cosa había salido de manos del deudor, y, por otro lado, la consideración de que contra el tercer poseedor no cabía la vía del juicio ejecutivo, habían complicado enormemente las posibilidades del acreedor hipotecario.

Añádase a eso el cúmulo de hipotecas tácitas y de hipotecas generales y se tendrá una visión del problema ante el que se encontró el legislador de 1861.

(78) Pese a que este término era de uso en la terminología jurídica, ha desaparecido del diccionario de la RAE.

VIII.1.2. La LH 1861

La LH 1861 establece la necesidad de inscripción de la hipoteca para que ésta pueda ser opuesta a un tercer adquirente de la misma, y suprime el beneficio de excusión del adquirente de la cosa hipotecada. Como hemos señalado, la Ley no define quien es el tercer poseedor, pero de su dicción se deduce, con arreglo a la posición tradicional, que es el adquirente de dominio, al decir en el art. 132 que “se considerará *también* como tercer poseedor,... el que hubiera adquirido solamente el usufructo o el dominio útil de la finca hipotecada, o bien la propiedad o el dominio directo, quedando en el deudor el derecho correlativo”.

La Exposición de Motivos de la Ley señala, al referirse a la acción ejecutiva, que “de aquí se infiere que la Comisión no ha admitido los beneficios de orden y excusión en las deudas garantidas con hipoteca, porque, cualesquiera que sean su importancia y su justicia respecto a los fiadores, cuestión ajena del todo a este proyecto, no puede satisfacerse al que, por medio de la constitución de un derecho real, mira la cosa hipotecada como principal garantía de su crédito”.

Como señaló PERMANYER (79) en la discusión de la Ley, desde el momento en que todo poseedor de la finca al tiempo de adquirirla ha debido tener conocimiento de los gravámenes que pesaban sobre ella, y si no le ha tenido debe imputarse a sí mismo la culpa de su ignorancia, porque la ley le facilita todos los medios de adquirir estos datos; desde entonces el beneficio de orden o excusión o deja de tener objeto o debe quedar limitado a condiciones completamente distintas de las que antes tenía.

Me interesa ahora señalar la consideración que hace PERMANYER de la publicidad registral como un medio que permite conocer el estado de la finca, y ello incluso para el caso de que el tercer comprador inscriba su derecho. La hipoteca se puede oponer al tercer poseedor porque está inscrita, no porque se presuma que la conozca; el tercer poseedor puede conocer, pero conozca o no (y este conocimiento para el diputado no se presumía) el bien por él adquirido sigue sometido al derecho real inscrito con anterioridad.

Queda en el aire, tanto para la Exposición de Motivos como para el diputado, si es preciso que el tercer poseedor inscriba su derecho

(79) Colegio, I, p.193.

para tener tal consideración, aunque, de la discusión del art. 23 resulte claro que ningún título no inscrito puede oponerse, ni en el aspecto procesal, al inscrito.

También GALINDO Y ESCOSURA (1884:197) señalan que la LH 1861 suprime el beneficio de excusión que al tercer poseedor concedía la legislación de las Partidas.

La Ley establecía en su art. 127 que “el acreedor no podrá reclamar del tercer poseedor de los bienes hipotecados el pago de su crédito, sino cuando el deudor no lo verifique en los diez días siguientes al vencimiento del plazo”; “requerido de pago el tercer poseedor (dice el art. 128), deberá satisfacer en el término de otros diez días la deuda con sus intereses, regulados conforme a lo dispuesto en el art. 114 o desamparar los bienes hipotecados”, y terminaba el art. 133 señalando que “si requerido de pago el deudor, o el tercer poseedor en su caso, no pagare ni desamparare los bienes hipotecados en los términos señalados respectivamente, podrá pedir el acreedor que se despache mandamiento de ejecución contra los mismos bienes, presentando el título de su derecho y el documento que acredite haberse verificado dichos requerimientos y su fecha”.

La Exposición de Motivos aclara el sistema: si los bienes están en poder del deudor, el acreedor tiene las manos libres para iniciar la vía ejecutiva, pero cuando están en manos de un tercero se hace preciso para entablar directamente la acción ejecutiva contra los bienes que haya habido un previo requerimiento de pago (que según el art. 129 podrá ser judicial o extrajudicial) primero al deudor, y sólo si éste no paga, al tercer poseedor (80). Este requerimiento

(80) Completan el sistema los arts. 102 del Reglamento Hipotecario de 1861 (“las hipotecas inscritas serán rigurosamente cargas reales, y, mientras no se cancelen, podrán hacerse efectivos directamente los créditos hipotecarios, no obstante cualquier derecho posterior, adquirido sobre los bienes hipotecados”), 103 (“el requerimiento de pago que según los artículos 127 y 128 de la Ley, deberá hacerse al deudor, o al tercer poseedor de los bienes hipotecados en su caso, podrá verificarse en comparecencia de conciliación por notificación de escribano, ante testigos, o por cualquier otro medio que baste para acreditar el hecho y su fecha”) y 105 (“si el tercer poseedor de la finca hipotecada pagare el crédito hipotecario, se subrogará en lugar del acreedor y podrá exigir su reembolso del deudor, si ya no se le hubiese descontado su importe del precio en que haya adquirido la finca”).

de pago al tercer poseedor era un requisito imprescindible, bajo pena de nulidad del procedimiento (81).

La combinación de lo dispuesto en la LEC 1855 y la LH 1861 no es, sin embargo, fácil, sobre todo si tenemos en cuenta lo que había indicado FEBRERO de que era costumbre de los Tribunales trabar en primer lugar los bienes hipotecados. Parece que el acreedor podría pedir que se despachara ejecución contra el deudor y, con el mandamiento de ejecución, embargar los bienes del mismo, guardando el orden legal, sin que pueda perseguir los bienes hipotecados si éstos están en poder del tercer poseedor, pues para ello se necesita que haya habido un requerimiento de pago al mismo; cuando los bienes están en poder de un tercer poseedor, podría hacerle un requerimiento de pago extrajudicial (siempre que hubiera requerido previamente al deudor y pasados diez días desde el vencimiento de la obligación) e iniciar un procedimiento contra el deudor y el tercer poseedor para perseguir los bienes hipotecados; se modifica así de un modo claro la doctrina de la STS de 1859 citada cuando los bienes hubieran pasado a tercero ya que de las palabras de la Exposición de Motivos se deduce que el acreedor podría optar por iniciar el procedimiento contra el deudor (con exclusión de los bienes hipotecados) o iniciarlo contra el deudor y necesariamente con el tercero

(81) La doctrina y la DGRyN cita en este sentido reiteradamente la STS de 22 de enero de 1869. Sin embargo, aun reconociendo el principio, la cita me parece sacada de contexto. En el caso de autos, se trataba de un juicio ejecutivo por pagarés, donde tres personas (el señor Frau, su esposa, la señora Bosch, y el padre de esta, el señor Bosch) se obligaron solidariamente al pago; el ejecutante pidió que se despachara ejecución contra los bienes de todos; fueron requeridos de pago solamente el señor Frau y la señora Bosch y, ante la falta de pago, se embarga una finca de la señora Bosch, pero se hizo a la misma y al señor Bosch la citación de remate. La señora Bosch pidió la nulidad porque sólo se había procedido contra ella, sin requerir de pago al señor Bosch, ni citarle de remate ni para sentencia, y que a su esposo se omitió citarle para sentencia. El TS declara que las omisiones del requerimiento de pago, la de citación de la sentencia de remate y notificación de día para la vista de alguno de los demandados en juicio ejecutivo produce la nulidad del procedimiento, toda vez que no hubo desistimiento expreso de la acción entablada contra aquellos a los que se había omitido requerir de pago o citar.

si pretendía perseguir los bienes hipotecados, sin que, en este caso, el tercer poseedor pudiera alegar beneficio de excusión (82).

Pero parece que también podía pedir que se despachara ejecución contra el deudor y, dentro del procedimiento [ya que si no fuera así no se entendería la expresión de “pedir judicialmente” al tercer poseedor el pago a que se refiere el art. 129 (83)] requerir de pago al tercer poseedor para poder perseguir los bienes hipotecados, pidiendo que el mandamiento de ejecución se despachara contra él.

La LH, sin embargo, no nos aclara cual es la posición de este tercer poseedor, ya que puede solamente pagar la deuda o desamparar los bienes (art. 128). Parece, pues, de la dicción de la Ley que el tercer poseedor no sería parte en el procedimiento y no podría alegar excepción de ningún tipo, ya que no se le permite ser parte en el procedimiento. No obstante, esta posición choca con la doctrina procesal tradicional de que el tercer poseedor puede alegar siempre no solamente las excepciones que las que competían al deudor principal, sino además de las que pudiera alegar personalmente contra el acreedor.

Parece preciso, pues, integrar la dicción legal de la LH 1861 con esa doctrina procesal. El tercer poseedor podrá ser demandado inicialmente (si ha habido un previo requerimiento de pago al deudor y, pasado el plazo, a él) o puede pedirse que el mandamiento de ejecución se despache contra él (y previo siempre un requerimiento de pago) una vez iniciado el procedimiento, pero en todo caso no va a ver limitada su posición procesal al pago o al desamparo, sino que va a tener una intervención completa en el proceso.

Creo, sin embargo, que a esta posición siempre se le podrá oponer que el sistema tradicional que le daba entrada en el proceso lo hacía no sólo por la configuración de la hipoteca como “fianza real” sino porque tratándose de cargas ocultas era preciso que el adquirente tuviera todos los medios de defensa. Con el nuevo sistema, al poder conocer el adquirente la situación de la finca y las condiciones

(82) En este mismo sentido, para la LH 1861, DÍEZ GARCÍA, 1998:40.

(83) A menos que este “judicialmente” se entienda en el sentido del Reglamento de que debía existir necesariamente un requerimiento por conciliación previa.

del crédito garantizado puede pensarse que le corresponde al adquirente establecer las medidas de defensa de su derecho y de ahí que la intervención pueda limitarse a pago o desamparo.

VIII.1.3. La LH 1869

La Ley de 1869 de reforma de la Ley Hipotecaria va a suponer una alteración sustancial en el sistema (CANALES, 1875:246) (84). La razón de esta modificación se encuentra, tal y como se señala por el Gobierno al presentar a las Cortes el proyecto de Ley, en que, mientras se prepara la reforma, se dicta el Decreto de 5 de febrero de 1869 consignando las bases generales a que deberán ajustarse las instituciones de crédito que tengan por objeto operaciones de préstamos hipotecarios o de crédito territorial, cuya finalidad declarada es facilitar el cobro de las deudas hipotecarias.

Se establece en este Decreto un procedimiento enormemente ágil: la institución de crédito podría requerir de pago al deudor y, si no lo pagara en dos días, pedir al Juez el secuestro y la posesión interina de la finca, para percibir las rentas del inmueble o los frutos imputándolas al pago de lo adeudado (85); pero si la institución de crédito no creyere suficientemente asegurados sus intereses con la posesión y los productos de la finca hipotecada, después de requerir por escrito al deudor, o después de estar en posesión de la finca, pedir al Juez su enajenación en pública subasta; cerciorado el Juez con la presentación del título de la legitimidad del crédito y de la falta de pago, mandaría verificarlo en el término de tres días, tomando anotación preventiva de esta providencia en el Registro de la Propiedad. El secuestro y en su caso la enajenación no se suspenderían por demanda que no se fundara en un título anteriormente inscrito, por la muerte del deudor ni por la declaración de quiebra o concurso del deudor o del dueño de la finca hipotecada. Establecía su art. 19 que "toda providencia en que se ordene el secuestro o la venta de

(84) En contra de que suponga una alteración sustancial, Díez GARCÍA (1998:40), para quien las sucesivas Leyes Hipotecarias mantuvieron, en lo esencial, la regulación que respecto al requerimiento de pago estableció la primitiva Ley.

(85) De la providencia ordenando el secuestro se tomaría anotación preventiva en el Registro de la Propiedad y, para instar el procedimiento, bastaba minuta especial de la escritura de préstamo, sin necesidad de ninguna otra copia del Registro.

una finca hipotecada a la institución de crédito, se notificará personalmente a los que después de ésta hayan adquirido o inscrito algún derecho sobre ella” y el art. 22 señalaba (y veremos que esta disposición pasa en 1872 a la ley creadora del Banco Hipotecario de España) que “cuando la finca hipotecada cambie de dueño, quedará de derecho subrogado el adquirente en todas las obligaciones que por razón de ella hubiese contraído su causante con la institución de crédito. El adquirente dará conocimiento a ésta de su adquisición dentro de los quince días siguientes al en que se consume; y si no lo hiciere, le perjudicarán los procedimientos que aquél dirija contra su causante para el cobro de sus réditos”.

Este sistema supone una modificación sustancial del procedimiento en beneficio de las entidades territoriales de crédito y la pretensión del Gobierno era extender estos beneficios a todos los acreedores ante la dificultad de que esas entidades llegaran a nacer.

En lo que ahora nos interesa, hay que destacar que impone la obligación al adquirente (parece que no necesariamente inscrito al utilizar la disyuntiva “o” en el art. 19) de dar conocimiento de su existencia al acreedor hipotecario; si no lo hace basta con dirigir el procedimiento contra el “causante” (el deudor o el hipotecante no deudor) y vendrá obligado a pasar por todo lo actuado, con el límite de que el “secuestro” (*rectius*, el embargo) o la venta se le han de notificar.

El Anteproyecto de Bases de la Ley Hipotecaria de 1869, señala en su base XI que “los acreedores hipotecarios podrán dirigir la acción ejecutiva contra las fincas hipotecadas aunque las haya adquirido un tercero, sin que para ello sea necesario otra cosa que el pedir que la ejecución que se despache se entienda con el deudor y además con dicho tercero en todo lo relativo a la finca hipotecada, y que en su caso otorgue el tercero la escritura de venta o se otorgue de oficio por el mismo si no lo verifica”.

La LH 1869 modifica (86) los artículos 127 (“el acreedor podrá reclamar del tercer poseedor de los bienes hipotecados el pago de la parte de crédito asegurada con los que aquél posee, si al ven-

(86) Hemos de ver en qué medida esta regulación traiciona el Anteproyecto de Ley de Bases, ya que parece que según éste la demanda ejecutiva debía hacerse contra deudor y tercer poseedor, o lo modaliza, admitiendo una intervención posterior del tercer poseedor.

cimiento del plazo no lo verifica el deudor después de requerido judicialmente o por notario”), 128 (“requerido el tercer poseedor, de uno de los dos modos expresados en el anterior artículo, deberá verificar el pago del crédito con los intereses correspondientes, regulados conforme a lo dispuesto en el art. 114, o desamparar los bienes hipotecados”), 129 (“Si el tercer poseedor no paga ni desampara los bienes, será responsable con los suyos propios, además de los hipotecados, de los intereses devengados (87) desde el requerimiento y de las costas judiciales a que por su morosidad diere lugar. En el caso de que el tercer poseedor desampare los bienes hipotecados, se considerarán éstos en poder del deudor, a fin de que pueda dirigirse contra los mismos el procedimiento ejecutivo”), 132 y el fundamental art. 133 (“Al vencimiento del plazo para el pago de la deuda, el acreedor podrá pedir que se despache mandamiento de ejecución contra todos los bienes hipotecados, estén o no en poder de uno o varios terceros poseedores; pero éstos no podrán ser requeridos de pago sino después de haberlo sido el deudor y no haberlo realizado. Cada uno de los terceros poseedores, si se opusiere, será considerado como parte en el procedimiento respecto de los bienes hipotecados que posea, y se entenderán siempre con el mismo y el deudor todas las diligencias relativas al embargo y venta de dichos bienes, debiendo el tercer poseedor otorgar la escritura de venta, u otorgarse de oficio en su rebeldía. Será Juez o Tribunal competente para conocer del procedimiento el que lo fuere respecto del deudor. No se suspenderá en ningún caso el procedimiento ejecutivo por las reclamaciones de un tercero si no estuvieren fundadas en un título anteriormente inscrito, ni por la muerte del deudor, o del tercer poseedor, ni por la declaración de quiebra, ni por el concurso de acreedores de cualquiera de ellos”)

Como vemos, de la LH 1869 modifica de modo sustancial la regulación de la LH 1861, ya que ahora resulta que el tercer poseedor puede: pagar, desamparar u oponerse; y queda claro, y esto va a ser una constante a partir de este momento, que solamente tiene la consideración de parte procesal si se opone. Queda en el aire qué ocurre si se mantiene en silencio.

(87) En este caso, ya no van a jugar a favor del tercer poseedor los límites de responsabilidad por intereses del art. 114 LH.

La dicción de la Ley es, no obstante, oscura, y de esta oscuridad se va a derivar toda la perplejidad doctrinal acerca del requerimiento de pago y la posición procesal del tercer poseedor.

En principio, parece que el requerimiento de pago judicial sólo puede dirigirse contra aquél que haya sido demandado. Pero si ha sido demandado, es parte desde el primer momento [al menos si utilizamos los conceptos procesales actuales (88)]. Y la Ley dice taxativamente que sólo es parte quien, una vez realizado el requerimiento, se opone. Pero, al mismo tiempo, parece limitar su posición procesal a la intervención en el embargo y subasta de los bienes, con lo que queda nuevamente en el aire si puede formular oposición sustancial o, por el contrario, las cuestiones relativas al crédito que se ejecuta son extrañas para él, de modo que debe conformarse con la defensa que haga el deudor ejecutado. Finalmente, y a ello me referiré más adelante, parece caer en un círculo vicioso, al hablar del tercer poseedor se está refiriendo a un procedimiento en marcha, con lo que queda en el aire si el requerimiento al tercer poseedor debe ser previo o puede realizarse dentro del propio procedimiento, dando oportunidad en ese momento al tercer poseedor de intervenir en el procedimiento, si y sólo si se opone (aunque necesariamente ha de intervenir para otorgar la escritura de venta, pudiendo ser sustituido por el Juez que la otorgaría, en caso de negativa, en su nombre).

VIII.1.4. La LEC 1881 y el CC

La LEC 1881 supone una alteración sustancial del sistema de la LEC 1855. En lo que ahora nos interesa, suprime el carácter optativo que existía de perseguir en primer lugar los bienes hipotecados, al imponer en el art. 1447, antes de regular el orden de los embargos, que “si hubiera bienes dados en prenda o hipotecados especialmente, se procederá contra ellos en primer lugar” (89). Pero, de nuevo,

(88) Como señala MONTERO (2009:469) siempre hay “partes en el proceso”, pues siempre ha de existir quien pide la actuación del derecho objetivo y frente a quien se pide; quien no es parte, es tercero; y según la índole de los efectos que puede llegar a sufrir, puede llegar a tener o no legitimación para intervenir en el proceso.

(89) MANRESA (1891:498-499) señala que el art. 1447 LEC modifica el art. 950 de la Ley anterior, que sólo imponía aquella prelación cuando lo solicitase el actor, y señala que “con esta modificación no se priva al acreedor

deja fuera de su regulación la figura del tercer poseedor de bienes hipotecados, que se abandona a la LH (90). Si embargo, la figura del tercer poseedor puede aparecer en el procedimiento cuando se solicita del Registro de la Propiedad la certificación de dominio y cargas; lo que ocurre es que su aparición tendrá lugar cuando se ha dictado ya la sentencia de remate, aunque el embargo se haya producido con anterioridad, y eso planteará no pocos problemas a la doctrina, singularmente si puede interponer en el ínterin tercería de dominio (91).

El Código Civil dedica al tercer poseedor el art. 1879, con una clara remisión, tanto procedimental como de estilo, a las normas de la LH, al establecer que "el acreedor podrá reclamar del tercer poseedor de los bienes hipotecados el pago de la parte de crédito asegurada con los que el último posee, en los términos y con las formalidades que la ley establece". GARCÍA GARCÍA propone la sugerente tesis de que el Código contrapone el régimen de los bienes hipotecados según estén en poder del deudor o de un tercer poseedor. En el primer caso, la LEC 1881 impone la obligación de agredir en primer lugar los bienes hipotecados; si existe tercer poseedor, por el contrario, el acreedor puede optar por perseguir los demás bienes del deudor o los bienes hipotecados en poder del tercero (al amparo del término "podrá" del Código). Sin embargo, de ser correcta esa

de ninguno de sus derechos: puede ejercitarlos sujetándose a la naturaleza, condiciones y efectos del contrato de prenda o de hipoteca, al que prestó su consentimiento, aceptando esta garantía para asegurar el cumplimiento de la obligación principal"; "justo es que teniendo la prelación y ventajas que da este contrato, y mientras sea suficiente la garantía aceptada por el acreedor, no se le permita perseguir otros bienes del deudor, aunque sean de más fácil recuperación, porque podría ser en perjuicio de otros acreedores, y porque así se cumple lo pactado entre ambos". Las frases transcritas, en realidad, no hacen más que hacer suyas las posiciones de FEBRERO y de la sentencia de 1859 a que antes nos hemos referido. Como hemos visto, en la LEC 1855 la redacción es inversa a la de 1881: primero se regula el orden de los embargos y después se dice que, pese a ese orden, el acreedor puede "perseguir" (es decir, embargar) primeramente el bien hipotecado.

(90) Como señala CAMY (1975:700), las normas de la LEC son a todas luces insuficientes ya que se redactan pensando en que se procede contra bienes del deudor ejecutado y los artículos 1489-1490 piensan no en el tercer poseedor sino en los acreedores posteriores.

(91) Y, a partir de la LH, 1909 la denominada "tercería registral".

tesis, se daría ya desde 1869, porque el Código se limita a recoger el art. 127 LH 1869.

VIII.1.5. La LH de 1909

La reforma de 1909 de la Ley Hipotecaria, refunde los artículos que les dedicaba la LH 1869. El art. 126 comienza diciendo "cuando en juicio ejecutivo seguido conforme a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil se persiguieren bienes hipotecados, y éstos hubieran pasado a poder de un tercer poseedor", podrá el acreedor reclamar de éste el pago de la parte de crédito asegurada con los que el mismo posee, si al vencimiento del plazo no lo verifica el deudor después de requerido judicialmente o por Notario. Los dos párrafos siguientes son una transcripción de los arts. 128 y 129 LH 1869. El art. 127, en sus párrafos tercero, cuarto y quinto, recoge lo que era el art. 133.

Pero el art. 24.3 (antecedente del art. 38) establece una importante modificación, ya que establece que "cuando se persigan bienes hipotecados que hayan pasado a ser propiedad de un tercer poseedor, se procederá con arreglo a lo dispuesto en los arts. 131 y concordantes de esta ley". La norma no deja en claro a qué momento se está refiriendo, pues el art. 131 regula el denominado procedimiento judicial sumario.

MORELL Y TERRY (92) diferenciaba claramente entre el procedimiento de apremio ordinario y el procedimiento ejecutivo ordinario para el cobro de créditos hipotecarios.

En el procedimiento de apremio ordinario, si al embargarse la finca ésta está inscrita a nombre de tercero, y este extremo se acredita en el procedimiento (93), se suspendía el procedimiento respecto de la finca; en cambio, si después de anotado el embargo la finca pasa a un tercero, el procedimiento no se suspende, y si el tercero quiere mostrarse parte, deberá justificar su título inscrito y pedir que se le exhiban los autos en la secretaría.

Cuando se trataba del cobro de créditos hipotecarios, "la regla es la misma si los bienes pasan a un tercero, antes de el acreedor

(92) 1917: 3: 567.

(93) Bien por el propio titular a través de lo que se ha denominado "tercería registral", bien de oficio cuando se solicitaba la certificación de cargas.

haga efectivo su derecho sobre la finca, pero después de empezado el procedimiento. Ahora bien, si la finca se halla ya inscrita a nombre de un tercer poseedor al iniciar el procedimiento, el art. 24, en su segundo párrafo, no puede ser aplicable. La hipoteca liga los bienes, no la persona del deudor, y por eso la inscripción a favor de un tercero no influye en el curso del procedimiento, ni origina suspensión ni sobreseimiento alguno. Basta requerirle de pago, esto es, avisarle que si no paga, el acreedor se cobrará con los bienes hipotecados, según se hace constar en los artículos 126 y 131”, y concluye señalando que “el procedimiento seguido para el cobro de los créditos hipotecarios, es, pues, una excepción del precepto que se contiene en el párrafo segundo del artículo 24”.

Como vemos, este autor minimiza enormemente la posición defensiva del tercer poseedor de los bienes hipotecados, partiendo claramente del principio que ya habíamos enunciado: la inscripción de la hipoteca supone un aviso para los terceros poseedores; si el acreedor ha iniciado el procedimiento el hecho de que el hipotecante transmita los bienes no supone para el acreedor problema alguno, podrá seguir el procedimiento sin perjuicio de que el tercer poseedor pueda comparecer para mostrarse parte y participar en el avalúo; cuando el tercer poseedor existe antes de que el acreedor inicie el procedimiento, el acreedor puede iniciar el procedimiento de ejecución y perseguir los bienes hipotecados y, dentro del procedimiento, y una vez tenga conocimiento de su existencia (de ahí la remisión al art. 131 LH) realizar un requerimiento de pago al tercer poseedor; el procedimiento, pues, no se paraliza ni se ralentiza por la existencia de un tercer poseedor o, mejor dicho, al acreedor no se le imponen requisitos especiales para demandar, aunque, una vez que conste la existencia del tercer poseedor ha de requerirle de pago, a fin de darle posibilidad de pagar, oponerse o desamparar.

VIII.1.6. La LH 1946

La redacción de 1946 deja claro en su art. 34.4 (trasunto del art. 24 LH 1909) que la remisión se hace al art. 134 (94) y concordantes de la LH, e introduce modificaciones meramente cosméticas en los arts. 126 y 127, redacción que conservan en la actualidad

(94) Se mantiene íntegra la redacción de 1909, sustituyendo el término “Escribanía” por “Secretaría”.

tras la LEC 2000, la cual convierte el art. 134 LH 1946 (al que se remitía, como hemos visto, el art. 127.3 LH) en su art. 662. La LH sigue hablando de "juicio ejecutivo seguido conforme a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil", expresión que hoy hay que entender referida al proceso ordinario de ejecución; la referencia a la escritura de venta del art. 127.5 LH es innecesaria ya que esta escritura desapareció con la reforma de la LEC de 1992. Por lo demás, como señala RIVAS TORRALBA (2001:235), los párrafos primero y segundo de los arts. 127 y 135 LH se regulan hoy en el art. 693.1 LEC y las previsiones sobre no suspensión del procedimiento tienen hoy también su acogida en las previsiones de la LEC.

VIII.2. La situación actual

La falta de una regulación adecuada de la figura del tercer poseedor de finca hipotecada nos obliga a diferenciar tres posibilidades: el tercer poseedor que ha nacido antes de que se inicie el procedimiento de ejecución; el tercer poseedor que ha nacido una vez iniciado el procedimiento de ejecución pero antes de que se expida la certificación de dominio y cargas y el que ha nacido después.

VIII.2.1.- El problema del tercer poseedor inscrito

Cuando existe un tercer poseedor antes de la interposición de la demanda ejecutiva, el primer problema que se plantea es si este tercer poseedor ha de tener o no su título inscrito en el Registro de la Propiedad. Toda la terminología de la LH (y curiosamente la propia definición de tercer poseedor que hoy nos da la LEC en su art. 662) se refieren a un tercer poseedor con título inscrito.

Al tratar de delimitar la figura del tercer poseedor nos referíamos ya a este problema. Antes tratamos solamente del tercer poseedor a los efectos de la limitación de responsabilidad. Ahora deberíamos hacerlo con carácter general. Lo cierto es que, sin embargo, la doctrina ha dedicado casi todas sus consideraciones al tercer poseedor de finca hipotecada a los efectos del procedimiento judicial sumario. Constituyen una importante excepción la STS de 7 de diciembre de 1982 que, con carácter general, señala que "tercero en el campo del derecho hipotecario es el adquirente que por haber inscrito...". Esta sentencia sigue, pues, y generaliza, la línea de la STS de 12 de julio de 1941. En el mismo sentido, GARCÍA GARCÍA (1991:1917) entiende

que es absolutamente precisa la inscripción, y lo hace con carácter general, señalando que este criterio se deriva del art. 313 LH, del art. 134 LH y del principio de legitimación del art. 38.IV LH; REY PORTOLÉS (1995:372), considera que desde que se pretende ejecución y hasta que se consigna la nota marginal, el tercero poseedor tiene derecho (inscriba o no su adquisición) a ser requerido *a limine* por el acreedor ejecutante, aunque reconoce que el art. 143.I RH presupone la inscripción de la adquisición del tercer poseedor Y Díez GARCÍA (1998:297) reconoce que ningún precepto exige de modo expreso que el tercer poseedor deba tener su título inscrito, pero que del art. 38.4 LH parece que se deduce la necesidad de la inscripción y que el art. 8 se remite al 134, el cual sí exige acreditar la inscripción si quiere intervenir en el procedimiento.

Sin embargo, como veremos más adelante, el hecho de que se haya admitido tanto para el viejo procedimiento judicial sumario como para el actual proceso de ejecución directa de los bienes hipotecados que cabe un tercer poseedor no inscrito que ha de ser parte en el procedimiento siempre que haya comunicado al acreedor su adquisición o el acreedor haya tenido conocimiento de su existencia nos obliga a plantear por qué, si en un procedimiento especial y del que se predica que se realiza con base en los pronunciamientos registrales se admite que este tercer poseedor ha de ser parte en el procedimiento, y, por tanto, ha de ser demandado inicialmente por el acreedor, no puede predicarse una solución análoga para el proceso ordinario de ejecución. Parece, por tanto, que debe concluirse que si se produce aquella circunstancia de conocimiento por el acreedor de la existencia de un tercer poseedor, éste ha de ser demandado inicialmente.

No obstante, como señaló GARCÍA GARCÍA, y ya he manifestado que su crítica me parece certera, es preciso resaltar que esta interpretación extensiva es claramente perniciosa. ¿Cómo va a controlar el Secretario su existencia si el título no está inscrito y eso afecta a la correcta constitución de la relación procesal?. ¿Son oponibles los títulos no inscritos para hacer ineficaz un procedimiento en claro perjuicio del adjudicatario, que debe conformarse con una reclamación contra el acreedor demandante?. ¿Cómo puede pagarse al acreedor antes del lanzamiento si es en ese momento cuando puede aparecer un tercer poseedor?. ¿Cómo se exige al tercer poseedor que justifique su título inscrito para personarse y no se le exige el mismo requisito para

imponer a nadie el requisito de demandarle?. Resulta curioso que la doctrina y las Audiencias Provinciales quiera ver en la hipoteca una especie de embargo anticipado y no le apliquen al adquirente post hipoteca ninguna de las reglas que se aplican al adquirente post embargo, de forma que se inclinan por una interpretación que aumenta las posibilidades de nulidad del procedimiento en perjuicio de quien no interviene en el mismo más que en la fase final de adjudicación.

VIII.2.2. Cuando adquiere el tercer poseedor la condición de parte procesal

En el caso de que el tercer poseedor haya inscrito su derecho antes de que se inicie el proceso ordinario de ejecución, el problema básico que se plantea es si ha de ser necesariamente demandado.

El problema viene determinado por la defectuosa armonización entre los preceptos de la LEC y los de la LH. El art. 538.2.3.º LEC señala que sólo podrá despacharse ejecución (y tener por tanto la consideración de parte) contra "quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede". Sin embargo, la LH solamente hace referencia a un requerimiento de pago al tercer poseedor y nos indica especialmente que sólo tiene la consideración de parte procesal el tercer poseedor que se opone a la ejecución, lo cual supone una ejecución en marcha y de la cual tiene conocimiento dentro del proceso mismo de ejecución. La cuestión, obviamente, está ligada al problema de si el hecho de que el tercer poseedor haya inscrito su derecho supone necesariamente el conocimiento por el acreedor de su existencia; el problema se ha planteado inicialmente dentro del procedimiento de ejecución directa de los bienes hipotecados y es ahí donde trataré de realizar un examen exhaustivo de este problema.

El problema se complica aun más cuando tenemos en cuenta la dicción del Código Civil y de la LH que nos dicen que el acreedor "podrá" reclamar del tercer poseedor el pago de la parte de crédito asegurada con los que el mismo posee, si al vencimiento del plazo no lo verifica el deudor después de requerido judicialmente o por Notario.

Esto ha llevado, en ocasiones, a considerar que el requerimiento de pago al tercer poseedor tiene carácter potestativo para el acreedor, con cita por la doctrina y la DGRN de las STS de 13 de enero de 1906 y 3 de octubre de 1907.

La primera de ellas (STS 1906) se refiere a un supuesto muy complejo. El viudo, heredero en virtud de un testamento de hermandad, hipoteca unos bienes; unos hijos preteridos demandan al padre pidiendo la nulidad del testamento; esta demanda se acepta y se inscriben los bienes hipotecados a favor de los menores preteridos; los menores piden la nulidad de las hipotecas, demandando al acreedor hipotecario (que, por tanto, tuvo conocimiento de la existencia de un titular registral) y esta demanda fue desestimada porque el acreedor era un tercero hipotecario al que no perjudicaba la nulidad del título inscrito del hipotecante; el heredero del acreedor hipotecario, pese a su conocimiento de la existencia de los titulares registrales, interpone juicio ejecutivo contra el padre, que era el deudor, y se embargan los bienes hipotecados; el representante de los menores interpone tercería de dominio, alegando que no se podía dictar sentencia de remate contra el tercer poseedor, ni privarle de sus bienes, ni ir al apremio sin preceder demanda contra él y darle audiencia en el ejecutivo; la demanda fue desestimada. Interpuesto recurso de casación, alegando infracción de los arts. 127, 128 y 129 LH y 1879 y 1880 CC, el TS dicta sentencia en la que dice que el derecho que conceden los arts. 127 y siguientes de la Ley Hipotecaria y 1879 CC al acreedor hipotecario para reclamar del tercer poseedor de los bienes hipotecados el pago de la deuda no obsta para que aquel pueda ejercitar la correspondiente acción ejecutiva y solicitar que se proceda a la ejecución contra dichos bienes, pues la facultad otorgada por los preceptos legales lo está en forma potestativa, como lo demuestra la locución “podrá” que en ambos se emplea.

Esta sentencia sienta una doctrina extraña. Dejando aparte que no nos encontramos en puridad ante un tercer poseedor de finca hipotecada, sino ante un propietario que consigue la nulidad del título en cuya virtud había inscrito el hipotecante, le aplica la misma doctrina que la que resultaría del tercer poseedor, pero, después, pese a que el acreedor tenía conocimiento de la existencia de un titular registral (que incluso le había demandado de nulidad de la hipoteca), admite, en mi opinión de modo improcedente (95), que el procedimiento pueda seguir adelante no sólo sin demandar al

(95) Improcedente porque el acreedor tenía conocimiento de la existencia del tercer poseedor.

titular registral sino sin tan siquiera requerirle de pago y sin darle, por tanto, posibilidad de oponerse.

La STS de 3 de octubre de 1907 trata de un supuesto que no tiene que ver con la posición del tercer poseedor antes del inicio del juicio ejecutivo. Se trata de un caso en que una deudora hipoteca unos bienes, se inicia un juicio ejecutivo contra ella y se embargan los bienes; la deudora hipotecante vende los bienes a un tercero, el cual plantea una tercería de dominio; el Juzgado no admite a trámite la tercería e indica que con arreglo al art. 134 LH 1909 el tercer poseedor sólo tiene derecho a intervenir en el procedimiento. El tercer poseedor (después de recurso de reposición ante la Audiencia, que lo rechaza) recurre en casación alegando que no había sido requerido de pago conforme a los arts. 127, 128 y 129 LH. El Tribunal Supremo señala que no han sido infringidos dichos artículos pues el requerimiento es una facultad del acreedor; que el no ejercitar esta facultad, como potestativa que es, no constituye una infracción legal, y, finalmente, que el art. 133 LH es terminante en el sentido de que no se podrá suspender el procedimiento sino en virtud de un título inscrito con anterioridad al crédito.

Esta sentencia sienta una doctrina de absoluta corrección. Una vez que se ha iniciado el procedimiento de apremio con embargo de los bienes, la aparición de un tercer poseedor no impide que el procedimiento pueda seguir adelante. Pero, extrañamente, establece que el acreedor puede requerir de pago a este tercer poseedor, cuando, con arreglo a la LH es el tercer poseedor el que, justificando la inscripción de su título, puede intervenir en el procedimiento.

VIII.2.3. La doctrina anterior a la LEC 2000

Antes de entrar en lo que considero la dinámica ordinaria de un procedimiento de ejecución en el que existe o aparece un tercer poseedor quizás valga la pena examinar qué decía la doctrina y la jurisprudencia anterior a la LEC 2000.

CANALES (quien escribe bajo el imperio de la LEC 1855) reconocía que la reforma de la LH en 1869 había supuesto un vuelco en el procedimiento del que partía la LH 1861: vencido el plazo, el acreedor puede pedir que se despache ejecución contra los bienes hipotecados; hecho esto, se requiere de pago al deudor, y si éste no paga, se hará lo mismo con el tercer poseedor; si se opone a la ejecución, será parte en el procedimiento.

GALINDO Y ESCOSURA (1884:197-220) se preguntan cuándo se debía hacer el requerimiento y señalan que ni de la LEC ni de la LH resulta con claridad, e indican que parece que si el acreedor tiene conocimiento de su existencia, al comienzo; pero la LEC deja en silencio si debe ser parte en el procedimiento ejecutivo. En su opinión, cuando resulta su existencia de la certificación de dominio y cargas, debería requerírsele de pago, so pena de nulidad; en ese caso, debe intervenir en el avalúo de los bienes hipotecados. Sólo si se opone a la ejecución el tercer poseedor tiene la consideración de parte en el procedimiento, pero señalan que aunque la LH limite su intervención al embargo y venta, entienden que puede admitírsele que proponga las excepciones que se le admitirían al deudor, "pues de otra manera, convenidos el deudor y el acreedor, podrán irrogársele graves perjuicios al tercero".

MORELL Y TERRY (1917:4:58) se pregunta cuándo han de hacerse los requerimientos de pago, y señala que puede hacerse primero al deudor y después al tercer poseedor antes de interponer la demanda, pero que el art. 127.4 LH admite que pueda hacerse el requerimiento de pago dentro del procedimiento, dada la remisión que se hace al art. 131 LH y concordantes.

Se ha señalado por algún autor que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado que el requerimiento de pago al que se refieren los artículos 126 y 127 son "diligencias preparatorias" del juicio ejecutivo.

Sin embargo, esta expresión debe matizarse, pues la encontramos en la RDGRN 30 de mayo de 1898, cuyo examen detenido nos mostrará su verdadero sentido.

El 5 de junio de 1895 Ángel presta a Isidoro una cantidad de dinero y éste hipoteca en garantía una finca. El 28 de agosto de 1895, Isidoro vende la finca hipotecada a José. El acreedor reclama el pago al deudor y al tercer poseedor y presenta demanda ejecutiva contra Isidoro solicitando que se diese intervención a José. Se despacha la ejecución exclusivamente contra Isidoro, se procede al embargo de la finca hipotecada, se cita de remate a Isidoro, se sigue el procedimiento en rebeldía de Isidoro y se adjudica a Santiago; se requiere a José para que otorgue la escritura pública de venta y como no lo hace, lo hace el Juez en su nombre. El Registrador deniega la inscripción por no haber sido parte en el procedimiento José.

La Dirección General dice que el Juez sólo tiene facultad para otorgar escritura de venta de un bien que esté en poder de un tercer

poseedor cuando este último haya sido parte en el procedimiento por haberse opuesto a la ejecución y haberse entendido con él todas las diligencias relativas al embargo y venta de los bienes. Se señala que no basta con el requerimiento previo de pago, porque este requerimiento es una diligencia preparatoria del juicio ejecutivo y los trámites expresados en el art. 133 LH 1869 han de cumplirse después de promovido éste, o sea, después de despachado el mandamiento de ejecución contra los bienes que se hallen en poder del tercer poseedor. Lo esencial, pues, es que el tercer poseedor pueda oponerse a la ejecución y pueda intervenir en la tasación, subasta y remate de la finca, "a cuya aseguración y garantía se encaminan las disposiciones del art. 133".

Nos encontramos, pues, ante un acreedor que conoce la existencia del tercer poseedor y al que requiere de pago previamente a la interposición de la demanda ejecutiva, pero no interpone la demanda contra él, ni éste es citado en modo alguno en el procedimiento, salvo al final del mismo, cuando se trata de otorgar la escritura de venta.

Por otro lado, se suele citar la RDGRN 8 de abril de 1893 como indicativa de que el requerimiento debe tener lugar dentro del juicio ejecutivo. Su supuesto, sin embargo, es bastante complejo, porque en gran medida se sustancia conforme a la LEC 1855. En 1872 don José presta a don Felipe y éste hipoteca dos fincas. Don José muere y el crédito se adjudica a su hijo Andrés, quien promovió juicio ejecutivo contra el deudor, embargándose las fincas hipotecadas y tomándose anotación preventiva de embargo en 1876. En 1877 se inscribe una modificación de la escritura de herencia que había permitido inscribir las fincas a nombre de don Felipe, y los titulares promueven tercería de dominio. Se sigue el procedimiento de apremio por desestimarse la tercería y se adjudica la finca al propio acreedor; el Juez otorga la escritura de venta en nombre de don Felipe; el Registrador deniega la inscripción porque la escritura debía haberse otorgado en nombre de los terceristas; contra esta resolución se interpone recurso gubernativo y la Dirección General confirma la nota. El acreedor pidió en los autos de ejecución pendientes que se requiriese a los interesados (es decir, a los que había obtenido la inscripción a su favor en 1877 y promovido la tercería) para que pagaran el crédito o desampararan los bienes, realizándose las notificaciones por edictos; el Juzgado entiende que la no comparecencia equivalía

al desamparo y que procedía inscribir a favor de don Andrés. El Registrador deniega la inscripción.

La Dirección General señala que 1. cuando la finca hipotecada ha salido de manos del deudor y se halla en las de un tercer poseedor, lejos de obligar al acreedor a seguir con éste un juicio declarativo (sic) basta que se le requiera de pago para que continúe el procedimiento ejecutivo, ora con el deudor, caso de desamparo, ora con el deudor y el tercer poseedor, si éste se hubiera opuesto. 2. pero el requerimiento de pago debe tener lugar dentro del juicio ejecutivo, pero no se concibe cuando el juicio ha fenecido mediante la ejecución y venta del bien hipotecado.

La resolución es, ciertamente, extraña. Se hace referencia a una primera resolución que confirma la denegación de la inscripción porque la escritura de venta se había otorgado no en nombre de los titulares registrales (que no eran, propiamente, terceros poseedores, pues no habían adquirido del titular registral, sino modificando el título en virtud del cual el hipotecante había inscrito, supuesto semejante al que ya hemos visto) sino en nombre del deudor hipotecante contra el que se inició el procedimiento. Entiendo que esta denegación era absolutamente correcta, pues el bien sale del patrimonio del titular registral y hace tránsito al adjudicatario desde el mismo y se tenía cabal conocimiento de su existencia porque había interpuesto tercería de dominio. Para solucionar el problema, el acreedor pidió que se diera conocimiento al "tercer poseedor" y, ante su silencio, el Juez entiende que hay desamparo y que los bienes se encuentran en poder del deudor inicial.

La doctrina de la Dirección General sólo puede ser entendida, vistos sus argumentos, si se considera que tan pronto se tiene conocimiento de que los bienes han pasado a un tercer poseedor, éstos han de ser parte en el procedimiento o, mejor dicho, debe dárseles oportunidad de ser parte en el procedimiento.

Pero digo que la resolución es enormemente extraña porque antes de que se practicara la inscripción de la finca a favor de los terceros ya se había embargado la finca y ya constaba la anotación preventiva del embargo derivada del procedimiento de apremio en el Registro.

Parece que, en este caso, el tercer poseedor podía, si lo entendía conveniente, intervenir en el procedimiento, pero ya no tenía que ser objeto de requerimiento de pago alguno, salvo el de que otor-

gara la escritura de venta. Ante su rebeldía, el Juez entiende que estamos ante un desamparo y que procedía mantener la resolución judicial anteriormente dictada.

La Dirección General entiende, por el contrario, que aun apareciendo el tercer poseedor después de anotado el embargo debía ser objeto de un requerimiento de pago que le permita eludir la ejecución sobre sus bienes, interpretando así, de un modo especialmente amplio, la dicción de los arts. 126 y 127 LH.

La reforma de la LH de 1909 despeja todas las dudas que se puedan plantear en un supuesto como el antes indicado: el tercer poseedor que aparece durante el procedimiento de apremio puede comparecer en juicio si lo entiende conveniente, pero no es obligatoria su intervención (salvo para el otorgamiento de la escritura, para lo cual ha de ser requerido).

En un sentido parecido al de la resolución antes citada, la RDGRN 11 diciembre de 1937 señala que el requerimiento de pago al tercer poseedor hay que hacerlo, conforme al art. 126 LH, dentro del procedimiento y en el momento procesal oportuno y no cuando ha fenecido ya el procedimiento judicial. No nos dice, sin embargo, la resolución cuándo es el momento procesal oportuno y, mucho menos, no nos dice que el tercer poseedor haya de ser demandado en el procedimiento ejecutivo.

La Resolución de 3 de febrero de 1992 se pronuncia con una razonable claridad sobre cual es el momento en el que debe practicarse el requerimiento de pago al tercer poseedor. Se habían hipotecado dos fincas y una de ellas se transmite a unos terceros; el acreedor inicial el juicio ejecutivo ordinario, y se requiere de pago a los deudores, únicos demandados ejecutivamente, se embargan las dos fincas, los deudores son declarados en rebeldía, se dicta sentencia de remate, se expide mandamiento de embargo y el Registrador deniega la práctica de la anotación preventiva de embargo por constar inscrita a favor de tercera persona; se continúa con el procedimiento y el Juzgado procede al avalúo de las fincas (entre ellas la inscrita a favor de tercero) y se requiere a los terceros poseedores para que abonen la parte de préstamo garantizada, y después se les requiere para que otorguen la escritura de venta; no haciéndolo, y siendo declarados en rebeldía, se otorga la escritura de venta por el Juzgado en su nombre; se presenta copia de la escritura en el Registro y se deniega la inscripción, señalando expresamente la nota de

calificación que no consta en el “mandamiento en que se ordenó la anotación de embargo que el crédito ejecutado fuese el hipotecario inscrito a favor de tercera persona con anterioridad al embargo”.

La Dirección General reconoce que el momento en que debe practicarse el requerimiento al tercer poseedor es un tema muy discutido y considera, siguiendo el criterio que entiende afirma la resolución de 1898 citada que “resulta claro en nuestro ordenamiento que de los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria el requerimiento que imponen al tercer poseedor ha de hacerse como trámite previo para que el acreedor pueda dirigirse contra el bien hipotecado”. Sin embargo, cita como argumento la redacción que daba el art. 133 de la LH 1861 de que el requerimiento era un requisito para que se despachara mandamiento de ejecución contra los bienes hipotecados, acudiendo también a la Exposición de Motivos de la Ley, sin tener en cuenta la modificación de 1869. Como quiera que el problema (fundamento 5 de la resolución) es si ha de ser parte en la fase anterior a la sentencia de remate pudiendo invocar las excepciones procedentes a fin de que pueda hacerse efectiva la tutela judicial de sus intereses legítimos, considera que el requerimiento ha de ser previo a que se dicte la sentencia de remate. A mayor abundamiento señala que a los terceros poseedores no se les dio oportunidad de intervenir en el avalúo, pese a ser conocida su existencia.

CAMY (1975:702-703) indica que parece no haber duda en que el requerimiento de pago deberá llevarse a efecto en todo caso antes de las diligencias previas a la subasta (art. 1490, 1491 LEC, 131.5 LH, 235.5 RH) y señala que la jurisprudencia ha tenido que insistir en el sentido de que ha de realizarse dentro del mismo juicio ejecutivo, no cuando aquél ha terminado con la adjudicación o venta de la finca hipotecada, con cita de R de 8 de abril de 1893 y 11 de diciembre de 1937.

GUILARTE (1990:XXIII:625) se limita a señalar que el requerimiento de que habla el art. 126 LH ha de formalizarse en el juicio ejecutivo y que el tercer poseedor sólo es parte si se opone.

GARCÍA GARCÍA (1991:1920-1921) considera que coordinando la LEC, que se refiere a la “acción ejecutiva” contra el deudor, y el art. 126 LH, que parece referirse a un juicio ejecutivo en marcha, al hablar de “cuando se persigan bienes hipotecados” en un juicio ejecutivo, hay que concluir que el tercer poseedor ha de ser requerido de pago, una vez lo haya sido el deudor, y en el momento en que se

plantea la aplicación del art. 1447.I LEC. La oposición del tercer poseedor le convierte en parte y, por lo tanto, tiene derecho a oponer todas las excepciones que regula la LEC en el juicio ejecutivo y que se refieran a la hipoteca. Reconoce que es posible dirigir la acción ejecutiva no sólo contra el deudor sino también contra el tercer poseedor, pero "esto no es obligado ni será frecuente en la práctica".

Esta posición es enormemente interesante porque GARCÍA GARCÍA parte de que el tercer poseedor ha de estar inscrito, de suerte que el no inscrito no tiene intervención en el procedimiento; pese a eso, el tercer poseedor inscrito no tiene que sea demandado *ab initio*, de forma que basta que sea requerido y tenga intervención, sin plantear en ningún momento que por el hecho de constar inscrito se presuma que el acreedor tenga conocimiento de su existencia, y, por tanto, deba demandarlo, pese a la conocida posición del autor sobre la eficacia del principio de publicidad registral.

GÓMEZ DE LA ESCALERA (1993:229) indica que "resulta imprescindible examinar el momento procesal oportuno en el que el tercer poseedor (dentro del procedimiento ejecutivo ordinario) ha de tener conocimiento del proceso –dando por supuesto que alguna intervención haya de tener en él– y, en concreto, si ha de ser parte en la fase de alegaciones prevista en el art. 1468 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a fin de que pueda invocar las alegaciones y excepciones procedentes.. y de este modo pueda hacerse efectiva la tutela judicial de sus intereses legítimos en la finca que a consecuencia de la sentencia de remate sufrirá la ejecución".

Cita la STS de 30 de enero de 1906 que indica que el acreedor no está obligado a dirigirse contra los terceros poseedores, pudiendo dirigirse contra el deudor en juicio ejecutivo y embargar la finca hipotecada, bastando que los terceros poseedores sean requeridos judicialmente de pago una vez admitido el cambio en la titularidad del dominio.

No obstante, incurre en una cierta contradicción pues más adelante (1993:233) parece aceptar que de los arts. 126 y 127 se deduce que el requerimiento al tercer poseedor ha de hacerse como trámite previo para que el acreedor pueda dirigirse contra el bien hipotecado, y para ello acude curiosamente al art. 133 de la LH 1861 (la influencia de la resolución de 1992 es evidente).

DÍEZ GARCÍA (1998:44) señala que el art. 127.6 LH considera al tercer poseedor como parte en la ejecución en el caso de que se

oponga al mismo. Entonces es con él y con el deudor con quienes se han de entender todas las diligencias relativas al embargo y la venta de los bienes hipotecados.

Cita la RDGRN de 17 de febrero de 1993 que establece que el principio de tracto sucesivo exige para inscribir cualquier acto, bien que sea otorgado por el titular registral, bien que sea dictado bien que sea otorgado por la autoridad judicial en el correspondiente juicio o expediente, siempre que en él sea parte precisamente el titular registral. Por ello "incluso las resoluciones judiciales están sujetas a calificación registral con el fin de que el titular registral no sufra en el mismo Registro las consecuencias de una indefensión procesal"

RIVERA HERNÁNDEZ (2004:31) cita la RDGRN de 10 de diciembre de 1997, según la cual, al referirse a la posibilidad de que existan terceros, señala que "estos terceros ... deberán ser advertidos por el Juez de la existencia del procedimiento –y del ejercicio de la acción hipotecaria– a los efectos previstos en los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria (si se trata de tercer poseedor) y 1490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (si se trata de titulares de derechos reales limitados sobre el bien)

Se pronuncian claramente por la necesidad de que el tercer poseedor sea inicialmente demandado ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1998:IX,253), aduciendo que el tecnicismo de la LH de "requerimiento de pago" es un tecnicismo incorrecto, puesto que es parte procesal pasiva por tener que dirigirse o entenderse contra él el procedimiento ejecutivo ordinario, con cita de las resoluciones de 1898 y 1837 citadas.

Ya después de publicada la LEC 2000, RIVAS TORRALBA (2001:236), aduciendo el art. 538.2.3.º LEC, exige la demanda al tercer poseedor que consta inscrito antes de que se interponga la demanda; en el mismo sentido, pero sin mayor justificación, GÓMEZ-FERRER (2003:950).

VIII.2.4. Mi opinión

Sin embargo, tal como he indicado, la cuestión no es tan clara (96), ya que el art. 538.2.3º LEC no establece con la claridad necesaria la necesidad de demandar *ab initio* al tercer poseedor; el artí-

(96) Podríamos repetir aquí, más de ciento cincuenta años después, las quejas de CANALES (1875:276) y de GALINDO Y ESCOSURA (1884:197) acerca

culo se limita a decir que sólo podrá despacharse ejecución contra determinadas personas y esta frase ha de entenderse en un sentido limitativo de las facultades judiciales: dados los límites de defensa que la ley impone en la ejecución, ésta sólo puede despacharse contra determinadas personas, a instancia precisamente del acreedor.

Pero el tenor literal del artículo no impone en modo alguno que el tercer poseedor haya de ser demandado inicialmente y haya de ostentar la condición de parte procesal *ab initio*. La Ley no dice que quien ostente la propiedad de los bienes afectos deberá ser demandado. Es más, de entenderse que necesariamente hay que demandar inicialmente al tercer poseedor, la LEC (que se supone que parte de conceptos técnicos sobre quien es parte, ya que se ocupa de definir la figura en su art. 538.1 al decir que "son partes" el que demanda ejecución y aquél contra quien se demanda) resultaría completamente contradictoria con lo dispuesto en la LH.

Aquél contra el que se despacha ejecución puede allanarse a la demanda ejecutiva, pero tiene la consideración de parte desde el momento en que se le demanda; por el contrario, para la LH el tercer poseedor sólo tiene la condición de parte cuando se opone a un requerimiento de pago. La doctrina se ha preguntado cuando tiene que tener lugar este requerimiento de pago, pero entiendo que cuando se habla de que el tercer poseedor adquiere la condición de parte la LH se está refiriendo a un requerimiento judicial que tiene lugar dentro del procedimiento ejecutivo, ya que es de una absoluta incorrección decir que ante un requerimiento notarial en el que el tercer poseedor comparece ante el Notario para manifestar su oposición se está adquiriendo la condición de parte, que es un concepto claramente procesal. Además, para la LH, el tercer poseedor puede desamparar los bienes, sin que este desamparo produzca los mismos efectos que el allanamiento a la demanda, y regula de modo especial los efectos que para el tercer poseedor tiene el que ni pague ni desampare, haciéndole responsable con su patrimonio personal de los intereses devengados desde el requerimiento (no desde la demanda) y de las costas.

Sin embargo, el tercer poseedor puede ser requerido "de uno de los dos modos expresados en el párrafo anterior", es decir, judicial-

de la incertidumbre y la inseguridad que había en las relaciones entre la LEC y la LH, quejas reiteradas por CAMY (1975:6:700).

mente o por Notario. Si ha habido ese requerimiento anterior es evidente que el acreedor tiene conocimiento de su existencia y si quiere que la ejecución pueda dirigirse contra los bienes hipotecados ha de demandar inicialmente al tercer poseedor.

Ante esta situación de contradicción entre las normas, creo que debe admitirse que el acreedor no está obligado a consultar el Registro para conocer contra quien ha de interponer la demanda; es más, la inscripción de la hipoteca le exonera de toda obligación posterior, precisamente porque cualquier alteración de titularidad de la que no sea especial conocedor le resulta completamente indiferente, al menos en un primero momento.

Como he señalado anteriormente, además, del hecho de que el tercer poseedor haya inscrito su título no se deriva ni una presunción de conocimiento ni la inscripción es una notificación *urbi et orbi* que le sitúa en situación de conocimiento, aunque este extremo, como ya he dicho, lo examinaré con más detalle al estudiar el procedimiento de ejecución directa de bienes hipotecados.

En un sentido parecido al indicado anteriormente, ARIJA (2002:65 y ss.) señala que la demanda ejecutiva sólo ha de dirigirse contra el tercer poseedor cuando el acreedor tenga conocimiento efectivo de su existencia.

VIII.3. El embargo del bien hipotecado y la anotación preventiva de embargo en el procedimiento ordinario. Un retorno encubierto a la tesis procesalista de la hipoteca

En el caso de que el acreedor interponga la demanda ejecutiva contra el deudor exclusivamente, haciendo constar que se interpone apoyándose en un título de crédito garantizado con hipoteca, se seguirá el procedimiento ordinario de ejecución, requiriendo de pago al deudor y, si éste no paga, se procederá al embargo de sus bienes.

Sin embargo, se ha discutido si en caso de que el crédito esté garantizado con hipoteca es o no preciso dirigirse en primer lugar contra el bien hipotecado y si es necesario el embargo del bien. Los problemas señalados puede parecer que tienen un carácter meramente incidental para el tema que nos ocupa, pero entiendo que es interesante ocuparse de ellos pues supone tomar posición sobre la naturaleza misma de la hipoteca y del procedimiento de ejecución.

VIII.3.1. El orden de ejecución

La primera cuestión (el orden de ejecución) se suscitó ya desde la LEC 1881. Ya hemos expuesto la dicción de las leyes de enjuiciamiento de 1855, 1881 y 2000.

En la LEC 1881, desde luego, las cosas estaban claras cuando los bienes estaban inscritos a favor del deudor (97): había de dirigirse el procedimiento en primer lugar contra los bienes hipotecados. La LEC 2000 suprime esta exigencia, con lo que nos volvemos a encontrar en la posición de la LEC 1855, y creo que la respuesta razonable que se puede dar al problema es la que la doctrina y la jurisprudencia habían dado, y que ya he recogido, pues de otro modo el acreedor estaría alterando gravemente el principio de *par condicio creditorum*. Embargar otros bienes le sitúa en una posición de preferencia o de ventaja respecto de otros acreedores, y la existencia de la hipoteca todavía le sitúa en una posición de ventaja, ya que por lo no cobrado con los demás bienes todavía puede agredir los bienes hipotecados, gozando aquí de una ventaja sustantiva (98).

En conclusión, pues, en el sistema de la LEC 2000, aunque no se haya recogido de modo expreso un orden de agresión en primer lugar contra los bienes hipotecados, el Secretario debe proceder en primer lugar contra ellos, ya que de otro modo se estaría amparando una situación de abuso procesal.

Cuando las cosas estaban inscritas a favor de un tercer poseedor, creo que todavía se pueden mantener los argumentos de GARCÍA GARCÍA (1991:1921) para la legislación anterior, cuando señalaba que pierde su fuerza el art. 1447.1 LEC y el acreedor puede optar por dirigirse contra los demás bienes del deudor o contra los bienes hipotecados, dando entrada al tercer poseedor. Esta posición, en mi opinión, puede mantenerse con la actual LEC y viene favorecida por

(97) Cuando se trataba de un hipotecante no deudor, el acreedor podría dirigir su demanda exclusivamente contra el deudor. Obviamente, no podía en el juicio ejecutivo ordinario pedir que se procediera contra los bienes hipotecados, pues para ello sería preciso que hubiera demandado ejecutivamente al hipotecante no deudor.

(98) Frente a lo que CÁMARA señalaba respecto del privilegio de cobro, creo que éste aunque se actúa en el proceso, implica una ventaja sustantiva.

la dicción de la Ley que no impone un orden en la persecución de bienes (99).

VIII.3.2. El embargo del bien hipotecado

El segundo problema que se plantea es si es preciso o no el embargo del bien hipotecado.

MANRESA (1891:499) señala que en primer lugar han de embargarse los bienes dados en prenda o hipoteca, y cita a MAURA, quien, al presentar la Ley Hipotecaria de Ultramar a las Cortes, indicó que una de sus ventajas era evitar los costes y dilaciones que llevaba consigo el embargo del bien hipotecado. Esta consideración del embargo del bien hipotecado está presente, también, en la discusión de la reforma de 1909.

Todas las sentencias y resoluciones que hemos visto de finales del siglo XIX y principios del XX contienen como supuesto de hecho el embargo del bien hipotecado.

CAMY (1975:705) también se refiere a las ventajas procesales de la anotación preventiva de embargo cuando se trata de una hipoteca.

GARCÍA GARCÍA (1991:1921) se muestra partidario del embargo de los bienes hipotecados, ya que el art. 127.6 LH alude claramente al embargo del bien hipotecado y el art. 1447.1 LEC está inserto en el embargo de los bienes, y cita las resoluciones de 16 de noviembre de 1933 y 13 de febrero de 1936 que admiten la procedencia de la anotación preventiva de embargo sobre los bienes hipotecados.

RIVERA (2004:31) entiende que no es necesario, aunque sea práctica habitual, el embargo del bien hipotecado.

RIVAS TORRALBA (2001:237) se muestra claramente favorable por sus indudables ventajas de orden práctico, al conseguir la coordinación entre la situación registral con la procesal desde el comienzo de la ejecución.

(99) Problema completamente distinto es qué ocurre si el acreedor persigue bienes del deudor y éste finalmente viene obligado a soportar la ejecución con ellos. La solución dependerá de cuál haya sido el negocio jurídico que se hubiera concertado entre deudor y tercer poseedor, al tener aplicación el art. 118 LH.

La cuestión fue objeto de debate (si bien haciendo referencia a problemas derivados de una anotación preventiva de embargo) por la RDGRN de 10 de diciembre de 1997 (100). Sustancialmente, los hechos son los siguientes: el acreedor 1 había obtenido una hipoteca 1 en garantía de su préstamo; el acreedor 2 había obtenido la hipoteca 2; hay anotaciones de embargo letras A y B; el acreedor 1 intenta el cobro de su crédito no por medio del procedimiento judicial sumario, sino por medio del juicio ejecutivo y obtiene embargo del bien hipotecado; de dicho embargo se toma anotación preventiva, letra C; en el mandamiento de embargo no se indica que éste se había decretado ejecutando el crédito 1 que había dado lugar a la hipoteca 1, y el acreedor 2 y los acreedores que obtuvieron las anotaciones de embargo A y B, fiados en la preferencia que les daba su inscripción o que la subasta derivada de la anotación C no podría perjudicar tanto a la hipoteca 2 como a las anotaciones A y B, no intervinieron en el procedimiento. Cuando llega la adjudicación derivada del procedimiento ejecutivo, y después de otorgada la escritura de venta (a favor, para mayor complejidad de un tercero cesionario del remate) se pretende la cancelación tanto de la hipoteca 1 como de la hipoteca 2 y de las anotaciones de embargo A y B, así como de la C y de otras posteriores; la Dirección General señala que es cierto que el acreedor 1 puede hacer valer simultáneamente la acción personal y la acción real derivada de la garantía hipotecaria, pero ante la posibilidad de que entre la hipoteca que se ejecuta y el embargo del bien hipotecado que es preciso realizar se hayan constituido derechos a favor de terceros, estos terceros (a diferencia de los que adquieren derechos después del embargo) deberán ser advertidos por el Juez de que se están ejecutando simultáneamente la acción personal y la hipotecaria; argumenta que el desconocimiento de que se está ejecutando el crédito garantizado con la hipoteca 1 llevaría a los postores a descontar el valor de los gravámenes preferentes, con perjuicio para el actor, para el deudor y para los titulares de cargas intermedias (que no cobrarían el exceso entre el precio del remate y el valor garantizado con la hipoteca cuyo crédito garantizado se está ejecutando) que se extinguirán

(100) En el mismo sentido, R. 26 de junio de 1999. El criterio de la resolución de 1997 se sigue por SAP Cantabria de 21 de enero de 2002, con cita expresa de la misma.

como consecuencia de la adjudicación; incluso señala como el no indicar que se está ejecutando el crédito garantizado con hipoteca 1 puede ser causa de innecesarias tercerías de mejor derecho por los acreedores que hayan obtenido anotación de embargo posterior, pero con crédito que puede ser preferente al del actor, si éste fuera solamente un crédito personal y no derivara su especial fuerza de la garantía hipotecaria.

RODRÍGUEZ LÓPEZ y TRIGO PORTELA (2006) entienden que la anotación preventiva de embargo debe relacionarse con la hipoteca que garantiza el crédito reclamado a través de una nota marginal, que surtirá, en opinión de estos autores, unos efectos semejantes a los de la expedición de la certificación de cargas del art. 688 LEC, enervando la buena fe de quienes accedan al Registro después de su extensión, y publicando los efectos de un procedimiento, que son distintos de los que produciría la ejecución directa.

Por el contrario, la doctrina procesalista, singularmente CARRERAS (1957:141), CACHÓN (1991:100) y MONTERO (2009:302), ha puesto de manifiesto las características comunes entre el embargo y la hipoteca hasta el punto de que CARRERAS califica la hipoteca como un embargo convencional anticipado.

Señala CACHÓN que son características comunes que ambas figuras comprenden en su estructura una afección de unos bienes a una ejecución y que concretan los bienes sobre los que una determinada actividad de apremio ha de versar si la misma llega a producirse. Pero el propio autor pone de manifiesto las diferencias: 1. el embargo ejecutivo se practica por un órgano jurisdiccional, mientras que la prenda y la hipoteca se constituyen por un acuerdo celebrado entre particulares; 2. la función esencial del embargo ejecutivo es individualizar los bienes sobre los que ha de recaer una actividad de apremio, y esta función también se da en la hipoteca, pero con carácter instrumental, ya que la función esencial es asegurar el cobro del crédito; 3. el embargo ejecutivo es un acto que forma parte de un proceso de ejecución pendiente, en tanto que la hipoteca surge extraprocesalmente, al margen del proceso de ejecución y se preordena a una ejecución futura y eventual.

No obstante (1991:101) "las analogías apuntadas permiten afirmar que los efectos que produce el embargo ya se consiguen con la prenda o la hipoteca. En consecuencia, resulta innecesario embargar los bienes hipotecados o pignorados. Una vez incoada la ejecu-

ción, esos bienes pueden ser sometidos a la actividad de apremio, sin necesidad de practicar sobre los mismos el apremio. Esta tesis resulta pacífica hoy en la doctrina procesal española, por lo que resulta superfluo insistir sobre el tema. Basta indicar, como dato fundamental el que la ley prescinde, sin más, del embargo cuando se trata de un proceso de ejecución que recae sólo sobre los bienes hipotecados o pignorados (art. 131 LH y arts. 84 y 92 LHM)."

MONTERO (2009:302), siguiendo esta línea que arranca de CARRERAS (1957:139), señala que en el proceso de ejecución común no será necesario proceder al embargo del bien hipotecado, por la consideración elemental de que el embargo nada añadiría a la hipoteca, salvo confusión, criticando las resoluciones de 10 de diciembre de 1997 y 26 de junio de 1999, y entendiendo que la buena doctrina se contiene en el auto de AP Madrid de 28 de abril de 1998 que entiende que "tratándose del bien especialmente hipotecado, no procede el embargo y consiguiente anotación preventiva en el Registro de la Propiedad".

El supuesto de hecho es el siguiente: el acreedor hipotecario ejercitó el juicio ejecutivo ordinario y pidió del Juez que solicitara del Registro el certificado de dominio y cargas, *a lo que el Juez se niega por no haber sido embargado*. El auto de la Audiencia, copiando literalmente a CHACÓN, señala que "tanto el embargo ejecutivo como la hipoteca comprenden en su estructura una afección de unos determinados bienes a una ejecución"; continúa señalando que "tanto el embargo ejecutivo como la hipoteca cumplen la función de concretar los bienes sobre los que una determinada actividad de apremio habría de versar, si la misma llega a producirse" y que "los efectos que produce el embargo ya se han conseguido con la hipoteca" y que "una vez incoada la ejecución, el bien hipotecado puede ser sometido a la actividad de apremio, sin necesidad de practicar sobre el mismo el embargo".

El auto AP de Valladolid de 5 de noviembre de 2007, que parte del mismo supuesto, entiende (siguiendo lo que denomina "numerosa doctrina") que en este supuesto es innecesario el embargo, "pues ante la existencia de la afección que la hipoteca publica *erga omnes*", no añade ninguna garantía más al embargo, ni su anotación preventiva, sino que al contrario, si se traba el embargo y del mandamiento de anotación no se desprende claramente que está ejecutando un crédito hipotecario podrían producirse importantes

disfunciones cuando se dicta el auto de adjudicación y se pretenden cancelar la hipoteca finalmente ejecutada y todas las cargas posteriores" (101).

En mi opinión, esta posición es errónea.

En primer lugar, porque la LH ha hablado y sigue hablando (102), pese a la reforma, del embargo del bien hipotecado en el procedimiento ordinario de ejecución, de forma que los argumentos aducidos por GARCÍA GARCÍA y a los que ya me he referido antes siguen incontestados.

En segundo lugar, por ignorar todos los antecedentes históricos que se muestran en las sentencias y resoluciones que hemos examinado ya que en todas ellos hay un embargo de los bienes hipotecados e ignora así mismo algunos de los argumentos que llevan al Gobierno a presentar en las Cortes el procedimiento judicial sumario: evitar los problemas que planteaba el embargo de los bienes hipotecados.

En tercer lugar, porque no se trata tanto de que se esté siguiendo casi literalmente la doctrina procesalista de la hipoteca (103), ya se hable de embargo condicional anticipado o de embargo anticipado, sino que no se acierta a distinguir con claridad entre la función de la hipoteca y el embargo. La hipoteca "sujeta" los bienes al cumplimiento de una obligación; podemos admitir la utilización del término "afección" (104), pero en todo caso debemos ligar esta afección a la

(101) Este auto, sin embargo, no incurre en la incorrección que ya he señalado del auto de 1998 de considerar que la "acción hipotecaria" solamente se ejercita por el procedimiento especial de ejecución directa de bienes hipotecados.

(102) En realidad, lo mismo ocurre después de la reforma de 2000 con la hipoteca naval, que mantiene el embargo del buque aun cuando se esté ejercitando la acción directa sobre el mismo, y, dado el art. 81 de la LHMyPSD, y dado que cabe acudir al procedimiento ordinario de ejecución, ¿cómo se actúa este procedimiento sobre bienes muebles si no es embargando y depositando los mismos?.

(103) CACHÓN (1991:100) es consciente de que englobar el embargo y la hipoteca en un género común denominado "embargo" es improcedente, porque en nuestro ordenamiento el embargo aparece configurado con una nota que no resulta aplicable con carácter general ni a la prenda ni a la hipoteca: el carácter *judicial* del embargo.

(104) Curiosamente, en el diccionario de la RAE el término afectar tiene una entrada jurídica, propiamente dicha, y "afectación" es el resulta-

obligación garantizada; lo más que podríamos decir es que hay una "afección potencial" a un proceso, pero esta afección potencial debe ser realizada efectivamente, y eso sólo lo hace el embargo (o, en su caso, lo excluye la legislación cuando se manifiesta la voluntad de actuar directamente contra el bien). El embargo, por el contrario, es el acto procesal por el que se individualiza el bien que ha de ser objeto de ejecución, de modo que el bien se afecta al proceso (105) y a las consecuencias del mismo, para llegar a la realización del bien y con su importe poder pagar al acreedor, pero el embargo jamás afecta el bien a una obligación, y en esto está concorde toda la doctrina al definir el embargo.

La hipoteca no es un embargo anticipado (106), es un derecho real de garantía. El embargo es un acto procesal que sujeta el bien al proceso individualizando aquellos bienes del deudor sobre los que se pretende realizar la actividad ejecutiva. Es más, según doctrina absolutamente tradicional, no puede llevarse a cabo actividad ejecutiva alguna sobre un bien sin que el mismo haya sido embargado. El embargo del bien hipotecado convierte aquella "afección potencial" en una afección real.

Estamos ya tan acostumbrados a que se acuda al procedimiento judicial sumario que parece que no se puede acudir al procedimiento ordinario. La Ley 1/2013 ha aumentado, sin embargo, esta posibilidad al exigir que el valor de tasación para subasta sea, al menos, el setenta y cinco por ciento del valor de tasación estimado por una sociedad de tasación. Cuando esta circunstancia no se dé, podrá inscribirse la escritura y la hipoteca existirá y habrá de acudir ne-

do de "afectar", en tanto que, todavía, no tiene entrada propia el término "afección" en el sentido que le estamos dando. No obstante, y dada la utilización general como sinónimos entre afectación y afección al proceso, seguiremos haciéndolo.

(105) La afección al proceso y no al crédito que se está ejecutando se muestra claramente en la tercería de mejor derecho; y esta tercería de mejor derecho puede darse incluso cuando en el procedimiento ordinario de ejecución se persiguen bienes hipotecados, porque la preferencia hipotecaria no es absoluta.

(106) Puede aceptarse la utilización de esta expresión (y de hecho yo la utilizo cuando trato de explicar en qué consiste la hipoteca al leer una escritura de préstamo hipotecario) con un carácter descriptivo general pero sin verdadera precisión conceptual.

cesariamente al procedimiento ordinario de ejecución, y en él, como hemos dicho ¿cómo se individualiza el bien objeto de agresión?, porque la LEC sigue diciendo que si el deudor no paga, se le embargarán bienes (y no excluye que los bienes estén hipotecados); y ahora ha desaparecido la obligación de proceder en primer lugar contra los bienes hipotecados; ¿por qué ha de seguirse la ejecución contra un bien si el mismo no ha sido objeto de “presa” judicial?; ¿cómo se valora si el bien no ha sido embargado?.

Queda, además, otro problema, y es que una cosa es que el embargo no sea necesario (cosa discutible) y otra que no sea posible, con lo que entramos en el segundo de los problemas.

VIII.3.3. La anotación preventiva de embargo

Cuando hay un tercer poseedor de la finca hipotecada que no ha sido demandado inicialmente y se procede al embargo del bien hipotecado se plantea si el embargo puede ser anotado preventivamente.

La cuestión fue resuelta por la RDGRN de 12 de noviembre de 1935. La resolución señala que considerando que si bien pudiera estimarse provisional y acaso inútil la anotación preventiva de embargo acordada en juicio ejecutivo en que se persiguen bienes hipotecados, dado que la finca aparece inscrita a favor de un tercero distinto de aquél contra quien se inició el procedimiento “cualquiera que sea el momento para la práctica del requerimiento, el debido respecto al primer inciso de la regla 1.^a del art. 103 (actual art. 140) del Reglamento Hipotecario obliga a la no admisión de la anotación referida en tanto no conste haber sido requeridas de pago las titulares según el Registro” (107).

El supuesto es, también, bastante complejo. El procedimiento se inicia por la administradora judicial de la herencia del acreedor hipotecario contra un deudor (casado en gananciales pero con su esposa fallecida al tiempo de iniciarse el procedimiento) y los bienes aparecían inscritos a favor de las hijas del deudor hipotecario, en virtud de liquidación de gananciales. El recurso afirmaba que los titulares, como hijos y herederos de su padre no tenían la consideración de terceros poseedores. El informe del Registrador señala que es im-

(107) En el mismo sentido se pronuncian SARMIENTO (1993:253) y RIVAS TORRALBA (2001:238).

procedente el embargo por no ser demandadas las actuales titulares del inmueble, aunque sólo sean terceras personas; continúa señalando que quien figura como titular en el Registro constituye una situación jurídica que le protege activa y pasivamente entre tanto no se modifique por un mandato judicial, en las relaciones derivadas del derecho de hipoteca; y podría decirse que el tercer poseedor era el propietario de la finca hipotecada en sus relaciones jurídicas con los derechos de hipoteca preexistentes sobre ella, y si el dueño es quien establece esas relaciones, entonces el mismo se convierte en tercer poseedor; que es potestativo requerir al tercer poseedor, pero sólo cuando se le requiere y no paga se sigue la ejecución contra él y el deudor, a menos que abandone la finca. El auto del Presidente de la Audiencia señala que se trata de terceros poseedores porque no son herederos del deudor, pero eso no impide que el acreedor pueda solicitar, en el procedimiento instado contra el deudor, el embargo de los bienes, como resulta del art. 127 párrafo cuarto de la Ley Hipotecaria; y la forma de llevar a cabo el embargo de bienes inmuebles es la anotación y ningún obstáculo debe haber a la misma (aunque señala que la anotación no es sino una reiteración del gravamen a que la finca está afecta); entiende que cuando la finca se encuentra en poder de tercer poseedor hay que requerirle de pago, pero ningún precepto obliga a que se haga esta diligencia como previa al embargo; la omisión del requerimiento al tercer poseedor podrá tener trascendencia dentro del procedimiento de apremio pero no para impedir el mero embargo de la finca hipotecada.

En el mismo sentido, la RDGRN de 3 de febrero de 1992, para la que (sigue su posición RIVAS TORRALBA, 2001:242) el requerimiento ha de hacerse como trámite previo para que el acreedor pueda dirigirse contra el bien hipotecado. Eso supone presumir que el acreedor ha de conocer la existencia del tercer poseedor. A ese extremo he de referirme más adelante con detenimiento.

Como vemos, el problema que se suscita es si el tercer poseedor debe ser requerido previamente de pago para que pueda anotarse el embargo del bien hipotecado (posición de la Dirección General) o si (posición del Presidente de la Audiencia en la resolución de 1935) el embargo puede acordarse y anotarse, sin perjuicio de que, después, deba ser requerido de pago a fin de darle entrada en el procedimiento (extremo éste que debería ser calificado *a posteriori* por el Registrador).

La dicción de la LH nos ayuda muy poco ya que el art. 126 LH comienza refiriéndose al supuesto de que “en juicio ejecutivo seguido conforme a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil se persiguieren bienes hipotecados”, y éstos hubiesen pasado a poder de un tercer poseedor; la clara relación entre el art. 126 LH y el art. 1447 LEC 1881 llevan a pensar que esa “persecución” de bienes es precisamente el embargo de los mismos, ya que el acreedor está obligado a perseguir dichos bienes en primer lugar; acto seguido, el artículo dice que si el tercer poseedor desampara los bienes, se consideran en poder del deudor para que el acreedor pueda dirigir contra los mismos el procedimiento ejecutivo; y el art. 127 dice que el acreedor podrá pedir que se despache mandamiento de ejecución contra todos los bienes hipotecados, estén o no en poder de uno o varios terceros poseedores, pero que si el tercer poseedor se opone, se entenderán siempre con el mismo y el deudor todas las diligencias relativas al embargo y venta de dichos bienes. La referencia de la resolución citada a lo que hoy es el art. 140 RH no parece del todo correcta, si se indica en el procedimiento que se está ejercitando la pretensión derivada del derecho real de hipoteca.

VIII.3.4. La salida del círculo vicioso

Parece, pues, que nos encontramos, de nuevo, en un círculo vicioso.

Como ya he señalado anteriormente, el art. 538.2.2.^a LEC no se pronuncia en términos imperativos, sino que indica que a instancia del acreedor sólo podrá despacharse ejecución contra el propietario actual de los bienes respecto de los que pretenda que se despache la ejecución. La expresión “podrá” no tiene carácter potestativo, sino limitativo: el Juez sólo puede despachar ejecución contra quien no sea el deudor en determinados supuestos, pero, y aquí depende de la voluntad del acreedor, siempre debe hacerlo a instancia de éste. Es evidente que el acreedor podrá pedir el despacho de la ejecución contra el deudor y el tercer poseedor (108); y desde este momento, sea cual sea su actitud procesal (oposición, allanamiento, desamparo o silencio, que en este caso le constituye en rebeldía) el tercer poseedor es parte procesal.

(108) Y, como he señalado, debe hacerlo si el tercer poseedor le ha dado conocimiento de la adquisición.

En caso de que no lo haga así el acreedor, es decir, en caso de que interponga la demanda ejecutiva exclusivamente contra el deudor hipotecante (que es el caso prototípico al que se refiere la ley) podrá no obstante perseguir los bienes hipotecados y solicitar que se despache mandamiento de ejecución contra esos bienes; el tercer poseedor podrá intervenir entonces en el procedimiento y sólo si se opone tiene la consideración de parte procesal.

Pero entonces el art. 127 LH da una vuelta cuando nos indica que se entenderán con él las diligencias relativas al embargo, y aquí surge la confusión, pues, conforme a lo anteriormente dicho parece que ha debido ser un acto previo.

Tendríamos una salida, aparente, de este círculo si entiendiéramos que el acreedor tiene necesidad de demandar al tercer poseedor que tuviera título inscrito. Y digo que es aparente porque en nuestro Derecho no existe un sistema de cierre registral de ningún tipo ante una pretensión como esta. El acreedor siempre estaría expuesto a la aparición de un nuevo tercer poseedor. Y siempre fue una finalidad de la legislación hipotecaria dar firmeza al crédito también en el aspecto procesal evitando que por transmisiones de bienes se viera el acreedor en la necesidad de ir persiguiendo a diferentes personas. Se suele recalcar que la función de oponibilidad (109) a tercero de la inscripción de la hipoteca tenía como función dar a conocer a los terceros la existencia de la misma; pero también preocupó, y mucho, a los redactores de la Ley, desde sus inicios, el facilitar la ejecución del crédito hipotecario, conocedores como eran de que las dificultades en la ejecución se traducían en incrementos de los intereses o sencillamente en la ausencia de préstamos; la inscripción de hipoteca permite oponer en un primer momento la misma a los terceros, pero al tiempo les avisa a estos terceros de que hay un crédito y que deben adoptar una cierta diligencia; el Decreto de 1869 a que nos referíamos marca la línea que inspira, en mi opinión, tanto la reforma de 1869 como la de 1909 (creadora del procedimiento judicial sumario).

Si nos fijamos, sin embargo, en todas las resoluciones y sentencias a las que hemos ido haciendo referencia respecto del juicio

(109) Es el Código Civil el que convierte la inscripción de la hipoteca en un requisito constitutivo de la hipoteca para que nazca el derecho real incluso inter partes.

ejecutivo ordinario, en ninguna de ellas (ni en la doctrina) se ha planteado jamás la necesidad de que el tercer poseedor hubiera de ser demandado.

Si la LEC 2000 ha supuesto en este aspecto un cambio radical de posición con respecto al supuesto de tercer poseedor resulta enormemente llamativo que no haya modificado el art. 127 LH para acomodarlo a la reforma, como sí ha hecho, sin embargo, con el art. 129 y el art. 131 LH.

La solución a este círculo vicioso puede proporcionárnosla, curiosamente, una figura diferente pero que se refiere a un supuesto en que un patrimonio en parte ajeno va a ser responsable de las deudas de una persona.

Me estoy refiriendo al supuesto del embargo de bienes gananciales por deudas contraídas por uno de los cónyuges, regulado actualmente en el art. 541 LEC.

El artículo contempla dos supuestos: aquél en el que los bienes gananciales responden de deudas "de carácter ganancial" y el de que se persigan bienes gananciales por deudas "propias" de uno de los cónyuges (arts. 1373 y 1374 CC).

En el primero de los supuestos establece el art. 541.2 LEC que "la demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor, pero el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución a fin de que, dentro del plazo ordinario, pueda oponerse a la ejecución. La oposición a la ejecución podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al ejecutado y, además, en que los bienes gananciales no deben responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución."

El art. 144.1 RH, por su parte, nos señala que "para que durante la vigencia de la sociedad conyugal sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes inscritos conforme a lo previsto en los apartados 1 o 4 del artículo 93 o en el apartado 1 del artículo 94, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra los dos cónyuges o que estando demandado uno de los cónyuges, ha sido notificado al otro el embargo" (110).

(110) Para el caso de bienes adquiridos por extranjeros, el número 6 del mismo artículo, siguiendo el criterio de la RDGRN de 21 de enero de 2011 señala que "cuando se trate de bienes inscritos conforme al artículo

En el caso que nosotros estamos analizando, el de la anotación preventiva de embargo de un bien hipotecado que ha pasado a un tercer poseedor, se trata de hacer seguir adelante la ejecución contra el bien hipotecado y lo que se plantea es, por un lado, si puede realizarse la anotación preventiva del embargo y, por otro, que tipo de defensa tiene el tercer poseedor.

En el caso de la anotación preventiva de embargo de bienes gananciales, se trata de seguir adelante la ejecución contra un patrimonio que si bien no es ajeno al deudor ejecutado tampoco es enteramente propio, sino que los bienes tienen un carácter peculiar o pertenecen a ambos cónyuges en una comunidad especial.

Pero el problema es, sustancialmente, el mismo: qué tipo de intervención (cuándo y cómo) ha de tener el titular de un bien sobre el que se pretende continuar la ejecución que ha sido despachada contra un tercero.

En este caso, la LEC parte de que el bien ganancial puede ser embargado (111). Como señala SABATER MARTÍN (2000:2608), aunque había una tendencia (STS 25 de junio de 1994 y 15 de febrero de 1999) a considerar que existía una situación de litisconsorcio pasivo necesario en cualquier proceso de declaración del cual podría seguir la responsabilidad de los bienes gananciales, la LEC opta claramente por la solución contraria y señala que se puede proceder al embargo de bienes gananciales sin haber demandado en el proceso de declaración a ambos cónyuges. En el ámbito ejecutivo, ordena la LEC que este embargo (que como vemos es un acto previo derivado del despacho del mandamiento de ejecución) ha de ser notificado al cónyuge cotitular del patrimonio ganancial y nos señala específicamente la forma de hacerle la notificación a la que se refiere el RH: dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución, a fin de que el cónyuge del demandado pueda comparecer en el proceso y defenderse. Del art. 541.4 resulta que el cónyuge del

92 de este Reglamento, a favor de adquirente o adquirentes casados sometidos a legislación extranjera, con sujeción a su régimen matrimonial, se haya o no indicado dicho régimen, el embargo será anotable sobre el bien o participación indivisa del mismo inscrita en tal modo, siempre que conste que la demanda o el apremio han sido dirigidos contra los dos cónyuges, o que estando demandado o apremiado uno de los cónyuges ha sido notificado al otro el embargo”

(111) Y recordemos que el embargo de bien ajeno es válido.

deudor ejecutado puede oponerse; si no se opone, es que tolera la ejecución. La oposición puede llevarse a cabo utilizando no sólo los mismos medios de defensa que hubiera podido utilizar el deudor ejecutado (siempre responsable con su patrimonio privativo) sino una causa de oposición especial: la de que por tratarse de las deudas privativas de que habla el art. 1373 CC los bienes gananciales no responden ni siquiera subsidiariamente, sino que el acreedor ha de limitarse a sustituir el embargo del bien ganancial por el embargo de los bienes que en la liquidación de los gananciales se adjudiquen al cónyuge deudor.

Pese a que el embargo es anterior a cualquier forma de publicidad del mismo, y está correctamente trabado, el RH (no modificado con posterioridad a la LEC en este punto) se pronuncia por impedir el acceso del embargo al Registro y la publicidad de la traba en tanto no se acredite que el embargo ha sido notificado al cónyuge del deudor, indicando específicamente en qué consiste esta notificación.

En mi opinión, era más coherente con la dicción de la Ley Hipotecaria la versión del auto del Presidente de la Audiencia (112) que da lugar a la resolución de 1935, siempre que, y esto no parece resultar de los antecedentes de hecho de la resolución, que se indique en el mandamiento que se está ejecutando un crédito garantizado hipotecariamente con la finca sobre la que se solicita la anotación preventiva (113) que provoca que a partir del momento de la práctica de la anotación preventiva de embargo cuando el acreedor y el órgano judicial tendrán conocimiento de la existencia de un tercer poseedor y, por tanto, debe en este momento realizarse al tercer poseedor un requerimiento de pago (extremo que ha de hacerse constar siempre para que el Registrador pueda practicar la inscripción ulterior) para poder seguir adelante con la actividad ejecutiva.

(112) Nótese, por otro lado, que esta solución es la que mejor se acomoda a los antecedentes constituidos por las sentencias y resoluciones anteriores a las que nos hemos ido refiriendo que exigen que el “requerimiento de pago” tenga lugar en el procedimiento, y antes de que éste termine, pero no exigen en ningún momento que se hagan antes de la anotación preventiva de embargo.

(113) Curiosamente, de aceptarse la visión procesalista de la hipoteca, resultaría que esta solución debía ser la que debía acogerse. El embargo podría ser un acto jurídico “redundante”, pero no por ello inválido, pero la anotación preventiva sí que debía ser su consecuencia natural.

Sin embargo, la solución brindada por la LEC al embargo de bien ganancial debe inclinarnos hoy por otra solución, resultante de la combinación de las disposiciones de la LEC y de la LH.

El acreedor no está obligado a interponer la demanda ejecutiva contra el tercer poseedor, ya que la LEC ha venido a disipar la polémica que se planteaba sobre si existía un litisconsorcio pasivo necesario de los cónyuges para que se pudieran perseguir bienes gananciales, de forma que si este litisconsorcio no se daba, el supuesto debía ser tratado como de "deuda propia" de uno de los cónyuges.

El acreedor puede embargar el bien ya hipotecado, por razones que no tienen que ver, pero que he expuesto ya, con la ganancialidad del bien.

Pero el Registrador debe denegar la práctica de la anotación preventiva de embargo (114); el acreedor y el Secretario conocerán en tal momento la existencia del tercer poseedor y podrá serle hecho el "requerimiento de pago" del que habla la LH.

Este "requerimiento de pago" debe darle al tercer poseedor la posibilidad de formular oposición, y, por tanto, no es un mero requerimiento sino un traslado de la demanda ejecutiva, en los mismos términos que para el deudor. Esta solución a la naturaleza del requerimiento de pago, que era clásica en la doctrina (115), debe complementarse hoy con el traslado del auto despachando ejecución. El supuesto se incardina, por tanto, en el art. 538.3 LEC que establece que "también podrán utilizar los medios de defensa que la ley concede al ejecutado aquellas personas frente a las que no se haya despachado la ejecución, pero a cuyos bienes haya dispuesto el tribunal que ésta se extienda por entender que, pese a no pertenecer dichos bienes al ejecutado, están afectos los mismos al cumplimiento de la obligación por la que se proceda", con la diferencia de que mientras en el art. 538.3 no hay propiamente parte procesal (116), nuestro tercer poseedor puede convertirse en parte procesal.

(114) Recordemos que la anotación no tiene aquí la función de impedir que surja un tercero protegido por la fe pública registral (pues estamos ante el embargo que se dicta en un procedimiento de ejecución de un crédito garantizado con hipoteca), sino un nuevo tercer poseedor que debe, de alguna manera, ser traído de nuevo al procedimiento.

(115) En este sentido, GARCÍA GARCÍA (1991:1920), CLEMENTE MEORO (1992:11312) y Díez GARCÍA (1998:40).

(116) Así, específicamente, FERNÁNDEZ BALLESTEROS, (2000:II:2599) quien

En efecto, es ahora cuando el tercer poseedor puede pagar, oponerse, en cuyo momento adquiere la condición de parte, o “desamparar” los bienes.

Si paga, se producirá el sobreseimiento del procedimiento respecto del bien ejecutado. La cantidad que el tercer poseedor tendrá los límites de las cifras de garantía hipotecaria (arts. 114 y 146LH). Sólo deberá abonar las costas derivadas del requerimiento.

Ahora bien, el pago al acreedor supondría, en principio, que el tercer poseedor se subroga en el crédito del acreedor. Así resulta de los arts. 659.3 LEC y 1210.3.º CC. El art. 659.3 LEC señala que todos los titulares de derechos posteriores al gravamen que se ejecuta quedan subrogados en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho y, además, es evidente que el tercer poseedor es un interesado en el cumplimiento de la obligación, por cuanto impide que la ejecución se lleve a cabo sobre un bien de su propiedad.

Ahora bien, que se produzca efectivamente esa subrogación en el crédito va a depender de la forma en que el tercer poseedor haya adquirido la finca, dados los términos del art. 118 LH. Aunque no es éste el lugar para realizar un examen de este controvertido artículo, parece claro que si el comprador se subrogó en la obligación garantizada con hipoteca (117), retuvo el importe de lo garantizado para hacer pago al acreedor o descontó el importe de la hipoteca del precio no se puede producir la subrogación en el crédito contra el deudor inicial; el tercer poseedor habría pagado menos efectivo y no puede dirigirse por lo pagado contra el deudor que le vendió. Sólo en el caso de que pese a conocer la existencia de la hipoteca el comprador no haya descontado ni retenido lo debido, fiado quizás

diferencia entre el art. 538.2.3 que constituye al tercero propietario en parte, pero restringe la ejecución al bien o bienes afectos, y el art. 538.3, que no convierte al tercero propietario en parte, pero le concede la facultad de utilizar los medios de defensa que le corresponden a quien es parte.

(117) Subrogación no aceptada por el acreedor, pues en tal caso se hubiera producido la liberación del primitivo deudor y no estaríamos en el caso del tercer poseedor.

por la manifestación del vendedor (118) de que satisfará el crédito garantizado con hipoteca, se puede producir esa subrogación.

Si se produce la subrogación en el crédito satisfecho, parece claro que eso no supone la transmisión del derecho real de hipoteca (pese a que es un derecho accesorio del crédito) pues en nuestro sistema no cabe una hipoteca sobre cosa propia. El derecho real de hipoteca se extingue, mejorando así la posición de los titulares de derechos reales de hipoteca que puedan existir entre la que garantiza el crédito que se está ejecutando y la inscripción del tercer poseedor o mejora la posición del crédito que haya obtenido en el ínterin una anotación preventiva de embargo (119).

Si se opone se convierte en verdadera parte procesal (debe comparecer, por tanto, adecuadamente representado en el procedimiento) y puede alegar tanto las excepciones que hubiera podido alegar el deudor principal como las que le sean meramente personales, obviamente siempre que su alegación quepa en el procedimiento ejecutivo. Ahora bien, convertirse en parte procesal significa (art. 126 LH) que responde, incluso con sus bienes propios, "de los intereses devengados desde el requerimiento y de las costas judiciales a que por su morosidad diere lugar".

Debemos destacar que, por el mero transcurso de los plazos, es perfectamente posible que se haya dictado el auto ordenando que se siga la ejecución contra el deudor (aunque el mismo haya comparecido y haya alegado lo que a su derecho convenga) y, posteriormente, deba resolverse sobre las alegaciones presentadas por

(118) Un supuesto parecido se produce en la práctica cuando se aporta un bien hipotecado a una sociedad y se valora el bien por su valor de mercado, sin que se descuente el importe garantizado o debido ni la sociedad asuma la obligación garantizada con hipoteca.

(119) No voy a estudiar, porque no es la finalidad del trabajo, y ahora sólo interesa apuntarlo, si existe obligación de solicitar la cancelación de la hipoteca y, en su caso, de la nota de expedición de la certificación de dominio y cargas, o el tercer poseedor puede dejar esta situación permanentemente en el aire, en claro perjuicio de esos acreedores hipotecarios o embargantes posteriores y como medio de evitar la práctica de embargos ulteriores. El problema que se plantea es si, por muy dispositivo que sea el procedimiento, el Secretario puede permitir que el Registro no refleje la realidad de la extinción de la hipoteca, pues esto va en claro perjuicio de otros terceros, reales o futuros, o la solución habrá de encontrarse en la vía del fraude procesal.

el tercer poseedor de la finca hipotecada, una vez conocida su existencia y requerido de pago.

Esto hace perfectamente posible que surjan resoluciones judiciales contradictorias. Hay que recordar que uno de los fundamentos del litisconsorcio pasivo necesario (120), cuyo origen jurisprudencial se encuentra en la STS de 27 de junio de 1944, era (STS de 8 de marzo de 2006) "evitar, de una parte, que puedan resultar afectados directamente por una resolución judicial quienes no fueron oídos en juicio, y, de otra, a impedir la posibilidad de sentencias contradictorias". Exige, por tanto, continúa la sentencia, que estén en el pleito todos a los que interesa la relación jurídica material controvertida, por lo que tal figura sólo puede entrar en juego y producir sus efectos con respecto a aquellas personas que hubieran tenido intervención en la relación contractual o jurídica objeto del litigio, pues solo los interesados en ella pueden ser estimados como litisconsortes pasivos necesarios ya que quienes no fueron parte en el contrato controvertido, carecen de interés legítimo sobre su cumplimiento o incumplimiento y, por tanto, no existe razón alguna para que sean llamados al juicio.

La LEC ha acogido la doctrina italiana (asumida también mayoritariamente por la doctrina procesal española) de que el fundamento del litisconsorcio pasivo necesario se encuentra en la evitación de sentencias inútiles por ser preciso que la relación que se deduce en el proceso sólo puede ser declarada si se trae al mismo, simultáneamente, a varias personas. Así el art. 12.2 LEC (121) establece "cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa".

Que no existiera litisconsorcio pasivo necesario en las obligaciones solidarias es algo en lo que se encontraba conforme toda la doctrina y la jurisprudencia, ante los llamados derecho de elección y *ius variandi* que concede el art. 1144 CC al acreedor. El problema se encontraba en la dicción del art. 1252 CC y la posibilidad de ex-

(120) Para un examen completo de la doctrina tradicional, y de sus excepciones, OCAÑA RODRÍGUEZ (1997:124 y ss.).

(121) Recordemos que se deroga el art. 1252 CC relativo a la extensión de la cosa juzgada que al hablar de la solidaridad de las obligaciones.

tensión de efectos de la cosa juzgada. Hoy la LEC se pronuncia con absoluta claridad: la sentencia lograda contra un deudor solidario no vincula al otro codeudor, de forma que es perfectamente posible (aunque eso no quiere decir que sea deseable) que surjan resoluciones judiciales contradictorias. Del mismo modo, SABATER MARTÍN (2000:II:2610) destaca como en el caso de embargo de bienes gananciales los medios de defensa que puede utilizar el cónyuge del deudor sólo se pueden utilizar en pro de la sociedad de gananciales, lo que significa que no puede impugnar los actos de ejecución que recaigan sobre bienes privativos del cónyuge deudor ni su defensa surte efecto respecto de estos bienes.

No tiene, pues, nada de extraño que en un caso como el que estamos contemplando puedan surgir, por tanto, esas resoluciones contradictorias: pensemos en el supuesto de que el tercer poseedor puede probar pago o prescripción y se dicte resolución judicial declarando que el procedimiento de apremio no puede surtir efectos contra él, pero esté firme la resolución que manda seguir adelante la ejecución contra el deudor principal, persiguiendo ahora bienes propios exclusivamente del mismo, y sin que éste pueda beneficiarse (en principio, pues siempre puede entenderse que hay mala fe procesal) de la declaración conseguida por el tercer poseedor.

El desamparo (122) es una manifestación formal ante el Secretario (no parece que para esta comparecencia sea precisa la representación procesal) y no supone nunca una renuncia a la propiedad por parte del tercer poseedor, sino un abandono de la defensa en manos del deudor. El tercer poseedor viene así obligado a pasar por

(122) Al desamparo se refieren las resoluciones de la DGRN de 27 de abril de 1921 (señala la resolución que “el acto de desamparar es, a la par que un medio liberatorio de las responsabilidades, especialmente procesales, que para el tercero nacen de la tenencia de la cosa, un verdadero abandono de la situación jurídica que al dueño corresponde para defender la propiedad en el juicio ejecutivo, y requiere, por lo tanto, dada su naturaleza unilateral y en cierto modo abstracta, una declaración formalmente hecha al Juez competente para que reputando la finca en poder del deudor provea a la custodia, administración, enajenación y liquidación cuando proceda”) y 29 de septiembre de 1924 (para la que “por ser la hipoteca, según el concepto y espíritu de la Ley Hipotecaria, un derecho real que sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone al cumplimiento de la obligación, para cuya seguridad fue constituida, puede hacerse efectivo

la resolución judicial que se dicte y soportar el procedimiento de apremio sobre un bien de su patrimonio, sin poder intervenir en el procedimiento. Ahora bien, nada en la LEC ni en la LH atribuye al desamparo un carácter irrevocable. En el viejo sistema de la LEC, el desamparo suponía que la escritura de venta se otorgara por el deudor (123) o por el Juez en nombre de este último en caso de rebeldía; pero parece que nada debe impedir al tercer poseedor comparecer ulteriormente en el procedimiento a fin de intervenir en el avalúo de los bienes hipotecados y que pueda incluso comparecer para poder realizar la mejora de la subasta.

Como mostraba con toda claridad el sistema de la LH (de hecho, dada la falta de adaptación a la supresión de la escritura de venta, sigue mostrando) el bien hace tránsito al adjudicatario desde el patrimonio del tercer poseedor que ha formulado el desamparo. La consecuencia lógica de esto es que si hubiera sobrante éste no se entregaría en ningún caso al deudor, sino al tercer poseedor, tal como resulta explícitamente del art. 223 RH.

Un caso no regulado por la LH, y que ha suscitado numerosas dudas doctrinales, es qué ocurre si el tercer poseedor, ni paga, ni se opone, ni desampara. La DGRN ha señalado (R de 27 de abril de 1921, 11 de diciembre de 1937 y 3 de febrero de 1992) que el tercer poseedor se reserva todas las facultades y acepta las responsabilidades propias del titular de los bienes, "asumiendo la función de parte procesal". Esta es también la posición de la doctrina más reciente (DÍEZ GARCÍA, RIVAS TORRALBA).

En la actualidad, y dada la redacción de la LEC sobre quienes tienen la consideración de parte procesal, se hace difícil entender que quien no ha sido demandado ejecutivamente y no tiene una

por vía ejecutiva contra cualquier poseedor o propietario, colocándole en la alternativa de pagar o dejar que la acción del acreedor se desenvuelva libre de obstáculos sobre las fincas hipotecadas y sin transformar la relación jurídica entre el acreedor y el tercer poseedor en un crédito personal contra éste, le somete al deber de sufrir la ejecución forzosa, caso de impago").

(123) Como señala la RDGRN de 29 de septiembre de 1924 el deudor se convierte así en un representante legal del tercero y está autorizado para vender en nombre de él.

intervención posterior amparada por la Ley tenga la consideración de verdadera parte procesal. Podrá intervenir en cualquier momento en el procedimiento, pero al no haberse opuesto no habrá podido formular alegaciones y el procedimiento sigue su curso haciéndose efectivo sobre el bien hipotecado. Si en la posición del tercer poseedor que ha formulado desamparo es más difícil admitir que pueda participar ulteriormente, no hay inconveniente en admitirlo en quien no ha formulado renuncia alguna a su intervención, y, desde luego, le pertenece el sobrante.

VIII.4. El tercer poseedor que resulta de la certificación de cargas y gravámenes

Aunque he defendido la necesidad (y no mera conveniencia) del embargo de bienes hipotecados, en cuanto que, siguiéndose el procedimiento ordinario, el embargo es el acto procesal que individualiza y justifica la agresión patrimonial contra el bien hipotecado, es perfectamente posible (y, según no poca doctrina, es lo adecuado) que el bien no sea objeto de embargo.

Si el procedimiento ejecutivo sigue su curso y se persigue el bien hipotecado, habrá de solicitarse la certificación de dominio y cargas.

De ella puede resultar la existencia de un tercer poseedor, al que, tal y como exige la LH, habrá de requerírsele de pago en este momento. Tal requerimiento de pago lo es en los términos amplios que se han indicado anteriormente: no es un mero requerimiento, sino que debe incluir el traslado de la demanda ejecutiva y del auto ordenando el despacho de la ejecución. Su posición procesal, es, por tanto, la misma que he indicado respecto del tercer poseedor cuya existencia resulta de la petición de la anotación preventiva de embargo: pago, oposición, desamparo o silencio.

Lo que sí interesa destacar, precisamente porque constituye la diferencia fundamental entre la hipoteca y el embargo y su anotación preventiva es la diferencia entre los dos supuestos de tercer poseedor: el de bienes hipotecados y el de bienes embargados.

En el procedimiento ordinario por créditos no garantizados hipotecariamente tan pronto resulte de la certificación registral que la finca embargada consta inscrita a favor de un tercero contra quien no se ha dirigido el procedimiento el Secretario debe proceder a sobreseer el procedimiento respecto de ese bien (art. 38 LH).

Cuando se trata del procedimiento ejecutivo ordinario y resulta de la certificación de dominio y cargas la existencia del tercer poseedor, el art. 38 LH nos remite directamente al viejo art. 134 LH, que solamente permitía al tercer poseedor intervenir voluntariamente, sin paralizar el curso del procedimiento, y como subrogado en lugar del deudor.

Como ya he señalado anteriormente, parecería que su intervención es, pues, muchísimo más limitada, ya que si han precluido para el deudor los plazos para oponerse, esta preclusión parece afectar al tercer poseedor, contra lo dispuesto específicamente en los arts. 126 y 127 LH.

La conclusión, por tanto, de conformidad con lo que sigue disponiendo la LH, debe ser la que hemos señalado antes: se abre para el tercer poseedor la posibilidad de intervenir en el procedimiento, debiéndosele realizar una verdadera intimación para ello, pues el "requerimiento de pago" no consiste en otra cosa.

VIII.5. El tercer poseedor posterior a la certificación de dominio y cargas

Al tercer poseedor que inscriba su título con posterioridad a la expedición de la certificación de dominio y cargas no se le hará ninguna notificación, pues esta función le corresponde ya a la nota marginal que habrá de poner el Registrador de que se ha expedido la certificación.

Se ha discutido qué ocurre si el Registrador no ha hecho practicado la nota marginal.

Si bien cuando se trata de la ejecución de créditos ordinarios la existencia de la anotación preventiva de embargo cubre suficientemente el supuesto, en el caso que estamos tratando, si no ha habido anotación preventiva de embargo (124), creo que la posición correcta es la defendida por RIVAS TORRALBA (2001:170, nota 61): su

(124) Si la ha habido, creo que la función de la nota de expedición de certificación de dominio y cargas ha sido cumplida suficientemente por la anotación preventiva, siempre que (y la ausencia de esta circunstancia es lo que ha provocado problemas) conste en la anotación preventiva que el embargo se ha dictado en un procedimiento en que se está ejecutando un crédito garantizado hipotecariamente.

falta implica que si hay otros asientos posteriores a la expedición de la certificación, estos titulares no van a entenderse notificados o no pueden tomar conocimiento de que el procedimiento de ejecución del crédito garantizado hipotecariamente se encuentra en marcha. Esto no sólo va a poder impedir la cancelación de estos asientos posteriores, sino que si se trata de un tercer poseedor impedirá la práctica de la inscripción de la adjudicación.

IX. LA POSICIÓN PROCESAL DEL TERCER POSEEDOR DE FINCA HIPOTECADA EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DIRECTA DE LOS BIENES HIPOTECADOS

Como he señalado, el procedimiento de ejecución directa de los bienes hipotecados es el resultado del intento de la Ley de Enjuiciamiento Civil de unificar los distintos procedimientos que, inspirados en el procedimiento judicial sumario, se contenían, dispersos, tanto en la Ley Hipotecaria como en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y la extensión parcial del sistema a la hipoteca naval (regulada por Ley anterior a la creación del procedimiento judicial sumario y que continúa subsistente en parte, dado que la Disposición derogatoria de la LEC deroga exclusivamente los arts. 41 y 42 de la Ley de Hipoteca Naval de 1893).

Uno de los problemas centrales que plantea la regulación actual es, en mi opinión, la posición procesal del tercer poseedor que ha inscrito su título de adquisición antes del comienzo del procedimiento de ejecución.

Y digo la regulación actual porque, como veremos, este problema no se ha planteado hasta después de la reforma, lo cual, en mi opinión, es también indicativo de cuál debe ser la solución, dada la finalidad declarada de la Ley.

El conflicto deriva, como ha señalado MONTERO, de la relativa contradicción que existe entre el art. 685.1 LEC y el art. 132 LH (modificado por la LEC).

El art. 685.1 LEC establece que "la demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, *siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes*".

El art. 132 LH establece que “la calificación del registrador se extenderá a los extremos siguientes: 1.º Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento. 2.º Que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación”.

La contradicción resulta aquí de que en un artículo se exige un plus al tercer poseedor (acreditar la adquisición) mientras que en el otro basta con que el tercer poseedor tenga inscriba su adquisición.

Pero, en mi opinión, no es sólo ésta la única contradicción existente: el propio art. 132 LH es contradictorio internamente.

Si, por definición, el tercer poseedor es siempre un adquirente posterior a la inscripción de la hipoteca, resulta que, interpretado literalmente el art. 132 LH, el tercer poseedor se encuentra, al mismo tiempo, contemplado por los dos párrafos del mismo artículo, y en diferentes posiciones, pues en uno habrá de ser demandado y requerido de pago, mientras que en el otro habrá de ser notificado de la existencia del procedimiento.

Podrá decirse que si está incluido en el párrafo 1 ya no será necesaria la notificación posterior del procedimiento, pero eso no niega la existencia de contradicción, o, más exactamente, de reiteración. Pero cualquiera que sea la solución que demos al problema ello no es obstáculo para destacar que la redacción del art. 132 LH es confusa, y, como veremos, de imposible cumplimiento en los términos literales.

IX.1. Los antecedentes históricos

Creo que en pocos problemas como en este son de tanta trascendencia los antecedentes históricos, y ello porque la posición de la Dirección General sobre el problema antes indicado supone una variación radical de la postura que se había venido manteniendo pacíficamente por la doctrina, la jurisprudencia, la propia doctrina de la DGRN y la práctica judicial.

El denominado procedimiento judicial sumario (125) se introduce por la Ley de 21 de abril de 1909, que pasa a integrarse en la ley hipotecaria por la ley de 16 de diciembre de 1909.

Una cuestión que ha motivado posiciones discrepantes en la doctrina es cuál es el antecedente, si lo hay, de este procedimiento. MONTERO señala que su antecedente histórico inmediato se encuentra en la Ley Hipotecaria de Ultramar de 1893, como se señaló en el proceso de discusión legislativo. DÍAZ FRAILE, sin embargo, reconociendo este antecedente, no deja de señalar que también considera que el procedimiento se inspira en la Ley de creación del Banco Hipotecario de 1872.

Creo que el examen, siquiera sumario, de este tema es importante para el tema que nos ocupa, precisamente porque la posición del tercer poseedor es absolutamente diferente en la ley de 1872 y en la de 1893.

Sin perjuicio de señalar que en todo el trámite parlamentario de la Ley de 1909 se habla continuamente del ejemplo de la Ley Hipotecaria para las provincias de Ultramar, lo que, en principio, debiera inclinarnos por la tesis de MONTERO, el examen de las dos leyes nos muestra alguna sorpresa.

La Ley de 1872 sigue sustancialmente el esquema del Decreto de 5 de febrero de 1869 y regula (art. 33) un requerimiento de pago del Banco al deudor; si éste no pagara en dos días, el acreedor podría pedir al Juez el secuestro y la posesión interina de la finca, y, si el pago no se realizara en quince días contados desde la presentación de la demanda, se ordenaría la entrega de la finca al acreedor, anotando preventivamente la providencia en el Registro de la Propiedad. El art. 34 señala que, previo siempre el requerimiento de pago el Banco podía pedir que se sacara la finca a subasta; llamativamente, la subasta se haría "ante uno de los escribanos del Juzgado o del pueblo cabeza de partido en que radique la finca, en la forma en que se celebran las subastas voluntarias"; en cuanto al

(125) La doctrina ha criticado la terminología al uso, pero suele olvidarse que la ley de 21 de abril de 1909, creadora del mismo, señalaba en su artículo 1 que "la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio al *procedimiento judicial sumario* que se establece en el art. 3º de esta ley, sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio de las partes".

valor de tasación se tomaría el que las partes hubieran pactado al constituir la hipoteca o el resultante de una tasación pericial. El art. 35 (copiando el art. 127 LH 1869) establece que ni el secuestro ni la subasta se suspenderán “por demanda que no se funde en algún título anteriormente inscrito, ni por la muerte del deudor, ni por la declaración de quiebra o concurso del mismo o del dueño de la finca hipotecada”; pero el artículo añade que del precio se pagaría al Banco y el sobrante quedaría a disposición del Juzgado para que lo distribuyera con arreglo a derecho, y este pago al Banco se entendería “sin perjuicio de la acción que pueda corresponder al deudor o al tercero perjudicado, si lo hubiese, la cual podrá ejercitarse en el juicio correspondiente”.

Finalmente, el art. 36 señala que “cuando la finca hipotecada cambie de dueño, quedará de derecho subrogado el adquirente en todas las obligaciones que por razón de ella hubiese contraído su causante con el Banco (126). El adquirente dará conocimiento al Banco de su adquisición dentro de los quince días al en que se consume, y si no lo hiciere, le perjudicarán los procedimientos que aquél dirija contra su causante para el cobro de sus créditos” (127).

La regulación de la Ley Hipotecaria de Ultramar es muchísimo más concisa. Su art. 127 impone la necesidad de tasar el bien para que sirva de tipo en la subasta. La reclamación (art. 128) se hace mediante escrito dirigido al Juzgado, acompañado de primera copia de la escritura y de certificación del Registro de la Propiedad que

(126) AMORÓS (1991:42) interpreta el art. 13 del RD de 4 de agosto de 1928, que aprueba los Estatutos del Banco de España, con la misma redacción que la Ley de 1872, como un supuesto de subrogación automática por el adquirente en las obligaciones del vendedor-deudor, con un consentimiento anticipado del Banco a dicha asunción.

(127) REY PORTOLÉS (1995:382) señala que el legislador de 1872 ordena a los adquirentes de fincas hipotecadas a favor del Banco Hipotecario de España que sean ellos los que den a conocer a la Entidad acreedora su adquisición, a fin de gozar del derecho a ser requeridos de pago que entonces concedía a los terceros poseedores el art. 127 de la LH de 1869. Si incumplían dicha comunicación, esos terceros poseedores verían caducado su derecho al requerimiento y subsiguiente intervención y les perjudicarían los procedimientos que se dirigieran contra el deudor hipotecario como si se hubieran dirigido contra él. La notificación es, pues, una carga para el tercer poseedor, sin que sea suficiente la inscripción en el Registro de la Propiedad.

declare no constar en sus libros el pago a la terminación del plazo; se requiere de pago al deudor judicialmente y se saca la finca a subasta. El art. 129 señala que "si antes de que el acreedor haga efectivo su derecho sobre la finca hipotecada, pasare ésta a manos de un tercer poseedor, se entenderán directamente con éste todas las diligencias prevenidas en el artículo anterior, como subrogado en la personalidad del deudor". El art. 132 define quien es el tercer poseedor en idénticos términos a los de la LH de 1869 y el art. 133 reitera que "no se suspenderá en ningún caso el procedimiento ejecutivo por las reclamaciones de un tercero, si no estuvieren fundadas en un título anteriormente inscrito, ni por la muerte del deudor o del tercer poseedor, ni por la declaración de quiebra, ni por el concurso de acreedores de cualquiera de ellos.

El examen comparado de las dos leyes, en relación con el texto de 1909 (que, sustancialmente, es el que pasa a la LH 1944) nos muestra un diferente sistema de ejercicio de la pretensión de cobro.

En la ley de 1872 hay un requerimiento previo al deudor, la posibilidad de pedir la posesión interina de la finca, una subasta por el precio de tasación fijado en la escritura o, en ausencia de este pacto, una tasación pericial, y una subasta celebrada por los trámites de las subastas voluntarias. Finalmente, la ley de 1872 contiene una remisión a un declarativo ulterior, que no se contiene en la ley de 1893.

En cuanto al tercer poseedor, o ha dado conocimiento de su adquisición al acreedor, o sea cual sea su posición, va a ser ignorado completamente en el procedimiento.

La regulación de la Ley de Ultramar es claramente una pretensión "hipotecaria" pura, ya que la demanda ha de presentarse contra quien aparezca como titular en la certificación registral que ha de acompañarse, sin que, en caso de que exista tercer poseedor tenga que ser demandado el deudor; los requerimientos son judiciales, y necesariamente ha de incluirse en la escritura de hipoteca el precio en que se tasa el bien.

Debo, pues, resaltar ahora una diferencia básica: en la Ley de 1872 la notificación que debe hacer el tercer poseedor es una carga, en la LH de Ultramar, la demanda se dirige contra quien sea propietario de la finca. Pero si se produce la notificación de la Ley de 1872 nos encontramos con que en ambos hay una subrogación en la posición del deudor y éste desaparece del procedimiento.

Al mismo tiempo merece la pena destacarse que tanto una como otra Ley admiten el procedimiento exclusivamente para el caso de falta de pago de la obligación garantizada con hipoteca.

La ley de 1909 (para lo que ahora nos interesa) parte de la necesidad de fijar un valor para subasta y un domicilio para notificaciones; el escrito (que no demanda, y la cuestión fue arduamente discutida en el trámite parlamentario) exige acompañar el requerimiento al deudor [el cual no desaparece del procedimiento judicial sumario (128)] y al “tercer poseedor de las fincas en el caso de que éste hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble”; la Ley omite toda referencia a la certificación registral inicial, regula con una mayor minuciosidad todos los trámites judiciales y registrales y regula, cosa que no hacen las otras leyes, las causas de oposición, siquiera éstas sean sumarias.

En cuanto al tercer poseedor, su posición es diferente según se atienda a cuando aparece y su conducta: a) si el tercer poseedor consta inscrito antes de que se presente el escrito: a') si ha dado conocimiento de su adquisición, el escrito debe dirigirse contra él; b') en otro caso, debe hacerse un requerimiento de pago judicial; b) si inscribe una vez se ha iniciado el procedimiento, el art. 24 LH 1909 (futuro art. 38 LH 1944) remite al art. 134 y el art. 6 (ulterior art. 134 LH 1909 y de 1944) señala que si antes de que el acreedor haga efectivo su derecho sobre la finca hipotecada pasara ésta a manos de un tercer poseedor, éste, “acreditando la inscripción de su título”, podrá pedir que se le exhiban los autos, y se entenderán con él las sucesivas diligencias, “como subrogado en lugar del deudor”.

Creo que de todo lo expuesto debe concluirse que la referencia continua en el procedimiento de reforma de la LH de 1909 a la Ley Hipotecaria de Ultramar debe entenderse más como una referencia a la necesidad de un sistema ágil de ejecución de la garantía hipotecaria que como una verdadera traslación del sistema. La Ley de 1909 toma elementos de una y otra Ley, pero es muchísimo más completa que cualquiera de las dos leyes con las que la estamos comparando (la extensión de la misma es meramente indicativa, pues lo importante es la regulación), creando en realidad un siste-

(128) La ley exige que el requerimiento de pago se haga al deudor aunque exista tercer poseedor que haya dado conocimiento al acreedor, y el deudor tiene intervención en la fase de subasta.

ma absolutamente novedoso, y no sólo por lo pormenorizado de su regulación.

IX.2. La naturaleza del procedimiento

Otra cuestión previa que es preciso examinar (de nuevo sumariamente) es la relativa a la naturaleza del procedimiento.

IX.2.1. La posición antes de la LEC 2000

La doctrina tradicional (es decir, anterior a la modificación introducida por la LEC) mayoritaria española parte, fundamentalmente, de la tesis de GUASP, recogida en la doctrina hipotecarista por ROCA SASTRE (129), seguida por la mayoría de los autores y mantenida en pluralidad de sentencias tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional.

Con unos u otros matices, se afirma que el procedimiento es un verdadero proceso de ejecución (130), es decir, de realización del valor de cambio de la finca hipotecada, ejercitando directamente la acción real sobre la finca (131) y sin una fase contenciosa previa respecto del crédito.

(129) Por todos, ROCA (1998. IX. 244. 315-316 y 343), GARCÍA GARCÍA (1994:49).

(130) Esta doctrina, siguiendo a GUASP, diferencia entre el proceso de ejecución y el juicio ejecutivo; respecto del juicio ejecutivo se afirma que no es un verdadero proceso de ejecución, precisamente porque en el juicio ejecutivo hay una *cognitio* judicial, si bien limitada ; respecto del proceso de ejecución esta doctrina afirma que falta un período destinado a recibir y examinar por el Juez las alegaciones contradictorias que las partes puedan presentar y, por eso, no es un juicio ejecutivo .

(131) A lo largo de la discusión parlamentaria y ante la posición de SÁNCHEZ ROMÁN contraria al sistema que se pretendía instaurar, y poniendo de relieve las inconsistencias teóricas, los defensores del proyecto insisten una y otra vez en que en el sistema que se quiere introducir ni hay juicio, ni hay sentencia, sino solamente hay una venta, si bien judicial, exactamente igual como para la prenda establece el Código Civil.

Serían características de esta tesis:

1. que se trata de un procedimiento de pura actuación procesal del derecho de hipoteca, en el que se ejercita la acción real contra los bienes hipotecados (art. 129 LH), sin mezcla alguna de acción personal.
2. que se trata de un procedimiento especial de apremio, sin fase procesal de contención, oposición o controversia relativa al crédito.
- 3.- que se apoya en el principio de legitimación registral, y que tiene una base estrictamente registral.

Suelen citarse, en esta línea, entre otras muchas, evidentemente, las STS de 24 de marzo de 1983, de 17 de mayo de 1985 y 12 de noviembre de 1985.

La de 24 de marzo de 1983 señala que “el procedimiento judicial sumario, regulado en los artículos 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria como simple proceso de ejecución, dirigido a la realización del valor en cambio de la finca de la finca hipotecada, carece de fase contenciosa y se atiene estrictamente a los datos del Registro, por cuanto entraña una acción directa contra los bienes hipotecados, según señala aquel precepto, sin más trámite previo que la comprobación de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito”; la de 17 de mayo de 1985 señala que “se trata de una vía de apremio, no precedida de una fase de cognición, donde falta controversia entre las partes y se procura reducir al máximo la intervención tanto del deudor como de terceros” y la de 12 de noviembre de 1985, con mucha amplitud, señala que “es sabido que el artículo 131 de la Ley Hipotecaria no regula un juicio declarativo, ni siquiera un ejecutivo, sino simplemente una vía de apremio dirigida directamente contra los bienes hipotecados no precedida de fase alguna de cognición, es decir, no hay acción personal, ni previa discusión o contención, ...ni el deudor ni el tercer poseedor o los demás interesados son verdaderas partes procesales, a los que en algún caso la ley ordena hacerles notificaciones en vía de apremio, pero no emplazamientos ni citaciones; pues de otra forma, el proceso puramente de ejecución o apremio que la ley ha previsto quedaría desvirtuado y transformado en un declarativo más o menos amplio...se trata de un proceso puramente real directamente dirigido contra los bienes gravados”.

Dentro de la doctrina del TC (132) resulta verdaderamente esclarecedora la STC de 4 de diciembre de 1997, por cuanto establece que “el llamado “procedimiento judicial sumario” del artículo 131 de la Ley Hipotecaria es un proceso especial de ejecución, mediante el cual el acreedor hipotecario ejercita el *ius distrahendi* (133) que le confiere el derecho real de hipoteca para conseguir la realización de valor de la finca hipotecada y obtener así la satisfacción de su derecho de crédito. El legislador, en atención a la extraordinaria fuerza ejecutiva del título hipotecario (134), ha configurado este procedimiento como un proceso especial de ejecución, en el que se excluye la controversia entre las partes y se limitan las posibilidades de defensa de los afectados por la ejecución, reduciéndose al máximo la intervención del deudor y de los demás interesados, al objeto de impedir la suspensión del procedimiento... remitiendo todas las demás reclamaciones que puedan formular así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados al correspondiente juicio declarativo”. Esta sentencia, aunque sigue, sin duda, la línea tradicional, introduce matizaciones especiales en la misma: así la referencia al proceso especial de ejecución basado en la naturaleza del derecho real de hipoteca y el reconocimiento de la existencia de partes.

MONTERO AROCA ha sido, sin duda (135), el gran crítico de esta tesis tradicional. Como quiera que, después de la reforma de la LEC,

(132) Y sin dejar de señalar como las sentencias que admiten la oposición de los arrendatarios de la finca hipotecada, arrendatarios posteriores a la constitución de la hipoteca, supone una verdadera quiebra en la línea tradicional (STC 16 de enero de 1992 y 24 de enero de 1995)

(133) Recuérdese la crítica que he hecho al empleo como sinónimo de los términos *ius distrahendi* y *ius vendendi*.

(134) La sentencia no acierta a señalar con claridad donde está la verdadera fuerza ejecutiva, ya que utiliza un concepto que no existía: el de “título hipotecario”, con lo que, al final, no se sabe si es el crédito o la hipoteca lo que se ejecuta.

(135) Sin dejar de señalar otras líneas discrepantes, como la tesis de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, la de la efectuación judicial de una relación jurídica o la del procedimiento ejecutivo documental hipotecario, que se recogen en la obra de CHICO.

mantiene en lo esencial lo que había señalado anteriormente respecto de la LH, a su posición me referiré seguidamente.

IX.2.2. La LEC 2000

La LEC regula de un modo pretendidamente unitario la ejecución ordinaria.

Dentro del capítulo I del Título IV relativo a la ejecución dineraria, el art. 579.1 establece que "cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución". La LEC regula el procedimiento especial de ejecución de bienes hipotecados dentro del capítulo V del mismo Título, y señala en el art. 681.1 que "la acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignorados o hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este título, con las especialidades que se establecen en el presente capítulo".

Ante esta situación, podemos encontrar todavía dos posiciones doctrinales y sentencias.

La tesis tradicional anterior la podemos encontrar reflejada en DÍAZ FRAILE (2000:200), quien señala que el objeto de la demanda no es propiamente una reclamación de pago de cantidad, sino la solicitud de ejecución, esto es, de la realización del valor de la finca hipotecada en atención al previo incumplimiento de la obligación de pago garantizada o BARBANCHO (2000:3083), para quien "el proceso especial hipotecario es un proceso que se inicia en una acción dirigida, directamente, contra los bienes sometidos a la hipoteca".

En un sentido absolutamente tradicional, el Auto AP Barcelona de 26 de marzo de 2012 señala que "la acción hipotecaria persigue la ejecución de los bienes dados en garantía, por lo que la legitimación pasiva corresponde al deudor, hipotecante o no, y, en su caso, al hipotecante no deudor. El objetivo de este tipo de procedimientos no es la reclamación de una cantidad, propiamente, sino la solicitud de ejecución, la realización de valor de la finca hipotecada. Lo que

se ejercita es una acción real hipotecaria y no una acción personal de reclamación de cantidad, por lo que no están legitimados pasivamente los avalistas (136)".

La doctrina mayoritaria es absolutamente contraria a esta tesis. Así, FAJARDO (2001:502) considera que con la reforma el legislador se decanta por considerarlo un proceso de ejecución dineraria con algunas particularidades; RIVERA HERNÁNDEZ (2004:27), señala que "la LEC configura la ejecución de la hipoteca inmobiliaria como un proceso de ejecución dineraria con "algunas" particularidades, que, en lo esencial, mantiene el formato del artículo 131 de la Ley Hipotecaria otrora vigente; para ORTELLS (2010:397) queda zanjada cualquier duda relativa a su naturaleza procesal y así jurisdiccional en el art. 682 ya que "no es de recibo entender que se trata de una mera actividad ejecutiva, de una vía de apremio carente de cualquier atisbo de cognición que por ende ni precisa ni permite discusión" y el deudor no ve restringido su papel a la simple colaboración o más aun al no entorpecimiento del trance y remate de los bienes pignorados o hipotecados.

I. PAZ-ARES (2008:179) considera que "la denominada "acción directa hipotecaria", ni es directa, pues en todo caso la pretensión se interpone contra el deudor (sea o no el dueño de la cosa gravada), ni constituye una acción autónoma, sino que (a pesar de sus especialidades) es una mera variante del juicio ejecutivo ordinario, que tiene por objeto el cobro privilegiado, sobre los bienes afectos, de deudas garantizadas con hipoteca. Es decir, constituye una suerte de ejecución dineraria, y por ello su regulación especial se presenta, dentro del procedimiento ejecutivo, como una mera variante –si quiera más privilegiada– del mismo".

Para MONTERO AROCA queda claro, después de la LEC 2000, que se trata de un proceso de ejecución; por lo tanto, tiene que estar sometido a los principios que constituyen la esencia de todo proceso,

(136) El problema era si podía aceptarse una demanda dirigida simultáneamente contra el deudor hipotecante, por el procedimiento de ejecución directa de los bienes hipotecado, y los avalistas. Para resolver este problema hay que tener en cuenta que la LEC permite que, una vez terminado el procedimiento con la ejecución de los bienes hipotecados, el procedimiento puede seguir contra los demás bienes del deudor, y, dada tal posibilidad se plantea si, para ese eventual supuesto, puede demandarse ya inicialmente al fiador. Para un estudio detenido de la acumulación procesal, véase H. TEILLEFER DE HAYA.

entre ellos la dualidad de partes (137). Tratándose de un proceso de ejecución, integrado en el Título IV del Libro III, le son aplicables, como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley, que habla de “proceso de ejecución de créditos garantizados con hipoteca”, ciertas normas de la ejecución en general; el artículo 579 nos muestra que la ejecución contra bienes hipotecados es una especie de la ejecución de las obligaciones dinerarias (138); y la oposición a la ejecución no es una contestación a la demanda ejecutiva, sino una verdadera demanda incidental que da origen a un incidente declarativo intercalado en el proceso de ejecución, aunque las causas de oposición sean limitadas.

Pero (reiterando las críticas que había vertido sobre la interpretación mayoritaria del art. 131 LH) señala que lo que carece de sentido es entender, como hizo el TC en sentencia de 18 de diciembre de 1981 (o la de 1997 citada), que no hay contradicción procesal y, simultáneamente, indicar que se limita extraordinariamente la contradicción procesal, puesto que no se puede limitar lo que no existe.

Es preciso, pues, distinguir entre las causas de oposición material y las causas de nulidad. Frente a la posición, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional (139) de que en el proceso judicial sumario no cabía alegar la nulidad de actuaciones (140),

(137) Hay que resaltar que a MONTERO lo que le preocupaba en su crítica a la posición doctrinal mayoritaria anterior en torno al art. 131 LH era la consideración de partes para admitir que hay un proceso de cognición si bien mucho más limitado y con base documental y que los incidentes sobre nulidad de actuaciones, sobre todo por indefensión procesal, debían sustanciarse en el mismo procedimiento.

(138) Curiosamente, la ley 1/2013 utiliza este artículo para introducir el derecho del ejecutado, cuando se trata de vivienda habitual, a ver reducida la cuantía de la deuda que quede pendiente de pago, después de la subasta, participando en las plusvalías obtenidas por el acreedor ejecutante o sociedad del grupo; y la limitación de responsabilidad si abona el 65 o el 85 por ciento de lo que falte por pagar en cinco o diez años.

(139) Aunque en STC 14 de junio de 1988 y 17 de enero de 1991 admita la alegación dentro del proceso de las causas de nulidad.

(140) Y que se apoyaba en el art. 132. IV. párrafo sexto, cuando señalaba que “todas las demás reclamaciones que puedan efectuar, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, incluso las que versen sobre nulidad del título o de las actuaciones, o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que

MONTERO señalaba que en los procesos sumarios puede limitarse lo alegable por el demandado en el primer sentido (causas materiales de oposición), pero en todos los procesos puede alegar en torno a la regularidad del proceso, ya que aunque los procesos sumarios son admisibles constitucionalmente (141), porque existe la posibilidad de un proceso plenario posterior, siempre se puede debatir sobre las cuestiones procesales propias en el proceso mismo. Esta posición se acoge hoy (dada la omisión de la referencia a las nulidades del procedimiento) en el art. 698.1 LEC, que establece que "cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo. La competencia para conocer de este proceso se determinará por las reglas ordinarias".

Creo que todos estos argumentos deben ser acogidos, y más después de la Ley 1/2013. Esta Ley contiene un Capítulo III dedicado a "mejoras en el procedimiento de ejecución hipotecaria". El capítulo comienza por modificar las normas generales de la ejecución; así modifica el art. 552.1, para permitir al tribunal apreciar de oficio la abusividad de alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo dando audiencia a las partes; la Ley introduce una nueva causa de oposición en el procedimiento de ejecución directa de los bienes hipotecados (art. 695.1.4.^a), que es la apreciación por el ejecutado que se opone de que existe alguna cláusula abusiva, pero cuya abusividad no haya sido apreciada por el Juez. En efecto, la causa de oposición 4^a ahora se refiere al "carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible". Frente a lo que ocurre en

corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece la presente Ley".

(141) En 2012:275 señala que el título ejecutivo que la escritura pública de hipoteca tiene más fuerza que la sentencia firme de condena y señala la dudosa constitucionalidad o, al menos, que esto es contrario a la coherencia de un sistema jurídico en que pareciera que nada debería tener más fuerza ejecutiva que la sentencia misma.

los otros supuestos, en que los autos que decidan la oposición no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten, contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la alegación de la abusividad de la cláusula, podrá interponerse recurso de apelación formulada la oposición a la que se refiere el art. 695.1.4.^a (142).

En conclusión, la ejecución directa de los bienes hipotecados es un proceso de carácter jurisdiccional que tiene por finalidad directa el cobro de una cantidad de dinero (143).

Es un proceso de ejecución que, como todos, debe basarse en un título ejecutivo; ahora bien, no basta con que esté inscrita la hipoteca que garantice la deuda cuya certeza, subsistencia y legitimidad resulte del título, sino que las circunstancias, al menos las esenciales, del crédito que se contiene en el título ejecutivo han de estar inscritas (144).

Una de las cuestiones que tradicionalmente ha tratado la doctrina es el fundamento del privilegio ejecutivo. También de modo tradicional se había señalado la base registral del procedimiento (145). Esta posición logra su refrendo legislativo en el art. 130 LH, modificado por la LEC, al señalar que "el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realiza-

(142) Ya en fase de revisión este trabajo, aparece la STJUE de 17 de julio de 2014 en donde se pone en solfa de nuevo la regulación procesal hipotecaria española recientemente modificada por la Ley de 2013 al señalar que era contrario al Derecho comunitario un sistema que permite recurrir al acreedor cuando el Juez admite que la cláusula es abusiva y, por el contrario, no permite recurso al consumidor cuando se declara que la cláusula no es abusiva. De ahí que el Real Decreto-Ley 11/2014 de 5 de septiembre modifique el apartado 4 del artículo para darle la redacción a la que me refiero en el texto.

(143) El art. 681 LEC tiene por título precisamente "procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca" y su párrafo 1 señala que se refiere a "la acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca".

(144) Frente a lo que se señala en el texto, I. PAZ-ARES (2008:183) defiende la completa autonomía de título ejecutivo e inscripción, bastando, a su juicio, la "conexión hipotecaria".

(145) GARCÍA GARCÍA es quizás el autor que más había insistido en esta caracterización.

ción de una hipoteca inscrita y, *dado su carácter constitutivo*, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo”.

La Ley 41/2007 altera el sistema; por un lado, modifica el art. 130, que ahora dice que “el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo”; por otro, introduce el art. 153 bis LH (que recoge la denominada “hipoteca flotante”). El problema ahora es tratar de interpretar si la admisión de la hipoteca flotante supone una escisión completa entre el título y la hipoteca con carácter general [lo que en ocasiones ha sido denominado un “cambio de paradigma hipotecario” (146)] o entender que el art. 153 bis supone una excepción no susceptible de generalización. En mi opinión, la referencia que contiene el art. 130 al título inscrito debe inclinarnos por la segunda posición (147).

Al tratarse de un procedimiento de ejecución, se rige por los principios y las normas generales del procedimiento de ejecución dineraria, ya que estas normas le son aplicables, sin perjuicio de las

(146) Tesis sustentada por I. PAZ-ARES, o por CABANAS TREJO en cuanto que Notario recurrente en una serie de recursos gubernativos sobre la extensión de la calificación y la práctica del asiento de inscripción y en el artículo citado en la bibliografía final.

(147) Una serie de problemas íntimamente relacionados con éste son: la extensión de la inscripción registral respecto del título y la trascrición de las cláusulas financieras (art. 12 LH), con variadas posturas de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la posición jurisprudencial; la relativa autonomía del título respecto de la inscripción (problema derivado de la redacción del art. 685.2.2 LEC y 685.4 LEC, en el que entiendo que el primer supuesto va destinado a dar solución a la ejecución directa respecto de aquellos créditos en que se hubiera producido una subrogación de acreedor al amparo de la Ley 2/1994); las hipotecas en garantía de deudas que consten en documentos privados o en documentos que no tienen acceso al Registro aunque puedan constituir por sí título ejecutivo (en donde, en mi opinión, será necesario o bien la sentencia en el declarativo correspondiente, en el primer caso, o la necesidad de acudir al procedimiento ordinario de ejecución, con exclusión de la ejecución directa); y los documentos que necesariamente han de acompañar al título ejecutivo inscrito y la necesidad o no de control notarial mediante el acta de determinación de saldo a efectos ejecutivos. Para este último tema, como para la posición en gran medida discrepante con la que sostengo, véase I. PAZ-ARES (2008) o CABANAS TREJO (2008).

especialidades. Así resulta del art. 681.1. LEC en cuanto establece que se aplican las disposiciones del título (el IV relativo a la ejecución dineraria), con las especialidades del capítulo (el V).

Supone, en principio, y por lo que se dirá seguidamente, la "realización de la hipoteca inscrita", frase que ha de entenderse en el sentido de que, a través de un procedimiento especial, se trata de ejercitar el derecho de realización de valor que está ínsito en la configuración legal del derecho real de hipoteca.

Se trata de un procedimiento optativo para el acreedor, como resulta claramente de la dicción del art. 129 LH y es posición doctrinal unánime.

Cuando el acreedor manifiesta su voluntad de dirigirse exclusivamente contra los bienes hipotecados, y así se manifiesta expresamente en la demanda ejecutiva, se produce, por un lado, una importante limitación en las causas de oposición, y, por otro, no se dicta la vieja "sentencia de remate" (148), sino que, sin necesidad de ella, y sobre la base de la escritura inscrita, permite llegar directamente a la fase de apremio a fin de hacer pago al acreedor de la cantidad garantizada con hipoteca, dentro de los límites de la cobertura hipotecaria.

No obstante, y ello supone poner en cuestión que sea propiamente "realización de una hipoteca inscrita", cuando el deudor sea el propietario del bien sobre el que se sigue el procedimiento, si hay sobrante, y no hay terceros titulares de derechos sobre la finca (o éstos ya han sido satisfechos con parte de ese sobrante), esa cantidad se destinará al pago de lo que se le deba al acreedor por razón del crédito que se ejecuta, aun por encima de los límites cuantitativos que consten inscritos. Este criterio, contenido en el art. 692.1.2 LEC, es absolutamente contrario al criterio que se contenía en la regla décimo sexta del art. 131 LH (149) y en mi opinión, es com-

(148) La alegación de causas de oposición se resuelve mediante auto no recurrible, salvo lo que se ha dicho sobre la cláusula abusiva.

(149) Como señalaba la RDGRN de 27 de julio de 1988, "sólo la parte del crédito del actor que esté garantizada con la hipoteca ejecutada puede ser pagada con cargo al precio del remate, el resto deberá obtenerlo el acreedor por la vía oportuna, pero, en ningún caso, con cargo al sobrante del precio de remate por más que el mismo, a falta de otros interesados, correspondiere al deudor". Por supuesto, queda vigente el sistema de distribución de la responsabilidad hipotecaria. Mientras los bienes sigan en manos

pletamente perturbador, dado el sistema de oposición limitadísima que la ley sigue manteniendo, ya que, respecto de este importe, impide las alegaciones, por ejemplo de pluspetición, o de extinción de la reclamación por intereses ordinarios por haber prescrito la acción, remitiendo al deudor a su reclamación en un juicio declarativo posterior. El crédito garantizado con hipoteca puede pues, en determinados supuestos, y de conformidad con el nuevo sistema, ser cobrado por encima de las cifras de responsabilidad hipotecaria por este procedimiento privilegiado (150).

Este sistema contrasta con el establecido en el art. 579.1 LEC donde se establece que "si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda (151), y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución". Aunque se indica que "la ejecución *proseguirá*", en realidad se trata de reiniciar (152) un procedimiento de ejecución en el que, en mi

del mismo hipotecante, si con el bien A no se ha logrado cubrir el importe garantizado, pero con el bien B se ha cubierto la garantía y queda sobrante, este sobrante se aplica, en primer lugar, al pago de la parte de crédito no cubierta con el precio del remate del bien A. Queda excluido, por supuesto, la existencia de terceros con derecho al sobrante de B.

(150) Uno de los extremos que llama la atención en la nueva regulación es que la vieja Ley Hipotecaria partía como supuesto de hecho básico el préstamo con devengo de intereses y amortización del total capital prestado al final del plazo, mientras que la nueva regulación parece tener como supuesto principal el hoy más frecuente de sistema de amortización con cuotas constantes de capital e intereses, aunque éstas puedan variar como consecuencia del establecimiento de tipos de interés variables.

Por supuesto, queda vigente el sistema de distribución de la responsabilidad hipotecaria. Mientras los bienes sigan en manos del mismo hipotecante, si con el bien A no se ha logrado cubrir el importe garantizado, pero con el bien B se ha cubierto la garantía y queda sobrante, este sobrante se aplica, en primer lugar, al pago de la parte de crédito no cubierta con el precio del remate del bien A. Queda excluido, por supuesto, la existencia de terceros con derecho al sobrante de B.

(151) Ahora es el momento en el que se puede dar entrada al deudor solidario o al fiador.

(152) Esta alternativa reiniciación/prosecución plantea problemas de competencia (cuál es el órgano judicial ante el que ha de seguirse el procedimiento si el domicilio del deudor es distinto del pactado en la escritura

opinión, es innecesario realizar nuevos requerimientos de pago, si bien se abre la vía al deudor, al deudor solidario y al fiador cuya existencia conste en el procedimiento para poder alegar todas las excepciones del procedimiento ordinario. No se trata, por tanto, de continuar meramente la ejecución, sino de despachar una nueva ejecución, dado oportunidad al deudor para alegar todas las causas de oposición. Así lo señalan los autos de AAPP de Córdoba de 17 de diciembre de 2002, Granada de 11 de noviembre de 2005 y Madrid de 11 de diciembre de 2008, entre otros muchos.

IX.3. Las diferentes posiciones del tercer poseedor

Una vez examinados los aspectos anteriores, debemos entrar a examinar las diferentes posiciones en las que se encuentra el tercer poseedor de la finca hipotecada.

FAJARDO (2001:513) diferencia entre dos tipos de tercer poseedor: el que adquiere e inscribe su derecho durante la fase de pendencia e ignora en ese momento si la hipoteca será ejecutada y el que lo hace cuando ha comenzado la fase de ejecución. Por eso, señala, el art. 685.1 LEC exige, para dirigir la demanda frente al primero de estos terceros poseedores, que haya acreditado al acreedor la adquisición de los bienes; si no acreditó al acreedor la adquisición, pero la misma consta en la certificación de cargas, el Tribunal ordenará que se le notifique la existencia del procedimiento, para que, si le conviene, pueda intervenir en la ejecución conforme al art. 662.

MONTERO (2009:517-518) entiende que el criterio fundamental para establecer la distinción atiende al momento en que se produce la adquisición del bien por el tercero.

Si ha adquirido antes del inicio, hay que distinguir, a su vez: 1. si no ha acreditado al acreedor la adquisición y si tampoco ha procedido a inscribir su derecho no podrá tener intervención alguna en el proceso. Cita la SAP Valencia de 10 de marzo de 2003 para la que "haber acreditado" la adquisición no es lo mismo que "tener conocimiento"; en contra, cita la STS 3 mayo de 2000 entiende que basta

pública para el caso de que se siga el procedimiento de ejecución directa) y de forma de la resolución (si un auto o una mera resolución de ordenación).

el simple conocimiento (153). 2. Si ha acreditado su adquisición (y señala que la ley no matiza la forma de acreditación), el tercero debe figurar en la demanda como parte ejecutada, ya que estamos ante un litisconsorcio pasivo necesario impuesto por la Ley.

Si inscribe antes de la certificación de dominio, haya adquirido antes o durante el procedimiento, si el tercero no ha puesto en conocimiento del acreedor la adquisición pero ha inscrito su título, y así se comprueba con la certificación registral y no ha sido requerido, el art. 689.1 ordena al Juez notificar la existencia del procedimiento al tercer poseedor. Como he dicho antes, señala el autor que hay una clara contradicción entre las normas. El art. 689.1 habla de notificar y el 132.1 LH de que el registrador debe comprobar que ha sido demandado. Para MONTERO "lo que importa, con todo, es que de esa otra manera el tercer poseedor entra en el proceso y debe hacerlo con todas las facultades propias de la parte pasiva. Podría incluso decirse que se llega a una especie de litisconsorcio pasivo después de la iniciación del proceso". En el mismo sentido ARIJA (2002:70).

En mi opinión, hay que diferenciar tres supuestos: a) el tercer poseedor que inscribe antes de la interposición de la demanda ejecutiva; b) el tercer poseedor que inscribe después de la interposición de la demanda ejecutiva pero antes de la expedición de la certificación de cargas y c) el tercer poseedor que inscribe después de la expedición de la certificación de dominio y cargas. En todos ellos hay que introducir una importante matización: puede tratarse de un tercer poseedor que haya adquirido antes de la interposición de la demanda ejecutiva y, además, haya acreditado al acreedor su adquisición.

IX.3.1. El tercer poseedor rezagado (154)

Alterando el orden señalado, el primer supuesto que estudiaré es el del tercer poseedor que haya inscrito después de la expedición de la certificación de dominio y cargas (art. 688 LEC).

(153) En realidad, la sentencia se pregunta si tenía conocimiento el acreedor de la existencia del tercer poseedor.

(154) Como se puede ver, se trata de un homenaje al adquirente rezagado de DE LA RICA, es decir, el adquirente anterior al embargo que inscribe después de la anotación preventiva del mismo.

El Registrador hará constar la expedición de la certificación por nota marginal. ¿Cuál es la función de esta nota?. La RDGRN de 24 de agosto de 1981 señaló que "la nota marginal que debe extender el Registrador al expedir la certificación registral exigida en la regla 4ª del artículo 131 de la Ley tiene como fundamento hacer constar en el Registro la incoación del procedimiento entablado a fin de que *pueda ser conocido* por los futuros adquirentes del inmueble hipotecado, o, en su caso, por los terceros interesados, y que les sirva a la vez de notificación a los efectos procesales oportunos, entre los cuales se encuentra el de poder intervenir en la subasta".

Nótese el "pueda ser conocido", que coincide con la expresión de PERMANYER que ya he citado (155). Tradicionalmente, la Dirección General venía entendiendo que la inscripción creaba la posibilidad de conocer (cognoscibilidad legal en sentido tradicional), no la existencia de una presunción de conocimiento (156).

Como veremos más adelante, esta posición tradicional ha experimentado, en la última etapa de la Dirección General una profunda modificación, que es la que se trata de discutir en este trabajo.

La LEC 2000 derogó el viejo art. 134 LH y su tratamiento procesal lo encontramos ahora en el art. 662 LEC. Este tercer poseedor, acreditando la inscripción de su título, podrá comparecer en el proceso. A diferencia de lo que establecía el art. 134 LH que señalaba que podría pedir que se le exhibieran los autos en la Secretaría, y el Juez lo acordaría sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose con él las diligencias ulteriores, "como subrogado en el lugar del deudor" (157), la LEC solamente señala que se entenderán

(155) En el mismo sentido la RDGRN de 22 de mayo de 1943 dice que el Registro es público y su contenido debe ser conocido por el inscribiente, pero a la Dirección General (en esta época que ya podemos considerar clásica) no se le ocurrió decir que su contenido era conocido.

(156) Para un estudio detenido de la cognoscibilidad legal, de la necesidad de que las presunciones sean creadas por Ley, y del choque de esta presunción de conocimiento con la posibilidad de usucapión ordinaria *contra tabulas*, véase mi estudio "El principio de cognoscibilidad legal", en Revista Jurídica del Notariado, número 83-2012, pp. 223-328 y, anteriormente, en la página web [notariosyregistradores](http://notariosyregistradores.com).

(157) Expresión que suscitaba dudas doctrinales, pues planteaba si se trataba de una propia subrogación en la obligación, si bien limitada al valor de la finca hipotecada, con exclusión procesal del deudor. Pero si la existencia de un tercer poseedor que ha inscrito antes de la iniciación del

con él las diligencias ulteriores al momento en que comparezca en el Juzgado.

Este tercer poseedor que haya comparecido podrá en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o a la adjudicación al acreedor, liberar el bien satisfaciendo lo que se deba al acreedor por principal, intereses y costas, dentro de los límites de la responsabilidad a que esté sujeto el bien (art. 662.3 LEC); podrá intervenir en la subasta, instando su celebración (art. 691.1 LEC), presentar tercero que mejore la postura (158) y promover (698.1 LEC) el declarativo ordinario contra lo actuado en el proceso.

GARCÍA GARCÍA (1994:220,263) admitía que tanto el deudor, el hipotecante no deudor como el tercer poseedor pudieran intervenir en la subasta (159). La dicción del art. 131 LH así lo permitía, por cuanto se establecía (regla duodécima del art. 131 LH) que el dueño de la finca pudiera mejorar la postura y en todo caso de ello no se derivaban perjuicios para el acreedor. La supresión de la posibilidad de mejorar la postura, puesto que ahora sólo se admite que presente un tercero que la mejore, y la incoherencia que supone que se adquiera un bien desde el propio patrimonio, nos debieran llevar a negar esta posibilidad.

A diferencia de lo que sostenían ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1998:IX,414) no parece defendible hoy que este tercer poseedor pueda formular oposición. Esta posición puede parecer contradictoria con lo que he señalado anteriormente respecto del término

procedimiento y que ha acreditado al acreedor su adquisición no impedía que el deudor tuviera que ser parte en el procedimiento, no se acaba de entender por qué la aparición posterior lo va a eliminar del mismo. En contra, ERDOZÁIN (2009:131) para quien puede solicitar que se le tenga por parte en la posición que ocupaba el transmitente deudor-ejecutado ex artículo 17 LEC.

(158) Es cierto que el art. 670.4 LEC sólo parece permitir la mejora al "ejecutado" y este tercer poseedor en sentido estricto no lo es, ya que contra él no se ha dictado el despacho de ejecución, pero entiendo que la ley (que, como hemos dicho, omite una regulación completa de la intervención del tercer poseedor en el proceso), pretende que el propietario del bien pueda siempre encontrar una posición que mejore la postura.

(159) En este caso se daría la paradoja de que tendría un nuevo título de adquisición de lo que es suyo, y pasa a él desde su patrimonio. En el mismo sentido de admisión, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1998:IX:414).

“ejecutado”, pero la oposición es una actuación de la parte procesal. Como veremos seguidamente, sólo una extensión derivada de las exigencias formales del procedimiento permite al tercer poseedor anterior a la certificación de cargas (y ello tras no pocas dudas jurisprudenciales) asimilar su posición a la del ejecutado. La finalidad de este procedimiento fue siempre la de tratar de impedir que, por transmisiones de la finca, y la necesidad de dar entrada a los terceros adquirentes el procedimiento de cobro se viera, innecesariamente, entorpecido y alargado.

Este tercer poseedor, naturalmente, tendrá derecho al sobrante del precio del remate (art. 672 LEC).

Una cuestión que vale la pena tratar ya aquí, por su carácter general, es de quien recibe el adjudicatario la propiedad de lo subastado.

La LH 1946 señalaba (regla decimoséptima del art. 131) que se dictaría de oficio (160) auto aprobado “*en representación del dueño de los bienes hipotecados* que se enajenen (161) y ordenando la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor y, en su caso, la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquélla, incluso las que se hubiesen verificado después de expedida la certificación prevenida en la regla cuarta despachándose al efecto el oportuno mandamiento”.

Hoy (art. 133 LH y art. 674 LEC) resulta que será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el Secretario judicial, del decreto de adjudicación, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada y el Secretario judicial mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656.

(160) Recuérdese que en el ejecutivo ordinario era precisa la escritura pública que debía otorgar el propietario o, en caso de rebeldía, el Juez en su nombre.

(161) Si se admite que el propio hipotecante o un tercer poseedor pueda intervenir en la subasta, pese a la dicción literal del art. 131 LH, resultaría la incoherencia de que la escritura se otorgaría por la misma persona como propietario y como adjudicatario.

El sistema no deja de producir una cierta turbación jurídica. En el sistema de 1946 el auto se dictaba en representación del tercer poseedor (bien porque su existencia constaba en autos por la certificación de dominio, bien porque había comparecido posteriormente acreditando la inscripción de su derecho); hoy se prescinde indicar de quien adquiere los bienes el adjudicatario. Pero, en todo caso, el tercer poseedor [al menos el que consta en autos (162)] es, formalmente, el transmitente. No obstante eso, y de ahí la turbación, su inscripción se cancela igual que todas las inscripciones posteriores a la hipoteca en cuya virtud se actúa. Una vez practicado el asiento de inscripción y las cancelaciones, y si se pudiera entender que la cancelación es un "borrado" de las titularidades, todo parecería como si se tratara de una transmisión en que el tracto procede del primer hipotecante.

Si este tercer poseedor rezagado no se persona en los autos, no tendrá intervención alguna (163) y no participará en el sobrante, puesto que el Secretario no tiene conocimiento de su existencia. Pudiendo conocer el contenido del Registro, y sirviéndole de notificación la nota marginal, si no comparece lo hace a su propio riesgo y ventura, sin que a nadie más que a él mismo deba culparse de su negligencia; como señaló la RDGRN de 20 diciembre 2002 si existen acreedores posteriores (y lo mismo debe entenderse para el titular que no comparece) que han inscrito o anotado después de la certificación de cargas, compete a ellos la garantía de sus intereses, a través de la actividad que pueden desplegar compareciendo por propia iniciativa en los autos para hacer valer sus posibles derechos, sin que el Juez deba en otro caso tomar medidas en defensa de derechos cuya existencia ignora; y que el "Registrador (164) está llamado a ejercer el control de legalidad en su calificación en cuanto a esa puesta a disposición, pero tan solo en cuanto a terceros cuya

(162) Ergo, el que resulta de la certificación de dominio y cargas o el posterior que comparece.

(163) ROCA SASTRE (1998:IX,416) se planteaba, en el viejo sistema, la incongruencia de la falta de tracto, al dictarse el auto en representación de persona distinta del tercer poseedor que figura en el Registro, señalando que la cuestión no se había abordado en el art. 175, 2.ª RH, todavía vigente, que "no había tomado en consideración esta sutil diferenciación"

(164) Quien, obviamente, sí conoce de su existencia porque le resulta del Registro.

llamada al procedimiento sea obligada, no en cuanto a aquellos en que no proceda por la razón dicha del momento de su acceso al Registro”.

IX.3.2. El tercer poseedor intermedio

El segundo supuesto que debemos analizar es el del tercer poseedor que inscribe su adquisición con posterioridad al inicio del proceso de ejecución directa de bienes hipotecados y sin que haya acreditado al acreedor su eventual adquisición anterior (165).

Era pacífico en la doctrina que en este caso al tercer poseedor se le notificaría la existencia del procedimiento, al amparo de la regla quinta del art. 131 LH que señalaba que “si de la certificación del Registro apareciese que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio o de posesión, en su caso, a que se refiere el extremo primero de la regla cuarta, no ha sido requerida de pago en ninguna de las formas notarial o judicial antes indicadas, se notificará a la misma la existencia del procedimiento en el lugar prevenido en la regla tercera de este artículo para que pueda, si le conviene, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca”.

La LEC sigue el mismo criterio en el art. 689.1, al establecer que “si de la certificación registral apareciere que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio no ha sido requerido de pago en ninguna de las formas notarial o judicial, previstas en los artículos anteriores, se notificará la existencia del procedimiento a aquella persona, en el domicilio que conste en el Registro, para que pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 662, o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca”.

Como he señalado con anterioridad, una interpretación literal del art. 132 LH nos llevaría a entender que el Registrador debería ca-

(165) Es evidente que este tercer poseedor pudo haber adquirido con anterioridad a la iniciación del procedimiento. En caso de que lo hubiera hecho y hubiera acreditado la adquisición nos encontraremos, dada la jurisprudencia constitucional a que seguidamente nos referiremos, en el supuesto de tercer poseedor anterior al inicio del proceso.

lificar, al practicar la inscripción del testimonio de la adjudicación, que este tercer poseedor, que ha inscrito después de iniciada la ejecución, y ello pese a que la resolución le haga saber exactamente cuando ha sido iniciado el procedimiento, ha sido "demandado y requerido de pago". Incluso la Dirección General de los Registros y del Notariado parecía entenderlo así o, al menos, eso parecía deducirse de sus fundamentos jurídicos. Así, la RDGRN 13 de septiembre de 2012 (166) señalaba que "es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la Ley Hipotecaria que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas (*rectius*, de dominio y cargas)".

Esta interpretación literal del art. 132.1 LH no puede, en modo alguno, ser mantenida. Es, sencillamente, absurda y se basa en una interpretación literal de la ley que no resiste la mínima confrontación con la realidad.

Por muchos efectos que se prediquen de la inscripción registral, lo que no puede sostenerse es que la inscripción ulterior pueda producir el efecto de haber hecho saber antes de su práctica al acreedor el hecho mismo de la inscripción y, por eso, la adquisición, a fin de que se hubiera tenido que demandar a una persona absolutamente desconocida para él. Un hecho futuro (la inscripción posterior al inicio del procedimiento) produciría un efecto en un hecho anterior (la interposición de la demanda) de suerte que convertiría en nulo el procedimiento.

Hay que retornar, pues, y sin perjuicio de lo que diremos seguidamente, a la tesis tradicional, y, en el fondo, pese a que las resoluciones siguen insistiendo en esta redacción, ésta y no otra es la postura real de la Dirección General. Si se sigue manteniendo en las resoluciones de la Dirección General esta dicción no es, por tanto, porque se crea pertinente o adecuada, sino porque se pretende que sirva de soporte a otra tesis.

Si entramos en el análisis detenido de la norma de la LEC y su comparación con el art. 132 LH nos encontramos con que el art. 689.1 LEC dice que si el tercer poseedor no hubiera sido requerido

(166) Esta literalidad se mantiene en resoluciones de 22 de mayo, 10 de julio, 18 de septiembre de 2013, y 14 de febrero de 2014.

de pago, se le notificará el procedimiento, mientras que el art. 132.1 señala que el Registrador debe controlar que ha sido "requerido de pago", ya que mal habrá podido ser demandado, a menos que pretendamos que la inscripción produce retrocesos en la línea del tiempo. Sin embargo, el art. 132.2 LH establece que el Registrador debe comprobar, para inscribir la adjudicación y cancelar las inscripciones que "se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación".

Es cierto que en este párrafo el art. 132 enlaza correctamente con la LEC pues se refiere a la notificación de la existencia del procedimiento, pero, literalmente se refiere a todo tercero cuyo derecho haya sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, y el art. 132.1 habla del tercer poseedor anterior a la certificación de dominio y cargas.

Se trata, por tanto, y como ya he señalado, de una clara contradicción interna en el propio art. 132.

Esta contradicción sólo puede salvarse si se interpreta el art. 132 LH conjuntamente con la normativa de la LEC: todo tercer poseedor anterior a la expedición de la certificación de dominio y cargas, salvo que deba ser demandado por imperativo de la LEC, ha de ser notificado de la existencia del procedimiento.

En conclusión, este tercer poseedor intermedio (puesto que surge después de la interposición de la demanda ejecutiva y antes de la expedición de la certificación de dominio y cargas) debe ser notificado de la existencia del procedimiento, como ordena la LEC.

Ahora bien. ¿Cuál es su posición procesal?.

En primer lugar, debemos poner de manifiesto una sutil variación entre la regla quinta del art. 131 LH y el art. 689.1 LEC. Mientras aquél hablaba de que la notificación se haría a fin de que pudiera "intervenir en la subasta", ahora se dice que podrá "intervenir en la ejecución", si bien, acto seguido, nos señala que lo hará "conforme a lo dispuesto en el artículo 662".

MONTERO (2009:757) señala que esta variación terminológica se debe a que, en realidad, se está hablando del tercer poseedor anterior a la iniciación del procedimiento, pero que no ha puesto en conocimiento del acreedor su adquisición.

Con carácter general (si bien negando la condición de parte procesal, dado que no se reconocía este carácter ni al propio deudor ejecutado) la RDGRN de 6 de noviembre de 1933 señalaba que son “interesados” en el proceso de ejecución aquellos que al tiempo de extenderse la nota marginal de haberse incoado las actuaciones, que dispone el párrafo antepenúltimo de la regla 4.^a del artículo 131, tengan un derecho inscrito o asegurado por un asiento que contradiga (167) la ejecución o haya de quedar extinguido por la misma.

Dentro del sistema del procedimiento judicial sumario la doctrina mayoritaria, siguiendo a GUASP (1951:136) y ROCA SASTRE (1998:IX:364) se pronunciaba por la atribución de efectos análogos al requerimiento notarial o judicial (art. 131 reglas tercera y cuarta) y la notificación (art. 131 regla quinta).

Así, GARCÍA GARCÍA (1990:1919) señala que en el procedimiento judicial sumario la acción ha de dirigirse contra el tercer poseedor si éste acreditó al acreedor del inmueble (131.3.3), pero en todo caso ha de ser parte (131.5), es decir, la notificación le convierte en parte. Y CLEMENTE MEORO (1992:11312) identificaba la notificación y el requerimiento y dice que el requerimiento inicial sólo debe realizarse en el caso de que el tercer poseedor hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble, pero no resulta un requisito necesario, ya que si el Juez advierte la omisión de tal requisito podrá subsanarlo ordenando de oficio la práctica judicial de los requerimientos.

La importante STS de 10 de diciembre de 1991, recoge esta posición al establecer la doctrina de que la notificación de la regla 5.^a del art. 131 permite al tercer poseedor intervenir “con la misma extensión y facultades que si se le hubiese hecho el requerimiento de pago en la forma establecida en la regla 3.^a del citado art. 131” (168) y la RDGRN de 4 de marzo de 1999 entendió que el reque-

(167) ¿Por qué utiliza la Dirección General el término “contradiga”? Porque el procedimiento debía seguirse contra el propietario de los bienes y como éste no había sido demandado había una contradicción. Para la Dirección General esta contradicción se daba claramente en el caso del tercer poseedor inscrito antes del inicio del procedimiento.

(168) En realidad, la sentencia iba dirigida a abordar un problema de indefensión, sentando la doctrina de que no toda infracción o vulneración de normas procesales puede producir indefensión en sentido jurídico constitucional, sino que ésta sólo tiene lugar cuando se priva al justiciable de

rimiento del art. 131.3.^a y la notificación de la regla quinta tienen idéntica virtualidad, como evidencia el carácter sustitutorio de aquélla cuando el tercer poseedor no ha acreditado su adquisición al acreedor. Es preciso señalar que en los dos casos el supuesto de hecho era el de un tercer poseedor que había inscrito con anterioridad a la iniciación del procedimiento.

La STC de 29 de noviembre de 1999 (si bien para un supuesto muy especial) proclama con claridad (169) que el tercer poseedor notificado de la existencia del procedimiento tiene la condición de parte procesal.

alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos o se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción. La inaplicación de la norma procesal o incluso su inadecuada interpretación son condición necesaria para estimar producida la lesión de un derecho que, como el derecho a la tutela judicial efectiva, es de configuración legal, pero no son sin más condición suficiente de dicha lesión, siendo indispensable, para que ésta se produzca, que se haya creado además, una situación material de indefensión. Corresponde a las partes intervinientes en el proceso mostrar la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de actuar con una diligencia exigible. Mal puede esgrimirse en favor de la pretendida indefensión, una conducta procesal morosa o negligente en la liberación activa de las cargas que imponen las normas.

Es en este marco donde establece que en el presente caso el recurrido don Luis Manuel tuvo cabal conocimiento del juicio de ejecución hipotecaria que se seguía contra la finca de la que era titular registral mediante la notificación que le fue hecha de acuerdo con la regla 5.^a del art. 131 de la Ley Hipotecaria, teniendo así oportunidad de intervenir en el procedimiento en cuestión en defensa de sus intereses legítimos y ello con la misma extensión y facultades que si se le hubiera hecho el requerimiento de pago en la forma establecida en la regla 3.^a del citado art. 131, por lo que si dejó de acudir al juicio, no impidiendo la prosecución de éste en la forma legalmente prevenida, a él solo es imputable, no derivándose de la sola omisión del requerimiento de pago de acuerdo con la mencionada regla 3.^a, lesión alguna real y efectiva para sus intereses, pues como dice la Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1991 “mal puede esgrimirse en favor de la pretendida indefensión, una conducta procesal morosa o negligente en la liberación activa de las cargas que imponen las normas”.

(169) Pese a las citas que hace a las sentencias de 14 de julio de 1988, 30 de junio de 1993 y 4 de julio de 1995, referidas todas ellas al tercer poseedor adquirente en documento privado.

En contra de esta asimilación, la STS de 7 de abril de 1997 señala (170) que el tercer poseedor, en sentido propio y real, no es una verdadera parte procesal, y por lo tanto no hay que darles traslado de la demanda y ni siquiera podrán interponer recursos que tiendan a suspender o a entorpecer la ejecución hipotecaria comenzada, como preconiza el artículo 132 de la Ley Hipotecaria (171).

Pero tiene razón MONTERO cuando nos indica que, en realidad, toda esta doctrina parte del supuesto de hecho del tercer poseedor que había inscrito antes de que iniciara el procedimiento judicial sumario.

Para la LH el supuesto del tercer poseedor que inscribe después de iniciado el procedimiento y antes de la certificación (el tercer poseedor intermedio) era un supuesto marginal.

Después de la promulgación de la LEC, la doctrina mayoritaria continúa con la misma equiparación, y referida en realidad al mismo supuesto de hecho.

Así, BARBANCHO (2000:3111) indica que "esta notificación al tercer poseedor la debe realizar el Juez, no el Registrador, dado que en realidad se trata más de un emplazamiento que de una simple notificación". DOMÍNGUEZ LUELMO (2000:3466) entiende que si el tercero no ha acreditado al acreedor su adquisición, pero es titular registral, su situación derivará de la certificación a la que se refiere el artículo 688, por lo que su consideración como parte deriva de lo establecido en el art. 689 LEC; si el tercero ha acreditado su adquisición al acreedor, debe figurar en la demanda ejecutiva como parte, por lo que se le requiere de pago, de acuerdo con el art. 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y concluye "aquí es indiferente que el tercero tenga su título inscrito o no en el Registro". RIVAS (2001:173)

(170) Se trataba de un tercer poseedor adquirente en documento privado que había tomado conocimiento de la existencia del procedimiento porque se lo había notificado el titular registral contra el que se había iniciado el procedimiento.

(171) Acerca de la compatibilidad con el régimen que se deriva de la Constitución, continúa señalando que el sistema es totalmente compatible con la doctrina del Tribunal Constitucional (S.S. 148/1988, 8/1991 y como epítome la 6/1992) que establece que la tutela judicial efectiva queda salvaguardada por la permanente facultad con que cuentan los posibles agravados de obtener protección mediante la actuación y reconocimiento de sus derechos en el juicio declarativo correspondiente.

también indica que la notificación cumple una función supletoria del requerimiento que, debiendo serlo, no ha sido efectuado con anterioridad y que en realidad ha de entenderse que el notificado, en este caso, también es requerido de pago (172).

MONTERO señala (2012:798) que “podría sostenerse que el tercer poseedor, que pudo y debió acreditar su adquisición al acreedor, al no hacerlo debe pagar las consecuencias de su falta de diligencia”.

Sin embargo, el mismo autor (2009:761; 2012:814) entiende que el tercer poseedor que resulta de la certificación registral asume la condición de parte y entiende que deberá notificársele no sólo la existencia del proceso, sino también la notificación de la demanda, y del auto despachando la ejecución y con ello asume plenamente la condición de parte. El autor (2009:771) pone de manifiesto la distinción que hemos hecho entre el tercer poseedor del art. 662 y el tercer poseedor en el procedimiento de ejecución hipotecaria, al señalar que mientras en el primer caso se trata de un adquirente posterior al embargo (173) que no puede paralizar el curso del procedimiento porque debe asumir el procedimiento en el momento procesal en el que se encuentre, en el segundo caso se trata de un adquirente para el que el proceso no existe hasta que se le notifica la existencia del mismo; negarle la condición de parte procesal, pudiendo formular las alegaciones oportunas significaría colocarle en situación de indefensión.

Desde una posición completamente distinta, porque entiende (y analizaré con más detalle seguidamente) que el tercer poseedor con título inscrito antes de la interposición de la demanda ha de ser necesariamente demandado, DÍAZ FRAILE se refiere en sentido estricto a este tercer poseedor intermedio y señala que no tiene más facultades que las estrictamente señaladas por la Ley: intervenir en la ejecución, en los términos del art. 662 LEC, o pagar el crédito, intereses y costas.

(172) El autor señala cómo la norma actual no implica alteración sustancial con la regulación anterior, con cita de la RDGRN de 4 de marzo de 1999.

(173) De tratarse de un adquirente con título anterior al embargo (y no a la anotación preventiva), pero que accede después, debe interponer la tercería de dominio.

En mi opinión, es preciso realizar un esfuerzo interpretativo, ante las carencias que todavía tiene la regulación procesal de la figura del tercer poseedor. No puede realizarse, como parece deducirse del art. 689.1 LEC, una total equiparación entre el tercer poseedor en el procedimiento de ejecución ordinario (dado que éste es quien adquiere después de que consta en el Registro la anotación preventiva de embargo) y el tercer poseedor "intermedio" al que me estoy refiriendo, ya que cuando el tercer poseedor intermedio realiza su inscripción, todavía no consta en el Registro la existencia del proceso, aunque es cierto que el Registro le avisa de que hay una hipoteca.

Ante esta situación, o entendemos que ha de conformarse con la defensa de sus derechos que realice el deudor ejecutado, o hemos de entender, con MONTERO, como medio para evitar que una ejecución se realice a sus espaldas (174), que para él el proceso no existe hasta que se le notifica y, dado que no ha podido ser demandado, su intervención en el proceso ha de hacerse en términos más amplios que los que se derivan del art. 662 y que todavía podrá comparecer a fin de alegar lo que a su derecho convenga, dado que, en ese momento se convierte en ejecutado.

Reconozco, sin embargo, que esta argumentación tiene por base el desplazamiento de la defensa procesal del tercer poseedor que ha inscrito antes de la interposición de la demanda, y, por tanto, su justificación final ha de encontrarse en el estudio de este tercer poseedor.

IX.3.3. El tercer poseedor existente al tiempo de la interposición de la demanda

Y con ello hemos de entrar en el estudio de la posición procesal del tercer poseedor que existe en el momento de la interposición de la demanda.

Comenzaremos con la exposición de la reciente (175) tesis de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

(174) De espaldas en el sentido de que no puede realizar oposición y sólo puede intervenir en la ejecución del modo limitado que indica DÍAZ FRAILE.

(175) Las resoluciones que sientan esta doctrina comienzan en el año 2012 y, desde ese momento, se han reiterado.

IX.3.3.1. Los antecedentes de la doctrina de la Dirección General

Como quiera que la Dirección General señala que su posición es la de la doctrina española, hay que buscar sus antecedentes doctrinales.

Su antecedente doctrinal más directo se encuentra, claramente, en la tesis de DÍAZ FRAILE (176). Este autor (2000:VII:7:134 y 2000: 249,331) considera que el tercer poseedor ha "acreditado" su adquisición al acreedor con la inscripción registral, ya que "dada la presunción derivada del principio de legitimación y el principio de publicidad material del Registro debe entenderse como suficiente la inscripción del título de adquisición en el Registro de la Propiedad para dar por cumplido tal requisito de la acreditación frente al acreedor ya que la eficacia del Registro de la Propiedad se produce *erga omnes*". La idea tenía ya sus antecedentes en la posición de ROCA SASTRE (1998:VII:283), para quien la inscripción revelaría un cambio de titular del bien inmueble hipotecado, debido a la publicidad que la constancia en el Registro entraña; pero ROCA no entendió, al estudiar el procedimiento judicial sumario, que este tercer poseedor debiera ser demandado, sino que la constancia registral impediría que el procedimiento pudiera realizarse a sus espaldas, dada la notificación que era exigido hacerle (art. 131. regla quinta).

En parecido sentido se pronuncia MARTÍN DÍZ (2000:249). Aunque este autor reconoce que la LEC exige la acreditación al acreedor, no deja de señalar que no entiende por qué ha de cargar el tercer poseedor con la responsabilidad procesal de comunicar su situación de dominio al acreedor cuando este último si actúa diligentemente ya ha de tener constancia de dicho suceso con la pertinente consulta registral. Aunque sigue una línea parecida a la de DÍAZ FRAILE, hay que destacar que para este autor no hay, pues, acreditación por la inscripción, sino posibilidad de conocer la situación registral por un acreedor diligente, reconociendo que la dicción de la LEC lleva, sin embargo, a otra solución: la imposición de una carga al tercer poseedor.

(176) Precisamente DÍAZ FRAILE es Letrado de la Dirección General, y no se tome esto como crítica, ya que es completamente lógico que quien ha defendido una tesis la plasme no sólo en sus escritos sino en los dictámenes que pueda realizar. Hacer otra cosa sería una incongruencia.

ORTELLS muestra una cierta contradicción al señalar (2010:419) que “si la adquisición registral de ese bien fue anterior a la ejecución y lo acreditó al acreedor, el tercer poseedor ha de ser demandado junto con el deudor. Si registralmente inscrita la adquisición por el tercero, según consta en la certificación de cargas no se hubiese acreditado al acreedor y no hubiera sido requerido de pago, se le notificará el procedimiento (art. 131.5 LH) para que si le conviniese pueda intervenir en el mismo”; pero más adelante (2010:461) señala que “¿es admisible que el actor pueda afirmar su desconocimiento de la transmisión inscrita registralmente?. Desde el juego de la publicidad del registro que muestra al titular como propietario no es admisible que el acreedor pueda afirmar su desconocimiento, salvo que el acceso al registro hubiese sido posterior al requerimiento”, con cita expresa de la posición de DÍAZ FRAILE.

La SAP Baleares de 17 noviembre 1995, al estudiar la exigencia de que el tercer poseedor haya acreditado su adquisición al acreedor señala que “es evidente que debe pensarse que se está regulando un supuesto de que el tercer poseedor no hubiese inscrito su derecho, pues en otro caso la publicidad registral sería suficiente para acreditar su adquisición”.

IX.3.3.2. Síntesis de la postura de la Dirección General

Entrando en el estudio de la doctrina de la Dirección General, y aun reconociendo la pluralidad de supuestos (177), los argumentos pueden sintetizarse de la siguiente forma:

— Basta tener en cuenta los artículos 132.1 LH y 685 y 686 LEC para “comprobar que es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la Ley Hipotecaria que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas”.

(177) Por ejemplo, en la resoluciones de 13 de septiembre de 2012 y 22 de mayo de 2013 la notificación al tercer poseedor no la había efectuado el Juzgado sino el Registrador; en la de 18 de septiembre de 2013 no se había acreditado que se hubiera inscrito con anterioridad a la demanda, pero tampoco constaba que se hubiera notificado conforme al art. 689 LEC.

— El Registro de la Propiedad “entre otros muchos efectos atribuye el de la eficacia *“erga omnes”* de lo inscrito (cfr. artículos 13, 32 y 34 de la Ley Hipotecaria), de manera que no puede la entidad acreedora –que además es parte– desconocer la adquisición efectuada por el tercer poseedor inscrito, cuando además consta en la propia certificación de titularidad y cargas solicitada a su instancia en el procedimiento”.

— El principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento y el principio registral de tracto sucesivo, trasunto de la proscripción de la indefensión, impide dar cabida a resoluciones judiciales que pudieran entrañar una indefensión procesal patente al titular registral, de modo que cuando el Registrador califica las actuaciones judiciales no está apreciando una eventual tramitación defectuosa, sino poniendo de manifiesto a los jueces la existencia de un obstáculo registral.

— Este principio de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado haya sido parte o haya tenido, al menos, la posibilidad de intervención, en el procedimiento determinante del asiento.

— Aunque haya sido notificado de la existencia del procedimiento no consta su consentimiento ni la pertinente sentencia firme en procedimiento declarativo entablado directamente contra los mismos, requisitos exigidos por el art. 82 LH para poder cancelar su inscripción.

— Cita la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2004 señalando que, si bien dictada de acuerdo con la legislación anterior, es perfectamente aplicable a la actual. La sentencia ha sostenido que la falta de requerimiento de pago determina la nulidad del procedimiento, sin que pueda suplirse con una providencia de subsanación realizada posteriormente al trámite, dado el rigor formal del procedimiento de ejecución hipotecaria. Este criterio es aplicable con mayor razón al procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, tal y como se regula después de la Ley de

Enjuiciamiento Civil de 2001, ya que, en la legislación anterior sólo se exigía el requerimiento de pago al tercer poseedor (cfr. artículo 131.3.^a tercero de la Ley Hipotecaria antes de su reforma por la Ley 1/2000), mientras que en la regulación actual del procedimiento se exige, además, que la demanda se dirija frente a tal tercer poseedor (*vid.* 685.1. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), imponiendo al registrador la obligación de comprobar que se han cumplido los requisitos de la demanda y el requerimiento (cfr. artículo 132 de la Ley Hipotecaria, en su redacción vigente).

— Cita la STC de 8 de abril de 2013 (178) para la que “el artículo 685 LEC establece que la demanda debe dirigirse frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados «siempre que éste último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes», precepto éste que entendido según el artículo 24 CE nos lleva a la conclusión de que la situación de litisconsorcio necesario se produce en todo caso respecto de quien tiene inscrito su título adquisitivo, pues el procedimiento de ejecución hipotecaria no puede desarrollarse a espaldas del titular registral, como aquí ha sucedido, al serlo con anterioridad al inicio del proceso de ejecución hipotecaria. En efecto,... la inscripción en el Registro produce la protección del titular derivada de la publicidad registral, con efectos “erga omnes”, por lo que debe entenderse acreditada ante el acreedor la adquisición desde el momento en que éste conoce el contenido de la titularidad publicada, que está amparada por la presunción de exactitud registral. Esta solución resulta reforzada por lo dispuesto en el artículo 538.1.3 LEC, de aplicación al proceso especial de ejecución hipotecaria ex artículo 681.1 LEC, donde se reconoce la condición de parte al titular de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda, así como por lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, que exige al re-

(178) Esta sentencia es un buen ejemplo de lo que los anglosajones denominan “bad cases”. En el caso de la sentencia el Banco tenía claro conocimiento de la existencia del tercer poseedor, pues el propio Banco aporta en la documentación que acompaña la demanda una certificación registral de la que resulta la existencia del tercer poseedor. El Tribunal Constitucional hubiera podido perfectamente, sin necesidad de realizar interpretaciones constitucionales de la legislación procesal, acudir a su doctrina tradicional de que bastaba el conocimiento de la existencia del tercer poseedor para que fuera requisito imprescindible la interposición de la demanda contra él.

gistrador, a la hora de realizar la calificación del título, que constate si se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento”.

IX.3.3.3. Crítica de la postura de la Dirección General

En mi opinión, esta doctrina de la Dirección General (que ha acogido refrendo incluso del Tribunal Constitucional) parte de una interpretación del art. 132 totalmente desconectada de la regulación de la LEC, ignora la historia del tercer poseedor en la LH, se apoya en una doctrina científica minoritaria, parte de un principio (179) de publicidad material interpretado de una forma desconectada con la jurisprudencia y la legislación, atribuyendo unos efectos al Registro sin base legal alguna y supone, en definitiva, (aunque sea bajo el argumento del “obstáculo registral”) convertirse en una verdadera instancia revisora de las funciones judiciales, de un modo contrario a lo que era la doctrina tradicional de la propia Dirección General.

En las páginas que siguen trataré de exponer esta argumentación en contra de la doctrina antes citada.

IX.3.3.3.1. Los antecedentes históricos

Como reconoce toda la doctrina, la dicción del actual art. 685.1 LEC cuando exige que la demanda ejecutiva se interponga “frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes” no es más que el trasunto del art. 131 LH 1946, que a su vez copia la LH 1909.

(179) Resulta llamativa la proliferación de “principios” hipotecarios. Incluso un autor como GARCÍA GARCÍA, no precisamente parco en su enumeración, no incluía este principio en su listado. Su introducción parece ser debida, en gran medida, a la posición de MANZANO SOLANO.

Hasta la STC de 14 de julio de 1988 (180), toda la jurisprudencia y la doctrina venía entendiendo unánimemente que el tercer poseedor al que se refería el art. 131 LH era un tercer poseedor que tenía su título inscrito en el Registro de la Propiedad.

Por lo tanto, teniendo título inscrito, hay que preguntarse por qué la Ley le exigía para ser sujeto pasivo del requerimiento notarial inicial de pago o del requerimiento judicial posterior(181), que hubiera acreditado al acreedor su adquisición y de dónde procede esta exigencia.

En mi opinión, es claro que esta exigencia procede del procedimiento de ejecución hipotecaria del Banco Hipotecario. Si recordamos lo que hemos señalado anteriormente, la Ley de 1872 exigía al adquirente de la finca la obligación de notificar su adquisición al Banco, y, si no lo hacía, debía pechar con las consecuencias, ya que el Banco se entendería exclusivamente con el deudor o hipotecante inicial.

(180) En el supuesto de hecho de esta sentencia, se trata de un adquirente en documento privado que comunicó al Banco su adquisición. El adquirente comparece en el trámite de lanzamiento y solicita la nulidad de actuaciones. El juez lo acepta apoyándose en el art 240.2 LOPJ. La Audiencia lo rechaza entendiendo que estamos ante un supuesto análogo al de la sentencia definitiva, por lo que no cabía el incidente de nulidad. Para el TC desaparece, ante el conocimiento que tenía el acreedor, el argumento básico aducido relativo a la ineficacia del título adquisitivo que al no constar en el Registro no podría perjudicar su derecho. El auto de adjudicación no se equipara a una sentencia definitiva y cabe decretar la nulidad de actuaciones sin necesidad de recurrir al juicio declarativo ordinario.

GARCÍA GARCÍA (1994:135), en idéntico sentido que el texto en cuanto a la posición de la jurisprudencia, critica la sentencia del TC señalando (p. 197) que el adjudicatario es un extraño al procedimiento que sólo participa en un momento ulterior a aquél en que se han producido los defectos de tramitación y (p. 216) que si los terceros adquirentes en documento público de fecha anterior a la nota marginal pero que inscribieron después de ella se consideran notificados por dicha nota, mucho más los adquirentes en documento privado que ni siquiera se preocuparon en contar con un documento público para su acceso al Registro.

(181) El sistema del art. 131 LH era el siguiente: o había un requerimiento inicial de pago o un requerimiento judicial posterior, si no se había realizado el anterior pero la demanda se dirigía contra el tercer poseedor. Si la demanda no se dirigía contra él (porque no había acreditado la adquisición), una vez se tuviera noticia de su existencia por la certificación de dominio, se le notificaba el procedimiento.

La LH 1909 altera, sin embargo, el sistema; y lo hace en una línea mucho más garantista que la que se derivaba de la Ley de 1872, ya que, no siendo objeto del requerimiento de pago inicial, se establece (y en eso la reforma de 1909 se diferencia enormemente de la Ley de 1872) la necesidad de notificarle una vez conste en autos su titularidad registral mediante la certificación, a fin de darle entrada en el procedimiento.

Parece claro, pues, que la publicidad registral no suponía un conocimiento por el acreedor de la situación que el Registro publicaba. Si en 1872, 1909 y 1946 se entendía que el hecho de la inscripción, que se daba por supuesto, no era bastante para hacer que el procedimiento tuviera que dirigirse, ya desde el inicio, contra el tercer poseedor, tiene que ser, en mi opinión, porque la inscripción no produce por sí sola el efecto del conocimiento por el acreedor.

Lo que hay que preguntarse ahora es qué cambio normativo de tanta trascendencia ha habido para que ahora pueda predicarse no ya un "conocimiento", sino una "acreditación".

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 1988 supone un cambio trascendental, a la luz de la Constitución, del procedimiento. Si el acreedor conoce la existencia de un tercer poseedor que no esté inscrito, el principio de interdicción de la indefensión de quien es propietario, al haber adquirido su dominio extrarregistralmente, hace que ese propietario deba ser demandado, pero no parece que de esta sentencia pueda deducirse que el titular registral ya ha acreditado la adquisición, de suerte que se comprendan en el supuesto de hecho del art. 131 LH tanto el titular registral, por este sólo hecho, como el titular extrarregistral del que el acreedor tiene conocimiento. Ese paso se va a dar, y a mi juicio indebidamente, en la doctrina de la Dirección General y en la sentencia de 2013 citada.

IX.3.3.3.2. El análisis del art. 132 LH

La dicción del art. 132 LH (tras la LEC), por sí sola, no puede justificar la interpretación que se da.

Ya he señalado que pese a que la Dirección General sigue diciendo que se entiende que han acreditado su adquisición los terceros poseedores que existen al tiempo de la expedición de la certificación de dominio y cargas, es imposible que el tercer poseedor que he llamado "intermedio" tenga que ser demandado y requerido de

pago, pese a que de la dicción literal del art. 132.1 LH así parecería deducirse.

Dado que la interpretación literal del art. 132 LH es incoherente, porque conduce a un resultado imposible, parece más lógico interpretar el art. 132 LH en concordancia con el art. 685 LEC, que es el que indica los sujetos procesales y los requisitos con los que han de ser llamados al proceso, y entender, dados los términos “en su caso” que utiliza la LEC, que se está exigiendo un plus al tercer poseedor, una verdadera “carga” jurídica, de modo que cuando el art. 132.1 LH se refiere al tercer poseedor que ha de ser demandado y requerido de pago, se está refiriendo al que, conforme a la LEC, ha acreditado al acreedor su adquisición, extremo que, obviamente el Registrador no puede calificar. En caso de que el tercer poseedor no lo hubiera hecho, y teniendo el Secretario conocimiento de su existencia por la certificación, deberá notificarle la existencia del procedimiento, conforme ordena el art. 689, a menos que queramos interpretar este artículo en el sentido de que su supuesto de hecho es exclusivamente el tercer poseedor intermedio.

Pero la dicción tanto del viejo art. 131 LH como del actual art. 689 LEC (182) nos permite ver que el supuesto de hecho al que se refieren es precisamente a quien era titular al tiempo de iniciarse el procedimiento. ¿Por qué debe entenderse que el supuesto de hecho es éste?. Porque sólo quien era titular registral en este momento (la interposición de la demanda) hubiera podido ser un destinatario del requerimiento de pago. Si la vieja LH y la actual LEC se refieren a un posible requerimiento de pago es, precisamente, porque era titular en el momento de la interposición de la demanda. Si se tratara del que he denominado “tercer poseedor intermedio” es evidente que no hubiera podido nunca ser objeto del requerimiento anterior a la interposición de la demanda, que es al que se refería la LH y se refiere la LEC.

Como señala MONTERO (2009:758) “el desconocimiento por el acreedor de la existencia del tercer poseedor en el momento del inicio del proceso de ejecución puede justificar que la demanda ejecu-

(182) “Si de la certificación registral apareciere que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio no ha sido requerido de pago en ninguna de las formas notarial o judicial, previstas en los artículos anteriores”

tiva no se dirija contra éste, y de ahí que no quepa la declaración de nulidad de actuaciones en este caso”, y sigue diciendo “ahora bien, si el tercer poseedor tiene que ser parte en el proceso de ejecución, y si ha de serlo con todas las facultades propias de esta condición, la comunicación al mismo no puede consistir en una simple notificación de la existencia del proceso, sino de que debe procederse a una verdadera subsanación, lo que supone que debe notificársele la demanda, con traslado de la copia y de los documentos”.

En conclusión, pues, la interpretación que se preconiza es la única capaz de armonizar la LH con la LEC y, tal y como señala la Exposición de Motivos de ésta, con los antecedentes legislativos, con el art. 131 del viejo procedimiento judicial sumario.

IX.3.3.3.3. La doctrina científica y la jurisprudencia

Ya he señalado que un sector de la doctrina científica sostiene la tesis de la Dirección General.

No puede decirse, sin embargo, que sea la mayoritaria, ni que sea la conforme con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Ciertamente, en Derecho puede defenderse una postura, aunque sea minoritaria, pero creo que es razonable exigir a un órgano de tanta trascendencia jurídica como la Dirección General de los Recursos y del Notariado que no realice afirmaciones como las que se contienen en estas resoluciones sobre la doctrina científica (183).

Incluso un autor como GARCÍA GARCÍA, claramente partidario de una extensión de los efectos de la publicidad material del Registro, jamás llegó a conclusiones semejantes. Así (1994:194-195) señala que “respecto al tercer poseedor, éste sólo ha de ser requerido por el acreedor en acta notarial de requerimiento en el caso de que hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble. De todos modos, si su adquisición consta inscrita en el Registro, será notificado en su día por el Juez, si no lo hizo el actor, dado lo dispuesto en la regla 5ª del mismo artículo 131 LH”. Como vemos, el autor parte de que el tercero de la regla 5ª es el que anterior a la iniciación del procedimiento.

GIMENO-BAYÓN (1994:15) considera que “hay base para sostener que la inscripción de su adquisición en el Registro es insuficiente

(183) El mismo ejemplo puede ponerse respecto de las resoluciones de la Dirección General que niegan personalidad jurídica a la sociedad civil.

para provocar el requerimiento pese a que el principio de publicidad permite presumir que es conocida por el acreedor. El análisis sistemático del artículo 131 LH pone de relieve la existencia de dos supuestos diferentes de tercer poseedor: aquel al que se refiere la regla 3.^a, que habrá demostrado su condición al acreedor aunque no conste en el Registro, que deberá ser requerido, y el que menciona la regla 5.^a, al que es indiferente el reconocimiento del acreedor, que debe constar en el Registro, y que deberá ser notificado”, señalando que esta tesis se acoge implícitamente en la STS 10 diciembre 1991.

GONZÁLEZ MALABIA (2000:613) entiende que “la propia sistemática del artículo 131 de la Ley Hipotecaria determina dos supuestos distintos de tercer poseedor. El primero, aquél que ha demostrado su condición de tercer poseedor al acreedor, aunque no conste la inscripción de su título en el Registro de la Propiedad. El segundo, aquél al que es indiferente el reconocimiento del acreedor por cuanto consta inscrito su título en el Registro de la Propiedad. En el primer supuesto, éste ha de ser requerido, bien notarialmente, o bien judicialmente de pago conforme disponen las reglas 3.^a.3 y 4 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. En el segundo, deberá ponerse en su conocimiento la existencia del proceso conforme dispone la regla 5.^a de dicho artículo”.

ARIJA (2002:65) diferencia: si el tercero ha acreditado al acreedor la adquisición del inmueble, debe ser requerido de pago y debe figurar en la demanda ejecutiva como parte ejecutada; si no ha acreditado la adquisición, pero ha inscrito y no ha sido requerido de pago notarial o judicialmente, el art. 689.1 ordena al Juez notificar la existencia del procedimiento al tercer poseedor tan pronto como resulte su existencia de la certificación registral.

GÓMEZ-FERRER (2003:950) entiende también que será necesario que el tercer poseedor hubiera acreditado al acreedor su adquisición y éste tuviera conocimiento de su existencia para que tuviera que ser demandado.

RIVERA HERNÁNDEZ (2004:121-124) entiende que al tercer poseedor que no acredita ante el acreedor su adquisición no hay que demandarlo sino tan sólo notificarle el procedimiento tras la certificación de cargas y que “lo esencial, a los efectos de exigir que la demanda ejecutiva se dirija contra el tercer poseedor (artículo 685 LEC) es el conocimiento de la adquisición por parte del acreedor. Conocida por éste la existencia del “tercer poseedor”, inscrito o no, debe dirigir

la demanda, también, contra él”, aunque hay que reconocer que se pronuncia más adelante con más dudas si hubiera inscrito.

Y, finalmente, MONTERO (2012:694)(184) señala que estamos ante una aparente contradicción entre los arts. 689.1 LEC y 132.1 LH, complicada por el dispuesto en el art. 132.2 LH. La Ley Hipotecaria exige que el tercer poseedor inscrito sea demandado y requerido de pago, esto es, que haya sido parte desde el principio de la ejecución y si no ha sido así el Registrador no procederá a cancelar la inscripción, pero la LEC impone solamente que al tercer poseedor inscrito se le notifique la existencia del procedimiento. “En esta aparente contradicción habrá que acabar por admitir que en la inscripción sin acreditamiento se estará a la aplicación de los artículos 689.1 LEC y 132.2 de la Ley Hipotecaria y en la acreditación con o sin inscripción a los artículos 685.1 de la LEC y 132.1 de la LH”; “el “en su caso” es cuando el tercer poseedor hubiese acreditado al acreedor la inscripción del bien y no en otra ocasión” y (2012:791-792,793) considera que el artículo 132.1.º de la Ley Hipotecaria ha de referirse a los terceros poseedores que han acreditado su adquisición al acreedor, mientras que el número 2.º ha de aplicarse a los que no efectuaron dicha acreditación, incluso aunque hubieran inscrito, ya que si no se entendiera así, los artículos 685.1 y 689.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil quedarían sin posibilidad de aplicarse coherentemente, y concluye que si el tercer poseedor no ha acreditado al acreedor la adquisición del bien hipotecado, pero ha inscrito su título en el Registro, y así se comprueba con la certificación del artículo 688, y ese tercer poseedor no ha sido requerido de pago ni notarial ni judicialmente, nos encontramos ante el supuesto del artículo 689.1, debiendo procederse a notificarle la existencia del procedimiento, que es lo que podrá calificar el registrador, con base en el artículo 132.2.º de la Ley hipotecaria.

Y esta es también la posición de la jurisprudencia.

Así, y para un caso en que se demandaba la nulidad precisamente por no haber sido demandado (sino requerido de pago) el tercer poseedor, la STS de 28 de septiembre de 2009, clamorosamente “olvidada” por la Dirección General señala expresamente que “el acreedor hipotecario no está obligado inicialmente a examinar el contenido del Registro para requerir de pago a cualquier adquirente

(184) Recoge aquí su posición defendida en sus obras anteriores.

de la finca hipotecada, sino únicamente ha de hacerlo a aquél que le “acreditó” la adquisición” (185); esta sentencia cita, a su vez, la

(185) Establece la sentencia en su Fundamento Jurídico Segundo lo siguiente.- El primero de los motivos del recurso acusa infracción de lo dispuesto en el artículo 131,3.ª,3 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 131,4.ª de la misma Ley, al no haberse efectuado requerimiento previo de pago a los demandantes en su condición de “terceros poseedores” de las fincas hipotecadas, realizándose a los mismos simplemente la notificación del artículo 131,5.ª de la misma Ley, que consideran insuficiente a los efectos previstos en la norma. El artículo 131, regla 3.ª, apartado tercero, de la Ley Hipotecaria, en su redacción vigente en el momento de iniciación del proceso de ejecución hipotecaria, disponía que, junto con la demanda, el actor debía presentar “acta notarial justificativa de haberse requerido de pago con diez días de anticipación, cuando menos, al deudor, y también al tercer poseedor de las fincas en el caso de que éste hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble”. A continuación, la regla 4.ª establecía que el Juez reclamará del Registrador de la Propiedad a instancia del actor, certificación comprensiva de determinados extremos y, entre ellos, la “inserción literal de la última inscripción de dominio o de posesión, en su caso, que se haya practicado y se halle vigente”, de modo que si de la certificación del Registro apareciese que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio o de posesión no hubiese sido requerida de pago, se notificará a la misma la existencia del procedimiento para que pueda, si le conviniere, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca, según impone la regla 5.ª; regulación, toda ella, que sustancialmente se mantiene en los artículos 685 y ss. de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000. Así se procedió en el caso presente al llevarse a cabo las notificaciones requeridas respecto de los terceros adquirentes según el Registro, entendiéndose por el contrario los recurrentes que se infringió lo dispuesto por dichas normas ya que resultaba preciso el requerimiento inicial de pago, pese a que no habían acreditado ante el acreedor la adquisición de los inmuebles hipotecados, dado que tal adquisición constaba en el Registro de la Propiedad. Pero no es ésta la interpretación correcta de las normas en cuestión ya que de las mismas se desprende que el acreedor hipotecario no está obligado inicialmente a examinar el contenido del Registro para requerir de pago a cualquier adquirente posterior de la finca hipotecada, sino que únicamente ha de hacerlo a aquél que le “acreditó” la adquisición, exigiéndole la ley simplemente la aportación de su título de ejecución debidamente inscrito (artículo 131, regla 3.ª, apartado segundo, de la Ley Hipotecaria). La sentencia de esta Sala de 3 junio 2004, al tratar sobre la misma cuestión, señala que « el apartado tercero de la regla 3.ª no imponía al acreedor requerir de pago al tercer poseedor a todo trance, sino sólo “en el caso de que éste hubiese

STS de 3 de junio de 2004 que exige al tercer poseedor una conducta positiva consistente en acreditar al acreedor su adquisición, aunque, después, se matice esta afirmación señalando que basta el conocimiento del acreedor de la adquisición para que, bajo sanción de nulidad, deba demandarlo.

IX.3.3.3.4. La publicidad material registral

La doctrina de la Dirección General se basa en una idea de la eficacia de la publicidad registral, la denominada "publicidad material", entendida en un sentido especial: el contenido del Registro es conocido *erga omnes*.

Comoquiera que ya me he ocupado de la materia en un trabajo sobre el "principio de cognoscibilidad legal", solamente quiero ahora sintetizar dos de las conclusiones del mismo.

Si se afirma, contra lo tradicionalmente afirmado por la doctrina, que el principio de cognoscibilidad legal supone una presunción de conocimiento por todos del contenido del Registro, hay que señalar que las presunciones de derecho tienen que estar establecidas por una norma con rango de Ley, y no hay ninguna norma con este

acreditado al acreedor la adquisición del inmueble", conducta positiva a cargo del hoy recurrente de la que, sin embargo, no hay la menor constancia; y la regla 5.^a tampoco imponía en rigor un último requerimiento de pago, sino la notificación de la existencia del procedimiento al último adquirente para que pudiera, si le convenía, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que estuviera asegurada con la hipoteca de su finca; y añade "de ahí que esta Sala haya resaltado la importancia del conocimiento de la adquisición por el acreedor en su sentencia de 21 de diciembre de 2001 (recurso núm. 2391/96); y de ahí, también, que haya declarado reiteradamente que el conocimiento extraprocesal, directo o indirecto, por cualquier medio, de la existencia del procedimiento y de la subasta elimina la indefensión y, con ella, la pertinencia de anular el procedimiento de ejecución (SSTS 11-10-96 en recurso núm. 4016/92, 7-4-97 núm. 288/97, 25-6-97 en recurso núm. 2207/93 y 24-9-99 en recurso núm. 155/95)". 5 En el caso presente, tal conocimiento existió por la propia notificación de la existencia del procedimiento a los terceros adquirentes que pudieron así liberar sus fincas de la ejecución mediante el pago de las responsabilidades a que se hallaban sujetas, debiendo entenderse que la extensión de tal responsabilidad al pago de costas se corresponde con su conducta omisiva al no haber acreditado previamente la adquisición ante el acreedor hipotecario. En consecuencia, el motivo ha de ser rechazado.

rango que permita establecer esta conclusión. Falta así el principal asidero de una presunción de derecho: la existencia de una norma que la establezca.

El principio, por otro lado, entendido así, impediría absolutamente la prescripción ordinaria *contra tabulas*, ya que si se presume que el conocimiento del Registro lo es por todos, no cabe buena fe en el prescribiente. Y es que la buena fe a los efectos de la usucapión viene definida legal y jurisprudencialmente como la creencia de que el transmitente era dueño. Pero incluso la doctrina que sustenta la concepción "ética" de la buena fe afirma que ésta viene determinada por un cierto grado de diligencia en el adquirente. Y la diligencia, que en nuestro caso se integraría por la posibilidad de conocimiento del contenido registral, es incompatible con una presunción de conocimiento. El error, aunque lo califiquemos de inexcusable, se conectaría con la posibilidad de conocer el contenido del Registro. La presunción de conocimiento excluye radicalmente la posibilidad de error. Ambos términos, error y presunción de conocimiento, son incompatibles desde un punto de vista lógico. Desde esta perspectiva, por tanto, jamás cabría la prescripción ordinaria *contra tabulas*, a despecho de una doctrina y jurisprudencia absolutamente mayoritaria. Así, muy recientemente, la STS de 21 de enero de 2014 que afirma taxativamente que el art. 1949 CC ha de entenderse derogado por lo dispuesto por la legislación hipotecaria.

Afirmar que el contenido del Registro no es que se presuma conocido, sino que "es" conocido por todos, exige también una norma especial, que sencillamente no existe; y un efecto como el indicado (al que hace referencia no sólo la Dirección General, sino, como he citado, un sector doctrinal y alguna sentencia de Audiencia) no puede ser "creado" por una inducción doctrinal. Los denominados principios hipotecarios no son sino el condensado de las normas; aun siendo de creación doctrinal o jurisprudencial tienen que tener un apoyo normativo del que, hasta ahora, éste al que me refiero está huérfano.

Pero, además, este afirmado principio es contrario a toda la historia del procedimiento judicial sumario.

Si, como he señalado, se entendió siempre que el tercer poseedor del art. 131 regla quinta era precisamente, y de modo primordial, el tercer poseedor que tenía su título inscrito al tiempo de la interposición de la demanda y, pese a eso, se le exigía una conducta activa,

es decir, si se reconoce que hasta la LEC 2000 la inscripción imponía, además, el acreditamiento, lo que no puede decirse es que, ahora, la inscripción supone el acreditamiento por aplicación del principio de publicidad material, porque supone tanto como decir que la LEC ha supuesto un cambio en el concepto de publicidad material, cuando esta materia le fue absolutamente ajena. Por el contrario, todos los antecedentes legislativos nos muestran que la posición de la LEC es la de recoger casi íntegramente el sistema anterior.

IX.3.3.3.5. El domicilio para notificaciones

Pero, además, la propia LH y la LEC nos muestran que este concepto de publicidad material no funciona en el proceso de ejecución directa contra los bienes hipotecados en un aspecto tan fundamental como el domicilio donde deben hacerse las notificaciones.

El procedimiento judicial sumario fue siempre, en gran medida, un procedimiento pactado o, al menos, requería y requiere para que se pueda seguir dos elementos que nacen de un pacto: el valor de tasación y el domicilio para notificaciones.

La ley de 21 de abril de 1909 regulaba minuciosamente el cambio de domicilio. El deudor podría cambiar libremente el domicilio dentro de la misma población que se hubiera determinado en la escritura o de cualquiera otra que estuviera enclavada en el término (186) en que radicarán las fincas y que servía para determinar la competencia del Juzgado. Pero debía hacerse mediante acta notarial y el cambio debía ser puesto en conocimiento del acreedor. Para un cambio fuera de los lugares indicados se precisaba el consentimiento expreso del acreedor, y así se recogió en el art. 204.1.º del RH de 1915.

El artículo 3 de esta Ley de 1909 terminaba señalando que "todo posterior adquirente de la finca podrá variar el domicilio que encontrare fijado al tiempo de la adquisición, pero sujetándose a las condiciones y requisitos antes expresados, y, en su defecto, quedará subsistente el que aparezca en el Registro".

Este sistema pasa incólume a la LH 1909 y 1946, hasta el punto de que el art. 226 RH establece que "el cambio de domicilio del deudor, en los casos previstos en el citado artículo 130, deberá ser puesto en conocimiento del acreedor hipotecario. Tanto este conoci-

(186) Para el concepto "término" véase GARCÍA GARCÍA (1994:84).

miento como la conformidad necesaria no producirán efecto alguno para la tramitación del procedimiento sumario si no se hubiesen hecho constar por nota al margen de la inscripción o inscripciones correspondientes”.

La cuestión del domicilio no es baladí, pues DÍAZ FRAILE (2000:VII:7,135-136) planteó la posible inconstitucionalidad de las reglas 3 y 5 del art. 131 LH ya que, en su opinión, la notificación en el domicilio pactado y no en el domicilio real que consta en el Registro es causante de indefensión.

En contra de esta tesis, la STS de 23 octubre 1992 (187) (reiterando doctrina ya sentada por la misma Sala) estableció clara-

(187) Establece la sentencia en el fundamento 3.º Que en términos generales no puede considerarse que el seguimiento de dicha regla 5.ª suponga un desconocimiento de la titularidad efectiva y provoque la indefensión por vulneración del principio del art. 24 de la Constitución Española, ya que no es posible que se dé ese riesgo de indefensión o perjuicio, cuando la propia Ley Hipotecaria tiene suficientes medios para poder evitar que cualquier persona interesada, sea tercer poseedor o último titular, que se vea afectado por la existencia de ese procedimiento judicial sumario, no conozca la existencia del mismo a los fines de poder liberar la finca mediante el pago correspondiente de descubierto, en razón a que su domicilio no coincida con el registral que, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 130, el deudor expuso como lugar de recepción de los requerimientos y citaciones correspondientes; y es que esas indefensiones y ese riesgo no son reales por las siguientes previsiones y las posibilidades del art. 130 a) el domicilio que figure en la escritura de préstamo hipotecario, base del procedimiento posterior judicial sumario, será aquel que fije el deudor para la práctica de los requerimientos y notificaciones, en cuyo domicilio naturalmente, se practicará todo aquello que después acontezca al instar este procedimiento especial; b) que ese domicilio es perfectamente posible se pueda cambiar por la propia voluntad del deudor, siempre y cuando se cumpla lo dispuesto en el tercer párrafo de dicho art. 130; c) pero, sobre todo, ese último párrafo, como dice la Sala, es donde se contiene una norma elemental de previsión para evitar ese riesgo o perjuicio de que por no conocer el procedimiento especial sumario, el tercer poseedor o último titular se vea afectado por un procedimiento el cual ignora al no haberse recibido las citaciones en su propio domicilio sino en el que figura en la escritura del préstamo hipotecario o de la hipoteca base del trámite cualificado de este artículo, ya que en efecto en ese precepto se dice que “todo posterior adquirente de la finca podrá variar el domicilio que encontrare fijado al tiempo de la rescisión, pero sujetándose a las condiciones y requisitos antes expresados, y, en su defecto, queda vigente el que aparezca en el registro; en otras palabras puede,

mente que competía al tercer poseedor poner en conocimiento del acreedor hipotecario el cambio del domicilio para notificaciones y requerimientos. Es preciso hacer constar que el requerimiento al

en todo caso, dicho tercer poseedor o último titular inscrito, hacer constar cuando haya adquirido la finca hipotecada cuál sea su domicilio real para que en él se practiquen las citaciones, notificaciones y emplazamientos, de tal forma que si no aprovecha ese tercero esta posibilidad de cambio, se mantendrá, pues, el domicilio registral, circunstancia ésta que permite que dicha persona interesada pueda en todo caso introducir su verdadero domicilio a los fines de evitar repetido riesgo de desconocimiento; todo ello en relación pues con lo acaecido en autos, demuestra la procedencia de ratificar lo resuelto por la sentencia recurrida, ya que jamás por parte de este tercer poseedor se aprovechó esa posibilidad de introducir su domicilio real, por lo cual devienen inconsistentes las afirmaciones al respecto vertidas en el motivo, pues no se ha producido indefensión, ya que se reitera por la Sala se actuó en todo momento ajustándose a lo prevenido en dicha normativa, sino que, además, practicándose las citaciones en el domicilio registral, y habiendo recibido la cédula el pariente más cercano del mismo -yerno del recurrente-, en todo momento, pudo tener conocimiento o constancia de la existencia de dicha venencia, sin que, finalmente sea tampoco atendible o pueda variar el sentido del fallo lo establecido en el art. 25 del Reglamento Hipotecario, por cuanto que aparte de su inferior rango para poder equipar un recurso por la vía de la infracción del ordenamiento jurídico, en todo caso, no hace sino extender las personas legitimadas para recibir las notificaciones y requerimientos a que se contrae este procedimiento especial, y entre ellas, por supuesto, está el tercer poseedor o titular inscrito, cualidad que figuraba a favor del hoy recurrente y sin que, por último, la Sala tenga que variar su decisión y razonamiento por el mero hecho de que no fuese titular de la totalidad de la finca hipotecada sino solamente del 50 por 100, ya que no se veda por ello, esa posibilidad de poder introducir el nuevo domicilio real del titular, por el dato de que al ser solamente titular de la mitad, no pudieran coexistir perfectamente en el registro la dualidad de domicilios, la del deudor ya propietario de la mitad y del nuevo titular propietario de la segunda, por todo lo cual, se añade en pos de la tesis que se declare, que no sólo contradictorio con sus propios actos, sino demostrativo de una elemental dejación en la defensa de sus intereses, resulta la conducta del hoy recurrente, pues, pese a no actuar conforme le permitía esa última previsión legislativa del art. 130, impeditiva del riesgo acusado, ahora, se decide, extemporáneamente, a instar una pretensión acusando de inconstitucionalidad con lo consiguiente nulidad de actuaciones, a un precepto que, por lo razonado no sólo no lo es, sino que, en una interpretación sistemática con los precedentes, contiene remedios suficientes para que cualquier persona diligente, a su socaire, pueda impedir el supuesto quebranto, que, como se dice ahora, se pretende paliar improcedentemente.

tercer poseedor se practicó bajo la regla quinta del art. 131, es decir, cuando constaba por la certificación registral la existencia de un tercer poseedor y su domicilio registral.

Si el principio de publicidad material se hubiera de entender como dice la doctrina antes expuesta, habría de aceptarse el recurso, pero la tesis de la sentencia es que el cambio de domicilio ha de notificarse al acreedor (de nuevo la exigencia de una conducta activa en el tercer poseedor) y hacerse constar por medio de nota marginal.

Para un supuesto exactamente igual, en que el domicilio del tercer poseedor resulta de la certificación registral, la STC de 12 de julio de 2004 establece que "delimitada en los términos indicados la queja de la recurrente en amparo y, por consiguiente, el alcance de nuestro pronunciamiento, ha de desestimarse aquélla sin necesidad de una detenida argumentación, ya que, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ningún reproche puede dirigirse a la actuación judicial cuestionada, pues el requerimiento de pago se llevó a cabo en el domicilio legalmente previsto ex arts. 130 y 131.3 LH, esto es, en el pactado por las partes para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones en la escritura de los préstamos hipotecarios y que figuraba en el Registro, sin que por la ahora demandante de amparo, *que se había subrogado* en los préstamos hipotecarios, se hubiese hecho uso de la facultad de cambiar el domicilio fijado a tales efectos (art. 130 LH)".

Sin embargo, indudablemente parece excesivo (pese a que el RH se muestra en términos categóricos sobre la importancia de la nota marginal para una adecuada tramitación del procedimiento) que cuando se conoce la existencia del tercer poseedor y su domicilio se pueda seguir el procedimiento notificando en el viejo domicilio (si, obviamente, se encuentra dentro del mismo término municipal, ya que si se trata de término distinto, se precisa el "consentimiento" del acreedor).

De ahí que la LEC 2000 (188) mantenga para el deudor o el hipotecante no deudor el mismo sistema tradicional (art. 683.1), pero para el tercer poseedor establezca que (art. 683.3) "a efectos de requerimientos y notificaciones, el domicilio de los terceros adquirentes de bienes hipotecados será el que aparezca designado en la inscripción de su adquisición. En cualquier momento podrá el tercer

(188) Está en trámite ya una importante modificación de esta materia.

adquirente cambiar dicho domicilio en la forma prevista en el número anterior” (es decir, por acta y nota marginal en el Registro) (189). Esos requerimientos serán al tercer poseedor que haya acreditado al acreedor su adquisición (bien en el domicilio que le haya manifestado si se trata de tercer poseedor que no es titular registral, bien en el domicilio registral en otro caso), o, si se tiene noticia de su existencia por la certificación de dominio y cargas, en el que conste en el Registro (190).

No obstante, no puedo dejar de señalar la existencia de una jurisprudencia (SSAAPP Madrid de 2 de octubre 1992, Barcelona de 9 de marzo de 1994, STS de 17 de febrero de 2006 y 2 de febrero de 2007) que establece que si el acreedor conoce el domicilio real del deudor, en él ha de hacer la notificación. Esta doctrina puede tener sentido, bajo la cobertura de la buena fe procesal, cuando el adjudicatario es el propio acreedor; en otro caso, no queda más remedio que recordar la crítica de GARCÍA GARCÍA a la que hacíamos referencia: el Juez y el Secretario actuarán conforme al ordenamiento y el adjudicatario será el perjudicado por una nulidad del procedimiento que no se deriva de ningún acto del propio proceso, que en todo caso se ha seguido conforme a las previsiones legales, sino de la mala fe del acreedor que ha ocultado ese hecho.

IX.3.3.3.6. La eficacia *erga omnes* de la inscripción

La Dirección General parece que apoya este principio de la publicidad material del Registro en la eficacia *erga omnes* del Registro, con base en los arts. 13, 32 y 34 LH. Literalmente, repiten las resoluciones que “el Registro de la Propiedad entre otros muchos efectos atribuye el de la eficacia “*erga omnes*” de lo inscrito (cfr. artículos 13, 32 y 34 de la Ley Hipotecaria), de manera que o puede la entidad acreedora –que además es parte– desconocer la adquisición efectuada por el tercer poseedor inscrito, cuando además consta en la propia certificación de titularidad y cargas solicitada a su instancia en el procedimiento”.

(189) Curiosamente, DÍAZ FRAILE (2000:175) se muestra enormemente crítico con el nuevo sistema de domicilio para notificaciones al tercer poseedor.

(190) En el mismo sentido que en el texto, RIVAS TORRALBA (2001:155).

La proposición es, analizada desde el punto de vista de la lógica de la argumentación jurídica, del tipo de proposiciones: sea A, entonces B. Para que este tipo de proposiciones sea correcto se precisa demostrar la verdad del juicio A (en nuestro caso que el Registro atribuye la eficacia *erga omnes* de lo inscrito) y, además, la existencia de una conexión lógica de tal modo que demostrada la verdad de A se infiere necesariamente B (191). Es decir, salvo que se pruebe la necesaria inferencia, podría ocurrir que A fuera cierta y B cierta (sin relación de inferencia lógica alguna entre ambas afirmaciones), que A sea falsa y B sea cierta o falsa.

De lo dicho hasta ahora creo que se puede deducir que este principio de publicidad material (192) encuentra importantes excepciones precisamente en materia del viejo procedimiento judicial sumario. Es decir, la proposición B es sencillamente falsa, al menos como principio inducido doctrinalmente (193).

Quedaría, por tanto, entrar en un estudio detenido de la proposición A: que el Registro atribuye eficacia *erga omnes* a lo inscrito. Un estudio detenido de la cuestión excede con mucho del ámbito de este trabajo, porque la Dirección General parece acoger la denominada eficacia conformadora, configuradora o cuasiconstitutiva de la inscripción respecto del derecho real, defendida brillantemente por GARCÍA GARCÍA (194).

(191) Esto ("sea A") es lo que diferencia este tipo de proposiciones argumentativas de las del tipo "si A entonces B". En este tipo de proposiciones, A puede darse o no, pero si A se da, entonces necesariamente se da B.

(192) Recordemos que a lo largo del texto he venido insistiendo en la doctrina y la jurisprudencia que nos indica que el contenido del Registro es posible conocerlo, para resaltar ahora cómo no puede deducirse que sea conocido.

(193) Cosa distinta es lo que ocurre con los principios establecidos por ley. La ley puede establecer las excepciones al principio o, con más exactitud, los supuestos en los que el principio no se va a aplicar. Los principios inducidos doctrinalmente no pueden soportar una quiebra de los mismos o un supuesto de hecho que los contradiga.

(194) *Vid.* 1988:583 y ss, 2002:253 y ss. Su contrarréplica se encuentra en GORDILLO, 2001.

Sin ánimo de entrar en esta polémica (195), por exceder con mucho de los límites de este trabajo, sí que hay que señalar que estas normas que aducen las resoluciones establecen la necesidad de que los derechos limitativos consten inscritos para que surtan efecto contra terceros, que los títulos de dominio no inscritos no perjudican a tercero y que el tercero está protegido aunque la adquisición de su transmitente sea nula (si la nulidad no se hace constar antes de su inscripción o no consta anotación preventiva) o se resuelve el derecho de su transmitente en virtud de causa que no conste en el Registro.

Con algunas excepciones, el régimen general en nuestro Derecho es que los derechos reales nacen fuera del Registro de la Propiedad, sin necesidad de la inscripción. Los derechos reales tienen dos características, la atribución de un poder directo sobre la cosa y la absolutividad o eficacia *erga omnes*. Esta absolutividad deriva del carácter que confiere a estos derechos el ordenamiento. Suele incurrirse a veces en un error (en no poca medida producida por la doctrina notarialista al extender la oponibilidad de la escritura pública), cuando se indica que la escritura pública sólo produce efectos *inter partes*. Esta proposición es cierta en el sentido de que las obligaciones que nacen del contrato producen efecto exclusivamente entre las partes; pero el negocio contenido en la escritura puede servir de título para la transmisión o la constitución de un derecho real, y este efecto transmisivo o constitutivo del derecho real (ligado a la escritura en cuanto que ella contiene el negocio y, además, sirve de “modo” que completa la transmisión o la constitución) es el que surte efectos no sólo entre las partes sino respecto de terceros. Una vez nacido el derecho real produce efectos ya frente a todos.

La inscripción en el Registro de la transmisión o de la constitución de los derechos reales (en los supuestos en que no es constitutiva) es evidente que produce importantes efectos. Permite al adquirente inscrito desconocer transmisiones o constituciones de derechos rea-

(195) El propio GARCÍA GARCÍA señala que el máximo argumento contrario contra su tesis es la admisión del monismo hipotecario, y ya me he posicionado como monista en la obra “El embargo y la titularidad de los bienes embargados”, publicada por Dykinson, y en “Monismo y dualismo hipotecario en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, publicada por Tirant lo Blanch y accesible en la página notariosyregistradores.com.

les que no hayan llegado al Registro (196) (siempre, en mi opinión, si adquieren con los requisitos del art. 34 LH) y le atribuye presunciones de existencia del derecho (con importantes repercusiones procesales y sustantivas, defensivas y ofensivas).

Pero la inscripción no añade al derecho real ya existente ninguna eficacia *erga omnes* que antes no tuviera, no aumenta para nada el círculo de personas afectadas por el derecho real o, más exactamente, frente a los que pueda alegar su existencia (197).

La inscripción lo que le permite es impedir que, con posterioridad a su adquisición, pueda surgir un tercero protegido, él sí, por la fe pública registral.

La inscripción, pues, no tiene una mera eficacia publicadora (198) de algo existente. Lo que estos artículos hacen es proteger al tercero que contrata confiado (199) en lo que el Registro publica, e impide que pueda resultar con posterioridad un tercero protegido.

La inscripción tiene una eficacia protectora respecto del pasado (que no le pueda ser alegada al tercero que inscribe la alteración de la realidad jurídica ya producida, pero que no ha accedido al Registro) e impeditiva (y por tanto, protectora) respecto del futuro, pero no conforma el derecho real (en el sentido de que le da un efecto ínsito en la nota del derecho real que antes no tenía) ni lo convalida (la convalidación es un término que suele ir ligado a algún tipo de ineficacia).

No tiene, pues, una eficacia cuasiconstitutiva respecto de terceros, no se es propietario respecto a todos pero no respecto del ter-

(196) Una importantísima excepción introducida por la jurisprudencia es la relativa a las servidumbres aparentes “que hieren la vista”, por la vía de entender que ello elimina la buena fe. Resulta entonces que si el vendedor exhibe al comprador una certificación registral o una nota registral informativa, en donde la finca figura libre de cargas, el Tribunal Supremo se encarga de decirle al comprador que eso no es suficiente para adquirir libre, que, además, hubiera debido ir a examinar la finca para poder comprobar por sí que no existe servidumbre aparente.

(197) Pensemos en el caso de la tercería de dominio, en que el tercerista puede apoyarse en el título, siempre que presente ciertas características documentales, y sin que su alegabilidad venga condicionada por inscripción alguna.

(198) En realidad, tampoco GORDILLO limita a esto y a la “creación de una apariencia” los efectos de una inscripción.

(199) Esta es la terminología habitual, aunque creo que es preferible utilizar el término “amparado”.

cero que inscribe: es un propietario que se ve privado de su derecho por mor del principio de seguridad jurídica del tráfico inmobiliario que nuestro sistema registral supone. No hay “relatividad” (200) alguna respecto del tercero registral

Pero ni aun entendida la eficacia de la inscripción del modo en que lo hace la Dirección General, estas normas que se citan permiten poder afirmar que el contenido del Registro es conocido (201). La inscripción permite a los que inscriban conocer el contenido registral anterior, que les es oponible, y, específicamente para el procedimiento de ejecución directa la nota de expedición de la certificación de dominio y cargas sirve a todos los que inscriban con posterioridad como notificación (art. 132.2 LH), pero no existe ninguna norma que indique, sino todo lo contrario, que la inscripción ulterior hace que los titulares de algún derecho que hubieran inscrito con anterioridad tengan conocimiento de la inscripción posterior (202).

IX.3.3.3.7. La constitución de la relación jurídico procesal, la indefensión y la nulidad del procedimiento

La doctrina defendida por la Dirección General supone, en mi opinión, una revisión por un órgano de la Administración Central de la correcta constitución de la relación jurídico procesal.

Comienzan las resoluciones afirmando el principio de protección jurisdiccional de los derechos (extremo que nadie discute); continúa afirmando el principio de proscripción o interdicción de la indefen-

(200) En realidad, más que de “propiedad relativa” al modo de GARCÍA GARCÍA, deberíamos hablar de “propiedad cuántica”: se es y no se es al mismo tiempo, y, por el contrario, los derechos reales o lo son respecto de todos o no lo son. *Tertium non datur*. Mientras redactaba este trabajo, publiqué en la revista informática notariosyregistradores un artículo sobre “Dualismo hipotecario y pérdida del dominio” en el que desarrollo esta “precisión terminológica” sobre relativismo y propiedad “cuántica”.

(201) Contrástese con el sistema del Código Civil alemán o el italiano donde, pese a la naturaleza y eficacia de la inscripción, existen presunciones legales de conocimiento del contenido registral o de inalegabilidad del desconocimiento.

(202) Y ello sin perjuicio de que en ocasiones (por ejemplo, el ejercicio del derecho de opción inscrito, o, después de las resoluciones de la DGRN sobre el tema, el ejercicio de la denominada condición resolutoria) el que quiera deducir una pretensión ante los Tribunales deba demandar al titular registral y, por tanto, tomar noticia de él.

sión procesal que, afirma, "limita los efectos de la cosa juzgada" (como si en el proceso de ejecución directa de los bienes hipotecados se aplicara la cosa juzgada, cuando la constitucionalidad del sistema ha sido salvada por el Tribunal Constitucional precisamente alegando la ausencia de cosa juzgada y la remisión a un declarativo posterior), y señala que "el principio del tracto sucesivo, que no es sino un trasunto de la proscripción de la indefensión, impide dar cabida en el Registro a resoluciones judiciales que pudieran entrañar una indefensión procesal patente del titular registral", señalando, después, que ello "no supone apreciar una eventual tramitación defectuosa (que no compete al registrador determina), sino la puesta de manifiesto por éstos de la existencia de un obstáculo registral" (203).

Para la doctrina de la Dirección General existe, pues, una situación de litisconsorcio pasivo necesario (así, específicamente, se califica la situación procesal por la STC de 8 de abril de 2013 (204), que sigue la doctrina de la Dirección General).

Como ya he señalado, el litisconsorcio pasivo necesario es una figura de creación jurisprudencial, normal (pero no exclusivamente) alegable y apreciable en los juicios de carácter declarativo, que ha sido acogida en el art. 12 LEC 2000. Con independencia de cual es el fin perseguido por la figura, (ya que no hay unanimidad ni doctrinal ni jurisprudencial en torno a su fundamento) de la existencia del

(203) La tesis, ciertamente, no es novedosa. Así la RDGRN de 17 de febrero de 1993 señaló que el principio de tracto sucesivo exige para inscribir cualquier acto, bien que sea otorgado por el titular registral, bien que sea dictado por la autoridad judicial en el correspondiente juicio o expediente, siempre que en él sea parte precisamente el titular registral; y por eso "incluso las resoluciones judiciales están sujetas a calificación registral con el fin de que el titular registral no sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal".

(204) Esta sentencia cita, además, como argumento el art. 538.1.3 LEC, entendiendo que es de aplicación al proceso de ejecución directa de los bienes hipotecados y con carácter imperativo, con olvido, en mi opinión, de que las normas generales de la ejecución son de aplicación en la medida en que no son excepcionadas por las normas especiales, como ocurre con el tercer poseedor, ex. 685 LEC. Precisamente por esa razón el art. 538 LEC no había sido tomado con anterioridad como base argumentativa por la Dirección General, citándose en los "Vistos" solamente a partir de la resolución de 10 de julio de 2013.

litisconsorcio pasivo necesario se deriva la nulidad de la relación jurídico procesal. Y la concurrencia del litisconsorcio pasivo necesario puede y debe ser apreciada de oficio (STS 4 de julio de 1994, 22 de julio de 1995, 5 de noviembre de 1996, 18 de mayo y 16 de octubre de 2006 y STC de 12 de junio de 1986) por el órgano jurisdiccional por tratarse de un presupuesto de orden público del proceso, declarando la nulidad de las actuaciones y retrotrayendo las actuaciones al momento procesal oportuno.

Si esto es así, se diga lo que se diga, que el Registrador deniegue la inscripción de la adjudicación supone apreciar una tramitación procesal defectuosa, imputando a la autoridad judicial (*rectius*, y desde la reforma de la LEC de 2009, al Secretario judicial), que es quien debe velar por la correcta constitución de la relación jurídico procesal, la omisión de las formas esenciales del procedimiento y no un mero “obstáculo registral”.

El Juez conoce la existencia del tercer poseedor por la certificación de dominio que se solicita en el procedimiento y, pese a eso, se continúa por el Secretario con la tramitación procesal, colocando al tercer poseedor en una situación de indefensión procesal, al decir de la tesis que se combate.

Y esta tesis que se discute supone una alteración en esta materia de la doctrina tradicional de la Dirección General.

La ya centenaria resolución de 28 de noviembre de 1904 indicaba que los trámites judiciales y los fundamentos de la sentencia quedan fuera de la calificación y sometidos exclusivamente a la autoridad y rectitud de los Tribunales, los cuales, dentro de su esfera propia y bajo su responsabilidad son los llamados a reglar el orden del procedimiento con arreglo a las Leyes.

Mucho más cerca en el tiempo, la resolución de 13 de febrero de 1992 señaló que “la obligación general de cumplir las resoluciones judiciales exige que el Registrador limite su calificación sobre las resoluciones judiciales al exclusivo fin de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si en el procedimiento objeto de la resolución no ha tenido *la intervención prevista por la Ley* (cursiva mía) en las condiciones mínimas exigidas, según el caso, para conseguir que el titular registral no sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal y en este sentido –como una garantía más del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva– debe ser entendido el artículo 100 del Reglamento Hipotecario en congruen-

cia con los artículos 1, 20 y 40 de la Ley. En modo alguno puede el Registrador ir más allá y, al calificar determinada resolución dictada por el órgano judicial competente para resolver en procedimiento adecuado entablado contra el titular registral, enjuiciar si los razonamientos jurídicos por los que el juzgado concluye su fallo son ajustados a Derecho o si el fallo ha de ser tachado de ilegal, aunque limite esta tacha a los efectos registrales. *No es, entonces, ya el Registrador sino el titular registral, parte en el procedimiento, a quien incumbe, por los medios procesales oportunos la defensa contra la posible ilegalidad*" (cursiva mía).

Y más recientemente, la RDGRN de 1 de marzo de 2013 (205), señala que "el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y Tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los registradores de la Propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido citados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria".

Pues bien, la STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 16 de abril de 2013, declaró, con referencia expresa a esa resolución (206): "esta doctrina, sin embargo, ha de ser matizada, pues tra-

(205) Con cita de las resoluciones de 7 de noviembre de 2002, 2 de junio de 2006, 16 de julio de 2010 y 3 de marzo de 2011.

(206) Y al punto 5 de la resolución que indicaba que "de esta forma, aunque los titulares registrales en el momento de la iniciación de tal procedimiento fueran citados, no se puede dejar indefensos a los titulares actuales, los cuales deberían haber sido advertidos oportunamente de la situación existente –lo que en consecuencia, hubiera evitado su indefensión– si la demanda se hubiera anotado preventivamente, tal y como previene el artículo 53.2 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y artículo 67 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (Sentencia del Tribunal Constitucional 192/1997, de 11 de noviembre). Esta actuación preventiva de situaciones oponibles a terceros futuros, en concre-

tándose de supuestos en los que la inscripción registral viene ordenada por una resolución judicial firme, cuya ejecución se pretende, la decisión acerca del cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal, así como de los relativos a la citación o llamada de terceros registrales al procedimiento jurisdiccional en el que se ha dictado la resolución que se ejecuta, ha de corresponder, necesariamente, al ámbito de decisión jurisdiccional. E, igualmente, será suya la decisión sobre el posible conocimiento, por parte de los actuales terceros, de la existencia del procedimiento jurisdiccional en el que se produjo la resolución determinante de la nueva inscripción. Será pues, el órgano jurisdiccional que ejecuta la resolución de tal naturaleza el competente para –en cada caso concreto– determinar si ha existido –o no– la necesaria contradicción procesal excluyente de indefensión, que sería la circunstancia determinante de la condición de tercero registral, con las consecuencias de ello derivadas, de conformidad con la legislación hipotecaria; pero lo que no es aceptable en el marco constitucional y legal antes descrito, es que –insistimos, en un supuesto de ejecución judicial como aquél en el que nos encontramos– la simple oposición registral –con remisión a los distintos mecanismos de impugnación de la calificación–, se conviertan automáticamente en una causa de imposibilidad de ejecución de la sentencia, pues los expresados mecanismos de impugnación registral han de quedar reservados para los supuestos en los que la pretensión registral no cuenta con el indicado origen jurisdiccional. Sólo, pues, en tal situación –esto es, analizando de forma particularizada cada caso concreto– podrá comprobarse por el órgano jurisdiccional la posible concurrencia de las causas de imposibilidad de ejecución de sentencia contempladas en el artículo 105 de la LRJCA, pues se trata, esta, de una indelegable decisión jurisdiccional que necesariamente ha de ser motivada en cada caso concreto».

to la declaración de nulidad de licencia de obra, ha preocupado al legislador que, como dice la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, añade medidas de publicidad como la incorporación al Registro de la Propiedad a fin de que los futuros adquirentes de inmuebles conozcan la situación litigiosa en que se encuentran. El reforzamiento legal se ha traducido en una reforma que ha hecho obligatoria la anotación preventiva de la interposición de recursos contencioso-administrativos que pretendan la anulación de actos administrativos de intervención (*vid.* artículo 53 Texto Refundido de la Ley de Suelo)».

En mi opinión, pues, y de conformidad con lo que he señalado anteriormente, corresponde al órgano que dicta la resolución final aprobatoria de la tramitación del proceso y de adjudicación del bien al rematante examinar si el tercero registral ha tenido el acceso al proceso, si la intervención es la prevista por la Ley de Enjuiciamiento Civil y, si entiende que eso no se ha producido, promover la declaración de nulidad del procedimiento; en definitiva, apreciar, como es de su competencia, y, además, de carácter exclusivo, si está correctamente constituida o no la relación jurídico procesal (207), pero no le corresponde a un órgano de la Administración Central del Estado declarar sin hacerlo expresamente (y aunque sea bajo la cobertura argumental del obstáculo del Registro) la nulidad de un proceso judicial y la indefensión de un titular registral que, notificado de la existencia del proceso, tuvo ocasiones sobradas (y ahora, tras la LEC, no cabe duda alguna) para pedir la nulidad del procedimiento si entiende que se le ha situado en situación de indefensión.

Fijémonos que así como ni siquiera la autoridad judicial puede de oficio, y sin audiencia de las partes, declarar la nulidad de las actuaciones procesales, la Dirección General pretende que un funcionario público como es el Registrador de la Propiedad pueda realizarlo, sin audiencia real de nadie.

Es cierto que la Dirección General se cuida mucho de no declarar jamás directamente la nulidad de las actuaciones procesales.

(207) El art. 240 LOPJ establece que “1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales. 2. Sin perjuicio de ello, el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular”. En el mismo sentido, art. 227 LEC.

Sobre la declaración de nulidad de las actuaciones en el proceso de ejecución, véase el art. 562 LEC.

Queda hoy claro, pues, que en cualquier proceso judicial (y el de ejecución directa sobre bienes hipotecados lo es) puede el interesado solicitar la nulidad de actuaciones.

Cita la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, como si de la existencia de esta figura no se derivara necesariamente la nulidad procesal.

Cita reiteradamente la interdicción de la indefensión procesal (a la que califica, además, de "patente") y señala curiosamente que la notificación de la existencia de la notificación no supone ni su consentimiento ni "la pertinente sentencia firme en procedimiento declarativo entablado" contra el mismo, con olvido de que el tercer poseedor tiene intervención en el procedimiento una vez se le ha realizado la notificación; con olvido del alcance que esta intervención tiene; y con olvido de que la efectiva indefensión a que hace referencia el art. 240 LOPJ le corresponde al tercer poseedor denunciarla. Se convierte así en defensor de un interés privado que ha podido ser defendido por su titular adecuadamente en el procedimiento.

El "obstáculo registral" existe, efectivamente, cuando el titular registral ha sido omitido absolutamente del procedimiento, pero supone, en mi opinión, una revisión de las facultades que en el proceso corresponden al Secretario, calificar la actuación procesal *cuando al Registrador le consta la notificación al tercer poseedor*. (208). El Registrador puede y debe calificar si este tercer poseedor ha sido notificado de la existencia del procedimiento, pero una vez le conste este hecho, la calificación de la correcta constitución de la relación procesal y de la interpretación de la norma procesal le corresponde en exclusiva a la autoridad judicial.

Por lo tanto, y de conformidad con la argumentación expuesta, en mi opinión, al tercer poseedor que tiene su título inscrito en el Registro de la Propiedad al tiempo de interponerse la demanda ejecutiva pero que ha omitido la acreditación de su adquisición al acreedor no hay que demandarle.

Y, también de conformidad con lo expuesto, el tercer poseedor, haya inscrito su título o no, ha de ser demandado solamente si ha acreditado su adquisición al acreedor.

Como señala MONTERO (2012:798) la falta de la demanda implica la nulidad porque impide que la relación jurídico procesal quede correctamente constituida desde el primer momento y la notificación ulterior, pese a sus efectos, no suple ese defecto.

(208) Cuestión distinta es que, en determinados casos contemplados por las resoluciones, esta intervención no haya tenido lugar.

Esta posición me parece razonable, pero creo que debe ser matizada. Si el tercer poseedor (en este caso inscrito) es notificado con posterioridad, y no se persona en el procedimiento o se persona y no alega la nulidad de actuaciones (alegando y probando que había acreditado al acreedor su adquisición), llegado el momento de la adjudicación lo que no parece razonable es que pueda alegar ahora la deficiente constitución de la relación jurídico procesal para pretender la nulidad del procedimiento en perjuicio de un adjudicatario para quien el proceso ha sido regularmente seguido. Si puede entenderse que ha habido mala fe procesal por parte del demandante que oculta la existencia de un tercer poseedor del que tiene conocimiento, tampoco podrá decirse que hay buena fe procesal en quien pudiendo concurrir en el procedimiento no lo hace o lo hace pero no alega oportunamente los defectos procesales y deja llegar el proceso a la adjudicación.

X. REFLEXIONES FINALES

Como ya anunciaba al comienzo de este trabajo, el mismo tenía como finalidad principal la crítica de la reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (y de la doctrina del Tribunal Constitucional que, sencillamente, la ha copiado) sobre la posición procesal del tercer poseedor de finca hipotecada que consta inscrito en el Registro de la Propiedad al tiempo de interponerse la demanda que da lugar a la ejecución directa del crédito garantizado con hipoteca sobre los bienes hipotecados.

Con independencia de la crítica que esta doctrina pueda merecer, y que he tratado de reflejar en el texto con el máximo respeto posible al órgano del que parte, el examen del problema nos pone claramente de manifiesto la escasísima preocupación que han mostrado los autores de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 por las posiciones procesales del tercer poseedor de la finca hipotecada.

Puede afirmarse sin rubor que la relación entre proceso y Registro es una de las que más dificultades presenta hoy precisamente por la escasa preocupación que las normas procesales le dedican, y, acaso, por el desconocimiento de la dinámica registral y los problemas específicos que plantea.

La regulación que se contiene en la Ley Hipotecaria sobre el tercer poseedor atiende a un juicio ejecutivo ordinario carente absolutamente de regulación de la figura y procedente, en gran medida, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, sin que la Ley rituarial de 1881 abordara ninguno de los problemas que planteaba la interrelación entre las dos normativas.

Quizás movidos por la realidad de que el procedimiento más empleado por los grandes acreedores es precisamente el judicial sumario o de ejecución directa, se deja en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil sin reformar la deficientísima regulación de la posición en el procedimiento ordinario de ejecución dineraria, con todos los problemas que tradicionalmente ha planteado: el momento oportuno del requerimiento de pago, la procedencia del embargo del bien hipotecado, la anotación preventiva de embargo; y ello hasta el punto de que se elimina la definición que nos podía brindar la Ley Hipotecaria del tercer poseedor, manteniendo referencias a artículos cuyo contenido se deroga, o a otorgamientos de escritura pública ya fenecidos.

Cuando se promulga la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, ya era conocida la posición del Tribunal Constitucional sobre el tercer poseedor que no estaba inscrito en el Registro de la Propiedad y ya se adivinaba la preocupación constitucional y judicial por la protección de los derechos del consumidor. El legislador ha preferido limitarse a un "copiar y pegar" el viejo art. 131 LH con olvido de todos los problemas (incluso de índole constitucional) que planteaba, y que ya venían siendo anunciados por la doctrina. La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las cláusulas abusivas y la doctrina del Tribunal Supremo sobre la cláusula suelo y sus consecuencias sobre la determinación del saldo han dado un golpe de gracia a un procedimiento que había servido para el desarrollo del crédito hipotecario y con la posibilidad de acceso a la vivienda a un coste razonable a varias generaciones de españoles.

Se hace, pues, absolutamente precisa una modificación del sistema procesal. Uno de los problemas principales, pero no obviamente el único, es el de la necesidad o no de demandar al tercer poseedor con título inscrito. Salvo que se quiera modificar profundamente el sistema registral español, una solución vendría dada por la necesidad de acompañar a la demanda una certificación registral expedida con la antelación que se precise, solicitada específicamente con la finalidad adecuada y que provocara, si no un cierre registral, un

efecto específico en el que inscribiera en un plazo razonable a partir de su expedición (y ello para el caso de que eso ocurriera, ante el aviso de que el procedimiento está en marcha). Eso serviría para diferenciar adecuadamente las posiciones procesales del tercer poseedor, según el momento en que se haya adquirido.

Pero sea cual sea la solución que se dé, lo que no puede seguir sucediendo es que proceso y Registro sigan dándose la espalda, sin una visión unitaria de las relaciones entre las dos figuras.

Antes he dicho que uno de los problemas que se plantean es el que ha dado motivo a este trabajo. Obviamente no es el único. Baste ahora apuntar la extensión del control registral sobre el procedimiento y las resoluciones judiciales, y plantear de una vez el delicado tema de la necesaria protección del propietario y sus relaciones con un adjudicatario de los bienes, en definitiva, si el adjudicatario tiene la condición de tercero respecto del proceso y debe estar protegido o no. Solamente quien se dedica de modo profesional a adquirir bienes en subasta o créditos garantizados con hipoteca y ya en ejecución puede afrontar los enormes riesgos que se corren con el sistema actual en que el adjudicatario no es un tercero protegido por la fe pública registral. Lo que carece de sentido es introducir la figura de la hipoteca del derecho de remate y después dejar al rematante (y a su acreedor hipotecario) inerme frente a las nulidades procesales que se hayan podido producir (y más si, como resulta de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, eso se produce como consecuencia de una mala fe del acreedor ejecutante por conocer la existencia de un tercero, mientras que, por otro lado, el Tribunal Supremo protege al "subastero" frente a usucapiones contra tabulas consumadas, cuando fácilmente pudo conocer la situación de hecho de la finca).

Una reforma del proceso de ejecución del crédito con garantía hipotecaria debiera realizarse con una unidad de criterio y de regulación, con atención a los problemas reiteradamente planteados en la práctica ya centenaria, y volviendo curiosamente a las viejas ideas que motivaron las reformas del siglo XIX: proteger la dinámica conflictual del crédito hipotecario (con el necesario respeto a los intereses de los titulares de los bienes) supone, en definitiva, facilitar un flujo de crédito que tan necesario es para el desarrollo de la economía y, en definitiva, para el crecimiento económico, con todas las consecuencias que eso supone.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, P.: *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*. Editorial Comares, Granada, 1999.
- AMORÓS GUARDIOLA, M.: "La publicidad registral de los préstamos hipotecarios", en "Hipoteca y seguridad jurídica", Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991.
- ARIAS RAMOS, J.: "La doctrina de la *"conventio"* y el origen de la hipoteca romana". *RDP*. Año XXVII, número 313, abril, 1943, p.213-223.
- ARIJA SOUTULLO, C.: *El tercer adquirente de bienes hipotecados*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002.
- BARBANCHO TOVILLAS, F. J.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinados por FERNÁNDEZ BALLESTEROS, RIFÀ SOLER y VALLS GOMBÁU. Atelier, 2000, tomo III.
- BONARDELL LENZANO, R. y CÁBANAS TREJO, R.: "Hipotecas que flotan y dogmas que se hunden: (sobre la inscripción de los créditos garantizados con hipoteca). *Diario La Ley*. Núm. 7044, 2008.
- CACHÓN CADENAS, M.: "El embargo", Librería Bosch, Barcelona, 1991.
- CAFFARENA LAPORTA, J.: *Comentario al Código Civil*. Ministerio de Justicia, 1991, tomo II.
- DE LA CÁMARA, M.: "Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real". *RDP*. Año XXXIII, número 386, mayo, 1949, pp.377-422.
- CAMPUZANO Y HORMA, F.: *Legislación hipotecaria*. Ed. Reus, SA, Madrid, 1925.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*. Editorial Aranzadi, 1975, volumen VI.
- CARRERAS LLANSANA, J.: "El embargo de bienes". José María Bosch Editor. Barcelona, 1957.
- CLEMENTE MEORO, M.: "El tercer poseedor de bienes hipotecados como tercero adquirente". *RCDI*, núm. 579, 1992, pp. 11255-11327.
- CONTALES E IBÁÑEZ, N.: *Legislación hipotecaria española*. Granada, 1875, tomo II.
- COUTURE, E. J.: "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Roque Desalma Editor, Buenos Aires, 1958.
- DÍAZ FRAILE, J. M.^a: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART. EDERSA, 2000, tomo VII, volumen 7.
- *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.
- DÍEZ GARCÍA, H.: *El tercer poseedor de finca hipotecada*. Aranzadi Editorial, 1998.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, tomo III.
- ERDOZÁIN LÓPIEZ, J. C.: *Anotación preventiva de embargo, prelación de créditos y transmisiones a terceros*. Thomson Reuters, 2009.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Aranzadi Editorial, 2001, tomo II.

- FEBRERO NOVÍSIMO, o Librería de jueces, abogados y escribanos. Valencia, 1829, tomo Quinto.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Iurgum Editores. Barcelona, 2000, tomo II.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *Derecho Privado Romano*. Iustel, 2008.
- FUENTES SORIANO, O.: *El proceso de ejecución hipotecaria*. Editorial EDIJUS, 1998.
- FUENTESECA, M.: *Pignus e Hypotheca en su evolución histórica*. Andavira Editora. Santiago de Compostela, 2013.
- GALINDO, L. y DE LA ESCOSURA, R.: *Comentarios a la Legislación hipotecaria de España y Ultramar*. Madrid, 1884, tomo V.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho Registral Inmobiliario o Hipotecario*. Editorial Civitas. Madrid. 1988.
- *Comentario al Código Civil*. Ministerio de Justicia, 1991, tomo II.
 - *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*. Editorial Civitas, SA, Madrid, 1994.
 - *Derecho Registral Inmobiliario o Hipotecario*. Tomo III. Editorial Civitas. Madrid. 2002.
- GIMENO-BAYÓN COBOS, R.: "Notificaciones en el procedimiento de apremio del artículo 131 de la Ley Hipotecaria", en "Práctica hipotecaria. Procedimiento judicial sumarios. Art. 131 de la Ley Hipotecaria". Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1994.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, J. J.: "La intervención del tercer poseedor no demandado en juicio ejecutivo ordinario. La tercería registral". *RJN*, abril-junio, 1993.
- GÓMEZ GARZÁS, J.: "Posibles vestigios de la *lex commissoria in causam obligationis* en el *pignus*". *Revista General de Derecho Romano*, 17, 2011, pp. 1-17.
- GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V.: *Derecho Procesal Civil*. Volumen I (por GÓMEZ ORBANEJA). Madrid, 1976.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: "La hipoteca", en *Instituciones de Derecho Privado*, coordinadas por DELGADO DE MIGUEL. Tomo III, Reales, volumen 3.º. Thomson Civitas, 2003.
- GONZÁLEZ MALABIA, S.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1999". *CCJC*, abril-septiembre, 2000.
- GORDILLO CAÑAS, A.: "La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)". *ADC*, tomo LIV, fascículo I, 2001, pp.5-236.
- GUILARTE ZAPATERO, V.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO). EDESA, 1990, tomos XV-2 y XXIII.
- *Comentario al Código Civil*. Ministerio de Justicia, 1991, tomo II.
- GUASP DELGADO, J.: *La pretensión procesal*. Editorial Civitas S.A., 1981.
- *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*. Editorial Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1951.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *Los créditos hipotecarios*. Reus, Madrid, 1977.

- Leyes hipotecarias y registrales de España. Publicación del Centro de Estudios Hipotecarios. Editorial Castalia, Madrid, 1989, citada como "Colegio".
- LÓPEZ HUGUET, M. L.: "Una aproximación a la problemática romanista en torno al instituto de la *fiducia cum creditore*". *Revista General de Derecho Romano*, núm. 2, 2004, pp. 1-56.
- LÓPEZ LIZ, J.: *El procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1998.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1891.
- MARTÍN DÍZ, F.: *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Editorial Comares, Granada, 2000.
- MAYNIZ, C.: "Curso de Derecho Romano". Jaime Molinas, Editor. Barcelona, 1888, tomo II.
- MONTERO AROCA, J.: *Procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- *Tratado de ejecuciones hipotecarias*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MORELL Y TERRY, J.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*. Hijos de Reus, editores, Madrid, 1917.
- ORTELLS RAMOS, M.: *Proceso Civil Práctico*, dirigido por V. GIMENO SENDRA. Editorial La Ley, mayo, 2010, tomo VIII-1.
- PANISELLO MARTÍNEZ, J.: *La ejecución hipotecaria. Análisis, procedimiento, ejecución y formularios*. Director, F. J. SOSPEDRA NAVAS. Thomson-Reuters, 2009.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I.: "El título del crédito hipotecario: inscripción y ejecución (alcance de la reforma introducida por la Ley 41/2007)", en "Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario. Consejo General del Notariado. 2008, pp.165-204.
- PRIETO-CASTRO, L.: *Derecho procesal civil. Primera parte*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1964.
- REY PORTOLÉS, J. M.: "Comentario a la Resolución de la DGRN de 13 de abril de 1982 (BOE del 3 de junio)", en "Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo". Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.
- RIVAS TORRALBA, R.: *Aspectos registrales del nuevo proceso de ejecución*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2001.
- RIVERA HERNÁNDEZ, M.: *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*. Editorial Dilex SL, 2004.
- ROCA SASTRE, L. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1998, tomos VII, VIII y IX.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, G. y TRIGO PORTELA, F.: "Relaciones entre el embargo y el Registro de la Propiedad", *Revista Práctica de Tribunales*, núm. 25, marzo 2006.

- RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: *Fiducia y pacto de retro en garantía*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, SA, Barcelona, 1998.
- SABATER MARTÍN, A.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Iurgum Editores. Barcelona, 2000, tomo II.
- SARMIENTO RAMOS, J.: *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. Madrid, 1993.
- TEILLEFER DE HAYA, H.: "La ejecución hipotecaria, fiadores/avalistas, acumulación de acciones: posibles opciones del acreedor hipotecario y resoluciones judiciales al respecto". *Noticias Jurídicas*, noviembre, 2012.
- TENA ARREGUI, R.: "Hacia un nuevo Derecho Hipotecario", en *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario*. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario. Consejo General del Notariado. 2008, pp.4-44.
- TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M.^a: *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*; dirigidos por J. GARBARI LLOBREGAT. Ed. Bosch, SA, Barcelona, 2001.
- ZAMORA MANZANO, J. L.: "Algunas reflexiones sobre la *lex commissoria* y su prohibición ulterior en el *pignus*". *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*. Núm. 54-2007, pp. 519-552.

MEDIACIÓN CONCURSAL EN SEDE NOTARIAL

Antonio Ripoll Jaén
Notario

Resumen: En el presente trabajo se aborda el régimen jurídico del acuerdo extrajudicial de pagos, como posible situación preconcursal. El estudio está hecho desde una perspectiva procedimental y aunque se abordan cuestiones sustantivas, como por ejemplo, la repercusión del acuerdo en el fiador, la problemática se centra en el expediente que se inicia y concluye con un acta notarial, siendo el punto álgido de las cuestiones planteadas la elevación a escritura pública del acuerdo extrajudicial de pagos. El trabajo está referido a su dimensión notarial, aunque su problemática puede extenderse también a la vertiente registral-mercantil, ya que es funcionario competente para designar mediador concursal el Registrador Mercantil cuando se trate de empresarios o sujetos inscribibles en dicho Registro y en los demás casos el Notario cuya competencia viene determinada por el domicilio del deudor no empresario.

Se ha intentado estudiar en profundidad la figura del mediador concursal, de nuevo cuño, introducida por la Ley de Emprendedores 14/2013 de 27 de septiembre, que adiciona el título X a la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio.

La crítica del acuerdo extrajudicial de pagos se centra fundamentalmente en los graves problemas que plantea por su insuficiencia normativa.

Palabras clave: PAYMENT EXTRAJUDICIAL AGREEMENT.

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES Y FUENTES
- II. EL EXPEDIENTE
 - 1. Solicitud del deudor
 - 2. Control de legalidad
 - 3. Nombramiento de mediador
 - 4. Convocatoria a los acreedores y deudor
 - 5. Reunión de los acreedores
 - 6. El acuerdo extrajudicial de pagos
 - 7. Escritura de elevación a público del acuerdo y cierre del expediente
 - 8. Consumación del expediente
- III. TÉCNICA Y PRAXIS NOTARIAL
- IV. EL REGISTRO PÚBLICO CONCURSAL
- V. CRÍTICA

I. ANTECEDENTES Y FUENTES

Aceptando una metodología saltacionista, se inicia esto con la Venta Trans Tiberi que vierte sus últimas aguas en la Ley de Emprendedores, 14/2013 de 27 de septiembre, adicionando un nuevo título a la Ley Concursal, el X, bajo el epígrafe de “El acuerdo Extrajudicial de Pagos” que acoge La Mediación Concursal; queda ya casi en el olvido la gremial y medieval Bancarrota, el Laberinthus creditorum concurrentium de Salgado de Somoza, Códigos de Comercio de 1829 y 1885, Ley de Suspensión de Pagos de 1922 y los intentos legislativos de EI Instituto de Estudios Políticos así como el Anteproyecto de la Comisión General de Codificación; recordado todo esto por la Exposición de Motivos de la Ley Concursal y leído, he de confesarlo, con cierta nostalgia. El olvido de las Ordenanzas de Bilbao no es excusable.

La crisis económica no es tributaria o exclusiva de nuestro tiempo, pero si sus causas, como la quiebra de la ética y la proliferación

de lo inmoral, protagonizado por quienes están obligados a la ejemplaridad. ¿Quiebra de un Banco? ¡Impensable!. Pues sí, antes y hoy. La diversidad de las causas se ve en esto que la historia cuenta y en el Registro Mercantil está.

Mi tatarabuelo y mi bisabuelo fueron banqueros. Financiaron, tal vez con poca prudencia, unas operaciones en Francia; el advenimiento de la primera guerra mundial, determinó el cierre de fronteras y esos créditos, de gran cuantía, fueron declarados fallidos, lo que determinó, aun solventes, la falta de liquidez, el sobreseimiento de pagos y la quiebra de la Banca. Advuértase que la Ley de Suspensión de Pagos fue posterior y que el art. 874 C. de c. identificaba, erróneamente, sobreseimiento de pagos con insolvencia.

Mi presencia aquí se debe, tal vez, al hecho de haber deambulado algo en esa figura, de nuevo cuño, denominada Mediación y a la necesidad sentida de cerrar el ciclo medial con la última y más reciente, la Concursal.

Mi primera visita a esta figura jurídica fue con motivo de la publicación del RDL 5/2012, de 5 de marzo, hoy derogado, antecedente legislativo de la ley 5/2012, de 6 de julio, y que motivó un escueto, y tal vez prematuro, trabajo mio (1) en el que ofrecía un modelo de escritura de mediación. La escasa calidad del artículo y el hecho de estar dirigido al mundo notarial provocó mi extrañeza al comprobar el excesivo número de visitas que tuvo, lo que me hizo sospechar que los agentes jurídicos y económicos contemplaran a esta figura jurídica como algo susceptible de posesión exclusiva y excluyente, cuando no una res nullius derelictae a disposición del primer ocupante.

El hecho de que el modelo de escritura fuera seguido de unos comentarios, tenidos en cuenta por el legislador para la redacción de la nueva ley, unido al compromiso de ofrecer un estudio de la mediación sustantivo y práctico, me obligó a un nuevo trabajo, "La Mediación: Teoría y práctica (Actas y escritura)" (2), que ha visto la luz recientemente en la revista informática Notarios y Registradores.

(1) RIPOLL JAÉN, A.: Minuta de escritura de Mediación, 19-3-2012, Notarios y Registradores.

(2) RIPOLL JAÉN, A.: Mediación: Teoría y práctica (Actas y Escritura), 10-11-2013, Notarios y Registradores.

En este trabajo, en el que se estudia la mediación regulada por la vigente ley 5/2012, de 6 de julio, abordaba esta figura jurídica extendiéndome a su naturaleza jurídica, sus principios rectores, sujetos, objeto y forma de la mediación, procedimiento, acuerdo mediado, la escritura pública como título ejecutivo, la ineficacia de la mediación y concluía con un texto del Quijote que fue de mi agrado, al que seguían unos modelos de actas, constitutiva y final, así como de escritura glosada.

Reparo en que antes de la entrada de Cervantes en escena, dediqué un último capítulo a las Mediaciones Especiales, considerando como tales algunas de aquellas que se rigen directamente por la Ley de Mediación, caso de las Transfronterizas, y aquellas otras que lo hacen supletoriamente, como es la concursal.

La especialidad de esta última estriba en lo siguiente: a) Dos características básicas, el abandono del sistema dispositivo, que cede ante el carácter imperativo de sus normas, y su obligatoriedad –es necesario el mediador– cuando se trata de Acuerdo Extrajudicial de pagos; b) Los sujetos mediados han de reunir determinadas circunstancias ex art. 231 L.C.; c) El mediador es designado por el Registrador Mercantil o el Notario, según los casos, ex arts. 232 y 233 L.C.; d) La posición del mediador es mucho más activa y jurídica, hasta el punto de que puede y debe solicitar la declaración de concurso ex arts. 3.3, 23.4., 238.3 y 241.3. L.C., asumiendo el cargo de Administrador Concursal en el Concurso Consecutivo, ex art., 242 L.C.; e) Los acuerdos no se toman por unanimidad de las partes en conflicto, se adopta el sistema de mayorías cualificadas ex art. 238.1. L.C.; f) La ineficacia se transforma, como exigen los actos colectivos (en nuestro caso pseucolectivos), en impugnación de los acuerdos por las causas previstas en el art. 232 L.C. y que, de prosperar, determinan la nulidad; g) La remuneración del Mediador es la misma que la del Administrador concursal, ex disposición adicional 8.^a L.C. y, en fin, la consumación del procedimiento, por pago, se cierra con el acta notarial requerida por el Mediador ex art. 241.2. L.C.

Quiero significar, apartándome de lo que estimé para la mediación común, que el mediador concursal es un mandatario retribuido, y lo es del deudor, a cuyas instrucciones debe atenerse (“el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, un plan de pagos” ex art. 236.1. L.C.). Esta circunstancia

supone un distanciamiento importante de la mediación común y de sus principios rectores y muy en concreto el de Imparcialidad.

La mediación Concursal forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico y, en sede notarial, a efectos del principio de control de legalidad, designación de Mediador y otros menesteres, es exigible un recorrido armónico sobre las piezas que lo estructuran.

El estructuralismo fucoltiano, en su consideración jurídica, se desglosa así, con la finalidad de suplir las insuficiencias que la Mediación Concursal puede presentar.

Así nos iniciamos con los llamamientos que la L.C. hace al Notariado, o, lo que es lo mismo, al Instrumento Público y ello se observa en los siguientes arts de la misma: a) Poder especial para solicitar el concurso ex art. 6, en relación con el art.1280.5º. C.c.E.; art. 99, propuesta de convenio; art. 103.3., adhesión a la propuesta de convenio; art. 233, nombramiento de mediador concursal por Notario; art. 234, convocatoria a los acreedores por conducto notarial; art. 238, elevación a escritura pública del acuerdo extrajudicial de pagos y art. 241, acta notarial para hacer constar el cumplimiento del acuerdo.

Así también la determinación de las fuentes. La que venimos en llamar Mediación Común o General, lo mismo que la Mediación Concursal y el Concurso de acreedores en general, constituye una manifestación de la unificación del Derecho Civil y Mercantil, en sede de Derecho de Obligaciones y Contratos, y ello se detecta y a esta conclusión se llega al observar el título de la Mediación General, "Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles" y el presupuesto subjetivo de la declaración del concurso que "procederá respecto de cualquier deudor, sea persona física o jurídica, ex art. 1.1. L.C. Cualquier deudor, desde luego, sea sujeto civil o mercantil, o lo que es lo mismo comerciante o no comerciante y, si se prefiere, empresario o no.

La tesis expuesta no es incompatible, sin embargo, para dar un matiz mercantil, acentuado, a toda la materia concursal, incluido desde luego El Convenio Extrajudicial de Pagos, que es el que nos lleva a la figura del Mediador Concursal. A esta conclusión obliga, de una parte, la competencia exclusiva y excluyente de los Jueces de lo Mercantil para conocer del concurso, ex art. 8 L.C., y de otra, la pluralidad de acreedores que la materia concursal exige, lo que presupone la contratación en masa a la que aludía Hec para tipificar el

Derecho Mercantil, mediante el Método de Atenta Observación de la Realidad, masificación que bien resulta del presupuesto objetivo del concurso ex art. 2 L.C. con sus referencias al “deudor común” y al “sobreseimiento general en el pago de las obligaciones del deudor”.

Lo expuesto hasta ahora permite afirmar que el sistema de fuentes es el determinado por el art. 2 del C. de c., con la entrada en función, como no puede ser de otra forma, de la Ley General Comun de Mediación y C.c.E., especialmente en tema de acciones rescisorias, lo que nos lleva a los arts. 1290 y ss. del mismo cuerpo legal, sin perjuicio de sus especialidades concursales. Y así son las cosas, por el presupuesto contractual en masa y por la específica llamada que el art. 233 L.C. hace a la Ley 5/2012, sin perjuicio de lo especialmente previsto, como la referencia a los expertos independientes y a los títulos habilitantes para ser mediador.

Las legislaciones autonómicas, como la catalana (3), están excluidas de la mediación concursal. En este caso el Derecho Común, como fuente supletoria del Derecho Mercantil, si es Código Civil Español y legislación complementaria estatal.

Todo es consecuencia de lo previsto en el art. 149.8.^a de la Constitución.

La estructura jurídica que se acaba de ofrecer, de fácil acomodo en nuestro Ordenamiento Jurídico, permite situarnos ya en la mediación concursal, notarialmente considerada, y que en algunos aspectos se identifica con la registral.

II. EL EXPEDIENTE

Sistematizo como sigue y con estos enunciados el expediente o procedimiento medial: Solicitud del deudor, control de legalidad, designación de Mediador, acta de convocatoria a los acreedores, acuerdo, escritura de acuerdo mediado-cierre del expediente y acta de cumplimiento o consumación del acuerdo.

(3) Ley Parlamento Catalán 15/2009, de 22 de julio. La mediación regulada por esta ley parece estar referida exclusivamente a relaciones familiares y personales. La extensión al ámbito patrimonial o al concursal determinaría su inconstitucionalidad por ser materia reservada al Estado.

1. Solicitud del deudor. Art. 232. L.C.: El principio de rogación –propio del sistema notarial y registral– exige que el expediente de mediación concursal se inicie con solicitud de deudor –persona física o jurídica en la que habrán de concurrir las circunstancias que determina el art. 231 L.C.– dirigida a funcionario competente para designar mediador.

Es funcionario competente el Registrador Mercantil de la provincia correspondiente al domicilio del deudor, cuando se trate de empresario o entidad inscribible, y el Notario en los demás casos.

Estamos, en el último caso, ante una limitación al principio de libre elección de Notario, pues siempre será el del domicilio del deudor, y si hubiere varias notarias demarcadas el que este designe. La determinación del Notario no está sujeta a turno.

Esta solicitud exige determinar su forma que será la de instancia, con el contenido que precisa el apartado 2., causando el correspondiente asiento, en sede registral, y en sede notarial, el requerimiento mediante acta, con protocolización de la solicitud legitimada notarialmente.

Este es el primer acto del expediente de mediación, los siguientes tienen su numeración secuencial.

2. Control de legalidad. Art. 232.3. L.C.: Los funcionarios que intervienen en este procedimiento, alternativamente, como hemos anticipado, en función de la condición del deudor, que determina su competencia, son el Registrador Mercantil y el Notario.

Nuestro Ordenamiento Jurídico atribuye a estos funcionarios –depositarios de la fe pública registral y notarial– el control de legalidad, previo a la inscripción y a la autorización instrumental.

En efecto, el art. 18 de la L.H. lo sanciona, bajo la denominación de calificación, para los registradores, y el art. 1 de la L.N., para los Notarios, al exigir la dación de fe “conforme a las leyes”, ratificado este control de legalidad notarial –hasta ahora objeto de controversia– por otras normas, con rango de Ley, así como por las resoluciones de la D.G.R.N (4), y hoy, sin género de dudas, por el art. 232.3. de la L.C., al exigir que estos funcionarios rechacen la solicitud cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente, subjetivos, objetivos y formales, para

(4) La última de 10 de junio de 2013 en sistema notarial.

alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos; control de legalidad, así establecido en lo concursal, que parece atender –para el Notariado– a la exigencia de la sentencia del T.S. de 20 de mayo de 2008 sobre el principio de reserva de ley.

Este control de legalidad, plantea, entre otras, las siguientes cuestiones, cuya respuesta fundada intentamos.

Es la primera cuestión, la posibilidad de que, al modo del concurso cumulativo o conexo, puedan los cónyuges y sobre todo si existe entre ellos un régimen económico matrimonial de comunidad de bienes, universal o limitada, solicitar conjuntamente el nombramiento de mediador; la respuesta debe ser afirmativa, siempre que los dos miembros no superen conjuntamente el límite de cinco millones de euros y sobre todo si las deudas traen causa de una actividad empresarial o profesional conjunta que determine la existencia de una sociedad irregular o de hecho de colaboración familiar o se trate de los supuestos de los arts 6 y ss del C. de c. relativos al ejercicio del comercio por persona casada. A ello nos lleva un mínimo criterio de economía procesal y la aplicación analógica del art. 25 de la L.C. La referencia a los libros de comercio del conyuge hay que hacerla a este último supuesto, el del art. 6 C. de c., al que le es aplicable la clásica distinción de la doctrina francesa entre conyuge comerciante y conyuge del comerciante.

No puede sin embargo aplicarse el mismo criterio a las uniones de hecho, dados los términos en que se pronuncia este último precepto concursal, pues esto sería competencia exclusiva del Juez que conoce el concurso en el que, por la propia naturaleza de las cosas, no estamos.

No debe confundirse la problemática de la solicitud conjunta con la exigencia del art. 6 L.C. de indicar la identidad del conyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio, exigencia que reitera el art. 232 L.C. salvo que el régimen del matrimonio fuera el de separación de bienes. Las menciones exigidas encuentran su fundamento en el art. 1373 C.c.E., relativo a la responsabilidad por deudas propias de uno de los conyuges, ante la insuficiencia del patrimonio privativo del deudor, y sobre todo en las acciones rescisorias para reintegración de la masa activa y las presunciones –arts. 71 y ss L.C.–, sin olvidar la notificación exigida por el art. 144 del R.H.

Es la segunda cuestión el tiempo para calificar, notarial o registralmente, la solicitud del deudor. La decisión de estos funcionarios

es una calificación, por lo que podría aplicarse al Registrador, y por extensión al Notario, el plazo de quince días hábiles que para calificar determina el art.18 de la L.H., plazo que me parece excesivo, pero no hay otro. En el título X, que estamos examinando, se detecta la presencia del adverbio de tiempo –aunque para la escritura– “inmediatamente” lo que es indicativo de que es voluntad del legislador la celeridad, dado lo dramático de las situaciones concursales y preconcursales, como es el caso. Tal vez una esperable instrucción de la D.G.R.N. aclare lo que aquí se apunta.

El plazo de quince días lo establece también la Ley de Mediación Comun en el art. 4, ya que la solicitud de mediación suspende los plazos de prescripción y “caducidad” de acciones, suspensión que decaerá si en el plazo de quince días naturales desde la recepción de la solicitud del inicio de la mediación no se firmara el acta de la sesión constitutiva.

Y esta dimensión temporal concuerda también con el plazo de quince días previsto en el art. 340 R.R.M. para el nombramiento de expertos independientes en sede de sociedades de capital.

Que existe un plazo entre la solicitud y la calificación lo exige la propia naturaleza de las cosas y lo evidencia el art. 13 del RD 892/2013 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Publico Concursal, al distinguir en el contenido de la certificación registral o del acta notarial la fecha de la solicitud y la fecha en que se ha admitido la apertura del procedimiento. Es de lamentar que este RD no haya previsto la cuestión que aquí se plantea cuyo desarrollo, por esta vía reglamentaria, no vulneraría, a mi juicio, el principio de reserva de ley, cuya legitimidad se sitúa en el art. 198 de la L.C.

Y es la tercera cuestión la posibilidad de recurso (5). ¿Puede recurrirse la calificación de estos funcionarios?.

La decisión positiva, admitiendo la solicitud, no es recurrible por el acreedor que alegue la inexistencia de los requisitos y prohibiciones determinados por el art. 231 L.C. Tampoco el deudor puede recurrir.

(5) BLANCO GARCÍA LOMAS, L.: *Estrategia de los intervinientes e interacción con las refinanciaciones*, Palma de Mallorca 25-X-2013. Este trabajo es de interés por su contenido y porque además recoge los acuerdos de las reuniones de jueces mercantiles de Madrid y Palma de Mallorca.

La decisión negativa, denegando el nombramiento, que habrá de ser por escrito y fundada, puede recurrirse ante la DGRN, en recurso gubernativo si el calificador es el registrador y en queja si es el Notario (art. 231 R.N. por analogía). La cuestión, hay que reconocerlo, es mas académica que real; pero puestos en esta textitura, tendremos que preguntarnos si la interposición del recurso suspende el plazo de tres meses para solicitar el concurso necesario, y la respuesta debe ser afirmativa por aplicación analógica, en todo caso, de lo previsto en los arts. 323 y concordantes de la L.H.; adviértase que esta solución favorece al deudor y a la consecución del acuerdo. A la misma conclusión nos lleva, como derecho supletorio, los efectos suspensivos previstos en el citado art. 4 de la ley de Mediación General o Común.

Hay quienes entienden (6) que el procedimiento aplicable será el mismo que el señalado para el nombramiento de expertos independientes, en sede de sociedades de capital, lo que parece razonable ya que ofrece una dinámica clara, suficiente y breve, dado lo dramático de las situaciones preconcursales y las exigencias del principio favor debitori (véanse los arts. 338 y ss. R.R.M.). De someter el régimen jurídico del nombramiento de mediador concursal a este sistema el deudor podría recurrir la designación fundado en el art. 342 R.R.M.

3. Nombramiento de mediador. Art.233 LC: Se atribuye esta competencia al Registrador o al Notario competente para recibir y calificar la solicitud del deudor.

Tienen capacidad para ser mediadores los que la tienen para la Mediación Común, determinada por la mayoría de edad, pleno ejercicio de los derechos civiles, posesión de título universitario o de formación profesional superior, con diploma de formación específica para ejercer la mediación y estén en posesión de seguro de responsabilidad civil y además, por exigencias de la L.C., sean abogado en ejercicio, economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, con cinco años de experiencia y especialización concursal.

(6) Esta es la posición del Registrador Mercantil Francisco Salvador CAMPDERÁ, en la mesa redonda a la que después se hará referencia. Mantiene parecida opinión el magistrado Juan José HURTADO YELO, en su ponencia.

Las personas jurídicas pueden serlo a través de las personas físicas, en las que "se integre" un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, concurriendo en ellos los requisitos de capacidad determinados para la Mediación Común. ¿Se está refiriendo a las sociedades profesionales? parece que sí.

El remitirse el art. que comentamos, con carácter supletorio, a los expertos independientes, hace que nos situemos en el art. 83 L.C., lo que determina que el mediador puede ser recusado y separado del cargo por las mismas causas que el Administrador Concursal, aspectos estos que deberán ser calificados por el Notario o el Registrador, sin que ello implique que el deudor o un acreedor esté legitimado para impugnar lo que el Notario o el Registrador decida (téngase en cuenta, sin embargo, el régimen previsto en el R.R.M. para quienes estiman aplicable el procedimiento reglamentario).

Repárese en que las únicas causas de impugnación de la mediación concursal están referidas al acuerdo y por los motivos tasados que especifica el art. 239 L.C., circunstancia esta tal vez incompatible con los sistemas de impugnación del nombramiento que se adecuan mal con la celeridad que la propia naturaleza de las cosas y la L.C. exigen.

¿Cómo se materializa el nombramiento? o lo que es lo mismo ¿de qué medio se sirven los funcionarios competentes para la designación?. La respuesta no parece tener complejidad alguna, hay que ir al BOE que publicará una lista oficial, en el portal correspondiente, con carácter secuencial (turno) que será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia. ¿A qué Registro se refiere?. La realidad, sin embargo, dista mucho de ser así porque ese portal de BOE, ni el Registro del Ministerio de Justicia existen todavía. ¿Podría acudir al Juez Decano, en cuyo juzgado existe un registro de Administradores Concursales?, dado que la capacidad y requisitos exigibles son prácticamente los mismos, la respuesta debe ser afirmativa, a condición de que se exhiba por el interesado el título que le habilite como mediador común, con su correspondiente seguro.

Otra solución sería solicitar un mediador de una Institución de Mediación que tiene su entrada por el art. 3 C. de c. en concepto de Derecho Común.

La designación del mediador y su aceptación tendrá su reflejo en la inscripción del comerciante y en el acta notarial inicial me-

diante diligencia, así como en el Registro Público Concursal ex art. 13 RD.

La designación ha de ser notificada al mediador, estimo que inmediatamente, y este debe aceptar en el plazo de cinco días, por aplicación –directa o analógica, según la posición que se adopte– del 344 R.R.M.

La aceptación causa, como se anticipó, el correspondiente asiento registral e instrumental y es publicada por el R.P.C. ex art. 13.e) RD.

El contenido de la inscripción y del acta será como mínimo el previsto en el art. 13.1 RD y su traslado, a efectos de comunicación al R.P.C., se practicará mediante certificación o copia del acta, por vía telemática, con firma electrónica.

Los funcionarios designantes oficiarán a los encargados de los registros (otros registros distintos del concursal) –también inmediatamente– para la constancia de la designación y aceptación por “anotación preventiva”; pienso que el legislador ha querido decir nota marginal, pero la exigencia es de anotación, lo que parece excesivo, y a efectos hipotecarios estaríamos en el supuesto del número 10 del art. 42 de la L.H., que es el que regula las anotaciones preventivas previstas en otras leyes.

¿Para la constancia de qué?, sí del nombramiento y aceptación del mediador concursal, pero sobre todo, que es lo que la publicidad registral exige, del inicio del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, con todas las consecuencias paralizantes que de él se derivan; pero esas anotaciones preventivas ¿caducan?, ¿Cómo y cuando se cancelan en el Registro de la Propiedad?, ¿será aplicable lo previsto para el R.P.C.?

La aceptación del mediador supone, ope legis, la apertura de negociaciones, de ahí que el precepto exija la comunicación –reitero que inmediatamente– al Juez competente para la declaración de concurso, con la evidente finalidad de que no se admitan solicitudes de concurso hasta que se agote el plazo de tres meses que se concede para la conclusión del acuerdo, siendo el Juez el que ordenará la publicación en el Registro Público Concursal; hasta tanto entre en vigor el RD por el que se regula el R.P.C., cumple la misma misión la publicidad, vía internet, del Colegio de Registradores, de conformidad con lo previsto en el RD 685/2005 sobre publicidad de resoluciones concursales cuya vigencia transitoria se establece por la disposición transitoria primera.2. del RD.

Entendemos que el plazo de tres meses que se reconoce para lograr el acuerdo extrajudicial de pagos se computa desde que se publica el nombramiento y aceptación del mediador en el Registro Público Concursal y, de momento, el que haga sus veces según lo antes expuesto. Se insistirá sobre este punto en el apartado siguiente.

La comunicación se extenderá a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social.

La forma y contenido de la comunicación, aunque la ley la refiere a estas dos últimas entidades, será, para todas, electrónica y en ellas constará lo que determina el último parrado del art. 233; el mismo criterio –medio electrónico– establece el art. 2.4. del RD.

Queda cerrada la primera etapa del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, cerrada según la L.C., porque nos encontramos con una novedad introducida por el RD que exige al Registrador o Notario que inicia el expediente remitir al RPC certificación o copia del acta con el contenido que indica el art. 13, exigencia esta que, dado su carácter complementario, no violenta las previsiones legales. El Registrador o Notario remite la documentación exigida al RPC y al Juez competente para el concurso, siendo este quien ordena su publicación registral. En todo caso entre “los demás registros públicos que corresponda” puede incluirse el R.P.C.

4. Convocatoria a los acreedores y deudor. Art. 234 L.C.: El acta notarial, que tiene otras alternativas, tendrá el contenido que exige el art. 234.3; la diligencia de notificación puede hacerse personalmente o mediante carta certificada con acuse de recibo, incluso por vía telemática, con firma electrónica, si el acreedor hubiere facilitado una dirección electrónica al mediador; si el mediador notifica directamente por este último medio su firma deberá estar legitimada notarialmente, mantener lo contrario vulneraría las garantías constitucionales.

La convocatoria deberá dirigirse a todos los acreedores, excepto a los de derecho público, y al deudor.

No obstante su colocación los efectos previstos en el art. 235 se producen, no después de la convocatoria, sino desde la solicitud de la apertura del expediente. ¿Cuándo debe considerarse practicada la solicitud?. Los acreedores tienen, a estos efectos, la consideración de terceros, lo que obliga a considerarse abierto el expediente

desde la publicación del nombramiento de mediador, determinante esta publicidad de días a quo para el computo de los tres meses reconocidos para la consecución del acuerdo, sin perjuicio de los efectos para el deudor que son los previstos en el número 1 del precepto que se examina, positivos y negativos, cifrado el primero en la continuación de su actividad y los segundos en la paralización de su capacidad crediticia.

En definitiva, se distingue entre efectos internos o respecto al deudor y externos o respecto a los acreedores y erga omnes, lo que resulta del número 2 del precepto que se comenta.

5. La reunión de los acreedores. Art. 237: El acuerdo se instrumenta en la "reunión de los Acreedores", regulada en el art. 237. Llama la atención la denominación de "reunión" (7) que sustituye a la de "Junta"; parece que el legislador pretende marcar distancias entre la congregación de acreedores en el concurso y la que se produce en el acuerdo extrajudicial de pagos; esta distinción exige una respuesta causalizada y tal vez resida en las diferencias que existen entre una y otra, pues mientras la primera, la Junta, no está incentivada, la segunda, la reunión, si lo está al sancionar a los acreedores que no concurran a la misma con la calificación de sus créditos como subordinados, salvo que en los diez días anteriores a su celebración hubiesen manifestado su oposición o aprobación; la otra diferencia puede encontrarse en que la documentación de la junta consta y concluye con el acta firmada por el Secretario Judicial, mientras que la del acuerdo, aunque conste en acta, concluye con la escritura pública.

La reunión, convocada por el mediador, tendrá lugar dentro de los dos meses siguientes a la aceptación del cargo, entendiéndose a efectos de tercero que el cómputo es desde la publicidad del nombramiento.

(7) PASTOR SEMPERE, M. C., considera correcto el término "reunión" porque la junta tiene carácter de órgano social o del concurso y la reunión no; tal vez tenga razón; así lo expresó la profesora titular de derecho mercantil de la Universidad de Alicante en la mesa redonda, en la que participé, que tuvo lugar en la primera jornada de mediación concursal celebrada en Alicante el 14 de noviembre de 2013.

Dentro de los dos meses, pero no antes de un mes desde la recepción de la convocatoria por los acreedores con garantía real que quieran intervenir en el acuerdo, y ello para hacer compatible el plazo de un mes que asiste a estos acreedores para comunicar su decisión de intervenir; así resulta del art. 234.4. L.C.; no es necesario afirmar que la voluntad previa del acreedor, aprobando u oponiéndose a la propuesta comunicada por el mediador, deberá constar en instrumento publico por analogía con lo dispuesto para el convenio en el concurso; ello no obstante su comparecencia en la escritura tiene efectos sanatorios.

La nomenclatura del legislador, incluso la matización de "días naturales" que se registra en la Ley, tal vez sea determinante de otros matices y consecuencias que puedan influir en el otorgamiento de la escritura, en dos frentes: a) El distanciamiento de la Junta de acreedores, que tiene carácter judicial y por tanto los días son hábiles; b) La imperatividad de otorgar la escritura de elevación a público del acuerdo "inmediatamente" aunque el día sea inhábil (domingo o festivo), porque en lo extrajudicial-administrativo los días son naturales.

De la reunión de acreedores es muy aconsejable la presencia notarial autorizando acta de las intervenciones y acuerdos adoptados, obviándose así muchos problemas que pueden sobrevenir.

Esa llamada reunión deberá celebrarse en la localidad donde radique el domicilio del deudor, determinándose en la convocatoria "el lugar, día y hora de la reunión..."; por "lugar" ha de entenderse el sitio concreto, dentro de la localidad donde radique el domicilio del deudor, en el que se ha de celebrar la reunión, lo que resulta del art. 234.1.3. L.C. que es el que regula la convocatoria a los acreedores.

6. El acuerdo extrajudicial de pagos. Art. 238.1.3.: El acuerdo requiere el voto favorable del 60 % de los acreedores y si consiste en la dación en pago el porcentaje sube al 75 %, con el consentimiento del acreedor o acreedores con privilegio especial, es decir de aquellos que sean titulares de una garantía real sobre los bienes dados o cedidos –según sean bienes o créditos– en pago.

Para que el acuerdo tenga fuerza de obligar a ausentes y disidentes, la espera o moratoria no podrá superar los tres años ni la quita el 25 % del importe de los créditos (afectados).

El acta será aprobada en la misma junta y su documentación plantea similares problemas que la escritura de elevación a público del acuerdo.

Los efectos que produce el acuerdo sobre los acreedores están previstos en el art 240 L.C. y se resumen en el respeto a lo acordado, acuerdo que no impide dirigir acciones contra el garante del deudor.

¿Por qué no afecta al garante?. Por tres razones: a) el acuerdo extrajudicial de pagos está dirigido a proteger al deudor, para darle esa segunda oportunidad; b) este efecto negativo es consecuente con el carácter relativo y personal de los contratos ex art. 1257 C.c.E.; c) la fianza es una garantía, una obligación accesoria, la nulidad de la obligación principal determina la ineficacia de la fianza ex art. 1824 C.c.E., pero la quita y espera no afecta a la validez de la obligación principal.

La tesis expuesta parece estar conforme con el art. 1835 C.c.E. y supone una aparente excepción al art. 1826 del mismo cuerpo legal, "El fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal", digo aparente porque la novación que conlleva todo acuerdo extrajudicial de pagos es sobrevenida a la constitución de la fianza.

El art. 1207 C.c.E. no desvirtúa la tesis expuesta porque aquí no hay extinción de la obligación principal por efecto de la novación.

Todo es así, marginando justificaciones académicas, porque la L.C. así lo establece, como vimos, pero surge esta pregunta, ¿en qué posición queda el fiador, si la fianza es ejecutada en tiempo y forma después del acuerdo? La general de toda fianza de los arts 1839 y 1841 C.c.E.; si el fiador no puede beneficiarse del acuerdo, tampoco le puede perjudicar o lo que es lo mismo podrá repetir contra el afianzado por el todo.

Si el acuerdo consiste en una quita no moratoria, los acreedores podrán dirigirse contra el fiador por la diferencia, de mantener lo contrario estaríamos ante un enriquecimiento sin causa que supondría atribuir al acreedor más de lo debido.

Si el acuerdo no fuera aceptado el mediador solicitará el concurso.

Se reitera la conveniencia del acta notarial, que obvia muchos de los problemas aquí planteados.

El acuerdo será impugnado, dentro de los diez días siguientes a su publicación, cuando no respete las limitaciones que se han

expuesto, estando legitimado procesalmente el acreedor que no hubiere sido convocado, o no hubiera votado a su favor o hubiera manifestado con anterioridad su oposición, de conformidad con lo previsto en el art. 239 L.C.; si prospera la impugnación apreciada en sentencia, susceptible de apelación, tendrá lugar la sustanciación del concurso consecutivo del art. 242 L.C.

Hay que significar que la impugnación del acuerdo no suspende la ejecución.

Sin duda la posible impugnación es posterior a la escritura; he preferido sin embargo, por razones sistemáticas, hacer un puente en el tiempo.

El acuerdo tiene la naturaleza propia de los actos colectivos, regidos por el principio de mayorías; no es un contrato que exige la unanimidad. Estas matizaciones inciden en el otorgamiento de la escritura.

Adoptado el acuerdo, el Notario o Registrador que hubiere iniciado el expediente remitirá anuncio al R.P.C. con el contenido que expresa el art. 14.1. RD, para su publicación. Pero ¿Cuándo se entiende adoptado el acuerdo? Según el precepto cuando las negociaciones concluyan. Así es pero el examen de la escritura de elevación a público nos dirá algo más convincente, lo que nos obliga a posponer la respuesta.

Si el plan no fuere aceptado el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración del concurso, esta exigencia del número 3. del precepto que se comenta tiene su desarrollo en el art. 13.2.3. RD, debiendo el mediador concursal requerir acta notarial para lo constancia de estos hechos, de la que se dará traslado al Registrador Mercantil, si hubiere iniciado el expediente, y que se comunicará por el Notario o el Registrador, mediante modelo oficial, al R.P.C. para su publicidad.

He de significar que la notificación al Registrador Mercantil no está prevista ni legal ni reglamentariamente, pero la lógica la impone.

7. Escritura de elevación a público del acuerdo y Cierre del expediente. Art.238.2.: La elevación a escritura pública será inmediatamente, pero esta escritura pública exige dilucidar quienes serán los otorgantes.

La respuesta que se da a esta pregunta, como a todos los problemas que plantea el acuerdo extrajudicial de pagos, ha de estar

inspirada en el principio “favor negotii” y “favor debitori” que son los que verdaderamente atienden a la voluntad del legislador de dar una salida rápida a las situaciones de insolvencia, que permita esa segunda oportunidad. Así debe ser, sin obviar, desde luego el principio de tutela judicial efectiva, ex art. 24 Constitución, que se extiende a todos los sujetos –acreedores, deudor y mediador– involucrados en el acuerdo extrajudicial de pagos.

La exigencia de que el acuerdo se eleve a escritura pública “inmediatamente” parece sugerir o presuponer que existe presencia notarial en la reunión, por lo que el acta, con las garantías que implica, legitima la comparecencia y otorgamiento solo por el mediador, si se tiene en cuenta además, a diferencia de la mediación común, que este tiene el carácter de órgano necesario en el convenio extrajudicial de pagos.

Si no existe acta notarial, por aplicación supletoria de la Mediación común, deberían otorgar solo las partes mediadas –deudor y acreedores– prescindiendo, en principio, del mediador; sin embargo, consecuentes con la atribución al mediador de órgano del convenio extrajudicial, hemos de convenir en la necesidad de su presencia y otorgamiento con los demás sujetos.

Así las cosas surge esta otra pregunta. ¿Todos los acreedores? Si quieren sí, pero el art. 238.2. permite afirmar que solo aquellos que aceptaron el acuerdo, repárese en la frase “si el plan fuere aceptado por los acreedores”; deben también quedar excluidos aquellos que otorgaron su consentimiento o aceptación al plan de pagos propuesto antes de la reunión.

Prescindir de los otros acreedores no vulnera la tutela judicial efectiva porque siempre les asiste la acción de impugnación ex art. 239 L.C. para la que están legitimados “el acreedor que no hubiera sido convocado o no hubiera votado a favor del acuerdo o hubiera manifestado con anterioridad su oposición”.

Si obviamos el término “reunión”, ¿error del legislador?, podríamos acudir, por analogía, al art. 202 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que cuando el acta no es aprobada en la misma junta, firmará el Presidente y dos socios, uno en representación de la mayoría y otro en representación de la minoría; en nuestro caso el Mediador y dos acreedores, uno en representación de los que votaron a favor y otro de los que votaron en contra, con la inexcusable presencia del deudor.

Y, en última instancia, por aplicación analógica del art. 126 de la L.C. –el acta de la Junta de acreedores es firmada solo por el Secretario Judicial–, será suficiente el otorgamiento del mediador, con la comparecencia del deudor que es quien consiente previamente la propuesta de acuerdo redactado por el mediador, debiendo otorgar ya que no puede ir contra sus propios actos. Si constare el consentimiento del deudor al plan de pagos redactado por el mediador, en instrumento público, se podrá prescindir de su comparecencia en la escritura.

Si sobreviniere la muerte o incapacidad del deudor, sea solo la firma del mediador.

Esto también es El hilo de Ariadna, porque al final, de no aceptar las cosas así de fluidas, podríamos encontrarnos con el concurso consecutivo o el de la herencia.

Interpretaciones y soluciones, aunque algunas forzadas, y también denuncia de los muchos problemas que plantea la mediación concursal

Si el expediente hubiere sido abierto por el registrador mercantil se presentará copia de la escritura para su cierre.

El funcionario que hubiere abierto el expediente comunicará el cierre al Juzgado que hubiera de tramitar el concurso y remitirá certificación o copia a los registros afectados para la cancelación de las anotaciones preventivas, publicándose en el Boletín Oficial del Estado y en el Registro Público Concursal –lo exige también el art. 14.1. RD– comunicación que se hará por el Notario o Registrador, mediante “anuncio”, para su publicación, claro está, con el contenido que el precepto reglamentario que comentamos indica.

Aquí si es aplicable el art. 14.1 RD, porque el acuerdo se publica cuando se ha elevado a escritura pública, y no antes, escritura pública que es la que cierra el expediente, se haya iniciado notarial o registralmente.

La pregunta que formulé queda contestada y su respuesta nos permite afirmar que la escritura de elevación a público del acuerdo es, además de obligatoria, constitutiva.

8. Consumación del expediente. Art. 241: De conformidad con el art. 238 L.C. la escritura cierra el expediente, pero no lo consuma, y ello tiene lugar mediante el pago o cumplimiento, lo que

hará constar el Mediador en Acta Notarial, cuya copia se remitirá al R.P.C. –art. 14.3. RD– para su publicación.

Aunque no esté previsto, copia del acta será remitida también al Registrador que inició el expediente para su constancia tabular, por aplicación analógica art. 238.2. L.C.

El incumplimiento del acuerdo también se hará constar por acta de la que se dará, en su caso, traslado al Registrador, sujeta a publicidad en el R.P.C.; acta esta no exigida por el precepto legal que se comenta y si por el art. 14.4. RD.

III. TÉCNICA Y PRAXIS NOTARIAL

Decía (8) que la mediación General o Común no tiene carácter procesal, ni constituye un proceso sensu strictu, entre otros motivos porque el mediador no está investido de poder jurisdiccional –no tiene auctoritas– y es elegido por las partes en conflicto; en la mediación concursal hay matices que distancian de la tesis anterior como es la designación del mediador por un tercero –Registrador o Notario– y la posibilidad de recurrir esa designación y de impugnar el acuerdo mediado.

No obstante lo apuntado, la mediación concursal no pasa de ser un Expediente y así lo califica la L.C. y el RD regulador del R.P.C.; pero todo ello no es incompatible con reconocerle a la mediación cierto carácter de proceso impropio y procedimiento en cuanto supone una serie de hechos secuenciados, con consecuencias jurídicas, que surgen con el inicio del expediente y concluyen con su finalización y consumación. En definitiva, la mediación supone un tramo en el tiempo, en el que los hechos que lo integran están sujetos a un orden y tienen su reflejo documental.

Si el funcionario competente para la designación de mediador es el Registrador Mercantil no se plantea problema alguno por la vis atractiva unificadora del Registro Mercantil y su carácter territorial.

Si el funcionario competente es el Notario, siempre el del domicilio del deudor, decíamos que nos encontrábamos ante una limitación relativa al principio de libre elección del Notario, limitación que

(8) *Vide* nota 2.

unida a la instrumentación del procedimiento medial en un expediente exige someterlo al Principio de Unidad Personal –un único Notario- y Protocolaria –un único protocolo– lo que determina que el Notario que recibe la solicitud inicial y autoriza el acta es el único competente para autorizar todos los instrumentos públicos que se integran en el Expediente. En caso de sustitución se estará a las previsiones reglamentarias.

En la praxis notarial la conexión de todos los instrumentos públicos que integran el expediente se hará constar por nota , de tal forma que en la solicitud-acta inicial quede nota de todas las actuaciones notariales, como ocurre con el acta de nacimiento en la que se anotan todos los hechos de la persona que afectan a su estado civil (ivalga el símil!).

IV. EL REGISTRO PUBLICO CONCURSAL

Creado por el art. 198 L.C. es desarrollado por el RD 892/2013, 15 de noviembre, BOE 3 diciembre de 2013.

La inmediatez de la publicación justifica que solo puedan ofrecerse unas impresiones y muy escuetas que resumo así:

No es un mero periódico informático, pues aunque su finalidad principal es la publicidad produce otros efectos, como antes señalaba, especialmente para el cómputo de plazos.

Se trata de un registro de personas, la del deudor o concursado –que no es lo mismo– para la publicidad de cuantos actos preconcursales o concursales le afecten.

Los asientos registrales están sujetos a caducidad ex art. 6 RD, y en lo aquí tratado transcurridos dos meses desde la publicación del acta de cumplimiento del plan de pagos.

Es responsable de este registro el Ministerio de Justicia, D.G.R.N., y lo gestiona el Colegio nacional del Registradores, lo que explica que no exista calificación registral ni sistema de recursos. Los asientos son de contenido tasado.

Se sigue el tradicional sistema de inscripción determinada o causada por vía informática y su publicidad es a través de internet.

Entra en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE, por lo que se mantiene la vigencia, provisional, del RD 685/2005, 10 de junio.

En general merece una crítica favorable en cuanto se adapta su regulación a la ley que lo crea, desarrolla o aclara algunas de las deficiencias legislativas del acuerdo extrajudicial de pagos y tiene un talante moderno y practico digno de estima.

V. CRÍTICA

Y así es como un Notario –no quiero generalizar– observa un Acuerdo extrajudicial de pagos en cuyo régimen jurídico se habrán podido observar sus graves deficiencias e imprevisiones, lo que obliga a hacer interpretaciones aventureras o aventuradas, con el riesgo que ello supone.

Quid in Galia Caesari negotii esset. ¿Qué tenía que hacer Cesar en la Galia?. ¿Por qué meterse en tan intrincadas y poco meditadas cosas? ¿Qué haces aquí?.

Hay una economista y empresaria de reconocido prestigio que al reconocer yo y aceptar como únicas leyes económicas ciertas solo dos –ley del péndulo y ley de la oferta y la demanda– ella me enseñó otra, aprovechar la ocasión en la negociación razonable, constituyéndose en mediadora de si misma, sin presencias perturbadoras del placitus consensus, ahí está la clave del éxito y la verdad de la ley.

Así serán las cosas en la economía y en la empresa, pero en las situaciones de insolvencia la presencia del mediador es necesaria y sobradamente justificada.

La ansiedad del Legislador lleva inexorablemente a las deficiencias que se observan en el Acuerdo Extrajudicial de Pagos, entre nosotros, La Mediación Concursal.

Cierre: Alicante 3 diciembre 2013. (9)

(9) Cerrado este trabajo se han publicado unas notas de índole práctica e interés para los registradores de GARCÍA VALDECASAS, J. A.: "Resumen Registro Publico Concursal", *Notarios y Registradores*, 5 diciembre 2013.

Abreviaturas

C.c.E: Código civil Español.

C. de c.: Código de comercio.

L.C.: Ley Concursal.

L.H.: Ley Hipotecaria.

L.N.: Ley del Notariado.

R.N.: Reglamento Notarial.

R.H.: Reglamento Hipotecario.

R.R.M.: Reglamento Registro Mercantil.

RD: Real Decreto 892/2013, de 3 diciembre 2013.

D.G.R.N.: Dirección General de los Registros y del Notariado.

R.P.C.: Registro Público Concursal.

LOS PLAZOS PARA REALIZAR LA ENTREGA DE LOS BIENES ADQUIRIDOS POR LOS CONSUMIDORES TRAS LA DIRECTIVA 2011/83/UE (1)

Henar Álvarez Álvarez

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

SUMARIO

- I. IMPORTANCIA DE LA DIRECTIVA 2011/83/UE DE 25 DE OCTUBRE DE 2011 SOBRE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES
- II. DIRECTIVA DE ARMONIZACIÓN MÁXIMA
- III. INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL
- IV. ENTREGA DE LOS BIENES COMPRADOS MEDIANTE UN CONTRATO DE VENTA. ANÁLISIS DEL ART. 18 DE LA DIRECTIVA 2011/83/UE Y DEL ART. 66 BIS TRLGDCU
- V. ANÁLISIS PORMENORIZADO DEL ART. 66 BIS TRLGDCU
 - A) Ámbito de aplicación del art. 66 bis TRLGDCU
 - B) Número 1. Plazo entrega: pacto o 30 días
 - C) Número 2. Incumplimiento del plazo de entrega. Resolución del contrato
 - D) Número 3. Reembolso de las cantidades entregadas
 - E) Número 4. Carga de la prueba del cumplimiento de los plazos

(1) El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación "*La unificación del Derecho Contractual europeo por vía jurisprudencial*", financiado por el Ministerio Economía y Competitividad (Ref.: DER2012-35484), del que es investigador principal el Prof. Dr. D. Andrés Domínguez Luelmo, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.

I. IMPORTANCIA DE LA DIRECTIVA 2011/83/UE DE 25 DE OCTUBRE DE 2011 SOBRE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

La Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, deroga la normativa europea vigente sobre la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en esta materia, modificando también la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Por ello, en el Derecho español se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU) y otras leyes complementarias para transponer la citada Directiva.

En efecto, la trasposición de la Directiva se produce en nuestro ordenamiento jurídico a través de la ley 3/2014, de 27 de marzo, de modificación del TRLGDCU (BOE de 28 de marzo). La Directiva contiene una regulación completa de los contratos celebrados a distancia y de los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil. Las disposiciones del nuevo TRLGDCU son de aplicación a los contratos celebrados con consumidores y usuarios a partir del 13 de junio de 2014.

Por contrato a distancia se entiende que son aquellos contratos que se celebran entre el comerciante y el consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, exclusivamente mediante el uso de uno o varios medios de telecomunicación, (venta por correo, Internet, teléfono o fax), hasta el momento en que se celebra el contrato, con inclusión de ese momento. Por contrato celebrado fuera del establecimiento se entiende el contrato celebrado con la presencia física simultánea del comerciante y el consumidor, en un lugar distinto del establecimiento mercantil del empresario, por ejemplo en el domicilio del consumidor o en su lugar de trabajo.

Y es que la armonización de la normativa relativa a los contratos de consumo a través de las Directivas comunitarias ha sido precisa para configurar un marco legal común en lo relativo a los derechos de los consumidores, desde la aparición del denominado Derecho de

Consumo. Pero a pesar de que la rúbrica de la Directiva 2011/83/UE es "sobre los derechos de los consumidores", su título es más ambicioso de lo que se corresponde finalmente con su contenido, pues en realidad no establece un régimen general sobre los derechos de los consumidores, sino que regula solo determinados aspectos que se ha considerado que son fundamentales en la contratación con consumidores pero que solo afectan a determinados contratos: los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento. De hecho el ámbito armonizado se refiere a cuestiones relativas a la información previa a suministrar a los consumidores, el derecho de desistimiento en los contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento mercantil, y determinadas disposiciones que versan sobre la ejecución y otros aspectos de los contratos celebrados entre empresarios y consumidores, pero tan solo lo relativo a cuánto tiempo debe esperar el consumidor para poder considerar que el retraso en la entrega es un incumplimiento esencial (a los efectos que los ordenamientos internos determinen), cuándo tiene lugar la transmisión del riesgo de pérdida o deterioro de la cosa durante la entrega, las consecuencias del incumplimiento de la prestación principal del comerciante en los contratos complementarios, y el régimen contractual de los cobros por servicios adicionales o no solicitados y costes ocultos (2).

Así, la Directiva en el Capítulo IV, art. 17 a 22, que lleva por título "otros derechos de los consumidores", regula los aspectos que acabo de señalar relativos a los contratos, pero no se armoniza en ningún modo la regulación contractual nacional de los Estados miembros de la UE.

En efecto, el Capítulo IV (art. 17 a 22) contempla otros derechos de los consumidores, relacionados con la fase de ejecución del contrato, es decir, con el cumplimiento. Todos estos preceptos se aplican a los contratos de compraventa, mientras que los art. 19, 21 y 22 solo a los contratos de servicios. Ahora bien, el contrato de venta debe recaer sobre bienes, aunque hay que tener en cuenta que la

(2) Cfr. GONZÁLEZ CARRASCO, M. C.: "Incidencia en el derecho contractual de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 1, 2012, pp. 29-44, www.revista.uclm.es/index.php/cesco.

Directiva no se aplica a la venta de bienes inmuebles (3), bienes muebles intangibles (venta de créditos), ni a la venta de bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento (art. 2 y 3 de la Directiva) (4).

En definitiva, la Directiva establece una nueva regulación de los contratos con consumidores celebrados a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles sobre la base de una detallada regulación del desistimiento y de la información contractual, pero también establece un nuevo régimen a determinadas cuestiones generales relativas a la venta y a las garantías de los bienes de consumo, así como a los contratos de consumo en general, en los artículos 17 a 22 que acabo de señalar.

Pero a pesar de que las normas protectoras de los consumidores han experimentado un desarrollo espectacular en las últimas décadas propiciado por la obligación de los diferentes Estados miembros de la UE de armonizar su derecho interno con las numerosas Directivas que en materia de consumo se han ido publicando, ni las Directivas anteriores ni la LGDCU contenían ningún precepto que resolviera la cuestión relativa al plazo para realizar la entrega de los bienes al consumidor por parte del empresario.

De hecho, el Considerando 51 de la Directiva 2011/83/UE alude expresamente a esta cuestión, indicando que "las principales dificultades que encuentran los consumidores y una de las principales fuentes de litigios con los comerciantes guardan relación con la entrega de bienes, en particular con la pérdida o deterioro de los bienes durante el transporte y las entregas tardías o incompletas. Por tanto, es preciso aclarar y armonizar las normas nacionales sobre cuándo debe producirse la entrega".

(3) Aunque algún sector doctrinal ha considerado que sería muy pertinente aplicar el art. 66 bis de la Ley a la compraventa de cosas inmuebles. Así CARRASCO PERERA: "Comentarios al...", cit.

(4) La Directiva define en el art. 59.1 bis a) el contrato de venta como "todo contrato en virtud del cual el empresario transmita o se comprometa a transmitir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, incluido cualquier contrato cuyo objeto esté constituido a la vez por bienes y servicios". Cfr. BOTANA GARCÍA, G.: "Comentario de urgencia a la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias", *Diario La Ley*, núm. 8301, 30 abril de 2014, *La Ley* 2220/2014.

Al respecto el art. 18 de la Directiva regula el momento en el que debe producirse la entrega de la cosa vendida y los remedios que tiene el comprador ante la falta de entrega, que son la petición de cumplimiento al empresario y la resolución del contrato. También recoge los efectos de la resolución del contrato.

Así, este art. 18 de la Directiva pretende aclarar y armonizar las normas nacionales sobre cuándo debe producirse la entrega, a fin de unificar el régimen contractual de las entregas tardías. Ahora bien, el lugar y las modalidades de entrega, así como las normas relativas a la determinación de las condiciones para la transmisión de la propiedad de los bienes y el momento en que dicha transmisión tiene lugar siguen sometidos a la legislación nacional.

Otros derechos de los consumidores se establecen en los preceptos siguientes: el art. 19 se ocupa del coste de utilización de medios de pago, el art. 21 del coste de la tarifa telefónica que el consumidor debe abonar para comunicarse con el vendedor; el art. 20 se ocupa de la transmisión del riesgo de la pérdida de la cosa del vendedor al consumidor (5), y el art. 22 de la imposibilidad de cobrar al consumidor cantidades distintas a la remuneración por el bien o servicio salvo que exista consentimiento expreso de éste, necesidad por tanto del consentimiento expreso del consumidor en relación con posibles pagos adicionales.

(5) De acuerdo con el art. 20 de la Directiva, cuya trasposición ha dado lugar al art. 66 ter TRLGDCU, el consumidor queda protegido de los riesgos de pérdida o deterioro de los bienes hasta que él o persona por él autorizada adquiera la posesión material de los mismos. En dos supuestos se agrava el riesgo para el consumidor: cuando él haya asumido la realización del transporte por sí mismo o a través de un transportista, y cuando el transportista elegido sea uno distinto de los propuestos por el comerciante. Ahora bien, si el consumidor elige a uno de los transportistas ofrecidos por el empresario pero opta por una forma de transporte más costosa que la ofrecida por el comerciante (por ejemplo entrega rápida, 24 horas), se ha considerado por la doctrina que es razonable aplicar la regla general que hace recaer el riesgo de pérdida sobre el comerciante que realiza el transporte, a pesar de que corresponda al consumidor abonar la diferencia entre la forma de entrega ofrecida y la elegida. Cfr. MENDOZA LOSANA, A. I.: "Los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil tras la Directiva 2011/83/UE. Relación con la Directiva de comercio electrónico y la Directiva de servicios", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 1, 2012, pp. 45-60, www.revista.uclm.es/index.php/cesco.

Por tanto, la Directiva dota a los consumidores de nuevos derechos, referidos a la forma y a los plazos de entrega y al riesgo de pérdida o deterioro del bien adquirido, teniendo en cuenta el importante crecimiento del comercio electrónico y de las transacciones a distancia (6). De esta manera, la reforma operada por la Directiva contempla una serie de disposiciones generales que en los artículos que se acaban de mencionar versan sobre otras cuestiones relativas a los contratos celebrados entre empresas y consumidores y usuarios, como son la entrega de los bienes comprados, la prohibición de incluir gastos adicionales en las comunicaciones telefónicas, los cargos o pagos adicionales por la utilización de medios de pago y la transferencia al consumidor y usuario del riesgo de pérdida o deterioro de los bienes.

No obstante, la Directiva solo afecta al derecho contractual con consumidores en los aspectos que regula, quedando fuera de la misma las disposiciones nacionales relativas a aspectos generales del derecho contractual, como son la celebración o a la validez, formalización, efectos y eficacia de los contratos (art. 3.5 Directiva), por lo que en esta cuestión no hay armonización, quedando fuera de la regulación de la Directiva. Por tanto, no se armoniza la regulación contractual nacional. De hecho, en el Considerando 14 de la Directiva se señala que "la presente Directiva no debe afectar a la legislación nacional en el ámbito del Derecho contractual respecto a aquellos aspectos del mismo que la Directiva no regula. Por consiguiente, la Directiva se debe entender sin perjuicio de las disposiciones nacionales que regulan, entre otros, la celebración o la validez de un contrato, por ejemplo en caso de vicio del consentimiento".

Ahora bien, la Directiva en el art. 18 sí que regula la acción de cumplimiento y/o resolución del contrato de venta en caso de falta de entrega del bien en el plazo acordado, o en su defecto, en el plazo de 30 días a partir de la celebración del contrato. Por ello, salvo en este caso, la regulación de los remedios por incumplimiento del contrato será la del derecho nacional de cada uno de los estados miembros.

(6) En la nueva regulación el consumidor queda protegido de los riesgos de pérdida o deterioro de los bienes hasta que él o persona por él autorizada adquiere la posesión material de los mismos.

II. DIRECTIVA DE ARMONIZACIÓN MÁXIMA

Una de las características que tiene la Directiva 2011/83/UE es que se trata de una Directiva de armonización máxima, por lo que los Estados miembros no podrán establecer una protección inferior o superior en la norma nacional que regula la materia objeto de la Directiva, es decir, no se puede dotar al consumidor en la transposición de la Directiva de un nivel de protección superior (7). Con ello se pretenden eliminar las contradicciones entre las normativas de los distintos Estados miembros, con lo que se logra una mayor seguridad jurídica para consumidores y empresarios, se favorece el aumento de las transferencias transfronterizas y por tanto la consecución de un verdadero mercado interior, evitando la existencia de una disparidad de regulaciones entre los Estados miembros. Se eliminan las restricciones a las transacciones transfronterizas dentro del mercado único. Recoge así esta Directiva la regla de la armonización plena que prohíbe que los legisladores de los estados miembros establezcan niveles de protección distintos, ni menores ni mayores, que los dispuestos en la Directiva para las materias armonizadas (8).

Ahora bien, a pesar de las ventajas que se obtienen con la armonización plena, se puede reducir el nivel de protección del consumidor en un determinado Estado, si en ese Estado la legislación nacional tenía una norma que aumentaba la protección del consumidor en un aspecto concreto, beneficiando en esos caso al empresario la regla de la armonización máxima. Así sucede en el derecho español, pues nos regíamos por el principio de indemnidad económica del consumidor en el ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, mientras que tras la trasposición de la Directiva se incorpora una nueva normativa que impone a los consumidores la obligación de

(7) Cfr. COSTAS RODAL, L.: "Novedades en materia de contratos con consumidores celebrados a distancia y fuera del establecimiento tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo, de reforma del TRLCU/2007", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2014 (BIB 2014\1534).

(8) Cfr. LLORENTE SAN SEGUNDO, I.: "La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencias de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2013, vol. 5, núm. 2, p. 375.

correr con los gastos de devolución de los bienes cuando ejerciten el desistimiento, salvo que el comerciante haya asumido dicho coste o el consumidor no haya sido informado de que debía pagarlos. Por tanto, en términos comparativos con la normativa española anterior en alguna cuestión la Directiva restringe derechos de los consumidores españoles, aunque en otros aspectos se les otorga una mayor protección (9).

No obstante, el hecho de que exista una materia armonizada no es obstáculo para que en virtud del principio de autonomía de la voluntad, los empresarios que celebren contratos con los consumidores puedan ofrecerles mejores condiciones contractuales que las establecidas en la Directiva, ya que el art. 3.6 de la Directiva determina que "la presente Directiva no impedirá a los comerciantes ofrecer a los consumidores condiciones contractuales que garanticen mayor protección que la otorgada por la presente Directiva" (10). Por ejemplo, nada impide que los empresarios reconozcan a los consumidores en sus contratos plazos de desistimiento superiores a catorce días, que es el plazo legal establecido en la Directiva.

Por el contrario, si se hubiera procedido a una armonización mínima, los Estados podrían mantener o adoptar normas más estrictas de protección de los consumidores, con lo que se podrían introducir normas más protectoras de los consumidores en el derecho interno, lo cual atribuye un nivel diferente de protección al consumidor en cada estado miembro, lo que disuade a las empresas de comercializar sus bienes y servicios fuera de su país, por lo que no se lograría la pretendida armonización.

Ahora bien, a pesar de ser una Directiva de armonización máxima, es decir, en las materias que son reguladas por la Directiva la legislación de los estados miembros no puede ser distinta a la fijada en la Directiva, ni mayor ni menor protección al consumidor, hay determinadas cuestiones en las que los estados pueden introducir

(9) Cfr. MARCOS FRANCISCO, D.: "Hacia un derecho de consumo uniforme en la Unión Europea", *Actualidad Civil*, núm. 12, quincena del 16 al 30 de junio de 2012, *La Ley* 6095/2012.

(10) Cfr. MARÍN LÓPEZ, M. J.: "La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los estados miembros", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 1, 2012, www.revista.uclm.es/index.php/cesco.

mayor protección, al permitirlo expresamente la Directiva. En efecto, son varios los supuestos en los que la Directiva da libertad al Estado miembro en relación con la transposición de la Directiva. Por ejemplo, los Estados miembros pueden optar por no aplicar la Directiva a los contratos celebrados fuera del establecimiento para los que el pago que deba efectuar el consumidor no supere los 50 euros (art. 3.4 Directiva), pero se da libertad a los estados para que establezcan un valor inferior en su legislación nacional por debajo del cual no sea de aplicación la normativa nacional de transposición (11).

Por lo que aquí interesa, también tiene libertad el legislador nacional en materia de resolución del contrato de compraventa, pues para el caso de que el vendedor no entregue el bien la fecha establecida, además de resolver el contrato, "el consumidor podrá recurrir a otras soluciones contempladas en la legislación nacional" (art. 18.4 Directiva). Como se ve en la transposición de este artículo de la Directiva al art. 66 bis TRLGDCU, este precepto es un simple traslado del art. 18 de la Directiva, con la particularidad de que además se contempla en el art. 66 bis in fine una penalización del doble de la suma adeudada, es decir una regla de mayor protección que permite el art. 18.4 de la Directiva (12). Además se le permite al consumidor que reclame su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad, por lo que esa indemnización no es materia armonizada, aplicándose directamente la legislación nacional.

III. INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

La información a los consumidores y usuarios es esencial, ya que es el mejor medio de prevención de los inconvenientes que pueden aparecer en las operaciones en que intervienen profesionales y con-

(11) *Vid.* todos los supuestos en los que la Directiva da libertad al Estado a la hora de trasponerla en MARÍN LÓPEZ, cit.

(12) Cfr. CARRASCO PERERA, A.: "Comentarios al proyecto de ley de reforma de la LGDCU. Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo", CESCO, www.uclm.es/centro/cesco.

sumidores (13). Por tanto, la Directiva 2011/83/UE y la Ley 3/2014 suponen un reforzamiento de la información precontractual exigible en los contratos celebrados con consumidores y usuarios que se celebren a distancia así como fuera del establecimiento mercantil, y dentro de la información previa al contrato que debe suministrarse al consumidor se encuentran los procedimientos de pago, entrega y ejecución, así como la fecha en la que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio. Es decir, antes de la conclusión del contrato hay que informar a los consumidores y usuarios entre otras cuestiones, de la fecha de entrega y de las modalidades de entrega o ejecución del contrato, por lo que interesa respecto de los plazos en la entrega de los bienes adquiridos.

En efecto, en los contratos con los consumidores y usuarios, los art. 59 a 79 del TRLGDCU tras la transposición de la Directiva 2011/83/UE refuerzan la información precontractual exigible en los contratos con consumidores y usuarios, y como novedad el empresario debe informar al consumidor antes de que este quede vinculado por un contrato u oferta, entre otras cuestiones, de la fecha en la que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio, lo cual supone una novedad el hecho de tener que informar sobre la fecha de compromiso con respecto a la regulación anterior, y esa información previa relativa al tiempo de la entrega tiene que ser suministrada tanto en los contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil como en los contratos distintos a estos que se celebren con consumidores.

IV. ENTREGA DE LOS BIENES COMPRADOS MEDIANTE UN CONTRATO DE VENTA. ANÁLISIS DEL ART. 18 DE LA DIRECTIVA 2011/83/UE Y DEL ART. 66 BIS TRLGDCU

El art. 18 de la Directiva así como el art. 66 bis del TRLGDCU establecen con carácter general cuál debe ser el plazo de la entrega de los bienes en las ventas de consumo. Tal y como se ha indicado ya, entre las novedades que recoge la Directiva se encuentra la

(13) Cfr. BOTANA GARCÍA, G. A.: "Una nueva Directiva europea sobre derechos de los consumidores", *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 102, marzo 2012, *La Ley* 2458/2012.

introducción de una nueva regulación del tiempo en la entrega de los bienes, armonizándose en el art. 18 de la Directiva las normas nacionales sobre cuándo debe producirse la entrega, con la finalidad de unificar el régimen contractual de las entregas tardías.

En la regulación anterior en los contratos a distancia en la práctica con bastante asiduidad los plazos en la entrega representan un problema. De hecho, el gran problema que surgía en esta cuestión era que normalmente los plazos no se precisaban por el empresario y el consumidor debía esperar durante un largo periodo de tiempo para recibir su pedido. Por ello, para paliar este inconveniente ya el art. 103 del TRLGDCU de 2007 introdujo un plazo máximo para la entrega de los bienes de 30 días contado a partir del día siguiente en que el consumidor y usuario hubiera prestado su consentimiento para contratar. Ahora bien este plazo legal tenía carácter dispositivo, por lo que las partes podían establecer un plazo de entrega superior o inferior a los 30 días. En todo caso, esa ampliación o reducción del plazo de ejecución del pedido debía indicarse en la oferta, siendo ilícito fijar un plazo cuya concreción se dejase al arbitrio del vendedor, de conformidad con el art. 1256 CC (14).

El art. 66 bis TRLGDCU recoge el plazo máximo de 30 días fijado en la Directiva salvo acuerdo en contrario de las partes sobre el plazo de entrega para todos los contratos de venta. Por ello este plazo de 30 días coincide con el establecido en el art. 103 LGDCU en su redacción anterior, pero estaba previsto solo para los contratos a distancia, y se contaba a partir del día siguiente en el que el consumidor y usuario hubiera prestado su consentimiento para contratar, mientras que el art. 66 bis está previsto para todos los contratos de compraventa.

En efecto, la trasposición del art. 18 de la Directiva tiene lugar en el artículo 66 bis TRLGDCU, ya que regula el plazo para la entrega de los bienes para los contratos de consumo en general, y reitera la misma regla para los contratos a distancia en el art. 109, precepto innecesario para un sector de la doctrina (15). El art. 109, que lleva

(14) Cfr. BOTANA GARCÍA, G. A.: "Comentario al nuevo texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias", *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 70, abril 2009, *La Ley* 11243/2009.

(15) Cfr. HUALDE MANZO, T.: "Anteproyecto de Ley de modificación del

por rúbrica "ejecución del contrato a distancia", determina que "salvo que las partes hayan acordado otra cosa, el empresario deberá ejecutar el pedido sin ninguna demora indebida y a más tardar en el plazo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato", que viene a corresponderse con lo previsto en el art. 103 del anterior TRLGDCU de 2007, y el art. 110 actual tras la reforma de 2014, relativo a la falta de ejecución del contrato a distancia por no encontrarse disponible el bien o servicio contratado, equivale al anterior art. 104, con la única novedad de que en el art. 110 actual a diferencia de lo que sucedía en el art. 104 anterior, no se establece como plazo máximo el de 30 días para la devolución de las cantidades que abonó el consumidor, sino que tan solo se dice que el consumidor deberá recuperar sin ninguna demora indebida las sumas abonadas.

Ahora bien, para otro sector doctrinal (16) el art. 66 bis es una norma general que "queda desplazada" por normas más específicas, como son el art. 103 y 104 LGDCU, relativos a la contratación a distancia, cuestión que hay que entender referida en la actualidad a los art. 109 y 110 tras la reforma del año 2014. Ahora bien, básicamente el nuevo art. 66 bis 1 coincide en sus términos con el art. 109, que simplemente recoge una regla dispositiva que no se aplicará cuando las partes hayan fijado un plazo para la entrega distinto, ya sea inferior o superior al legal supletorio de 30 días (días naturales, cuyo inicio del cómputo será a partir del día siguiente a la conclusión del contrato –art. 5.1 CC–). Pero nada dice el art. 109 sobre las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación de entrega de la cosa, es decir, no establece una sanción civil específica para el caso de infracción del plazo de cumplimiento (17), por lo que incumplida la obligación de entrega dentro del plazo convencional o legal, el consumidor podrá ejercitar su derecho de desistimiento (18).

Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6/2012, (BIB 2012\2937).

(16) Cfr. CARRASCO PERERA: "Comentarios al...", cit.

(17) Sanción civil específica que sí que se contempla en el art. 110 para el caso de que el empresario no devuelva al consumidor las cantidades que éste entregó con motivo de la falta de ejecución del contrato por parte del empresario, sanción que consistirá en la devolución duplicada de las sumas entregadas.

(18) Cfr. relativo al anterior art. 103 TRLGDCU, MIRANDA SERRANO, L. M.:

No obstante la doctrina ha señalado referido al art. 103 anterior del TRLGDCU respecto al plazo dispositivo de los 30 días para realizar la entrega que contemplaba, debiéndose entender actualmente al art. 109 TRLGDCU, que el empresario puede elegir dentro de esos 30 días cual es el que va a cumplir, en cualquier momento a lo largo de ese plazo, sin que el consumidor pueda oponerse. Si el empresario retrasa el cumplimiento más allá de esos treinta días, pero el consumidor aún no ha pagado el precio, al ser un contrato con obligaciones recíprocas para ambas partes, el empresario no incurriría en mora, por lo que el mero retraso sería una situación de no cumplimiento provisional, que no impide la entrega posterior del pedido si el consumidor todavía lo quiere. Sin embargo, si el consumidor ha pagado ya el precio u ofrece pagarlo antes de recibir la prestación, el retraso en la entrega del pedido constituye en mora automática al empresario desde el día siguiente al plazo pactado de entrega, o en su defecto, de no haber acordado nada las partes, una vez que haya transcurrido el plazo legal supletorio de entrega de 30 días. Si la prestación ya no reporta ninguna utilidad al consumidor, la infracción de la obligación de entrega es constitutiva de un incumplimiento definitivo, que faculta al consumidor a resolver el contrato ex art. 1124.1 CC y para pedir una indemnización por los daños y perjuicio y la devolución de las sumas entregadas si la falta de entrega es imputable al empresario. Ahora bien, si el consumidor sigue interesado en el cumplimiento del contrato, puede exigir el cumplimiento forzoso (art. 1124.2 CC) y una indemnización por los daños causados por el retraso (art. 1101 CC) (19).

"Contratos celebrados a distancia", en *La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del texto refundido aprobado por el RD legislativo 1/2007)*, VV. AA. Dir. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., Iustel, Madrid, 2011, p. 1544. Ahora bien, si el contrato se celebra mediante condiciones generales de la contratación, y el plazo de ejecución contractual es predispuesto por el empresario e impuesto al consumidor, el empresario no debe excederse del plazo de entrega de 30 días que recoge el art. 109 de la Ley de consumidores, pues en tal caso podría considerarse que la cláusula es abusiva, tanto si no hubiera podido ser negociada por el consumidor como si ésta estableciera un plazo ilimitado de cumplimiento, y también si fijara un plazo superior a los 30 días.

(19) Sobre la base del art. 103 anterior del TRLGDCU ha tratado a esta cuestión ARROYO AMAYUELAS, E.: "Comentario al art. 103", en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007)*

También se ha dicho que el art. 110 TRLGDCU es un “trasunto” de la norma más general contenida en el art. 66 bis. Ahora bien, a pesar de esta aparente similitud inicial, un análisis más pormenorizado de todos los preceptos citados lleva a descubrir varias diferencias. Así, en el art. 110 se parte de que el incumplimiento del deber de entrega proviene de la falta de existencias del bien, pues no puede cumplir el empresario la obligación de entrega por no encontrarse disponible el bien o servicio contratado (en cuyo caso al tratarse de una imposibilidad el consumidor podrá resolver el contrato), mientras que el art. 66 bis no discrimina entre las razones posibles que el vendedor haya tenido para no cumplir, salvo cuando se trata de una repudiación dolosa. Además, en el art. 110 no se prevé la obligación de conceder un plazo suplementario para la entrega y el comprador puede resolver mediante una declaración unilateral inmediata. Ahora bien, de acuerdo con el art. 111, el empresario tiene el derecho de sustituir el pedido por un bien de características similares que tenga la misma o superior calidad, pero no se establece en qué plazo puede ejercitar el empresario ese derecho ni si cabe esta posibilidad incluso cuando el consumidor ha resuelto el contrato por declaración extrajudicial. Por ello, sobre la base del Proyecto de Ley CARRASCO proponía una solución para paliar estos inconvenientes, entendiendo que el art. 66 bis debe ser aplicado para integrar el supuesto resolutorio de los arts. 109 y 110 de la ley, es decir, dado que no existe repudiación del vendedor a distancia, el consumidor una vez informado de la falta de existencias, debería conceder al vendedor un plazo adicional adecuado a las circunstancias si el vendedor solicita esa nueva oportunidad. Igualmente, CARRASCO proponía que en el plazo adicional que recoge el art. 66 bis el vendedor podría cumplir mediante la entrega de un bien de caracteres similares de igual o superior calidad, incluso aunque se tratase de una venta en la que el consumidor no dispusiera del derecho de desistimiento (20).

y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea, VV. AA., DIR. CÁMARA LAPUENTE, S., Colex, Madrid, 2011, pp. 1008 y 1009.

(20) Cfr. CARRASCO PERERA, A.: “Comentarios al proyecto de ley de reforma de la LGDCU. Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo”, CESCO, Centro de Estudios de Consumo, fecha de publicación 20 de noviembre de 2013, www.uclm.es/centro/cesco.

V. ANÁLISIS PORMENORIZADO DEL ARTICULO 66 BIS TRLGDCU

A) Ámbito de aplicación del art. 66 bis TRLGDCU

Ya se ha señalado que la entrega de los bienes es una fuente constante de conflictos en los contratos celebrados a distancia, ya que se ha constatado que en la práctica existen numerosas reclamaciones de consumo por las entregas tardías o incompletas. Por ello la Directiva se ocupa de esta cuestión armonizando las normas nacionales referidas a la entrega de los bienes comprados o adquiridos mediante un contrato de venta en su art. 18, cuyo contenido se traspone como se ha dicho ya en el art. 66 bis TRLGDCU (21).

A los efectos del art. 66 bis TRLGDCU, se consideran bienes a las cosas muebles corporales, excepto los que sean vendidos por la autoridad correspondiente tras un embargo u otra medida similar. En cuanto al agua, el gas y la electricidad, se considerarán bienes cuando estén envasados para su comercialización en un volumen delimitado o en cantidades determinadas (22). Por tanto el art. 66 bis no se aplicará a los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, de calefacción mediante sistemas urbanos o el suministro de contenido digital que no se proporcione en un soporte material.

La regulación de un plazo máximo de 30 días (salvo pacto en contrario) para la entrega de los bienes mediante la transmisión de la posesión material o del control de las cosas al consumidor supone una importante novedad en nuestro Derecho que carecía de una previsión semejante.

(21) Pero no se alteran las reglas nacionales relativas a la transmisión de la propiedad y formas de entrega (art. 609 y 1462 a 1465 CC). Cfr. MENDOZA LOSANA, A. I.: "Novedades en la regulación de la contratación on-line con consumidores", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco

(22) Cfr. BERROCAL LANZAROT, A. I.: "Líneas maestras de la ley 3/2014, de 27 de marzo por la que se modifica el Texto Refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios", *Actualidad Civil*, 7 de abril de 2014, La Ley 1779/2014.

Al respecto el art. 66 bis señala que salvo que las partes acuerden otra cosa, el empresario entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor, sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato. Si el empresario no cumple su obligación de entrega, el consumidor lo emplazará para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Pero si el empresario no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato. Ahora bien, esto último no será aplicable cuando el empresario haya rechazado entregar los bienes o cuando el plazo de entrega sea esencial, o cuando el consumidor informe al empresario, antes de la celebración del contrato, que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha concreta. En tales casos, si el empresario no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor, o en el plazo de 30 días naturales, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato.

Si se resuelve el contrato, el empresario deberá proceder a reembolsar, sin demora indebida, todas las cantidades abonadas por el consumidor, y en caso de retraso injustificado en cuanto a la devolución de las cantidades, el consumidor podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio de su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad.

Por tanto, la regulación de la entrega de los bienes contenida en este precepto se basa en las siguientes reglas (23):

1. Salvo pacto en contrario, el vendedor tiene obligación de entregar los bienes vendidos sin demora indebida, y en todo caso en un plazo máximo de 30 días naturales a contar desde la celebración del contrato.

2. La entrega se realizará mediante la "transmisión de la posesión material o control" al comprador consumidor.

3. Si se incumple el deber de entrega en plazo, el consumidor concederá al vendedor un plazo adicional adecuado a las circuns-

(23) Cfr. CARRASCO PERERA: "Comentarios al...", cit.

tancias, transcurrido el cual si no recibe los bienes el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato.

4. Cuando el empresario haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea un elemento esencial del contrato no es preciso conceder ese plazo adicional.

5. Si se resuelve el contrato, el empresario debe devolver "sin demora indebida" todas las cantidades abonadas por el consumidor. Si existe retraso injustificado en la devolución de esas cantidades, el comprador puede reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio de su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que excedan dicha cantidad.

6. La carga de la prueba del cumplimiento de estos plazos recae sobre el vendedor.

No olvidemos que estas nuevas reglas que se han incorporado al TRLGDCU mediante la Ley 3/2014 con motivo de la transposición de la Directiva 2011/83/UE a nuestro ordenamiento jurídico son solo aplicables al contrato de compraventa.

Ahora bien, se ha criticado que puesto que este precepto recoge un supuesto de incumplimiento obligacional por parte del vendedor, estableciéndose la resolución contractual frente a dicho incumplimiento (el comprador nunca llegó a recibir la cosa), en cuanto a su ubicación sistemática, habría sido más conveniente su inclusión dentro del Libro II, Título V, al ser en el fondo un complemento del régimen de conformidad. En efecto, al igual que sucede en la falta de conformidad, la regulación del art. 66 bis no es más que un supuesto de incumplimiento obligacional por parte del vendedor al que se le otorga una regulación singularizada, una solución como es la resolución contractual frente a dicho incumplimiento (24).

B) Número 1. Plazo de entrega: pacto o 30 días

En relación con el plazo de entrega este precepto determina en su número 1 que salvo pacto en contrario entre las partes, es de-

(24) Cfr. CARRASCO PERERA: "Comentarios al...", cit.

cir, si las partes no han acordado una fecha concreta de entrega, el empresario tiene que entregar los bienes al consumidor lo antes posible, y en cualquier caso, en un plazo máximo o no superior de 30 días naturales contados a partir de la celebración del contrato de venta, aunque se establece un plazo adicional en determinadas circunstancias en el párrafo siguiente (25).

El plazo previsto en el art. 66 bis para realizar la entrega comprende también el de la instalación de la cosa vendida, por lo que si la cosa requiere de una instalación, el bien debe estar instalado en el tiempo establecido en el art. 66 bis (26).

Dicho plazo de 30 días debe cumplir la característica de la razonabilidad, es decir, que la entrega puede producirse hasta dentro de los 30 días siguientes a contar desde la celebración del contrato, pero ello no confiere un derecho al empresario para retrasar la entrega hasta que transcurran esos 30 días, sino que lo que quiere decir el precepto es que las demoras justificadas no pueden prolongarse por más de 30 días. Por ello, si no existe causa justificada, el vendedor tiene la obligación de entregar sin demora, y siempre dentro de un plazo inferior a los 30 días.

Otra cuestión que se recoge en el precepto es que la entrega se realizará "mediante la transmisión de la posesión material o control" al comprador consumidor. La entrega material consiste en poner bajo el control material del comprador o de la persona designada por el comprador el bien comprado. Incluso la entrega en una oficina de correos es considerada entrega material siempre y cuando el comprador disponga de la posibilidad de pasar a su recogida. Si el transportista es independiente, la entrega del bien a este no será

(25) En las compraventas mercantiles, el plazo para la entrega de las mercancías vendidas, salvo pacto en contrario, será como máximo de 24 horas tras la firma del contrato. Sobre la compraventa mercantil vid. más ampliamente MORILLO GONZÁLEZ, F.: "Lugar de cumplimiento y gastos de entrega en compraventa mercantil", y CASADO DÍAZ, S.: "Entrega de mercancía y entrega de documentos", en *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Tomo II, VV. AA., Dir. CARRASCO PERERA, A., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 1259 y ss. y pp. 1267 y ss.

(26) Así lo ha señalado CARRASCO PERERA: "Comentarios al...", cit.

considerada tampoco una modalidad de entrega. Pero si el comprador contrata autónomamente el transporte, se produce la entrega cuando se ponga a disposición del transportista (27).

Ahora bien, el lugar y las modalidades de entrega, así como las normas relativas a la determinación de las condiciones para la transmisión de la propiedad de los bienes y el momento en el que dicha transmisión se produce se somete a la legislación nacional de cada Estado, por lo que la Directiva no entra a armonizar esta cuestión. Al respecto el Considerando 51 de la Directiva establece que "Las normas en materia de entrega establecidas en la presente Directiva deben contemplar la posibilidad de que el consumidor permita que un tercero adquiera en su nombre la posesión material o el control de los bienes. Debe considerarse que el consumidor tiene el control de los bienes cuando él o un tercero indicado por el consumidor tiene acceso a ellos para utilizarlos como propietario, o posee la capacidad de revenderlos (por ejemplo, cuando ha recibido las llaves o está en posesión de los documentos de propiedad)".

C) Número 2. Incumplimiento del plazo de entrega. Resolución del contrato

Respecto a la entrega de los bienes, el art. 66 bis TRLGDCU prevé que en aquellos casos en que el empresario no ha hecho entrega de los mismos en el plazo convenido con el consumidor y usuario, éste último, antes de resolver el contrato, debe emplazar al empresario para que realice la entrega en un plazo adicional razonable. Si en ese plazo adicional el empresario tampoco entrega los bienes, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato.

Si se incumple el deber de entrega en plazo, el consumidor concederá al vendedor un plazo adicional "adecuado a las circunstancias", transcurrido el cual, sin ser atendido, el consumidor podrá resolver el contrato.

Este apartado establece el régimen jurídico para los casos en los que el incumplimiento se considera esencial a efectos resolutorios. Se contempla la posibilidad de que el acreedor, es decir, el comprador, transforme un retraso en la entrega de la cosa objeto del

(27) Cfr. CARRASCO PERERA "Comentarios al...", cit.

contrato en un incumplimiento resolutorio mediante la concesión de un plazo adicional, transcurrido el cual podrá resolver el contrato.

Se consagra con ello un principio que venía aplicando la jurisprudencia no sólo en el derecho de consumidores, sino también en otros ámbitos, relativo a que el plazo de entrega no es esencial por principio y la demora en el cumplimiento no comporta como regla un incumplimiento resolutorio, considerándose que el vendedor incumplidor merece una segunda oportunidad de cumplimiento (28).

Además hay que tener presente que este requerimiento que el consumidor hace al empresario tiene la peculiaridad de que es un plazo adicional, pero no es necesario que transcurra ese plazo para que el comprador pretenda la resolución del contrato. De hecho, el requerimiento con la concesión del plazo adicional puede ser de tipo resolutorio, condicionando este efecto al transcurso del plazo.

En este sentido, en la regulación del art. 18 de la Directiva sobre el tiempo en la obligación de entrega de los bienes, se observa una clara influencia de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales elaborados por UNIDROIT, y de la doctrina alemana sobre el nachfrist, es decir, la conversión de un mero retraso no esencial en la obligación de entrega, en incumplimiento esencial a través de un plazo extrajudicial concedido por el acreedor (29). En el caso de que el comerciante no haga entrega de los bienes en ese plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato.

Esta es la única solución, pues la doctrina se ha planteado si el plazo adicional que puede otorgar el consumidor extraprocesalmente de carácter razonable al empresario para que realice la entrega

(28) Cfr. CARRASCO PERERA: "Comentario al...", cit.

(29) Ahora bien, en el derecho alemán se aplica el nachfrist tanto a la no entrega como a la falta de conformidad de las mercancías. Además, la comunicación del nachfrist incluye una declaración de que la ejecución será rechazada una vez que el período de tiempo adicional concedido haya transcurrido. Cfr. GONZÁLEZ CARRASCO, M. C.: "Plazo adicional e incumplimiento definitivo: un atisbo de modernización del Derecho de obligaciones en la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores", en *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Tomo II, VV. AA., Dir. CARRASCO PERERA, A., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 1277 y 1278.

es compatible con la posibilidad de que el juez vuelva a conceder un plazo de gracia ante la demanda de resolución del contrato instada por el consumidor, ya que tras la concesión de ese plazo adicional por el consumidor el mero retraso se convierte en un incumplimiento esencial tras el transcurso de dicho plazo adicional. Ello porque el art. 1124 CC establece que "el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo".

Lo que a juicio de la doctrina no es posible es que sea compatible ese plazo adicional con el hecho de que el juez conceda un nuevo plazo de gracia ante la demanda de resolución del contrato presentada por el consumidor tras esa concesión de un plazo adicional extraprocesal que convierte el retraso en un incumplimiento esencial (art 1124 CC, ya que de acuerdo con este precepto solo cabe la resolución del contrato en los casos de que el incumplimiento sea relevante). En efecto, tanto la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, así como el nachfrist alemán, permiten que sean las partes las que fijen un plazo adicional, no los tribunales. Los tribunales tienen vedada la posibilidad de conceder un plazo de gracia al comprador o al vendedor cuando tras la concesión extrajudicial de un plazo razonable se ejercite una acción resolutoria del contrato (art. 45.3 y 61.3 Convenio de Viena). Por tanto, la concesión por el juez de un nuevo plazo para el cumplimiento iría en contra de lo previsto en los textos internacionales mencionados y la interpretación correcta de nuestro ordenamiento jurídico así como de nuestro proceso de ejecución debe llevar también a considerar que un nuevo plazo adicional de gracia no podrá ser concedido por el juez (30).

En caso de incumplimiento del plazo por parte del empresario, el consumidor puede dar al empresario un plazo adicional acorde con las circunstancias. Se trata de una facultad del consumidor, que puede por tanto otorgar al empresario un plazo adicional. Esta po-

(30) Cfr. GONZÁLEZ CARRASCO: "Incidencia de...", cit. y "Plazo adicional...", cit., p. 1278.

sibilidad de otorgar un plazo adicional si este no es esencial no se recogía en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores presentada en octubre de 2008 (31).

La doctrina considera que la ley no otorga un inmediato derecho de resolución del contrato al consumidor para el caso de que el empresario incumpla el plazo de entrega, sino que se exige que el consumidor requiera al empresario para que cumpla, y una vez incumplido es cuando el consumidor puede resolver el contrato (32).

De hecho, antes de la existencia de este precepto, al no recoger la LGDCU en el art. 103 una sanción civil específica cuando se producía la inobservancia del plazo de entrega prevista en tal precepto, era de aplicación el art. 1124 CC cuando no se cumplía el plazo de entrega marcado por el art. 103 TRLGDCU.

Además del derecho a resolver el contrato cuando se incumpla el plazo de entrega del bien, el consumidor puede recurrir a otras soluciones de conformidad con la legislación nacional, como son la de conceder al empresario un plazo adicional para la entrega, imponer el cumplimiento del contrato, retener el pago y pedir daños y perjuicios (Considerando 53 de la Directiva).

Nuevo plazo “adecuado a las circunstancias”

El problema es que el precepto alude a que el nuevo plazo debe ser “adecuado a las circunstancias”, pero no se establece exactamente un plazo. Habría resultado más razonable y acorde con el principio de protección al contratante consumidor que opera en el Derecho de consumo que el legislador hubiera sido más preciso y hubiera señalado la duración máxima de ese plazo adicional, sobre

(31) Sin embargo, en el Considerando 51 de la Directiva 83/2011 se hace hincapié en esta cuestión, señalando que “la norma relativa a la demora en la entrega también debe tener en cuenta los bienes que hayan de fabricarse o adquirirse especialmente para el consumidor y que el comerciante no pueda reutilizar sin incurrir en una pérdida considerable. Por consiguiente, la presente Directiva debe establecer una norma que conceda al comerciante un plazo adicional razonable en determinadas circunstancias”.

(32) Cfr. MAGRO SERVET, V.: “Análisis de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios”, *Práctica de Tribunales*, 25 de junio de 2014, La Ley 4508/2014.

todo para evitar situaciones de inseguridad jurídica. Desde luego, no se puede exigir que el comprador conceda otros 30 días para cumplir al vendedor. Para evitar mayores inconvenientes, se ha propuesto que se aplique la regla del art. 115.2 CESL: el plazo concedido se considera razonable si el vendedor no se opone a él sin demora indebida. Además, durante el plazo adicional, el comprador no puede resolver el contrato por falta de entrega, pero la mora del vendedor no queda purgada, por lo que el acreedor puede reclamar una indemnización por los daños y perjuicios que provoquen la demora (33).

Forma

En cuanto a la forma en que el consumidor debe notificar al comerciante su voluntad de resolver el contrato, la Directiva guarda silencio, por lo que habrá que estar a la legislación nacional en esta materia (34).

En efecto, esta facultad del consumidor de resolver el contrato prevista en el art. 18 de la Directiva debe entenderse sin perjuicio de las disposiciones nacionales sobre la forma en que el consumidor debe notificar al comerciante su voluntad de resolver el contrato. Surge por ello la duda sobre si la resolución, de acuerdo con el art. 1124 CC debe ser judicial.

La doctrina ha considerado que en los casos en los que se trate de un término esencial (como se verá a continuación en el análisis del segundo párrafo del art. 66 bis 2 Ley o art. 18.2 Directiva, segundo párrafo) o de un término no esencial en el que el consumidor haya concedido un plazo adicional razonable para el cumplimiento y en su caso, para dar por resuelto el contrato (*nachfrist*), la resolución se habrá producido con la mera comunicación extrajudicial que da el contrato por resuelto o fijando el día en el que tendrá lugar la resolución.

(33) Cfr. GONZÁLEZ CARRASCO: "Comentario al...", cit.

(34) Considerando 52 de la Directiva in fine: "La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de las disposiciones nacionales sobre la forma en que el consumidor debe notificar al comerciante su voluntad de resolver el contrato".

En estos casos, la resolución judicial solo tendrá la función de declarar resuelto el contrato desde la fecha señalada por el consumidor-comprador, y se dictará normalmente como consecuencia del acogimiento por parte del tribunal de una excepción de incumplimiento contractual opuesta por el consumidor ante la demanda del empresario que solicita que el consumidor le pague el precio y acepte el cumplimiento tardío. Por ello, solo en los casos en los que el consumidor no haya otorgado el plazo adicional del art. 66 bis o éste no resulte razonable, será la sentencia la que deberá fijar un plazo para el cumplimiento acompañando la condena al cumplimiento de la declaración de resolución para el caso de que aquél no se verifique en el plazo impuesto (35), pues lo contrario, "hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación para el cumplimiento" (art. 7.3.1 de los Principios UNIDROIT) (36).

Es decir, lo más lógico es entender que si se prueba que se ha concedido expresamente un plazo adicional determinado y razonable para el cumplimiento (*nachfrist*), transcurrido el cual se producirá la resolución del contrato, no es justificable que el juez otorgue un nuevo plazo para el cumplimiento. No debe olvidarse además que el art. 1124.3 CC otorga al juez la posibilidad de conceder un nuevo plazo de manera muy excepcional, por lo que debería interpretarse el art. 1124 CC en el sentido expuesto de que no es razonable o no hay justificación para que el juez conceda un nuevo plazo.

Ahora bien, un problema que plantea la resolución del contrato de compraventa por falta de entrega de la cosa en el ámbito del Derecho de consumo es que se regula tan solo en la Ley de consumidores, no afectando por tanto a la compraventa civil o mercantil ajena al Derecho de consumo. Ya que salvo los casos de compraventa de consumo, en la que hemos visto que se recoge la posibilidad de resolver el contrato por falta de entrega, si la compraventa es civil o mercantil, los contratantes siguen sometidos a la inseguridad jurídica sobre el carácter esencial del incumplimiento por entrega tardía, en relación con la eficacia de la resolución extrajudicial comunicada al vendedor, y a la duda sobre si recuperarán los costes de prefinan-

(35) *Vid.* al respecto art. 699 a 720 LEC 1/2000.

(36) Cfr. GONZÁLEZ CARRASCO: "Incidencia de...", cit. y "Plazo adicional...", cit., pp. 1279 y 1280.

ciación invertidos en la adquisición de los bienes de reemplazo antes de la judicialización del incumplimiento. Lo cual lleva a la paradoja de que es el consumidor quien no puede verse perjudicado en virtud del deber de mitigar el daño, por su incapacidad financiera para hacer frente a los costes de prefinanciación (37).

Segundo párrafo del art. 66 bis 2

La concesión de un nuevo plazo al empresario para cumplir no puede aplicarse cuando el empresario haya declarado de forma inequívoca que se niega a entregar los bienes, ni tampoco en los casos en los que el plazo de entrega sea esencial, cuando así se le haya hecho saber al empresario, y también cuando a pesar de no haber sido informado, sea esencial por su propia naturaleza, como por ejemplo, en el caso de un vestido de novia que como es lógico debe entregarse antes de la boda.

Por tanto, cuando se trate de un plazo o fecha de entrega esencial, y también cuando el comerciante haya declarado inequívocamente su negativa a entregar los bienes, en ambos casos si se incumple la entrega el consumidor podrá resolver el contrato de inmediato.

Es decir, cuando el vendedor haya declarado de forma inequívoca que se niega a entregar los bienes, no es necesario conceder un plazo adicional para convertir el incumplimiento de la obligación de entrega en incumplimiento esencial y por lo tanto resolutorio, porque en este caso el vendedor ha declarado de forma inequívoca que se niega a entregar los bienes. En este supuesto la resolución podrá producirse incluso antes de que expire el plazo contractualmente previsto para la entrega, o en caso de que éste no se hubiera fijado, el de 30 días establecido por el art. 18 de la Directiva y por el 66 bis TRLGDCU. Ello en consonancia con la doctrina anglosajona del "anticipatory breach" que ha inspirado también a los Principios UNIDROIT y a la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 (38).

También de conformidad con los principios generales del Derecho que se derivan de los textos internacionales señalados (la Conven-

(37) Cfr. GONZÁLEZ CARRASCO: "Plazo adicional...", cit., p. 1283 y CARRASCO PERERA, A.: "Cumplimiento en forma específica y ejecución a costa del deudor", INDRET 1/2006, p. 20.

(38) Cfr. GONZÁLEZ CARRASCO: "Incidencia de...", cit. y "Plazo adicional...", cit., p. 1278.

ción de Viena y de los Principios UNIDROIT), no es necesaria la concesión de un plazo adicional para la entrega en los casos en los que el plazo para la entrega de los bienes sea esencial en virtud de la finalidad o del objeto del contrato o de la naturaleza de las cosas o bien porque el consumidor haya informado al comerciante de que la entrega en una fecha determinada es esencial (39).

D) Número 3. Reembolso de las cantidades entregadas

Si pese a ello el empresario no realiza la entrega de los bienes en el plazo acordado, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato, y en ese caso el empresario deberá devolver sin demora todas las cantidades abonadas por el consumidor. Esto es lo que establece la Directiva en su art. 18. Pero en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores presentada en octubre de 2008, se establecía un plazo de 7 días para el reembolso de las cantidades abonadas por parte del comerciante, mientras que en el texto definitivo de la Directiva se ha optado por el reembolso por parte del empresario "sin ninguna demora indebida", sin fijar un plazo exacto como hacía la Propuesta de Directiva (40).

Por tanto, cuando se haya resuelto el contrato, el comerciante deberá reembolsar sin ninguna demora indebida todas las cantidades abonadas. Sin embargo, con anterioridad, el art. 104.1 TRLGDCU en caso de no ejecución del contrato por parte del empresario por no encontrarse disponible el bien o servicio contratado, el consumidor y usuario debía ser informado de esta falta de disponibilidad y debía poder recuperar cuanto antes, y en cualquier caso en un plazo de 30 días como máximo, las sumas que hubiere abonado.

Así, para el caso de la resolución del contrato por incumplimiento del deber de entrega, sería conveniente que en lugar de contemplar un plazo indeterminado para la devolución de las cantidades, se aplicara el plazo de 30 días como máximo para efectuar tal devolu-

(39) Cfr. GONZÁLEZ CARRASCO: "Plazo adicional...", cit., p. 1278.

(40) Cfr. RALUCA STROIE, I: "La Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, desde sus orígenes hasta la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 1, 2012, www.revista.uclm.es/index.php/cesco.

ción, por lo que nuevamente el legislador en este punto podía haber sido más preciso fijando un plazo máximo para el reembolso.

De esta manera, debido a que sería más conveniente fijar un plazo, la doctrina propuso que se tendría que aplicar analógicamente el art. 76 TRLGDCU, por lo que la devolución debería realizarse en un plazo máximo de 30 días, que era el plazo que se preveía para ejercitar el derecho de desistimiento, aunque en la actualidad tras la reforma de 2014 el plazo ha quedado reducido a 14 días (41).

El reembolso se realizará de todas las cantidades abonadas por el comprador en atención al contrato.

Sin embargo, en el texto del art. 66 bis del TRLGDCU se ha añadido (por permitir la Directiva esta posibilidad, por lo que en esta cuestión no hay armonización) que si el empresario no procede a ese abono, es decir, al reintegro de las cantidades, el consumidor puede reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio de su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad. Esta sanción civil que tipifica la ley para el empresario es la misma que se prevé para la no devolución de las cantidades ya abonadas en los casos de falta de ejecución de un contrato a distancia por parte del empresario (art. 111 TRLGDCU, cantidad duplicada a la que habrá que añadir, en su caso, los daños y perjuicios en lo que exceda de esa cantidad).

La repudiación es expresa, pero el silencio ante un requerimiento de cumplimiento no debe considerarse como repudiación (42).

E) Número 4. Carga de la prueba del cumplimiento de los plazos

Se dice en el art. 66 bis TRLGDCU que es el empresario el que tiene que probar el cumplimiento de los plazos de la entrega. La carga de la prueba impuesta al empresario es lógica, pues él es quien puede probar si efectivamente realizó o no la entrega de los bienes en plazo. Diferente es el criterio establecido para la carga de la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento en el art. 11.4 de la Directiva, pues en ese caso recae en el consumidor, al ser este quien opone al empresario la extinción de la relación contractual,

(41) Cfr. CARRASCO PERERA: "Comentario al...", cit.

(42) Cfr. CARRASCO PERERA: "Comentario al...", cit.

por ello, es el que va a resultar beneficiado de la demostración del ejercicio temporáneo del derecho de desistimiento.

En cuanto a la prueba de la tempestividad del cumplimiento, hay que tener en cuenta lo previsto en el art. 217.3 LEC, matizado por el art. 217.6 LEC. El número 3 del precepto determina que "incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior" (43), lo cual debe matizarse con lo previsto en el número 6 que establece que "las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes". Y al respecto, el art. 66 bis TRLGDCU es claro, pues por si quedara alguna duda sobre a quién le corresponde probar la tempestividad de la entrega, determina el art. 66 bis que es el empresario el que tendrá que probar el cumplimiento de los plazos de entrega, teniendo él por tanto la carga de la prueba, y no el consumidor.

Ello en consonancia con que en virtud del principio general recogido en el art. 217 LEC como se acaba de ver sobre la carga de la prueba en el art. 217, será el empresario quien deba demostrar que ha cumplido con la entrega del pedido.

(43) Este criterio de distribución de la carga de la prueba es el que tradicionalmente ha dado mejores resultados, ya que el juez, una vez que averigua qué tipo de hecho es el que hay que probar, tiene que determinar a quién corresponde su prueba en función de la naturaleza del mismo y de la relevancia que dicho hecho ocupe en relación con la posición procesal de quien lo haya alegado en su favor. En principio, corresponde al actor la prueba de los hechos constitutivos y al demandado el de los impeditivos, extintivos y excluyentes. Vid. más ampliamente sobre la carga de la prueba DAMIÁN MORENO, J.: "Comentario del art. 217 LEC", en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I*, VV. AA. DIR. LORCA NAVARRETE, A. M., Coord. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Lex Nova, Valladolid, 2.ª ed., 2000, pp. 1423 y ss.

EL CONTRATO DE ALIMENTOS Y EL PACTO DE PRESTACIONES. LOS ARTÍCULOS 1791 Y 1793 DEL CÓDIGO CIVIL

Mario Sánchez Linde

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

SUMARIO

- I. IDEAS PREVIAS. LA OBLIGACIÓN LEGAL DE PRESTAR ALIMENTOS.
EL CONTRATO DE ALIMENTOS
- II. EL PACTO ENTRE LAS PARTES Y LA DETERMINACIÓN
DE LA PRESTACIÓN ALIMENTICIA
 - II. 1. El artículo 1791 del Código Civil y las cláusulas de concreción
de las prestaciones del alimentante
 - II. 2. La prestación de vivienda y la convivencia
- III. LA POSIBLE AUSENCIA DE PACTO EN CUANTO A LA EXTENSIÓN
Y LA CALIDAD DE LA PRESTACIÓN
- IV. LA NO DEPENDENCIA DEL CAUDAL Y NECESIDADES
DEL ALIMENTANTE NI DEL CAUDAL DEL ALIMENTISTA
- V. NOTA BIBLIOGRÁFICA

I. IDEAS PREVIAS. LA OBLIGACIÓN LEGAL DE PRESTAR ALIMENTOS. EL CONTRATO DE ALIMENTOS

El art. 143 de Código Civil establece que están obligados a prestarse alimentos, en los términos señalados en el art. 142 del mismo texto legal, los familiares que entre sí sean ascendientes, descendientes y cónyuges. Así pues los sujetos anteriormente reseñados deberán, según la normativa vigente, facilitarse recíprocamente "todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica" (1). En el caso de los hermanos, deberán dispensarse los auxilios necesarios para la vida cuando los necesitasen por alguna causa que no sea imputables a los mismos, además de los que precisen para su educación.

Plantea así el Código Civil la obligación asistencial básica entre parientes en el Derecho de Familia español, y que jurídicamente se configura como una obligación legal de prestar auxilio para la subsistencia, en contrapartida a un derecho a exigirlo en caso de necesidad para la vida (2). Es importante reseñar que a nivel jurídico, tal y como se recoge en el art. 142 CC, el concepto de alimentos no coincide con el significado gramatical del término, pues el Legislador los concibe a un nivel general como el conjunto de prestaciones necesarias para una subsistencia digna y el adecuado desarrollo de la vida de una persona (3).

(1) Según el mismo artículo 142 CC, los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad "y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable". E igualmente se precisa al final del precepto que en la obligación de alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.

(2) Los cónyuges que no están separados judicialmente o de hecho, esto es, que conviven pacíficamente, ya están obligados a socorrerse mutuamente según lo preceptuado en los artículos 67 y 68 del Código Civil. Es cuando están separados de hecho o de derecho cuando pueden exigirse la prestación de alimentos en virtud de los artículos 142 y 143 CC.

(3) Véase, entre otros, CALVO ANTÓN, quien se refiere al concepto jurídico de alimentos diseñado por el legislador como la asistencia necesaria para la conservación del cuerpo y la salud física y psíquica, de manera que han de incluirse en su significado no sólo la alimentación, sino también el alojamiento o vivienda, la ropa o vestido adecuados, la educación y las prestaciones sanitarias, junto con la variante en este último caso de los

Por su parte, el artículo 1791 del Código Civil se expresa en los siguientes términos:

“Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos”.

El artículo 1791 CC, así como todo el Capítulo II del Título XII del Libro IV del Código Civil, fue introducido con su actual redacción por el artículo 12 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”. Asistimos con este precepto a la definición legal del contrato de alimentos, al cual dedica el Código Civil el mencionado Capítulo en exclusiva para su regulación jurídica básica. Como puede observarse, el Código presenta un contrato típico en virtud del cual el alimentante se obliga a realizar una prestación consistente en proporcionar a otra (alimentista) “vivienda, manutención y asistencia de todo tipo”, y ello además “durante toda su vida”.

El mencionado precepto no alude a ningún familiar próximo o no en grado, con lo que el contrato de alimentos puede celebrarse entre personas cualquiera, sean parientes o no. Esta liberalidad en tanto a los sujetos participantes en la relación alimenticia diferencia notablemente el contenido de este contrato y la obligación general del art. 143 CC, vinculante entre ascendientes, descendientes y cónyuges. De esta forma y de nuevo, los firmantes del contrato pueden estar o no relacionados mediante vínculos de parentesco, aunque en la práctica este contrato suele surgir y desarrollarse dentro del seno familiar.

Ciertamente el contrato de alimentos se utiliza en la realidad de nuestros días en el marco de las relaciones de parentesco con el ob-

gastos de embarazo y parto cuando el alimentista no pudiera hacer frente a los mismos de otra forma o acudiendo a otras prestaciones (*vid.* CALVO ANTÓN, “El contrato de alimentos como figura contractual independiente”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, mayo-junio, 1989, pp. 641 y ss.).

jetivo de evitar el desamparo de ciertas personas normalmente más vulnerables -como menores, incapacitados o ancianos-, en los casos en los que se trate de sujetos no afectados por la obligación legal de prestar alimentos de los artículos 142 y 143 del Código Civil. No obstante y en no pocas ocasiones, puede suceder que sea el propio alimentista quien no desee que sean los alimentantes señalados en el art. 143 CC quienes le brinden alimentos –o convivir con ellos–, y prefiere a otros sujetos o parientes no obligados por la ley para satisfacer sus necesidades de subsistencia (4).

Incorpora además este contrato un elemento afectivo que va más allá del simplemente patrimonial de proveer los bienes necesarios para la vida a otro sujeto a cambio de la transmisión de un capital; carácter afectivo que implica una relación próxima y sentimental en la mayoría de los casos, que se traduce y plasma en una asistencia *integral* al alimentista, a la cual la propia norma alude en el precepto que establece el marco jurídico básico del contrato (art. 1791 CC, cuando se refiere a la “asistencia de todo tipo” que debe brindarse al alimentista) (5).

(4) Véase ESPEJO LERDO DE TEJADA, “Contrato de vitalicio o de alimentos y normas sucesorias imperativas”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (BLASCO GASCO-CLEMENTE MEORO-ORDUÑA MORENO-PRATS ALBENTOSA-VERDERA SERVER, coords.), T. I, Valencia, 2011, pp. 958 y 959.

(5) *Vid.*, por todos, BERENGUER ALBALADEJO, quien explica de manera ilustrativa: “Lo que busca el que contrata es crear con el alimentante una relación cuasifamiliar de la que surjan tanto deberes patrimoniales, como éticos o morales. Es decir, la persona mayor o enferma que celebra este contrato o a cuyo favor se celebra, no pretende conseguir simplemente el pago de una pensión pecuniaria o la entrega de otro tipo de bienes, sino que lo que necesita es que se le prepare la comida, se le lave y planche la ropa, se le acompañe al médico y, en su caso, se le haga sentir como un miembro más de la familia en que se integra” (BERENGUER ALBALADEJO, *El contrato de alimentos*, Madrid, Ed. Dykinson, 2013, p. 519). Precisa la misma autora que en la práctica, el contrato de alimentos ha sido celebrado mayormente para la protección de las personas de avanzada edad –que normalmente no tienen otros parientes que los asistan–, con el objeto de asegurar su salud y subsistencia (BERENGUER ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 669).

II. EL PACTO ENTRE LAS PARTES Y LA DETERMINACIÓN DE LA PRESTACIÓN ALIMENTICIA

El artículo 1793 del Código Civil presenta el siguiente contenido, en referencia igualmente al contrato de alimentos:

“La extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe”.

Con esta redacción se acomete por parte del Legislador la tarea de detallar el contenido de la obligación generada por el pacto suscrito al amparo del art. 1791 CC, y permite que sean las propias partes firmantes del contrato quienes concreten el alcance de la prestación de alimentos; de esta forma, tanto el *quantum* como la forma de la prestación dependerá de los acuerdos específicos que se hubieren llevado a cabo entre los sujetos intervinientes, y a estos acuerdos habrá de ceñirse como marco jurídico básico la obligación del alimentante.

Llama la atención el hecho de que el Legislador permita a las partes participantes en el contrato de alimentos que sean ellas mismas quienes concreten el alcance de la prestación (“extensión y calidad”), en contra del régimen general de alimentos de los artículos 142 y ss. del Código Civil. Efectivamente, el art. 149 CC se limita a dictaminar que “el obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”, con lo que se limitan notablemente las diferentes formas (solamente abonando una pensión o acogiendo en su residencia al alimentista) en que se podría, por parte del alimentante, satisfacer su obligación legal (6). Por el contrario en el contrato de alimentos la ley establece el pacto como fuente reguladora de la prestación, dado que no deja de ser

(6) Además, tampoco se permite que el alimentante realice la elección entre estas dos opciones “en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concorra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad” (art. 149 CC, párrafo 2.º).

lógico que cuando la obligación ha sido generada por un acuerdo originario entre partes (y no como una obligación *ex lege*), sean los propios contratantes del mismo los que determinen su contenido.

Efectivamente cuando la norma es quien impone la obligación de dar alimentos (como sucede con los arts. 142 y ss. CC) el obligado ve limitada su facultad de escoger la manera en la que deberá satisfacerlos. En cambio en el caso del contrato de alimentos, el alimentante no se encuentra necesariamente vinculado por la ley ni siquiera a formalizar el contrato y obligarse, con lo que recibe la consideración de poder acordar en el contrato, junto con el alimentista, la manera que más le convenga o menos le perjudique para resolver la cuestión alimenticia (7). Aunque bien es cierto que el alimentante también recibe una contraprestación económica a cambio de su actividad, en cualquier caso el Legislador tiene en este caso una consideración que sólo existe de una manera limitada con quien proporciona los alimentos *ex arts. 142 y ss. del Código Civil* (elegir entre el pago de una cantidad económica o acoger en su casa al alimentista), lo que puede deberse a un mayor afán proteccionista y a la intención de fomentar la celebración de este tipo de contratos asistenciales.

Esta aparente liberalidad que se brinda a las partes para especificar el contenido de la prestación alimenticia también supone que sea éste un contrato donde pueda resultar difícil saber realmente cuales es la operativa exigible al alimentante, generando así cierta inseguridad jurídica. En este sentido opina la mayor parte de la doctrina especializada, quien suelen coincidir en calificar esta posible situación de indeterminación como el mayor problema que normalmente surge en la aplicación del contrato de alimentos; así pues y teniendo en cuenta sobre todo que el desarrollo de este contrato se enmarca dentro de las relaciones familiares, es indispensable maximizar en la interpretación del mismo la presencia del principio de buena fe contractual (8).

(7) Véase, de nuevo, BERENGUER ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 560.

(8) *Vid.* LLAMAS POMBO, quien se refiere a la íntima relación del principio de buena fe contractual con respecto al contrato de alimentos [LLAMAS POMBO, "La tipificación del contrato de alimentos", en *Protección Jurídica de los Mayores* (MARTÍNEZ GALLEGU-REGUERO CELADA-ALONSO PÉREZ, coords.), Madrid, 2004, p. 210].

En cualquier caso el contenido del contrato de alimentos debe integrar un conjunto de prestaciones cuyo objetivo a satisfacer sea, aun consensuado por las partes, el de otorgar al alimentista un conjunto de elementos asistenciales que cubra sus necesidades y le asegure su mantenimiento para una vida digna. De no ser así, es cuando auténticamente se podrá considerar que lo pactado o acordado convencionalmente por las partes no es un contrato de alimentos, sino tal vez y seguramente otro tipo de relación contractual basada igualmente en la autonomía de la voluntad y generadora de diferentes efectos jurídicos.

II.1. El artículo 1791 del Código Civil y las cláusulas de concreción de las prestaciones del alimentante

Doctrinalmente se ha debatido sobre si el rango de prestaciones que literalmente se indica en el art. 1791 CC ("vivienda, manutención y asistencia de todo tipo") ha de considerarse como un contenido mínimo a desarrollar por el alimentante y el alimentista en todos los supuestos, o bien el legislador se limita a emitir una relación de prestaciones con carácter ejemplificativo que los contratantes pueden seguir o no, y no se configuran por tanto como vinculantes para las partes. De esta forma algunos autores se sitúan en la primera de las opciones, entendiendo que el Legislador impone un marco de negociación manifestado en un contenido contractual básico que moldea la libertad de pactos de que disponen las partes (9). Otra doctrina, sin embargo, concibe las prestaciones incluidas en el artículo 1791 como una regulación simplemente dispositiva (10).

A nivel técnico parece más correcto interpretar que en un contrato de carácter tuitivo, como es el de alimentos, la ley pretende asegurar la subsistencia del alimentista durante toda su vida, permitiéndole acordar con otro sujeto que por parte de éste último se

(9) Entre otros, PÉREZ DE MADRID CARRERAS, "Notas preliminares para el estudio del nuevo contrato de alimentos", *La Notaría*, 2004, p. 94; y LÓPEZ PELAEZ, "La financiación de la calidad de vida de las personas mayores: renta vitalicia y contrato de alimentos", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 70, 2007, p. 121.

(10) Así, MESA MARRERO, *El contrato de alimentos: régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Cizur Menor, Ed. Aranzadi-Thomson, 2009, p. 93.

le dispense la atención y bienes necesarios para lograrlo. Posiblemente así el precepto se ocupa de relatar a modo de ejemplo las prestaciones más habituales en ese sentido, como son la vivienda o la manutención (o "alimentación"), finalizando con una amplia fórmula que pueda abarcar todo tipo de ayuda y cuidados para el alimentista ("asistencia de todo tipo"), considerado aquél en última instancia como un sujeto vulnerable. Serán por tanto las partes, en base a la amplia posibilidad de pactar que la propia regulación legal les brinda, quienes habrán de determinar finalmente la forma de llevar a cabo esa ayuda, asistencia o cuidados. La cuestión no obstante sigue abierta, y se han vertido argumentos razonables tanto en una concepción como en otra (11).

En la práctica contractual, dentro de los acuerdos a los que suelen acudir las partes para concretar la obligación de alimentos, pueden encontrarse lógicamente tanto formulaciones escuetas como descripciones detalladas sobre las prestaciones a ejecutar por parte del alimentante. Al amparo de lo dicho anteriormente, no se pueden descartar ni unas ni otras, si efectivamente sirven para proporcionar al alimentista una subsistencia digna y suficiente como es el objetivo principal de la regulación del contrato. No obstante cuanto más específico sea el contenido literal de la cláusula o cláusulas que precisan "la extensión y calidad de la prestación", evidentemente mayor seguridad jurídica se deriva del contrato para las partes; ello sobre todo en lo que respecta al alimentante, que en ese caso tendrá a su disposición un mejor conocimiento del contenido y vicisitudes de su obligación frente al alimentista (12).

Realmente las cláusulas menos extensas no pueden calificarse directamente como inválidas en la concreción de las obligaciones en un contrato de alimentos, pero es igualmente cierto que las partes deberían intentar aplicar en la negociación de las prestaciones al menos *claridad* en cuanto las mismas, postulando sobre todo los

(11) *Vid.* SANTOS MORÓN, "Del contrato de alimentos. Comentario a los arts. 1791 a 1797 CC", en *Código civil comentado*, Vol. IV, Libro IV. Obligaciones y contratos en particular. Derecho de daños y prescripción (arts. 1445 al final) (CAÑIZARES LASO-DE PABLO CONTRERAS-ORDUÑA MORENO-VALPUESTA FERNÁNDEZ, dirs.), Madrid, Ed. Civitas, 2011, p. 994.

(12) RIERA ÁLVAREZ, "Consideración de los contratos de renta vitalicia y de alimentos como contratos de asistencia", *Academia Sevillana del Notariado*, T. XVIII, 2009, p. 182.

límites cuantitativos o cualitativos de la obligación del alimentante. Lo ideal sería que los contratantes se refiriesen en todo caso a cuestiones como la posible convivencia del o los alimentistas con el o los alimentantes, las condiciones de la vivienda que se les va a proporcionar si no fueran a convivir (emplazamiento, dimensiones, etc.), la calidad y características del vestido del que podrá disponer, el régimen de comidas o abastecimiento de las mismas, y el modo y manera en que se brindará la asistencia médica o sus costes farmacéuticos; y en el habitual supuesto de que el alimentista sea una persona de avanzada edad, deberían determinarse los cuidados especiales que se le deberán dispensar o su posible internamiento en una residencia o institución apropiada. De este modo además, cuanta mayor claridad se derive del objeto de la prestación acordada, más elementos de juicio existirán para poder decidir sobre la posible existencia de incumplimiento o cumplimiento poco diligente del contrato de alimentos (13).

Con anterioridad a la Reforma del año 2003 era frecuente que las partes contratantes acordasen en la redacción del contrato que el alimentante se obligara a brindar al alimentista las prestaciones del artículo 142 del Código Civil, sin entrar en mayores consideraciones. Se producía así una remisión a la obligación general de alimentos entre parientes, de manera que el obligado a otorgarlos, ahora por causa de un contrato, debía dispensar al alimentista los ya conocidos conceptos recogidos en la obligación legal del art. 142 CC, cuales son la alimentación o sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación mientras el alimentista sea menor de edad y gastos de embarazo y parto si no están cubiertos de otra forma. Este reenvío que de facto realizaban las partes en la redacción del contrato, y que aún puede encontrarse en contratos de alimentos

(13) Un ejemplo interesante del contenido de estas formulaciones puede encontrarse en la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de 7 de junio de 2002, en la cual un grupo de alimentantes se comprometían a proveer a un alimentista de avanzada edad con lo necesario para su alimentación, atención, cuidado, e incluso "cariño"; igualmente le costearían los posibles gastos de entierro y además le mantendrían "en su compañía". También con descripciones ilustrativas de prestaciones alimenticias consensuadas, SAP Granada de 20 de noviembre de 2009, SAP Barcelona de 2 de abril de 2009, SAP Tarragona de 2 de julio de 2008, o SAP Las Palmas de 8 de junio de 2010.

bajo la normativa actual, hace surgir la duda sobre si ello conlleva en este caso el sometimiento igualmente al resto de los preceptos que regulan la obligación *legal* de alimentos entre parientes, es decir, los artículos 143 a 153 del Código Civil. Las opiniones doctrinales en este caso no han sido pacíficas; se acepta en ocasiones la remisión al art. 142 CC junto con el resto del articulado del Título VI, si así se deriva del resto del contenido del contrato suscrito por las partes (14); por el contrario se argumenta también negativamente en cuanto a suponer en todo caso una extensión de lo consensuado al margen de la voluntad de las partes (15). Posiblemente deba imponerse aquí una interpretación de carácter más restrictivo, pues en puridad y a falta de mayores precisiones incluidas por las partes, se podría correr el riesgo de incluir en el contrato supuestos diferentes a los que los interesados se propusieron contratar (16).

Las resoluciones de los Tribunales, en cambio, han sido más propicias a comprender la inclusión de los artículos 143 y ss. del Código Civil en una posible remisión de las partes al art. 142 CC en el contrato de alimentos, máxime antes de la Reforma 41/2003; y ello además normalmente con la intención de incluir en la relación alimenticia la cláusula de balance del art. 146 CC, donde se precisa que el montante de la prestación de alimentos "será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe" (17).

En cualquier caso y de surgir conflictos entre las partes o problemas de interpretación en las mencionadas cláusulas, será en última instancia el criterio judicial el encargado de resolver aquéllos o interpretar el contenido del contrato. A efectos de evitar este tipo de situaciones indeseables, algunos autores han opinado con buen

(14) Así RODRÍGUEZ LÓPEZ, "La cesión de bienes a cambio de alimentos: el contrato de vitalicio", en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, V.3, Madrid, 1988, pp. 739 y ss.

(15) DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, "Presupuestos del contrato de alimentos: obligación legal versus obligación convencional", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 47, 2010, p. 98.

(16) Art. 1.283 CC.

(17) En esta orientación, STS de 18 de abril de 1984; en el mismo sentido SAP Huelva de 26 de diciembre de 1986. Véase más recientemente SAP Murcia de 5 de enero de 2012.

criterio sobre la conveniencia de la intervención de Fedatario Público en la celebración del contrato de alimentos (18).

II.2. La prestación de vivienda y la convivencia

Tradicionalmente se ha dudado sobre si la convivencia entre el alimentante, o alimentantes si son varios, y el alimentista o alimentistas es un requisito esencial del contrato de alimentos, por lo que pudiera ser una obligación del alimentante convivir con el cedente aun no habiéndose pactado expresamente entre las partes. Nótese así que el artículo 1791 CC se refiere a la "vivienda" –y no a la "convivencia"– como una de las prestaciones a satisfacer para con el alimentista, pero sí es mencionada por el artículo 1792 CC; este último precepto es el que permite a las partes (cualquiera de ellas) solicitar que la prestación de alimentos se satisfaga a través de una pensión monetaria, en caso de que se produzca la muerte del alimentante o cuando surja alguna circunstancia grave "que impida la pacífica *convivencia*" entre alimentante y alimentista (19).

En esta cuestión la mayor parte de los autores consideran que si verdaderamente la manera más adecuada de cumplir con la prestación de vivienda es la convivencia o acogimiento del alimentista en la casa del alimentante, jurídicamente la convivencia con aquél no es una prestación obligatoria para éste (20). Hay que reparar de nuevo en que el art. 1791 CC, que prescribe el contenido básico del contrato de alimentos, establece que es necesario brindar una vivienda al alimentista, pero no menciona que haya de convivirse con el mismo. En realidad, aunque la mayor parte de las veces el contrato de alimentos recoge la convivencia entre las partes –y además parece que el Legislador es la forma de cumplimiento que tiene en mente–, si el alimentante y alimentista desean convivir juntos deberán acordarlo de manera explícita en el contrato de alimentos,

(18) PÉREZ DE MADRID CARRERAS (*op. cit.*, p. 87), quien igualmente hace notar que uno de los principales peligros en la negociación y aplicación del contenido del contrato de alimentos, en la práctica, suele ser la avanzada edad del alimentista.

(19) Véase nota 27.

(20) BERENGUER ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 531. Igualmente CASTILLA BAREA, "Del contrato de alimentos", en *Comentarios al Código Civil* (BERCOVITZ, dir.), Navarra, 2009, p. 2052.

preferiblemente además con una mención clara y expresa de tal circunstancia. La no convivencia incluso puede ser más adecuada en algunas ocasiones, si se prevé que pueden surgir conflictos o tirantes en la convivencia diaria que pueda afectar al cumplimiento general del contrato (21).

Si las partes han decidido acordar la convivencia, sería también conveniente que precisasen cómo se ha de desarrollar dicha convivencia, y no limitarse a incluir tal mención en el contrato. De esta forma, se podría determinar si el alimentista gozará de habitación o cuarto propio, si en determinadas circunstancias o periodos se puede designar o elegir otra ubicación, o incluso si es asumible una modalidad mixta que incluya convivencia y alojamiento independiente a decisión del alimentista (22). Igualmente se podría pactar, en el supuesto de personas de avanzada edad o enfermas, la convivencia obligada cuando su estado de salud así lo exigiera (23), o una convivencia combinada entre el domicilio del alimentante y la residencia o entidad profesional encargada de velar por el alimentista (24).

De este modo y conforme a lo antedicho, el alimentante podrá cumplir con la prestación de "vivienda", sin duda la más básica, proporcionándole un alojamiento al alimentista, ya sea en régimen de convivencia con el mismo o no; y nunca quedará obligado, a no ser que así lo haya acordado con el alimentista al amparo del art. 1793 CC, a convivir con el mismo, sino solamente a proporcionarle un lugar donde residir. Esta solución es la que también ha acogido generalmente la Jurisprudencia. En este sentido, es de gran interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1985, donde alimentante y alimentista habían pactado una obligación de "habita-

(21) *Vid.* RIERA ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 172), quien argumenta en torno a la idea de "vivencia cotidiana", y considera que tal concepción puede matizar en notable grado el régimen de cumplimiento de la obligación de alimentos.

(22) Véanse SAP Cuenca de 5 de junio de 2003, o SAP Santa Cruz de Tenerife de 10 diciembre de 2003, donde las partes habían pactado la convivencia en el domicilio y "compañía" de los alimentantes "mientras fuera posible", dependiendo sobre todo de la situación económica de la familia.

(23) SAP Asturias de 31 de mayo de 2002. Igualmente SAP Madrid de 7 julio de 2009, donde se resuelve un supuesto donde se pasaría a convivir con el alimentista en el momento que éste lo solicitara.

(24) SAP Granada de 16 de noviembre de 1992.

ción”; considera aquí el Alto Tribunal que si en el contrato no consta más precisión que los mencionados términos, no es viable imponer la obligación de convivencia para los alimentantes, y pueden éstos proporcionar al alimentista un alojamiento en otro lugar adecuado (25).

Igualmente la Jurisprudencia menor ha seguido en los últimos tiempos la argumentación impuesta por el Tribunal Supremo de no exigir convivencia a las partes en cumplimiento de la obligación de vivienda en el contrato de alimentos; véanse así las Sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén de 7 de julio de 2010, o Audiencia Provincial de La Coruña de 12 de marzo de 2012 (26).

De nuevo conviene recordar que en situaciones de conflicto o de concurrir alguna circunstancia grave que no permita la convivencia entre alimentante y alimentista, el artículo 1792 CC permite que cualquiera de ellos puede solicitar que la prestación alimenticia se transforme en una pensión actualizable a pagar mediante plazos anticipados en la cuantía que se hubiera previsto en el contrato, o se decida por parte del Juez (27).

(25) Destaca asimismo la STS de 3 de enero de 1988, donde igualmente se continúa con la doctrina de considerar que la obligación de vivienda para con el alimentista no supone necesariamente una convivencia obligatoria entre las partes, si así no se ha pactado expresamente.

(26) Algunas Audiencias Provinciales llegan a aceptar el cumplimiento de la convivencia *pactada* en el contrato a través de alojamientos cercanos o contiguos. Así y aparentemente a favor del posible cumplimiento de la prestación de convivencia en una residencia próxima, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 11 de julio de 2007, donde la Audiencia manifiesta que aunque no exista convivencia física en el mismo domicilio, la notable cercanía con la vivienda proporcionada al alimentista y la fácil disposición de los cuidados para el mismo pueden asimilar esa situación a una convivencia física y presencial. La doctrina en cambio ha sido más dubitativa en esta posible interpretación, pero en líneas generales llega a considerar que la convivencia no ha de desarrollarse necesariamente bajo el mismo techo, o en la vivienda de una tercera persona, si la separación entre domicilios no impide la realización efectiva del contrato y el resto de prestaciones que derivan del mismo. *Vid.* RIERA ÁLVAREZ (*op. cit.*, p. 173).

(27) Art. 1792 CC: “De producirse la muerte del obligado a prestar los alimentos o de concurrir cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes, cualquiera de ellas podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para esos eventos hubiere sido prevista en

III. LA POSIBLE AUSENCIA DE PACTO EN CUANTO A LA EXTENSIÓN Y LA CALIDAD DE LA PRESTACIÓN

Debe ser objeto de un análisis separado el supuesto de que alimentante y alimentista no hubiesen incluido, dentro del contrato de alimentos, cláusulas o menciones que especifiquen la calidad y extensión de la prestación de alimentos, no dándose cumplimiento por tanto al postulado del art. 1793 CC.

Ciertamente no deja de ser probable y frecuente que en el contrato de alimentos, no siendo necesario que se celebre ante Fedatario Público, las partes se limiten a expresar de manera genérica que el alimentista se obliga a entregar el capital en bienes o derechos al cesionario-alimentante, y éste a prestar alimentos al cesionario-alimentista durante toda su vida. Anteriormente a la Reforma de 2003, la doctrina solía considerar como de aplicación subsidiaria en estos casos el régimen legal del art. 142 CC, es decir, la obligación derivada de la ley de otorgar al alimentista todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, instrucción y educación si es menor de edad, así como los gastos de embarazo y parto si no están cubiertos de otro modo. Ello por integración analógica y además por la remisión omnicomprendiva del artículo 153 del Código Civil (28). Se alegaba así que la voluntad de las partes quedaba subsumida en este supuesto por la solución de la ley que, emanante del Código Civil, actuaba como una norma de derecho necesario que alcanzaba a toda relación en la que existiera una obligación de alimentos, aunque ésta fuera consensuada (29).

La Jurisprudencia en la mayor parte de los casos también acudía al régimen legal del art. 142 y ss. CC, si bien teniendo en cuenta el

el contrato o, de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente”.

(28) Art. 153 CC: “Las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por este Código, por testamento o por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador o lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate”.

(29) Atienden a estos argumentos CALVO ANTÓN, *op. cit.*, pp. 643 y ss., y LLAMAS POMBO, *op. cit.*, p. 212. Abunda en la idea de la integración analógica NÚÑEZ ZORRILLA, en referencia tanto al régimen común del Código Civil, como al régimen foral (NÚÑEZ ZORRILLA, *El contrato de alimentos vitalicio: configuración y régimen jurídico*, Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2003, p. 81).

marco de negociación convencional que habían diseñado las partes, y en el cual habrían de desarrollarse las prestaciones recogidas en el art. 142 CC (30).

Con posterioridad a la Reforma 41/2003, la doctrina más especializada comprende que la aplicación supletoria del art. 142 CC ya no es la más adecuada en el supuesto de que alimentante y alimentista no especifiquen el alcance de la prestación alimenticia, siendo lo más procedente sustituir el contenido del art. 142 CC por el establecido en el 1791 CC a los mismos efectos de supletoriedad, y atendiéndose así al contenido básico de la prestación descrito para el contrato (vivienda, manutención y asistencia de todo tipo para el alimentista). Solución esta que compartimos, por existir ya una regulación propia y autónoma del contrato de alimentos en el Código Civil (Capítulo II), que además la convierte en ley más especial con respecto al régimen general de la obligación de alimentos (31).

En cuanto a la exigible calidad de la prestación y de nuevo ante ausencia de pacto entre las partes, parece lo más adecuado considerar que habrá de estarse a una calidad media en las obligaciones, según lo prescrito en el art. 1167 CC y de nuevo conforme al principio de buena fe contractual (32). En el mismo sentido y siendo este

(30) Véanse así SSTs de 2 de julio de 1992, y 21 de octubre de 1992. Igualmente STS del mismo año que los referidos, de 8 de mayo, que matiza el alcance de la remisión al art. 142 CC dependiendo del tipo de prestación que se trate (vestido, asistencia médica, alimentación, etc.).

(31) En este sentido BERENGUER ALBALADEJO, quien opina que es ésta la solución correcta desde el momento en que el contrato de alimentos goza de un régimen jurídico específico. Matiza sin embargo la autora que en defecto de pacto serán aplicables las normas generales de las obligaciones y los contratos “como régimen supletorio de segundo grado” (BERENGUER ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 252).

(32) La misma concepción aparece en la STS de 21 de octubre de 1992, en un supuesto donde para el régimen de nutrición a dispensar a los cedentes, el alimentante se había comprometido a proporcionarles almuerzo y cena en un restaurante a él traspasado por aquéllos, sin existir otras menciones en el contrato en este sentido. Al inicio del contrato los alimentistas elegían libremente su menú, aunque con el paso del tiempo el alimentista les requirió que se amoldaran a solicitar el “menú de familia”, por considerar el gasto excesivo. Tras la muerte de uno de los alimentistas, la esposa viuda demandó al alimentante por haber rebajado la prestación. El Tribunal Supremo dictaminó que en ausencia de pactos sobre la calidad de la prestación de alimentos, deberá aplicarse el nivel de exigencia para

contrato de marcado carácter asistencial, seguramente debería intentar evitarse llegar al extremo de decretar la nulidad del contrato por falta de objeto siempre que fuera posible, acometiendo primero y si es viable la integración de los contenidos no pactados.

IV. LA NO DEPENDENCIA DEL CAUDAL Y NECESIDADES DEL ALIMENTANTE NI DEL CAUDAL DEL ALIMENTISTA

El artículo 1793 del Código Civil, además de proponer que la extensión y calidad de la prestación de alimentos sean las que resulten del contrato, dispone que a falta de pacto en contrario, aquélla “no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe”, y se añade además que ello será así “a falta de pacto en contrario”. En suma, este precepto engloba dos normas que afectan a la prestación alimenticia. La primera y ya conocida, es estipular que la extensión y calidad de la prestación alimenticia se deja a la voluntad negociadora de las partes; posteriormente y en sentido negativo, se argumenta en segundo lugar que la prestación de alimentos no puede depender de la fortuna (“caudal”) de ninguna de las partes, ni de las necesidades del alimentante; y esto último además en defecto de pacto en contrario, con lo que las partes sí podrían incluir tal dependencia.

Dicho de otra forma y dentro de una redacción legal algo confusa, se viene a establecer que las partes negociarán y acordarán la calidad y cuantía de la prestación, pero en el desarrollo del contrato no se podrá alegar modificación de aquélla porque hubieran menguado la fortunas de alimentista o alimentante, ni aumentado las necesidades de éste último, a no ser que así se haya pactado expresamente en el contrato. De este modo y en suma, se plantea legalmente un cierto límite a la amplia autonomía de la voluntad de los contratantes en la redacción del contrato, o mejor dicho, se obliga a las partes a realizar un esfuerzo conciliador más en la redacción del contrato, al tener que pactar expresamente que la calidad

las obligaciones de dar indeterminadas o genéricas del art. 1167 CC (exigencia de una calidad media), por lo que no debía prosperar la petición de la alimentista. Critica sin embargo este fallo, ECHEVARRÍA DE RADA, *El contrato de alimentos en el Código Civil*, Madrid, Ed. Dykinson, 2010, p. 107.

y cuantía de la prestación de alimentos se modificará cuando varíen igualmente los mencionados parámetros.

Se aleja así la regulación del contrato de alimentos de la obligación legal de suministrarlos, donde como ya se mencionó, el art. 146 Cc indica que "la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe" (33). Lo que se puede pretender evitar con esta regulación es impedir que el empeoramiento de la situación del alimentante suponga una merma o incumplimiento de la prestación para con el alimentista, ello además en contraprestación al capital en bienes y derechos que aquel alimentante ha recibido.

Parece suponer el Código Civil que si el alimentante ha recibido un capital, éste no puede disponer el reducir la prestación alimenticia alegando que su situación económica personal también ha empeorado, pues éste ostenta, por el capital recibido, medios económicos para evitar esta circunstancia; sin embargo y si la finalidad que se pretende es proteger al alimentista –como parte más débil en el contrato de alimentos–, no implica demasiada lógica permitir que las partes puedan pactar en contrario (34). Tampoco sería en este sentido oportuno incluir la referencia final del artículo al caudal del cedente, pues ello incluso podría dar lugar a pensar que se avala legalmente, en sentido contrario, que puede reducirse la prestación de alimentos si la fortuna del alimentista, en vez de disminuir, aumenta (lo que no deja de ser posible por causa, por ejemplo, de recibir herencias o legados inesperados, donaciones de otros familiares o allegados, o incluso premios sustanciosos en juegos de azar).

En la práctica y para supuestos de incumplimiento por reducción de la prestación por parte del alimentante, el alimentista posee el

(33) Y añade el artículo 147 CC que "los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos".

(34) Es conveniente hacer notar otra vez que los familiares vinculados con la obligación legal de alimentos (ex arts. 142 y ss. CC) también pueden suscribir un contrato de alimentos entre ellos. Para la celebración del contrato de alimentos entre familiares que también tuvieran la obligación de dispensarlos, es de interés la SAP Murcia de 26 de septiembre de 2013, donde se argumenta la libertad de las partes en este sentido ante la ausencia de prohibición legal.

recurso de exigir el cumplimiento del contrato (junto con el abono de los alimentos devengados y no cumplidos con anterioridad a su demanda) según el contenido del art. 1795 CC, quien lo permite expresamente y además “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1792” (35). Parece ésta la operativa más óptima a aplicar ante el incumplimiento o cumplimiento deficiente dentro de cualquier contrato, como en suma lo es el de alimentos. Igualmente una posible sobreprotección del alimentista por parte de la ley puede implicar que un mayor número de familias –o personas con suficientes medios económicos–, decidan no suscribir contratos de alimentos en favor de parientes u otros sujetos más necesitados (36).

Al margen del afán proteccionista en referencia al alimentista o lo razonable que pueda ser la suposición de que el alimentante va a gozar de medios para otorgar la prestación al cedente por haber recibido el capital, esta posiblemente deficiente técnica legislativa puede causar además nuevos problemas de sistematicidad con el régimen general de la obligación de alimentos; sobre todo y en este contexto con respecto al contenido del artículo 152 del Código Civil. Nótese así que este precepto señala que cesa la obligación legal de prestar alimentos, además de por la muerte del alimentista, cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiera reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia. Y se extinguirá igualmente, según el punto 4.º del mismo art. 152, cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para

(35) Art. 1795 CC: “El incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1792, para optar entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación, en ambos casos, de las reglas generales de las obligaciones recíprocas. [...]”.

(36) Tal vez en contra y valorando el elemento asistencial de la figura del contrato de alimentos, PADIAL ALBAS, quien expresa que la normativa “no puede dejar de proteger a la que resulta ser habitualmente la parte activa de este contrato, personas especialmente indefensas como son los discapacitados y ancianos. No es extraño, pues, que la regulación de esta figura inhale ese carácter de interés público que predomina en materias propias del Derecho de Familia” (PADIAL ALBAS, “La regulación del contrato de alimentos en el Código civil”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 88, 2004, p. 612).

su subsistencia. El tenor imperativo del art. 1793 CC parece contravenir estas dos causas de cesación, máxime cuando el art. 1794 CC –que propone igualmente las causas por las que debe extinguirse el contrato de alimentos– realiza también un reenvío explícito al artículo 152 Cc, al establecer que “la obligación de dar alimentos no cesará por las causas a que se refiere el artículo 152, salvo la prevista en su apartado primero” (37).

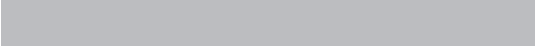
V. NOTA BIBLIOGRÁFICA

- BERENGUER ALBALADEJO, *El contrato de alimentos*, Madrid, Ed. Dykinson, 2013.
- CALVO ANTÓN, “El contrato de alimentos como figura contractual independiente”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, mayo-junio, 1989.
- CASTILLA BAREA, “Del contrato de alimentos”, en *Comentarios al Código Civil* (BERCOVITZ, dir.), Navarra, 2009.
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, “Presupuestos del contrato de alimentos: obligación legal versus obligación convencional”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 47, 2010.
- ECHEVARRÍA DE RADA, *El contrato de alimentos en el Código Civil*, Madrid, Ed. Dykinson, 2010.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, “Contrato de vitalicio o de alimentos y normas sucesorias imperativas”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (BLASCO GASCO-CLEMENTE MEORO-ORDUÑA MORENO-PRATS ALBENTOSA-VEARDERA SERVER, coords.), T. I, Valencia, 2011.
- LLAMAS POMBO, “La tipificación del contrato de alimentos”, en *Protección Jurídica de los Mayores* (MARTÍNEZ GALLEGU-REGUERO CELADA-ALONSO PÉREZ, coords.), Madrid, 2004.
- LÓPEZ PELAEZ, “La financiación de la calidad de vida de las personas mayores: renta vitalicia y contrato de alimentos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 70, 2007.
- MESA MARRERO, *El contrato de alimentos: régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Cizur Menor, Ed. Aranzadi-Thomson, 2009.

(37) Así y de nuevo BERENGUER ALBALADEJO, quien de forma precisa se percató de que “al establecer el artículo 1793 CC que el contenido de la prestación alimenticia no depende de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni del caudal del alimentista, está excluyendo de un plumazo dos de las causas recogidas en el art. 152 CC, en concreto, la segunda y la tercera. Por tanto, el contrato de alimentos no se extinguirá cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido, ni cuando la del alimentista hubiera mejorado” (BERENGUER ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 828).

- NÚÑEZ ZORRILLA, *El contrato de alimentos vitalicio: configuración y régimen jurídico*, Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2003.
- PADIAL ALBAS, "La regulación del contrato de alimentos en el Código civil", *Revista de Derecho Privado*, núm. 88, 2004.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, "Notas preliminares para el estudio del nuevo contrato de alimentos", *La Notaría*, 2004.
- RIERA ÁLVAREZ, "Consideración de los contratos de renta vitalicia y de alimentos como contratos de asistencia", *Academia Sevillana del Notariado*, T. XVIII, 2009.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, "La cesión de bienes a cambio de alimentos: el contrato de vitalicio", en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, V. 3, Madrid, 1988.
- SANTOS MORÓN, "Del contrato de alimentos. Comentario a los arts. 1791 a 1797 CC", en *Código civil comentado*, Vol. IV, Libro IV. Obligaciones y contratos en particular. Derecho de daños y prescripción (arts. 1445 al final) (CAÑIZARE LASO-DE PABLO CONTRERAS-ORDUÑA MORENO-VALPUESTA FERNÁNDEZ, dirs.), Madrid, Ed. Civitas, 2011.

**DICTAMINA,
QUE ALGO QUEDA**



DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Víctor Manuel Garrido de Palma

Mi comentario al Dictamen propuesto en los números 88-89 de la Revista, permítaseme que los proponga para realizarlo en el número-números siguientes. Con todo, aquí y ahora apunto lo siguiente.

Respecto a la cuestión Primera: estamos ante la configuración del departamento procomunal. Mi comentario girará alrededor del enfoque que se le da por la Resolución DGRN de 4-octubre-2013 (BOE, 7-noviembre-2013).

En cuanto a la cuestión Segunda: el problema concreto se plantea en el supuesto de hecho que se trata por la Resolución de 30-septiembre- 2013 (BOE, 22-octubre-2013). Mi comentario se centrará en la legitimación a la que el supuesto planteado se refiere.

Respecto a la cuestión Tercera: Cautela Socini. Puede servir en parte de base para el enfoque jurídico el contenido de la Sentencia TS de 17-enero-2014. Se precisará el enfoque y la posible solución fundada en Derecho.

En cuanto a la cuestión Cuarta: la necesidad o no de consentimiento de los herederos forzosos planteada, está tratada por la Resolución de 4-julio-2014 (BOE 1-agosto-2014).

Respecto a la cuestión Quinta: constituye el supuesto de hecho tratado por la Resolución de 6-agosto- 2014 (BOE, 6-octubre-2014). Sociedad civil ¿socio de una SRL?

Y por lo que se refiere a la cuestión SEXTA: el problema, con el

diferente enfoque y tratamiento notarial-registral, da lugar a la Resolución de 7-octubre-2013 (BOE, 7-noviembre-2013).

Y ahora el nuevo DICTAMEN. Más exactamente, ante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, propongo que se dé respuesta, fundada en Derecho, a unas preguntas.

La familia constituida por Anselmo y Blasa, con tres hijos: Dionisio, Ernesto y Fermina, quieren constituir una SRL dedicada a "obrador de pastelería, dulces y fabricación de pan", y plantean las siguientes preguntas, a responder con fundamentación jurídica.

1. Dado que el negocio familiar está en expansión, con intención de abrir establecimientos no solo en Madrid, sino en otras ciudades españolas (próximamente en Barcelona y Málaga), qué podría ser más idóneo, ¿confiar la administración a varios administradores, dentro de los padres e hijos, ya conjunta, ya solidariamente o bien como consejo de administración? Y en su caso, ¿consejero delegado, apoderamientos?...

2. En la SRL ¿cuál o cuáles pueden ser los sistemas de remuneración de los administradores?

3. Dionisio va a ser administrador, pero por ahora no socio, ¿hasta qué punto va a poder exigir de la sociedad información alegando que la necesita para cumplir sus obligaciones?

4. ¿Es factible que algún administrador o administradora no tenga facultades de representación?

5. Los administradores ¿tienen competencia para disponer de elementos del activo (líquido, inmobiliario, maquinaria...) social?

6. ¿Qué repercusión y eficacia tienen a todos los efectos que la junta general dé instrucciones a los administradores o exija al órgano de administración que sus decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión se sometan a la autorización de aquélla?

7. Dado que Dionisio se dedica, en Madrid, al negocio de elaboración y venta de "comida rápida" ¿puede regularse la posible relación comercial entre él y la nueva sociedad, así como la compatibilidad de su cargo de administrador en ésta con su propio negocio?

8. A efectos de responsabilidad de órgano de administración, ¿pueden plasmarse en los estatutos supuestos concretos en que la sociedad no podrá exigir la misma a alguno de los administradores o a ninguno de ellos, ante los posibles supuestos y potenciales sistemas de administración a que se refieren preguntas formuladas en los apartados anteriores?

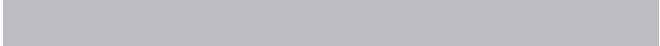
9. Los interrogantes expuestos, ¿son desarrollables en los estatutos en general? ¿Cabe mayor especificación en reglamento firmado por todos los interesados?

10. ¿Cuáles son sus efectos, no solo en las relaciones sociedad-órgano de administración-administradores individuales, sino respecto a terceros de esos desarrollos?

SEIS HORAS

victor@garridodepalma.es

COMENTARIOS A SENTENCIAS Y RESOLUCIONES



RELACIONES ENTRE SOCIOS MINORITARIOS MANDANTES Y SOCIOS MAYORITARIOS

Relaciones contractuales desde el Derecho de las obligaciones y relaciones immanentes desde el Derecho de sociedades. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1.^a) de 14 de enero de 2014 (núm. 49/2014)

Luis Hernando Cebriá

Profesor Ayudante doctor de Derecho Mercantil
(acreditado a Profesor Titular)
Universidad de Valencia

Palabras clave: Mandato, información, sociedad, fidelidad, control, valoración de daños.

Resumen Fallo: Estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por los demandantes en el punto relativo a la condena de intereses confirmando el resto de pronunciamientos de la sentencia apelada, y declara la responsabilidad civil de los demandados mantenida por la Audiencia Provincial de Madrid y el Juzgado de Primera instancia de su villa.

Fuente: IdCendoj: 28079110012014100008.

Disposiciones legales aplicadas: 455, 1108, 1100, 1101, 1137, 1255, 1258, 1281, 1282, 1283, 1285, 1259, 1261, 1261.3, 1274, 1709, 1710, 1713, 1718, 1723, 1888, 1889, 1893, 1902, 1964, 1968.2, 1969 del Código civil.

A) HECHOS

Los demandados eran accionistas, mediante dos sociedades ("Construcciones y Contratas, SA", y "Howritz Corporation") que titulaban el 54 % del total del capital, social de la Compañía Urbanizadora del Norte, SA ("Urbanor"). A través de diferentes cartas los socios minoritarios, luego demandantes, autorizaron a los demandados para que pudieran llevar a cabo negociaciones encaminadas a la venta de sus acciones y de los derechos de suscripción preferente de ellas dimanantes, con fijación del precio que querían por su participación en "Urbanor"; autorizándolos, a su vez, para suscribir un contrato de intenciones o protocolo en el que se establecieran las bases de la expresada venta.

Los demandados, a la sazón socios mayoritarios, tras los tratos previos con "Koolmes Holdings B.V.", acordaron un contrato de intenciones o protocolo de venta según el cual, a tenor de una valoración del patrimonio de "Urbanor" realizado por "Richard Ellis", en particular de unos solares, en la cantidad de 232.200 pesetas el metro cuadrado, adquirieron del grupo KIO, al que a su vez se encontraba vinculada "Koolmes Holdings B.V.", el 5,25 % que éste poseía del capital social de Banco Central. Para ello crearon una sociedad conjunta denominada "Cartera Central SA". En el citado protocolo de venta los demandados, que luego transmitieron su participación mayoritaria en "Urbanor", se comprometieron con la compradora a intervenir en la gestión de las adquisiciones de los socios minoritarios para cumplir así la condición impuesta por ella de la adquisición de, al menos, el 95 % del capital social.

Tras la junta general de "Urbanor", los accionistas demandantes, esto es, los minoritarios, acordaron dar el visto bueno al precio propuesto por los demandados a un precio unitario inferior a aquel por el cual estos, como mayoritarios, vendieron su participación en la sociedad. Conocedores posteriormente de esta circunstancia, los accionistas minoritarios reclamaron la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios por los actos ilícitos supuestamente cometidos, bien en el marco de la acción civil *ex delicto*, bien mediante el ejercicio de una acción de responsabilidad civil extracontractual por ilícito civil, que ampliaron en la audiencia previa, como alegación complementaria, a una responsabilidad contractual por incumplimiento del contrato de mandato. Reclamaron asimismo el

pago de intereses desde que hubieran podido percibir las cantidades no entregadas, pretensión que, sin embargo, fue denegada en ambas instancias.

B) DOCTRINA

1. El encargo de los socios minoritarios de "Urbanor" a los demandados, calificado como contrato de mandato o, al menos, de mediación, de colaboración o de gestión de intereses ajenos, incluía implícitamente la obligación de mantener informados a los mandantes acerca de todos los detalles que pudieran influir sobre la valoración y consecuencias del negocio. Esta obligación se declara incumplida por ocultar a los demandantes, para causar error en ellos, las condiciones pactadas con "Koolmes Holdings B.V." y la valoración de los solares realizada por "Richard Ellis" en 232.200 pesetas el metro cuadrado. Esta omisión dolosa llevó a los demandantes a dar el visto bueno al precio propuesto por los mandatarios en la cantidad de 150.000 ptas./m².; y todo con la finalidad de obtener un beneficio económico destinado a otra inversión de su interés, puesto que la venta se vinculaba a la obtención por la compradora de, al menos, el 95% del capital de "Urbanor".

2. Acude el Tribunal a la aplicación del principio general de la buena fe en el contexto del curso de la relación negocial proyectada en su conjunto para concluir que los demandados vulneraron la base del negocio que informó el contrato de mandato, tanto como propósito común de las partes, como en atención a la causa eficiente o concreta del objetivo buscado conforme al interés consustancial de la relación proyectada. En consecuencia, ambas partes debieron de ser partícipes del mayor precio de venta que pudiera resultar de dicha operación, con independencia de la instrumentalización negocial de su ejecución, objetivo común que quedó intencionadamente incumplido por los demandados, en contradicción con el principio de buena fe contractual y en daño o perjuicio de los legítimos intereses de los socios minoritarios mandantes.

3. En correspondencia, confirma el Alto Tribunal la responsabilidad de los demandados fundada en el dolo por el incumplimiento

intencionado de obligaciones consustanciales a la relación negocial, en conexión con el ilícito civil y el alcance informador del principio de la buena fe. Y aunque, como bien reconoce, en nuestro sistema el dolo civil no constituye *per se* presupuesto de la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación y, en su caso, del resarcimiento de los daños, su aplicación sí permite una agravación de la responsabilidad. De ello infiere que el deudor doloso haya de asumir el resarcimiento integral de los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación. De este modo los intereses compensatorios desde la venta quedan subsumidos, en relación con la lesión contractual, en el denominado lucro cesante, como expresión o extensión lógica de la ganancia frustrada o dejada de obtener por el menor precio de venta, y que deriva de la propia razón económica de la relación negocial.

C) COMENTARIO

1. Incardinación de la relación contractual en el mandato. En primer lugar, el recurso se dilucida en torno a la relación existente entre los socios minoritarios y los mayoritarios y a su incidencia sobre la relación negocial proyectada con el tercero comprador de las acciones. Para los demandados se trata de una mera autorización cautelar e inicial, limitada a iniciar negociaciones con un potencial adquirente, por la cual no asumieron ninguna obligación como mandatarios, puesto que en ningún momento actuaron ni contrataron en nombre ni por cuenta o en interés de los socios minoritarios. Otro tanto aducen respecto de su compromiso con la entidad compradora al objeto de intervenir en la gestión de las adquisiciones de las acciones de los socios minoritarios para cumplir así con la condición asumida con ella de la transmisión de, al menos, el 95 % del capital social. Desde esta perspectiva, bien pudiera ubicarse esta relación, por otra parte bidireccional entre los vendedores y la compradora, como un contrato atípico de mediación, donde los mediadores aproximan a las partes y por dicha actividad, encaminada a la conclusión del contrato, perciben una determinada remuneración; que parece que pudiera tener reflejo mediato en la diferencia del precio obtenido por sus acciones en la sociedad. Pero tampoco es ésta la postura adoptada por la representación de los socios mayoritarios,

que aboga, infructuosamente, por la calificación de la relación como de gestión de negocios ajenos. Lo que resulta palmario es que la compradora en momento alguno de la contratación llegó a negociar con los accionistas minoritarios y que los tratos entre las partes fueron llevados por los mayoritarios, quienes fueron los únicos conocedores de las condiciones de la oferta global de compra. Igualmente, que los accionistas vendedores no reconocen retribución alguna a los mayoritarios por su intervención en las negociaciones.

En todo caso, se ha de mantener la *vis atractiva* del contrato de mandato respecto del resto de contratos de colaboración, ya sea calificada la relación jurídica de mediación, colaboración o gestión de negocios ajenos, máxime cuando de los hechos acreditados el encargo resultó ser gratuito (cfr., art. 1711 CC). A su vez, de todos ellos se desprende un deber de diligencia a cargo de aquel que asume el encargo (cfr. art. 1719 y 1889 CC), cuyo incumplimiento acarrea la consiguiente responsabilidad cuando medie, al menos, culpa en su actuación (cfr., arts. 1726 y 1889 CC). Y en este contexto, aun cuando no se explicita en el régimen de los contratos de colaboración, fuera del caso de la comisión, un deber de información a cargo del mandatario, así debiera desprenderse de todo el marco de negocio de este ámbito contractual (1). Es régimen más desarrollado del contrato de comisión el que prevé que, en lo no prescrito expresamente por el comitente, deba el comisionista consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio, y aun cuando "esté autorizado para obrar a su arbitrio, o no fuere posible la consulta, hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio" (cfr. art. 255 del Código de comercio).

2. La obligación de información del mandatario y la conducta dolosa. Trasladado vía *analogía legis* al caso que nos ocupa, desde la perspectiva general del Derecho en sede de contratos y obligaciones se ha de colegir todavía la mayor exigibilidad de esta obligación

(1) Sobre la unificación del derecho privado en sede contractual, en particular, en la integración del régimen del mandato civil y la comisión mercantil, por todos, LEIÑENA MENDIZÁBAL, E./IRÁKULIS ARREGUI, N., *El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil y el mandato en el Derecho de obligaciones y contratos*, ed. Dykinson, Madrid, 2007, *pássim*, esp. p.83 ss.

cuando se trate de relaciones de colaboración entre las partes, lo cual se ha de trasladar a la extensión de las obligaciones de información. En el actual movimiento de revisión de la materia contractual se concede una particular relevancia a las llamadas “cláusulas contractuales implícitas” respecto de aquellas materias que no estén reguladas convencionalmente por las partes, en atención a la naturaleza y al objeto del contrato, a las circunstancias en las que se celebró y a la buena fe contractual. En este sentido y salvo previsión expresa de su omisión, estas cláusulas implícitas, en la medida de lo posible y según su naturaleza, deben permitir que tengan lugar los efectos que las partes habrían probablemente acordado de haber regulado la materia (2). A su vez, todo ello se anuda al principio general de la buena fe, como “norma de conducta caracterizada por la honradez, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión” (3). En este punto, se ha de añadir, asimismo, la regla de la “condición de razonable”, respecto de lo que se pueda esperar de una persona o una persona pueda esperar, o de lo que pueda esperarse en una situación concreta, teniendo en cuenta, de modo objetivo, la naturaleza y el propósito del contrato, las circunstancias del caso, y los

(2) Una vez aparcada la elaboración de un Código civil europeo (*European Civil Code*), la Propuesta del año 2011 de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (Bruselas, 11.10.2011 COM (2011) 635) asume parte del contenido del borrador del Marco Común de Referencia (Draft Common Frame of Reference –DCFR–). La operatividad del Reglamento como “instrumento opcional”, en contraposición al Marco Común de Referencia antes citado, supone un paso más en la pretensión de alcanzar una forma normativa para el Derecho europeo de contratos, tanto por las normas generales que en él se contienen, como por la relevancia de la compraventa dentro de los contratos especiales. Aun sin saber si la propuesta de Reglamento llegará a ver la luz como un “segundo régimen nacional”, en ella se contienen relevantes avances en la unificación del derecho europeo en esta materia. Sobre las “cláusulas contractuales implícitas” en sede de interpretación de los contratos, cfr. art. 57 de la Propuesta del Reglamento.

(3) Cfr., Reglas I.–1:103 y III.–1:103 del borrador del Marco Común de Referencia en relación con los principios de la buena fe y la corrección, y en la edición anotada de los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCRF)*, ed. Sellier, 2009, p. 89, sobre la necesidad de distinguir, en todo caso, estos principios, de la buena fe subjetiva.

usos y prácticas de las actividades comerciales o profesiones de que se trate (4).

Así pues, en el supuesto enjuiciado, el Tribunal considera que el encargo llevaba implícita la obligación de información acerca de todos los detalles que pudieran influir sobre la valoración y consecuencias del negocio proyectado, cuyo incumplimiento tuvo su origen en la ocultación, para producir error, de la valoración efectuada respecto del patrimonio de la sociedad. Todo ello es completado con el dolo por el incumplimiento intencionado de obligaciones consustanciales a la relación negocial, en conexión con el ilícito civil y el alcance informador del principio de la buena fe, de los que se deduce la responsabilidad de los accionistas mayoritarios demandados. Y frente a un error sobre condiciones de la contratación, que alcance a la valoración de las acciones, con base en un dolo omisivo causal y grave, sin embargo, cuando el dolo alcance únicamente el carácter de incidental, la sanción se traslada de la nulidad al mero resarcimiento de los daños causados (5).

(4) Cfr., artículo 5 de los principios generales de aplicación de la Propuesta de Reglamento en relación con la Regla I.-1:104 del borrador del Marco Común de Referencia y la determinación objetiva de las conductas debidas de las partes. En todo caso, la distinción entre la "condición razonable" y el principio de buena fe puede verse en los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., p. 91.

(5) Sobre estos aspectos y sobre las limitaciones de esta doctrina en su aplicación a la transmisión de empresa, GIMENO RIBES, M., "Garantías y responsabilidades en las transmisiones de PYMES", en AA.VV., *La compra-venta y otras formas de transmisión de pequeñas y medianas empresas. Negociaciones, pactos y garantías*, ed. Bosch, Madrid, 2014, p. 207-248, p. 235-6. Ya con carácter general, NEME VILLARREAL, M. L., "El error como vicio del "consentimiento" frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato", *Revista de Derecho Privado*, núm. 22, 2012, pp. 169-218, p. 218, señala la necesidad de acudir a una ponderación de los intereses de las partes, en relación, entre otros aspectos, con la "función económico-social de la autonomía privada" ligada a la protección del contratante más débil, "la confianza legítima" resultante de la apariencia generada por la declaración del errante, la prohibición del abuso de los derechos y la lealtad que se deben mutuamente los contratantes, para delimitar los remedios que en cada caso exija la plena realización de la justicia; todo ello puede dar lugar a la sanción de anulación, aunque restringida a los eventos de errores esenciales, así como en consideración de los eventos de error inducido (dolo), de error reconocible (culpa-dolo), o de exigencia de información

Pues bien, todas estas circunstancias son consideradas para determinar si, de acuerdo con la buena fe contractual, una parte tenía la obligación de comunicar a la otra una información concreta. Circunstancias que, en todo caso, no tienen carácter de *numerus clausus* para la apreciación judicial y que, por lo tanto, se han de vincular a la prueba practicada y a la acreditación de los hechos (6). A tenor de todo ello, acude el Alto Tribunal, ante la ausencia de otro expediente técnico, a la obligación de rendición de cuentas del mandatario y a su incumplimiento; pese a que el deber de información se refiere a los pormenores de la negociación, esto es, desde los términos de la redacción del contrato, y en consecuencia tiene lugar en una fase negocial anterior. Con todo, se ha de admitir su evidente trascendencia respecto de la prestación del consentimiento de los accionistas minoritarios, puesto que de tal información depende el grado de disposición a efectuar la venta de sus acciones (cfr., art. 260 del Código de comercio) (7).

(lealtad); y al resarcimiento de los daños causados también en los casos en que se admita la anulabilidad cuando el error sea sustancial. En particular limita el deber de informar a las circunstancias del caso, a las obligaciones de autotutela del errante y al deber de diligencia de los profesionales, que exigen su adecuación al carácter dúctil del principio de buena fe.

(6) Véanse, por su interés, en el capítulo 5, sobre los vicios de consentimiento, de la Propuesta de Reglamento, el artículo 48 referido al error, y el artículo 49, referido al dolo, en particular, su apartado tercero. Asimismo, con diversas consideraciones, en los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, cit., p. 494.

(7) Como expresamente destaca la Sentencia, “*tal propuesta difícilmente se habría aceptado por los demás socios si hubiesen conocido que en el precontrato firmado por los demandados se hacía una valoración media del metro cuadrado de 231.000 ptas. Sentado lo anterior, se estima acreditado que los demandados actuaron de forma intencionada al trasladar a sus representados una información parcial y alterada de los términos reales de la negociación, ocultando datos esenciales para componer la voluntad contractual de los vendedores, todo ello con la finalidad de obtener un beneficio económico destinado a otra inversión de su interés*”, y de lo cual resulta “*acreditada tanto la realidad del contrato de mandato que unía a las partes, en orden a una relación de gestión concreta o determinada, claramente desmarcada de una simple o ambigua autorización preliminar para negociar, como la existencia de la responsabilidad fundada en el dolo por el incumplimiento intencionado de obligaciones consustanciales a la relación negocial celebrada, en clara infracción del principio de buena fe contractual,*

3. Relaciones entre socios: el deber de fidelidad, la vinculación de contratos, la prima de control, las cláusulas de arrastre, el abuso de los mayoritarios en operaciones sobre acciones (*squeeze-outs*) y otras consideraciones societarias. Desde la perspectiva societaria, la condición impuesta por la compradora de adquirir al menos el 95% del capital social se justifica a partir de diferentes consideraciones, tales como la privilegiada posición de control respecto de la sociedad, que impide, con carácter general, la concurrencia de derechos de la minoría por otros accionistas o, incluso, la posibilidad de llevar a cabo posteriores fusiones según un régimen simplificado (*vid.* art. 50 de Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en la absorción de una sociedad participada al noventa por ciento) (8). De ahí la insuficiencia de la participación de los accionistas mayoritarios, titulares de un 54% del capital social, para alcanzar el porcentaje de participación requerido por la compradora, y su compromiso de intervenir en la gestión de las adquisiciones de las acciones que titulaban los socios minoritarios a fin de cumplir con tal condición. Nada obsta, sin embargo, que de ello se informara a tales accionistas y que la decisión se tomara en la misma junta general de la sociedad, ni que las compraventas de sus acciones o derechos se formalizaran en contratos diferentes de la venta llevada a cabo por los socios mayoritarios; como tampoco que las distintas compraventas se efectuaran por un precio global pactado con la compradora que fuera susceptible de variar entre los diferentes vendedores (9).

Todo ello suscita, no obstante, consideraciones de diversa índole en las relaciones entre los socios. En primer lugar, tal y como se detalla en el protocolo de venta, *"El precio convenido tiene carácter de global para todo el conjunto de acciones y derechos de suscripción a transmitir, pero se entiende sin perjuicio de su distribución, que hará el Grupo Vendedor, entre los distintos paquetes accionariales,*

y con la consiguiente lesión contractual de los legítimos intereses de los mandantes".

(8) Por todos, *vid.* JUSTE MENCÍA, J., *Los derechos de la minoría en la sociedad anónima*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, *pássim*.

(9) Respecto de los contratos conexos, coaligados, y los contratos que muestran un cierta conexión funcional, cual es el caso, CRUZ MEJÍA, A., "Contratos con conexión funcional o contratos coaligados", *Revista de Derecho Privado*, núm. 15, 2006, pp. 33-57, esp. pp. 56-7.

que definitivamente se vendan, en función de las circunstancias que concurran en cada uno de ellos". Ciertamente según nuestra regulación no parece haber inconveniente en que cada accionista pueda transmitir su participación en la sociedad por el precio que estime más conveniente, como tampoco parece que pueda impedirse una valoración superior, como "prima de control" de aquel paquete accionarial que otorgue al adquirente una particular posición jurídica en la sociedad (cfr., art. 114.2 letra b del Reglamento del Registro mercantil –RRM–). No obstante, estas prácticas han dado lugar a la "positivización" por vía estatutaria en las sociedades de capital, si bien restringidas a los supuestos de la inserción de la sociedades afectadas en fenómeno complejo de los grupos, de lo que se han dado en llamar las cláusulas de acompañamiento o de arrastre ("*tag-along or drag-along clauses*"; cfr. art. 114.2 letra d. RRM) (10).

En todo este entorno, se advierte ya *prima facie* una vinculación entre los distintos contratos celebrados para la venta de la totalidad de los derechos accionariales que componían el 95 % del capital social. Al respecto, aducen los socios mayoritarios que el distinto precio obedeció al valor dado a las acciones del Banco Central que intercambiaron por su participación accionarial de "Urbanor". Aunque nada impide que esto sea así, conviene añadir en esta instancia algunas consideraciones en torno a las relaciones entre los socios provenientes del Derecho de sociedades. Se ha de acudir, en primer lugar, al deber de fidelidad entre los socios, en el desarrollo dogmático que ha tenido lugar en mayor medida entre los autores alemanes, así como a la técnica de las "*freezeout transactions*" o "*squeezeout techniques*" anglosajonas, en las que se incluye *lato sensu* todo método empleado por el "socio controlador" para, desde su posición y mediante la utilización de determinada información o cualquier otra operativa, eliminar o diluir la participación de los otros socios. En particular en las operaciones con acciones esta

(10) Con mayor detalle, para un acercamiento a estos pactos parasociales en las sociedades cerradas, a fin de evitar conflictos de interés *ex post* entre socios ante un eventual comportamiento oportunista del otro, SÁEZ LACAVE, M. A./BERMEJO GUTIÉRREZ, N., "Inversiones específicas, oportunismo y contrato de sociedad. A vueltas con los pactos de tag- y de drag-along", *Indret*, núm. 1, 2007, p. 1 y ss., p. 8-37, y en *Revista de Derecho de Sociedades*, vol. 28, 2007, pp. 133-159.

doctrina encuentra aplicación en todos aquellos casos en los que, como el actual, la obtención de información privilegiada por parte del "socio controlador" y su utilización en perjuicio de los accionistas externos o minoritarios le permita obtener ciertas ventajas ilegítimas. Así acontece cuando los accionistas mayoritarios manifiesten informaciones inexactas a fin de lograr del socio minoritario la venta de su participación a un precio que sea inferior al de mercado.

Nuestra regulación tampoco ha sido ajena a esta realidad y si bien limitada al ámbito de las sociedades cotizadas, ha de regulado de forma expresa la utilización de "información privilegiada" (*vid.* arts. 81 y 83 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores) (11). Es más, a efectos de fijación del precio de la valoración de las acciones, el "precio equitativo" de la oferta en el moderno régimen reglado de las ofertas públicas de adquisición toma como criterio de mínimos, con carácter general, el más elevado que el oferente o las personas que actúen concertadamente con él hubieran pagado o acordado por los mismos valores durante los doce meses previos al anuncio de la oferta (*cfr.*, art. 9 del Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores) (12). Desde la perspectiva no del oferente, sino de la misma sociedad afectada por la oferta y dentro del régimen opcional de adopción de medidas de neutralización, su aplicación exige que se compense adecuadamente a los accionistas afectados por la pérdida sufrida; compensación que deberá constar debidamente en los estatutos sociales, con indicación de la forma de abono y el método de valoración seguido (*vid.*, art. 29.4 RD 1066/2007). Pero fuera del específico ámbito de las sociedades cotizadas, las operaciones que redunden en beneficio del "socio controlador" y que, del otro lado, perjudiquen la posición jurídica del socio minoritario deben

(11) Desde otros ámbitos, dentro del régimen de información reconocido al socio, por todos, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., *El derecho de información del accionista en la Sociedad Anónima*, ed. McGrawHill, Madrid, 1999, esp. p. 221 ss.

(12) Sobre este particular, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Examen crítico de la justificación de la regla de precio equitativo en nuestro Derecho societario y de OPA", *Revista de derecho del mercado de valores*, núm. 4, 2009, pp. 9-39; y DE CÁRDENAS SMITH, C., "El precio equitativo en el nuevo sistema español de OPAs", *Revista de derecho del mercado de valores*, núm. 2, 2008, pp. 383-401.

ser tratadas, a falta de previsión legal expresa, y en paralelo con las precauciones previstas para las sociedades cotizadas, desde la perspectiva del abuso de derecho (cfr. art. 7.2 CC) (13).

En el marco de la operativa que da lugar a las “conductas de opresión de la mayoría frente a la minoría”, si bien sin todavía una clara consolidación entre nuestra práctica judicial, se ha de colocar la conducta de los socios mayoritarios que dolosamente silencien el precio de venta de su participación mayoritaria en la sociedad. Nada impide, en principio, que los socios minoritarios puedan aceptar un precio de venta inferior al que pacten los mayoritarios (14). Sin embargo, parece contradecir el deber de fidelidad exigible a los consocios que los mayoritarios, que actuaron en la intermediación de la operación y que son los únicos que mantuvieron relación directa con la entidad compradora, en beneficio propio y para obtener un mejor precio por su participación, silencien maliciosamente datos relevantes sobre la valoración efectuada respecto del patrimonio de la sociedad que sirvió de base para la fijación del precio global de la compraventa. De este modo, la Sentencia acoge la postura de los socios minoritarios vendedores quienes, ante la ocultación por parte de los mayoritarios de las verdaderas condiciones de la venta, fueron inducidos a error al contratar con la compradora y se vieron privados de obtener, en su caso, un mayor precio por sus acciones.

4. La valoración de los daños y perjuicios: dolo, frutos, intereses compensatorios y enriquecimiento injusto. En el plano de la responsabilidad se discute si la cantidad reclamada a efectos de valoración

(13) Para la captación del fenómeno desde nuestro sistema de sociedades, desde la perspectiva de los llamados costes de transacción, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., “Aproximación al estudio de los “squeeze-outs” en el derecho español”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 91, 2003, pp. 7-38, quien incide en la necesidad de conceder al socio minoritario una compensación adecuada y en la exigencia de transparencia a lo largo de toda esta operativa (esp. p. 34 ss.).

(14) Es más, incluso la regla VII.-2:101 del borrador del Marco Común de Referencia permite el enriquecimiento injusto cuando resulte de un contrato o de otro acto jurídico, orden judicial o norma legal, o cuando el afectado dé, libremente y sin error, su consentimiento a la desventaja, salvo que se conceda para un objetivo que no se alcance o con unas expectativas que no se realicen, en cuyo caso el enriquecimiento injusto deberá ser revertido.

de un perjuicio económico, con los intereses por el retraso en hacer efectivo el resarcimiento, se puede considerar, tal y como pretende la representación de los socios minoritarios, una desposesión del diferencial entre el precio recibido por la venta y el que correspondía de acuerdo con la valoración ocultada a los vendedores. Entiende así que con ello se les privó del derecho de gozar de esa cantidad de dinero y que, al tratarse de una desposesión ilícita y de mala fe, los accionistas mayoritarios quedaban responsables por todos los frutos percibidos y los que hubieran podido percibir, con inclusión de los intereses devengados (*vid.* art. 455 CC).

Parece acertada la postura del Tribunal cuando no atribuye carácter posesorio al precio dejado de obtener, aun cuando medie mala fe por parte de los socios mayoritarios, ni el carácter de fruto al perjuicio causado (15). Todo ello, sin embargo, se ha de enlazar con el perjuicio causado a los accionistas minoritarios por la conducta dolosa de los mayoritarios, y con la agravación de su responsabilidad (cfr., art. 1726 CC, en relación con el art. 1107 CC). Como consecuencia de la asunción por el deudor doloso de todos los daños y perjuicios que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, el Tribunal admite que los intereses compensatorios, desde el momento en que se produjo el perjuicio, tengan cabida en el daño contractual comprendido en el contenido indemnizable. Es más, con una interpretación un tanto forzada y con la equitativa intención de colocar al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos que estaría si no se hubiese producido la lesión contractual, incluye, también dentro del contenido indemnizable, el lucro cesante (*lucrum cessans* del art. 1106 CC) (16). Y ello en tanto así se desprende del propósito que informó

(15) Sobre la problemática de la calificación de los frutos en el ámbito empresarial, con mayor extensión en nuestra obra, *El contrato de compraventa de empresa (extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades)*, número 393 colección Tirant monografías, editorial Tirant lo Blanch en colaboración con el departamento de Derecho mercantil de la Universidad de Valencia, Valencia, 2005, pp. 1-717, p. 113-4.

(16) En todo caso se excluye la nota culpabilidad en la conducta que dé lugar al enriquecimiento injusto, que puede prescindir también del dolo o de la realización de acto ilícito alguno por parte del obligado a responder frente al empobrecido; y ni siquiera es exigible que medie error de alguno

la relación contractual, de la propia razón económica de la relación celebrada y de la ejecución del programa de prestación, a fin de obtener un resarcimiento integral de la lesión contractual considerada en toda su extensión.

Como es bien sabido, nuestro sistema de sociedades no dispone un sistema ordenado en la delimitación de la responsabilidad del deudor en el plano de las relaciones entre los socios, lo que obliga a una remisión al anquilosado sistema general de obligaciones y contratos (17). Con todo, se han dado ciertos pasos en la materia, particularmente desde el *soft law* y sus recomendaciones de buen gobierno, en torno al contenido de los deberes de lealtad de los administradores sociales y de la extensión su régimen de responsabilidad a los accionistas de control. Ello ha dado lugar a la configuración de una acción por deslealtad que, como un “derecho de la minoría”, pueda incluir la devolución del enriquecimiento injusto

de los interesados, tal y como apuntan DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M./DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, ed. Civitas, Madrid, 1988, esp. p. 106-107.

(17) En relación con el enriquecimiento injusto, reconoce la STS de 21 de septiembre de 2010 que nuestro ordenamiento positivo no lo regula de forma específica, si bien se contienen en el Código Civil diversas manifestaciones normativas del mismo (artículos 1158 y 1145), y la Jurisprudencia lo ha reconocido como fuente de obligaciones con sujeción a los requisitos de un determinado enriquecimiento, ya sea por el aumento del patrimonio del beneficiado, ya mediante la evitación de su disminución, que carezca de razón jurídica que lo sustente, y que cause un correlativo empobrecimiento a la otra parte, ya sea provocándole un detrimento patrimonial, ya frustrando una ganancia. En este sentido, únicamente el apartado noveno del artículo 10 CC, en el ámbito específico del Derecho internacional privado contempla de forma expresa que “*En el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia de valor patrimonial en favor del enriquecido*”. Todo ello debe ser completado de nuevo con el borrador del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference –DCFR–*) que dedica de manera amplia su libro VII al enriquecimiento injusto. Al respecto, SABATER BAYLE, E., “Libro VII. Enriquecimiento injustificado”, *Unificación del derecho patrimonial europeo: marco común de referencia y derecho español*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 477-498; y RICART MARTÍ, E., “El enriquecimiento injustificado en el *draft CFR*”, *Derecho contractual europeo: Problemática, propuestas y perspectivas*, (coord. Bosch Capdevila), ed. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 321-346.

obtenido (18). Aunque la extensión a los accionistas de control no ha encontrado reflejo en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, sí se recoge esta devolución para los administradores en caso de infracción de su deber de lealtad (cfr., art. 227.2 LSC). Además, no se puede soslayar *de lege lata* la extensión dada por esta reforma al “abuso de la mayoría” en sede de impugnación de los acuerdos de la junta cuando, en el párrafo segundo del apartado primero del artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital, equipara a la lesión del interés social el acuerdo adoptado en interés propio de la mayoría, que no de la sociedad, en detrimento injustificado de los demás socios.

D) CONCLUSIÓN

Reconoce el Alto Tribunal que la obtención por los socios minoritarios mandantes de un precio inferior al logrado por los socios mayoritarios mandatarios supone un incumplimiento del deber de información que les incumbe y es al paso muestra de su mala fe. Que la venta quedara condicionada a que la compradora obtuviera al menos el noventa y cinco por ciento del capital de sociedad les llevó a anteponer su propio beneficio económico en otra inversión. Se trata, por consiguiente, según el Tribunal, de una actuación dolosa generadora de intereses compensatorios, dentro de los que se integra el resarcimiento del daño, que comprende, a su vez, el lucro cesante por el diferencial de los precios de las ventas.

La cuestión controvertida es así resuelta por el Tribunal desde el cómodo expediente del contrato de mandato, como sede común o paradigmática de los contratos de colaboración o de gestión de negocios ajenos. Sin embargo, no parece que la remisión a la obligación de rendición de cuentas sea por sí suficiente para sustentar un pretendido incumplimiento de los deberes del mandatario. A diferencia de otros modelos contractuales que se mueven en paralelo en el ámbito mercantil, como es el caso de la comisión, la ausencia

(18) Cfr. Recomendación sexta, letra b, del Informe del grupo especial de trabajo sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas de 19 de mayo de 2006 (conocido como “Informe Conthe”).

de regulación específica para acoger el derecho de información del mandante obliga a acudir al principio general de la buena fe, en relación con la apreciación de la conducta dolosa de los socios mayoritarios. Su desarrollo, desde las aportaciones del marco común de referencia europeo en sede contractual, permite, además de conceder un mejor encaje a este principio general, refrendar su aplicación mediante las llamadas "cláusulas contractuales implícitas" y las "condiciones razonables".

De otra parte, desde el perfil de la regulación del Derecho de sociedades, la admisión de "primas de control" en la transmisión de determinados paquetes accionariales exige, como ha quedado plasmado en sede de sociedades cotizadas, el debido respeto a los legítimos intereses del resto de socios. Para ello, aun cuando se ha dado carta de naturaleza por vía estatutaria a los pactos entre socios de acompañamiento o de arrastre en el entorno del fenómeno de los grupos de sociedades, sigue jugando un papel crucial el deber de fidelidad de los socios, incluso en las sociedades corporativizadas, que, no obstante, no ha recibido en nuestro sistema el tratamiento jurídico que siempre debiera haber merecido. Su aplicación alcanza especial trascendencia cuando, como en el caso enjuiciado, nos hallamos en presencia de contratos con conexión funcional de los socios o accionistas con terceros que a la postre puedan dar lugar a comportamientos abusivos y contrarios a la buena fe que debe impregnar su relación.

VALIDEZ DEL PRECONTRATO CELEBRADO POR REPRESENTANTE SIN PODER SUFICIENTE

Promesa bilateral de compraventa válidamente celebrada por representante carente de poder suficiente. Principio de protección de la apariencia jurídica: entre representación aparente y mandato tácito por actos concluyentes. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013 (núm. 695)

Paula del Val Talens

Universidad de Valencia

Partes: “Arnó Gestión Inmobiliaria, SL” contra “Caixa d’Estalvis de Sabadell”.

Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.

Resumen Fallo: Estima el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal y desestima el recurso de casación. Confirma el pronunciamiento de apelación que condena a “Caixa d’Estalvis de Sabadell” al otorgamiento de escritura pública de compraventa y al abono del precio, así como a la indemnización de los daños y perjuicios.

Fuente: Id Cendoj 28079110012013100741.

A) HECHOS

Arnó Gestión Inmobiliaria, SL es titular dominical de una promoción inmobiliaria cuya venta gestiona a través de una sociedad de intermediación, Consulting i Gestió Inmobiliaria Finques Farré, SL. A través de la gestora, la demandante inició tratos con Caixa d'Estalvis de Sabadell para la compraventa de un local situado en la planta baja de la referida promoción. Durante las negociaciones la compradora solicitó la división de los cuatro locales proyectados en cinco y manifestó no ser necesaria la suscripción de documento privado de compraventa, indicando que se procedería, directamente, al otorgamiento de la escritura pública. A tal efecto, la demandante formalizó la división horizontal de las fincas, transformando en cinco los cuatro locales de la planta baja, con la consiguiente redistribución de la carga hipotecaria. Al requerir a Caixa d'Estalvis de Sabadell para el otorgamiento de la escritura pública, ésta le comunicó que desistía de los tratos preliminares. Debe añadirse que la construcción de la promoción inmobiliaria estaba financiada por la propia demandada a través de dos préstamos con garantía hipotecaria, primero sobre el solar y más tarde sobre las edificaciones integrantes de la promoción.

Desatendido el requerimiento, Arnó Gestión Inmobiliaria interpuso demanda solicitando la condena al otorgamiento de la escritura pública de compraventa del contrato perfeccionado y al abono del precio, con indemnización de los daños y perjuicios. Subsidiariamente, solicitaba los daños y perjuicios ocasionados por la ruptura de los tratos preliminares. La demandante adujo que las personas con las que se había negociado la operación carecían de facultades para perfeccionar la compraventa. El juzgado de primera instancia desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial acoge la totalidad de los pedimentos y el Tribunal Supremo resuelve los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la compradora.

B) DOCTRINA

1. Determinados los elementos esenciales del negocio jurídico, su calificación como contrato o precontrato (promesa bilateral de compraventa) no afecta al contenido de la prestación exigible.

2. Por aplicación del principio de protección de la apariencia jurídica queda vinculado el *dominus negotii*, aun en ausencia de poder (suficiente) de su representante, frente al tercero de buena fe que razonablemente confía en la situación de apariencia objetiva. El Tribunal Supremo no concreta si ello es por aplicación de la doctrina de la representación aparente o por la existencia de mandato tácito derivado de actos concluyentes.

C) COMENTARIO

1. Sobre la irrelevancia de la calificación jurídica como precontrato. En el supuesto analizado, la distinción conceptual entre el contrato de compraventa perfeccionado y la promesa bilateral, como manifestación típica del precontrato en nuestro ordenamiento (1), pierde relevancia en el plano de la exigibilidad de las prestaciones, equiparándose ambas instituciones a estos efectos (2). En esta ocasión es el propio Tribunal Supremo quien evita detenerse en la distinción, apoyándose implícitamente en la tesis según la cual, determinados los elementos esenciales del contrato en la promesa, las partes quedan facultadas para exigirse recíprocamente la prestación propia del contrato prometido (3), resultando entonces irrelevante la calificación como contrato o precontrato (4). Queda así confir-

(1) ROMÁN GARCÍA, A.: *El precontrato: estudio dogmático y jurisprudencial*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1982, p. 131.

(2) BERNAD MAINAR, R.: "Una perspectiva comparada en torno a la exigibilidad del precontrato y la responsabilidad frente a su incumplimiento", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, 2014, pp. 1233-1263, en particular, p. 1238, sitúa en la consumación el momento de desaparición del precontrato, dando paso al contrato perfeccionado. TOMÁS MARTÍNEZ, G.: "Precontrato y contrato preparatorio", en AA.VV., LLAMAS POMBO, E. (dir), *Acciones civiles*, vol. 2, Ed. La Ley, Madrid, 2013, pp. 1075-1167, en particular, p. 1092.

(3) CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: "Interpretación de contrato. Condición suspensiva. Precontrato", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 12, 1986, pp. 3877-3882, en concreto, p. 3880.

DE CASTRO Y BRAVO, F., "La promesa de contrato, algunas notas para su estudio", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 3, núm. 4, 1950, pp. 1133-1188, en concreto, p. 1168.

(4) PARRA LUCÁN, M.^a Á.: "Promesa de compraventa, precontrato y car-

mada la incorrección de fundar la distinción entre las figuras en la determinación de los elementos esenciales del negocio jurídico (5).

Como es habitual en supuestos de esta naturaleza, la parte interesada en que el contrato se considere perfeccionado funda la pretensión principal de la demanda en esta calificación y exige el cumplimiento específico: el pago del precio o la puesta en posesión instrumental, según sea el caso, instando el otorgamiento de la escritura pública de compraventa. De esta forma, la demandante prescinde de la calificación como precontrato siquiera en la petición subsidiaria. En cambio, ante la probable calificación del negocio como meros tratos preliminares por la demandada, reclama la indemnización de los daños y perjuicios causados por su ruptura unilateral e injustificada. En la misma línea, se observa en la compradora la argumentación típica de la parte que, habiendo negociado la conclusión de la compraventa, prefiere no quedar vinculada en ese momento, remitiendo la perfección del contrato a un momento posterior. Así se desprende de las constantes referencias a los tratos preliminares o de su deseo de no documentar por escrito la operación hasta la elevación a público del acuerdo (AH II). Idéntica consecuencia se extrae del motivo de casación: la ausencia de poder del personal que condujo los tratos preliminares. En una primera aproximación a su argumentación cabría afirmar que no sólo el *nomen iuris* resulta irrelevante, sino que el diferimiento de la elevación a público no es un elemento determinante de la calificación jurídica que merece el negocio (6).

ta de intenciones en la jurisprudencia", en AA.VV., *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, CARRASCO PERERA, Á. (dir.), t. 1, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 423-434, en concreto, p. 423. En el mismo sentido, BLASCO GASCÓ, F. P.: "Comentario a la Sentencia de 16 de julio de 1990", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 24, 1990, pp. 915-930, en concreto, pp. 915 y 924.

(5) BLASCO GASCÓ, F. P.: "Comentario a la Sentencia de 16 de julio de 1990", cit., p. 924. TOMÁS MARTÍNEZ, G.: "Precontrato y contrato preparatorio", cit. p. 1084.

(6) FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: "Contrato de promesa de venta bilateral: sustantividad frente al contrato de compraventa, cumplimiento forzoso y requisitos. Comentario a la STS de 28 diciembre 2000 (RJ 2000, 10382)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 7, 2001, pp. 171-181, en concreto, p. 175.

A la vista de la calificación ofrecida por las partes parecería que con las dos instituciones manejadas ("contrato perfeccionado" y "tratos preliminares") quedaría agotado el *iter* formativo del contrato en cuestión (7). Ello sería admisible de no ser porque remitir la perfección del contrato prometido a un momento posterior, obligándose recíprocamente las partes a vender o comprar constituye, precisamente, la función típica de la promesa de compraventa. La confusión que crea la coexistencia de ambas instituciones se observa en la sentencia dictada en apelación en la que la Audiencia se refiere tanto a un contrato de compraventa perfeccionado, como al hecho de que una parte quedaba obligada a vender y la otra a comprar. De tal afirmación el Tribunal Supremo extrae la calificación del negocio como precontrato (FD I) y, con independencia de ella, confirma el pronunciamiento anterior.

2. Fundamentación jurídico-positiva de defectos en materia de representación: admitida por el Tribunal Supremo la existencia de una promesa bilateral de compraventa, resta la determinación de si la sociedad compradora queda vinculada por los actos de las personas que, integradas en el departamento responsable de esta clase de operaciones, carecían de facultades de representación, según se aduce en el motivo primero del recurso de casación. En el supuesto analizado, la supervisión legal de las compras correspondía al personal de los departamentos jurídico y de logística (FD 2), pero, parece también que, según su organización, la perfección del contrato habría requerido aceptación o autorización (tal vez, ratificación) de una instancia superior o del responsable de alguno de tales departamentos. En tal sentido, la demandada sostiene que las personas que condujeron la operación *carecían de poder* para suscribir contratos de compraventa, pues *ninguno estaba facultado para comprar en su nombre ni por su cuenta* (FD 2).

Esta afirmación se apoya en la contestación a la demanda en los artículos 1259 y 1713 del Código Civil. Con la mención al primero se pretende invocar la nulidad de lo actuado por el personal que llevó a cabo las negociaciones a falta de ratificación por parte del *dominus*

(7) BERNAD MAINAR, R.: "En torno a la naturaleza jurídica del precontrato", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 742, 2014, pp. 353-382, en particular, p. 355.

negotii. Por su parte, la referencia al artículo 1713 CC se circunscribe a su primer párrafo, esto es, a que el mandato en términos generales no comprende más que actos de administración. No queda claro si la omisión de toda mención al segundo párrafo del artículo 1713 CC (la exigencia de mandato expreso para la realización de actos de riguroso dominio) es o no consciente, pero el Tribunal Supremo prescinde de él para fundar la resolución del supuesto (8). En todo caso, de la referencia al artículo 1713.1 CC debe concluirse que, de acuerdo con la compradora, su personal (mandatarios) carecía de poder para realizar actos de disposición. Al no aducirse la extralimitación, la compradora parece poner de manifiesto que, de haber sido consciente de que la actuación de su personal alcanzaría tal grado de vinculación, habría intervenido para evitar la conclusión del negocio jurídico (pre)contractual. En tal sentido afirma que “una cosa es llevar a cabo esas actividades preliminares y otra distinta aceptar la oferta de un contrato de compraventa de bien inmueble” (FD 2). Pero nuestro Código Civil no sólo plantea problemas al demandante para hallar el fundamento positivo correcto a la falta de poder suficiente de sus representantes. También el TS se enfrenta a la dificultad de mantener la distinción conceptual entre mandato y representación, de acuerdo con su doctrina jurisprudencial (9), aunque no logra evitar el recurso a la regulación del segundo, en ausencia entre nosotros de otro soporte normativo a la teoría de la representación (10).

3. La protección de la apariencia jurídica: entre la representación aparente y el apoderamiento tácito por actos concluyentes. Más allá de los problemas derivados de la deficiente regulación y siste-

(8) Son conocidas, por otra parte, las dudas que suscita la oposición de actos de riguroso dominio que requieren mandato expreso –más bien debiera ser especial a actos de disposición comprendidos en el mandato genérico. Por todos, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Mandato expreso para disponer vs representación aparente”, en AA.VV., en AA.VV., *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, CARRASCO PERERA, Á. (dir.), t. 1, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp.323-332, en especial, p. 324.

(9) Entre otras, FD3 STS 1230/2007, de 15 noviembre (RJ 2007\8649) y STS 170 /1995, de 24 de febrero (RJ 1995\1135).

(10) DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 1979, p. 65.

mática de la representación, conviene centrarse en la tesis que da respuesta al supuesto en concreto. Y es que, al resolver la cuestión, el Tribunal Supremo emplea una retórica que hace dudar de si la solución acogida se fundamenta en la doctrina de la representación aparente o en el apoderamiento tácito por actos concluyentes. No hay duda de que la *ratio decidendi* es la protección del tercero que de buena fe confía razonablemente en la apariencia jurídica, pero nuestro ordenamiento conoce varios expedientes que responden a este principio. El problema se plantea a la hora de determinar en cuál de ellos se apoya el alto tribunal. En primer lugar afirma que la falta de vinculación del principal por actos del representante sin poder (ex arts. 1259 CC y 1727 CC en sede de mandato), no es óbice a la protección del tercero de buena fe si la apariencia jurídica le lleva razonablemente a creer que el representante ostentaba poder suficiente (FD 7). Sin embargo, a continuación trae a colación la sentencia 707/2012, de 27 de noviembre (RJ 2013/1548) en la que se distinguen los expedientes de la representación aparente y el mandato tácito por actos concluyentes (FD 3 STS 707/2012). Del segundo se afirma que, regulado en el artículo 1710 CC, se diferencia de la representación aparente por la existencia en él de auténtico mandato. En cambio, concibe la representación aparente como aquella en la que, sin haber mandato, se genera en el tercero la convicción de que así es (11). A pesar de la referencia a la sentencia anterior, no se decanta el alto tribunal por uno de los dos expedientes, limitándose a entender "razonablemente explicable la confianza de la vendedora en la verdad de la apariencia creada por los empleados de la recurrente" (FD VII).

Las soluciones hermenéuticas doctrinalmente propuestas para el tratamiento de las relaciones entre representación aparente y mandato tácito admiten, a nuestro juicio, una triple clasificación. Desde una perspectiva puede entenderse que la representación aparente, en la medida en que es generada por actos concluyentes de representante y principal, determina, a su vez, la existencia de un apoderamiento tácito, por lo que ambas instituciones serían, en

(11) Admitiendo la existencia apariencia y posterior ratificación, De AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Mandato expreso para disponer vs representación aparente", cit., p. 330.

esencia, la misma (12). Una segunda posibilidad, probablemente consecuencia de la anterior, es distinguir las esferas interna y externa de la relación representativa, tomando como referencia, por resultar entre nosotros inevitable, el contrato de mandato. De esta forma, en el ámbito de la relación interna entre mandante y mandatario (principal y representante) poseerá relevancia la existencia de apoderamiento. En cambio, en la vertiente externa –en relación con terceros– tan sólo interesa la apariencia jurídica: la situación objetiva que lleva a valorar la buena fe de quien se relaciona con el representado (13). Esta solución es fácilmente insertable en la distinción conceptual entre representación y mandato propuesta por el Tribunal Supremo: la primera se refiere a las relaciones con terceros, mientras que el mandato es un contrato que afecta, esencialmente, a la relación interna entre mandante y mandatario.

Nos parece, en esta ocasión, la argumentación del TS, aun contradictoria con la sentencia traída al fundamento jurídico séptimo, se acomoda mejor esta segunda postura. En efecto, suscitándose ahora el conflicto entre el tercero que de buena fe entabló negociaciones con quien la sociedad había designado responsable para ello, basta la constatación de una situación objetiva de apariencia de representación con poder suficiente. Los potenciales problemas derivados de su inexistencia o insuficiencia (en su caso, la extralimitación del mandatario, la negligencia por no advertir que las operaciones se condicionaban a la aceptación de la persona competente) deben remitirse a la esfera de la relación interna sociedad-personal del departamento jurídico y logístico y discutirse en esa sede. Por último, una tercera postura censura la acumulación de varios expedientes en la solución de la cuestión litigiosa (14). En concreto, se

(12) Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 1979, p. 215.

(13) Sobre la base de las diferencias entre ambas instituciones, GORDILLO CAÑAS, A.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1991", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 26, 1991, pp. 643-652, en concreto, p. 650. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: "La representación aparente", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 634, 1996, pp. 1113-1126, en concreto, p. 15.

(14) DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Mandato expreso para disponer vs representación aparente", en AA.VV., cit. p. 330. GORDILLO CAÑAS, A.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1999",

ha sostenido que allí donde existe apoderamiento tácito debe desecharse la doctrina de la apariencia (15), no por ser incompatibles, sino porque la resolución del supuesto pasa por prestar atención a la esfera externa (16), lo que nos remite, de nuevo, a la primera de las posiciones doctrinales expuestas.

En el análisis anterior se ha prescindido de un elemento relevante: el criterio de la imputación subjetiva al *dominus negotii* de la apariencia objetiva de representación. En otros términos, si la mera apariencia (situación objetiva) permite la imputación de lo actuado sin poder suficiente (17) o, en cambio, se exige la contribución del principal en la creación de tal situación (18). Por una parte, el TS parece apoyar la primera tesis afirmando que los mandatarios se integraban en el departamento encargado de la gestión de compras o que las negociaciones se prolongaron en el tiempo. En contraste, al final de su argumentación se refiere a la apariencia creada "por los empleados de la recurrente compradora" (FD VII), con lo que parece excluir la necesidad de valor la intervención del *dominus*. En lo anterior subyace el elemento de la tolerancia que, sin embargo, no es valorado por las partes ni por el TS para explicar el supuesto.

D) CONCLUSIÓN

La sentencia aborda dos de las que podrían considerarse cuestiones clásicas de nuestra jurisprudencia civil. En el caso del precontrato, la resolución sigue la línea jurisprudencial según la cual la calificación jurídica como precontrato permite exigir el cumplimiento

Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, núm. 51, 1999, pp. 973-986, en concreto, p. 977.

(15) DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Mandato expreso para disponer vs representación aparente", cit., p. 329.

(16) GORDILLO CAÑAS, A.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1991", cit., p. 650.

(17) Es la tesis de GORDILLO CAÑAS, A.: *La representación aparente: (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Ed. publicaciones de la Universidad, Sevilla, 1987, p. 155. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A.: "La representación aparente", cit., p. 116.

(18) RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Representación sin poder y ratificación*, Ed. Civitas, Madrid, 2013, pp. 111 y ss.

del contrato prometido. Por lo que respecta a la protección de la apariencia jurídica, como en ocasiones anteriores, el TS pone en tela de juicio la autonomía conceptual de la representación aparente con respecto al apoderamiento tácito por hechos concluyentes, velando, en todo caso, por la conservación del negocio jurídico.

PROMESA BILATERAL DE COMPRAVENTA SOMETIDA A AUTORIZACIÓN DE LA SOCIEDAD DOMINANTE

Licitud de la cláusula que condiciona el negocio jurídico a la autorización por el consejo de vigilancia de la matriz del grupo. Inaplicabilidad del artículo 1115 CC. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2014 (núm. 109)

Paula del Val Talens
Universidad de Valencia

Partes: “Punta Na, SAU” contra “Hispania Retail Properties, SL”.

Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.

Resumen Fallo: El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, confirmando la revocación de la sentencia de primera instancia. Se desestima la pretensión de la demandante solicitando la condena a la celebración del contrato de compraventa prometido, ante la existencia de una cláusula que sometía su formalización a la aprobación del consejo de vigilancia de la sociedad matriz del grupo en que se integra la transmitente.

Fuente: Id Cendoj 28079110012014100131.

A) HECHOS

La demandada, Hispania Retail Properties, SL es una sociedad española integrada en el grupo jerarquizado *Vasned*, cuya sociedad matriz es la holandesa Vasned Retail, NV. Dominada y dominante comparten administrador único, la también holandesa Vasned Management NV. La matriz cuenta con un sistema de administración dual, por lo que junto al administrador único (*rectius*, miembro único de su órgano de dirección), existe un consejo de vigilancia o supervisor. En este marco, Hispania Retail Properties, SL entabló tratos con Punta Na, SAU para la transmisión de un inmueble titularidad de la primera. A tal efecto, las sociedades intercambiaron sucesivas versiones de un documento sobre la proyectada compraventa, que fue suscrito por el representante legal de la demandada, llegando a elaborarse el borrador de la escritura pública de transmisión. Durante las negociaciones se incorporó al documento una cláusula que sometía la oferta, en su caso, la aceptación, la formalización de la operación y sus términos definitivos a la autorización del órgano supervisor de Vasned Retail NV, sociedad matriz del grupo en el que se integraba la vendedora. Se añadía que, denegada la autorización, Hispania Retail Properties, SL podría iniciar negociaciones con terceros, sin abono de indemnización alguna. El agente comercial a través del que se gestionaba la operación manifestó a la adquirente que el referido órgano había dado su aprobación informal. Denegada la autorización para transmitir el inmueble por el consejo supervisor de la matriz, Punta Na, SAU interpuso demanda contra Hispania Retail Properties, SL solicitando la condena al otorgamiento de la escritura pública de compraventa. Consideraba la demandante que el contrato había sido perfeccionado por concurrencia de oferta y aceptación, cumpliéndose, al menos de manera informal, la condición de obtener la autorización. Subsidiariamente, solicitaba la declaración de nulidad de la cláusula controvertida por ser contraria a los artículos 1256 y 1115 CC. El juzgado de primera instancia, calificando la relación entre las partes como promesa bilateral de compraventa, acoge la petición subsidiaria con apoyo en una aplicación errónea del artículo 1115 CC, declarando, en su virtud, la nulidad de la cláusula controvertida y, en consecuencia, la condena de la demandada al otorgamiento de escritura pública de compraventa. Por su parte, la Audiencia Provincial revoca la sentencia, manteniendo

la interpretación de precontrato y desestimando todas las pretensiones; pronunciamiento que confirma el Tribunal Supremo al resolver los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

B) DOCTRINA

1. La exigibilidad de la obligación condicional no puede depender de la exclusiva voluntad del deudor so pena de nulidad (ex artículo 1115 CC), pero nada impide que la propia conclusión del negocio jurídico o su eficacia dependan de la libre voluntad de una de las partes. En consecuencia, el remedio del artículo 1115 CC no es aplicable a fórmulas precontractuales.

2. Es válida la cláusula que, aceptada de común acuerdo por las partes en pie de igualdad, somete la conclusión del negocio jurídico o su eficacia a la exclusiva voluntad de uno de los contratantes, sin que ello infrinja los artículos 1256 CC o 1115 CC.

3. La dirección unitaria, como elemento esencial del grupo de empresas, permite imputar una única voluntad a la sociedad dependiente y su matriz, al menos, a efectos del artículo 1115 CC.

C) COMENTARIO

1. Sobre la promesa bilateral de compraventa o precontrato. Respetando la interpretación ofrecida en primera instancia y apelación, el Tribunal Supremo otorga a la relación jurídica entablada por las sociedades litigantes, y orientada a la conclusión de un contrato de compraventa de inmueble, la calificación de promesa bilateral de compraventa ex artículo 1451 CC. La tipicidad de la institución, que se inserta en la genérica (pero atípica en nuestro ordenamiento jurídico) categoría del precontrato (1), no ha evitado un intenso vaivén doctrinal y jurisprudencial. En esta ocasión, el alto tribunal maneja una concepción clásica del precontrato como negocio jurídico en virtud del cual las partes se obligan a celebrar el contrato de compra-

(1) ROMÁN GARCÍA, A.: *El precontrato: estudio dogmático y jurisprudencial*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1982, p. 131.

venta prometido (2), reconociéndose recíprocamente la facultad de exigir el cumplimiento de la contraparte. Así se reconoce en el fundamento jurídico sexto de la sentencia examinada, al afirmar que “la demandada se convertiría en deudora en cuanto la demandante exigiera la celebración del contrato de compraventa prometido”, lo que, por otra parte constituye la pretensión principal de la demanda y se ve denegado en casación con apoyo en la cláusula problemática.

Precisamente la vigencia de la cláusula que somete el precontrato a autorización hace decaer, en los términos que más tarde se analizarán, la facultad generalmente reconocida a las partes en el precontrato (o, al menos, a una de ellas) para instar la celebración del contrato prometido. Además, su existencia convierte el supuesto examinado en el caso típico en que el Tribunal Supremo se ve obligado a acoger la interpretación de instancia y referirse al precontrato, aun cuando, en esencia, la solución depende de la aplicabilidad de otro precepto, en este caso, el artículo 1115 CC. De este modo, a la disparidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales en torno al precontrato se añade, en el supuesto, el juego de dos elementos adicionales. Por una parte, la existencia de una cláusula que condiciona el negocio jurídico, con independencia ahora de su calificación, así como el hecho de que la formación de la voluntad del transmitente constituya un proceso complejo y dependa de un ente (un consejo supervisor) ajeno a su esfera orgánica legal.

(2) BERNARD MAINAR, R.: “En torno a la naturaleza jurídica del precontrato”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 742, 2014, pp. 353-382, en concreto, pp. 359 y 367. TORAL LARA, E.: “Sentencia de 7 de marzo de 2014. Condición potestativa y precontrato, sus relaciones”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 96, 2014, pp. 497-522, en concreto, p. 516. Lo concibe como un contrato definitivo que genera un deber recíproco de cooperación, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: “Notas sobre el denominado precontrato”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coords). t. 1, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 1081-1092, en concreto, p. 1089. Crítico con esta concepción, DE CASTRO Y BRAVO, F.: “La promesa de contrato, algunas notas para su estudio”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 3, núm. 4, 1950, pp. 1133-1188, en particular, p. 1137. Un análisis de todas ellas en ROMÁN GARCÍA, A.: *El precontrato: estudio dogmático y jurisprudencial*, cit., p. 93

Como es conocido, la calificación jurídica de un negocio como promesa bilateral de compraventa depende de la *probable* voluntad de las partes (3). No sorprende que la compradora sostenga la existencia de un contrato perfeccionado por la concurrencia de oferta y aceptación sobre sus elementos esenciales. Como máximo, admite que la eficacia del contrato se hallaba suspendida a la espera de la verificación de una condición cuyo cumplimiento, afirma, se había producido al menos de hecho, en la medida en que, según las manifestaciones del agente inmobiliario, el órgano supervisor había otorgado su aprobación de manera informal (AH I). La demandada, por el contrario, insiste en el carácter meramente preparatorio de la documentación intercambiada, a la que se refiere insistentemente como una oferta contractual (4). Intención que, sin embargo, contrasta con las manifestaciones verbales del agente comercial y que generaron en la compradora la confianza de que existía la autorización (AH I y FD I), la firma del documento precontractual por persona con poder suficiente para ello o con el intercambio de borradores de la escritura pública de la transmisión.

Para ambas partes, la causa del negocio (precontractual) parece hallarse en la facultad de exigir el cumplimiento llegado el momento (5), esto es, una vez concedida la autorización por el órgano supervisor, por lo que la calificación como promesa bilateral resultaría adecuada (6). Ello salvo que se admita que, a consecuencia de la

(3) Por todos, ante la dificultad de identificar la auténtica voluntad, DE CASTRO Y BRAVO, F.: "La promesa de contrato, algunas notas para su estudio", cit. p. 1136. PARRA LUCÁN, M.^a Á.: "Promesa de compraventa, precontrato y carta de intenciones en la jurisprudencia", en AA.VV., *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, CARRASCO PERERA, Á. (dir.), t. 1, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 423-434, en concreto, p. 426.

(4) Admitiendo la oferta de precontrato, BERNARD MAINAR, R.: "En torno a la naturaleza jurídica del precontrato", cit., p. 362.

(5) Siendo ésta la causa de la promesa bilateral, de acuerdo con ROMÁN GARCÍA, A.: *El precontrato: estudio dogmático y jurisprudencial*, cit., p. 112.

(6) Tesis coherente con la probable voluntad de las partes atendido el valor económico del inmueble (diecinueve millones de euros) y la especificación en el documento precontractual de la necesidad de alcanzar acuerdos sobre determinados elementos, incluido el contenido de la escritura pública de compraventa. No debe, sin embargo, identificarse la suscripción de documentos privados en contratos que deban constar en documento pú-

alteración competencial que genera sobre la esfera orgánica de la sociedad dominada su integración en el grupo de sociedades, no es posible concluir que existe un consentimiento válidamente emitido por la demandada. En este sentido, Hispania Retail Properties, SL podría haber aducido que no existió consentimiento siquiera precontractual, pues éste no podría ser válidamente emitido por ella sin concurrir el de la matriz y que tal extremo era conocido por la contraparte, quien perdería su protección como tercero de buena fe (7).

Por otra parte y según se ha señalado, la sentencia no se pronuncia sobre las facultades que nacen a favor de cada una de las partes en la promesa bilateral de compraventa, aunque es frecuente que el Tribunal Supremo las equipare a las del contrato de compraventa

blico ex artículo 1280.1.º con la calificación del negocio como precontrato. Así lo advierte BERNARD MAINAR, R.: "En torno a la naturaleza jurídica del precontrato", cit., p. 358. Es posible comparar el supuesto que nos ocupa con el resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia 571/1993, de 2 de junio (RJ 1993\4378), donde se calificó como contrato perfeccionado un arrendamiento de inmueble sometido a condición resolutoria de un mes de duración que facultaba unilateralmente al arrendatario. El plazo se otorgaba para la obtención de la autorización por el consejo de administración. Tampoco ha tenido inconveniente, el Tribunal Supremo en hablar de contrato perfeccionado, pero sometido a condición suspensiva, en un supuesto en que el contrato de cesión de finca por obra, concluido por el Alcalde en nombre del Ayuntamiento, requería la ratificación del Pleno del Ayuntamiento (STS 26/2004, de 6 de febrero RJ 2004\217). Sugería en aquella ocasión la calificación como precontrato, aunque se decantaba por el convenio urbanístico, NÚÑEZ IGLESIAS, Á.: "Comentario a la Sentencia de 6 de febrero de 2004 (RJ 2004 217)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 66, 2004, pp. 1123-1132, en concreto, p. 1131.

(7) Frente a este argumento caben, sin embargo, varias objeciones. Doctrinalmente se ha sostenido que para prestar consentimiento en el precontrato basta capacidad general para obligarse. Así, ROMÁN GARCÍA, A.: *El precontrato: estudio dogmático y jurisprudencial*, cit., pp. 144-146. Pero, además, de admitirse supondría una limitación de capacidad de la personalidad jurídico-societaria como consecuencia de su pertenencia al grupo, sin base legal ni, según los datos de los que se disponen, estatutaria o contractual. Entre nosotros, en sede de grupos la cuestión ha sido examinada por MASSAGUER FUENTES, J.: "La estructura interna de los grupos de sociedades (Aspectos jurídico-societarios)", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 192, 1989, pp. 281-326, en concreto, p. 286. En sentido general, SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J., *El objeto social en la sociedad anónima*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, especialmente, pp. 139 y ss.

perfeccionado. Generalmente, cuando el alto tribunal mantiene la distinción conceptual, es posible exigir el cumplimiento en forma específica en el precontrato siempre que los elementos esenciales del contrato prometido hayan sido determinados en el primero (8). En este caso la compradora insta el otorgamiento de la escritura pública con base en lo que concibe como un contrato perfecto, pero sin reclamación de los daños y perjuicios. Tanto en apelación como en casación el rechazo de su pretensión se fundamenta, no en la naturaleza precontractual del negocio, sino en la cláusula condicionante del nacimiento del contrato definitivo.

2. Sobre la obligación condicional y el alcance del artículo 1115.1 CC. El supuesto de hecho gira en torno a una concreta cláusula del documento precontractual por la que la formalización del contrato queda condicionada a la obtención de autorización de la matriz del grupo. En realidad, se hace referencia a varias autorizaciones distintas: la relativa a la oferta contractual, en su caso, a la aceptación –o más propiamente una contraoferta–, la formalización de la operación y sus términos definitivos. Parecería que el consejo supervisor debía emitir sucesivas autorizaciones a medida que avanzaran las negociaciones, aunque, de los hechos probados se desprende una única intervención del órgano para denegar su aprobación. La cláusula se encuentra en el origen de gran parte de las dificultades interpretativas del supuesto, ya que hace dudar de la propia calificación jurídica que merece el negocio y, aun sentada ésta como promesa bilateral, lleva a plantear la aplicabilidad del

(8) CARRASCO PERERA, Á.: "Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad in contrahendo y obligatoriedad de los tratos en la Jurisprudencia Española", *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3, 2005, pp. 2369-2392, en concreto, pp. 2376-2377. La determinación de los elementos esenciales tampoco sirve como criterio de delimitación entre el contrato y el precontrato. Así, BLASCO GASCÓ, F. P.: "Comentario a la Sentencia de 16 de julio de 1990", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 24, 1990, pp. 915-930, en concreto, p. 924 y PARRA LUCÁN, M.^a Á.: "Promesa de compraventa, precontrato y carta de intenciones en la jurisprudencia", cit., p. 426. Antes se había considerado que los elementos esenciales del contrato eran requisito de validez del precontrato, no presupuesto de exigencia del cumplimiento específico y su falta permitía hablar sólo de tratos preliminares. Así, DE CASTRO Y BRAVO, F., "La promesa de contrato, algunas notas para su estudio", cit., p. 1145.

régimen de las obligaciones condicionales a la categoría jurídica del precontrato.

Sobre la base de un contrato perfeccionado, la demandante considera que éste se encontraba sometido a condición suspensiva que fue cumplida, al menos, informalmente. También la pretensión subsidiaria partía de la existencia de una condición, aunque se exigiera la declaración de nulidad de la cláusula controvertida con fundamento en una errónea aplicación del artículo 1115 del Código Civil. Como es sabido, el primer apartado del precepto sanciona con nulidad las obligaciones sometidas a la exclusiva voluntad del deudor, pues al subordinar su cumplimiento a condición puramente potestativa no puede reputarse la existencia de auténtico consentimiento. Su ausencia se resuelve con la inexistencia de la obligación (9). De haber resultado aplicable, el artículo 1115 CC habría determinado nulidad de la obligación de entrega del inmueble y no, como solicitara la demandante, el otorgamiento de la escritura pública de compraventa. En cambio, se pretendía obtener, con apoyo en una errónea interpretación del precepto anterior, la nulidad de la cláusula que condicionaba el contrato a la aprobación por el consejo de vigilancia de la dominante, éste (no se especifica si su validez o su cumplimiento) al arbitrio de la adquirente, con infracción del artículo 1256 CC.

Más allá de la confusión sobre la consecuencia jurídica que prevé, el artículo 1115 CC suscita dudas sobre su concreto alcance. Al respecto, el Tribunal Supremo recurre a la tesis empleada en su sentencia 571/1993, de 2 de junio (RJ 1993\4378), concluyendo que el precepto sólo se refiere a la exigibilidad de la obligación que se condiciona, no a la propia *entrada en vigor del contrato* (10). Si se acude al supuesto de hecho de aquella sentencia, un contrato de

(9) "Es incompatible con el concepto de obligación que alguien se obligue condicionándolo a que en el futuro quiera estarlo" (FD VI). FUENTESECA DEGENEFEE, C.: *La condición potestativa*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, p. 22. DE CASTRO Y BRAVO, F.: "La promesa de contrato, algunas notas para su estudio", cit., p. 1151. DAVÓ ESCRIVÁ, J. M.^a: "La nulidad de los contratos sometidos a condición puramente potestativa", *Revista General de Derecho*, núm. 600, 1994, pp. 9121-9133, en concreto, p. 9130.

(10) Tesis doctrinalmente compartida por SANTOS BRIZ, J., "Artículo 1115", *Comentario del Código Civil*, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), t. 6, 2.^a ed., Ed. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 236-243, en concreto, p. 242.

arrendamiento de inmueble sometido a condición resolutoria potestativa que quedó configurada como facultad resolutoria unilateral del arrendatario, se concluye que por *entrada en vigor* el alto tribunal se refiere a la producción de efectos del contrato (eficacia). En esta ocasión, a la tesis anterior el TS añade que el remedio de nulidad del artículo 1115 CC no está previsto para fórmulas precontractuales, entendidas como aquéllas “en las que la vigencia o la puesta en funcionamiento del vínculo dependen exclusivamente de la libre voluntad de una de las partes” (FD VI). En definitiva, se da solución al supuesto de hecho admitiendo que, si bien no puede hacerse depender de la exclusiva voluntad del deudor el cumplimiento de la condición una vez constituido el vínculo contractual, nada impide que, por acuerdo entre las partes, quede al arbitrio de una de ellas el nacimiento de una obligación o contrato (11).

Sin embargo, teniendo en cuenta que la calificación jurídica como contrato o precontrato es irrelevante a efectos de exigir el cumplimiento de las obligaciones (12), no se comprende que se recurra a esta distinción conceptual como criterio de aplicabilidad del artículo 1115 CC. El criterio propuesto resulta especialmente difícil de aceptar, sobre todo porque en ocasiones es el propio tribunal quien prescinde de la calificación jurídica del negocio. Tal vez, la afirmación habría podido evitarse centrando la atención sobre el supuesto fáctico del grupo de sociedades a fin de determinar, cómo más abajo se propone, la inexistencia de condición puramente potestativa. De haber sido así, el Tribunal Supremo podría haber evitado perfilar el alcance del artículo 1115 CC en tales términos, recurriendo, simplemente, a la doctrina jurisprudencial sobre el precontrato o contrato

(11) FUENTESECA DEGENEFEE, C.: *La condición potestativa*, cit., p. 49. SANTOS BRIZ, J., “Artículo 1115”, cit., p. 239.

(12) PARRA LUCÁN, M.^a A.: “Promesa de compraventa, precontrato y carta de intenciones en la jurisprudencia”, cit., p. 423.

sometido a condición suspensiva (13), sin temor a calificarla como simplemente potestativa.

3. Sobre la promesa de compraventa condicionada a la voluntad de una parte. Supuestos como el que nos ocupa obligan a examinar las relaciones entre el régimen de las obligaciones condicionales y la categoría jurídica del precontrato. La doctrina más atenta advierte desde largo que la promesa de compraventa no debe identificarse con un precontrato sujeto a condición y, a la inversa, que tampoco un contrato sometido a condición debe considerarse un simple precontrato (14). Sentado lo anterior, en principio, nada impide que el precontrato se configure de manera condicionada. Sin embargo, las distintas construcciones dogmáticas sobre el mismo dificultan el manejo de la terminología. Así, por ejemplo, se habla indistintamente del precontrato como contrato sometido a *condición de querer* (15) o a condición potestativa, al referirse a la facultad de optar que en él se reconoce a cada parte (16). De ahí que, a nuestro juicio, el análisis de la cláusula controvertida exija distinguir en cada caso la concepción de precontrato que se maneja.

De esta forma, partiendo de la noción clásica de precontrato como aquél cuyo objeto es la celebración de un contrato posterior, la tesis del Tribunal Supremo sobre la interpretación del artículo 1115 CC puede suscitar algunas dudas. Como es sabido, las condiciones constituyen elementos accidentales que afectan a la eficacia del contrato ya perfeccionado: las condiciones suspensivas impiden

(13) STS de 885/1993, de 30 de septiembre (RJ 1993\6663). BERNAD MAINAR, R.: "En torno a la naturaleza jurídica del precontrato", cit., p. 364 o FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: "Contrato de promesa de venta bilateral: sustantividad frente al contrato de compraventa, cumplimiento forzoso y requisitos. Comentario a la STS de 28 diciembre 2000 (RJ 2000, 10382)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 7, 2001, pp. 171-181, en particular, p. 177. BLASCO GASCÓ, F. P.: "Comentario a la Sentencia de 16 de julio de 1990", cit., p. 926.

(14) BERNAD MAINAR, R.: "En torno a la naturaleza jurídica del precontrato", cit., p. 364.

(15) DE CASTRO Y BRAVO, F.: "La promesa de contrato, algunas notas para su estudio", cit., p. 1158. FUENTESECA DEGENEFEE, C.: *La condición potestativa*, cit., p. 21.

(16) TALMA CHARLES, J.; "Precontrato y contrato condicional: algunas imprecisiones", cit., pp. 387 y 393-394.

que aquél despliegue efectos hasta su cumplimiento y la verificación de las resolutorias hace desaparecer la eficacia del contrato, con pérdida de los derechos y obligaciones adquiridos (ex art. 1114 CC). Pero si remitimos la condición al precontrato (al contrato cuyo objeto es la celebración de un contrato posterior), es decir, si insertamos la condición en el precontrato, ésta puede afectar al nacimiento del contrato prometido, a su celebración o, en palabras del Tribunal Supremo a "la puesta en vigor del contrato definitivo". Ello porque si lo que se condiciona es, por ejemplo, de manera suspensiva, la eficacia del precontrato, lo que no despliega efectos es la exigibilidad de la obligación de celebrar el contrato prometido, pues no puede ser exigida en tanto no se verifique la condición.

De modo que, utilizando la concepción clásica del precontrato, la tesis del Tribunal Supremo sobre el alcance del artículo 1115.1 CC requiere, al menos, una matización en sede de precontratos. Si lo que no puede quedar a la exclusiva voluntad del deudor es la exigibilidad de la obligación, éste es precisamente el efecto que tiene la cláusula problemática en el supuesto analizado: hace inexigible la obligación de celebrar el contrato prometido. Por tanto, o bien se prescinde de toda referencia a la concepción clásica del precontrato en sede del artículo 1115 CC o la solución interpretativa es insuficiente. En tal sentido, la tesis debería formularse en los siguientes términos: el primer inciso del referido precepto no es aplicable a la eficacia de los contratos ni a la exigibilidad de las obligaciones reconocidas en negocios jurídicos de naturaleza precontractual que pueden, de común acuerdo entre las partes (ex art. 1255 CC), hacerse depender de la exclusiva voluntad de una de ellas, sin infracción del artículo 1256 CC. Esta formulación probablemente plantee dudas, sobre si, en puridad, supone que el cumplimiento de la obligación precontractual quede al arbitrio de la parte a favor de la que se reconoce la facultad. Sorprende que se admita sin aparente límite temporal (17) y de forma absolutamente gratuita, con renuncia a la

(17) Así, por ejemplo, en el supuesto de la referida STS 571/1993, de 2 de junio (RJ 1993\4378) la facultad resolutoria del arrendatario (configurada como condición potestativa resolutoria), se reconocía sólo durante el primer mes de vigencia del contrato. En el caso ahora analizado, la Audiencia Provincial de Madrid pone de manifiesto las dudas que suscita la "intervención intempestiva" del consejo de vigilancia de la matriz y prefiere

indemnización por daños y perjuicios (18). Así, ante la dificultad de construir la tesis de la exigibilidad de la obligación en sede de precontratos, se afirma expresamente que el remedio del artículo 1115 C.C. no está previsto para esta categoría jurídica. De este modo, tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo (quien se refiere a ello como la *forma de contratar elegida* en el FD VI) permiten a las partes hacer uso de la autonomía de la voluntad contractual para insertar en el negocio una cláusula de tales características, sin fricción con el artículo 1256 (19).

La delimitación del alcance del artículo 1115 CC en referencia a los precontratos resulta más sencilla desde una concepción que prescinda del rodeo (*circuitus inutilis*) que supone hablar de dos contratos, esto es, distinguiendo en el precontrato dos elementos, a saber, una promesa de contrato y una facultad de optar (o de facultades recíprocamente reconocidas en el caso del contrato sinalagmático) (20). En el supuesto que nos ocupa, la cláusula controvertida produce el efecto de suspender la facultad de optar de la compradora, que le permite exigir la celebración del contrato prometido, en tanto no se obtenga la autorización de la matriz. En otros términos, de común acuerdo, la facultad de optar se reconoce exclusivamente a favor de la transmitente hasta la obtención de la autorización, quedando en suspenso la de la adquirente. Sólo una vez obtenida se levanta la suspensión de la facultad de optar de la compradora. Se admite así que, en la promesa de venta, la facul-

no condenar en costas a la recurrente (FD 3 SAP Madrid, sección 10.ª, 478/2011, de 14 de noviembre, RJ 2011\436229).

(18) Aunque en relación con la opción, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: "Notas sobre el denominado precontrato", cit., p. 1090.

(19) La Audiencia comparte esta tesis, estimando la validez de la cláusula si las partes estuvieron de acuerdo en su inclusión y fueron debidamente asesoradas (FD 2 SAP Madrid, sección 10.ª, 478/2011, de 14 de noviembre, RJ 2011\436229).

(20) DE CASTRO Y BRAVO, F.: "La promesa de contrato, algunas notas para su estudio", cit., p. 1158. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: La función negocial de la promesa de venta, *Estudios de Derecho Civil en Honor del Profesor Castán Tobeñas*, vol. 2, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pp. 303-340, en concreto, p. 311. FUENTESECA DEGENEFEE, C.: *La condición potestativa*, cit., p. 48. TALMA CHARLES, J.: "Precontrato y contrato condicional: algunas imprecisiones", en AA.VV., *Escritos Jurídicos en Memoria de Luis Mateo Rodríguez*, t. 2, Ed. Universidad de Cantabria, 1993, pp. 381-404, en concreto, p. 387.

tad de optar se reconozca sólo a favor de uno de los contratantes y dependa, aunque no podamos compartir sin matices esta visión, de su exclusiva voluntad o, si se prefiere, de la voluntad de un sujeto distinto, pero integrado en su esfera jurídica. También ésta es la tesis de la demandada, quien sostiene la falta de perfección del contrato por haberse configurado, tanto la oferta, como la aceptación de manera condicionada (AH I) y no haberse cumplido la condición.

Se declara así la licitud del precontrato sometido a una condición puramente potestativa excluida del ámbito de aplicación del artículo 1115 CC por referirse al nacimiento del contrato y no a la exigibilidad de la obligación contractual, a pesar de la *falta de seriedad* de tal forma de operar (FD VI). De hecho, la falta de seriedad alcanza el grado de no ser en absoluto exigible obligación alguna por la transmitente en tanto no se obtenga la autorización. Sin embargo, nos parece más correcto entender que ello se debe a que su facultad de exigir la celebración del contrato prometido (su facultad de optar) se halla en suspenso. El propio tribunal parece dudar de la construcción propuesta al añadir, como última reflexión que, aun aplicando aquel precepto, el contrato carecería de vigencia (FD VI) (21).

En definitiva, la tesis hilvanada en la sentencia consiste en la validez en el plano contractual de la condición que haga depender de la exclusiva voluntad de una parte la eficacia del contrato y, en el precontractual, de aquélla que haga depender la conclusión del negocio prometido de la voluntad unilateral. En realidad, según se ha expuesto, ello equivale someter a condición suspensiva el derecho de opción de una de las partes en el precontrato con base en el artículo 1255 CC.

4. La dirección unitaria en el grupo de sociedades jerarquizado con administrador compartido por matriz y dependiente. Es conocido que nuestro ordenamiento jurídico carece de una respuesta

(21) De ahí que, en el análisis de la sentencia, se haya también concluido que, en puridad, ni siquiera existió precontrato, sino meros tratos preliminares en estado muy avanzado. Así, TORAL LARA, E.: "Sentencia de 7 de marzo de 2014. Condición potestativa y precontrato, sus relaciones", cit., pp. 520-521, quien sí considera resarcibles los daños y perjuicios, aunque el criterio no es unánime. En contra, BERNAD MAINAR, R.: "En torno a la naturaleza jurídica del precontrato", cit., p. 361.

normativa al funcionamiento externo del grupo de sociedades y, así, el supuesto analizado pone de manifiesto las consecuencias sobre el tráfico de la insuficiente regulación del fenómeno (22). Tampoco el Derecho de sociedades contempla previsiones sobre el funcionamiento interno del grupo y, en particular, sobre la alteración competencial que genera la integración en él de las sociedades (23).

En esta ocasión, el Tribunal Supremo no aborda directamente la cuestión, pero realiza alguna consideración de interés en la materia. Del supuesto se desprende la existencia de un grupo de sociedades por subordinación cuya matriz es una sociedad anónima de nacionalidad holandesa (Vasned Retail NV). La demandada (transmitente) es una sociedad limitada dependiente que se integra en el grupo. Matriz y dominada comparten un administrador común, Vasned Management BV, sociedad de responsabilidad limitada holandesa que (24), según parece apuntar su propia denominación social, es una persona jurídica (posibilidad admitida, entre nosotros por el artículo 212 LSC) dedicada a la administración societaria. En varias ocasiones se afirma que Vasned Management es administrador único de ambas sociedades y que este hecho revela la existencia de dirección unitaria (AH I) que justificaría la identificación subjetiva entre dominante y dominada a efectos de considerarlas un único sujeto (deudor) ex artículo 1115 CC.

Este extremo merece, desde nuestra perspectiva, alguna consideración adicional. En primer lugar, debe advertirse que la dependencia sólo es nota caracterizadora de los grupos por subordinación, como el del supuesto en cuestión. Por su parte, el administrador

(22) Desde la óptica del Derecho de sociedades, se ha aproximado a la cuestión GIRGADO PERANDONES, P.: *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 289.

(23) Objeto de notables esfuerzos de construcción dogmática por parte de la doctrina mercantilista española, EMBID IRUJO, J. M.: *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Ed. Comares, Granada, 2003, pp. 41 y ss. GIRGADO PERANDONES, P.: *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, cit., pp. 297 y ss. MASSAGUER FUENTES, J.: "La estructura interna de los grupos de sociedades (Aspectos jurídico-societarios)", cit., especialmente, pp. 285 y ss.

(24) Entre nosotros, sobre la tipología societaria holandesa MARTÍNEZ SANZ, F., La administración de las grandes sociedades de capital en el Derecho neerlandés, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 192, 1989, pp. 399-442, en concreto, pp. 403-404.

compartido, conocido también como *interlock*, es un elemento presuntivo del control en el grupo de sociedades. Suele ser incardinado entre las presunciones o instrumentos jurídicos conducentes a la dirección unitaria de tipo mixto, por combinar elementos de naturaleza personal (la identidad de la persona que administra) y real (porque suele responder a la existencia previa de vínculos de tal naturaleza, esencialmente, participaciones cruzadas) (25). Además, la dependiente es una sociedad limitada española, que sólo puede tener un sistema de administración monista y, en este caso, se trata de un administrador único. La matriz cuenta con un sistema dualista, estando su administración repartida entre dos órganos, el consejo de vigilancia o supervisor y un comité u órgano de dirección. En el supuesto, este último órgano es unipersonal, integrado exclusivamente por *Vasned Management*.

A su vez, el control es presunción de la existencia de dirección unitaria, pero no debe admitirse un salto cualitativo que identifique un *interlock* [una simple presunción de control o, en su caso, una forma de ejercer la dirección unitaria (26)] con la identidad subjetiva a efectos de toda obligación contractual. Tampoco está claro que, a falta de apoyo normativo en nuestro ordenamiento, la dirección unitaria pueda ser equiparada con una voluntad única a efectos del Derecho de obligaciones. Es cierto que el supuesto ofrece otros elementos adicionales que revelarían la dirección unitaria en el grupo, como el hecho de que la dependiente requiera autorización de la matriz para la enajenación de un activo, poniendo así de manifiesto que las competencias legalmente atribuidas a sus órganos se ven alteradas por su pertenencia al grupo. Podría valorarse como una presunción más intensa de control el hecho de que el administrador compartido sea, además, administrador único (*rectius*, administrador único de la dominada y miembro único del órgano de dirección

(25) GIRGADO PERANDONES, P.: *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, cit., p. 198. También en el artículo 291-3 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, de 30 de mayo de 2014, regulando las presunciones legales de control se refiere al administrador compartido, pero exige que la mayoría de los miembros del órgano de administración de la dominada pertenezcan al órgano de administración o sean altos directivos de la dominante o de otra entidad del grupo.

(26) GIRGADO PERANDONES, P.: *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, cit., p. 206.

de la matriz). A partir de tales elementos sería posible concluir que "la unidad de dirección se utiliza como método de actuación" (FD VI), lo que no debe identificarse con la anulación de la identidad ni la voluntad de las sociedades dependientes en todo supuesto. En otros términos, la dirección unitaria (la existencia del grupo) no puede servir para negar toda autonomía funcional de las sociedades dependientes.

Sentado lo anterior, la legitimidad del grupo no debe emplearse como instrumento que permita a las sociedades que lo integran incumplir los compromisos adquiridos. En la sentencia analizada se ampara la elusión de ciertos compromisos contractuales (existe, al menos, un precontrato) en la existencia del grupo y en el reparto competencial que él mismo ha diseñado y que carece de sustrato normativo, pero que es conocido desde el inicio de las negociaciones por la contraparte. El inmueble objeto del litigio es titularidad de la dominada, aunque su pertenencia al grupo le impide formalizar la operación sin intervención de la matriz. La operativa del grupo, dada a conocer a los terceros con los que se relaciona, no plantearía dudas si la intervención del consejo de vigilancia de la matriz no se hubiera producido en una fase tan avanzada de la negociación, una vez suscrito el documento privado y elaborado el borrador de la escritura pública. Comparte estas dudas la Audiencia Provincial que prefirió no condenar en costas a la apelante ante la cuestionable independencia del consejo de vigilancia de la matriz, poniendo de manifiesto su intervención tardía, en una fase muy avanzada de las negociaciones. Sin embargo, lo cierto es que en el supuesto no se fija un plazo a la obtención de la autorización, por lo que su denegación debe reputarse correcta.

5. Sobre la incorrecta identificación de la dirección unitaria con identidad subjetiva a efectos del artículo 1115.1 CC. El Tribunal Supremo desecha la aplicación del artículo 1115 C.C. y, de esta forma, queda relegado a un plano secundario el examen del supuesto fáctico del grupo de sociedades. A pesar de ello, el TS no tiene inconveniente en admitir que el consejo supervisor de la matriz *no es un tercero* con respecto a la sociedad dominada demandada (FD VI). La primera consecuencia de esta constatación es que, de haber resultado aplicable el artículo 1115 CC, el Tribunal Supremo admite implícitamente que habría considerado a matriz y dependiente como

un único sujeto (con única voluntad). En un análisis en clave de grupos, esta tesis equivale a admitir la identidad subjetiva entre la sociedad dominante (sus órganos administrativos) y la dominada, reconociendo entidad subjetiva al grupo, a pesar de carecer de personalidad jurídica. Ello genera el riesgo de considerar al grupo como un único sujeto, con voluntad unitaria, a los efectos del Derecho de obligaciones, prescindiendo, por una parte de la personalidad jurídica individual de cada una de las sociedades del grupo, pero, además, de la forma en que se ejerce en cada caso la dirección unitaria.

En ausencia de regulación en el ordenamiento jurídico español, nos parece que tal identificación no es posible sin el examen de los elementos configuradores del grupo y su funcionamiento interno (el reparto competencial intragrupo), en cada caso. Por consiguiente, de haber resultado aplicable el régimen de las obligaciones condicionales a la autorización de la matriz, habría sido necesario examinar, si así ejercida la dirección unitaria permite subsumir el concreto grupo de sociedades en el supuesto de hecho del apartado primero del artículo 1115 CC (condición puramente potestativa) o, en cambio, hablaríamos de una condición mixta o simplemente potestativa válida y, en tal medida, no determinante de la nulidad de la obligación. Esta última es la sanción que nuestro ordenamiento impone en caso de condición puramente potestativa, existiendo acuerdo doctrinal y jurisprudencial sobre la necesidad de excluir del alcance del precepto las condiciones simplemente potestativas, aquéllas que dependen no sólo de la voluntad del deudor, sino también de un hecho externo (27).

(27) SANTOS BRIZ, J., "Artículo 1115", cit., p. 242. Aun sin apoyo normativo expreso, se manejan varias clasificaciones, distinguiendo generalmente entre casuales, potestativas y mixtas, según dependan de un hecho externo, de la voluntad del deudor o de ambos conjuntamente. Entre las condiciones potestativas, a su vez, se habla de simplemente potestativas y de pura, mera o rigurosamente potestativas, según su cumplimiento dependa exclusivamente del deudor o intervenga, además, un hecho externo. Sólo a las puramente potestativas les es aplicable la consecuencia jurídica prevista por el artículo 1115 CC en su primer inciso. En ocasiones se equiparan las condiciones simplemente potestativas y las mixtas, como aquéllas que dependen parcialmente de la voluntad del deudor (obligado) y parcialmente de un hecho externo. Así, DAVÓ ESCRIVÁ, J. M.²: "La nulidad de los contratos sometidos a condición puramente potestativa", cit., p. 9122. En cambio, SANTOS BRIZ, J., "Artículo 1119", en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, STE-

En este caso, la autorización de la operación corresponde a un órgano de la matriz del grupo, que puede tomar en consideración a la hora de formar su voluntad sobre la transmisión del inmueble múltiples factores (el interés del grupo (28), su planificación estratégica...), sin que la voluntad de la dependiente tenga por qué ser determinante en la decisión. Por tanto, la voluntad de la dominada incide en la decisión, en la medida en que no le es ajena, pero tampoco le compete plenamente. Esta opinión parece ser compartida por la Audiencia Provincial al afirmar que “no puede sustentarse la falta de independencia del consejo supervisor por el hecho de pertenecer al mismo grupo empresarial” (29). Además, aceptada la existencia de varios sujetos con voluntades no idénticas, cualquier injerencia de la sociedad dominada orientada a obstaculizar la adopción de la autorización por el consejo de vigilancia podría haber conducido a la aplicación del artículo 1119 CC, previsto para las condiciones simplemente potestativas, que permite dar por cumplida la condición cuya verificación impide voluntariamente el obligado (30).

Por todo ello y teniendo en cuenta la dureza de la sanción del artículo 1115 CC, resulta difícil concebir la autorización de la matriz como una condición que depende exclusivamente del deudor o, sin más, de la voluntad de la dependiente transmitente. Nos parece, entonces que no podría calificarse aquélla como puramente potestativa por incidir en su cumplimiento hechos externos a la simple voluntad de la titular del inmueble (31). En cambio, sería admisible

RRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), t. 6, 2.^a ed., Ed. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 251-254, en concreto, p. 252, considera mixta aquella condición que depende de la voluntad de los contratantes y de un hecho externo, mientras que es simplemente potestativa aquélla que depende de la voluntad del deudor y de hechos externos.

(28) GIRGADO PERANDONES, P.: *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, cit., pp. 269-271, concebido como interés de la matriz o como interés de la empresa multisocietaria.

(29) FD 2 SAP Madrid, sección 10.^a, 478/2011, de 14 de noviembre (RJ 2011\436229).

(30) Sugerencia similar se planteaba en el fundamento jurídico segundo de la referida sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2004 (RJ 2004/217), aunque se desechó su aplicación por considerar que el Ayuntamiento no había incumplido voluntariamente.

(31) Idéntica calificación mereció una condición que exigía la ratifica-

considerarla simplemente potestativa, por tener la deudora cierta influencia sobre la decisión del consejo supervisor (piénsese, por ejemplo, en que la dependiente informara negativamente al consejo de vigilancia con el fin de que éste denegara la autorización) (32).

Además, optar por la identificación subjetiva entre matriz y dependiente supone negar la posibilidad de que el funcionamiento interno del grupo sea dado a conocer a los terceros con los que aquél y sus sociedades dependientes, de manera individual, se relacionen. Esta solución, además, revela cierto automatismo a la hora de prescindir de la personalidad jurídica de cada una de las integrantes. Según se ha advertido, nos parece que prejuzgar las consecuencias de la dirección unitaria sobre la autonomía de la sociedad dependiente, considerando que en el grupo existe una única voluntad, debería llevar a dudar de la existencia de consentimiento válido de la dominada para concluir cualquier operación que requiera la autorización de la matriz (33). Declarar que existe una única voluntad y que, en tal sentido, la condición de obtener autorización sería puramente potestativa supone un gran paso hacia el reconocimiento de la legitimidad del grupo (34), dando carta de naturaleza

ción del contrato perfeccionado por el Alcalde por el Ayuntamiento (FD2 STS de 6 de febrero de 2004, RJ 2004\217). En el comentario a la sentencia NÚÑEZ IGLESIAS, Á.: "Comentario a la Sentencia de 6 de febrero de 2004 (RJ 2004 217)", cit., p. 1131, entiende, sin embargo, que la condición es puramente potestativa por depender del propio Ayuntamiento obligado tanto la inclusión como punto del orden del día de la cuestión, como la ratificación del negocio.

(32) Propone un examen similar como solución hermenéutica adecuada en el supuesto comentado NÚÑEZ IGLESIAS, Á.: "Comentario a la Sentencia de 6 de febrero de 2004 (RJ 2004\217)", cit., p. 1132, separando en aquél caso persona jurídica y órgano como "centros de decisión distintos". Debe tenerse en cuenta que en aquella ocasión el reparto competencial Alcalde-Pleno tenía base legal.

(33) Aunque desde otra calificación, comparte la tesis de la ausencia de consentimiento TORAL LARA, E.: "Sentencia de 7 de marzo de 2014. Condición potestativa y precontrato, sus relaciones", cit., p. 519.

(34) GIRGADO PERANDONES, P.: *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, cit., p. 271, afectando entonces a la independencia económica de las sociedades que lo integran. EMBID IRUJO, J. M.: *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, cit., p. 56.

al reparto de competencias diseñado en su organización, siempre que sea dado a conocer a los terceros. Pero, a la vez, conlleva una importante limitación de la autonomía de las sociedades dependientes que, por otra parte, poseen personalidad jurídica propia y capacidad plena (35).

D) CONCLUSIONES

La sentencia objeto de análisis pone de manifiesto singulares fricciones hermenéuticas en nuestro Derecho de obligaciones, así como cierta urgencia en la necesidad de disciplinar jurídicamente el fenómeno del grupo de sociedades, también en su funcionamiento *ad extra*. Desde la óptica del Derecho de obligaciones sugiere un difícil régimen aplicativo de la sanción por nulidad para las obligaciones sometidas a condición puramente potestativa. Ello porque resulta difícil deslindar los supuestos en que la condición potestativa es lícita por ser, en realidad, una facultad de desistimiento anterior, según los casos, a la perfección (como ocurre en la sentencia analizada) o a la eficacia del contrato, de aquéllos en los que lo que se condiciona es la exigibilidad de la obligación. Desde el estudio de los grupos de sociedades permite advertir la necesidad de hallar una solución conciliadora de la protección del tercero de buena fe que se relaciona con el grupo (y las entidades dependientes) con el interés del grupo y su particular estructura *orgánica*.

Y, finalmente, en la confluencia de las dos disciplinas jurídicas referidas, la sentencia nos lleva a interrogarnos sobre el tratamiento que el Derecho de obligaciones debe dispensar al grupo (o al Derecho de grupos), habiéndose decantado el alto tribunal por identificar la dirección unitaria con una única voluntad, al menos, a efectos de

(35) Sirva aquí por analogía, salvando las distancias, NÚÑEZ IGLESIAS, Á.: "Comentario a la Sentencia de 6 de febrero de 2004 (RJ 2004, 217)", cit., pp. 1131-1132, instando a atender a la separación entre persona jurídica y órgano como centros de decisión distintos.

considerar a la matriz y la sociedad dependiente como un único sujeto. Por último, nos parece que en el supuesto de hecho la promesa de compraventa nada aporta a la tutela de las partes, especialmente de la adquirente, quien ve frustrada toda expectativa de adquirir el inmueble ante la existencia de una cláusula que hace decaer la exigibilidad del precontrato.

