

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXII ° Marzo-Abril 1996 ° Núm. 633

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Alfonso Barcala Trillo Figueroa.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Francisco Corral Dueñas.
D. Juan Sarmiento Ramos.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. José Poveda Díaz.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. Manuel Amorós Guardiola.

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Teléf. 411 26 28

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

I.S.S.N.: 0210-0444

I.S.B.N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

S U M A R I O

Págs

ESTUDIOS

«Las ejecuciones hipotecarias y la tutela judicial privilegiada», por JUAN MONTERO AROCA	253
«La multipropiedad: su problemática ante el Registro de la Propie- dad», por GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA	279
«El testamento mancomunado», por ELVIRA AFONSO RODRÍGUEZ	353
«Delimitación del ámbito de poder de representación de los adminis- tradores de la S.A. Eficacia jurídica de las Directivas comunitarias. Comentario a la Resolución de la DGRN de 3 de octubre de 1994», por ALFREDO AVILA DE LA TORRE	463
«La sociedad civil: su problemática en el tráfico jurídico (Un análisis jurisprudencial)», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS	505
«La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993. Situación actual de la cuestión», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE	527

DICTAMENES Y NOTAS

«Breves notas acerca de la transmisión hereditaria de los derechos sobre la vivienda propiedad personal en el ordenamiento positivo cubano», por LEONARDO B. PÉREZ-GALLARDO	565
«Calificación registral de las comunicaciones notariales por fax», Au- diencia Provincial de Barcelona	583

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	589
--	-----

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	595
---	-----

	<u>Págs</u>
II. Resoluciones de la Dirección General, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	611
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
a) Derechos Reales, por ELENA MÚGICA ALCORTA	631
b) Obligaciones y contratos, por M. ^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	645
4. Jurisprudencia procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS	653

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Registro de la Propiedad y Administración Pública», de JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS, por IGNACIO SERRANO BUTRAGUEÑO	661
«La protección del crédito en la jurisprudencia», de JOSÉ CERDÁ GIMENO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	662
«Legislación hipotecaria y jurisprudencia», de MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	664
«La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas», de JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN, por ANTONIO MANZANO SOLANO	667
«Los tipos de interés, una incógnita permanente», de JOSÉ LÓPEZ LIZ, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	677

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN. Comentarios de M. ^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	681
--	-----

ESTUDIOS

Las ejecuciones hipotecarias y la tutela judicial privilegiada

(La constitucionalidad de algunas tutelas
judiciales ejecutivas)

SUMARIO: 1. LA DECLARACION DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS HIPOTECARIOS.—2. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EJECUCION A FAVOR DEL BANCO HIPOTECARIO DE ESPAÑA.—3. LAS TUTELAS JUDICIALES PRIVILEGIADAS EN GENERAL.—4. LA ATRIBUCION DE FUERZA EJECUTIVA A TITULOS CONTRACTUALES COMO MANIFESTACION DE TUTELA JUDICIAL PRIVILEGIADA.—5. EJECUCION DE SENTENCIAS Y CONTRADICCION PROCESAL.—6. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA: A) SINOPSIS PROCEDIMENTAL. B) AUSENCIA DE CONTRADICCION. C) ACTIVIDAD EJECUTIVA Y PROCESO DECLARATIVO.—7. EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO EXTRAJUDICIAL.—8. LA EJECUCION DE LA HIPOTECA NAVAL.—9. LIMITES DE LA TUTELA EJECUTIVA PRIVILEGIADA.

1. LA DECLARACION DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS HIPOTECARIOS

La STC 41/1981, de 18 de diciembre, dictada por el Pleno del mismo, al haber utilizado lo dispuesto en el artículo 10.k) de su LO 2/1979, de 3 de octubre, desestimó tres recursos de amparo acumulados y, al mismo tiempo, declaró la constitucionalidad del cuerpo normativo regulador del proceso de ejecución a favor del Banco Hipotecario de España y del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria por considerar que uno y otro eran conformes con el artículo 24 de la Constitución al no producirse en ellos indefensión del ejecutado.

En tres ejecuciones instadas por el Banco Hipotecario se había llegado a la misma situación. Notificada al deudor la providencia por la que se acordaba la enajenación en pública subasta de la finca hipotecada ante la petición expresa del Banco, aquél presentó escrito en el que solicitaba «se

le tuviera por parte en el procedimiento» y «se le diera traslado del escrito de iniciación del mismo con el fin de oponerse a él en defensa de sus intereses». Estas dos peticiones tuvieron distinta suerte, pues a la primera accedió el Juzgado, que en la misma providencia rechazó la segunda.

La providencia anterior fue objeto de dos recursos de reposición, resueltos en el mismo auto:

1. El Banco Hipotecario impugnó el pronunciamiento por el que se tenía por parte al deudor y su recurso fue estimado, acordándose en definitiva no tener por parte ni comparecido en los autos al deudor.

2. El deudor impugnó el pronunciamiento que le vedaba la posibilidad de formular oposición a la ejecución y su recurso tuvo peor suerte, pues fue desestimado.

El recurso de amparo se interpuso, pues y en las tres ejecuciones, por el deudor que solicitaba:

1.º La nulidad de la providencia y del auto anteriores por haberse violado en ellos el derecho a la tutela jurisdiccional, a la defensa y a la utilización de medios de prueba, protegidos para cualquier clase de procesos por el artículo 24 de la CE.

2.º Se preservara su derecho a la tutela jurisdiccional para actuar como parte en el juicio, alegando en él las excepciones propias del juicio ejecutivo regulado en la LEC.

3.º Se elevara la cuestión al Pleno para que éste declarara la inconstitucionalidad y la derogación del artículo 1.560 de la LEC y del cuerpo normativo regulador de la ejecución a favor del Banco Hipotecario de España.

Los deudores demandantes de los tres amparos no pedían, por tanto, que se les colocara en la posición de ejecutados conforme al procedimiento del artículo 131 de la LH, sino que se les situara como ejecutados en el juicio ejecutivo común de la LEC. Por lo mismo sus amparos sólo podían estimarse si se declaraban inconstitucionales, primero, la ejecución a favor del Banco Hipotecario y, después, la ejecución hipotecaria del artículo 131 de la LH. Las dos pretendidas inconstitucionalidades fueron denegadas por el Tribunal Constitucional y empleando los mismos argumentos.

Estos argumentos parten de la consideración de los procedimientos hipotecarios como procesos de ejecución en los que «falta la controversia entre las partes», en los que no existe «fase de cognición». Común a esos procedimientos «es la extraordinaria fuerza ejecutiva del título» y la limitación, asimismo extraordinaria, de la «contradicción procesal», tanto que en otros lugares de la Sentencia se habla de «ausencia de contradicción

procesal». Ahora bien, la falta de contradicción no significa que se produzca indefensión en el ejecutado porque:

- a) La situación procesal del deudor (o del titular del dominio de la finca hipotecada) no debe contemplarse sólo desde la perspectiva limitada de la ejecución hipotecaria, sino que debe atenderse al «conjunto de las relaciones procesales posibles», y en ese conjunto sí existe contradicción porque al deudor le queda siempre abierta la posibilidad de un juicio declarativo en el que podrá debatir con toda amplitud las cuestiones de fondo que quedaron intactas en el procedimiento hipotecario. «La ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento», en el que no se produce efecto de cosa juzgada.

En realidad —sigue argumentando la Sentencia— la limitación de las excepciones no afecta a la contradicción, sino al efecto suspensivo respecto del procedimiento. Las excepciones, y con ellas la contradicción, son plenamente admisibles, pero en un separado proceso declarativo; lo propio de los procedimientos hipotecarios es que existe, dentro de los mismos, una radical limitación de las excepciones que pueden producir la suspensión de la actividad ejecutiva; es decir, no se limitan las posibilidades de contradecir, sino las de suspender.

- b) El constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa, pues se ha sometido voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados al realizar el negocio jurídico material. Es cierto que la pretendida inconstitucionalidad no podría quedar eliminada por una renuncia del deudor al derecho a la defensa o a la tutela jurisdiccional, pero la renuncia se refiere aquí a que la defensa tenga una eficacia momentáneamente disminuida al no servir para suspender la ejecución, quedando pospuesta para el proceso declarativo; es decir, no se renuncia a la defensa, sino al momento de hacerla plenamente efectiva.

A lo anterior añade la Sentencia que la contradicción y la defensa del deudor están garantizadas durante la vida de la hipoteca «por lo que se puede llamar procedimiento registral, que permite al deudor oponerse a la inscripción o instar la cancelación de la hipoteca cuando concurren los requisitos para ello. Así, la favorecida posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título».

2. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EJECUCION A FAVOR DEL BANCO HIPOTECARIO DE ESPAÑA

Por el camino abierto en la Sentencia anterior ha transitado la doctrina posterior del Tribunal Constitucional, si bien sobre la misma hay que advertir:

- a) El abandono del argumento relativo a que la posición del deudor ejecutado fue asumida por él voluntariamente al realizar el negocio jurídico material. Sobre la renuncia al momento a hacer plenamente efectiva la defensa, el Tribunal ha guardado después silencio.
- b) La reiteración acrítica del argumento del juicio declarativo que corresponda como justificación de la no vulneración del artículo 24.1 de la CE (SSTC 64/1985, de 17 de mayo; 8/1991, de 17 de enero; 217/1993, de 30 de junio, y 296/1993, de 18 de octubre).
- c) El cierre de la vía directa del amparo contra las actuaciones practicadas en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH, por cuanto antes es preciso «acudir a la jurisdicción ordinaria para ejercitar su derecho por el trámite del juicio declarativo que por la cuantía corresponda» (AATC 373/1987, 202/1989, 282/1991, 6/1992, 13/1992, y especialmente en las SSTC 217/1993 y 296/1993, y sobre ellas BARONA VILLAR, «El procedimiento ejecutivo del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», en *Derecho Privado y Constitución*, 1994, 3, págs. 325-41).
- d) Con todo, lo verdaderamente nuevo ha sido la declaración de inconstitucionalidad del cuadro jurídico en el que se desenvuelve el proceso de ejecución a favor del Banco Hipotecario de España en la STC 128/1994, de 5 de mayo, confirmada en la siguiente 166/1994, de 26 de mayo, que resolvieron diecinueve cuestiones de inconstitucionalidad.

La inconstitucionalidad se declara porque el cuadro normativo de referencia es contrario al artículo 14 de la CE, esto es, al principio de igualdad, en cuanto que existiendo «un proceso de ejecución, particularmente rápido y ágil, al servicio de los intereses de un único acreedor..., no existe justificación objetiva y razonable para legitimar un tratamiento procesal diferenciado en favor del Banco Hipotecario».

La declaración de inconstitucionalidad no se efectúa, pues, en consideración al artículo 24 de la CE, sino atendiendo al artículo 14 de la misma, y aún cabe destacar de la STC 128/1994 que:

1.º El trato procesal privilegiado del Banco Hipotecario respecto de los demás acreedores hipotecarios se manifiesta no tanto en las diferencias

existentes entre el proceso de ejecución especial a favor del Banco y el de ejecución hipotecaria del artículo 131 de la LH cuanto en la misma existencia de un proceso de ejecución especial caracterizado por la atención singularizada a un determinado acreedor hipotecario.

2.º «Los cauces procedimentales son, sin duda alguna, modelos característicos de estructuras de creación legal en los que las diferencias de trato se explican fundamentalmente en razones técnicas inherentes a la propia naturaleza de la norma, de ahí que, por lo general, no pueda plantearse con probabilidad de éxito un juicio de igualdad entre procesos diversos, comparando aisladamente plazos o trámites que, en estos casos, sólo adquieren su pleno sentido valorados como partes del conjunto normativo en que se insertan».

3.º La existencia del proceso de ejecución especial a favor de un acreedor único no sería, en sí misma, inconstitucional por contraria al principio de igualdad si en ese acreedor «concurriesen características que permitiesen individualizar el objeto del proceso atendiendo a la especialidad de la materia que lo constituye o a la de los intereses que en el proceso se ventilan», lo que no sucede en el caso del Banco Hipotecario.

4.º Si las normas procesales se orientan teleológicamente «a la satisfacción de pretensiones determinadas de modo genérico en atención a la naturaleza de los intereses que con ellas se defienden», la entidad subjetiva de un acreedor hipotecario no es fundamento objetivo y razonable para justificar un cauce procesal específico distinto del común que deben utilizar los demás acreedores.

En conclusión, pues, la STC 128/1994 al mismo tiempo que declara la inconstitucionalidad de un proceso de ejecución, el del Banco Hipotecario y por opuesto al artículo 14 de la CE, reafirma la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH, el cual es conforme, según el Tribunal Constitucional, con los artículos 14 y 24 de la CE.

3. LAS TUTELAS JUDICIALES PRIVILEGIADAS EN GENERAL

Si hemos entendido bien los razonamientos del Tribunal Constitucional, éste parte de la consideración de que la existencia de «cauces procesales» en los que se produzcan «diferencias de trato» no es, sin más, contraria al principio de igualdad del artículo 14 de la CE, pues los mismos pueden estar plenamente justificados atendiendo a la materia objeto de las pretensiones que se ventilan en el proceso o a la naturaleza de los intereses que entran en juego. En otras ocasiones, y en esa misma línea, el Tribunal ha sostenido que no existe infracción del artículo 14 de la CE por el mero

hecho de que el legislador establezca diferencias entre procedimientos, pudiendo regular mecanismos de reclamación de créditos distintos del juicio declarativo ordinario (por ejemplo, STC 110/1993, de 25 de marzo).

Con consideraciones como las anteriores el Tribunal Constitucional está admitiendo implícitamente la existencia de tutelas judiciales privilegiadas frente a la tutela judicial ordinaria, estimando que aquéllas no son de por sí contrarias al principio de igualdad legal. Ahora bien, lo que el Tribunal no se ha cuestionado todavía es el sentido general de las tutelas judiciales privilegiadas y cuál ha de ser el límite máximo de las mismas, contemplando los dos temas desde la perspectiva del derecho de las partes a un proceso con contradicción y en el que no pueda producirse indefensión. Se trataría, pues, de conjugar la igualdad con la contradicción procesal.

En lo que sigue vamos a atender a las tutelas judiciales privilegiadas ejecutivas y, aún más en concreto, a las hipotecarias, pero es inevitable hacer alusión al fenómeno propio de las tutelas judiciales privilegiadas, al que ya hemos dedicado atención general (en *Derecho Jurisdiccional*, I, con ORTELLS, G. COLOMER Y MONTÓN, Barcelona, 1994, págs. 298-301).

La comprensión del fenómeno pasa por advertir que la tutela judicial que promete el artículo 24.1 de la CE, en principio, debería ser igual para todas las personas, para todas las pretensiones y para todos los derechos e intereses legítimos. Esa igualdad habría de reflejarse en la regulación de un proceso, el mismo para todos, por medio del cual los Tribunales prestarían la tutela y las personas la pedirían. Atendida la función jurisdiccional, conforme al artículo 117.3 de la CE, ese proceso constaría de una fase de declaración del derecho, en la que al final se obtendría una Sentencia que, convertida en firme, sería el título ejecutivo con el que iniciar la fase de ejecución.

A pesar de la razonabilidad teórica de esta construcción de la tutela judicial, lo cierto es que la realidad es muy distinta y hasta el extremo de que ni siquiera existe un único proceso de declaración. En efecto:

- a) Dentro de la tutela judicial ordinaria no existe un único proceso de declaración sino cuatro, pues el legislador ha entendido, con criterio discutible, a que a mayor valor económico de lo pedido por el actor mayores posibilidades de debate deben tener las partes, con lo que el proceso debe ser más complicado.
- b) Existen multitud de procesos declarativos especiales y sumarios que son evidentes manifestaciones de tutelas judiciales privilegiadas, para la creación de las cuales el legislador ha utilizados dos clases de argumentos:

- 1.º Unas veces se ha pretendido justificar políticamente la tutela privilegiada alegando que determinadas relaciones jurídico-

materiales precisan de acomodaciones procesales no ya para que se tutelen de modo efectivo los derechos e intereses legítimos, sino incluso para que pueda existir la tutela judicial misma. Se argumenta así que las condiciones naturales de la relación material suponen que sólo puede alcanzarse tutela judicial si el instrumento procesal se acomoda a ellas, con lo que la tutela privilegiada, esto es, el proceso especial no es sólo conveniente sino necesario.

- 2.º Otras veces la justificación política ha atendido a la eficacia de la tutela judicial, lo que se ha hecho, normalmente, a base de argumentar que la tutela que prestan los Tribunales por medio de los procesos ordinarios no es la adecuada para tramitar y decidir determinadas pretensiones. En este sentido fue paradigmática la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1953 cuando hablaba de la justicia «platónica» que cabía obtener por medio del juicio de mayor cuantía de la LEC.

Naturalmente, estos dos argumentos se entrelazan en la mayoría de las ocasiones y, a base de ellos, se pretende muchas veces enmascarar conquistas de grupos sociales o hipervaloraciones de derechos determinados. Lo más grave es que la proliferación de las tutelas privilegiadas ha adquirido categoría de normalidad en el Derecho español, hasta el extremo de que ni siquiera se duda de su constitucionalidad. Los Tribunales ordinarios, respecto de los procesos declarativos, no han planteado cuestión alguna de inconstitucionalidad, y el Tribunal Constitucional se limita a repetir que el legislador puede establecer mecanismos distintos de los juicios declarativos ordinarios, sin plantearse los límites que no puede sobrepasar el legislador.

- c) Lo que nos importa ahora, con todo, es detener nuestra atención en una tutela judicial especialmente privilegiada consistente en convertir determinados documentos en títulos ejecutivos, con los que se puede iniciar un proceso de ejecución sin proceso declarativo previo.

4. LA ATRIBUCION DE FUERZA EJECUTIVA A TITULOS CONTRACTUALES COMO MANIFESTACION DE LA TUTELA JUDICIAL PRIVILEGIADA

El esquema conceptual lógico de la función jurisdiccional o, desde otro punto de vista, de la tutela judicial presupone que, primero, se declara el

derecho (proceso de declaración) y, luego, se procede a su ejecución (proceso de ejecución). En este esquema el título ejecutivo básico es la sentencia firme, si bien nada se opone a la existencia de otros títulos ejecutivos de creación judicial (como los autos que aprueban la tasación de costas, art. 421, o fijan los daños y perjuicios al levantarse una medida cautelar, arts. 1.413, 1.417, 1.427 y 1.429 de la LEC, por ejemplo). También entra en el esquema normal el reconocimiento de fuerza ejecutiva al laudo arbitral (art. 53 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje).

Las cosas se complican cuando el esquema lógico de la función jurisdiccional se rompe y el legislador permite iniciar el proceso de ejecución sin que exista declaración judicial (o arbitral) previa del derecho, pues la ruptura se tiene que producir a base de atribuir fuerza ejecutiva a documentos que provienen de negocios jurídicos realizados por las partes. Con esta atribución de fuerza ejecutiva se está dando un salto cualitativo, que conlleva la existencia de tutelas judiciales especialísimamente privilegiadas.

Con carácter general, el atribuir a determinados documentos públicos la condición de títulos ejecutivos, de modo que con ellos pueda acudir directamente al proceso de ejecución, constituye, sin duda, un privilegio procesal en cuanto los créditos en ellos plasmados pueden exigirse por un camino procesal distinto del ordinario, pero ese privilegio no tiene por qué suponer una discriminación prohibida o una desigualdad ante la Ley de las contrarias al artículo 14 de la CE.

El privilegio, o la «diferencia de trato» como prefiere decir el Tribunal Constitucional (por ejemplo, en la STC 14/1992, de 10 de febrero), no se basa ni en la condición personal del acreedor o del deudor ni en la naturaleza del crédito, sino que responde exclusivamente a las garantías de autenticidad que ofrece el documento mismo. La fuerza ejecutiva de algunos documentos públicos (que son los que nos ocupan en este momento) no viene referida ni a la materia objeto de las pretensiones ejecutivas (pues se trata siempre de obligaciones dinerarias) ni a la naturaleza de los intereses en juego (al ser éstos indeterminados), sino que atiende sólo a las condiciones del documento.

Si la discriminación se refiere a las personas y se basa en hechos de su condición o circunstancias, la atribución de fuerza ejecutiva a determinados documentos públicos atiende al mismo documento, basándose en las garantías formales de que está rodeado. Por ello la tutela judicial privilegiada que se concede a esos documentos no guarda relación con el principio constitucional de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Cuando el legislador da un paso más y basa el tratamiento procesal diferenciado en la condición personal del acreedor, sí se produce la vulneración del artículo 14 de la CE, con la consecuencia de la inconstitucionalidad, que es lo que declaró la STC 128/1994, de 5 de mayo, respecto del proceso de ejecución a favor del Banco Hipotecario.

Cuando la atribución de fuerza ejecutiva a una clase de documentos públicos responde, pues, a las condiciones de los documentos mismos, nada puede oponerse desde la perspectiva del artículo 14 de la CE. Más aún: la determinación de las garantías convenientes para que un documento pueda tener fuerza ejecutiva no es algo que quepa debatirse desde el plano constitucional, sino que debe quedar relegado a la discrecionalidad política del legislador ordinario.

Los verdaderos problemas constitucionales de la conversión en títulos ejecutivos de documentos públicos no se refieren, por tanto, a la misma existencia de la tutela privilegiada, sino que aparecen cuando se cuestionan los límites de la misma, lo que tiene que hacerse desde el artículo 24 de la CE y, en concreto, desde el principio de contradicción, en su manifestación del derecho de defensa, que la norma constitucional recoge al decir «sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

El cuestionamiento dicho de los límites de la tutela ejecutiva privilegiada, consistente en conceder fuerza ejecutiva a un documento público, requiere precisar si esa fuerza ejecutiva ha de tener el tope de la fuerza propia de las sentencias, si tiene que ser menor o si puede ser mayor. En otros términos, las tutelas judiciales ejecutivas privilegiadas presuponen romper el esquema normal de la función jurisdiccional que, primero, declara el derecho y, luego, lo ejecuta, de modo que el título documento público permite pasar a la ejecución sin declaración previa del derecho. El documento público se equipara así a la sentencia firme en cuanto los dos son títulos ejecutivos, y la determinación de los límites de la fuerza ejecutiva del primero requiere determinar si la misma puede ser o no superior a la de la sentencia firme.

Para responder a esta pregunta se hace necesario atender ante todo a la vigencia del principio de contradicción en la ejecución de sentencias.

5. EJECUCION DE SENTENCIAS Y CONTRADICCION PROCESAL

La LEC, en la regulación de la ejecución de sentencias, no hace mención de la oposición del ejecutado, ni en el aspecto de lo que el ejecutado puede alegar ni con referencia a cómo puede hacerlo. Ante este silencio la doctrina más antigua llegó a sostener que en el proceso de ejecución el ejecutado no era parte o, por lo menos, que la contradicción estaba limitada, si bien luego no precisaba los términos de esa limitación. Hoy estas afirmaciones no son ya frecuentes y el propio Tribunal Constitucional, en la Sentencia 110/1993, de 25 de marzo, ha tenido que admitir una imprecisa oposición del ejecutado (puede verse nuestro comentario «Sobre la consti-

tucionalidad de la jura de cuentas» en *Derecho Privado y Constitución*, 1994, 2, págs. 293-304).

En la oposición del ejecutado la doctrina distingue en la actualidad dos aspectos:

a) *Contenido de la oposición*

Se trata aquí de contestar a la pregunta de qué puede oponer el ejecutado, y para ello es preciso subdistinguir:

1.º Oposición relativa al proceso mismo: Si la ejecución es un proceso el ejecutado ha de ser parte en el mismo y, como tal, ha de tener todos los poderes procesales inherentes a esa condición, pudiendo alegar en torno al sometimiento de la actividad ejecutiva al principio de legalidad. En este sentido las alegaciones pueden referirse a la regularidad del título ejecutivo, a la concurrencia de los presupuestos procesales, al cumplimiento de los requisitos procesales, a la legitimación de las partes, a la infracción de las normas procedimentales y de las procesales y al desconocimiento del título en los actos ejecutivos.

2.º Oposición atinente a la relación jurídico-material: La existencia de la sentencia firme no impide que la relación material siga viviendo, pudiéndose producir hechos, actos y negocios jurídicos que le afecten; el ejecutado no podrá alegar en la ejecución respecto de hechos cubiertos por la cosa juzgada producida en el proceso de declaración, pero sí ha de poder oponer los hechos extintivos y excluyentes producidos con posterioridad a aquélla.

b) *Cauces procesales de la oposición*

Las alegaciones que puede realizar el ejecutado perseguirán dos finalidades muy distintas; unas veces aspirará a que la ejecución finalice y otras tratará simplemente de reconducirla conforme a la ley, según el título o atendido el contenido actual del derecho material; es decir, la oposición puede formularse contra el conjunto de la ejecución, para acabar con ella, o contra actos ejecutivos, sin impedir que siga adelante.

Respecto del cómo se realizará la oposición, es decir, de los cauces procesales de la misma, hay que distinguir entre:

1.º Vía de los recursos: En ocasiones bastará formular recurso de reposición, de apelación (arts. 949.I y 1.531.I de la LEC) o de casación (art. 1.687.2.º) contra las resoluciones que se dicten, estando esta vía especialmente indicada cuando se trata de oponerse a un acto concreto, por cuanto entonces lo debatido será normalmente una cuestión de derecho.

2.º Cauce declarativo incidental: La interposición de los recursos será insuficiente cuando se trate de plantear cuestiones de hecho cuya solución exija practicar prueba. La STC 110/1003, de 25 de marzo, sin precisar las causas de oposición admisibles, sostuvo que el ejecutado podía alegarlas al contestar al requerimiento de pago que debía hacerse con base en el artículo 8 de la LEC; pero ese cauce de la respuesta a un requerimiento es manifiestamente inadecuado, aparte de que en la ejecución de sentencias no se requiere al ejecutado de pago.

La única vía que resta abierta así es la incidental, a la que se refieren los artículos 949.II, 950.II y 1.531.II de la LEC, bien entendido que la misma se tramitará según los artículos 747 a 758 de la LEC y que sólo se suspenderá la ejecución cuando la continuación de los actos ejecutivos haga inútil la sentencia que se dicte en el incidente.

Naturalmente la oposición del ejecutado requiere mayores precisiones (que pueden verse en nuestro ensayo «Oposición del ejecutado en la ejecución de sentencias y tutela judicial efectiva», en esta REVISTA, 199), pero con lo aquí dicho hay bastante para evidenciar que en la ejecución de sentencias sí existe contradicción y que ésta se articula con la condición de parte del ejecutado, con la posibilidad de que éste impugne las resoluciones que se dicten y con la promoción de incidente declarativo.

6. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DEL ARTICULO 131 DE LA LH

Visto como juega la contradicción en la ejecución de sentencias, volvemos a la cuestión que dejamos planteada respecto de los límites de la tutela judicial privilegiada, que consiste en atribuir fuerza ejecutiva a determinados documentos públicos. Se trata ahora de aclarar en qué consiste la «extraordinaria fuerza ejecutiva» que la ley concede al título que posibilita las ejecuciones hipotecarias y saber así si esa «fuerza» es mayor que la de las sentencias firmes.

A) SINOPSIS PROCEDIMENTAL

En lo que ahora nos importa el denominado procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH se caracteriza legalmente porque:

- a) El procedimiento se inicia por medio de demanda, con los requisitos de contenido de la regla 2.ª, acompañada de los documentos

de la regla 3.^a. De esa demanda hay que destacar la necesidad de que con ella se aporte el título ejecutivo y el que en ella se ejercita la acción hipotecaria, esto es, real y dirigida sólo contra el bien hipotecado.

b) «El Juez examinará la demanda y los documentos acompañados», y de ese examen puede resultar:

1.º «Si los requisitos legales no se hubiesen cumplido, el Juez denegará la admisión del escrito y documentos por medio de auto fundado, que será apelable en ambos efectos».

2.º «Si se hubiesen cumplido los requisitos antes expresados la admitirá (la demanda) y mandará sustanciar el procedimiento».

La técnica procesal es aquí muy deficiente, pues en realidad lo que se está diciendo es que el Juez examinará de oficio la concurrencia de los presupuestos procesales, los generales y los específicos y el cumplimiento de los requisitos, y que, consecuentemente, denegará el despacho de ejecución o despachará la ejecución. No se trata, pues, de admitir o de no admitir una demanda, resolución inicial de un proceso de declaración, sino de despachar o no la ejecución, acto típico de un proceso de ejecución.

c) Si se despacha la ejecución, y aparte de la realización del requerimiento judicial de pago, si no se hizo antes el notarial, el Juez reclamará del Registro de la Propiedad certificación comprensiva de la inserción literal de la última inscripción de dominio o de posesión y de la relación de cargas y gravámenes a que esté afecto el bien, con mención expresa de la hipoteca que se ejecuta. Ante esa certificación el Juez

1.º Notificará la existencia del procedimiento a la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio o de posesión, si no hubiere sido antes requerida de pago notarial o judicialmente, «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».

2.º A los mismos efectos se notificará también la existencia del procedimiento de los acreedores titulares de cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la inscripción de la hipoteca.

d) El actor puede pedir que se le confiera la administración o posesión interina de la finca si así se pactó, y el actor, el deudor, el tercer

poseedor y el hipotecante pueden instar que se proceda a la subasta de la finca. El señalamiento del lugar, día y hora para el remate se notificará al deudor.

- e) Según el artículo 132 de la LH existen sólo cuatro causas de suspensión del procedimiento, que no es preciso examinar, destacando de ellas simplemente que una hace referencia al título como documento (su falsedad), otra no es una oposición del ejecutado (tercería de dominio), la tercera presupone que se ha pagado después de la certificación del Registro (cancelación de la hipoteca) y, por fin, la cuarta sí es una verdadera oposición (saldo distinto).

Pero, además, la LH hace expresa mención de causas por las que no se suspenderá la ejecución: muerte del deudor o del tercer poseedor (en contra de la norma general del artículo 9.7.º de la LEC), quiebra o concurso de los mismos (ni tampoco suspensión de pagos, art. 9 de la LSP de 1922) e incidentes promovidos por los mismos o por otro que se presente como interesado.

- f) Todas las demás reclamaciones que pudiese formular el deudor, el tercer poseedor u otros interesados, incluidas las relativas a la nulidad del título o de las actuaciones, o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento. De ese proceso declarativo autónomo debe destacarse:

- 1.º Se trata del juicio declarativo ordinario que corresponda por la cuantía, del que se atribuye su competencia objetiva, funcional y territorial por las reglas comunes.
- 2.º Puede iniciarse pendiente la ejecución o una vez finalizada ésta, de modo que no tiene por qué ser posterior.
- 3.º En ese proceso ordinario puede pedir el demandante (ejecutado en el del art. 131 de la LH) la medida cautelar de retención de toda o parte de la cantidad que en la ejecución hipotecaria debe entregarse al ejecutante (demandado en el proceso ordinario).
- 4.º En el mismo proceso el demandante puede pedir que se le indemnice de cuantos daños y perjuicios le hubiere irrogado la ejecución hipotecaria por malicia del ejecutante en la exposición de los hechos y demás circunstancias que el Juez de la ejecución ha de apreciar para «autorizar el procedimiento», esto es, para despachar la ejecución (art. 131.2.ª *in fine*), de modo que la completa indemnización no se deriva del hecho objetivo de la no existencia o de la menor cuantía de la obli-

gación ejecutada en el procedimiento hipotecario, sino de la concurrencia de «malicia» en el ejecutante, es decir, de la existencia de dolo.

B) AUSENCIA DE CONTRADICCIÓN

Con la regulación legal que hemos descrito brevísimamente, la jurisprudencia ha llegado a negar al ejecutado la condición de parte en el procedimiento, rechazando incluso su comparecencia en los autos; y en esa línea la STC 41/1981, de 18 de diciembre, declaró paladinamente que el procedimiento judicial sumario se caracteriza «por la ausencia de contradicción procesal», a pesar de lo cual no es contrario al artículo 24 de la CE porque en el mismo no se produce cosa juzgada al ser posible un proceso declarativo en el que se discute con toda amplitud de la cuestión de fondo.

En nuestra opinión, estamos ante un error de muy hondo calado teórico en el que entran en juego la misma naturaleza de la función jurisdiccional y la distinción entre actividad administrativa y actividad jurisdiccional. El error se explica (no se justifica) históricamente, pero debe haber llegado el momento de replantearse la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario aclaradas antes las bases de partida.

- a) En un principio teníamos en España un único sistema de ejecución con el que se atendía tanto a los títulos ejecutivos judiciales (principalmente las sentencias firmes) como a los contractuales (especialmente las escrituras públicas). Este sistema se rompió con la LEC de 1855 que distinguió entre juicio ejecutivo (en el que se mantuvo la oposición del ejecutado) y ejecución de sentencias (para el que no se reguló dicha oposición) (para el sistema unitario de ejecución y su ruptura en la LEC de 1855 puede verse nuestro estudio «La naturaleza jurídica del juicio ejecutivo», en *Revista de Derecho Procesal*, 1993, 2, págs. 269-305; y para alguna otra matización, «L'esecuzione di titoli esecutivi italiani in Spagna», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1993, 4, págs. 1134-1168).

Después de la LEC de 1881 la ejecución de la hipoteca debía realizarse por medio del juicio ejecutivo regulado en ella, pero pasados unos años el legislador consideró que ese «juicio» era todavía demasiado largo y complicado e introdujo con carácter general un procedimiento especial de ejecución de hipotecas; se produjo esto en la LH de 1909 y sus líneas esenciales perviven en

la LH vigente. Ese procedimiento especial partía de una base falsa, la de que en la ejecución de sentencias no era posible alegación alguna del ejecutado capaz de paralizar la ejecución.

Con esa base falsa el legislador pretendió crear una especie de término medio entre la ejecución de sentencias y el juicio ejecutivo, de modo que:

- 1.º En la ejecución de sentencias no cabe oposición alguna del ejecutado paralizadora de la ejecución.
- 2.º En el juicio ejecutivo la oposición del ejecutado, si bien limitada a las causas de oposición de los artículos 1.464 y 1.467 de la LEC, da siempre lugar a un incidente que paraliza la ejecución.
- 3.º Se crea el término medio de la ejecución hipotecaria, en la que, atendidas las garantías del título, se limitan todavía más las causas de oposición paralizadoras de la ejecución, pero sin llegar al extremo de la ejecución de sentencias, en la que nada paraliza el procedimiento.

- b) El caso ha sido, con todo, que ese esquema se ha revelado falso, porque falsa era la base conceptual de partida dado que en el proceso de ejecución de sentencias sí cabe oposición del ejecutado. El propio Tribunal Constitucional, en su Sentencia 110/1993, de 25 de marzo, y en un caso en que existe remisión legal al apremio (art. 8.I de la LEC), tuvo que reconocer que «la potestad de juzgar (y tendría que haber dicho de ejecutar) es incompatible con el automatismo», de modo que el Juez de oficio ha de controlar los presupuestos del proceso y el ejecutado ha de poder alegar su falta. Si admitimos que en la ejecución de sentencias, y en toda ejecución que haya de tramitarse por las normas de la misma, ha de poder existir oposición del ejecutado, nos encontramos con que la fuerza ejecutiva que se otorga a la hipoteca no es sólo «extraordinaria», sino que es mayor de la atribuida a las sentencias firmes, con lo que se está configurando una tutela judicial para el acreedor tan privilegiada que llega hasta el extremo de colocar al ejecutado en clara indefensión.
- c) Atendidas las garantías del Registro de la Propiedad y la naturaleza constitutiva de la inscripción de la hipoteca, podría discutirse en torno a las causas de oposición atinentes a la relación jurídico-material que deberían ser admisibles o no en la ejecución hipotecaria, sin que por ello existiera indefensión y atendido el proceso declarativo ordinario simultáneo o posterior que podría iniciar el

ejecutado; pero lo que no parece razonable es suprimir en la ejecución hipotecaria la alegación de causas relativas al proceso mismo, pues esa supresión sí supone indefensión.

Independientemente del control de oficio que debe realizar el Juez para despachar la ejecución, negarle al ejecutado la condición de parte, no notificarle la demanda ejecutiva y todas las resoluciones que se dicten, impedirle alegar sobre la regularidad del título ejecutivo, sobre los presupuestos y requisitos procesales, sobre la legitimación, sobre el cumplimiento de las normas procesales y de las procedimentales y negarle la alegación de las infracciones relativas al título es conducirlo claramente a la indefensión, por mucho que luego en el proceso declarativo ordinario pueda debatir sobre la relación jurídico-material.

- d) Hay ejemplos manifiestos de la indefensión en que puede colocarse al ejecutado; muchos podrían aducirse, pero resaltaremos uno. Según el artículo 132 de la LH el procedimiento no se suspenderá por la muerte del deudor o del tercer poseedor, con lo que se está admitiendo que el proceso puede continuar sin parte ejecutada.

Es cierto que en el procedimiento del artículo 131 de la LH se está ejercitando una acción real derivada de la hipoteca y que en ella se está asumiendo la ficción de que se ejercita directamente contra los bienes hipotecados (art. 129 de la LH), pero una cosa es que la actividad ejecutiva haya de referirse únicamente al bien hipotecado (y no a otros bienes del patrimonio del deudor) y otra muy distinta que pueda realizarse un proceso de ejecución sin que la parte ejecutada tenga conocimiento del mismo porque la ley así lo dispone expresamente.

Cuando el ejecutado muere no cabe hablar de maniobra dilatoria del mismo, y la más elemental aplicación del principio de contradicción exige que la sucesión producida en la situación material tenga que reflejarse en el proceso, mediante el fenómeno que viene denominándose de sucesión procesal, y que se regula muy rudimentariamente en el artículo 9.7.º de la LEC. Negar la posibilidad de que el heredero se convierta en parte, con los trámites consiguientes a la personación en forma, es la muestra más extrema de indefensión que pueda darse.

Resulta así que la fuerza ejecutiva de la hipoteca es mayor que la de la sentencia firme y que la ausencia de contradicción supone, nada menos, que la ejecución se realice sin considerar verdadera parte al ejecutado, el cual no puede ni personarse en forma ni alegar en torno al proceso mismo. A todo ello hay que añadir que en el proceso declarativo ordinario, simultáneo o posterior podrá debatirse sobre la relación jurídico-material, pero no sobre lo que es propio del proceso de ejecución.

C) ACTIVIDAD EJECUTIVA Y PROCESO DECLARATIVO

La STC 41/1981, de 18 de diciembre, declaró la constitucionalidad del procedimiento ejecutivo judicial del artículo 131 de la LH, estimándolo no opuesto al artículo 24 de la CE, porque la situación procesal del deudor debe contemplarse —decía— desde el «conjunto de las relaciones procesales posibles», y en ese conjunto sí existe contradicción, pues al deudor le queda abierta la posibilidad de un proceso declarativo ordinario en el que discutir las cuestiones de fondo, no produciéndose en el procedimiento hipotecario cosa juzgada. Este argumento podría tener sentido, y no lo discutimos ahora, respecto de la relación jurídico-material, pero no tiene sentido referido al proceso mismo (*vid.* antes núm. 5).

El proceso declarativo simultáneo o posterior al de ejecución es manifiestamente inadecuado para debatir las causas de oposición que se centran en la relación jurídico-procesal que se constituye en el proceso de ejecución. En un proceso declarativo no puede discutirse de lo que es característico de un proceso de ejecución concreto y que está cubierto no por la cosa juzgada, pero sí por la cosa ejecutada. Nos hemos ocupado de este aspecto en «Oposición del ejecutado en la ejecución de sentencias y tutela judicial efectiva», antes citado, pero recordaremos aquí algunos ejemplos.

Si en un proceso de ejecución, como es el hipotecario, concurren o no los presupuestos procesales y se han cumplido o no los requisitos procesales para despachar la ejecución, es algo que debe resolverse en el mismo proceso al que se refieren unos y otros, careciendo de sentido el que después de realizada la ejecución se lleve esa discusión a otro proceso, pues la ejecución quedó o no despachada, y no puede en ese otro proceso declararse que debió o que no debió despacharse.

La determinación de si en un proceso se han observado o no las normas procesales y las procedimentales es algo que debe quedar resuelto en el mismo, incluidos los recursos. En el supuesto de vulneración de un derecho fundamental cabrá acudir al amparo judicial (cuando sea desarrollado) y al amparo constitucional (en los términos del artículo 53.2 de la CE y del artículo 44 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), pero es absurdo discutir en un proceso declarativo si se han observado o no las normas que regulan la subasta de un proceso de ejecución ya terminado.

Cuando se dice que un proceso de ejecución es sumario y que no produce efectos de cosa juzgada, se está incurriendo en un grave error, pues sumariedad y ejecución son incompatibles. Lo que puede ser sumario es lo que se declara, lo que se juzga, no lo que se ejecuta; esto es, puede ser sumario el incidente declarativo que se intercala en un proceso de ejecución, como ocurre de modo típico en el juicio ejecutivo, pero los actos propiamente ejecutivos no pueden ser sumarios y es erróneo referir a ellos

la no producción de cosa juzgada. Esta es exclusiva de lo que se juzga, no de lo que se ejecuta.

Por lo mismo, si en un proceso de ejecución se ha producido la adjudicación de un bien al mejor postor no cabrá luego, en un proceso declarativo posterior, plantear si la ejecución se realizó en virtud de un título no ejecutivo; en ese proceso declarativo podrá debatirse si existía o no el derecho material, pero no la condición de ejecutivo del título. Los actos ejecutivos no producen cosa juzgada material ni son sumarios, pero sí producen cosa ejecutada, y ésta es irreversible.

Así las cosas, la contradicción procesal no existe en el procedimiento judicial sumario, ni aun teniendo en cuenta la posibilidad de un proceso declarativo ordinario; en éste podrá alegarse sobre la relación jurídico-material, pero si en el procedimiento hipotecario de ejecución no puede alegarse sobre el proceso mismo se está colocando al ejecutado en situación de indefensión.

7. EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO EXTRAJUDICIAL

Si la LH regula el anterior procedimiento judicial sumario, la misma, en el artículo 129.II, permite la posibilidad de un denominado «procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria», remitiéndose para el desarrollo de sus trámites al Reglamento Hipotecario, el cual procede a su regulación en los artículos 234 a 236, a los que ha dado nueva redacción el RD 290/1992, de 27 de marzo. No vamos a cuestionarnos aquí problemas de legalidad ni de retroactividad; nos ceñiremos a la constitucionalidad del conjunto del «procedimiento» desde los artículos 117.3 y 24.1 de la CE.

La realización de este «procedimiento se atribuye a los Notarios, y en la Exposición de Motivos del RD 290/1992 se pretende justificar su existencia desde dos perspectivas:

1.^a Por un lado, el aumento de la cartera de créditos con garantía hipotecaria, que se cuadruplicó entre 1982 y 1989, puede significar «una enorme presión sobre la Administración de Justicia», pudiendo ponerse en peligro el dinamismo del sector de la construcción de viviendas, por lo que es preciso «desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial».

2.^a Por otro, la certeza que tienen las relaciones hipotecarias hacen que el dicho desvío del cauce judicial sea plenamente viable sin merma de las debidas garantías del deudor, por cuanto, a la postre, «la ejecución de la hipoteca constituye el ejercicio de un derecho privado —el derecho del acreedor a la enajenación de la cosa hipotecada— que puede efectuarse privadamente cuando así se ha pactado».

Por su parte, la STC 41/1981, de 18 de diciembre, implícitamente asumió la constitucionalidad del «procedimiento» hablando de «ejecución extrajudicial ante Notario» y de que se trata de «una ejecución tan expeditiva como la judicial».

A pesar de todo lo anterior es preciso cuestionarse la constitucionalidad de este denominado procedimiento ejecutivo extrajudicial, teniendo en cuenta lo que suponen los privilegios en la tutela judicial y el principio de exclusividad de la jurisdicción. El privilegio en la tutela judicial alcanza aquí proporciones tan insospechadas que llega al extremo de hacer innecesaria la misma tutela judicial. Se empieza por reconocer condición ejecutiva a un título, de modo que no es precisa la fase previa de declaración del derecho, y se acaba en que la ejecución del título puede llevarse fuera del ámbito judicial.

El principio de exclusividad supone que la potestad jurisdiccional se atribuye únicamente a los Juzgados y Tribunales, de modo que éstos son los únicos que pueden declarar el derecho de modo irrevocable y proceder a su ejecución (art. 117.3 de la CE). Tradicionalmente viene admitiéndose que, tratándose de derecho privado, las partes, en cuanto pueden definir el contenido de una relación jurídico-material, pueden también atribuir esa definición a un tercero nombrado por ellas, sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado. El arbitraje se basa así en la disposición por las partes de las relaciones materiales y es una consecuencia del derecho de esas partes a crear, modificar o extinguir relaciones jurídico-privadas. Por lo mismo, las materias sobre las que las partes no tienen la libre disposición quedan excluidas del arbitraje (art. 1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje).

Ahora bien, si el arbitraje no ha tenido problemas reales de constitucionalidad ha sido porque se ha reducido a la declaración del derecho, excluyéndose siempre del mismo la ejecución. El laudo arbitral puede ser título ejecutivo, pero su ejecución se confía a un órgano judicial (art. 53 de la Ley 36/1988) porque la actividad ejecutiva supone una injerencia coactiva en el señorío jurídico del ejecutado, normalmente en su patrimonio, que comporta una limitación efectiva de derechos; esa injerencia sólo puede atribuirse a un Juez.

Los problemas de constitucionalidad que el arbitraje no ha tenido ha de tenerlos el procedimiento ejecutivo extrajudicial. Aunque el mismo pretenda basarse en el derecho del acreedor a la enajenación de la cosa ejecutada, ese derecho no puede obtener tutela excluyendo a la jurisdicción. Por mucho que se diga que se trata del ejercicio de un derecho privado que, por ello, puede efectuarse privadamente si así se ha pactado, no podrá desconocerse que al final se acaba en una ejecución forzosa realizada por alguien no dotado de potestad jurisdiccional. Lo que el Notario realiza es en su

esencia una actividad jurisdiccional, un proceso, y eso es precisamente lo que no permite el artículo 117.3 de la CE al recoger el principio de exclusividad.

El derecho del acreedor puede consistir en la enajenación de la cosa hipotecada, pero ese derecho sólo puede obtener tutela por medio de un proceso de ejecución; la injerencia coactiva en la esfera jurídica del ejecutado es siempre competencia de un Juez. Cabe que determinadas declaraciones de derechos, respecto de las que no existe controversia, pueda hacerlas un órgano no judicial, y de ahí que, por ejemplo, sea admisible que las declaraciones de herederos abintestato se confíen a los Notarios (art. 979 de la LEC en la redacción de la Ley 10/1992, de 30 de abril), pero no es admisible que la ejecución de lo declarado previamente, o lo de lo que no precisa declaración anterior, se realice por un órgano no judicial.

Aunque se haya pretendido evitar la terminología que podemos considerar jurisdiccional, no siempre ha sido posible. La Exposición de Motivos del RD 290/1992 se refiere a las «ejecuciones hipotecarias» que se sacan del ámbito judicial y a la «ejecución de la hipoteca», y el artículo 129 de la LH alude a «hacer efectiva la acción hipotecaria» por un procedimiento ejecutivo extrajudicial. Todo esto supone que se está realmente ante una verdadera ejecución y que la misma no se atribuye a un órgano judicial. Y todo esto con independencia de que luego en el «procedimiento» el ejecutado quede indefenso, por cuanto no puede ni oponer lo que podría alegar en una ejecución administrativa.

Naturalmente el pacto de las partes o, mejor, la renuncia de una de ellas a la jurisdicción no tiene valor alguno. En este caso del procedimiento extrajudicial sí existe renuncia a la tutela jurisdiccional, y aún a la misma defensa frente a la actividad ejecutiva realizada por el Notario, y esa renuncia no puede convertir en constitucional lo que no lo es.

8. LA EJECUCION DE LA HIPOTECA NAVAL

Atendido lo que disponen los artículos 39 a 51 de la Ley de 21 de agosto de 1893, de Hipoteca Naval, y los artículos 145 a 190 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 (declarados en vigor por la disposición transitoria 6.^a del Reglamento vigente, aprobado por RD 1597/1989, de 29 de diciembre), la ejecución de la hipoteca naval puede realizarse por procedimientos muy diversos. En síntesis:

- a) Casos 1.º (vencimiento del plazo para la devolución del capital) y 2.º (vencimiento del plazo para pago de intereses) del artículo 39 de la LHN:

- 1.º Vía de apremio de la LEC respecto de bienes inmuebles, con embargo (arts. 41 a 43 de la LHN).
- 2.º Procedimiento judicial sumario y procedimiento ejecutivo extrajudicial de la LH y del RH (art. 165 del RRM de 1956).

Naturalmente, siempre será posible acudir al juicio ejecutivo de la LEC, pues siempre se contará con el título ejecutivo del número 1.º del artículo 1.429. De la misma manera podría acudir al juicio declarativo ordinario que corresponda a la cuantía, si bien entonces no se estará ante un proceso de ejecución.

- b) Casos 3.º (quiebra o concurso del deudor), 4.º (inutilización del buque para navegar) y 5.º (enajenación del buque a extranjero) del artículo 39 de la LHN, siempre que se acompañe un documento público que acredite la concurrencia de la circunstancia oportuna, esto es, en 3.º, testimonio de la ejecutoria de la declaración de quiebra o concurso; en 4.º, certificación de la autoridad competente conforme al artículo 578 del CC, y en 5.º, escritura de venta inscrita en el Registro. En estos tres casos la ejecución se realizará por la vía de apremio de la LEC para inmuebles (art. 43 de la LHN).
- c) Casos 3.º, 4.º y 5.º, si no se acompaña el documento público anterior, y casos 6.º (cumplimiento de condición resolutoria) y 7.º (pérdida del buque) del artículo 39 de la LHN: No se puede acudir directamente a la ejecución, siendo preciso declarar primero el derecho por los trámites de los incidentes según la LEC, con lo que ese procedimiento juega aquí como proceso declarativo especial, procediéndose luego a la ejecución de la sentencia por el procedimiento de apremio respecto de bienes inmuebles (art. 44 de la LHN).

De este esquema de procedimientos posibles para la ejecución de la hipoteca naval resulta que el específico es el regulado en los artículos 41 a 43 de la LHN, y a él sólo debemos referirnos a continuación. No es preciso insistir aquí en lo que antes hemos dicho sobre el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH y sobre el procedimiento ejecutivo extrajudicial ante Notario; tampoco merece más atención el supuesto del proceso especial declarativo seguido de la ejecución de la sentencia.

Atendiendo, pues, a lo que la LHN considera ejecución específica de la hipoteca, resumiremos, primero, su esquema procedimental:

- a) Requerimiento de pago al deudor, que puede hacerse judicialmente o por medio de Notario, corredor o intérprete de buque (art. 41 de la LHN).

- b) Si el deudor no paga en el plazo de tres días, «el acreedor podrá reclamar del Juez competente el pago de las cantidades adeudadas y el embargo de la nave o naves hipotecadas», dice el artículo 42 de la LHN; y en él las imprecisiones procesales son manifiestas, pues se trata de una verdadera demanda ejecutiva, a la que hay que acompañar: 1) El documento en que se contrajo el préstamo, inscrito en el Registro Mercantil; 2) El requerimiento de pago, y 3) Los documentos a que antes nos hemos referido si se trata de los casos 3.º, 4.º y 5.º del artículo 39.
- c) «Cerciorado el Juez de la legalidad de la deuda... acordará el embargo y mandará se proceda a la venta del buque o buques hipotecados, por los trámites establecidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil para la vía de apremio respecto a bienes inmuebles» (art. 43.I). La falta de técnica procesal sigue siendo evidente, pues lo que en realidad quiere decirse es que:
 - 1.º El Juez controlará de oficio la concurrencia de los presupuestos y de los requisitos procesales y, en su caso, despachará la ejecución.
 - 2.º Acordará, en el mismo auto, el embargo del buque. No vamos a entrar ahora en si este embargo añade algo a la hipoteca, ni a si debe o no adoptarse la medida de garantía de la traba.
 - 3.º Después continuará la ejecución por los trámites propios de la LEC para la realización forzosa del bien, con la especialidad de que el buque se considera bien inmueble.

No existen en esta ejecución problemas de constitucionalidad, y no los hay porque lo único que dice la LHN es que el documento público de la hipoteca de un buque, inscrito en el Registro Mercantil, se considera título ejecutivo y se procederá a su ejecución por los trámites de la ejecución de sentencias de la LEC. Estamos ante un caso típico de tutela judicial privilegiada consistente en atribuir fuerza ejecutiva a un documento público, pero esa fuerza ejecutiva no es mayor que la de la sentencia firme. La remisión que la LHN hace a la LEC es completa y lo dicho para ésta sobre la oposición a la ejecución tiene que valer para aquélla.

9. LIMITES DE LA TUTELA EJECUTIVA PRIVILEGIADA

En 1360 el rey Pedro I dio a la ciudad de Sevilla un Ordenamiento sobre Administración de Justicia en el que atribuía a las escrituras públicas fuerza ejecutiva. Con ello puso en marcha, a nivel legal y en nuestro país, las tutelas judiciales privilegiadas consistentes en poder acudir al proceso de ejecución sin pasar antes por el proceso de declaración. Desde entonces se ha producido una evolución muy compleja, tanto como se corresponde con más de seis siglos de vida colectiva de un pueblo, en la que lo jurídico es un componente más. Lo que llama la atención en esa evolución no es uno u otro de los pasos dados, sino el final de la misma, por el momento.

En aquel inicio de 1360 se partía de la consideración de que ciertos actos de las partes de la relación jurídico-material, documentados con una serie de garantías, podían tener una fuerza muy parecida a la de la sentencia, hasta el extremo de que los documentos y las sentencias se equipararon y a los dos se les consideró títulos ejecutivos. En este final de la evolución ha resultado que algunos documentos, en atención siempre a sus garantías formales, tienen una fuerza ejecutiva mayor que la de las sentencias firmes. Aunque hoy estemos acostumbrados a esta situación, no puede negarse que es paradójica ni que es conveniente replantearse si la misma se adecua a los principios constitucionales que conforman el proceso como medio para otorgar la tutela judicial efectiva que promete el artículo 24 de la CE.

La perspectiva del replanteamiento no puede ser otra que la constitucional, y desde ella cabe estimar admisible que:

1.º El legislador atribuya a determinados documentos, en atención a las garantías formales de los mismos, fuerza ejecutiva, a pesar de que ello comporta alterar el esquema normal de primero declarar y luego ejecutar el derecho. Se configura así una tutela judicial especialmente privilegiada pero no opuesta al artículo 14 de la CE, en cuanto el privilegio toma en cuenta sólo las garantías de los documentos.

2.º La fuerza ejecutiva atribuida a esos documentos puede ser igual a la de las sentencias firmes; por un lado, va la eficacia de cosa juzgada, propia de las sentencias, y por otro, la fuerza ejecutiva de los títulos, que puede ser la misma para la sentencia y para algunos documentos. Cosa juzgada y ejecutabilidad no es lo mismo.

3.º De entre todo lo que teóricamente podría alegar el ejecutado contra los documentos con fuerza ejecutiva, atendiendo a la relación jurídico-material, el legislador puede efectuar una distinción entre alegaciones oponibles en la ejecución misma y alegaciones que han de reservarse para un

proceso declarativo posterior. Más aún: el legislador puede intercalar un incidente declarativo sumario en el proceso de ejecución por el que se ejecutan los documentos, consistiendo la sumariedad en limitar las alegaciones, el objeto de la prueba, los medios de prueba y el plazo para probar, con lo que al ser la cognición judicial limitada ha de ser posible un proceso plenario posterior en el que se debata con toda amplitud la existencia y contenido de la relación jurídico-material.

La determinación de lo que es oponible por el ejecutado, en el incidente declarativo intercalado en el proceso de ejecución, puede quedar a la discrecionalidad política del legislador, pero éste no podrá desvirtuar lo que es un incidente sumario a base de reducir tanto lo alegable en el mismo que se llegara al extremo de que en él no pudiera oponerse lo que sí cabe alegar en la oposición a la ejecución de las sentencias firmes.

4.º En cualquier caso el ejecutado ha de poder alegar en el proceso de ejecución mismo todo lo relativo a la válida constitución de la relación jurídico-procesal y a su legal desarrollo; para un proceso declarativo posterior no puede dejarse lo que se refiere a la misma existencia y regularidad del proceso de ejecución en su conjunto y de los actos ejecutivos concretos que lo componen.

La tutela judicial privilegiada consistente en atribuir fuerza ejecutiva a ciertos documentos no puede significar que esa fuerza supere a la de las sentencias firmes. Como hemos dicho cosa juzgada no es lo mismo que ejecutabilidad, pero sería un absurdo inadmisibles que un documento, plasmación de un acto jurídico realizado por las partes, tuviera más fuerza que la declaración de existencia y contenido de una relación jurídico-material efectuada judicialmente y después de un proceso de declaración. Debe ser inadmisibles que:

1.º El legislador niegue al ejecutado toda posibilidad de oposición relativa a la relación jurídico-material, pretendiendo que cualquier reclamación relativa a ésta tenga que realizarse en un proceso declarativo posterior a la ejecución. Si se hiciese esto el documento tendría mayor fuerza ejecutiva que la sentencia firme, con lo que la tutela privilegiada se habría llevado a límites incompatibles con la función jurisdiccional. La tutela privilegiada puede consistir en equiparar el documento a la sentencia en lo relativo a la fuerza ejecutiva, pero si la fuerza de aquél sobrepasa a la de ésta el privilegio en la tutela judicial estaría atentando a la esencia de la función jurisdiccional, por cuanto se estaría convirtiendo la potestad de ejecutar el derecho en algo automático.

2.º La ejecución se realice por medio de un mecanismo en el que el ejecutado no pueda poner de manifiesto los defectos en la constitución de

la relación jurídico-procesal de ejecución, pues entonces se le estaría colocando en situación de clara indefensión. Al Juez puede conferírsele la facultad de controlar de oficio todo lo que se refiere al proceso mismo, pero si el ejecutado no puede hacer que el control se realice a su instancia ni siquiera podría hablarse de un verdadero proceso, pues en el «procedimiento» el ejecutado no sería parte.

JUAN MONTERO AROCA
Catedrático de Derecho Procesal
en la Universidad de Valencia.
Magistrado del Tribunal Superior de Justicia
de la Comunidad Valenciana

La multipropiedad: su problemática ante el Registro de la Propiedad

SUMARIO I. OCASION Y PROPOSITO.—II. LA MULTIPROPIEDAD: CONSIDERACIONES PREVIAS AL PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA REGISTRAL: 1. DESCRIPCIÓN DE SU CONTENIDO. 2. SUS DISTINTAS FORMAS. 3. SU CONFIGURACIÓN Y RÉGIMEN COMO COMUNIDAD FUNCIONAL: 3.1. *La multipropiedad como comunidad funcional*. 3.2. *La multipropiedad como comunidad sin acción de división*. 3.3. *La multipropiedad como comunidad sin retracto legal de comuneros* —4. SU CONSTITUCIÓN Y REGULACIÓN: 4.1. *El título constitutivo*. 4.2. *Los estatutos*. 4.3. *Supuestos estipulatorios concretos*. 4.3.A) Pacto de destino. 4.3.B) Cláusula penal. 4.3.C) Pacto para modificación del calendario. 4.3.D) Pacto de acción de desahucio por precario.—III. LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA MULTIPROPIEDAD: ASPECTOS SUSTANTIVOS: 1. SU ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 1.1. *La admisión de la multipropiedad dentro del sistema de «numerus apertus» de derechos reales*. 1.2. *Su ingreso en el Registro de la Propiedad*.—2. NATURALEZA Y CARACTERES DE SU INSCRIPCIÓN REGISTRAL. 3. LA SOLICITUD DE SU INSCRIPCIÓN REGISTRAL. 4. OBJETO DE PUBLICIDAD REGISTRAL: 4.1. *Las exigencias de determinación jurídica y de viabilidad económica*. 4.2. *Objeto de publicidad registral*: 4.2.A) El inmueble y su mobiliario. 4.2.B) Los derechos constituidos (cuota-turno) sobre el inmueble (o sobre sus partes). 4.2.C) El estatuto de su ejercicio.—4.3. *En especial, Pactos de trascendencia real*.—IV. ASPECTOS ORGANIZATIVOS DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA MULTIPROPIEDAD: 1. ¿FOLIO ÚNICO O PLURALIDAD DE FOLIOS?

I. OCASION Y PROPOSITO

Hace tan sólo unos treinta años, y como prueba de la continuidad creadora del ingenio humano, surgió una nueva figura jurídica, polémica en su propio origen (1) y denominación (2), que desde sus comienzos dio lugar a problemas teóricos y prácticos, habiéndose convertido, en ocasiones, en objeto de abusos y de fraudes. Dicha figura es la comúnmente llamada multipropiedad. Los problemas que provoca, favorecidos en nuestro Derecho por la ausencia de una normativa jurídico-positiva que la regule, obedecen a la alternatividad de su naturaleza jurídica, a la diversidad de su fundamento (3) y a las peculiaridades (temporalidad y relación cuota-turno) que la caracterizan. Todo en torno a la multipropiedad es hoy, entre nosotros, objeto de un importante debate doctrinal.

Sin embargo, recientemente, nuestra Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 4 de marzo de 1993, emitió un pronunciamiento sobre la multipropiedad, haciendo referencia expresa a cuestiones materiales o sustantivas y registrales, referidas ambas a su constancia en el Registro de la Propiedad.

(1) ORTEGA MARTÍNEZ: *La multipropiedad vacacional. El impacto en el sector turístico inmobiliario español*, Madrid, 1991, págs. 10-11. y MUNAR BERNAT: *Regímenes jurídicos de multipropiedad en Derecho Comparado*, Madrid, 1991, pág. 19, explican que para unos el origen es francés, y para otros suizo, coincidiendo ambos en la década de los setenta.

(2) La denominación de esta nueva figura jurídica presenta un diverso abanico de posibilidades terminológicas, cuya razón de ser estriba en su carácter internacional y en la falta de consenso en la doctrina científica y en la propia praxis económica. Destaca al respecto el término de «time-sharing» en los países pertenecientes al sistema jurídico anglosajón o del Common Law, y la denominación de «multipropiedad» en los países pertenecientes a la familia jurídica continental o del Civil Law, a la cual atenderemos.

(3) O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Promoción y adquisición de viviendas en régimen de multipropiedad («Time-sharing»)*. *Regulación legal y Derecho Comparado*, Madrid, 1987, pág. 35, y BARÓ BALLBE: «La multipropiedad», *Cuadernos jurídicos*, 1992 (octubre), pág. 26, encuentran su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad y en el derecho de propiedad privada. RODRÍGUEZ PÉREZ y DÍAZ-FLORES CALERO: *La multipropiedad «Time-sharing»*, 1992, págs. 21-22; HERRERO GARCÍA: *La multipropiedad*, Madrid, 1989, págs. 45 y sigs., hacen referencia a la satisfacción de intereses sociales como la función social de la propiedad privada (art. 33 CE), la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE), el derecho a unas vacaciones periódicas retribuidas (art. 40.2 CE) y el derecho a la calidad de vida (art. 50 CE) ORTEGA MARTÍNEZ: *Op. cit.*, págs. 14-18, y CALLIANO, voz «Multiproprietà», en *NDI*, Apéndice MIN-PROC, Milán, 1984, hacen minuciosa reflexión sobre la satisfacción de intereses económicos para el promotor, el adquirente-multipropietario y para la Administración Tributaria. E hilando excesivamente fino, HERRERO GARCÍA: *Ob. cit.*, arguye el propio derecho a la vivienda predicable de todo ciudadano (*ex art. 47 CE*), cuando difícilmente un derecho temporal o periódico, como el de la multipropiedad, pueda servir a un derecho continuo como es la vivienda

que como titular registral conserva la propiedad íntegra y completa del inmueble (11).

En cuanto a su regulación, con independencia del modelo obligacional-societario propio de los países pertenecientes al sistema jurídico anglosajón, y a pesar de las proporciones y dictámenes europeos (de 1992 y de 1994) (12), la normativa es escasa. Únicamente existe legislación sobre multipropiedad en Portugal (Decretos-Leyes núms. 335 y 368 de 1981 y 1983 respectivamente), Francia (Ley 86/18, de 6 de enero de 1986) y Grecia (Ley núm. 1.652, de 30 de octubre de 1986). En España la ausencia es casi total (13), existiendo normativa autonómica (14) de carácter reglamentario y un pronunciamiento judicial (Sentencia de 14 de marzo de 1989 de la Audiencia Provincial de Madrid), nada aportadores en el tema registral. El único apoyo, pues, es la ya citada resolución de la DGRN; de ahí la conveniencia de comentarla reflexionando sobre las condiciones y forma de acceso de la multipropiedad al Registro de la Propiedad, cuya solución habrá de buscarse en los principios básicos del Derecho de cosas y del sistema de la publicidad inmobiliaria, utilizando también una serie de Borradores de anteproyectos legales realizados hasta la fecha (15), aunque

(11) En su configuración obligacional (societaria o accionaria), ante la falta de previsión, expresa o directa, tácita o por analogía, a supuestos de inscripción, anotación o referencia, de derechos personales, en nuestra legislación hipotecaria, carece de acceso al Registro de la Propiedad, pues supone la existencia de una única titularidad real sobre el inmueble que corresponde a la sociedad que consta que lleva como titular registral de su derecho de propiedad sobre el inmueble. Según LEYVA DE LEYVA: *Op. cit.*, pág. 93. «la naturaleza del socio multipropietario hace que no sea inscribible en el Registro de la Propiedad. El derecho del socio es un derecho personal de disfrute. El poder del socio es mediató y relativo: entre él y el inmueble se interpone la sociedad titular del patrimonio social, y en consecuencia titular registral del inmueble en régimen de multipropiedad, y el socio no podrá inscribir su derecho por carecer de eficacia real». No obstante, en su configuración como derecho arrendaticio cabría pensar en su ingreso registral por aplicación analógica del artículo 2.5 LH tras su nueva redacción, según disposición adicional 2.ª de la Ley de 24 de noviembre de 1994 de Arrendamientos Urbanos.

(12) Destaca sobre el Derecho Comunitario la explicación de su evolución, en cinco fases, realizada por O'CALLAGHAN MUÑOZ: «De nuevo sobre la multipropiedad», en AC. núm. 1, págs. 6-8.

(13) MUNAR BERNAT en su comentario a la Resolución de la DGRN de 4 de marzo de 1993, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 32, 1993, pág. 504, afirma que la situación de nuestro Derecho sobre multipropiedad se caracteriza por la «ausencia de normativa y de pronunciamientos jurisdiccionales».

(14) Son la Orden de la Consejería de Turismo y Transportes de la Comunidad Autónoma de las islas Canarias de 25 de agosto de 1989, y la Orden número 1843 de la Consejería de Turismo de la Comunidad Autónoma de las islas Baleares de 15 de enero de 1990.

(15) Son los Borradores del Anteproyecto de Ley sobre multipropiedad de febrero de 1988, elaborado por la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, B-88); el Borrador de Anteproyecto de Ley sobre Conjuntos Inmobiliarios de

únicamente servirán como criterios indicadores de lo que podría ser una futura regulación específica y uniforme, muy deseable en tanto que aportaría seguridad jurídica a esta situación de incertidumbre.

En el estudio de la problemática registral que nos proponemos será necesario previamente asentar una serie de premisas y bases relativas a la configuración real y comunitaria de la multipropiedad como comunidad funcional, sin acción de división ni retracto legal de comuneros, y cuestiones como su constitución, formas, régimen y contenido (facultades y deberes), para posteriormente, y desde estas consideraciones previas, abordar de forma precisa su publicidad registral analizando los aspectos sustantivos y organizativos de esta constatación registral.

Como cuestiones de fondo, materiales o sustantivas, sobre la necesidad y exigencia de su configuración real, apremian problemas como el de su tipicidad o atipicidad, esto es: si se trata de un supuesto especial o atípico, admitido dentro del sistema de *numerus apertus* de los derechos reales, respetando sus límites, o si es encuadrable en una figura común, positivamente tipificada; la propia trascendencia real y oponibilidad frente a terceros de la multipropiedad y de sus pactos, si se obtiene únicamente con su inscripción registral o por su misma esencia real; las condiciones y requisitos para su ingreso en el Registro de la Propiedad; la naturaleza y caracteres de dicha inscripción (voluntaria/obligatoria, declarativa/constitutiva); la posibilidad, o no, de inscripción total del régimen jurídico multipropietario contenido en su título constitutivo y en sus estatutos en su caso, con todos sus pactos y cláusulas, con independencia de la trascendencia, real o personal, de los mismos; y el objeto de la inscripción registral.

Por último, el aspecto organizativo, la forma, técnica o sistema de registración, planteándose la oportunidad de que el sistema de folio real único (art. 243 LH y otros), consagrado como principio general en nuestra legislación hipotecaria, pueda adaptarse en la multipropiedad aplicando la técnica de pluralidad de folios, como está ya prevista, por ejemplo, para la propiedad horizontal (arts. 7 y 8 LH).

En el estudio de toda esta problemática debemos tomar como punto de partida la oportunidad, aunque no obligatoriedad, de la inscripción registral

20 de octubre de 1989 (en adelante, B-89); el Borrador de Anteproyecto de Ley sobre Conjuntos Inmobiliarios regulador de los complejos urbanos, de la propiedad horizontal y de la multipropiedad, de 18 de diciembre de 1991, elaborado por el Ministerio de Justicia (en adelante, B-91); el Borrador de Anteproyecto de Ley de Tiempo Compartido de enero de 1992, redactado por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (en adelante, B-92), y el último Borrador, por el momento, de Anteproyecto de Ley sobre aprovechamientos por turnos de bienes inmuebles de 6 de septiembre de 1994, elaborado por el Ministerio de Justicia e Interior, en colaboración con el Ministerio de Comercio y Turismo (en adelante, B-94).

de la multipropiedad, figura que por su nebulosidad en la variabilidad de contenidos posibles en base a la nula tipicidad legal y a la escasa tipicidad social plantea problemas de oscuridad o indeterminación abusiva en sus estatutos y que la convierten en una figura peligrosa.

En lo obligacional, la protección del multipropietario como adquirente y consumidor, frente al promotor y frente a terceros, puede resolverse, como así se hace en los países anglosajones, mediante un sistema de seguro, en general, y un seguro del título, en particular, a través de la intervención de sociedades aseguradoras.

En lo jurídico-real, dicha problemática, constituida por las posibles prácticas abusivas y fraudulentas, la necesidad de tutela del multipropietario, la seguridad jurídica (16) y las peculiaridades de la nueva figura (como la temporalidad del goce que supone un tiempo sin el uso del bien) puede ser resuelta mediante la documentación fehaciente de la multipropiedad y su publicación en el Registro de la Propiedad (17). De ahí la conveniencia de inscripción registral de la multipropiedad, pues con la publicidad que nuestro Registro Inmobiliario proporciona, en cuanto instrumento de garantía y seguridad (18), se protege y asegura la plena eficacia jurídico-real del derecho de multipropiedad, respecto de su titular y de terceros (19), en orden a las ventajas y efectos generales, tanto defensivos (principio de legitimación registral, art. 38 LH) como ofensivos (principio de fe pública registral, art. 34 LH, y de oponibilidad frente a terceros, art. 32 LH) (20)

(16) Para el concepto y proyecciones de la seguridad jurídica es recomendable la obra de PÉREZ LUÑO: *La seguridad jurídica*. Ed. Ariel, Madrid, 1992.

(17) LEYVA DE LEYVA: *Op. cit.*, pág. 93, afirma que: «En el caso de la multipropiedad la conveniencia de acogerse a la protección registral se acentúa tanto por su naturaleza jurídica imprecisa como por la falta de regulación por el Derecho positivo». MUNAR BERNAT: *Op. cit.*, pág. 20, reconoce «los graves problemas que esta institución novedosa plantea, sobre todo desde la perspectiva de la necesaria protección y salvaguarda del adquirente de un derecho de multipropiedad que, quizá por la novedad de la figura y la falta de reglamentación de la misma, puede ser objeto de engaños y estafas».

(18) HERRERO GARCÍA. *Op. cit.*, pág. 61. y ROCA GUILLAMÓN: *Op. cit.*, pág. 340, mencionan esta necesidad de seguridad y estabilidad.

(19) En Italia, ALPA: *La multiproprietà: aspetti giuridici della proprietà turnaria e della proprietà turistico-alberghiera*. Bolonia, 1989, habla de la necesidad «della transcrivibilità sui registri immobiliari, per rafforzare al tempo stesso la garanzia del titolare e la garanzia dei terzi».

(20) Destacan este aspecto de la oponibilidad de lo inscrito frente a terceros y de la exigencia de conocimiento, PETRONE: *Multiproprietà. Individuazione dell'oggetto e schemi reali tipici (Profili sostanziali e criteri di qualificazione giuridica)*. Milán, 1985, pág. 103, para quien «il significato pratico della utilizzazione dello strumento della iscrizione rimane sempre quello secondo cui le situazioni giuridiche obbligatorie relative... in virtù della iscrizione diventano conoscibili e opponibili a tutti successivi acquirenti». Por su parte, RIGHETTI, STAWSKY y VILLANUESTRE NANO: «Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad o propiedad a tiempo compartido», en *RDN*,

que nuestro Registro proporciona. Esta idoneidad de la publicidad registral (21) para hacer frente a los problemas que pueden generarse en la multipropiedad ha sido ya advertida en diversos Congresos Internacionales de Derecho Registral (22) y expresada en la Exposición de Motivos del Borrador de anteproyecto legal de 1988 (23). Advertir, no obstante, que el Registro de la Propiedad no podrá dar completa solución a toda la problemática que la multipropiedad presenta, como, por ejemplo, en sus aspectos urbanísticos (24).

1987, núm. 135, pág. 382, afirman que los títulos constitutivos de los regímenes jurídicos multipropietarios «deberán ser registrados a los fines de publicidad y oposición frente a terceros en oficinas públicas —Registros Públicos— existentes o creados al efecto».

(21) GARCÍA GARCÍA. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo I, Civitas, Madrid, 1988, pág. 41, la define como «la exteriorización continuada y organizada de situaciones jurídicas de trascendencia real para producir cognoscibilidad general *erga omnes* y con ciertos efectos jurídicos sustantivos sobre la situación publicada», y que tiene como fines primordiales la seguridad jurídica de los derechos y del tráfico jurídico de bienes inmuebles, el fomento del crédito territorial y personal, la prevención de la usura, el fraude y la estafa, siempre con carácter preventivo o cautelar, en prevención a posibles conflictos de intereses.

(22) El V Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Roma en 1982, sobre publicidad de los conjuntos inmobiliarios afirma en su conclusión séptima, conforme a los principios de legalidad y de especialidad, que «el Registro de la Propiedad es el medio idóneo de conferir seguridad jurídica al desenvolvimiento de los conjuntos inmobiliarios, pues por sus fines, organización y consolidación institucional se ofrece como el instrumento eficaz e insustituible que da respuesta a las nuevas formas de titularidades sobre inmuebles en la sociedad contemporánea»; añadiendo posteriormente en su conclusión novena que dicho «Registro inmobiliario facilitará la solución de las complejas relaciones entre los partícipes del conjunto y dará certeza a los terceros del contenido de sus determinaciones, contribuyendo así a la mejora de sus relaciones comunitarias y, en definitiva, a una mayor paz social» (tomado de GARCÍA GARCÍA: *Op. cit.*, pág. 514). Así lo ratifica el VII Congreso Internacional de Derecho Registral de Río de Janeiro de 1987 sobre registración de la multipropiedad, en cuya conclusión novena se estima que «la institución idónea para reflejar el régimen jurídico de multipropiedad, los derechos de los titulares y la garantía de los terceros es el Registro inmobiliario como instrumento de publicidad» (tomado de GARCÍA GARCÍA: *Op. cit.*, págs. 526-527).

(23) En ella se dice que «el texto elaborado establece un marco que proporciona al adquirente una completa seguridad jurídica: le garantiza que adquiere su dominio de persona legitimada y con los requisitos precisos para ser mantenido en el derecho adquirido frente a terceros. Certeza, garantía y estabilidad son las premisas del sistema inmobiliario que se dibuja en el texto, apoyado en la escritura pública y en el Registro de la Propiedad».

(24) RIVERO HERNÁNDEZ y DE PABLO CONTRERAS: *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad Ponencias y proyectos de Ley sobre conjuntos inmobiliarios*, por la Asociación de Profesores de Derecho civil, con Prólogo de ALBALADEJO GARCÍA, Barcelona, 1993, págs. 114-116, se denuncia esa insuficiencia en cuanto a datos urbanísticos fiscales, etc., proponiendo una dinamización y agilización del Registro de la Propiedad, no tanto de los folios y libros registrales, sino de la Oficina registral, sugiriendo en tal sentido el apoyo que proporciona la informática.

Por todas estas dificultades señaladas, es conveniente la indagación, labor ciertamente ardua, sobre la multipropiedad y su acceso al Registro de la Propiedad.

II. LA MULTIPROPIEDAD: CONSIDERACIONES PREVIAS AL PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA REGISTRAL

I. DESCRIPCIÓN DE SU CONTENIDO

En la doctrina italiana y española existen muy diversas definiciones sobre la multipropiedad (25); teniendo a la vista su conjunto, y con una intención descriptiva y aproximativa, podemos considerar a esta nueva institución jurídica, en su configuración real y comunitaria, como un derecho subjetivo patrimonial y de naturaleza real, consistente en el uso, goce y disfrute de un bien (inmueble o incluso mueble) por diversos titulares de forma periódica y sucesiva, no simultánea, según turnos, tandas o períodos de tiempo fijados (unilateral o plurilateralmente) que les han sido asignados a dichos sujetos, multipropietarios, en la cuota de la que son titulares.

Es un derecho cuyo objeto directo e inmediato es un bien económico y corporal, mueble o inmueble, concreto, determinado, individualizado e inconsumible, y cuyo contenido viene integrado, desde una perspectiva activa, por las facultades de aprovechamiento directo e inmediato (limitada al período de tiempo adquirido), de persecución y de disposición (posibilidad de transmisión y de gravamen del bien —los comuneros en conjunto—, y del derecho a cuota —cada copropietario—) y, desde una óptica pasiva, por una serie de límites y deberes en el uso del local en la administración del conjunto y en la contribución a los gastos comunes.

Con independencia del posible contenido, que se analizará posteriormente en el estudio del régimen jurídico de la multipropiedad, sí debemos

(25) En la doctrina italiana cabe destacar, entre otras, la concepción de ALPA: *Op cit.*, pág. 1, para quien la multipropiedad «consiste appunto nella titolarità comune di un diritto di proprietà (e singoli titolari i modi e le forme nelle quali esercitare il loro diritto, autolimitando i contenuti... e i tempi di esercizio». En la doctrina española cabe mencionar, sin desmerecer a los no citados, las definiciones de MUNAR BERNAT: *Op cit.*, para quien se trata de «una nueva forma de acceso a la vivienda que otorga un derecho a ocuparla durante un número de días al año de forma perpetua o temporal», O'CALLAGHAN MUÑOZ: «La multipropiedad: su acceso al Registro de la Propiedad», en *AD*, 1993, núm. 36, pág. 1, que la define como «el derecho a utilizar por varios titulares el mismo alojamiento durante un tiempo determinado actual»; o LEYVA DE LEYVA: *Op cit.*, pág. 33, que la concibe como «derecho de naturaleza variable al uso y disfrute pleno y exclusivo de un bien inconsumible durante un número de días al año, de duración perpetua o temporal y carácter transmisible».

destacar que su primer rasgo esencial, prueba de su especialidad y su atipicidad, es la *temporalidad del ejercicio*, la limitación temporal, la división o distribución en el tiempo, mediante períodos, turnos o tandas, de la facultad material de aprovechamiento de uso, goce y disfrute del bien objeto del derecho. Con ello se restringe temporalmente el ejercicio, no la titularidad, del derecho de cada multipropietario a un determinado lapso de tiempo, preestablecido unilateralmente (por el promotor) o multilateralmente (entre promotor y multipropietarios o entre éstos mismos). Este *usus ad tempus* del que habla LEYVA DE LEYVA (26) encuentra su fundamento en la posibilidad de división jurídica, no material, entre diversos sujetos del derecho de uso y goce de un mismo bien en el tiempo, no en el espacio, y en la posibilidad de configuración del uso, desde su continuidad, como temporal y periódico, no como permanente (27), y como sucesivo, no simultáneo, estableciéndose en períodos de tiempo. Esta «temporalità del godimento» (28) o «ripartizione nel tempo della titolarità del diritto» (29) es el rasgo primordial configurador de la multipropiedad (30), que debe servir como punto de partida en todo estudio sobre esta figura jurídica, abandonando concepciones materialistas que impidan concebir otro modo de división que no sea estricta y puramente material o físico (31).

Nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de marzo de 1965 admite la posibilidad, conforme a Derecho, del establecimiento de un sistema de turnos al declarar: «Que con el régimen de copropiedad, tal y como está regulada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, es perfectamente compatible la delimitación en momentos cronológicos diferentes del uso y aprovechamiento de la cosa común, que, por otra parte, en algunos supuestos es absolutamente indispensable para poder permitir la convivencia de varios derechos iguales en cuanto a calidad, aunque puedan diferir en la proporción cuantitativa, sobre un mismo objeto, delimitación que tiene que hacerse por pacto ajustado al régimen mayoritario del artículo 398 del CC ajustado al triple límite contenido con carácter general en el artículo 394 del propio Código —destino de la cosa, interés de la comunidad y derecho de los demás copartícipes— y que puede presentar diversas moda-

(26) LEYVA DE LEYVA: «Nueva reseña sobre multipropiedad y multiarrendamiento», en *RGLJ*, 1988, núm. 3, págs. 362 y sigs., y en *op. cit.*, págs. 79-80.

(27) Apuntado por Registro de la Propiedad, ARNAIZ EGUREN: *Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad*. Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1993, pág. 30.

(28) ALPA: *Op. cit.*, pág. 25.

(29) CALLIANO: *Op. cit.*, pág. 161.

(30) DE CUPIS: «Multiproprietà e comproprietà», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1984, pág. 1025, afirma que la «essenza tipica e costante è la turnarietà del godimento spettante a più soggetti su una medesima unità immobiliare».

(31) CALO y CORDA: *Op. cit.*, pág. 108.

lidades, una de las cuales, que ha sido precisamente la utilizada en el presente caso, es la conocida con el nombre de «sistema de turnos», que ya fue indicado por ULPIANO, recogido después por el Código General de Prusia y admitida unánimemente en la práctica moderna con múltiples variantes que los copropietarios quieran establecer al amparo de la permisión contenida en los artículos 392 y 398, siempre que no vulneren el límite legal antes señalado».

A dicho turno corresponde proporcionalmente, de forma cuantitativa (según mayor o menor tanda) o cualitativa (según mejor o peor tiempo) y de modo correlativo, una cuota, surgiendo como segunda peculiaridad de la multipropiedad la *relación cuota-turno*. Dicho binomio, cuota y período de tiempo, comunidad y turno, se encuentran en una relación íntima, directa e inmediata, en una vinculación institucional, conformando de este modo una unidad funcional y estructural, no meramente instrumental como sucede con el pacto de uso temporal en la comunidad ordinaria. Dicha cuota y turno, como objeto y contenido del derecho mismo, puede ser transmitido y quedar gravado, y consecuencia de la vinculación es el hecho de que la transmisión o enajenación por parte de un multipropietario de su derecho supone la transmisión de su cuota y de su turno o el hecho mismo de que en la multipropiedad no cabe la modificación o variación de los períodos de uso asignados a cada cuota si no es por acuerdo unánime de todos y cada uno de los multipropietarios.

En definitiva, la principal seguridad de la multipropiedad en su contenido es la predeterminación del uso por turnos (32), la temporalidad y periodicidad del goce de la cosa, existiendo una cotitularidad simultánea aunque de ejercicio sucesivo en la que la individualización temporal del objeto periódico y común viene a romper el molde de la tradicional concepción de la propiedad en general, individual y colectiva como derecho real, continuo y perpetuo, no temporal. Se erige, pues, el factor tiempo como parámetro no simplemente objetivo, sino jurídico, definidor del derecho, de su contenido y ejercicio, originando una vinculación entre cuota y turno no como simple limitación del goce, sino como dato esencial, básico e indefectible, que implica la exclusión de cualquier otro sistema (33).

(32) BARÓ BALLBÉ: *Op. cit.*, pág. 27, dice que «la multipropiedad es una figura dentro del campo de la propiedad, ya que introduce el factor tiempo como condicionante directo de la propia existencia de tal derecho».

(33) SEISDEDOS MUIÑO. *Op. cit.* pág. 438, basándose en PAU PEDRÓN, asienta que la esencia de la multipropiedad «radica en la institucionalización del reparto del goce en el tiempo, en la existencia de una vinculación institucional entre el turno y la comunidad o, lo que es igual, entre el período y la cuota: en la multipropiedad el uso por turnos constituye un elemento estructural y tiene, por ello, naturaleza real, mientras que en la comunidad ordinaria con simple pacto de uso por turnos aquella vinculación es meramente instrumental y la división del uso produce sólo efectos obligacionales».

2. SUS DISTINTAS FORMAS

La multipropiedad, como supuesto de copropiedad, puede presentar en la práctica distintas formas, siendo su trascendencia registral —requisitos para su ingreso, objeto de publicidad, técnica de registración— innegable.

Según el *objeto*, cabe distinguir entre multipropiedad inmobiliaria sobre bienes inmuebles y multipropiedad mobiliaria sobre bienes muebles. A efectos de su acceso al Registro de la Propiedad, ante el vacío legal especial sobre multipropiedad y siendo el Registro de la Propiedad instrumento de publicidad inmobiliaria (arts. 605 CC y 1.1 LH) (salvo supuestos especiales, excepcionales, legalmente tasados en los que no entra la multipropiedad mobiliaria), se deduce que únicamente tendrá acceso registral la multipropiedad inmobiliaria, ingresando exclusivamente los bienes muebles que sean parte integrante del bien inmueble objeto de multipropiedad y afectos a su destino, pero en ningún caso considerados aislada e individualmente (34).

Según su *funcionamiento* (35), trascendente como objeto de publicidad registral, es posible hacer una triple distinción entre la multipropiedad por períodos determinados, estructurada, en el tiempo y en el espacio, por turnos fijos (sucesivos o separados); la multipropiedad rotativa, donde el tiempo o turno se organiza en rotación normalmente anual, y la multipropiedad permutable o fungible, siendo posible el intercambio temporal (del período), espacial (del bien) o espacio-temporal.

Según el *fin o destino*, cabe que la multipropiedad tenga un uso estrictamente vacacional, un uso comercial o empresarial, residencial, o una combinación de los mismos, siendo dicho pacto de destino una de las cuestiones más debatidas en cuanto a su validez y eficacia (legalidad) y en cuanto a su inscripción registral (36).

Por último, y de vital importancia a efectos de técnica de registración, la multipropiedad puede presentar diversas formas según la *configuración* del complejo inmobiliario, tipología ya prevista en la Exposición de Motivos del Borrador de 1988 (37). En atención al inmueble cabe distinguir entre multipropiedad simple y compleja. Es siempre aquel supuesto de multipropiedad que tiene por objeto un bien inmueble aislado e independiente, como, por ejemplo, un chalé, una villa, una vivienda unifamiliar o

(34) Nos remitimos a su estudio en un momento posterior.

(35) BARÓ BALLBÉ: *Op. cit.*, pág. 28.

(36) Cuyo estudio y solución serán realizados en un posterior lugar

(37) Se dice que «el objeto de la multipropiedad puede ser simple, constituido por una vivienda única y aislada, pero lo normal es que la multipropiedad se refiera a una pluralidad de viviendas integradas en una propiedad horizontal, ordinaria o tumbada, constituida o susceptible de serlo, o en un conjunto urbanístico por tener como anejo inseparable una cuota en los elementos o servicios comunes sitos en otra finca»

un piso separado. Y es compleja cuando este derecho tiene por objeto un inmueble incardinado dentro de un régimen de propiedad horizontal, ya vertical (dentro de un edificio), ya tumbada (dentro de una urbanización privada) (38). Dentro de la multipropiedad compleja existen numerosos supuestos: la multipropiedad de un inmueble (apartamento, piso o local) dentro de un edificio en régimen de propiedad horizontal, pudiendo estar, a la vez o separadamente (para chalets y villas), inmersa en una urbanización privada; el edificio en sí mismo y por entero, con todos sus pisos o locales, en régimen de propiedad, y/o que dicho edificio se encuentre dentro de un régimen jurídico inmobiliario superior. Esta posible y diversa configuración inmobiliaria de la multipropiedad tiene especial incidencia en el aspecto organizativo del Registro de la Propiedad, en la forma más adecuada de registración, que oscilará, según cada caso, entre el sistema de unidad de folio registral y el sistema de pluralidad de folios reales.

3. SU CONFIGURACIÓN Y RÉGIMEN COMO COMUNIDAD FUNCIONAL

3.1. *La multipropiedad como comunidad funcional*

Dentro de la caracterización jurídico-real de esta figura. ¿cuál ha de ser su configuración real en concreto? Ante la ausencia de regulación sobre multipropiedad y en virtud del principio de autonomía de la voluntad y del sistema de *numerus apertus* de derechos reales, aunque existiere tal normativa puede constituirse como derecho real limitado (uso o habitación) o pleno, de propiedad, otorgándose en todo caso a cada multipropietario un poder directo e inmediato sobre el inmueble, eficaz y oponible frente a terceros, siendo dominio u otro derecho real según el multipropietario tenga o no la «plena in re potestas». Toda posibilidad, dentro de la atipicidad y conforme a los límites de la autonomía privada y del *numerus apertus*, es factible. Sin embargo, conforme a la práctica usual y doctrina española mayoritaria, parece conveniente, aunque no necesario como única fórmula posible, concebir el derecho de multipropiedad, por su propia nomenclatura, como derecho de propiedad (39), colectiva, no individual, sino en forma comunitaria, como condominio, comunidad o copropiedad (40).

(38) Entre otros, SEISDEDOS MUÑO. *Op cit.*, págs. 427-428, y MIGUEL GONZÁLEZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, vol 2.º. «Artículos 392-429 del Código Civil y Ley sobre Propiedad Horizontal», dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA, Madrid, 1985, págs. 146-147.

(39) LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ: *Op cit.*, págs. 44-46; RODRÍGUEZ PÉREZ y DÍAZ-FLORES CALERO: *Op cit.*, pág. 102, y O'CALLAGHAN MUÑOZ. *Op. cit.*, pág. 13, entre otros.

(40) Entre otros. O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Op cit.*, pág. 16, y LEYVA DE LEYVA. *Op. cit.*, pág. 73.

Esta fórmula comunitaria deriva esencialmente de dos datos: de un lado, por la pluralidad de sujetos de derecho titulares (multipropietarios) y de intereses individuales que se reconducen, a través del título constitutivo (y de los estatutos en su caso), a un interés común (fin o destino), existiendo una convivencia no simultánea, sino sucesiva. Y de otro lado, por la unidad del bien, objeto del régimen jurídico y del derecho de cada multipropietario. Entre las facultades y deberes de dichos multipropietarios existe una identidad, al menos cualitativa, y una compatibilidad, intrínseca (*inter partes*) y extrínseca (*erga omnes*) entre dichas titularidades (41), sin que se desvirtúe por ello su calificación propietaria (42).

La estructura y organización jurídica de la multipropiedad puede, pues, como conveniencia y no exigencia, responder a la idea de cotitularidad, comunidad y copropiedad establecida, de forma genérica, en el artículo 392 CC, constituyéndose como un derecho de propiedad con varios o múltiples sujetos titulares sobre un mismo objeto. Así ha sido admitido por la Resolución de la DGRN de 4 de marzo de 1993, aunque con carácter especial por la temporalidad y periodicidad del goce y por la intencionalidad o vocación de permanencia.

Dentro de esta constitución real, propietaria y comunitaria, la doctrina, combativa en un inicio defendiendo diversas soluciones (43); posteriormente, y a efectos de ingreso registral, coincide de forma pacífica y unánime sobre la consideración de la multipropiedad como comunidad *pro indiviso* (44). Esto realmente supone un desajuste entre la naturaleza teóricamente defendida (en cuanto a su esencia y contenido) y la naturaleza afirmada desde una perspectiva práctica (en orden a facilitar su constancia registral) (45).

(41) O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Op. cit.*, pág. 10, afirma que «la multipropiedad es un tipo de copropiedad que implica un aprovechamiento en un período de tiempo, compatibilizado con el de los demás multipropietarios».

(42) MUÑOZ DE DIOS: «La multipropiedad urbana en nuestro Derecho», en Revista Jurídica *La Ley*, 1967, tomo IV, pág. 869, recuerda que «el condominio es propiedad plena, o como dice nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de marzo de 1929, la comunidad es sólo una variación o accidente de la propiedad individual».

(43) Según indicamos, se defienden diversas calificaciones jurídicas. Ver nota 10.

(44) ROCA GUILLAMÓN: *Op. cit.*, pág. 320, defiende tal solución por una «razón práctica: la mayor facilidad de acceso al Registro de la Propiedad de una situación de comunidad *pro indiviso*». En idéntica opinión LEYVA DE LEYVA. *Op. cit.*, pág. 93, y SEISDEDOS MUÑO: *Op. cit.*, pág. 460.

(45) Así lo reconoce en cierto modo LEYVA DE LEYVA: *Op. cit.*, pág. 93, para quien «No ha sido la naturaleza incuestionable del Derecho el antecedente de la inscripción registral. Para honra del Registro de la Propiedad español y de quienes le servimos, se ha elegido deliberadamente la forma de comunidad *pro indiviso* con el fin de que fuera inscribible. No porque fuera esta forma la que más se ajustara a la naturaleza del derecho. ROCA GUILLAMÓN así lo ve; la razón práctica de haberse escogido el modelo de comunidad *pro indiviso* es la mayor facilidad de acceso al Registro de la Propiedad de la situación de comunidad *pro indiviso*».

En una solución que goza de plena coherencia teórica y práctica, sustantiva o material y técnica o registral, la multipropiedad inmobiliaria, y sirva de adelanto, no se adapta de modo pleno y total a ningún molde jurídico típico legalmente reconocido y regulado, pues presenta una serie de peculiaridades y singularidades en cuanto derecho (limitación de la facultad de uso en el tiempo y vinculación cuota-turno) y en cuanto comunidad (especial, social y funcional por su origen, duración, organización y finalidad) que afirman su novedad y atipicidad (46), sin reconocimiento ni regulación de derecho objetivo, pero conforme al sistema de *numerus apertus* de derechos reales, consagrado en los artículos 2.2 LH y 7 RH. No obstante, las semejanzas y similitudes que presenta, en cuanto supuesto de cotitularidad, con la copropiedad *pro indiviso* y con la propiedad horizontal, según su configuración inmobiliaria (simple o compleja, respectivamente), permitirá obtener su régimen jurídico y su acceso al Registro de la Propiedad mediante la combinación (47) de las normas sobre comunidad de bienes (arts. 392 y sigs. CC) para la multipropiedad simple y compleja, y de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 para la multipropiedad compleja.

El fenómeno multipropietario supone un cambio, mutación o modificación voluntaria, de carácter sustancial, cualitativa y cuantitativa, del contenido y fisonomía de la copropiedad, aunque respetando su estructura y contenido mínimo, necesario o esencial, y el valor unitario de dicha figura típica. Se trata de una comunidad especial por su configuración social y funcional. Es comunidad social (48) en cuanto que se presenta como una figura intermedia entre la comunidad y la sociedad, siendo una comunidad de bienes que participa de la estabilidad y permanencia propias de la sociedad civil. Y es comunidad funcional (49), no incidental, distinta de la comunidad romana y germana por su origen voluntario y convencional, por su duración estable y permanente, por sus fines o destino común usualmente vacacional y por su funcionamiento y organización estructuradas. Es una situación jurídica de indivisión forzosa y perpetua que

(46) Según el apartado quinto de la Exposición de Motivos de la Directiva Europea de 26 de octubre de 1994, es una figura distinta de la copropiedad ordinaria.

(47) DE LA CUESTA SÁENZ en su «Introducción» a la obra traducida de CALO Y CORDA: *Op. cit.*, págs. XX-XXI, habla de la «superposición de una comunidad horizontal y una serie de comunidades ordinarias *pro indiviso*»

(48) Es un término acuñado por PELAYO HORE: «La indivisión perpetua en el Código Civil», en *RDP*, 1942, pág. 460, para quien «comunidad y sociedad no son las hipótesis únicas de titularidad plural, sino los dos polos extremos de una gama riquísima de figuras jurídicas intermedias», y «a tal figura intermedia la llamamos comunidad social».

(49) Según PAU PEDRÓN: *Op. cit.*, pág. 21.

supone la exclusión de la acción de división y de los derechos de adquisición preferente (50).

Su régimen jurídico, con independencia de lo que se establezca en el título constitutivo y/o en los estatutos, se caracteriza fundamentalmente por la coordinación en lo común, en el conjunto inmobiliario que constituye objeto del derecho y por la autonomía en la cuota, en su disposición. Hay, pues, una administración, gestión y disposición conjunta, relativa al inmueble, realizada necesariamente por todos los multipropietarios, por sí mismos o a través de órganos comunitarios representativos; y una gestión individual e independiente relativa a cada cuota-turno, a cada derecho, que concierne a cada multipropietario.

Es en el *ius disponendi*, en la facultad de disposición, conjunta del bien o individual de la cuota-turno, donde se encuentra la esencia jurídico-real de la multipropiedad en esta facultad jurídica de transmisión, enajenación o constitución de gravámenes sobre el inmueble, en su conjunto, o en parte (sobre una cuota). Su titularidad pertenece a todo multipropietario de forma conjunta (sobre el inmueble) y de forma individual (sobre cada cuota-turno), que a diferencia de la facultad material de aprovechamiento (sujeta a períodos) es una facultad jurídica que en su ejercicio no viene limitada temporalmente.

Este régimen, caracterizado por la coordinación en lo común y por la autonomía en la cuota, supone un contenido complejo del derecho de multipropiedad, formado por un conjunto de facultades y de deberes. Desde una perspectiva activa de la relación jurídica multipropietaria en cuanto situación de poder, la multipropiedad contiene un derecho compartido sobre el inmueble y una serie de derechos privativos sobre la cuota (inmediatividad) configurado por las facultades materiales de uso, goce y disfrute de modo pleno y exclusivo, aunque limitadas a determinados períodos, y por las facultades jurídicas de disposición, realización y persecución. Desde una óptica pasiva, la relación jurídica multipropietaria, en cuanto situación de deber, presenta un necesario entramado de

(50) HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M.. «La multipropiedad en la práctica notarial. Estudio de Derecho vigente de la proyectada legislación y de la normativa comunitaria», en AC. 1995, pág. 426, escribe que «la existencia y admisibilidad de comunidades distintas de la comunidad romana regulada en el Código Civil es indudable así los supuestos de comunidad en mano común o germánico (montes vecinales, regulado por la Ley de 24 de julio de 1968), propiedad *pro indiviso* (SSTS de 7 de marzo de 1893, 9 de julio de 1903, 9 de mayo de 1992...), propiedad horizontal (Ley de 21 de julio de 1960), comunidad funcional (R. de 18 de mayo de 1983), comunidad especial (STS de 16 de marzo de 1965). etc.; y así lo recoge la Resolución de 4 de marzo de 1993. Por todo ello, no debe suponer escollo alguno la no aplicación a la multipropiedad de determinados preceptos de la comunidad romana (*actio communi dividundo*, retracto de comuneros.)

deberes personales en la articulación de la forma jurídico-real constituida relativos al uso y goce adecuado del inmueble, al respeto de los turnos establecidos, del cumplimiento y observancia de los acuerdos comunitarios adoptados, a la disposición y gestión de sus cuotas y del inmueble, y a la contribución a los gastos comunes de conservación y administración de dicho conjunto inmobiliario.

Con independencia de la trascendencia real y de la inscribibilidad de los pactos que establecen este entramado de poderes y deberes (51), podemos concluir afirmando la configuración de la multipropiedad como comunidad funcional y social, caracterizada por unas particularidades en su contenido (activo y pasivo), en su objeto (afecto a un fin) y en su régimen jurídico (coordinación y autonomía) que la definen y la distinguen de los demás supuestos comunitarios actualmente regulados.

3.2. *La multipropiedad como comunidad sin acción de división*

Uno de los problemas más debatidos sobre multipropiedad ha sido la posibilidad o no de excluir convencionalmente el derecho que todo copropietario tiene para pedir la división de la cosa común. El principal obstáculo estriba en la propia razón de ser de la *actio communi dividundo*, con antecedentes romanos (52) y actualmente recogida en el artículo 400.1 CC, por razón del interés público y general y por la consideración, erróneamente preconcebida (53), de que toda comunidad es situación peligrosa, origen y fuente de conflictos de intereses, de carácter antieconómico e indeseable (54). En base a dicho fundamento, la facultad de pedir la división

(51) Cuestión que se analizará en su problemática registral desde un punto de vista material.

(52) Los autores discuten sobre el origen romano de la *actio communi dividundo*, situándolo unos en las Doce Tablas y otros en el Digesto (Ley 14. Título III, Libro X): «*Si conveniat, ne omnino divisio fiat huiusmodi pactum nullus vires habere manifestissimum est, sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest; valet*». En cualquier caso, son muy numerosos los textos de Derecho romano clásico y posclásico justinianeo, donde se explicita el derecho de los comuneros de pedir y exigir la división (Ulpiano, Derecho 10,2,43; Ulpiano, 27,9,1,2; C 3,37, C 5,23,2; etc.).

(53) Criticando dicha idea, MIQUEL GONZALEZ: *Algunos problemas en torno a la consideración de la multipropiedad como copropiedad*. Centro Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1987, pág. 42. afirma que «la comunidad suele ser inconveniente, pero no lo es siempre», de ahí que (pág. 47) «la acción de división no es un efecto ineludible de toda situación de comunidad y que hay algunas comunidades que el legislador no ve inconveniente en mantener y que, por tanto, no existe un criterio legislativo en contra de la comunidad».

(54) Según PELAYO HORE. *Op. cit.* pág. 458: «*Nemo in comunione potest invitus detinere*». Se repite insistentemente en Códigos y Tratados que la indivisión es una

material (art. 400.1 CC) o económica (art. 404 CC) de la cosa común se consagra en nuestro texto codificado como principio primordial de la comunidad, con carácter absoluto, irrenunciable (55), imprescriptible (56) e incondicional (57), consecuencia del carácter temporal, transitorio y provisional de la comunidad ordinaria (58). Se consagra, pues, como facultad inherente al condominio, aplicándose dicho precepto (art. 400 CC) de modo necesario.

El problema se plantea en orden a la posibilidad de exclusión de la acción de división en la multipropiedad de forma expresa y permanente, creándose una situación de indivisión forzosa y perpetua en aras de las garantías de continuidad, estabilidad e inmodificabilidad que la situación multipropietaria supone y exige para la consecución de sus fines. Frente a la división impuesta para la comunidad ordinaria-romana, existen numerosos supuestos en los que es conveniente y oportuna la indivisión del bien (59) por la propia indivisibilidad funcional de determinados bienes inmuebles, pero ¿qué sucede con la multipropiedad? Frente a la insuficiencia del recurso al artículo 400.2 CC, que permite un pacto de indivisión y prórroga del mismo, pero sujeto a una doble dificultad (limitación temporal de diez años y unanimidad de los copropietarios), y en la línea del artículo 401.1, CC que si bien permite una indivisión indefinida ésta viene referida a la propia finalidad del bien, debemos defender y argumentar una situación de indivisión duradera y permanente basada en la necesidad del cumplimiento del fin que la figura multipropietaria supone.

La multipropiedad, en su esencia y razón de ser, se concibe como comunidad especial y atípica, permanente, organizada y finalista, es decir, vinculada a la realización de un fin o destino común preestablecido (60) que se vería frustrado en caso de división, material o econó-

situación peligrosa; que el legislador debe tender siempre o a evitar su nacimiento o a facilitar su extinción; que debe favorecerse el ejercicio de la acción *communi dividundo* prohibiendo los pactos y renunciaciones que la dificulten». Por su parte, ROCA GUILLAMÓN, *op. cit.*, fundamenta la acción de división en la concepción de la copropiedad romana como (pág. 333) «antieconómica e indeseable», como (pág. 334) «fuente de conflictos».

(55) SSTS 28-11-1957 y 31-1-1967.

(56) SSTS 8-6-1945 y 31-1-1967, según el artículo 1.965 del Código Civil.

(57) STS 3-6-1989.

(58) «Según el espíritu del Código Civil, las situaciones de comunidad son provisionales puesto que estima inválido el pacto de conservar indefinidamente la cosa en común y deja libre la acción para pedir en cualquier tiempo la terminación de la comunidad» (STS 26-1-1959).

(59) PELAYO HORE: *Op. cit.*, págs. 458-459, cita entre ellos: calles, caminos comunes, aguas, casas por pisos, medianería y derecho funeral.

(60) Afirma BARÓ BALLBÉ: *Op. cit.*, pág. 31, que «en la multipropiedad los distintos derechos de los multipropietarios forman una unidad orgánica vinculada a la realización de un fin determinado y por ello supone la indivisión» (basándose en LEYVA DE LEYVA).

mica, del bien inmueble en régimen de multipropiedad. Es la particular naturaleza y funcionalidad de la figura la que impide, salvo acuerdo unánime, el ejercicio de la acción de división, pues de lo contrario supondría impedir el fin aceptado, o pactado, querido y deseado por los multipropietarios (61) y por el promotor, quedando insatisfechos intereses comprometidos y tutelables jurídicamente.

Nuestra jurisprudencia registral, en sus Resoluciones de 18 y 27 de mayo de 1983, aplicables a todo supuesto de comunidad funcional, de Derecho Común o Foral (62) y, en concreto, para la multipropiedad, en la Resolución de 4 de marzo de 1983 admite la posibilidad de excluir la acción de división en virtud de la autonomía privada (arts. 1.255 y 392.2 CC) y mediante la aplicación analógica de los artículos 396.2 CC y 4 LPH. Sin desmerecimiento de dicha invocación a la propiedad horizontal, la verdadera razón que justifica la indivisión en la multipropiedad es su constitución como comunidad funcional, de destino, especial y distinta de la comunidad ordinaria o romana, de carácter incidental. De ahí que el problema se resuelva afirmando la no aplicación del artículo 400 CC a la multipropiedad, pues constituye éste norma de aplicación necesaria únicamente a la comunidad *pro indiviso* o por cuotas, en la que no existe voluntariedad, organización, finalidad o estabilidad alguna (63).

Dicha exclusión es ya una realidad en la regulación extranjera existente (64) y una tendencia a nuestra normativa proyectada (65), donde con implícita pero clara referencia al artículo 4 LPH se excluye categórica y necesariamente, salvo acuerdo unánime, la facultad de pedir la división de los elementos privativos y comunes, otorgando solamente la posibilidad de enajenación y transmisión, en general, de la cuota. Esta exclusión se basa

(61) Para LEYVA DE LEYVA *Op. cit.*, pág. 88, la multipropiedad «puede considerarse como un ejemplo de lo que llama BARASSI comunidad de fin ("comunione di scopo")». El fin se inserta en el negocio, de tal modo que delimita el comportamiento de los multipropietarios. El establecimiento del régimen de multipropiedad presupone la indivisión; sería un contrasentido admitir la disolución en cualquier momento, incompatible con la finalidad de disfrute que motivó la comunidad, y que la cosa común es indivisible. Se sabe al tiempo de contratar que el apartamento no podrá dividirse materialmente entre los treinta o cuarenta partícipes que componen la comunidad».

(62) En virtud de la coincidencia entre la Ley 372 de la Compilación Foral de Navarra y el artículo 392 del Código Civil.

(63) MIGUEL GONZÁLEZ. *Op. cit.*, pág. 50, dice que «la multipropiedad podría ser una comunidad sin acción de división, no ya por aplicación del artículo 401 del Código Civil o del artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, sino por estar fuera de la *ratio* del artículo 400».

(64) Según interpretación amplia y flexible del artículo 1112 del Código Civil italiano y del artículo 577 bis del Código Civil belga.

(65) Exposición de Motivos y artículos 4.B-88, 2, 49.B-89, 2.2.B-91 y 22.2.B-92

en la especial finalidad de la multipropiedad en el destino del objeto sobre que recae.

En definitiva, y según Resolución de 4 de marzo de 1993, la indivisión en la multipropiedad viene a considerarse como efecto connatural, inherente e immanente a esta nueva figura jurídica, en tanto que su objeto se concibe como «unidad jurídica». No obstante, a pesar de la no aplicación del artículo 400 CC y la indivisión innata a la figura multipropietaria, parece conveniente, ante el vacío legal actual y como cautela ante posibles problemas prácticos por ser cuestión debatida, que se proceda expresamente a pactar la exclusión de la acción de división (66), con la posibilidad de que para el caso de que se modifiquen ciertas circunstancias se prevea la inclusión de la acción (67) o se decida por unanimidad.

3.3. *La multipropiedad como comunidad sin retracto legal de comuneros*

Dentro de los distintos retractos normativamente establecidos, nuestro Código Civil, en su artículo 1.522, regula el denominado retracto legal de comuneros en favor de los cotitulares para el caso de enajenación de la cuota de otro cotitular a un tercero. Es un derecho conocido a todo comunero, protegido y garantizado por la propia letra de la Ley, con carácter irrenunciable y personalísimo, por razones de orden público e interés social, aplicado por nuestro Tribunal Supremo a las más dispares y diversas situaciones de comunidad de aprovechamientos distintos (68). Es un derecho fundamentado en la necesidad de consolidar el dominio pleno en la concepción de la comunidad como situación social y económicamente inestable y desfavorable, y en la prevención de posibles conflictos derivados de la entrada de extraños (terceros) en la comunidad.

(66) En esta dirección MIQUEL GONZÁLEZ: *Op. cit.*, págs. 50-51, aduce «la práctica de pactar la indivisión acogándose a que se trata de una comunidad forzosa por su función conforme al artículo 401, o en su caso al artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal», y porque «en el artículo 400 se admite un pacto de indivisión al margen de su finalidad».

(67) Al respecto afirma MIQUEL GONZÁLEZ: *Op. cit.*, pág. 50, que «es preciso decidir si el pacto de no pedir la división por tiempo indefinido en la multipropiedad determina que no pueda pedirse nunca, o si la improcedencia de la acción de división subsiste sólo en tanto carezca de sentido, conforme a lo dicho, y la acción vuelve a proceder cuando las circunstancias revelen la inutilidad de la indivisión (la zona se transforma de turística en industrial, por ejemplo). Parece conveniente mantener la comunicación entre la realidad y el pacto, de modo que cambiadas las circunstancias el pacto quede sometido a las reglas ordinarias (art. 400)».

(68) GARCÍA AMIGO «Condominio 'pro diviso' o propiedad separada», en *RDP*, 1974, págs. 180-182, recopiló una serie de sentencias del Tribunal Supremo que reafirman el retracto legal de comuneros.

Con referencia a la multipropiedad se plantea, de modo similar a como ocurría con la indivisión, un debate sobre la posibilidad de exclusión voluntaria de dicho retracto y de inscripción del pacto que lo excluye en el Registro de la Propiedad.

La jurisprudencia registral resuelve el problema en su Resolución de 4 de marzo de 1993, en la que, remitiéndose a las de 18 y 27 de mayo de 1983, afirma la exclusión del retracto legal de comuneros como consecuencia consustancial e inherente a la multipropiedad por su configuración especial, estable y permanente, y por la posibilidad de renuncia a dicho derecho, conforme al artículo 6.2 CC, de acuerdo con los intereses de terceros, que por dicha renuncia no se ven perjudicados.

En tal sentido debemos reiterar, y no olvidar, que la multipropiedad se estructura como comunidad económica (69) y jurídica (70), especial, atípica, social y funcional, por lo que el ejercicio de la acción de retracto del artículo 1.522 CC, si bien no supondría de forma definitiva y directa la extinción de la multipropiedad, sí contribuiría a su progresiva desaparición y posible final extinción, suponiendo un inconveniente práctico para la realización de los fines y objetivos, lícitos y comunes, de la multipropiedad, manifestándose contrario a la función social y económica de la misma, cuales son: de un lado, la no acumulación, consolidación y concentración de la propiedad en pocas o una sola mano, sino la dispersión, diseminación y disgregación de las titularidades; y de otro, la seguridad, libertad y agilización del tráfico del derecho de cada multipropietario (71). Dicha diversi-

(69) MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO *Op cit.* pág. 114. afirma que «la institucionalización del retracto legal de comuneros responde a la misma idea que se encuentra en la base de toda regulación de comunidad romana, y que no es otra cosa que la de tratar de acabar con dicha situación, considerada antieconómica e indeseable; sin embargo, la finalidad económico-social perseguida por las partes es la de obtener un instrumento de agilización del mercado inmobiliario, cuya finalidad sólo puede lograrse a través, no de la concentración de la propiedad, sino precisamente todo lo contrario, mediante una diversificación lo más amplia posible de ésta como medio de aumentar el número de potenciales adquirentes al reducir sustancialmente los costos de adquisición (). En consecuencia, la multipropiedad choca en este punto con una regulación legal que por responder a una concepción diversa de las situaciones comunitarias de propiedad se muestra inadecuada en algunos aspectos».

(70) RIVERO HERNÁNDEZ: *Op cit.* pág. 72.

(71) O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Op cit.* págs. 68-69. insiste en que «la función social y práctica de la multipropiedad no es la concentración de titularidades en un solo propietario, sino todo lo contrario: la dispersión de titularidades... y la facilidad de transmisión de éstas en una oferta libre de mercado», por lo que «es indudable que el retracto presenta una serie de inconvenientes en la multipropiedad que va incluso contra la función social y práctica de la misma y dificulta extraordinaria e innecesariamente el libre tráfico del derecho de cada multipropietario». En igual sentido, ROCA GUILLAMÓN *Op cit.* págs. 333-334.

ficación de cotitulares y la libertad de transmisión de las cuotas y turnos es inherente a las necesidades, económicas y sociales, a que sirve la multipropiedad.

Existe, pues, una contradicción entre la *ratio* del artículo 1.522 CC y la propia finalidad de la multipropiedad, sobre todo en orden a las exigencias de duración, estabilidad y permanencia de la comunidad, tendencialmente excluidas por el precepto y pretendidas por la figura multipropietaria (72).

Debemos concluir en favor de la exclusión de la aplicación de dicha norma, establecida para la comunidad romana, de carácter incidental, y no para comunidades funcionales que, por su especialidad, posibilitada por la autonomía de la voluntad, encontraría norma legal más próxima, aplicable analógicamente en los artículos 396.3 CC y 4 LPH (73). Confirmación de ello se advierte en los distintos Borradores de anteproyectos legales (74) que, con excepción del vacío del de 1989, excluyen en general los derechos de tanteo y retracto legales por la propia especialidad de la figura multipropietaria en su finalidad y en la naturaleza de su objeto. Ello hace pensar que, *de lege ferenda*, en una futura regulación estos derechos, previstos para la comunidad ordinaria, deben quedar excluidos, estableciéndose como regla general en la multipropiedad la exclusión legal del retracto de comuneros, con la posibilidad, como excepción, de su inclusión voluntaria. Esta inclusión podrá hacerse, bien estatutariamente mediante su mención en los estatutos —y, por ende, en el título constitutivo—, en cuyo caso, por su aceptación expresa y posible ingreso registral, tendrá eficacia frente a terceros, o bien convencionalmente mediante simple acuerdo, en cuyo caso únicamente vinculará a las partes firmantes del pacto.

Es posible y válido, pues, el pacto de exclusión del retracto legal de comuneros, pero como sucede con la indivisión, debemos realmente entender que en la multipropiedad, por sí misma y en principio, no existe derecho de retracto ni de división por la no aplicación de las normas establecidas en el Código para la comunidad incidental. No siéndolo la multipropiedad,

(72) Según MUNAR BERNAT: *Op. cit.*, pág. 114, la multipropiedad «es un supuesto que no debe considerarse incluido en la norma del artículo 1.522. Si el fundamento último de este derecho de adquisición preferente es favorecer el tráfico económico y evitar la situación de permanencia en una cotitularidad sobre un bien, carece de sentido su existencia en una institución en la que es más beneficiosa la disposición de la cuota sobre el bien que sobre la totalidad del mismo, además de que tiene vocación hasta el disfrute por un número importante de personas del apartamento: argumento contradictorio con el fin último de este derecho de adquisición preferente cual es la acumulación de todo el derecho de propiedad en unas solas manos».

(73) La aplicación del artículo 4 LPH es alegado por autores como AZAUSTRE TORRECILLA, LEYVA DE LEYVA, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ y ROCA GUILLAMÓN.

(74) Exposición de Motivos y artículos 5-B-88, 8.1-B-91, 22.2-B-92 y 25-B-94.

parece que no sería necesaria su exclusión expresa ni la inscripción de dicho pacto, aunque ante el vacío legal actual y por razones prácticas y de seguridad sí es conveniente proceder a dicha operación.

4. SU CONSTITUCIÓN Y REGULACIÓN

4.1. *El título constitutivo*

La multipropiedad se crea, constituye y configura como derecho y como comunidad funcional y organizada, en cuanto a su régimen jurídico y contenido, mediante un acto o contrato, un negocio jurídico, otorgado unilateral (otorgante único) o multilateralmente (pluralidad de otorgantes) (75). Dicho acto o contrato creador de la multipropiedad es lo que se denomina título constitutivo o de constitución.

Sin entrar, por el momento, en el contenido, necesario o voluntario, del título constitutivo del régimen multipropietario (76), surgen dos cuestiones: una, de carácter material, relacionada con la figura del otorgante, y otra, relativa a la forma del título.

En sentido sustantivo, el título constitutivo puede configurarse fundamentalmente de dos modos: por acto o por contrato. Así, y primero, mediante negocio jurídico unilateral (acto), en el que la persona del otorgante, generalmente denominada promotor, viene referida a aquella persona, física o jurídica, dueña o propietaria única (titular del dominio individual) del bien inmueble que se constituye en multipropiedad, adheriéndose posteriormente los distintos multipropietarios. Y segundo, es posible la configuración de la multipropiedad mediante negocio jurídico plurilateral (contrato), celebrado entre el promotor (o promotores) y los multipropietarios al constituir y asignar simultáneamente el régimen y las cuotas, o realizado entre los propios multipropietarios en cuanto promotores y otorgantes a la vez, en caso de que sean titulares de una comunidad o propiedad colectiva y decidan modificar su régimen jurídico inmobiliario para constituirlo en multipropiedad. En cualquier caso, otorgante será la persona o personas que sean titulares de la propiedad del inmueble que se pretenda configurar en multipropiedad.

La cuestión relativa a la forma del título constitutivo, sobre lo que nada dice la Resolución de 1993, recibe respuesta en el Derecho ex-

(75) RIVERO HERNÁNDEZ: *Op. cit.*, págs. 66-67, y LEYVA DE LEYVA: *Op. cit.*, pág. 361.

(76) Será analizado como expresión de la exigencia de determinación jurídica y como objeto de publicidad registral.

tranjero (77), en el ámbito comunitario (78) y en nuestra normativa proyectada (79) en favor de la forma escrita e incorporación a un documento público otorgado ante Notario. Pero ante la carencia actual de norma legal concreta para el supuesto multipropietario, debemos abordar el tema desde una perspectiva técnica o registral y sustantiva o material.

Para la inscripción en el Registro de la Propiedad del título constitutivo de multipropiedad la solución es evidente: escritura pública, un documento público y auténtico como exigencia del principio de titulación auténtica comprendido dentro del de legalidad (arts. 3, 18, 21 y 30 LH, y arts. 33, 34 y 98 RH) y por la no previsión excepcional de la multipropiedad en los supuestos de documento privado (arts. 59 y 156 LH).

Pero desde una visión sustancial, dicho documento público: ¿es requisito también necesario de existencia, validez y eficacia jurídica de la multipropiedad? La multipropiedad al configurarse como derecho real de copropiedad sobre un bien inmueble parece encajar en el artículo 1.280.2 CC, donde se exige formalización en documento público. Sin embargo, dicho precepto, que recibe posterior desarrollo legislativo para determinados supuestos, no debe entenderse como una excepción del artículo 1.278 CC, donde bajo una influencia espiritualista se consagra el principio de libertad de forma del contrato, sino como una prolongación del mismo. Existen casos legalmente tasados que exigen el otorgamiento en documento público como formalidad *ad solemnitatem*, pero ello no se prevé para la multipropiedad, por lo que será suficiente su acomodación a las condiciones esenciales de consentimiento (promotor y/o multipropietarios), objeto (bien inmueble) y causa (gratuita u onerosa) del negocio jurídico (art. 1.261 CC) para su existencia, validez y eficacia, con independencia de la forma (verbal o escrita, documento público o privado), aunque, como indicamos, desde una perspectiva registral y a efectos *ad probationem* y *ad utilitatem* sí será recomendable dicha formalización en documento público, a lo que las partes pueden compelerse y obligarse en virtud del artículo

(77) En Portugal, en el artículo 21 del Decreto-Ley 355, de 31 de diciembre de 1981, se exige la declaración del propietario del inmueble en acta pública (asimilable a nuestra escritura pública). Y en Grecia, aunque la Ley 1652, de 14 de octubre de 1986, regule la multipropiedad como derecho personal arrendaticio, exige en su artículo 1.2 el requisito formal de constitución del derecho de *time-sharing* mediante elevación a escritura pública ante Notario.

(78) Se exige la forma escrita en el artículo 6.1 de la Propuesta de Directiva europea de 1992 y en el artículo 4.1 de la de 1994.

(79) Los Borradores de 1988 y de 1992 establecen la necesidad de forma escrita y elevación a escritura pública notarial (arts. 8.1.B-88, 5, 19, 21.1 y 2 B-92). Mientras, los Borradores de 1989 y 1991 tras establecer como principio la libertad de constitución (arts. 4.1.B-89 y 3.1.B-91), prevén la posibilidad de que cualquier multipropietario pueda exigir la formalización en escritura pública (arts. 4.2.2, 7, 50.B-89, 3.4, 5.2 y 3, 52 B-91).

1.279 CC (80), sobre todo evitar los obstáculos y garantizar su eficacia frente a terceros, proporcionada por su inscripción registral. Concluimos así sobre la conveniencia material y la exigencia registral de la forma escrita y pública del título constitutivo del régimen jurídico de multipropiedad.

4.2. *Los estatutos*

Los estatutos como parte integrante o complemento normativo del título constitutivo y, por ende, del propio régimen jurídico multipropietario se configuran como un acto normativo, como un conjunto de normas y reglas de muy diversa índole establecidas convencionalmente (de modo unilateral por el promotor, o plurilateral entre promotor y multipropietarios o por éstos) que, a semejanza de los estatutos de la propiedad horizontal, regula el contenido, ejercicio y objeto del derecho en cuestión, la utilización del inmueble constituido en multipropiedad, siendo reflejado en documento público como elemento accesorio y complementario del título creador en su misma escritura pública o en otro documento posterior, y que por dicha incorporación podrá gozar de publicidad registral (81).

Su contenido, por aplicación analógica del artículo 5 LPH y en virtud de la autonomía privada (art. 392.2 CC), puede ser amplio (82) y hacer referencia a las reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del inmueble, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno.

Se erige, pues, el estatuto como normativa o reglamento («reglamento») (83) que disciplina y regula las relaciones de contigüedad o vecin-

(80) O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Op. cit.*, pág. 34, dice. «La forma para la constitución de tipo de copropiedad —multipropiedad— sobre una vivienda no está impuesta por la Ley. Rige el principio de libertad de forma, aunque deben tenerse en cuenta dos puntos. primero, que al recaer sobre inmuebles —vivienda— las partes pueden compelerse a otorgar escritura pública (arts. 1.279 y 1.280.1 CC), y segundo, que será precisa la escritura en caso de inscripción en el Registro de la Propiedad». HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M.: *Op. cit.*, pág. 426, señala que «para su transmisión se exige documento público (art. 1.280.1 CC), aunque no con eficacia *ad solemnitatem* (art. 1.279 CC)

(81) LEYVA DE LEYVA: *Op. cit.*, págs. 97-98.

(82) Así se desprende de la enumeración, no taxativa, que se realiza en las obras de O'CALLAGHAN MUÑOZ. *Op. cit.*, pág. 53; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO: *Op. cit.*, págs. 108 y sigs., RODRÍGUEZ PÉREZ y DÍAZ-FLORES CALERO: *Op. cit.*, págs. 38-39 y 99; ROMA RIERA: *Op. cit.*, págs. 335-338, y HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M.: *Op. cit.*, págs. 433-441.

(83) CALLIANO: *Op. cit.*, pág. 161, habla de un «regolamento definito di comunione, preventivamente redatto dall'alienante.. ed allegato all'atto di acquisto, disciplina i rapporti tra i singoli multiproprietari», siendo (pág. 169) «oggetto di regolamentazione, oltre al limite al potere di godimento e di disposizione, già evidenziati, è l'amministrazione dell'appartamento in multiproprietà e delle parti comuni del complesso residenziale»

dad, sucesiva y no simultánea, entre los singulares multipropietarios en orden al inmueble, constituyendo un límite externo fundado en la tutela del interés privado y de terceros y que, en cierto modo, parece responder a la exigencia de viabilidad económica requerida por la DGRN para la existencia e inscripción de la multipropiedad.

Un sector de nuestra doctrina científica (84) ha afirmado el carácter preceptivo e imperativo de los estatutos como contenido necesario del título constitutivo y como objeto de publicidad registral. La esencialidad y obligatoriedad se pretende inducir de su configuración como negocio reglamentario, como acto normativo (85) o como componente interno del título constitutivo, configurando, ante el vacío legal y por aplicación analógica del artículo 5 LPH, un todo unitario que por su contenido responde al principio de especialidad o determinación (86).

Sin embargo, dichas razones, de publicidad registral del derecho de multipropiedad y de satisfacción de las exigencias de determinación jurídica y de viabilidad económica, invocan la conveniencia y suficiencia de un título constitutivo que configure el estatuto jurídico-real multipropietario con independencia de su desarrollo estatutario, y así se observa en la Resolución de 1993 de la DGRN, donde no se hace alusión alguna a los estatutos. Dada la ambigüedad al respecto de la redacción contenida en el artículo 5.3 LPH y ante la ausencia de norma que imponga su existencia, primando por ello la libertad contractual (arts. 1.255 y 392.2 CC), concluimos en favor del carácter voluntario y potestativo de los estatutos, dependientes de la libre decisión unilateral o multilateral del promotor, multipropietarios y/u órganos comunitarios, como así se observa en los diversos Borradores (87).

(84) Autores como MARTÍNEZ-PIÑERO CARAMES. *Op. cit.*, pág. 98, y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO: *Op. cit.*, pág. 104, se refieren al estatuto privativo de la multipropiedad con calificativos como «imprescindible», «esencial» o «necesariamente adoptado».

(85) Aducido por LEYVA DE LEYVA. *Op. cit.*, pág. 97.

(86) MARTÍNEZ-PIÑERO CARAMES: *Op. cit.*, pág. 98, manifiesta que «si respecto de los estatutos de la propiedad horizontal puede dudarse si son o no necesarios, en materia de multipropiedad y ante la inexistencia de regulación legal no creemos que nadie puede discutir que son imprescindibles, puesto que será en ellos donde se configuren los derechos y las obligaciones de los multipropietarios; en definitiva, la institución de la multipropiedad».

(87) Dicho carácter voluntario de los estatutos, derivado del vacío legal y del pronunciamiento registral, se ve ratificado, como posible tendencia para el futuro, en los distintos Borradores de anteproyectos legales [arts. 8 1, 4 y 8.2 B-88, 7.5.B-89, 5 2.4.B-91 y 5.1.n) B-92], bajo expresiones como «formando o no estatutos», «consten o no en forma de estatutos» o la existencia de «reglas estatutarias, si las hubiera». Por lo que parece que lo esencial es que el contenido y régimen de multipropiedad se encuentre expresa y directamente regulado en el título constitutivo e inscrito en el Registro de la Propiedad, esté o no en forma de estatutos (O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Op. cit.*, pág. 53. RODRÍGUEZ PÉREZ y DÍAZ-FLORES CALERO: *Op. cit.*, pág. 38).

El carácter facultativo de los estatutos no es óbice para reconocer que los mismos, por su contenido y consideración normativa, son instrumento o medio idóneo para dar expresión a la condición de viabilidad económica, más oportunos en la multipropiedad compleja por su intrincada configuración inmobiliaria que en la multipropiedad simple, en la que incluso pueden resultar innecesarios dichos estatutos, siendo suficiente el título constitutivo. Esta es la idea a destacar: la voluntariedad de los estatutos en la multipropiedad simple y compleja, pero su conveniencia en el supuesto de que el conjunto inmobiliario constituido en multipropiedad esté situado dentro de un edificio (régimen de propiedad horizontal vertical) o inmerso en una urbanización privada (régimen de propiedad horizontal tumbada), y ello por la propia complejidad en la configuración inmobiliaria de tales supuestos.

Distintos de los estatutos son los reglamentos de régimen interno (art. 6 LPH), equiparables a los actos comunitarios de mera administración, que tienen por contenido y objeto la regulación de «los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes», conforme a la Ley y a los estatutos. Aunque de menor trascendencia que los estatutos, sobre la oportunidad y conveniencia de estos reglamentos puede hacerse igual razonamiento y conclusión que para los estatutos.

4.3. *Supuestos estipulatorios concretos*

Dentro del caso planteado ante la Dirección General son destacables, junto a los pactos de indivisión y de exclusión del retracto legal de comuneros, otras cláusulas merecedoras de análisis en cuanto a su validez, eficacia e inscripción registral. Veamos ahora su licitud para en un momento posterior indagar sobre su posible reflejo en el Registro de la Propiedad.

4.3.A) Pacto de destino

Más allá del caso concreto planteado (88), en cuyo pronunciamiento se afirma la validez del pacto y su incorporación en el título constitutivo, la

(88) En la cláusula octava, apartado G), se establecía un pacto de destino estrictamente vacacional, quedando prohibido terminantemente cualquier otro tipo de uso distinto (como profesional, industrial o empresarial) o que fuese insalubre, peligroso, molesto, inhumano o comprometido. Dicha cláusula es denegada por el Registrador porque supone una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, en la cual el pretendido régimen multipropietario se encontraba inmerso. La DGRN, en el fundamento quinto, apartado a), admite la validez de dicho pacto, pues la limitación del destino del local no supone la alteración o variación del destino social y económico del inmueble o edificio en su totalidad.

cláusula de destino, como contenido del régimen multipropietario y posible objeto de publicidad registral, es de extraordinaria y especial relevancia en la multipropiedad.

La multipropiedad, en cuanto comunidad funcional por sus objetivos lícitos y comunes, es una comunidad de destino, de fin o de intención, en la que esa finalidad social y económica (vacacional, residencial, empresarial o de otra índole) es elemento esencial de la misma. Es consecuencia inmediata de su atipicidad y de la autonomía de la voluntad que permite la conformación de comunidades de destino, siendo éste un componente definidor y caracterizador del contenido real de la figura en cuestión, como el límite de mayor relieve voluntariamente establecido al poder de goce del bien, según doctrina italiana («vincolo di destinazione») (89).

La posibilidad de pactar el destino del inmueble se encuentra expresamente prevista, con carácter genérico, referido a la vivienda, y bajo la prohibición de determinados usos y destinos, en los Borradores de anteproyectos legales (90), pero aún sin ella, actualmente podemos afirmar que la cláusula de destino es lícita y válida, conforme a Derecho, y que determina el estatuto jurídico-real de la multipropiedad en cuanto a su objeto (afecto a un fin) y respecto a su contenido, ya que el ejercicio de la facultad de goce está condicionada por ese destino.

4.3.B) Cláusula penal

Dentro del contenido pasivo u obligacional del régimen de multipropiedad existe el deber de contribución a los gastos comunes de conservación y administración del inmueble. Este deber jurídico encuentra su razón fundamental en la aplicación del principio *cui commoda eius incommoda* y consiste en satisfacer los gastos de gestión y mantenimiento del conjunto inmobiliario, siempre en proporción a la cuota y al turno asignados (91).

(89) ALPA: *Op cit.*, pág. 25, entre los caracteres generales y esenciales de la multipropiedad cita «il godimento non residenziale (ma prevalentemente turistico)». Y CALLIANO: *Op cit.*, pág. 161, dice que «la finalità della multiproprietà vengono realizzate inoltre attraverso la determinazione di un particolare vincolo di destinazione del bene comune e delle relative modalità di godimento espresse nel regolamento», añadiendo que (pág. 167) «sotto il profilo del godimento, il limite di maggior rilievo è dato dal vincolo di destinazione (turistico-residenziale) impresso all'immobile sin dall'origine e che a costituito la ragione giustificativa del negozio».

(90) De modo genérico, artículos 1, 2, 8.1.5, 9.2.B-88.1-3, 45.1 B-89, 1, 2, 38, 43, 45.1, 51 y 54.B-91; y de modo más explícito y concreto, los artículos 11 y 8.5.d). B-91.

(91) LEYVA DE LEYVA. *Op cit.*, pág. 101, realiza una enumeración de gastos de administración exhaustiva: «a) Los gastos comunes: mantenimiento de cañerías de agua, alcantarillado, jardinería; b) Gastos de instalaciones deportivas y recreativas, c) Gastos

Mediante el cumplimiento de dicho deber se contribuye a garantizar el uso social y económicamente apropiado del inmueble, satisfaciéndose el requisito de viabilidad económica exigido por la DGRN para la constitución e inscripción registral de la multipropiedad.

Por esta importancia es lógico, y conforme a Derecho, que para el caso de incumplimiento se establezca una sanción (92). En dicho caso de impago de los gastos de comunidad podría establecerse como sanción el devengo de intereses de demora, el resarcimiento por daños, la resolución del contrato y otros tipos; pero el más comúnmente previsto en la mayoría de los países continentales consiste en la pérdida del derecho a ocupar la vivienda en el período que le corresponda al incumplidor mientras no contribuya a la satisfacción de dichas deudas (93).

Sin embargo, estas cláusulas sancionadoras plantean una triple problemática: la de su validez, la de su eficacia vinculante respecto del tercero adquirente y la de la ocupación y posesión del inmueble durante el turno vacante.

La licitud de la cláusula penal, que en abstracto no plantea problema alguno por su conformidad a Derecho (arts. 1.152 y sigs. CC), debe estimarse, en concreto, conforme a los límites de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC) y de la renuncia de los derechos (art. 6.2 CC), siempre bajo la facultad moderadora de los órganos judiciales (art. 1.154 CC).

En el supuesto planteado ante la Dirección General, además de garantizar la viabilidad económica, su validez se demuestra en que la sanción (pérdida de uso y posesión del inmueble durante el turno que le corresponde) no supone, según fundamento quinto, apartado c), de la Resolución de 1993, la renuncia del derecho, sino una simple abstención de uso del bien en ese turno, sin renunciar, ni perder con ello su derecho, ni su titularidad sobre el mismo.

Por otra parte, la eficacia del pacto sancionador frente al tercero adquirente, en orden al cumplimiento del deber y/o de la sanción (sobre los gastos por venir y pendientes), se obtiene mediante la inserción del pacto penal en el título constitutivo, lo que a la vez servirá para resolver el problema pose-

de servicio de limpieza y lavandería; d) Gastos correspondientes a los seguros de robos e incendios; e) Y los extraordinarios de fondo de reserva y suscripción a otros servicios»

(92) En el supuesto de la resolución [cláusula octava, ap. F)] se establece un pacto, en cuya virtud en caso de que el multipropietario incumpla con su deber de contribución a los gastos comunes de servicio y administración no podrá usar ni disfrutar del apartamento objeto de su derecho durante el turno que le corresponda. La inscripción registral de dicha cláusula fue denegada por el Registrador como defecto insubsanable por ser una renuncia de su derecho contraria a la Ley y al Orden Público (art. 6 CC).

(93) ROCA GUILLAMÓN: *Op. cit.*, pág. 331; O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Op. cit.*, pág. 12, y LEYVA DE LEYVA. *Op. cit.*, pág. 102, hacen referencia a esta previsión.

sorio, ya que en dicho turno vacante, la posesión del piso o local (vacío respecto del multipropietario sancionado) corresponderá, provisionalmente y a efectos de gestión y conservación (no de uso), al órgano comunitario competente o a quien en concreto, y conforme al título constitutivo, deba prestar los servicios necesarios de mantenimiento y administración (94).

4.3.C) Pacto para la modificación del calendario

Se plantea en el caso la validez de un pacto por el que se concede a un tercero la labor de completar el calendario de distribución de los turnos de utilización del inmueble, que fue denegada por el Registrador por suponer, a juicio de este, renuncia de un derecho inherente a los órganos comunitarios, y por ser contraria a los intereses de los propios multipropietarios (art. 6 CC). Sin embargo, la DGRN [fundamento quinto, ap. b)] afirma su conformidad a Derecho en tanto que, partiendo del vacío legal y de la prioridad de la voluntad privada, este acuerdo no supone renuncia alguna de derecho, sino delegación de una facultad propia del órgano de gestión y administración prevista incluso en nuestra normativa proyectada (95).

Pero ¿es válido cualquier pacto de modificación?, ¿qué límites debe respetar la modificación?, ¿cualquier tercero podrá realizarla? En respuesta a tales interrogantes es necesario precisar que dicha modificación, y así habrá de expresarse en el pacto, se acomodará y realizará conforme a las pautas y bases que, sobre el sistema de distribución y asignación de períodos de tiempo, se establezcan en el propio título constitutivo (y/o en los estatutos en su caso). Además, esta labor de modificación del calendario no podrá ser encomendada a cualquier tercero, ajeno y extraño a la comunidad, sino a aquel tercero (persona física o, generalmente, jurídica) en quien se hayan delegado las facultades de gestión, administración y mantenimiento del conjunto inmobiliario (normalmente una sociedad de servicios), es decir, a quien actúe en nombre e interés (representación) de los multipropietarios, por mandato de los mismos (96).

(94) Fundamento quinto, apartado d), de la Resolución de 4 de marzo de 1993 de la DGRN y previsto en los artículos 32.4.a).B-89 y B-91, y 47 B-94.

(95) En especial artículo 37.1.B-89 y B-91

(96) Comenta HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M. *Op cit*, pág. 430, que «es conveniente (y así suele hacerse) contener un calendario, bien de forma genérica (número de semana, a contar desde el primer viernes del año) o concreta (incluyéndose calendarios para cinco, diez o cincuenta años). Este último sistema plantea el problema de que cuando termine deberá hacerse otro, estando autorizado el promotor o quien éste designe a elaborar otro una vez terminado el acompañado, pacto que debe estimarse válido siempre que se contengan las bases objetivas para su realización (así lo señala la R. de 4 de marzo de 1993)».

4.3.D) Pacto de acción de desahucio por precario

En virtud de esta estipulación de la parte vendedora (promotora) o designada por ella puede ejercitar la acción de desahucio por la situación de precario de uno de los multipropietarios, si concluido su turno, no desaloja o desocupa el inmueble.

La DGRN afirma su invalidez por vulneración del artículo 6.2 y 3 CC, por renuncia de los órganos comunitarios de gobierno de su derecho en contra de la Ley (arts. 1.561 y sigs. LEC, normativa imperativa) y de los intereses de los multipropietarios.

Siendo cierto que el multipropietario que ocupa el inmueble fuera de turno posee precariamente, sin título, por vulneración de la temporalidad del goce y de la vinculación cuota-turno adquirido que configuran su derecho real de multipropiedad, el problema reside en la persona legitimada para desahuciarle. En este sentido, y estando legalmente previsto el desahucio por precario, sería lícita la cláusula si hubiera sido atribuida la legitimación procesal activa a los órganos comunitarios, a los multipropietarios directamente, o incluso delegada en un tercero que actuase en su representación (97).

Junto a este tipo de estipulación, existen otras posibles sanciones en caso de no abandono, de incumplimiento del deber jurídico esencial de abstención y respeto de los turnos, como la responsabilidad civil por daños y perjuicios, la resolución del contrato (98), o los aportados por los propios borradores (99), que, conforme a la Ley, la Moral y el Orden Público, gozan de mayor eficacia y celeridad.

4.3.E) Pacto para adaptación sobre futura ley

Se cuestiona la validez de un pacto por el que se deja en manos de una tercera persona (sociedad de servicios) la adaptación del contenido del régimen jurídico de multipropiedad a la futura legislación sobre dicha figura. La DGRN considera inválida dicha estipulación por implicar renuncia de dere-

(97) IDEM, pág. 435, afirma que «de los argumentos de la Resolución de 4 de marzo de 1993 (que lo reserva —el derecho de desalojo— al promotor) parece derivarse su imposibilidad legal (señalando que tal reserva carece de justificación adecuada y perturba el régimen jurídico de las relaciones comunitarias): pero estimo que debe superarse esta interpretación, causada por una inadecuada trasposición de las normas de la propiedad horizontal sin tener en cuenta las especiales características de la multipropiedad y careciendo, en consecuencia, de identidad de razón».

(98) LEYVA DE LEYVA: *Op. cit.*, pág. 103.

(99) Se encomienda la labor de desalojo y desocupación al administrador o, incluso, a la sociedad de servicios [arts. 18.2.B-88 y 32.4.a).B-91].

cho (art. 6.2 y 3 CC), y porque existe una «variable desconocida» (futura ley), imposible de conocer y prever, que queda al margen de la disponibilidad de las partes. Parece ser que la Dirección General ve en ésta una cuestión de Derecho transitorio y temporal, que deberá ser resuelta por una disposición transitoria de la futura ley, estableciendo un plazo de tiempo para la adecuación de los estatutos y del régimen en general a la nueva normativa.

Nos parece excesivo este pronunciamiento, pues, por ser una variable desconocida, cuya solución es de Derecho transitorio, quedando fuera de la voluntad de las partes, tampoco tendrían dicha facultad de adaptación de los pactos a la futura regulación ni los órganos comunitarios, ni los multipropietarios, ni, por supuesto, persona delegada alguna. Existe una cierta confusión, ya que, contrariamente, consideramos cosas distintas lo que establezca la ley para la adecuación de los regímenes de multipropiedad existentes y lo que para el caso de que se promulgue prevean los multipropietarios (extinción, adaptación...), aunque siempre de conformidad y sujetos a lo dispuesto por dicha legislación.

III. LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA MULTIPROPIEDAD: ASPECTOS SUSTANTIVOS

1. SU ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La multipropiedad es un nuevo derecho real, que, a pesar de su especialidad y/o atipicidad, y por su admisión en el sistema número-aperturista de los derechos reales, tiene acceso a nuestro Registro Inmobiliario. Veamos las razones de esta inscribibilidad.

1.1. *La admisión de la multipropiedad dentro del sistema de «numerus apertus» de derechos reales*

La decisión sobre si los derechos reales forman un listado cerrado, exhaustivo y taxativo (sistema del *numerus clausus*) o un listado abierto, enumerativo y enunciativo (sistema del *numerus apertus*), no es puramente teórica (100), sino que trasciende a la práctica, muy especialmente a la

(100) Díez-PICAZO: «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*. 1976, pág. 294: «Contra lo que creen algunos autores modernos, y señaladamente ALBALADEJO, no es una mera cuestión académica desprovista de sentido, sino que es una cuestión que posee evidentes reflejos de orden público.. No se trata tanto de discutir la mayor autonomía de la voluntad individual cuanto de decidir si el negocio o precepto de autonomía privada exigida por éste posee o no transcendencia real».

registral, y que se encuentra en función del sistema jurídico-positivo (101); de ahí la relatividad, temporal o histórica y espacial o geográfica, de su solución (102). Estamos ante un problema en el que subyace y emerge la dialéctica interés individual-interés general, en la circulación y utilización de los bienes y derechos (103), la tensión entre la reserva exclusiva de competencia del poder público (legislativo) y la competencia libre y discrecional de los ciudadanos (104) en orden a la fuente, pública o privada, en la creación y constitución de derechos reales, y en orden a la determinación del contenido de los mismos. Son, respectivamente, los problemas de número cerrado o abierto y de tipicidad o atipicidad de los derechos reales (105). Ambas cuestiones, en una relación íntima (106), se reconducen a un único debate establecido en torno al sentido, significado y alcance del principio de autonomía de la voluntad (107).

A pesar de la vigencia del sistema de *numerus clausus* en determinados ordenamientos jurídicos (Alemania, Austria, Portugal, Argentina, Chile, entre otros) y de las razones aducidas a su favor (108), ya no se trata de averiguar

(101) BELFIORE. *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*. Milán, 1979, pág. 518, para quien tal cuestión no es de pura lógica-formal jurídica, sino una cuestión de política legislativa

(102) BELFIORE: *Op. cit.*, págs. 595 y sigs.

(103) BELFIORE: *Op. cit.*, pág. 447

(104) BELFIORE: *Op. cit.*, pág. 601

(105) Según GATTI y ALTERINI: *El derecho real Elementos para una teoría general*, Buenos Aires, 1991, págs. 77 y sigs., el primer problema, *numerus clausus/apertus*, apunta al contenido *in abstracto* del derecho real, en tanto que el segundo, tipicidad/atipicidad, a su contenido *in concreto*.

(106) BURDESE. «Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali», en *Rivista di Diritto Civile*, 1983, II, pág. 236.

(107) FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO: «Influencia de la práctica en la evolución de la estructura de los derechos reales», en *RDN*, 1989, págs. 60 y 61, dice: «Cuando pasamos del ámbito de las relaciones jurídico-reales, encontramos que la autonomía privada pretende constituir un estatuto jurídico de la cosa objetivamente considerada que acompañe a ésta durante toda su existencia o por lo menos un largo período de tiempo; por eso, frente a la relatividad con que se manifiesta la autonomía en las relaciones obligatorias, en el ámbito de las relaciones jurídico-reales aparece con un signo de absolutividad en cuanto trata de imponerse a terceras personas que lleguen a tener algún contacto con la cosa (...) Este planteamiento inicial anuncia ya que los límites de la autonomía deben ser distintos en el campo de las relaciones jurídico-reales a los de las relaciones obligatorias (...). La aplicación de la doctrina de la autonomía privada en las relaciones jurídico-reales suscita las dos cuestiones básicas y tradicionales. 1.ª El alcance de la autonomía privada en la creación de nuevos tipos de derechos reales, derechos reales atípicos, y 2.ª El alcance de la autonomía privada en la regulación de los derechos reales típicos».

(108) La imprecisión de los artículos 2.2 LH y 7 RH; la existencia de esquemas típicos, con caracteres propios, de los derechos reales; la relatividad de los efectos contractuales, según artículo 1.257 CC; la inexistencia para los derechos reales de una norma análoga al artículo 1.255 CC; razones de tutela, protección, estabilidad, seguridad

la posibilidad o no de la libertad privada en la constitución y creación de nuevos derechos reales, y en modificación de la fisonomía y contenido de los tipos establecidos normativamente, sino de establecer cuáles son los supuestos admisibles y los cauces, límites o limitaciones de la autonomía privada en dicha labor.

Nuestro Derecho positivo carece de norma jurídica que impida la constitución de nuevos derechos reales o la modificación de los regulados positivamente, o que determine, detallada y expresamente, con dicha intención, una lista cerrada o abierta de derechos reales. Todo lo contrario, el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC), considerado como Principio General de Derecho Civil Patrimonial, referido a los negocios jurídicos en general, que originen relaciones jurídicas personales o reales, permite la creación o variación convencional, por acto o contrato, de derechos reales o personales, diversos de los consagrados legalmente, siempre y cuando sean conformes a la Ley, la Moral y el Orden Público.

Así se pone de manifiesto, sobre derechos reales, en nuestro Código Civil (arts. 392, 467, 523, 594 CC) y en Derecho Foral (arts. 3 y 8 de la Compilación de Derecho Civil Foral aragonés, y art. 7 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra). Por otra parte nuestra Legislación Hipotecaria, en sus artículos 2.2 LH y 7 RH, realizada una referencia y enumeración simplemente enunciativa e incompleta de derechos (faltando foro, superficie, anticresis, tanteo, retracto), indica, de modo amplio y genérico, a efectos de inscripción registral, la posibilidad de «otros cualesquiera reales» (art. 2.2 LH), así como la de «cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales» (art. 7 RH). De esta posibilidad de pactos con trascendencia real (arts. 7 y 51.6 RH) se deduce la distinción entre derechos reales tipificados y pactos o contratos, que, teniendo eficacia real, se apartan en su contenido de los tipos legalmente regulados, estableciendo, por tanto, derechos reales atípicos.

En definitiva, nuestro ordenamiento jurídico establece un sistema «numerus-aperturista», con posibilidad de derechos reales nuevos y atípicos, y en donde el problema es que los nuevos tipos reales sean conformes a la Ley, la Moral y el Orden Público (económico e inmobiliario) (109), como

jurídica, de orden público y buenas costumbres; la función social de la propiedad privada; la protección de los terceros y de la parte contratante más débil; el principio de igualdad; el principio de libre circulación de los bienes y de seguridad del tráfico jurídico, la estructura técnica del sistema de publicidad registral; etc

(109) FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO: *Op. cit.*, págs. 152 y sigs., apoyándose en Díez-PICAZO, establece un doble concepto de orden público. Primero, el orden público económico, constituido por los principios del comercio jurídico, buena fe (art. 1.258 CC) y seguridad del tráfico jurídico. Segundo, el orden público inmobiliario, que incluye tres aspectos. principio de especialidad (arts. 9 LH y 51 RH), el requisito de forma (art. 1.280 CC) y de publicidad.

límite negativo, y a las exigencias estructurales (110) y de contenido, esencial y necesario (111), del derecho real (sujeto, objeto y eficacia), como cauce positivo, en tanto que debe constituirse un derecho que otorgue un poder directo del sujeto sobre una cosa, y eficaz *erga omnes*. Se atenderá a la auténtica intención de las partes y al contenido del derecho creado, no a la denominación o *nomen juris* dado por dichas partes (112). El título y el derecho deberán reunir, respectivamente, una serie de requisitos de forma (para su inscripción) y de fondo (inmediatividad). Como requisito de fondo, relativo al derecho, en virtud del principio de especialidad (arts. 9 LH y 51 RH) (113), se requiere plena determinación y concretización, clara, precisa y objetiva del derecho (objeto y contenido) que se pretende inscribir, debiendo afectar dicho contenido del derecho a las facultades del dominio o de un derecho real limitado (art. 7 RH). Y, como requisito de forma, referido al título, en virtud del principio de forma y publicidad, la autenticidad documental exigida para cada caso. Junto a tales requisitos estructurales y sustanciales, se exige la existencia de una causa del negocio en relación con la constitución del derecho real, una conexión voluntad-causa, en cuanto función socio-económica (114).

En esta materia, y a propósito de la multipropiedad, la doctrina científica, nada pacífica, es muy diversa (115). Hay quienes defienden su admisión en el sistema de *numerus clausus* y su tipicidad, y quienes defienden su consideración dentro del sistema de *numerus apertus*, y su tipicidad, en unos casos, o atipicidad, en otros. Por ello, el primer auténtico problema a abordar es la tipicidad o atipicidad de la figura multipropietaria (116).

(110) Lo destaca la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de junio de 1987.

(111) PETRONE: *Op. cit.*, págs. 28-29.

(112) Lo importante es la *intentio* de las partes. LALAGUNA DOMÍNGUEZ: *Curso de Derecho Civil*, III. *Derecho de cosas*, vol. I *Introducción La posesión*, Valencia, 1992, pág. 46.

(113) DÍEZ-PICAZO: *Op. cit.*, pág. 298, habla de la necesidad de plena determinación objetiva del derecho real como un factor de control social y para su ingreso en el Registro de la Propiedad, de modo que «la perfecta constitución de un derecho real pleno exige muy específicas condiciones de determinación, han de referirse al objeto sobre el que el derecho recae y que han de referirse también a aquellos elementos de su contenido necesarios para el pleno desarrollo o desenvolvimiento del derecho como derecho real».

(114) DÍEZ-PICAZO: *Op. cit.*, págs. 300-303.

(115) En especial CALO y CORDA: *Op. cit.*, págs. 73-74, afirman que «en materia de multipropiedad puede haber quien invoca el *numerus clausus* y lo respeta; quien lo invoca, pero desconoce en la práctica sus consecuencias y quien es decididamente contrario, y, por último, quien piensa que el problema de la tipicidad es extraño a la multipropiedad porque, en último término, siempre se trata de propiedad».

(116) En tal sentido, PAU PEDRÓN: *Op. cit.*, pág. 10.

La doctrina mayoritaria defiende su tipicidad intentando sujetar y adaptar la multipropiedad a un molde jurídico-real tipificado legalmente, en tanto que se trata de una simple y nueva variación o modificación del contenido normal de un tipo legal, reconduciéndose la cuestión a lo que SANCHEZ REBULLIDA denomina «disponibilidad del contenido normal de cada tipo», de forma que aunque se admite la libertad y autonomía de la voluntad en la variación del contenido y régimen jurídico del tipo, no por ello se está creando un nuevo derecho real. Es una opinión precipitada porque, como reconoce RIVERO HERNÁNDEZ, hay nuevas figuras y realidades jurídicas que no siempre caben en los «cajones», tipos o categorías jurídicas previstas por norma jurídica, no siendo tampoco necesaria su catalogación y ubicación en una tipología bien decantada y reconocida. Dicha precipitación doctrinal también obedece a la razón de que la propia alteración, voluntaria o convencional, del tipo y del contenido supone especialidad y, en cierto modo, la atipicidad del derecho. Habrá tipicidad cuando el derecho en concreto sea subsumible en un tipo legal general o cuando responda en su contenido al patrón legal.

Ante las objeciones señaladas, un sector doctrinal minoritario (117) sostiene que la multipropiedad, dentro de la Ley, la Moral y el Orden Público, y conforme a las exigencias estructurales y sustanciales del derecho real, presenta unas peculiaridades que denotan su singularidad, novedad y atipicidad en cuanto modificación del contenido de un tipo legal: en nuestra opinión, la copropiedad ordinaria o *pro indiviso*.

Como premisas, es necesario atender a: la preferencia y prioridad de la libertad contractual, el principio de autonomía de la voluntad privada (arts. 1.255 y 392.2 CC), el carácter supletorio o subsidiario de la normativa del Código Civil sobre comunidad de bienes (art. 392 y sigs. CC), la ausencia de regulación positiva específica sobre multipropiedad (atipicidad legal) y las singularidades que caracterizan a esta figura comunitaria (social y funcional, sin acción de división ni retracto de comuneros, con la facultad de goce afecta a un fin permanente y limitada temporalmente).

La DGRN en su Resolución de 1993, si bien no se pronuncia de forma clara y expresa sobre la naturaleza jurídica de la multipropiedad, para referirse a ella emplea términos como «comunidad especial» y «propiedad horizontal atípica» (118), considerándola como un nuevo derecho real que debe respetar unos límites, concretados en los requisitos de determinación

(117) La atipicidad de la multipropiedad como derecho real limitado o pleno es defendida por BENNE (Francia), CASELLI, ALPE y BENACHIO (Italia), e insinuada en España por ISAC I AGUILAR, PAU PEDRÓN, MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS y BARÓ BALLBÉ.

(118) En dicha resolución el Notario habla de «comunidad funcional atípica» y el propio Registrador concibe la multipropiedad como «un nuevo régimen jurídico inmobiliario».

jurídica y de viabilidad económica. En la misma línea, el VII Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Brasil en 1987, sobre registración de la multipropiedad, en su conclusión primera, hace alusión tácita a su atipicidad y expresa sobre su configuración como nueva forma de propiedad, al decir que «la constitución de un derecho que atribuya a su adquirente la facultad de usar y gozar con exclusividad determinados bienes, sucesiva y alternativamente por períodos previamente establecidos, de duración perpetua o temporal y transmisible por actos entre vivos o por causa de muerte, representa la caracterización de un *nuevo estatuto jurídico de la propiedad*, cuyo origen es la energía creadora de la autonomía privada, el que, bajo diferentes denominaciones, opera contemporáneamente en el campo negocial» (119).

En consideración a estas premisas, la multipropiedad es una comunidad especial, social y funcional, atípica; una figura independiente, propia, autónoma y *sui generis* (120), con rasgos peculiares y particulares, que la diferencian frente a otros tipos (copropiedad indivisa y propiedad horizontal), con los que, por supuesto, presenta ciertas notas comunes, pero que, a diferencia de ellos, se estructura y define como una situación objetiva, definida más por el turno que se asigna de modo directo y por la sujeción del inmueble a un determinado destino, y no tanto por la pluralidad de sujetos y como una situación fija, estable y permanente, asumiendo, en cierto modo, la categoría de cualidad real de la cosa inmueble, independientemente de la existencia y número de cotitulares y de la voluntad extintiva de cualquiera de ellos. Es, pues, una figura de nuevo cuño que no se adapta ni amolda a los arquetipos o categorías preexistentes o típicas, pero que se inserta en el proceso evolutivo del derecho real, en general, y del dominio, en particular.

Por último, queda por probar la admisión de la multipropiedad dentro del sistema de *numerus apertus* de los derechos reales y su conformidad con los límites que dicho principio establece en relación con el juego de la autonomía privada, pues esta figura jamás encajaría en un sistema jurídico de número cerrado en el que se establezca de modo exhaustivo el tipo y contenido de todo derecho real.

En el fundamento jurídico tercero, segundo inciso, de la Resolución de 4 de marzo de 1993, la Dirección General afirma que «no se duda de que en España se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2.2 de la LH y 7

(119) Tomado de GARCÍA GARCÍA: *Op. cit.*, pág. 526

(120) MUÑOZ DE DIOS: *Op. cit.*, pág. 871, reconoce que «realmente la multipropiedad, aunque queramos tipificarla en la comunidad, siempre será una especie muy *sui generis*, ya que se eliminan gran parte de sus características básicas y prácticamente surge un nuevo derecho inmobiliario que merece protección registral».

del RH) y, en concreto, de que se permita alterar por pacto el contenido típico de la copropiedad (cfr. art. 392.II CC)». Así, con carácter general, se ratifica la idea de que en nuestro Derecho impera el sistema de *numerus apertus*, aunque, como sigue diciendo, «esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de bienes» en base a consideraciones económicas y por su configuración propietaria.

La admisión de la multipropiedad al amparo del sistema número aperturista es una realidad, ya que el acto o contrato que lo constituye goza de trascendencia real, en tanto que sin regulación propia ni nombre en Derecho modifica y altera, por la temporalidad del goce, la vinculación institucional cuota-turno y su constitución como comunidad funcional y social, el contenido típico de las facultades de la copropiedad (arts. 2.2 LH, 7 y 51.6 RH). Dicha permisión en nuestro ordenamiento jurídico es consecuencia del principio de libertad de disposición del propietario (art. 348 CC), en cuya virtud puede disponer libremente de su derecho, enajenándolo y constituyéndolo en multipropiedad, y del principio de autonomía de la voluntad privada, consagrada respecto de la comunidad de bienes en el artículo 392.2 CC, en orden a variar el contenido y régimen jurídico de un derecho real típico, la copropiedad indivisa o por cuotas, de tipo romano. En dicho sentido, el V Congreso Internacional de Derecho Registral de 1982, sobre conjuntos inmobiliarios, invoca y resalta el importante papel de la autonomía de la voluntad, ratificando, en su conclusión sexta, que dicho principio «tiene el más amplio campo de actuación al regular los conjuntos inmobiliarios con sus múltiples fines y destinos, sin más limitaciones que las impuestas por el ordenamiento jurídico»; y el VII Congreso Internacional de Derecho Registral de 1987, sobre técnica de registración de la multipropiedad, afirma, en su primera conclusión, que «esta nueva figura tiene su origen en la energía creadora de la autonomía privada» (121).

Con independencia de las prácticas abusivas y fraudulentas que puedan darse en la realidad, y ante la falta de regulación específica, cabe concluir que la multipropiedad, en cuanto comunidad social y funcional, especial y atípica, encaja en el sistema de *numerus apertus*, respetando los cauces que dicho sistema impone a la autonomía privada, pues desde un punto de vista general, en lo referente a la Moral y al Orden Público, sin oponerse a la seguridad y agilización del tráfico jurídico, responde al principio de solidaridad social y satisface la función social de la propiedad en base a los intereses inmobiliarios, sociales y económicos que presenta y que son merecedores de protección y tutela jurídica. En particular, respecto a la Ley y a las exigencias estructurales y sustanciales del derecho real, al configu-

(121) Ver nota 119.

rarse como comunidad, entre otras posibilidades, debe constituirse estructural y funcionalmente conforme a los límites, según DRGN, de determinación jurídica y viabilidad económica y concorde a los principios rectores de la comunidad de bienes (principio de autonomía de la voluntad, *ex art.* 392.2 CC; principio de proporcionalidad, *ex arts.* 393 y 398 CC, y principio de libertad individual, según arts. 400, 395 y 399 CC), los cuales son aplicables a todo supuesto de cotitularidad en función del recurso supletorio y subsidiario a la normativa codificada sobre comunidad de bienes (arts. 392-406 CC).

1.2. *Su ingreso en el Registro de la Propiedad*

En definitiva, la inscribibilidad de la multipropiedad obedece a su calificación jurídico-real (arts. 605 CC, 1 y 2.2 LH, y 51.6 RH) y a su admisión dentro del sistema de *numerus apertus* (arts. 7 y 51.6 RH) de los derechos reales como comunidad especial o atípica, pues dicho sistema permite tanto la creación de figuras nuevas, sin *nomen juris*, como la modificación de los tipos legales.

Según el principio registral de calificación y de legalidad (arts. 18 LH y 98 RH) (122), el título constitutivo del régimen multipropietario, como requisitos formales y materiales para su ingreso registral, debe contener una relación jurídico-real viable, debe constar en documento público y auténtico (arts. 3 LH y 33 RH) en el que se haga concreta y precisa descripción de la finca [arts. 9.1 LH y 51.1.a).4 RH] y del derecho a publicar [arts. 9.2 LH y 51.5.a).8 RH]; que dicha inscripción sea solicitada por persona legitimada (arts. 6-7 LH, 39-40 RH), esté consentida por el titular registral actual (arts. 20 LH y 103 RH) y no exista obstáculo en virtud de otra inscripción u otro asiento registral (art. 17 LH).

No obstante, siendo inscribible la multipropiedad en cuanto derecho real inmobiliario, por su novedad y con relación a las exigencias señaladas, dicha inscripción en el Registro de la Propiedad de la figura multipropietaria plantea una serie de problemas específicos sobre el carácter de su constatación registral (constitutivo o declarativo, obligatorio o voluntario); el principio de rogación, es decir, cuáles son las personas legitimadas para solicitar la inscripción; el cumplimiento de las exigencias de determinación jurídica y de viabilidad económica, necesarias según la Dirección General para la existencia e inscripción de la multipropiedad; el objeto de publicidad registral, necesario y potestativo; la trascendencia real e ins-

(122) Afirmados tales principios y labor del Registrador en las Resoluciones de 28 de marzo de 1955 y 19 de septiembre de 1974 de la DGRN.

cribibilidad de los pactos estatutarios, y, por último, la forma más adecuada de registrar este nuevo derecho en folio único o mediante desglose en folios separados.

2. NATURALEZA Y CARACTERES DE SU INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Cuestión material menos compleja pero no por ello trivial, sino de vital trascendencia teórica y práctica, es determinar si la inscripción registral de la multipropiedad es declarativa o constitutiva, voluntaria u obligatoria.

Respecto a la primera cuestión (inscripción declarativa o constitutiva), los distintos Borradores se muestran ambivalentes y oscilantes (123) al igual que nuestra doctrina, nada aportadora de luz a esta problemática, manteniéndose en posiciones indecisas (124) o extremas (125).

Olvidando las posturas intermedias por su timidez, la doctrina en favor del carácter constitutivo aduce razones como la necesidad de conocer hasta el detalle el régimen de la multipropiedad y la necesidad de protección registral de un derecho sin contacto posesorio fuera del tiempo de período de uso.

La primera razón, si bien correcta en sí misma, consiste en un argumento genérico referido a las ventajas que el Registro otorga; más apta, pues, dicha razón para hacer referencia a la conveniencia siempre voluntaria de constatación registral de una figura caracterizada por su novedad, especialidad y complejidad que para imponerla como requisito para su propia existencia. La segunda (falta de contacto posesorio) es una razón que se aduce para justificar el carácter constitutivo de la hipoteca (126); pero hay

(123) El artículo 81 B-88 parece establecer la eficacia constitutiva de la inscripción de la multipropiedad al decir que el título constitutivo «se otorgará en escritura pública, con arreglo a la legislación española, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad». En la misma línea, y tras establecerse la libertad de forma y constitución en el artículo 4 B-89, el artículo 50, referido específicamente a la multipropiedad, asienta que «para que el régimen por períodos quede válidamente constituido se requiere .. que el régimen se constituya en escritura pública y, además, se inscriba en el Registro de la Propiedad». Por contra, el B-91 (arts 3 y 52.1) otorga eficacia declarativa a la inscripción registral de la multipropiedad; y el B-92 (art. 21.1 y 2) simplemente afirma la necesidad de constancia registral.

(124) Autores como LEYVA DE LEYVA: *Op cit.*, pág. 363, y BARÓ BALLBÉ: *Op cit.*, pág. 33, afirman que «la inscripción en el Registro del título tendrá eficacia constitutiva o sólo respecto de terceros».

(125) Entre los escasos autores que se pronuncian sobre esta cuestión a favor de la eficacia meramente declarativa de la inscripción registral de la multipropiedad, RIVERO HERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pág. 69; y de la eficacia constitutiva, SEISDEDOS MUÑO: *Op cit.*, págs. 492-493, y PAU PEDRÓN. *Op cit.*, pág. 162

(126) Como crítica a dicho carácter, mayoritariamente defendido por la doctrina, GORDILLO CAÑAS, A: «Hipoteca voluntaria El iter de su formación y la determinación de su momento constitutivo», en *Anuario de la Academia Sevillana del Notariado*, tomo IV, Madrid, 1991, págs. 323-389

derechos no posesorios (servidumbre negativa) respecto de los cuales la inscripción no se convierte, por ello, en constitutiva. Tampoco existe inmaterialidad, como sí en el derecho de superficie, que pueda inducir a este carácter.

Admitir la naturaleza constitutiva de la inscripción para este derecho nos llevaría a la posible y forzada distinción entre multipropiedad de hecho y de derecho, según que el título constitutivo estuviere o no formalizado en escritura pública y, por ende, inscrito o no (127).

De este modo, ante la inexistencia de norma jurídica y de razones suficientes que determinen la inscripción constitutiva de la multipropiedad, y ante el principio general de nuestro sistema inmobiliario que establece como regla la naturaleza simplemente declarativa de la inscripción registral de un título, acto o contrato por el que se constituye, modifica, transmite o extingue un derecho o relación jurídico-real, debemos concluir afirmando que para la existencia del régimen de multipropiedad y la adquisición de dicho derecho por los adquirentes-multipropietarios es suficiente la concurrencia de un título, de una *justa causa traditionis* válida y eficaz y la entrega del bien objeto de derecho del transmitente (promotor) al adquirente (multipropietario) con garantías suficientes de viabilidad económica. Satisfechas ambas exigencias, puede afirmarse la realidad jurídica de la multipropiedad y su adquisición, siendo posible su posterior ingreso registral para que dicho título, que se inscribe, y dicho derecho, que se publica, tengan plena eficacia y oponibilidad frente a terceros.

Como segunda cuestión (inscripción voluntaria u obligatoria), la solución actual es evidente: al no existir norma legal sobre multipropiedad y en virtud del principio de voluntariedad de inscripción que rige en nuestro sistema, su ingreso registral es facultativo o potestativo, aunque conveniente y estimulado por las ventajas y efectos, sustantivos y procesales, derivados de nuestro Registro Público Inmobiliario. Pero ¿qué ocurrirá en la posible futura regulación? Tanto en Derecho extranjero (128) como en la normativa proyectada española (129), con determinadas salvedades, se esta-

(127) Distinción realizada por SEISDEDOS MUÑO: *Op. cit.*, págs. 492-493, quien, en virtud de una interpretación lógica del artículo 8.1 y 4 B-88, afirma la existencia de multipropiedades de derecho en las que se otorga título constitutivo, siendo en este caso necesaria y constitutiva su inscripción registral; y multipropiedades de hecho en las que al no otorgarse título constitutivo tampoco será necesaria para la existencia de dicha multipropiedad su constancia registral.

(128) Dentro de nuestro ámbito europeo se establece esa obligatoriedad de inscripción en el Registro inmobiliario en el artículo 2.1 del Decreto-Ley 355, de 31 de diciembre de 1981, en Portugal, y en el artículo 12 de la Ley 1652, de 14 de octubre de 1986, en Grecia.

(129) De forma clara expresan la imperatividad de la inscripción registral los Borradores de 1988 (Exposición de Motivos y art. 8.1 y 4) y de 1992 (art. 21.1 y 2, con

blece la preceptividad y necesidad de inscripción registral del título constitutivo del régimen de multipropiedad y la publicidad registral del derecho en cuestión.

Si bien defendemos el carácter voluntario de la inscripción en general, no debe extrañarnos que en una próxima Ley sobre multipropiedad, por las singularidades que la figura presenta, se establezca la obligatoriedad de su registración, aunque no creemos que dichas particularidades justifiquen esa posible obligación legal de inscribir.

3. LA SOLICITUD DE SU INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Estimados los caracteres declarativo y voluntario de la inscripción registral de la multipropiedad, cabe preguntarse, y con relación al principio de rogación o instancia, sobre las personas legitimadas para instar o solicitar dicho ingreso registral.

Los Borradores de anteproyectos legales dan solución precisa a la cuestión (130), pero ésta, ante el vacío legal actual sobre multipropiedad, puede ser igualmente resuelta por nuestra legislación hipotecaria (arts. 6 y 7 LH, 39 y 40 RH), de modo que dicha registración podrá ser pedida indistintamente: por el multipropietario, bien como adquirente del derecho de multipropiedad [art. 6.a) LH], bien como transmitente del mismo [art. 6.b) LH]; por el promotor en cuanto transmitente [art. 6.b) LH]; por el órgano comunitario de gobierno competente [art. 6.c) LH], o incluso por un tercero ajeno y extraño que tenga interés legítimo y justificado en la realización de dicha constancia registral [art. 6.c) LH]. Todas estas personas podrán solicitarlo por sí mismas o mediante representante [art. 6.d) LH], entendiéndose como tal aquella persona, siempre natural, que presente los documentos necesarios en el Registro con la intención de solicitud de inscripción en nombre y representación de otro sujeto (art. 39 RH).

la expresión «deberá»). La voluntariedad es declarada en el de 1991 (arts. 5.1 y 52) Por su parte, el de 1989, tras establecer con ámbito general el carácter facultativo de la registración (art. 6.1, con la expresión «podrá»), posteriormente referido a la multipropiedad, establece la preceptividad de dicho acceso registral (art. 50.3).

(130) Suelen otorgar prioridad al promotor. El B-88, en su Exposición de Motivos, hace referencia genérica a las personas legitimadas para solicitar la formalización en escritura pública y la inscripción registral del título constitutivo del régimen de multipropiedad empleando el término «participes»; pero con mayor concreción, el B-89 admite la iniciativa privada de inscripción registral de «cualquier propietario» (art. 6.1). De modo similar, el B-91 se refiere a «cualquier propietario» (art. 3.4), «propietario único o todos los titulares» (art. 5.1), la «Junta de propietarios» (art. 7.1); y referido en particular a la multipropiedad, habla del «dueño de la finca» (arts. 52.1 B-91 y 5.1.B-92)

Ante la aparente sencillez de la cuestión, surge un interrogante: ¿Puede el promotor como constituyente y antes de transmitir las cuotas y turnos solicitar la inscripción registral del título en el que se constituye la multipropiedad? La respuesta es afirmativa, ya que el promotor presenta un título en el que se modifica un derecho (el inicial de propiedad sobre el inmueble) y se crea y constituye un nuevo derecho real inmobiliario, el de multipropiedad (art. 2.2 LH); y porque aunque no exista adjudicación del mismo (adquisición derivativa) el derecho se ha constituido (sucesión constitutiva) y existe un interés en su inscripción registral cual es garantizar la posibilidad de su transmisión y, a la vez, proporcionar certeza, seguridad y conocimiento a los posibles adquirentes sobre el contenido y régimen de dicho derecho [art. 6.c) LH].

Esta afirmación es coherente con el requisito de previa inscripción registral de la constitución de la multipropiedad exigida por la DGRN (R. 4-3-1993) y consecuencia del tracto sucesivo. De ahí la denegación, en el caso planteado, de la inscripción registral, pues se pretendía inscribir la transmisión de una cuota multipropietaria sin haberse previamente inscrito el régimen multipropietario mediante escritura de creación. Por ello, y como ya había indicado anteriormente el VII Congreso Internacional de Derecho Registral en 1987 (131), se exige la previa inscripción del régimen de este nuevo derecho (fundamento de Derecho cuarto, primer inciso, de la Resolución de 1993) de modo similar a lo que sucede con la propiedad horizontal (arts. 5 LPH y 8.4 LH), en cuya regulación se requiere, para que las posibles transmisiones de cuotas sobre elementos comunes accedan al Registro de la Propiedad, la previa inscripción registral del título constitutivo de dicha propiedad por pisos o locales.

Al ser necesario el previo otorgamiento del título constitutivo para que nazca la multipropiedad y puedan transmitirse las cuotas multipropietarias, también a efectos de ingreso registral, antes de inscribir la transmisión, es necesaria la inscripción de la propia constitución del derecho cuya transmisión se pretende registrar. Al menos podría pensarse en la posibilidad no únicamente de previa, sino también de simultánea inscripción registral con la transmisión de las cuotas del promotor a los adquirentes (132).

(131) El VII Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Río de Janeiro en 1987, sobre registración de la multipropiedad, insiste sobre tal necesidad de inscripción previa al afirmar en su conclusión octava que el estatuto referido a edificios terminados o en construcción debe estar sometido a un régimen de publicidad previa a la enajenación de los derechos que dan lugar al uso temporal y por turnos de los inmuebles, debiendo someterse además los contratos de enajenación aludidos al régimen que cada país establezca para la protección de los consumidores (tomado de GARCÍA GARCÍA: *Op. cit.*, pág. 526).

(132) LEYVA DE LEYVA. *Op. cit.*, pág. 34, afirma que «en relación con la multipropiedad inmobiliaria el contrato produce efectos reales. La transmisión del derecho de

4. OBJETO DE PUBLICIDAD REGISTRAL

4.1. *Las exigencias de determinación jurídica y de viabilidad económica*

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en el fundamento tercero de su Resolución de 1993 (133), establece para la existencia, caracterización real e inscripción de la multipropiedad (simple o compleja) la concurrencia de dos requisitos mínimos necesarios y esenciales: determinación jurídica y viabilidad económica. Sin embargo, el carácter ambiguo, impreciso y genérico de su especificación obligan a su análisis y a la determinación precisa de su significado.

En virtud de una interpretación literal y lógica de la resolución (134), el requisito de *determinación jurídica*, que es consecuencia del principio de especialidad (arts. 9 LH y 51 RH), exige, respecto del derecho mismo, la especificación de un contenido mínimo que se reflejará en el título constitutivo. Es la exigencia común y general, nada novedosa respecto de los supuestos comunitarios, de existencia de un acto o contrato creador del derecho, de su régimen y contenido (135). Según la resolución de dicho título, como contenido necesario y esencial, habrá de hacer mención específica y detallada de cada una de las unidades inmobiliarias que integran la multipropiedad; la cuota correspondiente a cada una de dichas unidades inmobiliarias, en orden sobre todo a determinar el reparto y participación en cargas, gravámenes, gastos y beneficios comunitarios derivados de la disposición del inmueble; el régimen o sistema de organización, gestión y

propiedad del promotor al multipropietario requiere que previa o simultáneamente se haya constituido el inmueble en régimen de multipropiedad».

(133) Afirma que la inscripción registral, y el propio carácter y contenido real, de la multipropiedad «sólo será posible si se cumplen los requisitos de determinación jurídica y viabilidad económica. Sin que consten cumplidos uno y otro requisito no podrá acceder al Registro la constitución de una multipropiedad, pues el Registro ha de ser instrumento de seguridad y no debe socavarse su prestigio haciéndole cobijo de fantasías y fraudes».

(134) Se dice que «el requisito de la determinación obliga a que en el título se concreten no sólo las relaciones comunitarias del comprador de una participación con quien al vender retiene la parte restante, sino también cuál haya de ser el régimen de la especial comunidad que se constituye y de las unidades inmobiliarias que la integran. Pues bien, resulta que en las prescripciones de la escritura presentadas relativas a esta comunidad no se dice nada —o no se dice con la claridad necesaria— si la porción de semanas no vendidas (todas menos las que se venden) constituye una única unidad inmobiliaria o si habrá tantas como semanas, o más o menos, y cuál es, si hay varias, el porcentaje de cada una a efectos de que sirva de módulo para determinar las cargas y beneficios por razón de la comunidad, ni tampoco se precisa cuál sea el régimen orgánico y de funcionamiento de esta comunidad; falta también toda referencia al mobiliario destinado al uso sucesivo de los distintos titulares de los períodos».

(135) RIVERO HERNÁNDEZ. *Op cit*, págs. 66-67; LEYVA DE LEYVA. *Op cit*, pág. 361.

funcionamiento comunitario, y el mobiliario incluido en el inmueble que esté destinado a la utilización conjunta y sucesiva por los distintos multipropietarios.

Examinado ya en las consideraciones previas a la problemática registral el aspecto formal del título constitutivo sustantiva y técnicamente, ¿cuál ha de ser su contenido?, ¿qué menciones y circunstancias debe, necesaria o potestativamente, recoger desde el punto de vista de su determinación registral? Para la respuesta adecuada son de interés las menciones previstas y requeridas en la regulación portuguesa (136); en nuestros Borradores (137), en la proposición comunitaria (138), y a nivel doctrinal, la necesidad de una «tipizzazione adeguata in ordine al contenuto del diritto» propugnada por UMBERTO MORELLO (139), aunque tales datos habrán de considerarse con un carácter simplemente orientador, bien por la distinta configuración de la multipropiedad, bien por la carencia de vigencia de la normativa apuntada.

Por dicha condición aproximativa y orientativa, el contenido posible del título constitutivo de la multipropiedad, atendiendo siempre a la resolución citada, pero con mayor ambición y más allá del supuesto planteado, deberá

(136) En Portugal, según regulación y DGRN (Declaración de 19 de octubre de 1982 y Circular de 28 de septiembre de 1982), el acta constitutiva de la habitación periódica viene integrada por las siguientes menciones: la finca sujeta a este régimen como descripción del objeto sobre el que recae el derecho, los titulares de los derechos de habitación periódica; el período al que se refiere, inicio y término, de cada vivienda, el valor de cada período mensual de tiempo, los principales derechos y obligaciones de los titulares del derecho de habitación periódica y del propietario del inmueble; el valor de la prestación pecuniaria prevista en el artículo 14; el tiempo, lugar y forma de pago; el límite de duración del derecho cuando no sea perpetuo; y la transmisión de los derechos, para lo cual se requerirá un título de transmisión.

(137) Según los artículos 8.1 y 2.B-88, 7. 50, 51.B-89, 5.2 y 3, 52.2.B-91 y 5.10.B-92, el título constitutivo del régimen de multipropiedad hará mención expresa de los siguientes datos: descripción de la finca que se constituye en multipropiedad; descripción de las fracciones autónomas de la finca; descripción de los bienes o servicios comunes; los turnos de uso, con indicación del día y hora inicial y final, y de la cuota de participación correspondiente, días reservados a reparaciones, mantenimiento, conservación, limpieza u otros fines comunes; la transmisión de cada período de uso; mobiliario inmerso en el inmueble y sujeto a su destino; especificación del destino y calificación del inmueble como turístico (empresarial...); mención de la sociedad, en su caso, que asuma la prestación de servicios; sistema de gobierno, gestión y funcionamiento; licencia urbanística; los pactos orgánicos, con indicación de las facultades y deberes, formando o no unos estatutos privados [arts. 8.2.B-88, 7.5.B-89, 5.2.4.B-91 y 5.1 n).B-92]

(138) El anexo de la propuesta de Directiva europea de 1992 que, con relación a los artículos 5.1 y 6.d), establece, con excesivo y cansino detalle, en catorce apartados [de la a) hasta la n)] los elementos mínimos del título constitutivo de multipropiedad. Igualmente, el anexo y artículos 4 y siguientes de la Directiva de 1994.

(139) MORELLO *Op. cit.*, págs. 126-127, exige, entre otros requisitos de contenido, expresa referencia al objeto del derecho, el período de goce, el valor de dicho período, los poderes de goce y disposición, las obligaciones de conservación y custodia, el reglamento interno y el régimen de organización

deducirse de los preceptos hipotecarios (arts. 9 y 30 LH, y art. 51 RH, sobre todo las reglas 5 y 6) y de la aplicación analógica del artículo 5 LPH (sobre todo para la hipótesis de multipropiedad compleja) (140), en virtud de las cuales podrá hacerse mención de las siguientes circunstancias:

- Descripción precisa del inmueble en su conjunto, conforme a lo dispuesto en los artículos 9.1 LH, 51.1 a 4 RH y 170 Reglamento Notarial, expresando su naturaleza, situación, linderos, medida superficial, nombre y número, junto con los servicios e instalaciones de que disponga (art. 5.1 LPH).
- En caso de multipropiedad compleja se procederá de forma similar a la descripción de cada vivienda, apartamento, piso o local susceptible de aprovechamiento independiente, con sus partes comunes, anejos, servicios e instalaciones, conforme a los artículos 9.1 LH y 5.1 LPH, expresando igualmente su extensión, linderos, nombre y número correlativo.
- Delimitación de los bienes muebles afectos al destino común del inmueble constituido en régimen de multipropiedad, que podrá hacerse junto a la descripción de la finca (sea multipropiedad simple o compleja) o por referencia a un inventario.
- Delimitación perfecta de la duración del ciclo temporal de la multipropiedad, precisando de forma concreta y definitiva los períodos de tiempo de uso y utilización (turnos) que corresponden a cada multipropietario y en que se divide temporalmente cada apartamento, piso o local; expresándose el inicio y el final de cada turno, que puede fijarse por días, semanas, meses o incluso años de forma fija, rotativa, mixta o intercambiable. Correlativamente, se indicará la cuota correspondiente a cada turno y a cada vivienda. Es ésta una mención prevista ya para la propiedad horizontal (art. 8.4 LH), introducida por esta resolución registral como clara imposición del artículo 9.2 LH (naturaleza del derecho y sus condiciones) y del principio de especialidad (contenido del derecho inscrito) que lo informa, pues al ser la vinculación cuota-turno dato esencial en la multipropiedad es necesario que dicha mención conste en el título constitutivo y figure en la inscripción.
- En caso de multipropiedad compleja se procederá adicionalmente a la indicación de las específicas cuotas de participación sobre los elementos comunes (cuota distinta de la correspondiente a los turnos adquiridos), que se deducen del derecho de cada uno de los multi-

(140) En similar sentido se pronuncian, entre otros, O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Op. cit.*, pág. 47; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO: *Op. cit.*, págs. 101-105; LEYVA DE LEYVA: *Op. cit.*, pág. 361.

propietarios (sobre todo del mayor o menor y del mejor o peor período de tiempo) y que se atribuyen a cada apartamento, piso o local con relación al total del inmueble y del que se derivan los deberes que corresponden a cada multipropietario (sobre todo contribución de gastos comunes y participación en caso de extinción), según dispone el artículo 3.2 LPH.

- Precisión del sistema de administración y gestión del bien común en cuanto a su organización y funcionamiento (LPH y R. 4-3-1993 de la DGRN).
- Indicación de la persona/s del promotor/es en cuanto constituyente y/o transmitente del derecho que procede a inscribirse (art. 9.5 LH) y de los titulares de los derechos de multipropiedad a cuyo favor se procede a la inscripción (art. 9.4 LH). En este sentido, destacar que junto a las menciones personales posibles (órganos comunitarios y promotor) hay un dato personal que es mención esencial: la indicación de los multipropietarios que se erigen en titulares registrales protegidos por la publicidad registral. Es un dato esencial, pues conviene no olvidar que la multipropiedad, como comunidad especial, se estructura como un derecho con sujeto múltiple (141); de ahí la necesidad de esta circunstancia, que aparecerá expresada en el folio registral principal de la finca y del folio especial de la cuota-terno en caso de inscripción separada.
- Contenido y ejercicio de la multipropiedad en cuanto derecho, de conformidad con los artículos 9.2 LH y 51.5 a 8 RH, expresando los derechos, facultades, poderes, deberes, obligaciones, límites, limitaciones, cargas, gravámenes y demás pactos que configuran el régimen jurídico de la multipropiedad propiamente dicho. Por aplicación analógica del artículo 5.3 LPH, esta mención reglada podrá venir contenida en unos estatutos privativos y particulares de la colectividad de multipropietarios en los términos previstos y permitidos por la Ley de Propiedad Horizontal (142).

De esta enumeración cabe observar: la importancia de la distinción entre multipropiedad simple y compleja en la delimitación del contenido del título de creación, sobre todo en orden a la descripción de la finca; la existencia de menciones comunes con el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal y de menciones propias y específicas del de multi-

(141) O'CALLAGHAN MUÑOZ. *Op cit.*, pág. 31; RODRÍGUEZ PÉREZ y DÍAZ-FLORES CALERO: *Op cit.*, pág. 37, afirman de modo conciso que «el sujeto, si la multipropiedad se inscribe en el Registro de la Propiedad, es llamado titular registral».

(142) Sobre el carácter, real o personal, de los pactos que accederán al Registro se hará posterior análisis.

propiedad (cuota y turno), y la distinción entre menciones que constituyen el contenido mínimo, necesario y esencial del título constitutivo, indicadas por la Dirección General (delimitación del objeto —vivienda o apartamento— y de su derecho —turno y cuota—, participación correspondiente del sujeto, mobiliario y régimen orgánico de funcionamiento) y otras no obligatorias, como sucede con los estatutos.

En definitiva, y salvando la parcialidad del pronunciamiento registral, aplicado al fin y al cabo a un caso concreto de multipropiedad compleja, lo importante es que el título constitutivo del régimen multipropietario se formalice en escritura pública (arts. 1.280.1 CC y 3 LH) y precise un contenido que responda a la necesidad de descripción del inmueble (art. 9.1 LH) y delimitación del derecho (art. 9.2 LH), bajo la nulidad de la inscripción en caso de incumplimiento. Todo ello, naturalmente, no tanto a efectos de existencia y validez del acto o contrato de constitución de la multipropiedad, sino en orden a su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Junto con la determinación jurídica, la *viabilidad económica*, según la resolución citada (143), se erige en requisito necesario para la existencia jurídico-real de la multipropiedad, posibilitando con ello su ingreso registral. Es una cuestión, prevista ya a nivel comunitario (144) y en nuestros Borradores (145), que se presenta de modo análogo para la constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal, pues se pretende garantizar la susceptibilidad de aprovechamiento (uso, goce y disfrute) independiente y autónomo, desde un punto de vista económico, de cada apartamento, piso

(143) «El requisito de la viabilidad económica tiene asimismo especial significación en la figura de la multipropiedad. Este requisito es también exigido tratándose de la constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal, pues para que puedan constituirse los pisos o locales de un edificio como unidades jurídicas independientes se exige que «sean susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública (cfr. arts. 396 CC y 3 LPH). Pero ocurre en la multipropiedad que en ella, por definición, cada unidad económica no tiene una dimensión física, sino temporal. Es más, de la realidad práctica puede derivarse la conclusión de que estas unidades si no se estipulan otras previsiones que las ordinarias del régimen de propiedad horizontal carecerían de viabilidad económica y, por tanto, no podrían erigirse jurídicamente en unidades reales. Sólo alcanzarán este carácter —y las reglas de la comunidad ordinaria darán paso a las reglas estipuladas para esta comunidad especial— por el tiempo en que en el título de constitución se dé solución, con garantías suficientes, al problema de que el apartamento al comienzo de cada turno esté limpio y dispuesto para el adecuado disfrute y de que la determinación del precio de los futuros servicios prestados con ese fin no esté dejada al arbitrio de quien asuma la obligación de prestarlos»

(144) En el anexo de la propuesta de Directiva de 1992, en su apartado m) hace mención de «las medidas adoptadas o que vayan a adoptarse para la gestión y el mantenimiento del bien inmobiliario...»

(145) Destaca el artículo 52.2. y 3.B-91, aunque sólo se refiere a esta exigencia cuando dicha labor de conservación sea realizada por una sociedad de servicios y exigiendo precisar el precio estipulado

o local (arts. 396.1 CC y 3 LPH), aunque en la multipropiedad sus exigencias concretas deberán ser distintas como consecuencia de la delimitación más temporal que física del inmueble constituido en tal régimen.

La viabilidad económica, establecida probablemente ante la práctica abusiva y fraudulenta, debe constar necesariamente, como contenido obligatorio, en el título constitutivo, no en otro documento (fundamento cuarto de la resolución), y se traduce esencialmente en una doble exigencia. Primero, supone el establecimiento de garantías a través de deberes, límites y prohibiciones en relación a la limpieza, adecuación y mantenimiento del inmueble en las condiciones necesarias que permitan el apropiado disfrute del mismo al comienzo y durante cada turno. Y segundo, como garantía de los multipropietarios no ya entre sí, sino frente a terceros, se requiere la determinación del precio de los futuros servicios cuando éstos sean prestados por el promotor o cuando delegue dicha labor y deber de conservación del inmueble en tercero; todo ello en aras de evitar que la fijación del precio a pagar quede al arbitrio de quien los preste o del propio transmitente.

Como crítica, cierta doctrina (146) señala que con la exigencia de viabilidad económica se hace depender la inscribibilidad de la multipropiedad, su existencia y esencia real, de un requisito más de carácter fáctico, de hecho, práctico y económico que de derecho, haciendo una comparación entre propiedad horizontal y multipropiedad respecto de elementos (susceptibilidad de aprovechamiento independiente y garantía de servicios mínimos de limpieza, conservación y mantenimiento) que en sí mismos considerados son incomparables. Sin embargo, replicamos afirmando que el establecimiento de garantías sobre el aprovechamiento fáctico no es dato material o de hecho, sino jurídico o de derecho, pues los medios por los que se establecen tales garantías (deberes y limitaciones) son de dicho carácter, estableciéndose claras situaciones de deber jurídico. Respecto a la comparación, ésta es posible, ya que existe una cierta analogía y semejanza entre propiedad horizontal y multipropiedad (sobre todo compleja), aunque cierto es que si bien es factible la comparación, no lo será la identificación porque la multipropiedad, por sus peculiaridades (temporalidad del ejercicio de la facultad de aprovechamiento y vinculación cuota-turno), obliga a una adaptación concreta de las exigencias requeridas en el régimen de propiedad horizontal.

(146) Así, O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Op cit.*, pág. 6, para quien «esto es más que discutible. Cuando se pretende comparar con la propiedad horizontal se emplean términos en sí no comparables: una norma legal contenida nada menos que en el Código Civil ("... susceptibles de aprovechamiento independiente...") no se puede comparar con una apreciación de que se garanticen los servicios mínimos de un apartamento en multipropiedad. Es como si un Registrador pudiera exigir garantías de que en una transmisión inmobiliaria el inmueble estuviera en condiciones de uso (limpio, libre) y con unos servicios mínimos (de portería, de ascensor, etc.)».

Se señala también por ese sector doctrinal que este requisito originará una situación de incertidumbre en cuanto a su apreciación por el Registrador cuando éste deba juzgar si el inmueble está en dichas condiciones de goce con servicios mínimos. Con esta apreciación negativa se incurre en un error, pues lo que controlará el Registrador no es si el inmueble se encuentra bajo tales condiciones de conservación, sino si está garantizada la posibilidad de su goce, es decir, si son suficientes o no las concretas garantías fijadas en relación a dicha necesidad de adecuación del conjunto inmobiliario.

Por último, se observa exagerado que la viabilidad económica sea mención obligatoria en el mismo documento del título constitutivo, cuando parecería posible y más oportuno su reflejo en los estatutos (art. 5.3 LPH) o incluso en las ordenanzas o reglamento de régimen interno (art. 6 LPH). Se olvida con esta observación que en la exigencia de viabilidad económica y con el establecimiento de medidas adecuadas para el mantenimiento del inmueble y garantía de su aprovechamiento subyacen una serie de deberes jurídicos de uso esenciales a la multipropiedad (conservación, buena fe y respeto) que conforman el contenido y régimen jurídico básico de esta comunidad; de ahí la necesidad de su especificación en el título constitutivo, aunque esto no sea óbice para su inclusión en los estatutos.

Se trata, en conclusión, de una visión negativa que no destaca la verdadera razón, sentido y alcance de este requisito. Ante la realidad de fantasías y prácticas abusivas o fraudulentas, con la viabilidad económica, conforme a la exigencia de viabilidad de la relación jurídico-real (arts. 2 LH y 7 RH), se intenta que el derecho de multipropiedad, en su contenido y ejercicio, quede garantizado; que pueda nacer y vivir, que salga a la luz, cual niño recién nacido, con fuerza y robustez para sobrevivir. Supone, pues, la protección y seguridad de los multipropietarios entre sí y frente a terceros, asegurándoles la efectividad jurídica y económica de su derecho y del disfrute del turno asignado. El requisito de viabilidad económica es, referido al contenido, expresión específica y concreta de la susceptibilidad de aprovechamiento independiente del objeto y de los deberes jurídicos que son inherentes a la condición de multipropietario (similares a los recogidos en el artículo 9 LPH) y que aseguran y garantizan un adecuado y correcto ejercicio del derecho, sobre todo por lo que se refiere a la facultad de aprovechamiento, de uso, goce y disfrute del bien durante el período de tiempo correspondiente a cada multipropietario.

4.2. *Objeto de publicidad*

Sin volver a insistir sobre el contenido, obligatorio o voluntario de la inscripción del título constitutivo del régimen de multipropiedad, es nece-

sario hacer puntual reflexión sobre determinadas menciones que por su inclusión en el título creador y por la inscripción registral de éste son objeto de publicidad registral y que nos darán indicio del sistema más adecuado de registración de la multipropiedad.

4.2.A) El inmueble y su mobiliario

El objeto de la multipropiedad puede recaer sobre un inmueble independiente o sobre un piso de un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal o, hipótesis usual, sobre todos los pisos de un edificio o de una urbanización o, incluso, sobre el edificio entero (147).

En cualquier caso, deberá tratarse de una multipropiedad real e inmobiliaria (arts. 605 CC y 1 LH). La vivienda, apartamento, piso o local objeto del derecho real de multipropiedad, bien como unidad inmobiliaria independiente (multipropiedad simple), bien como parte integrante de un conjunto en régimen de propiedad horizontal (multipropiedad compleja), dentro de un edificio (o éste mismo) o de una urbanización privada obtiene la calificación jurídica de bien inmueble (bien corporal, permanente, inamovible, con destino propio, *ex* art. 334.1 CC) y de finca a efectos registrales (inmueble por naturaleza), accediendo, pues, al Registro de la Propiedad en virtud del artículo 2.1 LH, en relación con los artículos 7 y 8 LH. La finca se describirá conforme al artículo 9.1 LH, produciendo una primera inscripción y obteniendo un número propio mediante el procedimiento de inmatriculación (art. 199 LH), dando lugar a la apertura de un nuevo folio registral (148).

También tendrán constancia registral los bienes muebles instalados en la vivienda, según DGRN (149) y Borradores (150), siempre que con carácter

(147) Respecto a su configuración física, y de conformidad con el artículo 396 del Código Civil, todos los Borradores exigen que el inmueble tenga acceso directo a la vía pública.

(148) O'CALLAGHAN MUÑOZ. *Op. cit.*, pág. 53; RODRÍGUEZ PÉREZ y DÍAZ-FLORES CALERO. *Op. cit.*, pág. 27, nota sexta, siguiendo a SÁNCHEZ MARTÍN y MARTÍNEZ CASTRO.

(149) En el fundamento tercero de la Resolución de 4 de marzo de 1993 de la Dirección General de los Registros y del Notariado se precisa ya la exigencia, como contenido mínimo y necesario, de hacer constar el «mobiliario destinado al uso sucesivo de los distintos titulares de los períodos», afecto y sujeto al fin o destino común del inmueble constituido en régimen de multipropiedad.

(150) En especial el artículo 49.2 B-89, el Título V B-91 y el artículo 9.B-94 hablan, como posible y conveniente objeto de publicidad registral y como mención del título constitutivo, de las «pertenencias» del inmueble. Ocurre, no obstante, que el concepto de «pertenencias» no tiene regulación ni contemplación positiva en nuestro Derecho, sí en el BGB alemán; de ahí que, en nuestra opinión, quepa y deba pensarse que dicho mobiliario, instalado en la finca con carácter permanente y para su servicio,

permanente y estable estén afectos a la consecución del destino socioeconómico del inmueble y al servicio de los fines de los multipropietarios, pues por ello dicho mobiliario, considerado como inmueble por destino (art. 334.4 y 5 CC), se constituye como parte integrante del inmueble por naturaleza, configurando con él una unidad funcional y teleológica como objeto único de cotitularidad (151) —vivienda amueblada—, con un destino común e idéntico. La descripción del mobiliario podrá hacerse en el folio registral de la finca o por referencia a un inventario, que se reflejará en un anexo adjunto al título constitutivo y que se expresará en el folio de la finca matriz (vivienda para la multipropiedad simple) o especial (piso o local para la multipropiedad compleja, *ex art.* 8.5 LH).

Por último, y respecto a los elementos comunes en caso de multipropiedad compleja, la inscripción especial y separada de los mismos, defendida por un sector doctrinal (152) con base en el B-91, no es admisible ni planteable, siendo suficiente su constatación en el folio principal de la finca matriz (art. 8.4 LH) y la práctica de notas de remisión a la descripción de la misma en caso de folio propio para cada piso o local (art. 8.5 LH).

4.2.B) Los derechos constituidos (cuota-turno) sobre el inmueble (o sobre sus partes)

Consecuencia inmediata de la vinculación institucional y estructural como unidad funcional entre turno y cuota es la necesidad de inscripción conjunta de este binomio (cuota-turno), que con independencia del orden en su indicación (153) es contenido necesario en el título constitutivo de multipropiedad.

En contra de su constatación registral, autores como HERRERO GARCÍA (154), afirman que el pacto de uso temporal o periódico es de carácter

forme un bien inmueble por destino, categoría y concepto jurídico que si bien no deja de ser una especificación particular del de pertenencia, sí tiene cabida y aceptación positiva expresa en el Derecho español (art. 334.4 CC) (CLAVERIA GOSÁLBEZ. «Las pertenencias en Derecho privado español», en *ADC*, 1976, pág. 3).

(151) LEYVA DE LEYVA: *Op. cit.*, pág. 103; RIVERO HERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pág. 27, nota sexta.

(152) Destacando el estudio que sobre el B-91 hace RIVERO HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, págs. 35-38 y 109-110.

(153) PAU PEDRÓN: *Op. cit.*, pág. 10, en cuanto Registrador de la Propiedad e influido por la idea de un derecho real nuevo y atípico, inscribió en un primer momento, primero, el período de tiempo, y segundo, la cuota; pero posteriormente cambió el orden, inscribiendo primero la cuota y en segundo lugar el turno atribuido a cada multipropietario.

(154) HERRERO GARCÍA. *Op. cit.*, págs. 87-90.

personal. Esto es cierto en las comunidades ordinarias donde dicho pacto es elemento instrumental modalizador del uso de los comuneros, pero no en la multipropiedad donde esta cláusula es elemento estructural (155) que conlleva una serie de facultades y deberes, expresión del derecho real de copropiedad atípica (156). Es una estipulación que sin tener nombre propio en Derecho modifica una facultad propia del dominio, la de goce y uso (art. 394 CC), y modaliza el contenido y alcance de la cuota, por lo que su trascendencia real es innegable (art. 7 RH) (157), constituyendo el objeto y contenido del derecho mismo, su núcleo, cuya constancia registral es necesaria en virtud del principio de especialidad (art. 9.2 LH) a través de su mención en el título constitutivo, siendo precisa la delimitación (158) perfecta, expresa, concreta y definitiva, aunque con posibilidad de modificación futura [R. 4-3-1993, fundamento quinto, ap. b)] de la duración del

(155) MUNAR BERNAT: *Op. cit.*, págs. 117-118; PAU PEDRÓN: *Op. cit.*, págs. 22-23.

(156) RODRÍGUEZ PÉREZ y DÍAZ-FLORES CALERO: *Op. cit.*, pág. 39.

(157) LUCAS FERNÁNDEZ: *Relaciones asociativas no societarias en la agricultura española*, Murcia, 1966, págs. 38-39, afirma que «el pacto que concreta el disfrute por el condómino de la finca común a determinadas temporadas puede ser considerado de trascendencia respecto de terceros en cuanto dicho pacto regula la forma en que el goce de la cosa ha de ser actuado, perfila, por tanto, el interés que directa e inmediatamente se protege por el ordenamiento jurídico cuando —en la concepción más generalizada hoy— de un derecho subjetivo real se trata. Si se admite que el artículo 394 del Código Civil, al regular facultades de uso y disfrute de la cosa por el comunero, contempla el aspecto quizás más importante desde el punto de vista de la potestad de los condóminos sobre la cosa tiene evidente cabida en el marco de los preceptos reguladores de los derechos reales, el pacto que contemplamos no hace sino perfilar en parte, y en parte modificar, lo dispuesto en este artículo, concretando el pacto que cada partícipe podrá servirse de la cosa común en la forma y tiempo que se estipula, por lo cual se predetermina que usando la cosa común durante las temporadas señaladas no se perjudica el interés de la comunidad ni se impide utilizarla por los demás copartícipes según su derecho, ya que este derecho se concreta a temporadas distintas». RODRÍGUEZ PÉREZ y DÍAZ-FLORES CALERO: *Op. cit.*, pág. 39, afirman que «los pactos que se hayan establecido en el título constitutivo, consten o no en forma de estatutos, determinan el tiempo respecto al cual se concretan las facultades de cada multipropietario. Título constitutivo, con los estatutos en su caso, que se inscribirán en el Registro de la Propiedad. Tales pactos delimitadores del tiempo compartido tienen trascendencia real, no son unos derechos y obligaciones que se hallan en el ámbito del Derecho de Obligaciones». En igual sentido, MUNAR BERNAT: *Op. cit.*, pág. 118; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO: *Op. cit.*, pág. 79; PAU PEDRÓN: *Op. cit.*, pág. 23, SEISDEDOS MUÑOZ: *Op. cit.*, pág. 440.

(158) Prueba de la importancia de la precisión del tiempo se encuentra en la distinción que MORELLO: *Op. cit.*, págs. 200-201, hace entre «multiproprietà chiusa» (pág. 200) «quando il turno è fissato in modo preciso, sia con riferimento all'unità immobiliare, sia con riferimento al periodo di tempo»; y «multiproprietà aperta» (pág. 201) «quando non sono determinate con precisione nè l'unità immobiliare, nè periodi». En nuestra doctrina, HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M.: *Op. cit.*, pág. 430, considera, respecto del período de tiempo, «preciso que esté perfectamente predeterminado de una forma objetiva y que no plantee dudas su interpretación y comprensión (con expresión de días, semana o mes, y con expresión de hora de entrada y salida)»

ciclo temporal de multipropiedad (159). Cuestión por ver en el último punto será su forma de inscripción, junto a la finca matriz o de forma especial y separada, conectada con aquélla por notas de remisión.

4.2.C) El estatuto de su ejercicio

Señalada la voluntariedad, pero también la conveniencia de los estatutos en la multipropiedad (sobre todo compleja), es necesario precisar que desde una perspectiva registral dichos estatutos, por su contenido y carácter normativo (160), tienen trascendencia real y eficacia frente a todo tercero adquirente, y que por virtud de los artículos 32 LH y 5.3 LPH es conveniente (161) su elevación a escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad, cuya publicidad garantiza y viabiliza esa inherente oponibilidad. En caso de que así se proceda a su registración, se trate de multipropiedad simple o compleja, y se haya practicado inscripción unitaria o separada, los estatutos siempre constarán en el folio principal y originario de la finca matriz o general como expresión del régimen de multipropiedad en

(159) La delimitación y fijación de los turnos de goce, asignado a cada multipropietario, puede establecerse por días, semanas, meses o incluso anualmente, indicándose el inicio y el final de cada turno. También es posible que tales turnos sean fijados en períodos fijos, ya sean sucesivos o separados; en períodos flotantes, en turnos rotativos o en períodos intercambiables, permutables o fungibles, pudiéndose incluso establecer turnos mixtos mediante una combinación adecuada de los sistemas indicados (ORTEGA MARTÍNEZ: *Op. cit.*, págs. 21-23; BARÓ BALLBÉ: *Op. cit.*, pág. 28).

(160) RIVERO HERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pág. 67, apoyándose en dicho carácter afirma que «ese contenido normativo (siquiera sea como *lex privata*) no sólo afecta a la utilización y disfrute de los elementos privativos y comunes y de los servicios del conjunto, sino que alcanza a regular las cuestiones fundamentales que se refieren a derechos y obligaciones de más amplio alcance. Disciplina relaciones jurídicas derivadas y referidas no ya sólo a los titulares actuales, sino a cuantos se encuentren en el futuro en esas determinadas situaciones en relación con el conjunto inmobiliario y las propiedades separadas, quienes quedarán vinculados a tal régimen jurídico mientras esté vigente (...). Por su valor jurídico constitutivo, el título creador y las reglas configuradoras de ese régimen jurídico provocan la obligatoriedad de éste frente a los terceros que adquieran titularidades y posiciones jurídicas en el conjunto inmobiliario por cualquier título jurídico (sucesores de los titulares originales a título oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, universal o singular) y por el solo hecho de tal adquisición (cfr RR. dic. 1974 y 1 abril 1981). Esos adquirentes no pueden hacer reservas en contradicción con lo estatuido ni alegar el desconocimiento del régimen jurídico para eludir su sumisión al mismo, sin otra excepción a aquella vinculación que la derivada de la protección de la apariencia jurídica y del principio de fe pública registral (en el caso de conjuntos inmobiliarios inscritos, que es la regla general)».

(161) Así se prevé en la Exposición de Motivos del B-88 y artículos 6.3.B-89, 3.3.B-91 y 21.1.B-92, donde se establece que en caso de que se formen efectivamente estatutos, para su eficacia real deberán constar en escritura pública (del título constitutivo) y necesariamente se inscribirán en el Registro de la Propiedad.

cuanto derecho y comunidad (162), con la particularidad de que en la hipótesis de pluralidad de folio registral, si bien los estatutos se inscriben en el folio principal, deberá hacerse referencia, mediante nota marginal, en los distintos folios registrales especiales, separados e independientes (sobre piso o local en caso de multipropiedad compleja, o sobre cuota y turno en cualquier supuesto) de dicha sujeción al régimen jurídico multipropietario establecido en forma de reglas estatutarias, de modo análogo a lo dispuesto en el artículo 8.5 LH para la propiedad horizontal.

En relación con la oportunidad de elaboración e inscripción de los estatutos en la multipropiedad, debemos dilucidar si la inscripción registral de la multipropiedad es total, con todos sus pactos, cláusulas y estipulaciones, con independencia de su trascendencia real o personal, o si, por el contrario, ha de ser parcial, referida única y exclusivamente a los aspectos con eficacia jurídico-real. Es una cuestión ya planteada por la doctrina italiana en la que se mantienen posiciones de muy diversa índole, defendiéndose la oponibilidad y eficacia frente a terceros incluso de las cláusulas obligacionales mediante transcripción («trascrizione»), mediante nota marginal o, sin acceso registral, mediante aceptación expresa («espresso accollo») del tercero adquirente (163).

En principio, y según los artículos 7 y 51.6 RH, únicamente accederán al Registro de la Propiedad aquellos pactos que en el presente o en el futuro incidan o modifiquen todo o parte de las facultades integrantes del derecho de propiedad o de cualquier otro derecho real sobre bienes inmuebles (164), teniendo, por ello, trascendencia real (165); excluyéndose los de eficacia mera y simplemente obligacional salvo supuestos excepcional y legalmente tasados, norma que para la multipropiedad no existe. Consecuencia de este principio de inscribibilidad de los títulos con trascendencia real es la labor calificadora, de espurgo, de los Registradores entre lo que es personal y lo que es real, debiendo evitar en cualquier caso el acceso registral de los derechos, cargas, gravámenes y pactos en general de

(162) LEYVA DE LEYVA *Op cit.*, pág. 98, afirma respecto de los estatutos de la multipropiedad «que para su conocimiento y efectos respecto a terceros deberán ser inscritas en el Registro de la Propiedad. Así se hace en la práctica, inscribiéndose en el folio de la finca general como expresión del régimen de multipropiedad».

(163) SANGIORGI: *Multiproprietà immobiliare e funzione del contratto*. Nápoles, 1983, pág. 115, explica esta triple posición doctrinal de la siguiente forma: «Tra due soluzioni radicali ed antitetiche, l'una.. che si accentra sulla semplice trascrizione della clausola che prevede gli effetti obbligatori in capo al dante causa, e l'altra che richiede l'espresso accollo di tali effetti de parte dell'acquirente. se ne presenta una intermedia: l'opponibilità potrebbe conseguire dalla menzione di tali obblighi contenuta nel titolo del terzo acquirente della multiproprietà e riprodotta nella nota».

(164) O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Op. cit.*, pág. 53.

(165) Referido a la multipropiedad, acuden a este argumento general O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Op cit.*, pág. 16, y LUCAS FERNÁNDEZ: *Op cit.* págs 34-35

dudoso carácter real (RR. de la DGRN de 28 de marzo de 1955 y de 19 de septiembre de 1974).

Referido a la multipropiedad, y con independencia de alguna posición aislada negadora de la inscripción del régimen de multipropiedad (166), un cierto sector doctrinal (167) aduce que las reglas, normas y cláusulas con eficacia real se recogerán en los estatutos privativos (que sí acceden al Registro como parte integrante del título constitutivo), en tanto que las reglas, normas y pactos con eficacia obligacional se recogerán en el Reglamento de régimen interno u ordenanzas, que carecen de acceso registral.

Sin embargo, propugnamos, como se observa en Derecho comparado (168) y en nuestros Borradores (169), la posibilidad de inscripción total del régimen jurídico de multipropiedad.

En la multipropiedad todos sus pactos y cláusulas sustantivas (relativas al contenido y ejercicio del derecho) y orgánicas (referidas a la organización y funcionamiento de la comunidad) son parte integrante del régimen jurídico, sin autonomía o independencia, como aspectos o manifestaciones del mismo, afectando directa e inmediatamente a su contenido, activo (facultades) y pasivo (deberes), a su ejercicio o al propio objeto, conformando esta especial forma de propiedad. Son estipulaciones que desde una perspec-

(166) DE LA CUESTA SÁENZ, en su Introducción a la obra italiana, que él mismo traduce, de CALO y CORDA: *Op. cit.*, pág. xv, afirma que «los pactos entre los copropietarios, que vendrán a sustituir en parte la aplicación de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, carecen de eficacia real y, por consiguiente, de posible reflejo registral».

(167) Referido a la propiedad horizontal, PONS GONZÁLEZ y DEL ARCO TORRES: *Régimen jurídico de la propiedad horizontal (Doctrina científica y jurisprudencia. Legislación. Formularios)*, Granada, 1990, págs. 464, apoyándose en SAPENA.

(168) En Portugal, el artículo 3 del Decreto-Ley 355/1981, al establecer las menciones del título constitutivo permite, por inclusión en el mismo y por la aplicación supletoria de la legislación sobre propiedad horizontal, que se inscriban registralmente todas las estipulaciones que afecten o se refieran a las facultades y deberes de los titulares sobre el inmueble, en cuanto a su ejercicio, tiempo, lugar y forma de pago de gastos y de equipamiento y conservación, ordinarios y extraordinarios, pues se trataría de titularidades, activas y pasivas, relativas al contenido, al ejercicio y al propio objeto del derecho.

(169) En España todos los Borradores [arts. 8.2 y 9.2 B-88, 7.1.5 y 38.1 B-89, 5.2.4 B-91 y 5.1.n) B-92] permiten la inscripción registral de todas las normas y reglas sobre derechos, obligaciones y cargas que conformen un estatuto jurídico privativo que, al ser parte interna del título constitutivo, accede al Registro de la Propiedad. Destacar en tal sentido, como declaración de principio, la Exposición de Motivos del B-88, en la que se consagra esta posibilidad, pues «también constituyen contenido del acto constitutivo, o de los estatutos que forman parte integrante del mismo, las reglas de gobierno y administración, así como aquellas normas que sin contravenir lo dispuesto imperativamente por las leyes configuren el contenido de los derechos de los multipropietarios o limiten su ejercicio: normas que afectarán a las fincas a las que se refieren cualquiera que sea su dueño y se inscribirán en el Registro de la Propiedad».

tiva activa afectan a las facultades propias de la copropiedad, tanto materiales de aprovechamiento de uso y disfrute (pacto de fijación del turno y tiempo de utilización y de su correlativa cuota) como jurídicas (de exclusión de la acción de división y del retracto legal de comuneros), alterándolas o eliminándolas; y que desde una óptica pasiva afectan también a los deberes de contribución y pago de los gastos comunes, de respeto del derecho y período de tiempo y de buena fe (pactos penales), adecuándose en definitiva a la trascendencia real exigida en los artículos 7 y 51.6 RH.

Bien es cierto que en el régimen de multipropiedad existen pactos con preferente carácter y trascendencia real y cláusulas con prevalente naturaleza y eficacia personal, pero sucede que tales estipulaciones no son de carácter típico puramente obligacionales, sino que integradas en el régimen multipropietario y conformadoras del mismo establecen deberes jurídicos anexos e inherentes al derecho real y a la condición de multipropietarios en general, no a una persona concreta, y en relación discreta con el bien inmueble objeto del derecho. Se trata de obligaciones con trascendencia real (obligaciones *propter rem* u *ob rem*) merecedoras de constancia registral no mediante nota marginal, sino a través de inscripción registral (RR. de la DGRN de 3 de septiembre de 1982 y de 24 de abril de 1994).

Al venir referidos todos los pactos a una misma realidad y relación jurídico-real, constituyen un conjunto unitario, homogéneo, uniforme y común en su fin de delimitación del contenido, ejercicio y objeto del derecho real de multipropiedad, de modo que podrán acceder conjuntamente al Registro de la Propiedad mediante su incorporación a unos estatutos jurídicos; posibilidad ésta, conforme a la autonomía de la voluntad (art. 392.2 CC) y a la aplicación analógica del artículo 5.2 LPH, permitida por la jurisprudencia registral (170) y recomendada en el VII Congreso Internacional de Derecho Registral (171) y por la propia doctrina científica (172). Estos estatutos, como componente y parte interna del título

(170) Resolución de 4 de marzo de 1993, que en sus fundamentos de Derecho quinto y sexto admite la inscripción registral de determinados pactos (de vinculación de fin o destino, de sanción en caso de no abandono finalizado el turno o en caso de impago de gastos comunes, de indivisión o de exclusión de los derechos de adquisición preferente), siempre que sean válidos, en virtud de su incorporación a unos estatutos y/o en el título constitutivo.

(171) En su conclusión cuarta, tras aludir a la naturaleza alternativa de la multipropiedad y a la atipicidad en su configuración jurídico-real, admite una vocación registral, aunque limitada, a los pactos de trascendencia real» (tomado de GARCÍA GARCÍA: *Op. cit.*, pág. 526).

(172) RODRÍGUEZ PÉREZ y DÍAZ-FLORES CALERO: *Op. cit.*, pág. 99; FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO: *Op. cit.*, págs. 104-105, MARTÍNEZ-PINEIRO CARAMES: *Op. cit.*, pág. 98; RIGHETTI, STAWSKY y VILLANUESTRE NANO: *Op. cit.*, págs. 382-384, ROCA GUILLAMÓN: *Op. cit.*, pág. 341, apoyándose en ROCA SASTRE y VALLET DE GOYTISOLO

constitutivo, se inscriben en el folio real y principal de la finca como asiento definitivo y estable, de carácter positivo y con eficacia sustantiva y procesal. El régimen estatutario conforma un todo unitario y orgánico referido a la compleja situación jurídico-real multipropietaria, y mediante esta integración en su régimen jurídico a través de los estatutos y del título constitutivo los pactos, algunos de los cuales fuera de él podrían tener carácter simplemente personal, adquieren eficacia real, se realifican en virtud de dicha incorporación y por su referencia al contenido, ejercicio y objeto del derecho en cuestión, de modo que algunos de ellos pretendidamente obligacionales contendrán deberes *ob rem* referidos al objeto y a la condición de multipropietario.

Por todas estas razones, en favor de la inscripción total del régimen jurídico de multipropiedad reivindicamos la importancia de los estatutos como contenido del título constitutivo, ya que por su formación, y según aplicación analógica del artículo 5.3 LPH, «no existe obstáculo formal alguno que impida al acceso al Registro de pactos que, como se ha dicho, delimitan y conforman esta especial forma de propiedad» (173) cual es la multipropietaria.

4.3. *En especial: pactos de trascendencia real*

Se cuestiona la doctrina si la eficacia frente a terceros de la multipropiedad únicamente se obtiene con la inscripción registral del título constitutivo (y de los estatutos, en su caso) del régimen multipropietario o si es suficiente su realidad extrarregistral. La problemática es doble: de un lado, la oponibilidad y trascendencia real de los pactos, si son oponibles a tercero por sí mismos o por su inscripción; y de otro, su propia inscribibilidad.

Es un problema debatido por la doctrina italiana (174) y que, guardando las diferencias de sistema registral, ha sido introducido en España aduciendo, con carácter general, la necesidad de ingreso en el Registro de la Propiedad en orden a garantizar la trascendencia real y la eficacia frente a terceros de la multipropiedad, de su régimen y pactos estatutarios. Esencialmente se basan dichos autores en la aplicación analógica del artículo 5.3 LPH (175), la exigencia de conocimiento general del contenido del

(173) ROCA GUILLAMÓN: *Op. cit.*, pág. 341.

(174) En la doctrina italiana se admite de forma mayoritaria la eficacia real de la multipropiedad en base al artículo 1.100 del Código Civil italiano de 1942 (similar al art. 392 CC español). Pero surgen dos posiciones rivales: unos, como FEDELE y GRECO, defienden la eficacia *erga omnes* de la multipropiedad sin necesidad de ingreso registral, y otros afirman que para que el régimen multipropietario tenga trascendencia real y perjudique a tercero será necesario acuerdo unánime, escritura pública y transcripción

(175) Con tal opinión, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO. *Op. cit.*, pág. 127.

derecho (176), el carácter obligatorio que debe tener el título constitutivo (y los estatutos, en su caso) (177) y el principio de publicidad registral (art. 32 LH) (178).

Esta posición llevaría a la consideración de que la trascendencia real, e incluso la naturaleza real, del derecho de multipropiedad quedaría supeditada a su inscripción registral; eficacia y naturaleza real que deben entenderse de suyo como caracteres propios de la multipropiedad.

Eludiendo posiciones eclécticas basadas en distinciones forzadas (179), debemos defender la eficacia real de la multipropiedad sin ingreso registral frente a terceros que tengan conocimiento del contenido y régimen multipropietario (180), bien mediante consulta del título constitutivo y/o de los estatutos, bien mediante aceptación expresa en caso de adquisición o mediante declaración explícita de conocimiento sobre el mismo. De esta forma, la multipropiedad como situación jurídico-real, por serlo, es oponible a todos, pero se detiene, cuando no está inscrita, frente a terceros de buena fe, por lo que sin inscripción es oponible a terceros que la conozcan, debiéndose probar tal conocimiento por quien lo alegue, pues no hay presunción alguna sobre dicho conocimiento.

Más aún: la trascendencia real que de por sí tiene la multipropiedad, más que por el deber jurídico genérico de dar a conocer y aceptar (explícita o implícitamente, por la adquisición) el contenido del régimen multipropietario, viene dada por el propio contenido, por la vinculación institucional entre el turno y la cuota de participación que atribuye el aprovechamiento directo

(176) LEYVA DE LEYVA *Op cit.* , pág. 98.

(177) LEYVA DE LEYVA *Op cit.*, pág. 98, apoyándose en la denominación de «negocio reglamentario» de RUSCELLO

(178) ROCA SASTRE: *Derecho inmobiliario*, 6.^a edición, III, Barcelona, 1968, pág. 644, en base al artículo 5.3 LPH y por el juego de la eficacia registral, afirma que «rige aquí pues, con su fuerza negativa o de afección, el principio de publicidad registral, con la cognoscibilidad legal que el contenido del registro entraña *erga omnes* y como elemento posibilitador de la efectiva publicidad registral, independientemente de si los ulteriores adquirentes han consultado el contenido del Registro. Si dichos estatutos han sido registrados registralmente, el ulterior adquirente de un piso o local no podrá alegar eficazmente su ignorancia».

(179) DE LA CÁMARA ALVAREZ, acudiendo a los artículos 5.3 y 6 LPH, parte de la distinción entre estatutos y reglamento de régimen interno, afectando las primeras al contenido propio del derecho (facultades y deberes) y el segundo al funcionamiento corporativo, organizativo y estructural de la comunidad

(180) ROCA SASTRE: *Op cit.* , pág. 645, reconoce, en base a la STS de 21 de noviembre de 1968, que la «publicidad registral no es óbice para que sin su inscripción registral los estatutos afecten o sujeten al posterior adquirente que haya tenido conocimiento del contenido de tales estatutos por consultas de los mismos, lo cual deberá presumirse cuando en el mismo título adquisitivo de pisos o locales del edificio el adquirente manifieste explícitamente tener conocimiento de dichos estatutos».

e inmediato de un bien determinado (181), y por la eficacia real del título constitutivo, de su carácter normativo (182), no sólo extrínseco, sino porque configura directamente la situación de poder en la cosa de cada multipropietario, que afecta y vincula a todo titular actual y posibles futuros titulares.

Por su parte, los borradores de anteproyectos legales (183) establecen, con una mejor técnica que la del artículo 5.3 *in fine* LPH, la conveniencia de constatación registral por razones de oponibilidad y conocimiento general, de conformidad, como consagración concreta para la multipropiedad, con el artículo 32 LH.

Concluimos, pues, desestimando que el Registro de la Propiedad otorgue carácter real a la multipropiedad en su naturaleza y eficacia, ya que como derecho real goza de oponibilidad frente a los terceros adquirentes bajo el conocimiento y aceptación de su régimen jurídico estatutario. No obstante, ante la insuficiencia de la publicidad posesoria para los derechos inmobiliarios, sí es predicable la conveniencia de la publicidad registral, porque sin ser obligatoria y por la falta de cognoscibilidad legal sí podrá servir para eludir, prevenir o incluso remediar todo obstáculo a la oponibilidad y eficacia frente a terceros que, por su propia esencia y naturaleza, posee la multipropiedad, y ahora, una vez inscrita, con independencia del efectivo conocimiento o ignorancia del tercero.

Es momento para demostrar, de modo concreto y particular, la trascendencia real, la oponibilidad y la inscribibilidad de los pactos y cláusulas estatutarias; pues todas las estipulaciones, en tanto que válidas, configuran y perfilan, de modo directo e inmediato, el contenido (facultades y deberes) y el objeto del derecho real de cada multipropietario y del régimen jurídico de multipropiedad, variando o eliminando el contenido típico del derecho de copropiedad, gozando por ello de trascendencia real y siendo posible su inscripción (art. 7 y 51.6 RH).

Concretamente, el pacto de destino, en tanto que la multipropiedad es comunidad de intención, define el contenido real de este derecho, pues delimita el destino, uso, servicio y fin del bien común, que queda sujeto y afectado a la consecución de dicha finalidad y que configura y limita la facultad de utilización del bien durante el turno correspondiente. Se trata de una estipulación que incide directamente en el contenido y en el objeto del derecho, en el poder inmediato que el multipropietario tiene sobre el inmueble, por lo que su trascendencia real es innegable. Dicho pacto no genera,

(181) En virtud de dicha vinculación, MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES. *Op cit.* pág. 101, dice que «el tercero no adquiere una participación indivisa de un apartamento sin más, sino una participación indivisa en régimen de multipropiedad, lo que presupone un conocimiento de la institución que no podrá después intentar ignorar».

(182) RIVERO HERNÁNDEZ: *Op cit.* , pág. 67. Ver nota 160

(183) Artículos 8.1 y 4.B-88, 4.2 y 6.3.B-89, y 3.3 B-91.

sin embargo, un mero límite, sino que al imponerlo genera inmediatamente una obligación de uso, goce y disfrute del inmueble conforme al fin socioeconómico establecido convencionalmente, creando un vínculo de destino con una función eminentemente conservadora y de doble contenido: de un lado, positivo, consistente en el uso del bien conforme al destino pactado, y de otro, negativo, cual es no alterar ese fin preestablecido y no proceder a un uso con finalidad distinta. Con ello se restringe la libertad de uso del multipropietario, creándose un vínculo de destino, una especie de afección real o una obligación de carácter real incidente sobre el contenido y objeto del derecho y referido a la condición de multipropietario (184).

Por su parte, los pactos penales o sancionadores para caso de vulneración de los deberes y obligaciones de cada multipropietario, en tanto sean válidos, serán eficaces frente a terceros e inscribibles en el Registro Inmobiliario. Tales estipulaciones, en principio, tienen una trascendencia puramente personal (185), con eficacia entre los multipropietarios firmantes, como simples medidas coercitivas o como garantía personal y convencional (186). La mayoría de la doctrina española así lo afirma y únicamente admite su eficacia frente a tercero por aplicación del artículo 5.3 LPH. Sin embargo, se trata de acuerdos contractuales que inciden directamente en el contenido pasivo u obligacional del régimen y contenido real del derecho, delimitándolo y conformándolo en su alcance y extensión cualitativa y cuantitativa, ya que además de garantizar el cumplimiento de tales deberes asegura la viabilidad económica que la multipropiedad ha de satisfacer (187).

Sorprendentemente, se plantea por la doctrina (188) la trascendencia real y la inscribibilidad del pacto de indivisión, sobre todo, y del pacto de

(184) En Italia, CALLIANO *Op. cit.* pág. 161. y en España, LEYVA DE LEYVA: *Op. cit.*, págs. 99-100, dicen que «la obligación de usar la finca conforme al fin económico pactado se traduce en un vínculo de destino con función conservadora y contenido negativo: el de no alterar ese destino».

(185) Afirman el carácter personal de las cláusulas penales MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO. *Op. cit.*, pág. 125, y ROCA GUILLAMÓN: *Op. cit.*, pág. 331.

(186) O'CALLAGHAN MUÑOZ *Op. cit.*, pág. 12

(187) A lo que se refiere la Resolución de 4 de marzo de 1993 de la Dirección General de los Registros y del Notariado en su ya visto fundamento cuarto sobre determinación jurídica y viabilidad económica

(188) HERRERO GARCÍA: *Op. cit.*, pág. 92, nota 78, resume dicho debate: «Entiende que el pacto no afecta a los terceros adquirentes a título singular. J. BELTRÁN DE HEREDIA. Si bien distingue dos supuestos: que el multipropietario transmita una parte de la cosa para el momento de la división, según se deduce del artículo 399, en cuyo caso el cesionario "resulta afectado por el pacto, pues tendría que esperar a aquella división para hacer efectivo su derecho" Por el contrario, si el condómino transmite su derecho de tal, con posibilidad de usar y disfrutar de la cosa común como lo haría él mismo.., "el cesionario no está vinculado al cumplimiento del pacto de indivisión, a no ser que así él lo hubiese estipulado con el cedente al verificar la transmisión". En sentido similar, ALBALADEJO.. Estiman que el pacto afecta a terceros: MANRESA, GULLÓN, BALLESTEROS. »

exclusión del retracto legal de comuneros. Son cláusulas que en sí mismas tienen eficacia *inter partes* (entre los multipropietarios que lo acuerdan y sus herederos) y *erga omnes*, que por su propio conocimiento y en virtud del aforismo *nemo dat quod non habet* obtienen su derecho real bajo las mismas condiciones en que lo tenía el transmitente, por lo que, al igual que éste en su momento de titularidad, no pueden pedir la división de la cosa común o ejercer la facultad de retracto para su adquisición. Se trata además de acuerdos que afectan (modificando o excluyendo) a facultades configuradoras del condominio, erigiéndose como elementos delimitadores y definidores del contenido real del derecho de multipropiedad y consustanciales, como parte integrante y esencial, a su régimen jurídico (189). En virtud de esta naturaleza y trascendencia jurídico-real, y según jurisprudencia registral (190), el acceso registral de estos pactos es posible en base a los artículos 2.2 LH y 7 RH. Para que dicho ingreso registral sea efectivo se requiere que la indivisión y la exclusión del retracto sean establecidas unilateral (por el promotor) o multilateralmente (por los multipropietarios) de forma expresa, escrita y en documento público y auténtico (arts. 3 y 21 LH y 33 RH), siendo preferible su mención en el título constitutivo.

Vista la trascendencia real e inscribibilidad de los pactos de exclusión de la acción de división y del retracto legal de comuneros, sólo queda puntualizar que, en general, el acceso al Registro de la Propiedad de todos estos pactos se obtiene por aplicación analógica del artículo 5.3 LPH y, según el fundamento quinto de la Resolución de 4 de marzo de 1993 de la DGRN, mediante la incorporación de los mismos en el título constitutivo (y estatutos, en su caso) como parte del mismo, concibiéndose como un todo unitario y orgánico caracterizado por una homogeneidad y uniformidad internas e innatas.

IV. ASPECTOS ORGANIZATIVOS DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA MULTIPROPIEDAD

1. ¿FOLIO ÚNICO O PLURALIDAD DE FOLIOS?

De entre toda la problemática que la multipropiedad plantea ante el Registro de la Propiedad, seguramente estemos ante la de mayor trascen-

(189) Este argumento es defendido por MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO *Op. cit.*, pág. 91, y RIVERO HERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pág. 72.

(190) Fundamento sexto de la Resolución de 4 de marzo de 1993, por remisión a los considerandos noveno y último de las Resoluciones de 18 y 27 de mayo de 1983 respectivamente.

dencia y complejidad en su solución: El aspecto organizativo del Registro Inmobiliario, es decir, la cuestión relativa a la técnica o forma de registración, pues ¿cuál es el sistema más adecuado de registrar la multipropiedad con todos sus componentes, reales y personales? ¿Es suficiente la inscripción registral en un folio real único o será necesario acudir, y con qué base, al sistema de pluralidad de folio registral, al desglose en folios separados y distintos?

Nuestros Borradores de anteproyectos legales mantienen la tendencia a la pluralidad de folio real (191), aunque se trata de normativa proyectada que prevé para dicho sistema una modificación de la legislación hipotecaria (sobre todo del art. 8 LH).

Por su parte, la doctrina científica, mediante la conjugación de distintos apoyos legales (art. 8.5 LH y arts. 66 y 68 RH) y jurisprudenciales (R. de la DGRN de 2 de abril de 1980) (192), sobre diversos casos de comunidades de bienes y de la propiedad horizontal, propone, dentro de la alternatividad de la pluralidad de folio real, el sistema de apertura de triple folio registral,

(191) Los Borradores (arts. 8.B-88, 7. 51 y disposición adicional 1.ª B-89, 5.2, 52.3; disposiciones adicionales 1.ª y 3.ª B-91 y art. 28, y disposiciones adicionales 1.ª y 2.ª B-94) establecen principalmente dos sistemas: primero, para la multipropiedad simple un sistema de doble folio real: un folio registral principal para el inmueble en el que conste todo el régimen jurídico multipropietario expresado en el título constitutivo, y/o en los estatutos en caso de que los haya; y un folio registral especial para cada cuota-turno, conectándose las dos inscripciones por notas marginales (CHICO ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, I, 2.ª edición, con Prólogo de PAU PEDRÓN, Madrid, 1989, págs. 964-965, dice respecto del B-89 que permite «la inscripción de la finca matriz de cada una de las cuotas y debiéndose relacionar ambas inscripciones por notas marginales»). Y segundo, para la multipropiedad compleja se preceptúa el sistema de triple folio registral: un folio global para el edificio o inmueble en su conjunto (*ex art.* 8.4 LH), en el que se expresará el régimen de multipropiedad; otro folio particular y separado para cada vivienda, apartamento, piso o local (*ex art.* 8.5 LH) como finca independiente, con indicación de la constitución del régimen de propiedad a tiempo compartido y su sujeción al mismo, y otro folio especial para cada tiempo de uso constituido sobre el piso o local, conectados los tres folios reales mediante notas de referencia. Incluso se prevé la posibilidad de cuádruple folio real (en el B-91) para el caso de multipropiedad constituida dentro de un conjunto inmobiliario de varias edificaciones de pisos o locales, en cuyo caso se procederá a la apertura de un primer folio para dicho conjunto inmobiliario, un segundo folio para cada inmueble o edificio, un tercero para cada piso local y un cuarto folio para cada turno-cuota.

(192) En general hablan de estos recursos legales DE LA CUESTA SÁENZ en su introducción a la obra que él traduce de CALO y CORDA: *Op. cit.*, págs. XX-XXI; RODRÍGUEZ PÉREZ y DÍAZ-FLORES CALERO, *Op. cit.*, págs. 102-103; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO: *Op. cit.*, pág. 131; MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES: *Op. cit.*, págs. 104-105; ROMA RIERA: *Op. cit.*, págs. 339-340; LEYVA DE LEYVA: *Op. cit.*, pág. 94, quien dice: «Las cuotas numeradas o derechos de multipropiedad, en cuanto a su configuración registral, podrían recibir la consideración de finca independiente o constar en la inscripción de la finca matriz, antigua cuestión experimentada con la propiedad horizontal. La práctica registral, acertadamente, concede a las distintas cuotas o titularidades de multipropietarios

conectando el segundo con el primero y el tercero con el segundo mediante notas de referencia (193), y, minoritariamente, aconseja la técnica de doble folio real (inscripción de la finca matriz e inscripción separada de cada cuota-turno, de cada derecho de multipropiedad, con nota al margen de la finca principal) (194).

folio propio como fincas independientes. Sirven de apoyo positivo a esta práctica, por vía analógica: el artículo 8, número 5, referente a la propiedad horizontal; la inscripción del derecho del comunero o copartícipe de los aprovechamientos de aguas privadas de carácter colectivo según previene el artículo 66 del Reglamento Hipotecario; y especialmente el artículo 68 del mismo Reglamento, reformado este precepto por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 sobre inscripción de cuota indivisa de finca destinada a garaje o estacionamiento de vehículos. Este precepto, como se sabe, permite practicar la inscripción de la transmisión de cuota de comunidad destinada a garaje en folio independiente, que se abrirá con el número de la finca matriz y el correlativo de cada cuota, procedimiento que descongestiona el folio general de la comunidad del garaje y tiene la eficacia de aclarar el historial de cada participación. La inscripción de multipropiedad sigue este procedimiento registral. Lástima que el artículo 68, reformado, no haya recibido una redacción más abierta, de tal modo que pudiera aplicarse directamente, no por analogía, a otras comunidades». En particular, ROCA GUILLAMÓN: *Op. cit.*, págs. 340-343, y HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M.: *Op. cit.*, pág. 415, se refieren a los artículos 8.5 LH y 66 RH; en tanto que MUNAR BERNAT: *Op. cit.*, págs. 132-133, y PAU PEDRÓN: *Op. cit.*, págs. 11-12, recurren al artículo 68 RH y a la Resolución 2-4-1980 de la DGRN. Esta resolución de la DGRN, prevista para las urbanizaciones privadas, establece el siguiente sistema: «1) Abrir un folio general para toda la urbanización en su conjunto donde se detallan los elementos comunes y reglas generales de toda la urbanización contenidas en el título constitutivo y los Estatutos. 2) Abrir después folio separado a cada uno de los edificios o bloques constituidos en régimen de propiedad horizontal y relacionado con el folio general de la urbanización. 3) Abrir folio separado a cada uno de los pisos o locales que integran cada bloque relacionado con el folio general del propio bloque. Y todo ello sin necesidad de acudir a operación de división o segregación alguna de terrenos y sin mengua a la vez de la claridad que el principio de publicidad exige».

(193) MUNAR BERNAT: *Op. cit.*, págs. 132-133, explica de modo conciso que «el sistema de inscripción que se propone es el siguiente: 1) Inscripción extensa general para todo el conjunto (*ex art.* 8.4 LH), con transcripción íntegra de los Estatutos. 2) Tantas inscripciones en hojas registrales nuevas como apartamentos existan en el inmueble: 3) Tantas inscripciones en hojas nuevas como periodos de uso. Al margen de la inscripción general se debe incluir una nota de la división de la finca en el número concreto de apartamentos, expresando la hoja en que se inscribe cada uno de ellos: al margen del folio del apartamento, nota expresiva de la transmisión de los diferentes periodos, indicando el folio particular de cada uno de los turnos».

(194) Destaca LEYVA DE LEYVA: *Op. cit.*, págs. 94-95, para quien «los asientos a practicar en la multipropiedad son: a) Inscripción de finca matriz, que contendrá la descripción del apartamento o villa en multipropiedad, cargas, valor, constitución del régimen de multipropiedad, en su caso, obra nueva y constitución de propiedad horizontal, división en cuotas numeradas *pro indiviso*, estatutos de uso y disfrute y acta de inscripción a favor del promotor; b) Inscripción independiente de cuota o derecho de multipropiedad al menos bajo dos números: el número de la finca matriz y el número de la cuota transmitida. Si el título comprende la venta de varias cuotas, la finca tendrá el número de la matriz y el de todas las cuotas vendidas. Por lo demás, esta inscripción no ofrece especialidad alguna. Se trata de la inscripción del título de transmisión del

Sin negar esta solución, debemos partir de que nuestro Registro de la Propiedad se estructura y organiza en base al sistema de unicidad de folio real (arts. 7, 8.1 y 243 LH, y arts. 42, 372, 375, 378 y 379 RH), de modo que habremos de proceder, como técnica principal y prioritaria, a la inscripción en folio registral único de todo supuesto de multipropiedad, simple y compleja, mediante la apertura de un folio a la finca constituida en régimen multipropietario en el libro correspondiente, reflejándose los demás asientos registrales (inscripción, anotaciones preventivas, notas marginales y cancelaciones) mediante numeración correlativa y especial o con letras por orden alfabético, según el tipo de asiento, y sin dejar claros. En este único folio se expresará el título constitutivo, los estatutos en su caso, con descripción del inmueble y del derecho real de multipropiedad (arts. 9 LH y 52 RH), haciendo transcripción general de las cotitularidades, facultades y deberes, distribución y precisión de los distintos turnos y cuotas correlativas, cargas, gravámenes y posteriores transmisiones [art. 218.a) RH] (195). La inscripción se realizará con las particularidades propias, en caso de multipropiedad compleja como parte integrante de un régimen de propiedad horizontal, respecto a la descripción del edificio, sus pisos o locales y elementos comunes (art. 8.4 LH, en caso de propiedad horizontal vertical) (196) o del conjunto inmobiliario (R. 2 abril 1980, para propiedad horizontal tumbada, sin necesidad de operaciones de división o segregación de fincas) (197), existiendo siempre una coexistencia independiente entre

derecho del promotor, titular registral según la matriz al multipropietario adquirente. En los estatutos se suele expresar que la cuota constituye un derecho real oponible *erga omnes* y que el titular podrá disponer de ella gravándola, cediéndola o arrendándola, de conformidad con lo establecido por el artículo 392 y siguientes del Código Civil... c) Nota al margen de la finca matriz de las cuotas transmitidas indicando el número de cuota, libro, folio y fecha (art. 68 del Reglamento)».

(195) O'CALLAGHAN MUÑOZ. *Op. cit.*, pág. 52, principal defensor del sistema de folio único para la multipropiedad, afirma, pues, que «se inscribe el derecho de propiedad —el título constitutivo— con sujeto múltiple, los multipropietarios, constando en la inscripción el régimen de multipropiedad o, si los hay, los estatutos. A su vez, se inscriben las sucesivas transmisiones de las distintas copropiedades». SEISDEDOS MUÑOZ: *Op. cit.*, pág. 461, para quien «cabe pensar, en primer lugar, en un sistema de folio único si se trata de una vivienda no incardinada dentro del régimen de propiedad horizontal (chalé o villa), en cuyo caso, inmatriculada ésta como finca registral independiente, procedería inscribir en el folio correspondiente la constitución del régimen de multipropiedad y, en su caso, los estatutos o reglas por las que ésta debe regirse, con especificación de los períodos de uso y disfrute en que se divide y la asignación de una cuota a cada período y, sobre la base de estas cuotas en *pro indiviso*, ir inscribiendo bajo el mismo número las distintas titularidades». En igual sentido, RODRÍGUEZ PÉREZ y DÍAZ-FLORES CALERO: *Op. cit.*, pág. 102.

(196) ROCA GUILLAMÓN: *Op. cit.*, págs. 340-341

(197) MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO: *Op. cit.*, págs. 130-131; RODRÍGUEZ PÉREZ y DÍAZ-FLORES CALERO: *Op. cit.*, págs. 102-103; MARTÍNEZ-PINEIRO CARAMES: *Op. cit.*, págs. 102-103.

los regímenes de multipropiedad y de propiedad horizontal (fundamento segundo, inciso segundo, de la R. 4-3-1993). Ante la falta de claridad y de dificultad en el conocimiento del historial jurídico, tanto del inmueble como de las cuotas y turnos, podría acudir-se como medio de agilización, celeridad y descongestión a los sistemas previstos con carácter general en los artículos 378 y 379 RH o a la técnica de hojas móviles (R. de la DGRN de 23 de diciembre de 1974).

Sin embargo no es difícil imaginar cualquier hipótesis de multipropiedad que por su complejidad inmobiliaria y/o por el número de derechos de multipropiedad y de cotitulares demuestren la insuficiencia de esta técnica de folio real unitario en orden a la viabilidad, descongestión y claridad práctica de una publicidad registral eficaz y ágil en su llevanza y consulta (198). Por ello, conforme al principio de especialidad (199), sin desvirtuar ni perjudicar la unidad de folio real, y por la propia complejidad (200) del contenido de la multipropiedad, surge la conveniencia de optar por la técnica de la pluralidad de folios registrales. Pero ¿cuál será el apoyo legal o jurisprudencial (previsto para supuestos concretos y determinados) que lo fundamente?, ¿cuál será el sistema concreto de registración? Ante el vacío legal y jurisprudencial debemos acudir a la analogía, a la identidad de razón con otro supuesto previsto normativamente, respecto del cual existen ciertos obstáculos, aunque salvables, pues si bien impiden la aplicación directa de ciertos preceptos, permiten, no obstante, su aplicación analógica.

Respecto a la aplicación analógica del artículo 8.5 LH sobre propiedad horizontal y del recurso a la Resolución de la DGRN de 2 de abril de 1980

(198) Crítica llevada a cabo principalmente por MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES: *Op. cit.*, págs. 103-104; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO: *Op. cit.*, pág. 131, para quien «la inscripción de un complejo con apartamentos en régimen de multipropiedad practicada en la forma indicada, y aún más si todo se ha hecho constar bajo un solo número, provocaría... un ensombrecimiento de la nitidez de los asientos, multiplicándose las inscripciones hasta límites que harían muy penoso seguir la verdadera historia jurídica de la finca en su conjunto»; ROCA GUILLAMÓN: *Op. cit.*, pág. 342; PAU PEDRÓN: *Op. cit.*, págs. 11-12, quien de forma muy práctica explica que «si el inmueble en régimen de multipropiedad tiene sólo veinte apartamentos, y cada apartamento está fraccionado cronológicamente en diecinueve períodos —cifra frecuente—, y sólo una quinta parte de las cuotas tiene algún gravamen, en un mismo folio del Registro existirían cuatrocientas cincuenta y seis inscripciones vigentes». En la misma dirección, SEISDEDOS MUIÑO. *Op. cit.*, pág. 462, para quien «el procedimiento de inscribir en un solo folio los derechos de todos los multipropietarios —como sucedería en los supuestos descritos— puede entrañar una gran complejidad y dificultar considerablemente el seguimiento de la vida jurídica de la finca».

(199) ARNAIZ EGUREN: *Op. cit.*, págs. 167-168.

(200) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho hipotecario*, III, 7.ª edición, Barcelona, 1979, pág. 335, afirma que «la aparición de nuevas situaciones jurídico-reales, generalmente de carácter complejo. Precisamente esta complejidad ha fundamentado la admisión de un sistema de pluralidad de folios registrales».

sobre urbanizaciones privadas, podría objetarse que el sistema en ellos establecido únicamente sería aplicable a la multipropiedad compleja situada en un régimen de propiedad horizontal, vertical y tumbada respectivamente, y sin que fundamente la inscripción especial y separada para cada cuota-turno.

En cuanto al artículo 66 RH sobre aprovechamientos colectivos de agua o comunidad de aguas privadas, y la aplicación del artículo 68 RH sobre los garajes o aparcamientos en comunidad, es cierto que ambos tipos comunitarios presentan semejanzas con la multipropiedad como el *usus ad tempus* y la correspondencia cuota-turno en la comunidad de aguas, y la funcionalidad en la comunidad de garajes (201) como comunidades distintas de la ordinaria o incidental; pero igualmente cierto es que existen también diferencias relativas a la causa de la temporalidad del goce en la comunidad de aguas (202) y a la no distribución temporal, por períodos, del goce en la de aparcamientos.

Sin embargo, estas dificultades son superables. Con referencia a la propiedad horizontal y a las urbanizaciones privadas, el obstáculo es inconsistente, ya que el turno es impensable en la previsión legal o jurisprudencial de tales supuestos y porque en realidad lo que se pretende es la analogía, no la aplicación directa; lo que también salva la dificultad relativa al recurso de los artículos 66 y 68 RH, pues lógico es que los tipos comunitarios a los que se refieren ambas normas presenten similitudes y diferencias con la multipropiedad, pues en definitiva son figuras distintas.

Son objeciones las indicadas que impiden la aplicación directa de dicha normativa y no la aplicación analógica, pero ¿dónde se encuentra entonces la identidad de razón que permita fundamentar la analogía? ¿Quizá en la especialidad o en la funcionalidad de tales comunidades o complejos inmobiliarios? No parece ser ésta la respuesta más adecuada, pues el carácter singular o peculiar de una figura jurídica no es razón suficiente para justificar su registración en desglose de folios reales separados y distintos.

(201) MUNAR BERNAT: *Op. cit.* pág. 132, PAU PEDRÓN: *Op. cit.*, pág. 12; SEISDEDOS MUÑO: *Op. cit.*, pág. 463.

(202) LEYVA DE LEYVA: *Op. cit.*, págs. 80-83, señala que mientras que en las comunidades de aguas privadas dicha temporalidad del goce y la fijación del turno responden a razones objetivas y extrínsecas (la escasez o insuficiencia de agua), en la multipropiedad obedecen a exigencias subjetivas e intrínsecas (decisión voluntaria de los titulares y/o del promotor de dar un destino singular al inmueble y su ocupación periódica), de modo que esa distribución temporal del bien se concibe como una autolimitación inherente y connatural a su propia esencia, cuya fijación se hace de forma previa, en coherencia con el fin del inmueble, siendo ese *usus ad tempus* como un *prius* en la multipropiedad, mientras que se establece posteriormente en los demás supuestos comunitarios como un *posterius*.

La verdadera razón es doble: claridad registral y existencia de un objeto separadamente negociable.

Son razones de pura practicidad y viabilidad (descongestión, claridad y simplificación registral) las que justifican en los casos citados el sistema de pluralidad de folio real. Así se observa en la Resolución de la DGRN de 15 de diciembre de 1987 que sobre comunidad de garajes y por referencia expresa al párrafo segundo del artículo 68 RH, con el fin de descongestionar la inscripción de la comunidad y la vida de cada participación, para lograr con ello la máxima operatividad y simplificación posible del funcionamiento del Registro y evitando la sobrecarga de asientos registrales en un mismo folio (203), se establece la posibilidad de que el Registrador, por propia iniciativa, de oficio, aun en el caso de voluntad contraria de las partes interesadas y solicitantes de la inscripción, puede proceder, siempre que lo considere necesario para la mayor claridad y conocimiento de los asientos registrales, a la apertura de nuevos y separados folios reales cuando el folio registral matriz pueda resultar claramente recargado.

Por otra parte, existe en los supuestos citados un objeto separadamente negociable y disponible: el piso o local en la propiedad horizontal y las cuotas en las comunidades de aguas y de garajes. Igual sucede en la multipropiedad, donde la cuota-turno, dato esencial de este derecho, constituye un objeto disponible que puede enajenarse, transmitirse o gravarse de forma individual y separada respecto de las demás cuotas y turnos, por lo que puede expresarse registralmente en folio distinto.

Es posible, pues, e incluso conveniente, la registración de la multipropiedad por el sistema de pluralidad de folio real e inscripción especial, separada e independiente, sin que sea necesario el dato legal que expresamente lo permita (R. de la DGRN de 2 de abril de 1980) (204), por la sencilla razón de que esta forma de inscripción no desvirtúa el principio general de folio real unitario, pues se trata de una prolongación del folio principal, siendo considerada cada cuota-turno como finca registral (que es todo lo que abre folio) y porque dicho sistema múltiple tiene un valor meramente instrumental o formal (205) y es el dato que proporcionan los supuestos ya citados (arts. 8 LH, 66 y 68 RH), de modo que lo que constituye soporte de objeto separadamente disponible y negociable debe destacarse en folio distinto por motivos de viabilidad registral.

(203) PAU PEDRÓN: *Op. cit.*, pág. 12; SEISDEDOS MUIÑO: *Op. cit.*, pág. 463

(204) En su décimo considerando se establece «que en tanto no aparezca la normativa legal que regule esta nueva figura jurídica se hace preciso.» Es posible, pues, la pluralidad de folio sin que sea necesario para ello una previsión legal específica.

(205) DE PABLO CONTRERAS: *Op. cit.*, págs. 138-139; LEYVA DE LEYVA: *Op. cit.*, pág. 94.

Fundamentada la posibilidad de inscripción separada y autónoma, aunque conectadas por notas de remisión, de las cuotas y turnos multipropietarios en folio real propio, distinto respecto de los demás y filial en cuanto al folio principal de la finca matriz, es preciso proceder a la especificación concreta de la aplicación de dicho sistema a la multipropiedad, atendiendo a su tipología según su constitución y configuración urbanística o inmobiliaria.

Tratándose de una multipropiedad simple (inmueble, vivienda aislada e independiente) la diversidad de folio registral se expresará en un sistema de doble folio real, uno para la vivienda con la transcripción literal del título constitutivo y de sus estatutos en su caso, como descripción del derecho, y con descripción de dicho inmueble, y otro folio para cada uno de los períodos de tiempo de uso (turno o tanda) y su correspondiente cuota, conectándose ambas inscripciones (principal o matriz y las especiales o filiales) mediante notas marginales de referencia (206).

En caso de multipropiedad compleja, y en base a su coexistencia independiente respecto de la propiedad horizontal (R. 4-3-1993) (207), se ha de hacer una doble distinción. En primer lugar, como segundo supuesto general, la hipótesis de multipropiedad compleja incluida en un régimen de propiedad horizontal vertical (un edificio o bloque con sus pisos o locales, o el supuesto de chalets dentro de una urbanización privada), en cuyo caso se establecerá un sistema de triple folio real: un folio y primera inscripción para el edificio en su conjunto con las circunstancias exigidas en el artículo 8.4 LH; otro folio real para cada piso o local, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos quinto o tercero del artículo 8 LH; y en tercer lugar tantos folios como cuotas-turnos, extendiéndose al margen del folio de cada unidad notas expresas o de referencia del régimen constituido, de las transmisiones realizadas y de los gravámenes constituidos. En segundo lugar, como tercer y último supuesto, el de multipropiedad compleja incardinada en un

(206) LEYVA DE LEYVA. *Op cit.*, págs. 339-340

(207) Según dicha resolución un piso o local en un inmueble en régimen de propiedad horizontal puede constituirse en multipropiedad, pues según se señala en su fundamento segundo, inciso segundo: «De acuerdo con los principios de libertad que rige el dominio de cada apartamento, el propietario puede gozar y disponer de su piso sin más limitaciones que las establecidas en las leyes o en los estatutos o por el respeto debido a los derechos de los demás copropietarios (cfr. arts. 348.1 CC y 7 LPH). Pero las limitaciones no se presumen y son de interpretación estricta. No hay duda, pues, de que el propietario de cada apartamento puede enajenar su apartamento ya a uno, ya a varias personas en comunidad ordinaria o en comunidad especial, para que lo gocen los cotitulares por sí o por terceros y a la vez o sucesivamente, y sin que el dato de que en la legislación registral aparezca que el apartamento es calificado de vivienda signifique, por sí solo, que está estatutariamente establecida una limitación de disposición o de goce que impida las figuras comunitarias».

régimen de propiedad horizontal tumbada (dentro de una urbanización o complejo urbanístico), en el que la inscripción registral plural dará lugar a la apertura y práctica de un sistema de cuádruple folio real (conjunto inmobiliario; edificio; pisos o locales; cuota-turno) conforme al artículo 8.4 y 5 LH y la Resolución de 2 de abril de 1980 de la DGRN, originándose un auténtico sistema piramidal: una pirámide de folios reales conectados entre sí a través de notas marginales de remisión. En todos estos casos, la transcripción del título constitutivo y de los estatutos se hará en el folio del inmueble constituido en multipropiedad.

En definitiva, y conforme a nuestro sistema organizativo registral, debemos partir, con carácter general, del folio real unitario, pudiéndose acudir, de modo excepcional y como técnica de descongestión y claridad registral, al sistema de diversidad de folios, considerado como simple alternativa de naturaleza subsidiaria, opcional y facultativa, según decisión del propio Registrador de la Propiedad, de oficio o a instancia de parte (no vinculante): a solicitud del titular registral o del adquirente.

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA
Becario de Investigación.
Universidad de Sevilla

BIBLIOGRAFIA

- ALPA, G: *La multiproprietà; aspetti giuridici della proprietà turnaria e della proprietà turistico-alberghiera*, Bolonia, 1989.
- ARNAIZ EGUREN, R.: *Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad*, Madrid, 1993.
- BELFIORE, A.: *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Milán, 1979.
- BARÓ BALLBÉ, M. J.: «La Multipropiedad», en *Cuadernos jurídicos*, 1992, n.º 1, págs. 26-33.
- BRANCOS NÚÑEZ: «Aspects materials i registrals de la multipropietat i de les urbanitzacions privades», en *Materials IV Jornades de Dret Català a Tossa Régim de la propietat colectiva a Catalunya*, Barcelona, 1988, págs. 115-138.
- BURDESE, A.: «Ancora sulla natura e tipicità de diritti reali», en *Rivista di Diritto Civile*, 1983, II, págs. 236 y sigs.
- CALO, E.: «Nota sobre el Proyecto de Ley italiano de multipropiedad», en *RDP*, 1988, págs. 233-237.
- CALO, E., y CORDA, T. A.: *La multipropiedad (principios teóricos. Precedentes doctrinales y jurisprudenciales. Legislaciones extranjeras)*. Traducción e Introducción de Derecho español de J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, Madrid, 1985.
- CALLIANO, O.: «Multiproprietà», en *Novissimo Digesto Italiano*, Apéndice MIN-PROC, Milán, 1984, págs. 155-171.

- CASELLI, G.: *La multiproprietà, problemi giuridici*, Milán, 1983.
- CONFORTINI, M.: *La multiproprietà*, Padua, 1983.
- CHICO ORTIZ, J. M.: *Estudio sobre Derecho Hipotecario*, tomo I, 2.ª edición, actualizada y puesta al día, con Prólogo de A. PAU PEDRÓN, Madrid, 1989.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: «La pertenencias en Derecho privado español», en *ADC*, 1976, págs. 3 y sigs.
- DE CUPIS, A.: «Multiproprietà e comproprietà», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1993, págs. 1024-1031.
- DE LOS MOZOS, J. I.: «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de marzo de 1993», en *RDP*, 1993, págs. 1201-1205.
- DE PABLO CONTRERAS, P.: «El aprovechamiento de inmuebles por turnos ("multipropiedad") en el anteproyecto de ley de conjuntos inmobiliarios del Ministerio de Justicia», en *AC*, 1993, págs. 63 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, J. L.: «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, 1976, págs. 290 y sigs.
- FERNÁNDEZ-GOLFIN APARICIO, A.: «Influencia de la práctica en la evolución de la estructura de los derechos reales», en *RDN*, 1989, págs. 51 y sigs.
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: «¿Existen propiedades horizontales atípicas en nuestro Derecho?», en *ADC*, 1978, págs. 35 y sigs.
- GARCÍA AMIGÓ, M.: «Condominio *pro diviso* o propiedad separada», en *RDP*, 1974, págs. 175-201.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, tomo I, Madrid, 1988.
- GATTI, E., y ALTERINI, J. M.: *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Buenos Aires, 1991.
- HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M.: «La multipropiedad en la práctica notarial. Estudio de Derecho vigente de la proyectada legislación y de la normativa comunitaria», en *AC*, 1995, págs. 399-450.
- HERRERO GARCÍA, M. J.: *La multipropiedad*, Madrid, 1989.
- ISAC I AGUILAR, A.: *Aspects registrals de la multiproprietat i de es urbanitzacions*, Barcelona, 1988, págs. 139-158.
- LEYVA DE LEYVA, J. A.: «La propiedad cuatridimensional. un estudio sobre la multipropiedad», en *RCDI*, 1985, págs. 33 y sigs.
- «Nueva reseña sobre multipropiedad y multiarrendamiento», en *RGLJ*, 1988, núm. 3, págs. 338 y sigs.
- LORA TAMAYO RODRÍGUEZ: «La multipropiedad», en *Homenaje a J. Vallet de Goytisolo en Academia Sevillana del Notariado*, tomo III, 1988, págs. 5 y sigs.
- LUCAS FERNÁNDEZ: *Relaciones asociativas no societarias en la agricultura española*, Murcia, 1966.
- MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES: «Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad o propiedad a tiempo compartido», en *RDN*, 1987, núm. 135, págs. 98 y sigs.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *La multipropiedad inmobiliaria*, Madrid, 1989.
- «La multipropiedad y la acción de división», en *RDR*, págs. 63-93.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: En «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», tomo V, vol. 2.º: *Artículos 392-429 del Código Civil y Ley sobre Propiedad Horizontal*. Dirigidos por M. A. ALBALADEJO, Madrid, 1985.

- «Algunos problemas en torno a la consideración de la multipropiedad como copropiedad», en *Centro Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 1987, págs. 41-52.
- MORELLÓ, U.: *Multiproprietà e autonomia privata*, Milán, 1984.
- MUNAR BERNAT, P. A.: *Regímenes jurídicos de multipropiedad en Derecho Comparado* Con Prólogo de C. LASARTE, Madrid, 1991.
- *Presente y futuro de la multipropiedad*, Madrid, 1992.
- «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de marzo de 1993», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1993, págs. 195-512.
- MUÑOZ DE DIOS, G.: «La multipropiedad urbana en nuestro Derecho», en *Revista Jurídica Española La Ley*, tomo IV, 1987, págs. 868-872.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Promoción y adquisición de viviendas en régimen de multipropiedad («time-sharing»)*. Regulación legal y Derecho Comparado, Madrid, 1987.
- «La multipropiedad», en *AC*, 1987, núm. 2, págs. 1663 y sigs.
- «La multipropiedad: Su acceso al Registro de la Propiedad», en *AD*, 1993, núm. 36, págs. 1-9.
- «De nuevo sobre la multipropiedad», en *AC*, 1994, núm. 1, págs. 1-17.
- ORTEGA MARTÍNEZ, E.: *La multipropiedad vacacional. El impacto en el sector turístico inmobiliario español*, Madrid, 1991.
- PAU PEDRÓN, A.: «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de marzo de 1993», en *ADC*, III, 1993, págs. 935-937.
- «Configuración jurídica de la multipropiedad en España», en *RCDI*, núm. 584, 1988, págs. 9-29.
- PELAYO HORE, S.: «La indivisión perpetua en el Código Civil», en *RDP*, 1942, págs. 458-463.
- PETRONE, M.: *Multiproprietà. Individuazione dell'oggetto e schemi reali tipici (Profili sostanziali e criteri di qualificazione giuridica)*, Milán, 1985.
- PIÑOL AGUADE, J. M.: «Reseña a las obras de Caselli y Confortini», en *RDN*, 1984.
- PONS GONZÁLEZ, M., y DEL ARCO TORRES, M. A.: *Régimen jurídico de la propiedad horizontal (doctrina científica y jurisprudencia. Legislación. Formularios)*, Granada, 1990.
- RIGHETTI, J.; STAWSKY, R., y VILLANUESTRE NANO, H.: «Soluciones notariales al fenómeno de la llamada multipropiedad o propiedad a tiempo compartido», en *RDN*, 1987, núm. 135, págs. 357-386.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., y DE PABLO CONTRERAS, P.: *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad. Ponencias y proyectos de ley sobre conjuntos inmobiliarios*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, con Prólogo de M. ALBALADEJO GARCÍA, Barcelona, 1993.
- ROCA GUILLAMÓN, J.: «Consideraciones sobre la multipropiedad», en *RDN*, II, 1982, núm. 117-118, págs. 291-343.
- ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario*, 6.ª edición, tomo III, Barcelona, 1968.
- y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho Hipotecario*, 7.ª edición, tomo III, Barcelona, 1979.

- RODRÍGUEZ PÉREZ J., y DÍAZ-FLORES CALERO, A.: *La multipropiedad («time-sharing»)*, 1992
- ROMA RIERA, J. A.: «Multipropiedad», en *RDN*, 1987, núm. 135, págs. 313-345.
- SANGIORGI, S.: *Multiproprietà immobiliare e funzione del contratto*, Nápoles, 1983.
- SEISDEDOS MUIÑO, A.: «Apuntes para la configuración jurídica de la multipropiedad en el Derecho español», en *RCDI*, 1990, págs. 421-496.

El testamento mancomunado

SUMARIO: TABLA DE ABREVIATURAS.—INTRODUCCION.—I. NOCIONES PREVIAS: 1. CONCEPTO. 2. MODALIDADES Y CARACTERES DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO.—II. LA PROHIBICION EN EL CODIGO CIVIL: 1. JUSTIFICACIÓN LEGAL Y DOCTRINAL DE LA PROHIBICIÓN. 2. ARGUMENTOS PARA LA PROHIBICIÓN: A) *El testamento mancomunado y el principio de unipersonalidad en materia testamentaria*. B) *Revocabilidad* a) Consideración general. b) La revocabilidad en materia testamentaria y la correspectividad propia de las disposiciones mancomunadas.—III. SIGNIFICADO ACTUAL DE LA PROHIBICION: 1. INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA. 2. CONTEXTO NORMATIVO: A) *Planteamiento*. B) *La antigua prohibición de contratación entre cónyuges*. C) *Derechos forales*. D) *Las soluciones de Derecho Internacional Privado*. E) *El testamento mancomunado en la Ley de 24 de diciembre de 1981*.—3. ARGUMENTO TELEOLÓGICO. 4. ORÍGENES DE LA FIGURA. TRADICIÓN HISTÓRICA. 5. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—IV. A MODO DE CONCLUSION.—BIBLIOGRAFIA.

TABLA DE ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
ADA	Anuario de Derecho Aragonés.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español.
CC	Código Civil.
CCJC	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil.
Rev. Jur. Navarra	Revista Jurídica de Navarra.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RDN	Revista de Derecho Notarial.
RDP	Revista de Derecho Privado.
REDI	Revista Española de Derecho Internacional.
RGD	Revista General de Derecho.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

INTRODUCCION

Hablar en España, al menos en el territorio de Derecho común, de testamento mancomunado es hablar de la prohibición legal del mismo contenida en el artículo 669 del CC. De ahí que me haya parecido decisivo iniciar este trabajo justificando su título, ya que tratándose de una institución inexistente en el Código Civil, en rigor, más que titular este trabajo *El testamento mancomunado* debería llevar por rúbrica *La prohibición legal de testamento mancomunado*. Sin embargo, la oportunidad de este rótulo no es gratuita, sino que es fruto de una clara intencionalidad, que no es otra que presentar esta institución en sentido positivo para a continuación reflejar no ya tanto las razones de su prohibición cuanto los fundamentos jurídicos para su admisión, dentro de ciertos límites e incorporación al articulado del Código Civil.

Es evidente, pues, que el alcance de este estudio es, por lo pronto, el de, tras un análisis detenido de una práctica testamentaria tan arraigada en nuestro Derecho histórico y en la realidad actual, hacer una propuesta de *lege ferenda* en el sentido de justificar su admisión e inclusión en el Código Civil. Superadas, a mi juicio, las razones y obstáculos que determinaron su exclusión y transformadas sustancialmente las circunstancias sociales y económicas reinantes en la época de su prohibición (básicamente la debilidad de la mujer, que llevó a muchos autores a decir que un testamento en el que el marido y la mujer han testado juntos puede ser muchas veces un medio legal de que el primero capte la voluntad y con ella los intereses de la mujer) y que han dejado totalmente obsoleta e inadecuada dicha prohibición, es preciso al menos plantearse la actualidad y vigencia de la misma (por lo pronto, no creo que aquel argumento de debilidad de la mujer, encubridor de una discriminación de las llamadas positivas, pueda hoy sostenerse, no sólo porque desde el punto de vista legal es inadmisibles cualquier tipo de discriminación por razón del sexo, art. 14 CE, sino también porque socialmente el panorama de la posición de la mujer es sustancialmente distinto). Y es que no deja de ser significativo que el panorama de práctica unanimidad reinante entre los autores de Derecho común, contrario a la admisión de esta modalidad testamentaria, en los albores de la etapa codificadora (no podemos olvidar aquí la enorme influencia que en esta materia ejercieron los autores franceses en los padres de la codificación española, lo que llevó a seguir a éstos el ejemplo del Código francés), se haya transformado en un clima muy favorable a su regulación. Buena muestra de ello es que las propuestas favorables a su regulación legal, patrocinadas por un importante sector de la doctrina, van acompañadas de mecanismos o expedientes legales para superar lo que en su momento se estimaron obstáculos insalvables para su admisión, lo que denota una clara

superación de las razones que se argumentaban para su exclusión. En este sentido, no ha faltado quien ha dicho que en la actualidad se inicia una nueva vida de estos testamentos, que gozan no sólo del favor de la doctrina (así, entre otros, PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, t. IV, 2, 1996, pág. 1235; LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ y otros, *Elemento de Derecho civil*, t. V, Barcelona, 1993, pág. 311; CUADRADO IGLESIAS, «El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981», en *RDP*, diciembre 1983, pág. 1094), sino también de las legislaciones. En este sentido, es lo cierto que en las legislaciones más modernas hay una cierta reacción favorable a los testamentos mancomunados. El Código Civil alemán lo admite entre esposos (art. 2.265), fundándose, según declara la Exposición de Motivos, en que es muy propio del carácter del matrimonio el que exista completa inteligencia y conformidad entre los esposos, no sólo para todas las relaciones en vida, sino aun para las que han de tener lugar después de muerto uno de ellos o ambos.

Un ejemplo de esta nueva tendencia que cree en la bondad de una institución que goza de una proyección práctica cuya trascendencia se han ocupado de poner de manifiesto en repetidas ocasiones los Notarios, es, de un lado, la Ley de 24 de diciembre de 1981 sobre Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes, y de otro, la Ley del Derecho civil foral del País Vasco de 1 de julio de 1992, que recoge como novedad respecto de la anterior Compilación de Derecho civil de Vizcaya y Alava la figura del testamento mancomunado.

Este arraigo y consolidación consuetudinaria del testamento mancomunado se aprecia sobre todo en la práctica notarial, cuyo testimonio ofrecen diversos Notarios que describen esa realidad tan cotidiana del matrimonio, o testadores casados que en distintos contextos geográficos, culturales e históricos acuden a la Notaría diciendo que «queremos lo del uno para el otro, y lo de los dos, para los hijos». Esta es una realidad innegable que acentúa aún más el desfase de la prohibición legal con la realidad social.

Junto a todo ello, trataré de poner de manifiesto cómo la prohibición del testamento mancomunado ha quedado aislada dentro de un contexto normativo que autoriza ya la contratación entre cónyuges, que incluye en su seno una legislación especial que permite el testamento mancomunado (la Ley de 24 de diciembre de 1981) y en la que su lógico corolario —el art. 733 CC— ha perdido buena parte de su antiguo y radical significado prohibitivo a consecuencia de las nuevas soluciones del Derecho interregional e internacional privado. Aislada dentro de su propio sistema, y asediada desde fuera por las reglas permisivas de los ordenamientos vecinos, la norma del artículo 669 bien merece, a mi juicio, hoy otra lectura, más favorable a la posibilidad de admitir *hic et nunc*, dentro de ciertos límites, el testamento mancomunado entre cónyuges.

I. NOCIONES PREVIAS

1. CONCEPTO

Dispone el artículo 669 del CC que «no podrán testar dos o más personas mancomunadamente o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero».

Partiendo de lo prevenido en este precepto, puede definirse el testamento mancomunado, también llamado mutuo, en mancomún o de hermandad, como aquel en el que dos o más personas otorgan su última voluntad, caracterizándose, pues, porque el otorgamiento de últimas voluntades de varias personas se practica en un solo instrumento (1).

Con gran simplicidad pero encomiable acierto, IBÁÑEZ CEREZO (2) define a este testamento como «el acto de disponer de los bienes para después de la muerte dos o más personas, que lo verifican en un solo momento, en un solo documento...».

Destaca el autor en su concepto dos aspectos esenciales: que se trata de una disposición *mortis causa* de dos o más personas, y que la misma sea otorgada por ellas conjuntamente en un solo momento y documento. En ambos radica realmente —explica este autor— la verdadera esencia del testamento mancomunado.

A esta concepción pertenecen las explicaciones de MUCIUS SCAEVOLA (3), para quien es de la contextura gramatical del artículo 669 CC de donde se deduce que es el primer entrecomillado, «o en un mismo instrumento» la frase de aclaración, la equivalente a la de dos o más personas que testan mancomunadamente. De modo que aquélla es la que encierra el verdadero sentido del precepto.

(1) Esta definición legal se puede extraer igualmente a *sensu contrario* de lo dispuesto en el artículo 557 del proyecto de Código Civil de 1851, que declaraba: «No pueden dos o más personas testar en un mismo acto, sea recíprocamente en provecho suyo o de un tercero». E igualmente del artículo 664 del proyecto de Código Civil de 1882. En sentido positivo, la Compilación Foral de Navarra define ampliamente el testamento de hermandad en la Ley 199 como aquel otorgado en un mismo instrumento por dos o más personas.

(2) «El testamento mancomunado», en *Segunda semana del Derecho aragonés*, Jaca, 1943, pág. 251.

(3) *Código Civil*, comentado, concordado y revisado por MORENO MACHOLI, t. XII, 2.ª ed., Madrid, 1950, págs. 150-151. Igualmente para SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 2.ª ed., t. VI, vol. 1.º, Madrid, 1910, pág. 310: «Su título de mancomunado se funda en el simple otorgamiento en común de la disposición *mortis causa* por dos o más personas, aunque no contenga instituciones recíprocas a favor de cada una de ellas». En el mismo sentido, FALCÓN, *Exposición doctrinal del Derecho civil español y foral*, t. II, Madrid, 1878, pág. 119.

Del mismo modo, para ALBALADEJO (4) es la unidad del acto de testar lo que hace mancomunado al testamento, sean o no personas relacionadas entre sí los testadores, sean o no independientes unas de otras las disposiciones que aquéllos establezcan, y sean o no diferentes los beneficiarios instituidos sucesores (5).

Frente a esta definición, que podríamos considerar escéptica (6) por lo que a su contenido se refiere y que hace descansar la mancomunidad en la unicidad del acto de testar, algunos autores van más allá e incorporan a la misma el contenido prototípico de este procedimiento testamentario. Así, véase cómo GUTIÉRREZ (7) contempla esta modalidad testamentaria como aquella en la que dos personas disponen simultáneamente en favor de un tercero o mutuamente uno en favor del otro, caracterizando, pues, el testamento mancomunado no sólo por la concurrencia de dos personas (8)

(4) «Comentario al artículo 669 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO). t. IX, vol. 1-A, Madrid, 1990, págs. 103 y sigs.

(5) En el mismo sentido, CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, t. VI, vol. 1.º, Madrid, 1992, pág. 138, LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. V, Barcelona, 1993, pág. 371; CUADRADO IGLESIAS, «El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981», en *RDP* (diciembre 1983), págs. 1091 y sigs., y CHOLIZ DE JUNCO y LACRUZ MANTECÓN, «Revocación, modificación e ineficacia del testamento mancomunado», *Estudios de Derecho sucesorio*, Zaragoza, 1986, págs. 121 y sigs. Del mismo modo, para COCA PAYERAS, «Comentario a la STS de 13 de febrero de 1984», en *CCJC* (enero-marzo 1984), núm. 4, pág. 115, la nota definitiva del testamento mancomunado radica en la antítesis que se produce entre la unicidad del instrumento formal en que se contiene la voluntad sucesoria y la pluralidad de declaraciones de voluntad. Por su parte, IBÁÑEZ CEREZO, *ob. cit.*, págs. 251-273, al distinguir las diversas formas del testamento mancomunado prescinde igualmente del contenido. Habla así del testamento mancomunado en el que ambos testadores disponen conjuntamente; del testamento mancomunado por el que cada testador dispone separadamente de sus propios bienes, y por último, del testamento en el que uno dispone y el otro manifiesta su adhesión y consentimiento a las disposiciones del primero. De esta concepción se hizo eco el Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de enero de 1960 al observar que la «característica del testamento mancomunado es la unidad de acto y documento». Por lo que se refiere al Derecho alemán, donde expresamente se admite esta forma de testar, la mancomunidad surge aunque no hay ninguna disposición vinculatoria ni siquiera atribuciones correlativas, esto es, mutuamente condicionadas. Es así que para KIPP, *Derecho de sucesiones*, I, t. V, trad. 11 rev. alemana, adaptada por ROCA SASTRE, Barcelona, 1976, pág. 365, «el testamento mancomunado es la unión de los testamentos de varios testadores en un solo acto de otorgamiento».

(6) No se trataría aquí sino de aplicar el concepto genérico de mancomunidad, que en su acepción jurídica sirve para designar relaciones jurídicas de sujeto múltiple al acto de última voluntad, con la especialidad de que la mancomunidad del testamento no comprende normalmente a más de dos personas y éstas, por lo general, constituyen matrimonio.

(7) *Códigos*, t. III, Madrid, 1863, pág. 164.

(8) En este mismo sentido, ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio*, Sevilla, 1951, págs. 118-119. También, ESPÍN CÁNOVAS, «Comentario al artículo 669 del Código Civil»,

en un mismo instrumento, sino fundamentalmente por la naturaleza de las disposiciones que contiene: institución recíproca o en favor de un tercero (9).

PUIG PEÑA (10), llevando hasta sus últimas consecuencias la tesis que condiciona al contenido de las disposiciones testamentarias la naturaleza del testamento, excluye de la prohibición legal el supuesto de otorgamiento conjunto de testamento con disposiciones independientes.

Conviene, pues, llamar la atención sobre esta última forma de conceputar esta figura, porque la misma nos dará más tarde la clave para entender las razones de la prohibición, al mismo tiempo que permitiría plantear la cuestión de si, atendiendo a la naturaleza y esencia última de esta institución, la prohibición del artículo 669 no cabría circunscribirla a los precisos límites de esta especificación, dejando fuera, por tanto, la disposición *mortis causa* por la que dos personas disponen de sus respectivos patrimonios sin disposición común o correspectiva entre ellos.

en *Comentarios al Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, que además de referir la mancomunidad a la institución recíproca o en favor de un mismo tercero limita los elementos personales del testamento mancomunado a dos personas.

(9) En el mismo sentido se expresa LÓPEZ R. GÓMEZ, *Derecho de sucesiones*, 3.^a ed., Madrid, 1916, pág. 278, al reducir a dos las formas del testamento mancomunado: a) El mutuo, caracterizado por la reciprocidad de la institución entre los otorgantes (generalmente marido y mujer); b) El mancomún, en el que los dos otorgantes mancomunadamente hacían la institución en favor de un tercero. También, BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, t. V, Madrid, 1965, pág. 108, para quien «el hecho de testar dos o más personas en el mismo instrumento revela por sí un acuerdo por el cual la voluntad de la una aparece como determinada porque la otra lo sea de aquel modo». Por su parte, SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL, «El testamento navarro de hermandad: su arraigo en las costumbres y su régimen en el fuero», en *ADA*, 1945, pág. 187, partiendo de que la característica esencial de esta modalidad testamentaria es no el elemento formal que supone la institución conjunta, sino el elemento material y sustantivo, lo define como «la disposición testamentaria por virtud de la cual dos o más personas, ligadas ordinariamente entre sí por vínculos de muy próximo parentesco, disponen para después de su muerte, y en un mismo instrumento, del todo o parte de sus bienes, estableciendo recíproca causalidad entre sus respectivas instituciones». Entendiendo este autor que la causalidad recíproca se entiende establecida por el mero hecho del otorgamiento conjunto en un solo acto, sin que sea necesaria explícita declaración. Esta clasificación bipartita del testamento mancomunado, construida sobre la base de supeditar la mancomunidad al contenido de las disposiciones testamentarias, es rotundamente contestada por MERINO HERNÁNDEZ, «Comentario a los artículos 89-118 de la Compilación aragonesa», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. ALBALADEJO), t. XXXIV, vol. 1.º, pág. 96, para quien lo esencial es que el testamento sea otorgado por dos o más personas conjuntamente en un solo y mismo acto e instrumento. Cualquier otra nota, explica este autor, que quiera predicarse del mismo, y consecuentemente cualquier otra clasificación que en base a ella se haga del mismo, tendrán un carácter puramente accesorio y secundario.

(10) *Compendio de Derecho civil español*, t. IV, vol. 2.º, Madrid, 1966, pág. 65

2. MODALIDADES Y CARACTERES DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO

Tomando como punto de partida la concepción del testamento mancomunado inicialmente adoptada, vamos a referir a continuación cuáles son las modalidades o manifestaciones histórica y doctrinalmente admitidas de este procedimiento testamentario, para pasar luego a examinar los elementos que además de caracterizar esta forma testamentaria se elevan en presupuestos justificadores de su prohibición.

Por lo que respecta a las modalidades de testamento mancomunado, la práctica totalidad de la doctrina (11) distingue entre el meramente mancomunado, simultáneo o conjunto, y el correspectivo o recíproco.

Llámase meramente mancomunado a aquel en el que las disposiciones de cada testador son independientes de las del otro, es decir, que no está condicionado el contenido de la voluntad de un testador al contenido de la voluntad de su cootorgante. Dicho de otra manera, el testamento meramente mancomunado consiste en la simple reunión en un solo instrumento de las últimas voluntades de todos los otorgantes, sin que haya ningún punto de conexión entre unas y otras (12). Se incluye aquí la modalidad que algunos autores (13) designan conjunto, que es aquel en el que «los otorgantes disponen no en favor de ellos, sino ambos (o más) a favor de otra (la misma generalmente) persona, a la que una y otro (o más que sean) instituyen heredero».

Bajo el nombre de correspectivo se designa aquella otra modalidad que se caracteriza porque los cotestadores han tenido la intención expresa o tácita de condicionar la disposición de uno a la del otro, naciendo las últimas voluntades con cierta interdependencia (14). Tam-

(11) En España, por todos, TRAVIESAS, «El testamento», *RD*, t. XXII, 1955, pág. 108; LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, pág. 372. Para el Derecho alemán, KIPP, *ob. cit.*, pág. 349, y GARCÍA VICENTE, *El testamento mancomunado*. Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1994, pág. 9.

(12) Como señalara BINDER, *Derecho de sucesiones* (trad. de LACRUZ BERDEJO), Barcelona, 1953, págs. 121-122, «el testamento mancomunado ofrece un interés jurídico especial, ya que en el supuesto de los llamados testamentos simultáneos (también llamados conjuntos) la mancomunidad es puramente formal, pues no se trata sino de disposiciones independientes de última voluntad contenidas en un mismo instrumento jurídico».

(13) Así ALBALADEJO, *ob. cit.*, pág. 106.

(14) La correspectividad es un concepto de difícil precisión y sobre el que volveremos más adelante al analizar los fundamentos de la prohibición.

bién llamados mutuos o recíprocos (15) son los en «provecho recíproco» del artículo 669 CC.

En relación con los elementos caracterizadores del testamento mancomunado, en primer lugar nos encontramos con que la mancomunidad deriva de la unidad instrumental y de acto. En segundo lugar, y junto a esta unidad instrumental, la mancomunidad resulta de la pluralidad de declaraciones de voluntad, ya que ese único instrumento contiene la de varias sucesiones (generalmente dos). Y son estos dos presupuestos caracterizadores los que se han erigido siempre en razones justificativas de la prohibición legal. De un lado, porque se presentan como atentatorios de un principio básico en materia testamentaria como es el de su carácter personalísimo (art. 670 del CC). De otro, porque esta concurrencia de voluntades en un mismo instrumento representa, para los partidarios de su prohibición, un medio idóneo para la posible captación de la voluntad. Todo ello unido a su aparente incompatibilidad con un requisito esencial de la sucesión testada como es la revocabilidad. Razones todas estas unánimemente compartidas por los tratadistas anteriores al Código Civil.

Es lo cierto que lo que es evidente es que el testamento mancomunado era una figura arraigada en el Derecho histórico español (16), ya que las disputas en torno a su regulación legal o no se plantearon ante una institución desconocida para que se pretendiese importar de otros ordenamientos jurídicos próximos, sino ante una modalidad testamentaria que aunque

(15) En relación con esta segunda modalidad algunos autores rechazan esta asimilación y distinguen como dos subespecies diferentes: el correspectivo y el recíproco. Al respecto, *vid.* VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del derecho de sucesiones*, I, Fundamentos, Madrid, 1982, pág. 35, para quien el testamento mancomunado recíproco es aquel en el que ambos otorgantes se instituyen mutuamente herederos, frente al correspectivo que se caracteriza además porque la eficacia de lo dispuesto por cada uno de los otorgantes está condicionada a que el otro mantenga lo por él dispuesto. En el mismo sentido, CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, págs. 1097-1098.

(16) Buena prueba de ello lo ofrece el dato de la copiosa jurisprudencia de la época en esta materia, propiciada en opinión de MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, t. V, 7.^a ed., Madrid, 1972, pág. 537, porque «el uso extendió y autorizó tan profusamente su empleo, que el abuso hizo conocer bien pronto los inconvenientes que en la práctica ofrecía por las cuestiones y litigios que frecuentemente originaba». De otra parte, de la vigencia, aplicabilidad y arraigo de esta figura en el período precodificador es consecuencia la disposición transitoria 2.^a del Código Civil que declaró subsistentes, aunque con ciertas limitaciones, los testamentos mancomunados otorgados bajo el imperio de la legislación anterior. Disposición legal esta que evidencia que el testamento mancomunado era conocido en el antiguo Derecho de Castilla (y no sólo en las legislaciones forales, en las que hoy día se conserva). En este sentido, CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 1093, señala que en el Derecho castellano anterior al Código Civil eran frecuentes los testamentos mancomunados que se otorgaban no sólo entre cónyuges, según el sistema germánico, sino también entre futuros cónyuges, entre padres e hijos, incluso en ocasiones entre hermanos.

este sentido explica CASTÁN (23) que «fue la práctica la que introdujo el testamento mancomunado, como una expresión de la armonía y confianza entre los cónyuges y con el propósito de economizar duplicidad de actos, puesto que en uno solo y con las solemnidades a su clase correspondientes se lograba establecer la legalidad testamentaria para la sucesión de ambos».

Por lo demás, del uso extendidísimo de esta forma de testar en la etapa inmediatamente anterior a la codificación constituyen un buen testimonio los múltiples y constantes casos que vino resolviendo la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular. Por poner algunos ejemplos cabe citar las SSTs de 21 de mayo de 1860, 26 de marzo de 1861, 19 de junio de 1866, 20 de diciembre de 1866, 22 de abril de 1878, 17 de diciembre de 1881, 27 de marzo de 1888 y 24 de junio de 1892, entre otras.

«Está declarado —vino a decir la de 21 de mayo de 1860— que no hay ni Ley ni doctrina admitida por los tribunales que sancione el principio de irrevocabilidad de los testamentos dichos de mancomún que suelen otorgar los cónyuges, sobre todo cuando contienen pacto o convenio que la establezca». En parecidos términos, la de 22 de abril de 1878 vino a declarar la revocabilidad de este procedimiento testamentario al decir que no es un precepto de derecho ni doctrina legal admitida por los tribunales que el testamento otorgado de hermandad por marido y mujer instituyéndose herederos o mandándose algo mutuamente encierre, por la naturaleza propia de este acto jurídico, la condición tácita de que la voluntad de los otorgantes permanezca siendo una y la misma, por lo menos mientras las dos existan, para que la institución hecha por cada uno de ellos conserve su fuerza y validez en la época en que ha de tener cumplimiento; cuya doctrina, por otra parte, pugna con los principios legales que regulan las solemnidades, eficacia, revocabilidad y subsistencia de los testamentos.

Al carácter revocable de esta forma de testar también se refiere la STS de 17 de diciembre de 1881 cuando afirma que: «No hay Ley ni doctrina legal que establezca la irrevocabilidad del testamento hecho de mancomún entre los cónyuges, a no ser que contenga cláusula *ad cautelam* y no se manifieste señaladamente en el posterior que se quiso derogar el anterior, conforme a la Ley 22, título I, Partida 6.^a. Que si el testamento a que el pleito se refiere no contiene dicha cláusula y dejó a los otorgantes en libertad de hacer válidamente, juntos o separados, otros testamentos hasta la hora de su muerte, según la Ley 23, título IV, Partida 6.^a; la Sala sentenciadora, al absolver de la demanda de nulidad del segundo testamento

cada cual tiene en cuenta la reciprocidad estable y segura que no puede quebrantarse sino por ambos a la vez, se evita la mala fe y el engaño de una revocación a deshora y subrepticamente por uno de los testadores».

(23) *Ob. cit.*, pág. 138.

otorgado por uno de los cónyuges fundándose en las razones expuestas, no infringe dichas leyes, citadas como infringidas con el equivocado concepto de que los testamentos de mancomún tienen igual fuerza y alcance jurídico que los que contienen la cláusula *ad cautelam*». En el mismo sentido declararon la validez del testamento mancomunado las SSTs de 27 de marzo de 1888 y 24 de junio de 1892 al disponer que: «El testamento mancomunado y la institución recíproca de herederos que hagan los testadores no es el pacto sucesorio prohibido por la Ley 33, título XI, Partida 5.^a».

Baste con lo dicho para afirmar que, al margen de la cuestión litigiosa específica que se resuelve en estas resoluciones y la doctrina que sientan en relación con el carácter esencialmente revocable del testamento mancomunado, lo cierto es que parece indiscutible el arraigo que esta forma de testar alcanzó en nuestro Derecho histórico. Dato éste ciertamente significativo, ya que aun siendo una institución enraizada en la cultura jurídica española va a ser prohibida por nuestro legislador sin motivo aparente y escasa justificación, que no sea la de emular a un Derecho extranjero en una materia en la que, a mi parecer, se imponía la fidelidad a una práctica consuetudinaria digna de conservar. Es por ello que entiendo que una práctica de siglos justificaba más que sobradamente el respeto legal al testamento mancomunado. No en vano ha podido afirmar MUCIUS SCAEVOLA (24) que el testamento mancomunado tiene un origen puramente español. Aun sin llegar tan lejos, la doctrina, en general, plantea la prohibición como la abolición de una práctica bastante generalizada o como una de las reformas más decisivas en materia de sucesión testada en España (25).

II. LA PROHIBICION EN EL CODIGO CIVIL

1. JUSTIFICACIÓN LEGAL Y DOCTRINAL DE LA PROHIBICIÓN

Antes de entrar a analizar estas razones, me parece conveniente hacer una breve reseña del panorama legislativo y doctrinal que rodeó la prohibición, ya que el mismo justifica en buena medida la postura adoptada por nuestro legislador.

Desde el punto de vista legislativo lo más destacable es el hecho de que el legislador español de 1889 estaba inmerso en un ambiente totalmente hostil a esta forma de testar. Las razones se encuentran básicamente en la innegable e incuestionable influencia ejercida por el criterio prohibitivo sancionado originariamente por el artículo 77 de la Ordenanza francesa de

(24) *Ob. cit.*, pág. 148.

(25) Por todos, *vid* SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit.*, págs. 33-335.

1735, posteriormente recogido por el Código Civil francés en su artículo 968 (26) y, en general, por todas las legislaciones de tipo latino (27).

El Code de Napoleón fue por tanto, en ésta como en otras tantas cuestiones, el principal inspirador de nuestra regulación. Ahora bien, la enorme trascendencia de esta influencia se deja ver sobre todo en instituciones que, como la que me ocupa, son prohibidas por nuestro legislador de 1889 pese al arraigo social y constante aplicación práctica de las mismas. Por ello, parece decisivo que hagamos una breve exposición de la legislación francesa de tan decisiva y evidente influencia en nuestro propio Código Civil.

Como señalábamos, la prohibición en Francia del testamento mancomunado se remonta a la Ordenanza de 1735 (art. 77), no alcanzando ésta a los testamentos-particiones hechos por los ascendientes (28).

(26) Declara este precepto que: «*Chaque testament doit être contenu dans un acte distinct. Deux personnes ne peuvent pas faire leur testament en même temps et par le même acte, soit qu'elles testent toutes deux au profit d'un tiers, soit qu'elles testent mutuellement en faveur l'une de l'autre; les deux testaments contenus dans le même acte sont nuls*». Explica CASTIELLA RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, págs. 36-38, que el criterio prohibitivo consagrado en el Código Napoleónico, inspirador de la mayoría de los Códigos de corte latino, es fruto del planteamiento ideológico que inspiró el proceso codificador: el individualismo, según el cual la libertad se entiende como libertad individual. Ello unido a la clara referencia por la Ley, consecuencia de la postergación de la costumbre en cuanto responde a la vivencia de un contenido normativo heredado y a mantener, desemboca en la eliminación o minimización de todos los cuerpos intermedios entre el Estado y el individuo. «Este planteamiento ideológico aplicado a la regulación de las disposiciones *mortis causa* lleva a la consideración de que la cualidad esencial de las mismas es su revocabilidad, que asegura la permanente posibilidad de cambiar sin trabas su contenido, de modo que se ajuste a una total actualidad de la voluntad del testador».

(27) Así, por ejemplo, por el artículo 1.003 del Código de Chile, el artículo 589 del nuevo Código Civil italiano, que mantiene la misma prohibición que se contenía en el artículo 761 del anterior Código, entre otros. Esta influencia no se dejó sentir, sin embargo, en el Código Civil alemán, ya que si bien los autores del BGB dudaron en un principio sobre la pertinencia de conservar la institución, lo que determinó en buena medida que la primera Comisión lo rechazara al considerarlo «un vago término medio entre contrato sucesorio y testamento», la segunda Comisión lo aceptó habida cuenta de lo «arraigado de la costumbre, pero limitándolo a los cónyuges». Cfr. al respecto KIPP, *ob. cit.*, págs. 346 y sigs. Tampoco en el Código Civil venezolano de 1922, que admitió con más amplitud todavía los testamentos mancomunados, estableciendo el artículo 824 que la circunstancia de que dos o más personas hayan testado en un mismo acto, sea en provecho recíproco o de un tercero, no impide que cualquiera de ellas pueda revocar, independientemente de las demás, lo que hubiera dispuesto, aunque haya cláusula en contrario. Téngase en cuenta, no obstante, que dicha disposición ha quedado derogada tras la publicación del Código Civil de 1942, donde se suprimió esta forma de testar.

(28) Téngase en cuenta, no obstante, que el testamento mancomunado contó históricamente con el favor de las antiguas costumbres francesas. Al respecto explica DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXI, París, 1868, págs. 10-13, que la bondad de la disposición conjunta residía precisamente en que constituía un medio de que se servía el matrimonio para regular de forma equitativa los intereses familiares al mismo tiempo que permitía la distribución de sus bienes.

Según la opinión mayoritaria de la doctrina (29), el motivo de la prohibición debe buscarse en la consideración de que un testamento mancomunado al ser obra de dos o más voluntades tomaría carácter contractual, con lo que dejaría de ser revocable al no haber un acuerdo de voluntades entre los autores de la disposición. En definitiva, el problema que se plantea en la regulación de los testamentos mancomunados se centró en el debate en torno a la incertidumbre que reinaba sobre la cuestión de determinar si era válida una revocación hecha por el supérstite luego de la muerte del premuerto. Debate éste que zanjó el vigente Código Civil agravando las disposiciones de la Ordenanza al extender la prohibición a los cónyuges en base a los mismos fundamentos ya esbozados. En primer lugar, la consideración del carácter contractual de un testamento de esta naturaleza al reunirse en un mismo documento dos testamentos o disposiciones de bienes *mortis causa*. Y en segundo lugar, se prohíbe este testamento para garantizar la libre revocabilidad, ya que, de admitirse, su carácter contractual consentiría la revocación por el *mutuus dissensus*.

Para CALVO CARAVACA (30) la explicación de la doctrina prohibitiva sancionada por el Código francés hay que encontrarla en el hecho de que los ordenamientos influidos por el Derecho Romano prohíben las fórmulas sucesorias conjuntas con carácter general debido a razones jurídicas (la revocabilidad de las disposiciones de última voluntad) y éticas (evitar los malos deseos hacia el contratante que ya ha sido instituido heredero), mientras que los de corte germánico acogen dichos pactos por motivaciones de orden jurídico (el respeto a la autonomía privada) y económico (favorecer la conservación y unidad del patrimonio familiar).

Si aquellos argumentos expresan el sentir de los autores contemporáneos a la codificación, nada tienen que ver con el sentir actual de la doctrina francesa. Así, para MAZEAUD (31) los peligros que se esgrimen para fundamentar la prohibición no son específicos de esta modalidad testamentaria; antes al contrario, son inherentes a todos los testamentos.

(29) Por todos, GRENIER, *Des donations, des testaments*, 4^a ed., t. II, París, 1846. LAURENT, *Principes de Droit civil français*, t. XI, París, 1887, págs. 665 y sigs.; JOSSE-RAND, *Derecho civil*, ed. argentina, t. III, vol. 3.º, Buenos Aires, pág. 34.

(30) «La sucesión hereditaria en el Derecho Internacional Privado». *RGD*, núm. 502-503 (1986), págs. 3108-3109. En parecidos términos explica CASTIELLA RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, págs. 36 y sigs., las razones del porqué históricamente la disposición patrimonial *mortis causa* de los cónyuges ha sido contestada e incomprensida. Entiende este autor que esta forma de testar es prohibida desde sistemas legislativos que no entienden ni aprecian la institución matrimonial, como ocurre en el Derecho Romano, o bien desde ópticas legislativas fundamentadas en el individualismo, como ocurre en la etapa codificadora, fundamentalmente en el Código de Napoleón.

(31) *Lecciones de Derecho civil*, parte 2^a, vol. II, Buenos Aires, 1965, págs. 353-354. En el mismo sentido, COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. VIII, trad. 2.^a ed. francesa, Madrid, 1957, págs. 6-13.

Por su parte, la jurisprudencia, a falta de poder excluir la disposición imperativa del artículo 968, ha limitado su alcance. De una parte, dándole a la expresión «acto», contenida en el referido precepto, el sentido de un acto jurídico y no el de instrumento, de tal modo que considera que dos testamentos, aun redactados en una misma hoja de papel, no son testamentos mancomunados si cada uno de ellos forma un todo que se basta a sí mismo. Por otra parte, se niega a imponer la prohibición siempre que los dos testamentos estén separados, aun cuando hechos en consideración uno del otro y por contener disposiciones recíprocas se sirvan mutuamente de causa. Concluyendo que el testamento mancomunado no es, pues, sino el testamento hecho por dos personas que no hayan redactado sino un solo escrito y que lo hayan firmado juntas.

Situándonos ya en España, entre nuestra doctrina y por influencia directa de todo el proceso codificador francés, estaba extendidísima la opinión favorable a la supresión por el Código Civil del testamento mancomunado, ya que era absoluto el convencimiento de que esta forma de testar presentaba más inconvenientes que ventajas. Así, SILVELA al discutir el Código en el Senado declaró que «es de alabar la prohibición de los testamentos mancomunados por ser éstos una mezcla informe de testamento y de contrato». Por su parte, GARCÍA GOYENA (32) expone las razones para su supre-

(32) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974. Paralelamente a esta corriente de derecho común contraria a la admisión del testamento mancomunado, se produce dentro de la doctrina de Derecho navarro ciertas opiniones contrarias a este procedimiento testamentario. Así, al decir de MORALES GÓMEZ, *Memorias que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra que deben quedar subsistentes como excepción del Código general; y los que pueden desaparecer viniendo a la unificación*, Pamplona, 1884, págs. 68-69, «a pesar de... que se procuró no desmentir el principio de la revocabilidad declarándolos revocables antes de empezar a producir sus efectos por la muerte de uno de los otorgantes y de haberles dado el mayor carácter de aceptables, hay dos poderosas consideraciones que nos deciden a no pedir la subsistencia del testamento mancomunado como especialidad en Navarra; la primera, las captaciones y sugestiones de que puede ser objeto, así como el premio de uniones desiguales y sin más fin que el reprobado de un grosero interés; y la segunda, que con su desaparición no se priva de poder disponer del mismo modo en el fondo, aunque con la diferencia en la forma de hacerse en dos testamentos y la mayor facilidad en la revocación, lo cual debe favorecerse». «Basta fijar la atención un poco en estos testamentos para comprender que no tienen razón de ser. Desde luego, puede decirse que constituyen un ataque a la libertad de testar, que no ha de entenderse completa ejercida una vez, sino que ha de moverse en la esfera de la ambulancia de la voluntad humana. La última Ley suavizó bastante el principio de la irrevocabilidad altamente reprochable y que no se comprende cómo haya tenido partidarios en Navarra, pero de todos modos conviene la supresión del testamento de que se trata». Así se lee en *Legislación foral de España. Derecho civil vigente en Navarra* Biblioteca jurídica, t. II, Madrid, 1888, pág. 86. Del mismo modo se hizo notar esta postura de rechazo en zonas como Aragón, donde ha existido siempre una tradición doctrinal favorable. Son ejemplos discordantes de esta tradición FRANCO y LÓPEZ, *Instituciones de Derecho civil aragonés*, Zaragoza, 1841, pág. 70, e ISABAL, *Exposición o comentario del cuerpo denominado Fueros y observancias del reino de Aragón*, Zaragoza, 1926. págs. 265-266

sión al afirmar que «lo mejor es prohibir una forma incompatible con la buena fe (si es que se tolera la revocación de un testador, desconociéndolo o habiendo muerto el otro... que testó él como testó porque lo hizo como lo hizo el luego revocante) o con la naturaleza de los testamentos (si es que no se permite la revocación), y que, por otra parte, daba lugar a sugerencias y violencias» (33). GUTIÉRREZ (34), con iguales argumentos, por otra parte tomados por ambos autores de la discusión de la codificación francesa, se declaraba no partidario de un testamento «sin origen conocido en la historia y sin motivo razonable en la ciencia».

La crítica de este testamento la hace con singular maestría SÁNCHEZ ROMÁN (35) con estas palabras: «Ofrecía desde el punto de vista aparentes ventajas, no siempre conformes con la realidad puesto que en algunos casos se prestaba a la falacia y a la captación de un cónyuge ejercida sobre la voluntad del otro, y aun estimulada con otorgamientos e instituciones mutuas, que en el cónyuge menos sincero de propósitos no corría otro riesgo que el de la contingencia de premorir a su consorte, toda vez que es indudable la subsistencia del carácter esencial de la nota de la *revocabilidad* en toda disposición testamentaria, sin que estorbara a su aplicación por parte del sobreviviente la circunstancia del conjunto otorgamiento. La observación diaria ha enseñado la frecuencia con que en casos semejantes el cónyuge que sobrevive, aun habiendo recibido mercedes o beneficios de la disposición testamentaria del otro, ha revocado las suyas de carácter mutuo o más o menos compensatorio en la estimación del premuerto, aunque se hubieran hecho a favor de otras personas, y siempre que, hechas de un cónyuge a otro, la misma premoriencia de uno de ellos las convierta en ineficaces. Nada había que permitiera la *irrevocabilidad* en disposiciones mutuas, que por serlo no tomaban, sin embargo, el carácter de prestaciones contractuales, que no podían ser tampoco por no incurrir en la nota de inmoralidad ni siquiera condiciones suspensivas o resolutorias de la recíproca disposición del otro cónyuge cootorgante del testamento de mancomún y que alguna vez podrían prestarse a la apariencias de condición lícita con la interposición de personas o circunstancias más o menos diestramente combinadas».

Con posterioridad, también MANRESA (36) califica de plausible acierto la desaparición del testamento mancomunado a partir de la publicación del

(33) En el mismo sentido, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, II, 14 ed., Madrid, 1886, pág. 26, consideraban «sujeta a graves inconvenientes la facultad de otorgar esta clase de testamentos»

(34) *Ob. cit.*, pág. 164.

(35) *Ob. cit.*, pág. 326.

(36) *Ob. cit.*, págs. 537 y sigs. Con él, VALVERDE, *ob. cit.*, pág. 73, al declarar que «por faltarse con su existencia a la nota esencial del acto personalísimo que debe tener

Código Civil. Entre los autores más modernos que se adhieren a este pensamiento se encuentra, por ejemplo, ESPÍN (37).

2. ARGUMENTOS PARA LA PROHIBICIÓN

Hemos adelantado que los caracteres configuradores de esta modalidad testamentaria son al mismo tiempo los elementos justificadores de la prohibición, en la medida en que se han presentado como atentatorios de alguno de los principios básicos y esenciales en materia testamentaria. Estos son:

- a) El principio de unipersonalidad como garantía tendente a evitar la captación de la voluntad. Es decir, el fin principal perseguido por todas las legislaciones que contienen la prohibición es evitar el influjo, la sugestión y aún la coacción que en uno de los otorgantes pudiera ejercer la presencia del otro, privándole de la necesaria libertad para disponer de sus bienes con arreglo a los apremios de su voluntad.
- b) La incompatibilidad con la revocabilidad esencial en materia de sucesión testada.

Paso a analizar pormenorizadamente cada uno de estos presupuestos conformadores o explicativos de la prohibición.

A) *El testamento mancomunado y el principio de unipersonalidad en materia testamentaria*

Entre los caracteres que el Código Civil atribuye al testamento se cuenta el de su unipersonalidad (38), entendido en el sentido de que el mismo sólo puede ser realizado por una persona, sin que se admita la presencia de otra

todo testamento; por esta razón y por evitar además coacciones en la declaración de voluntad, era preciso que desapareciera también el testamento mancomunado», MUCIUS SCAEVOLA. *ob. cit.*, págs. 148-158, y GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *ob. cit.*, pág. 25. Para BONET RAMÓN, *ob. cit.*, pág. 92, la razón de la prohibición debe buscarse en la garantía de la más amplia, absoluta libertad de disposición y en el carácter de revocabilidad que el legislador ha querido asegurar en el acto testamentario

(37) *Ob. cit.*, págs. 1682-1684

(38) Es preciso distinguir en este punto entre unipersonalidad y unilateralidad, ya que siendo ambos elementos esenciales del testamento tienen un contenido diverso. La unipersonalidad significa la presencia de una sola persona, en tanto que la unilateralidad se entiende como concurrencia de una sola parte, pues por ser unilateral sólo se requería que hubiese una parte, y estando varias personas *ex uno latere* habría unilateralidad de varios. De otra parte, es necesario distinguir también la unipersonalidad con el carácter personalísimo del testamento por cuanto éste lo que significa es que no puede concurrir al otorgamiento de las disposiciones *mortis causa* un representante.

para disponer simultáneamente. Como dice PUIG BRUTAU (39), ser unilateral significa que en cada acto de testar interviene un solo testador. Dispone el artículo 670 CC: «El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario».

Sin embargo, este principio o argumento, extraíble, según el parecer mayoritario de la doctrina (40), de la prohibición legal contenida en el artículo 669 del CC, se configura como una regla de doble sentido, esto es, de ida y vuelta, ya que si, de un lado, se extrae de la disposición legal referida, al mismo tiempo está en su base para fundamentar la prohibición. Tal es así que si bien el legislador se refiere expresamente al principio de personalidad del testamento en el artículo 670 del CC para prohibir que su formación se deje, total o parcialmente, a otra persona, en ningún precepto se contiene ese otro principio que exige y limita el otorgamiento de voluntades en un mismo instrumento a una sola persona (41), sino que el Código Civil se limita a presumirla. En este sentido la mancomunidad no es una de las manifestaciones del principio de unipersonalidad, sino que es la única manifestación. Nótese además que en las legislaciones forales donde se admite el testamento mancomunado no se presenta a éste como una excepción al principio general de la unipersonalidad, sino que con su regulación se rechaza esta nota, en la medida que se rechazan las razones que la explican. Por lo tanto, atacar o combatir la unipersonalidad significa en definitiva combatir la prohibición. Afirmación ésta que aunque parezca una obviedad no lo es tanto si tenemos en cuenta que, siguiendo la tesis esbozada, este principio es el único argumento de rango legal para defender la prohibición. Carecen de esta consideración esas otras razones, a las que más tarde me referiré, tradicionalmente fundamentadoras de la prohibición, como son el peligro de una posible captación de la voluntad o los problemas que la mancomunidad origina en relación a la revocación de las disposiciones testamentarias.

En consecuencia, el carácter unipersonal del testamento, que se extrae de la prohibición legal, no es un rasgo esencial que, junto con otros como la personalidad o unilateralidad, caractericen el testamento, sino que, a mi juicio, sólo se justifica en la prohibición referida. Dicho de otra manera, la

(39) *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. 2.º, Barcelona, 1977, pág. 170

(40) Por todos, MANRESA, *ob cit.*, pág. 396. para quien la prohibición del artículo 669 del Código Civil es una consecuencia del principio iniciado en la definición del artículo 667 del Código Civil y desenvuelto en el artículo 670, de que el testamento es un acto individual o personalísimo. También ALBALADEJO, *ob cit.*, pág. 105.

(41) No se refiere al mismo artículo 667 del Código Civil, ya que su alcance es exclusivamente el de definir o conceptuar el testamento como el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de sus bienes, sin que se regulen aquí, limitándolas, las manifestaciones o formas de ese otorgamiento de últimas voluntades.

admisión del testamento mancomunado no quebrantaría ninguna disposición legal o elemento esencial del testamento, ni mucho menos mutaría la naturaleza de este acto *mortis causa* en un contrato, toda vez que el testamento mancomunado, aunque plural por contener una pluralidad de declaraciones de voluntad (generalmente la de los cónyuges), no es asimilable al contrato por faltarle, entre otros, el requisito de la correlación de prestaciones u onerosidad. No es ésta, sin embargo, la diferencia fundamental: el testamento mancomunado se distingue del contrato (sucesorio) sobre todo por razón de la revocabilidad unilateral de las disposiciones testamentarias (42).

Efectivamente, no atenta el testamento mancomunado contra el principio de personalidad, consagrado en el artículo 670 del CC, toda vez que con este principio lo que se prohíbe es que el otorgamiento de últimas voluntades se engarce en todo o en parte a un tercero al ser el testamento un acto personalísimo no delegable (43). Se trata, en definitiva, de excluir la representación en las disposiciones por causa de muerte por tratarse de asuntos personalísimos del causante. De ahí que no me parezca muy afortunada la tesis de quienes (44) sostienen que el testamento mancomunado atenta contra este principio, ya que la personalidad lo que impone es que las disposiciones por causa de muerte deriven de una decisión propia del testador (45). Es evidente, pues, a mi juicio, que desde el punto de vista de la personalidad no hay razón para negar la compatibilidad entre el hecho de que el testador tome por sí mismo una determinación concreta en cuanto al contenido de la disposición testamentaria y la pluralidad de declaraciones de voluntad que con estas características se viertan en un único instrumento (46).

Tampoco desvirtúa este planteamiento la concepción legal del testamento contenida en el artículo 667 del CC como acto por el que una persona dispone

(42) La imposibilidad de asimilar el testamento mancomunado al contrato nos la explica LÓPEZ R. GÓMEZ, *ob. cit.*, pág. 279, al decir que el testamento mancomunado en su modalidad de mutuo no puede ser tenido como un pacto sucesorio, porque si bien la institución de heredera es mutua entre los dos otorgantes, la prestación del consentimiento como base de toda obligación no puede darse, pues el testamento nunca ha tenido la naturaleza de contrato. Y si esta negación se refiere al testamento mutuo, con más fundamento puede extenderse al de mancomún en el que la institución se hacía en favor de un tercero.

(43) Esta afirmación hay que entenderla referida al Derecho civil común, ya que en los derechos forales se reconoce el poder testamentario en diversas instituciones.

(44) En este sentido, MANRESA, *ob. cit.*, pág. 544.

(45) Desde este punto de vista no deja de ser significativo el que en el Código Civil alemán se caracterice el testamento con la nota de la personalidad (art. 2.065) y a continuación se regule el testamento mancomunado con carácter general, sin que se configure como una excepción a dicho principio.

(46) En este sentido señala BINDER, *ob. cit.*, págs. 121-122, que en los testamentos simultáneos la mancomunidad es puramente formal, pues no se trata sino de disposiciones independientes de última voluntad contenidas en un mismo instrumento público.

para después de su muerte de sus bienes o parte de ellos, porque la personalidad que se infiere del precepto legal ha de entenderse en el sentido referido en cuanto se veda la intervención de una voluntad ajena en el acto dispositivo (47). Y por ser personalísimo sólo se requeriría que testase el propio interesado y no otra persona por él, lo que sería compatible con testar varios interesados personalmente a la vez. Tal es así que, al estudiar el artículo 670 como manifestación palmaria del principio de personalidad, se invoca el artículo 667 para fundamento y explicación última del mismo (48).

Frente a estos caracteres legales configuradores del testamento, obsérvese, sin embargo, que lo que en principio viene a prohibir el artículo 669 del CC es que dos o más personas otorguen sus últimas voluntades en un mismo instrumento, ya que, como indicábamos, la mancomunidad reside en la pluralidad de declaraciones de voluntades vertidas simultáneamente en un mismo documento y no, como han pretendido algunos autores (49), en el hecho de que los codeclarantes o cotestadores se instituyan recíprocamente herederos o instituyan heredero a una misma persona, ya que estas dos últimas fórmulas sólo hacen referencia a manifestaciones concretas que puede adoptar las declaraciones unilaterales de voluntad contenidas en el testamento que nos ocupa. Por lo demás, la dicción del precepto está clara: la mancomunidad deriva de otorgarse el testamento en un mismo instrumento (se entiende, por dos o más personas) y no de las personas que pueden beneficiarse después del fallecimiento de los otorgantes. Cualquier otro intento de excluir de la prohibición legal el caso de que no hagan los cotestadores institución mutua o a favor de un mismo tercero es, en mi opinión, uno de los tantos intentos que se han ideado para orillar la prohibición y testar mancomunadamente (50).

(47) Esta concepción del carácter personalísimo de las disposiciones por causa de muerte, entendida como equivalente a la exclusión de representación, se remonta ya al Derecho Romano en el que este carácter venía ya impuesto por su forma oral, que sólo podía ser cumplimentada personalmente por el causante, y también de la circunstancia de ser desconocida la representación como institución general de los negocios jurídicos. Sobre el carácter personalísimo del testamento *vid.* KIPP, *ob. cit.*, págs. 198 y sigs.

(48) En este sentido véase ESPÍN CÁNOVAS, *ob. cit.*, pág. 1686.

(49) Así PUIG PEÑA, pág. 217, para quien la prohibición no alcanza al supuesto de otorgar testamento más de una persona en un mismo instrumento, siempre que ni se instituyan recíprocamente ni en favor de un tercero, en base a que no es lo mismo una declaración conjunta de voluntad de carácter recíproco o conjunto, que dos declaraciones distintas, aunque consignadas *uno actu*. En el mismo sentido se expresa MARTÍNEZ GIRALT, notas a POLACCO, *Sucesiones*, ed. esp., La Habana, 1931, pág. 34, quien entiende que se han de considerar válidos, por estar fuera del supuesto de los artículos 669 y 743 del Código Civil, los testamentos en los que los testadores instituyen herederos a personas distintas.

(50) Nótese que esta tesis que descarta la mancomunidad en el caso planteado, en la base de que las sucesiones testamentarias, al no ser recíprocas ni a favor de un mismo

También lo es, a mi juicio, la tesis de algunos autores para los que lo que hace mancomunado al testamento es la unicidad del acto y no la unidad puramente material o instrumental, de tal manera que el testamento escrito por dos personas sobre el mismo papel, por ejemplo, una en el anverso y otra en el reverso, o ambas en la misma cara del papel, pero en espacios diferenciados, no sería un testamento mancomunado, sino dos testamentos ológrafos de dos personas escritos en la misma hoja de papel (51). Esta misma construcción puede extraerse de diversas resoluciones de nuestro Tribunal Supremo en la que se ha sentado la doctrina siguiente: «El testamento mancomunado prohibido por el artículo 669 del Código Civil es aquel que contiene en un solo acto o instrumento las declaraciones de última voluntad de dos personas y caracterizado, por tanto, por su unidad instrumental, no por su contenido». Así la Sentencia de 13 de febrero de 1984, entre otras (52).

El interés de esta resolución excede, por lo demás, de la construcción referida, ya que la misma plantea interesantes cuestiones en relación con la concurrencia de ese segundo presupuesto —al que nos hemos referido—, como es la pluralidad de declaraciones de voluntad. Aparte de eso, su entendimiento requiere cierto comentario y aclaración, ya que en el supuesto de hecho de esta sentencia nos encontramos con una voluntad testamentaria que aunque declarada únicamente por un cónyuge recoge igualmente la voluntad de su consorte, ya que aquél haciendo eco de una voluntad ajena realiza una serie de disposiciones en plural (por ejemplo, «disponemos...», «nos comprometemos ambos testadores....») que, aunque escritas únicamente de puño y letra por el testador y rubricadas por él, aparecen a continuación aceptadas por su consorte. Sin embargo, dejo por ahora esta cuestión, cuyo estudio tiene mejor ubicación en otro lugar de este trabajo.

tercero, correrían por caminos y situaciones diversas aceptando, en consecuencia, la existencia de dos testamentos que se articulan *uno acto*, sólo trata de superar el mandato legal de declarar la nulidad del testamento mancomunado. Y no es ésta la única fórmula; antes bien, a lo largo de este trabajo tendremos ocasión de reflejar cómo los intentos de superar la prohibición legal han dado ocasión de defender tesis que pudiéramos tildar de «curiosas», en las que lo único que se defiende en definitiva es la posibilidad de testar mancomunadamente.

(51) Por todos, TRAVIESAS, *ob cit.*, pág. 118, quien únicamente condiciona la validez de los testamentos así otorgados a la circunstancia de que sea posible el fraccionamiento del papel que contenga cada testamento. Incluso propone este autor como solución para el caso de que el fraccionamiento no fuera posible el que los testamentos fuesen protocolizados mediante copia auténtica antes de separar el original del otro testamento, que necesariamente ha de ser protocolizado para su validez. Solución que el propio autor entiende que es de dudosa validez, además de violentar los términos de la Ley. También CUADRADO IGLESIAS, *ob cit.*, pág. 1095, y PUIG PEÑA, *ob cit.*, pág. 218. En contra, LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ y otros, *ob cit.*, pág. 325, para quien la mancomunación alude a un presupuesto formal; esto es, sin la concurrencia de dos testadores en un único instrumento no la hay.

(52) También la STS de 8 de junio de 1918.

Por lo tanto y en atención de todo lo dicho, si la mancomunidad reside en la concurrencia de voluntades, sólo partiendo del perjuicio de que la concurrencia de varias personas lleva aparejada la correspondiente limitación de la libertad de testar por influencia de los otros otorgantes puede establecerse alguna relación entre el principio de personalidad y la prohibición de testar mancomunadamente.

Dicho esto veamos, pues, cuáles son las razones que según esta tesis imponen esa unipersonalidad o, quizás, mejor cuáles son los peligros o riesgos que se pretenden evitar prohibiendo la concurrencia de voluntades en un mismo acto o, más simplificadaamente, marginando la unidad instrumental.

La principal y básica, la de evitar el riesgo de captación (53) de voluntad de uno de los otorgantes sobre el otro (básicamente se pensaba en la captación de la voluntad de la mujer por el marido); impedir las presiones o sugerencias de un testador sobre otro, con la correspondiente quiebra de la libertad de testar y de la independencia de la formación de la voluntad testamentaria (54). Dicho de otra manera, la *ratio* de la indispensable unipersonalidad del testamento es, según esta construcción, garantizar la absoluta independencia en la formación libre y espontánea de la voluntad. De tal manera que la forma unipersonal no es sólo condición suficiente, sino necesaria, para que el acto despliegue sus efectos. Lo cual si se mira bien sólo se comprende (y en su caso hasta se justifica) si se tiene en cuenta que se está pensando en el supuesto de que en el mismo instrumento se contengan varias declaraciones de voluntad que están mutuamente condicionadas, esto es, que sean interdependientes, porque de otro modo tal captación de voluntad no sería relevante. Estoy pensando en el caso de que en un mismo

(53) Los autores antiguos consideraban que existía captación o sugestión cuando se daba «aquel complejo de artificios, de engaños, de maniobras con las cuales se sorprendía la buena fe del testador y se le inducía a testar para sí o para otro» (vid. CUIACIO, ad lib. XXXIV, *Si quis aliq. testari prohib. vel coget*, volumen IX, col. 796; DOMAT, *Lois civiles*, Lib. III, tit. 1.º, sec. V. La misma tendencia se observa entre la doctrina y en la jurisprudencia italianas, pudiéndose citar, entre los autores más recientes y calificados, a CICU, *El testamento*, ed. esp., Madrid, 1959, pág. 193, al decir que «se habla de captación si el dolo es realizado para inducir al testador y disponer a favor del que la realiza; y de sugestión si es a favor de terceros, por más que no haya concordancia doctrinal acerca de esta limitación. De todos modos, en los dos casos hay un comportamiento que tiende, con presiones que no se pueden considerar como de violencia, con manifestaciones insinceras de afecto, con mentiras dichas por otros, a predisponer al testador a que disponga en favor de quien tal hace o de terceros».

(54) Todos los temores de que los legisladores y tratadistas se han hecho eco repetidamente, se pueden resumir en éste: el testamento mancomunado ofrece una ocasión propicia para el fraude; un testamento en que el marido y la mujer han estado juntos puede ser muchas veces un medio legal de que el primero capte la voluntad, y con ella los intereses de la mujer.

instrumento y acto dos personas otorgasen sus últimas voluntades, instituyendo, herederos a personas distintas y sin que hubiese ninguna conexión entre las respectivas declaraciones de voluntad o disposiciones *mortis causa*. Es evidente que en tal hipótesis, en la que en definitiva las respectivas disposiciones se plasman en un sólo testamento-documento por razones de economía documental, de índole sentimental o cualesquiera otras, el peligro de captación no sería un argumento sostenible para atacar su validez, lo cual pone ya en entredicho o permite cuestionar la amplitud de los términos de la prohibición. Es decir, que la posible presión o influencia de un testador sobre otro que se pretende evitar con la prohibición está presuponiendo, en mi opinión, que el testamento u otorgamiento conjunto es además recíproco, e incluso más, correspectivo. Tal es así que para COCA PAYERAS (55) es este tipo de testamento mancomunado el que histórica y actualmente se toma como modelo de los mancomunados, y de esta guisa es del mismo de donde se extraen las razones justificadoras de la prohibición (56).

Pues bien, frente a este riesgo de captación de voluntad ampliamente esgrimido por los detractores del testamento mancomunado (fundamentalmente por la doctrina del derecho común anterior al Código Civil y un escaso sector de la doctrina posterior al vigente Código) se levantan opiniones muy fundadas alegando que las captaciones de voluntad, las deslealtades y los fraudes pueden darse en igual grado y medida en el testamento individual. Así, por ejemplo, en el testamento ológrafo la ausencia de Notario y de testigos que comprueben la libertad del otorgante es una forma testamentaria a la que pueden atribuírsele los defectos denunciados (57).

(55) *Ob cit.*, pág. 115

(56) Por lo que se refiere a esa perspectiva histórica, conviene tener en cuenta que ya en el Derecho Romano este tipo de testamento llamado *captatorio*, en el que la institución se efectuaba bajo la condición de ser instituido por aquel a quien se instituye, fue prohibido por un Senado-Consulto, del que desconocemos el nombre, por coactar la libre determinación de la voluntad del disponente (Digesto 28, 5,70 y 71; 30, 64; 38, 8,1. *Captatorias institutiones non eas senatus improbatit quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt, sed quarum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis*).

(57) Es más, tradicionalmente se ha visto con cierta cautela esta forma testamentaria ya que al mismo se atribuyen los siguientes inconvenientes: 1) Los peligros de sugestión o captación a que se pudiera prestar, circunstancias que en el caso de morir inmediatamente el testador quedan ocultas, resultando válido y eficaz en el Derecho el testamento esencialmente nulo por falta de consentimiento. 2) Que no ofrece garantía alguna que asegure la capacidad del testador o que no esté en radical discrepancia con su voluntad por falta de conocimientos, no ya jurídicos, sino de simple redacción. 3) Que es bastante difícil probar su autenticidad cuando es impugnado. A esto se añade el peligro de destrucción, pérdida o sustracción de este testamento, del que no existe ninguna garantía de intervención pública o privada que atestigüe su otorgamiento y especialmente su conservación. Haciéndose eco de estas desventajas, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil...*, cit., pág. 233, señala que por sus formalidades, muy sumarias, el testamento ológrafo no ofrece las mismas garantías de protección a la

El propio ALBALADEJO (58), partidario de la prohibición, declara que «este criterio es poco consistente porque igual se puede influir desde fuera del acto del otorgamiento en la voluntad del otorgante, como será fuera del otorgamiento del testamento mancomunado como se presione, porque no va a ser en presencia de Notario. Aparte de que esas presiones se dan en muchos casos y se darán con o sin testamento mancomunado, y son inevitables e indescubribles o no posibles de probar generalmente. Amén de que, en definitiva, es lo común que se halle en manos del testador poder resistirlas... En conclusión, que el argumento de las posibles presiones en el testamento mancomunado no convence y si es que se puede demostrar y alcanzan el nivel de viciar la voluntad, ahí están los vicios de ésta para invalidar el testamento, sea mancomunado o no».

Además de compartir este planteamiento, por lo demás poco sospechoso si tenemos en cuenta que su autor se cuenta entre los partidarios de la prohibición, conviene subrayar la idea de que con el levantamiento de esta prohibición la libre espontaneidad del acto testamentario impidiendo ajenas influencias que pudieran llevar a desnaturalizarlo no queda marginada, toda vez que nuestro Derecho cuenta con unos mecanismos de protección, entre los que se cuentan fundamentalmente las formalidades exigidas *ad solemnitatem* para su validez (59) a fin de evitar toda posible duda acerca de la realidad de ese querer manifestado; y en segundo lugar, aquellos requisitos de carácter interno que tienden a amparar la espontaneidad y libre iniciativa del testador, entre los que se encuentran los destinados a impedir que en la disposición testamentaria la voluntad del testador sea sustituida por la de una tercera persona (60). Medidas todas éstas más acordes con la finalidad y los

voluntad del testador que los testamentos notariales. Las posibilidades de presiones y de captación de voluntad son mayores; asimismo la de una falsificación, los peligros de pérdida o destrucción no sólo provienen del acaso, sino también de maniobras de un heredero abintestato no favorecido, o de uno favorecido en un testamento anterior. Finalmente, al actuar (en principio) aislado y sin ayuda ajena, el testador puede traducir mal su voluntad, también expuesta a deformación por la ulterior interpretación judicial, como fácilmente puede incurrir en causas de nulidad de disposiciones concretas.

(58) *Ob. cit.*, pág. 108.

(59) En este punto conviene recordar que el artículo 687 del Código Civil al prescribir que «será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente exigidas», eleva a la categoría de esenciales las formas establecidas para su otorgamiento.

(60) A esta finalidad responden la prohibición del testamento por comisario y demás establecidas en el artículo 670 del Código Civil al disponer que el «testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse a un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente». Idéntico fundamento tiene la prohibición de encomendar a otro la facultad de mejorar a la que se refiere el Código Civil en el artículo 830 al disponer que «la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro».

principios que rigen en materia testamentaria en orden a la formación de la voluntad.

En esta misma línea, resulta ineludible hacer notar la debilidad del argumento de la posible captación de voluntad, esto es, de la virtual existencia de vicios de la voluntad, en el que uno de los cónyuges, por hipótesis la mujer, es considerado *a priori* como sugestionable por el otro. Ello, sin duda, carece de fundamento, pues muy bien puede decirse que la forma de protección frente a los vicios del consentimiento es general y no necesita un régimen particularizado en razón de quien sea su otorgante.

También critica CASTÁN (61) los fundamentos de la prohibición, llegando incluso a cuestionarse la oportunidad de una prohibición que, como éste, ofrece innegables ventajas prácticas a los cónyuges, esgrimiendo contra las supuestas coacciones a que da lugar esta modalidad de testamento que tales coacciones y deslealtades pueden operar igualmente en los casos en que los cónyuges testan en instrumentos separados.

Para LACRUZ (62) las objeciones unánimemente aceptadas por los tratadistas contemporáneos a la codificación son muy discutibles, toda vez que «los peligros de coacción o captación, en los sistemas de libre revocabilidad, apenas son mayores que en el testamento individual; y el de fraude queda también a la altura del testamento unipersonal en el momento en que cada testador conozca la posibilidad de revocar del otro, lo que se puede conseguir sencillamente obligando al Notario, por precepto legal, a hacer una advertencia a los testadores en ese sentido».

De lo insostenible de la argumentación que hace descansar la prohibición en el principio de la unipersonalidad, es por lo demás un magnífico exponente la tesis de aquellos autores (63) que, aunque defensores a ultranza de la prohibición, no tienen ningún reparo en admitir la legalidad del testamento otorgado por una pluralidad de personas, en el mismo papel siempre y cuando las disposiciones de última voluntad de cada otorgante pudiesen separarse mediante la división del papel, de forma que cada una

(61) *Ob. cit.* págs. 138-141.

(62) *Ob. cit.*, pág. 372. En este mismo sentido, COELLO GALLARDO, *ob. cit.* pág. 85, para quien la posibilidad del influjo de una voluntad sobre la otra no se evita con solo exigir que cada uno manifieste en papel distinto su disposición en las condiciones y en idénticas circunstancias en que hubiera de llevarse a efecto el testamento común, pues los peligros que puedan existir por sugestión o influencia sobre la voluntad de uno de los cónyuges por el otro, que hagan dudar sobre la certeza o realidad de la voluntad consignada en su testamento, son idénticos en el caso de ordenar su última voluntad en distintos testamentos como si lo hace en uno solo con carácter mancomunado, ya que la influencia o sugestión no desaparecen ni se modifican con variar las formas de testar, puesto que éstas no son las causas originarias de tales perturbaciones, que son más complejas y a veces imposibles de prever.

(63) *Vid.* nota 52.

de las porciones resultantes tenga un contenido distinto. El reconocimiento de la validez de cada uno de los testamentos así otorgados hace prácticamente insostenible, desde la perspectiva de estos autores, el argumento de la unipersonalidad, tal y como ellos lo conciben, como fundamento justificativo de la prohibición.

No insisto más en la falta de consistencia de un argumento que además de carecer de fundamento legal tiene como finalidad el deseo de evitar unas presuntas sugerencias y violencia que, a mi entender, está lejos de alcanzar (64). Es más, creo con toda seguridad que nuestro ordenamiento dispone de un acabado sistema de protección y garantía de la voluntad en cuanto a su manifestación libre y espontáneamente manifestada, que aunque presente fisuras sirve mejor a la finalidad perseguida: la teoría de los vicios del consentimiento.

(64) La imposibilidad o dificultad radica precisamente en el dato de que si el cónyuge captado de ese modo ha cedido a la sugestión del otro, bien por amor o por temor, existiendo entre ellos ese amor o ese temor, según los casos, parece evidente que el cónyuge interesado, ambicioso, podría igualmente arrastrar al otro a un testamento personal ordinario pero hecho casi al dictado del inductor Y si, por el contrario, se considera que la regla general es aquel matrimonio en que uno de los cónyuges se propone apoderarse de los bienes del otro, ¿qué se pretende remediar de ese mal con la prohibición del testamento mancomunado? Habría que prohibir para ser lógicos con el propósito toda forma de sucesión voluntaria, porque sobre la voluntad, y no sobre la Ley rígida igual para todos, obra la sugestión. Para esta opinión *vid.* TEIXEIRA GRACIANETA, *ob. cit.*, págs. 47-49. Por lo demás, es particularmente significativo y así lo ha puesto de manifiesto la doctrina, que en ordenamientos como el aragonés, en los que está admitido esta forma de testar, la práctica no ha respondido a las profecías de inconvenientes, litigios e injusticias que sus enemigos lanzaron contra él en todo tiempo. Para esta opinión *vid.* TEIXEIRA GRACIANETA, *ob. cit.*, págs. 53 y sigs. y SANTOS DE OTTO, *Derecho Foral*, Barcelona, 1945, pág. 424 Especial interés reviste en este sentido la Exposición de Motivos del Proyecto de Apéndice de 1904, publicado por la excelentísima Diputación Provincial de Zaragoza, 1904, que rechazó la prohibición del artículo 669 del Código Civil en razón a cuantos argumentos en pro de la justificación del testamento mancomunado hemos aducido en el texto. Las razones que se tuvieron en consideración fueron: «1.ª Era inconveniente privar a personas unidas por el lazo del matrimonio de darse esa postrera prueba de confianza que durante su vida se han dispensado. 2.ª En este antiguo Reino se halla tan arraigada y con tan felices resultados el testamento mancomunado entre marido y mujer, que, con ser frecuentísimo el caso de su otorgamiento, ha dado lugar a pequeño número de contiendas judiciales. 3.ª El temor de posibles deslealtades entre los que testan juntos, si ha de compadecerse la subsistencia de lo que en esa forma hayan ordenado con la naturaleza de esencialmente revocables de los testamentos, y con la facultad que se atribuye al supérstite de variar su disposición en cuanto a su caudal —temor que parece ser la causa que ha gravitado sobre el ánimo de los legisladores latinos para establecer la unipersonalidad del acto— tiene más de pueril que de serio; porque ¿quién impide que cumplida la exterioridad de la Ley testando separadamente los esposos, ante el propio fedatario, en turno sucesivo, cada cual con conocimiento de lo que el otro hace y quizás con minutas coartadas por igual patrón, frustre uno de ellos la combinación de ambos con un nuevo otorgamiento? 4.ª Mejor que abolir por insignificantes defectos una institución que no repugna a la conciencia social es purgarla de ellos, conducta que ha observado la Comisión...»

B) *Revocabilidad*

a) Consideración general

Otro de los escollos que presenta la admisión del testamento mancomunado, incluso de mayor relevancia que el descrito anteriormente dada la atención que se le ha dedicado (65), es el relativo a la revocabilidad de sus disposiciones. En este punto es clásica la discusión sobre la revocabilidad o irrevocabilidad de los testamentos mancomunados. COELLO GALLARDO (66) resume así los términos de la controversia: «El problema más serio planteado acerca del testamento mancomunado es la posibilidad de que pudiera ser modificado por el cónyuge sobreviviente, haciendo ilusorio de esta forma el estado de sucesión creado en la disposición revocada, que puede haber sido causa o motivo de concesiones por parte del cónyuge premuerto. Ante este problema se planteaba el dilema de permitir la revocación de los testamentos mancomunados violando la fe en la reciprocidad de concesiones hechas en los mismos o declararlo irrevocable, lo que equivaldría a cambiar la naturaleza de la sucesión, convirtiéndolo de acto de última voluntad en otro de carácter rigurosamente contractual».

Ahora bien, antes de continuar con esta exposición conviene centrar en sus justos límites este problema.

Habíamos señalado que la nota definitoria del testamento mancomunado radica en la antítesis que se produce entre la unicidad del instrumento formal en que se contiene la voluntad sucesoria y la pluralidad de declaraciones de voluntad *mortis causa*. En relación con este contenido negocial plural hay que tener en cuenta que las declaraciones de voluntad pueden hallarse en dos situaciones conectadas entre sí, es decir, correspectivas, o en absoluta desconexión, o sea, sin ninguna vinculación entre ellas, sin que en ninguna de estas hipótesis pierda el testamento su cualidad de mancomunado. Teniendo en cuenta esta distinción, tenemos que dejar sentado

(65) En este sentido obsérvese cómo dentro de la bibliografía sobre el testamento mancomunado muchos de esos trabajos versan sobre la revocabilidad o condiciones de revocabilidad del mismo. Valgan como ejemplos: JAIME PINTOS, «De la revocabilidad del testamento mancomunado», en *RCDI* (abril 1954), págs. 270 y sigs., MERINO HERNÁNDEZ, *Revocación «post mortem» del testamento..*, cit., págs. 47 y sigs., LACRUZ BERDEJO, «Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge y viudedad universal», *ADA* (1963), págs. 351 y sigs.; GARCÍA ATANCE, *Revocación del testamento mancomunado*, Segunda Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1943, págs. 256 y sigs., y CHOLIZ DEL JUNCO y LACRUZ MANTECÓN, «Revocación, modificación e ineficacia del testamento mancomunado», en *Estudios de Derecho sucesorio*, Zaragoza, 1986, págs. 121 y sigs.

(66) *Sucesiones, comentarios a los artículos del Código Civil con la jurisprudencia aplicable y formularios prácticos*, Madrid, 1952, t. I, pág. 85.

ahora y para delante que lo que el artículo 669 del CC prohíbe es el hecho de testar dos o más personas mancomunadamente, esto es, un mismo acto e instrumento, independientemente del contenido de esas disposiciones, ya que en principio la prohibición de este precepto hay que entenderla como absoluta referida a cualquier testamento mancomunado.

Hecha esta precisión, y antes de proseguir, es necesario precisar un poco más qué se entiende por disposiciones correspondientes, ya que nos vamos a referir específicamente a éstas.

El tema ha sido, con toda lógica, tratado en profundidad por juristas aragoneses (67) y, de acuerdo con el parecer mayoritario de los mismos, para hablar de correspondencia es necesario estar en condiciones de asegurar que la disposición del uno no se habría adoptado sin la disposición del otro (68). Señala MERINO HERNÁNDEZ (69) que correspondencia significa que las disposiciones se hallen recíprocamente condicionadas, exigiéndose además que estén expresamente declaradas como tales disposiciones correspondientes por ambos cónyuges testadores, ya sea en el propio testamento, ya sea en otro documento público, admitiéndose la posibilidad, incluso, de que la correspondencia se declare en otro testamento posterior sin otro contenido de tipo patrimonial (70). O, como se-

(67) *Vid.*, por todos, LACRUZ, «Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge y viudedad universal», *ADC* (1963), págs. 351 y sigs.; MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios a los artículos...*, cit., págs. 47 y sigs., y LORENTE SANZ, «El testamento mancomunado», en *Primera Semana de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1942, págs. 31 y sigs., quien ha declarado que para que haya correspondencia «no es bastante que un testador haya otorgado las disposiciones en consideración a las otorgadas por el otro, ni que entre las disposiciones haya correspondencia o correlatividad (que es lo que semánticamente equivale a correspondencia): es preciso que la disposición del marido, ora a favor de su mujer, ora a favor de tercero, no se hubiera hecho sin la disposición de ésta, y viceversa».

(68) Para el Derecho aragonés la definición de correspondencia la da la propia Compilación en su artículo 97.1, en donde afirma que «son disposiciones correspondientes aquellas que por voluntad declarada de ambos cónyuges, en el mismo testamento o documento público, están recíprocamente condicionadas».

(69) *Comentarios a los artículos...*, cit., pág. 65.

(70) En relación con este tipo de disposiciones distingue MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios a los artículos...*, cit., págs. 120-137, varios tipos de correspondencia: a) La correspondencia bilateral y la unilateral. La primera se da cuando las disposiciones de ambos cónyuges están recíprocamente condicionadas, de manera que las de uno dependen de las del otro, y a la inversa. En tanto que existirá correspondencia unilateral cuando solamente las disposiciones efectuadas por alguno de los testadores estén supeditadas a las efectuadas por el otro, pero no a la inversa; b) La correspondencia perfecta y la imperfecta. Se puede hablar de correspondencia perfecta cuando el mantenimiento de las disposiciones de uno de los cónyuges dependa simplemente de la subsistencia de las de otro. Y será correspondencia imperfecta cuando sólo en determinados supuestos la inexistencia o desaparición de unas determinadas disposiciones de un cónyuge determine la nulidad de las del otro, recíprocamente condicionadas, pero no en todas;

ñala PINTOS (71), la corresponsividad presupone «una causalización en la distinta voluntad de los testadores que convergen en el acto unitario, de tal forma que la disposición de uno viene a ser causa de la del otro, y a la inversa».

Para TEIXEIRA (72), el concepto de corresponsividad está íntimamente ligado con el de reciprocidad y, en cierto modo, con el de condicionalidad. Supone, pues, «una causalización en la distinta voluntad de los testadores que convergen en el acto unitario».

En definitiva, lo esencial es que cada uno de los cootorgantes ha adoptado su disposición en vista de la correspondiente adoptada por el otro y contando, con toda seguridad, con que ésta ha de subsistir inalterada. Como declara VALLET DE GOYTISOLO (73), lo corresponsivo se caracteriza porque la eficacia de lo dispuesto por cada uno de los otorgantes está condicionada a que el otro mantenga lo por él dispuesto.

Precisado de esta forma el concepto de corresponsividad y partiendo de la base de que toda disposición testamentaria debe ser, por esencia, revocable durante la vida del testador, vamos a examinar cuáles han sido las posturas adoptadas ante los problemas que este carácter plantea en relación a esta forma de testar.

Resumiendo, podemos decir que el problema central gira en torno a la revocabilidad o irrevocabilidad unilateral de estas disposiciones, que de alguna manera se encuentran condicionadas en cuanto que en principio el Derecho sucesorio viene caracterizado por la revocabilidad de las disposiciones de última voluntad (74), mientras que del carácter obligacional que puedan revestir estas disposiciones derivaría la irrevocabilidad unilateral.

c) Corresponsividad expresa y tácita. La primera es la que prevén los propios cónyuges otorgantes del testamento de modo expreso y terminante. La segunda, la que sin una expresa determinación se deduce, no obstante, del contexto o documento de que se trate: d) La corresponsividad puede ser también total o parcial. La primera es aquella que afecta a todas las disposiciones del testamento. La segunda sólo a una parte del mismo

(71) *Op. cit.*, pág. 272.

(72) *Op. cit.*, pág. 111 «La corresponsividad supone en cualquier caso —señalan CHOLIZ DEL JUNCO y LACRUZ MANTECÓN (*ob. cit.*, pág. 155)— la existencia de un condicionamiento sobre la cláusula en cuestión tal, que la libertad del testador para revocarla o modificarla se ve condicionada en mayor o menor medida, según el criterio general de la regulación en cada momento y en cada ordenamiento, por la consideración al otro testador. Igualmente, la ineficacia de esa cláusula debe también repercutir sobre las otras respecto de las que sea corresponsivo».

(73) *Panorama del Derecho de Sucesiones...*, cit., pág. 42.

(74) Esta revocabilidad esencial de las disposiciones testamentarias viene expresamente sancionada por el artículo 737 del Código Civil al disponer que «todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas. Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras y aquéllas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales».

Algunos autores, partiendo de la idea de pacto y del estricto cumplimiento de la obligación por él contraída, sentaban el principio de la irrevocabilidad absoluta de esta forma testamentaria (75). Otros en cambio, atendiendo a la naturaleza esencialmente revocable de toda disposición de última voluntad y a los gravísimos inconvenientes que la irrevocabilidad producía, proclamaban el principio contrario, admitiendo no sólo la facultad de revocar el testamento el otorgante que sobreviviera, sino que en vida de los dos, por mutuo acuerdo o independientemente uno de otro, pudieran llevarlo a efecto (76).

Señala así SÁNCHEZ ROMÁN (77) «la subsistencia del carácter esencial de la nota de la revocabilidad en toda disposición testamentaria, sin que estorbara a su aplicación por parte del sobreviviente la circunstancia del conjunto otorgamiento, y, por otra parte, nada había que permitiera la irrevocabilidad en disposiciones mutuas».

Similar es también la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual declaró en Sentencia de 22 de abril de 1878 que no es un precepto de derecho ni doctrina legal admitida por los Tribunales que el testamento otorgado de hermandad por marido y mujer instituyéndose herederos o mandándose algo mutuamente encierre, por la naturaleza propia de este acto jurídico, la condición tácita de que la voluntad de los otorgantes permanezca siendo una y la misma, por lo menos mientras los dos existan, para que la institución hecha por cada uno de ellos conserve su fuerza y validez en la época en que ha de tener cumplimiento (78). Entre otras muchas, sostuvieron las Sentencias de 27 de marzo de 1888, 24 de junio de 1892 y 1 de marzo de 1905, que revocado por la mujer casada su primer testamento otorgado de mancomún con su marido y en favor de éste, no puede el mismo alegar que se le ha transmitido el dominio de los bienes de que aquélla dispuso, y tampoco le es lícito sostener que el segundo testamento de su mujer, como individual, no derogó el anterior, «puesto que la consignación de dos últimas voluntades en un mismo documento es un accidente que no constituye pacto recíproco ni las quita, por consiguiente, la cualidad esencial de ser variables hasta la muerte por cualquiera de los testadores en la parte por cada uno respectivamente dispuesta».

(75) Por todos, FALCÓN, *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, t. II, Salamanca, 1878, pág. 119.

(76) Por todos, *vid.* MUCIUS SCAEVOLA, *ob. cit.*, págs. 149 y sigs.

(77) *Ob. cit.*, pág. 31. Le siguen fielmente gran número de autores, tales como VALVERDE, *ob. cit.*, pág. 73.

(78) De parecido tenor es la STS de 17 de diciembre de 1981 en la que se afirmó que no hay Ley ni doctrina legal que establezca la irrevocabilidad del testamento hecho de mancomún entre los cónyuges a no ser que contenga cláusula *ad cautelam* y no se manifieste señaladamente en el posterior que se quiso derogar el anterior, conforme a la Ley 22, título I, Partida 6.^a

De modo que las enseñanzas del Tribunal Supremo sobre esta cuestión dan a entender que los testamentos mancomunados otorgados entre dos o más personas son revocables, no sólo por los testadores juntamente, sino también por cualquiera de ellos o por el que sobreviva, aunque sólo con referencia a sus bienes, a no contener pacto o convenio mutuo, también de irrevocabilidad, en cuyo caso el sobreviviente lo cumplirá al aceptar la herencia en tales condiciones.

Hecha esta exposición no parece que sea necesario explicar que la distinción apuntada (entre testamento o declaraciones de voluntad conjuntas y testamento o disposiciones recíprocas) se revela de gran trascendencia en este punto, toda vez que los problemas que la revocabilidad esencial de las disposiciones *mortis causa* plantea sólo pueden surgir cuando la declaración conjunta de voluntades es de carácter recíproco y no en la hipótesis de dos declaraciones de voluntad distintas, aunque, eso sí, consignadas *uno acto*, ya que en este último caso los otorgantes se han limitado a hacer uso de un privilegio de forma. Es evidente que en esta última hipótesis la revocación no plantea ningún inconveniente, y en consecuencia las normas de revocabilidad han de ser las comunes de la sucesión testada: la libre revocabilidad unilateral. Tal es así que, como ya hemos señalado, para algunos autores (79) queda fuera de la prohibición el caso de que los testadores dispongan en favor de distintos terceros. Exclusión ésta que, aunque rechazable si se atiende exclusivamente al tenor literal del artículo 669 del CC, en mi opinión sólo se explica si tenemos en cuenta que es justamente en este supuesto donde la revocación de las disposiciones no plantea problema alguno, ya que el posible fraude a la reciprocidad no existe al no haber tal reciprocidad. En este caso el testamento es mancomunado desde el punto de vista formal.

Por lo tanto, cuando se esgrimen como argumento para fundamentar la prohibición los problemas que lleva aparejada la revocación de un testamento de esta naturaleza, se está partiendo de la idea de que los cotestadores se han instituido recíprocamente herederos con carácter correspectivo, porque es justamente en esta hipótesis donde se da el inconveniente principal de esta clase de testamentos. Se presume, pues, desde este planteamiento que todo testamento mancomunado comprende disposiciones correspectivas (80). Que ello es así lo demuestra el hecho de que, como ya indicábamos en las páginas iniciales de este trabajo, para un sector de la doctrina la mancomunidad reside precisamente en la causalización recípro-

(79) *Vid* nota 52.

(80) De esta presunción partió igualmente el Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona cuando en la nota 8 formulada al Proyecto de Apéndice de Derecho Navarro al Código Civil se aconsejaba la desaparición de un testamento que lleva consigo gravísimos inconvenientes, radicantes en el problema de la revocación.

ca de sus disposiciones. Sirvan por lo demás de ejemplo en este sentido las explicaciones de CASTIELLA RODRÍGUEZ (81) cuando al analizar este punto señala que «nos encontramos en el testamento mancomunado con que, de una parte, son varios los testadores y, de otra, con que en casi todos los casos las disposiciones recogidas en el mismo son correspectivas y, en consecuencia, sólo se garantizan como tales si la revocación intempestiva por parte de uno de los cotestadores no da al traste con el entramado de disposiciones recíprocamente causalizadas».

En definitiva, por tanto, la objeción que desde esta perspectiva se hace al testamento mancomunado es que la posible revocación que uno hiciera de sus propias disposiciones frustraría la natural expectativa de reciprocidad para el otro. En este sentido se dice que la revocación del testamento que un esposo hiciera en vida del otro sin su conocimiento podría originar un fraude; posibilidad ésta que aumentaría si la revocación tiene lugar después de haber fallecido uno de los cointerrogantes por el cónyuge supérstite, ya que el premuerto, tal vez, habría realizado liberalidades en su favor o en beneficio de un tercero como consecuencia de las disposiciones *mortis causa* del sobreviviente que puede posteriormente modificar. De ahí que se afirme que permitir la revocación sea violar la fe de la reciprocidad, y si se declara irrevocable el testamento, es cambiar su naturaleza y contenido de acto de última voluntad en rigurosamente contractual (82). Se presentan, pues, como incompatibles la necesaria ambulatoriedad de la voluntad humana en la disposición *mortis causa*, con la garantía que la irrevocabilidad representa de las disposiciones correspectivas.

La debilidad de esta fundamentación resulta patente si tenemos en cuenta el dato de que este riesgo no es privativo de esta forma testamentaria. Baste mirar la forma en cómo suele remediarse en territorio común la prohibición de testar mancomunadamente para comprobar lo que digo: consiste en otorgar los cónyuges testamentos por separado correlativos, de contenido idéntico y claramente correspectivos. El contenido de estos dos testamentos correlativos pone de manifiesto que lo que se veía como una ventaja, la separación instrumental, se convierte en claro inconveniente porque, de hecho, los cónyuges han vinculado sus testamentos introduciendo en ellos una evidente correspectividad y, en consecuencia, la posibilidad de revocar uno de ellos con absoluta independiencia del otro se convierte en una patente de corso para defraudar al otro cónyuge (83). De ahí que no crea que la prohibición del testamento mancomunado sea la pieza clave o el expediente definitivo para evitar los posibles fraudes en relación con la

(81) *Ob. cit.*, págs. 40-41.

(82) En este sentido, GARCÍA GOYENA, *ob. cit.*, págs. 301 y sigs.

(83) Para esta opinión cfr. CASTIELLA RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, págs. 41 y sigs.

correspectividad de sus disposiciones. Dicho de otra manera, no creo que estas objeciones sean privativas del testamento mancomunado. Las dificultades o problemas se presentan en todo caso en relación precisamente con sus disposiciones correspectivas, con la forma de garantizar su correlatividad e interdependencia para evitar que se defraude la expectativa de reciprocidad, haciendo ilusorio el estado de sucesión creado, pero ya se otorguen éstas en un mismo instrumento o por separado.

De cuanto antecede se desprende que es a este supuesto, esto es, al testamento con pluralidad de declaraciones de voluntad interdependientes o recíprocas, al que en definitiva se refiere la prohibición, y ello pese a que los términos literales del precepto van más allá en su ámbito de aplicación. Si no fuera así, ¿cómo explicar las razones tantas veces esgrimidas por los detractores de esta forma de testar, y fundamentalmente por los precursores de la prohibición, al decir que el permitir la revocación en los testamentos mancomunados significa violar la fe de la reciprocidad? Es evidente que con tal declaración se está partiendo de la presunción de que las disposiciones de los testadores estaban mutuamente condicionadas, eran interdependientes. Por lo tanto, si uno de los pilares fundamentales para fundamentar la prohibición es la incompatibilidad o, si se quiere, los inconvenientes inherentes que esta forma de testar presenta con la revocabilidad esencial del testamento, ¿qué sentido tiene transportar esta prohibición a un supuesto en el que, aunque vertidas varias declaraciones de voluntad en un mismo instrumento, no se da entre ellas ningún vínculo de correspectividad?

Dicho esto no creo que sea aventurado afirmar que al prohibir el legislador español de 1889 el testamento mancomunado se estaba prohibiendo ante todo el contenido normal de éste, que es precisamente aquel en el que los cónyuges (o en general dos personas) se instituyen recíprocamente herederos, ya que este tipo es el que histórica y actualmente se toma como modelo de los mancomunados (84) y de donde se extraen las razones justificadoras de la prohibición.

Resulta, por tanto, que como los problemas —tantas veces aludidos para fundamentar la prohibición— que el testamento mancomunado plantea sólo se presentan en aquellos testamentos mancomunados que contengan disposiciones correspectivas, acontece que es por esto por lo que las legislaciones

(84) Tal es así que para WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, t. III, ed. ital., trad. por FADDA y BENSÀ. Torino, 1925, pág. 215, los testamentos meramente conjuntos, es decir, aquellos en los que concurren varias declaraciones o disposiciones de bienes *mortis causa* sin interdependencia alguna, no constituyen un testamento mancomunado, toda vez que sólo implican la reunión en un solo acto testamentario de tantos testamentos como personas testan, es decir, la reunión meramente material de testamentos en un solo documento. Por ello, entendió que siendo posible su revocación unilateral no se daba la interdependencia que era la razón de la prohibición.

que admiten esta forma de testar limitan la revocación o modificación de aquéllas: ya sea al modo en que lo hace la Compilación aragonesa, prohibiendo excepcionalmente la revocación respecto de este tipo de disposiciones frente a la regla general de la revocabilidad, bien admitiendo excepcionalmente la revocación frente al principio que sienta la Compilación navarra de la irrevocabilidad, o finalmente, según la técnica de la Ley de 24 de diciembre de 1981, prohibiendo de una manera categórica la revocación, que sólo podrá realizarse en vida de ambos cónyuges.

Para concluir, sin dejar de reconocer que la revocabilidad es una de las cuestiones que hacen más complicada la regulación del testamento mancomunado, sin embargo no creo que sea este un argumento definitivo para justificar la prohibición. Decir lo contrario sería tanto como consentir que se resolvieran con una prohibición rotunda todas aquellas figuras de innegable e incuestionable dificultad.

Reducido a simple dificultad el argumento que fundamenta la prohibición en la incompatibilidad entre la revocabilidad esencial de las disposiciones testamentarias y la corespectividad de las disposiciones mancomunadas, cabría concluir que, arbitradas fórmulas para superar aquéllas, no quedan a mi juicio razones que expliquen una prohibición tan alejada de la realidad social, en definitiva de las demandas sociales (85). En cualquier caso, partiendo de la incuestionable vigencia de esta prohibición en el Código Civil, lo que se desprende de este análisis es que, desde la perspectiva de los argumentos sostenedores de la prohibición, la misma queda notablemente reducida a la hipótesis del testamento mancomunado con disposiciones corespectivas (86).

(85) Entre estas fórmulas legales cabe citar las previstas para el testamento mancomunado aragonés (arts. 96 y 97 de la Compilación aragonesa) y el de hermandad navarro (Ley 201 de la Compilación navarra), donde admitiéndose como se admite la revocabilidad, el riesgo apuntado se desvanece si se tiene en cuenta que se exige, o bien la notificación fehaciente al cotestador con efecto revocatorio, o si uno de ellos ha fallecido la revocabilidad queda supeditada al pacto expreso en este sentido o limitada a las disposiciones no corespectivas. De otro lado, las recogidas en el artículo 22 de la Ley de 24 de diciembre de 1981 sobre el Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes. También las establecidas en el Código Civil alemán (art. 2.270), en el que se dispone que tales disposiciones corespectivas no podrán ser revocadas sin el conocimiento del otro cónyuge (sólo se admite el testamento mancomunado entre cónyuges) y, más tarde, sólo podrán serlo si el superviviente repudia lo que le ha sido atribuido.

(86) Nótese que es esta corespectividad la razón que justifica la irrevocabilidad del testamento mancomunado por el cónyuge sobreviviente en Aragón y una de las que también impiden la revocación del testamento de hermandad en Navarra. Por lo tanto, si irrevocabilidad y corespectividad son como las dos caras de la misma moneda, es evidente que sólo en esta hipótesis puede encontrar explicación la tesis de aquellos que hablan de los problemas que el testamento mancomunado presenta en relación con la revocabilidad esencial de todo testamento.

b) La revocabilidad en materia testamentaria y la corespectividad propia de las disposiciones mancomunadas

Partamos por tanto de que es indiscutible que uno de los problemas de mayor dificultad técnico-jurídica que plantea el testamento plural es la coordinación entre los conceptos de revocabilidad y corespectividad. Ahora bien, dicho esto también habremos de reconocer que los diversos problemas que ello plantea han sido resueltos con técnicas diferentes, todas ellas muy plausibles, por cada uno de los ordenamientos jurídicos que admiten esta forma testamentaria, lo que no permite, a mi juicio, considerar esta dificultad en un escollo insalvable que haga inviable la institución que nos ocupa.

Veamos cuáles son algunas de estas técnicas.

Nos encontramos con que dentro de este elenco existen fórmulas tan permisivas como la consagrada por el antiguo Código venezolano de 1922, caracterizada por la ausencia total de límites a las posibilidades de revocación. En efecto, disponía el artículo 824 que la circunstancia de que dos o más personas hayan testado en un mismo acto, sea en provecho recíproco o en el de un tercero, no impide que cualquiera de ellas pueda revocar, independientemente de las demás, lo que hubiere dispuesto, aunque haya cláusula en contrario. Téngase en cuenta sin embargo que al promulgarse su nuevo Código Civil en 1942, en su artículo 835 se prohíbe esta forma testamentaria.

No es esta sin embargo la técnica más generalizada, ya que, aun partiendo con carácter general de la libre revocabilidad de sus disposiciones, sin embargo en atención a la presumible reciprocidad o corespectividad de los otorgamientos realizados por los cotestadores se establecen garantías que en definitiva limitan o sancionan la facultad de revocación. Ténganse en cuenta sin embargo que estas limitaciones afectan exclusivamente a la facultad de revocar del cónyuge supérstite, tratándose de disposiciones corespectivas, ya que la facultad de modificación o revocación unilateral del testamento en vida de los otorgantes sólo se somete a determinados requisitos de publicidad o comunicación fehaciente del ejercicio de esta facultad (87). Es decir, que en todas las legislaciones que admiten esta

(87) Así, la Ley 201.2 de la Compilación navarra señala que en vida de todos los cotoorgantes el testamento de hermandad podrá revocarse por cualquiera de ellos separadamente; y en este caso la revocación no surtirá efecto hasta que constare el reconocimiento de todos los demás en forma fehaciente. Cuando fuere ignorado el paradero de la persona a quien haya de comunicarse, podrá hacerse la notificación por edictos, justificándose previamente esta situación mediante acta notarial de notoriedad o información *ad perpetuam memoriam*: los edictos deberán publicarse en el *BOE*, en el de la provincia y en un periódico de mayor circulación del último domicilio conocido. Por su parte, la Comisión aragonesa permite en su artículo 96 que el testamento mancomunado

forma de testar se reconoce que viviendo ambos cónyuges se pueda revocar unilateralmente el testamento, ya que, en definitiva, si son libres para otorgarlo también deben serlo para revocarlo o modificarlo. En cambio, cuando muere alguno de los cónyuges la revocación o modificación del testamento mancomunado plantea evidentes problemas, justificándose así la adopción de ciertas medidas limitativas o incluso negatorias a la posibilidad de revocar (88). Por lo tanto sólo a éstas me voy a referir a continuación.

Indicábamos que frente al planteamiento absolutamente permisivo del anterior Código venezolano se sitúan otros que establecen ciertas limitaciones. En esta línea se encuentra, en Derecho español, el de las Compilaciones aragonesa y navarra, y el de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco.

Por lo que se refiere a la Compilación aragonesa, el tema que nos ocupa es tratado por los artículos 96-97, en los que se establece un régimen en el que se distingue según que la revocación la hagan ambos cónyuges en un mismo acto u otorgamiento (art. 96) o por uno de ellos en cuanto a sus propias disposiciones (art. 97). La unilateral está regulada de distinta manera, según se haga en vida de ambos cónyuges o después de fallecido uno de ellos. Dependerá también de que lo que se pretenda revocar sea o no una disposición correctiva (89). Dispone el primero de ellos que «el testamento mancomunado puede ser revocado o modificado por ambos cónyuges en un mismo acto u otorgamiento, y por uno de ellos en cuanto a sus propias disposiciones». Por lo tanto, si los otorgantes deciden revocar un testamento mancomunado lo pueden hacer por medio de otro testamento mancomunado o de un contrato sucesorio o de capitulaciones matrimoniales, y si se trata de un testamento ológrafo (90) por la destrucción del documento. Si se trata

pueda ser revocado o modificado por uno de los cónyuges en cuanto a sus propias disposiciones. Exigiendo el artículo 97.2 que la revocación o modificación unilateral deba hacerse en testamento abierto ante Notario, quien notificará al otro cónyuge dentro de los ocho días hábiles siguientes el mero hecho de haber quedado revocadas o modificadas tales disposiciones. Concluye el citado número 2 del artículo 97, que sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, la falta de notificación no afectará a la eficacia de la revocación o modificación.

(88) Sirva de ejemplo en este sentido el BGB, que en su parágrafo 2271 dispone que «el derecho a la revocación se extingue a la muerte del otro cónyuge; el sobreviviente puede, sin embargo, invalidar su disposición si repudia lo a él atribuido».

(89) En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el régimen descrito por estas disposiciones (arts. 96 y 97) no tiene carácter imperativo, de forma que las partes pueden disponer en el testamento de un régimen jurídico distinto de la corresponsabilidad y revocación. En efecto, los cónyuges pueden excluir o limitar los efectos previstos en la Compilación.

(90) Sobre la admisibilidad del testamento ológrafo mancomunado aragonés y la problemática que el mismo plantea volveremos más adelante.

de un testamento cerrado, retirándolo los dos de quien lo tiene en custodia. Esto por lo que se refiere a la revocación de mutuo acuerdo.

En relación con la revocación unilateral, el artículo 97.1 dice: «La revocación o modificación unilateral, otorgada por un cónyuge en vida del otro, producirá la ineficacia total de aquellas disposiciones que por voluntad declarada de ambos en el mismo testamento o en documento público estén recíprocamente condicionadas»; estableciendo su apartado 2.º las formas de hacer la revocación unilateral al disponer que «la revocación o modificación deberá hacerse en testamento abierto ante Notario (91), quien notificará al otro cónyuge, dentro de los ocho días hábiles siguientes, el mero hecho de haber quedado revocadas o modificadas tales disposiciones...» Y por último, dispone el párrafo 3.º que «muerto un cónyuge no podrá el otro revocar o modificar las disposiciones correspectivas que se hallen en vigor».

No se nos escapa la relevancia que reviste el presupuesto de la notificación (92) notarial, pues con ella se hace sabedor al otro cónyuge de la revocación o modificación llevada a cabo unilateralmente. Al respecto hay que tener en cuenta las posibles responsabilidades que pudiera generar el incumplimiento de esta obligación, tanto para el cónyuge obligado a practicarla cuanto para el Notario. En relación con el cónyuge que de forma

(91) No será válida, pues, la que el cónyuge revocante pretenda realizar por otra clase de instrumento público o por otra clase de testamento que no sea abierto notarial (por ejemplo, el ológrafo o el cerrado, aun cuando en éste intervenga el Notario como autorizante). El rigorismo formal de la Compilación nos lleva a pensar incluso que no será válida la revocación o modificación unilateral que se efectúe por otro medio testamentario que no sea el citado testamento notarial abierto, aun si el mismo es objeto de autorización por Autoridad competente en la materia. En estos supuestos se encontrarían el testamento ante párroco, el marítimo, el militar y el autorizado por agente diplomático o consular de España en el extranjero. Para esta opinión cfr. MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios a los artículos 89-119*, cit., págs. 132 y sigs.

(92) De la trascendencia de la cuestión de la notificación al otro cónyuge de la revocación o modificación unilaterales del testamento mancomunado es un buen testimonio la mayor consideración a la regulación de su necesidad, sus requisitos y efectos que le han dispensado los sucesivos cambios legales. Resumidamente, pueden distinguirse tres etapas en la evolución del requisito de la notificación. En una primera, el Derecho anterior al Apéndice no distinguía ningún caso de notificación, de tal forma que siempre la variación de las disposiciones no necesitaba, en virtud de un uso inveterado y consolidado, de notificación. Es decir, impera un régimen de máxima revocabilidad sin sujeción a ningún tipo de modificación. En etapa del Apéndice de 1925, que sería la segunda fase, se pasa al extremo opuesto en lo que se refiere al juego de la notificación, estableciendo un régimen en el que ésta opera con el máximo rigor —no ya obligatoriedad, sino requisito constitutivo— y con el máximo ámbito posible —cualquier disposición del testamento, aun si no guarda ninguna relación con las del cónyuge al que se debe comunicar la variación—. Y finalmente la Compilación de 1967 reduce la necesidad de la comunicación a las disposiciones correspectivas y reduce esta exigencia al nivel de una simple declaración no recepticia, cuyo incumplimiento sólo produce las responsabilidades a que hubiera lugar, pero sin que ello afecte a la validez de la modificación o revocación.

dolosa o fraudulenta impidiere la notificación dando un domicilio equivocado, o alegando que está ausente o manifestando que ha fallecido, en definitiva impidiendo la notificación, o induciendo a error al Notario sobre un elemento esencial de lo que debe de notificar, entiende GARCÍA VICENTE (93) que la norma de responsabilidad sería la prevista en el artículo 674 CC, que priva de su derecho a la herencia al que con dolo, fraude o violencia impidiere a una persona de quien sea heredero *ab intestato* otorgar libremente su última voluntad; o la del artículo 756.5 y 6 CC, que determina que son incapaces para suceder por causa de indignidad los que por iguales medios (amenaza, fraude o violencia) impidiesen a otro hacer testamento o revocar el que ya hubiere hecho.

En su caso la responsabilidad del Notario se regirá por las normas generales de la responsabilidad, que se generará en el supuesto de que no se informara debidamente sobre la existencia de un testamento mancomunado anterior, por no practicar la notificación y por el retraso injustificado.

En consecuencia, resumiendo, tal y como señalara la Exposición de Motivos de la Ley 15/1967, de 8 de abril, por la que se aprueba la Compilación de Derecho civil de Aragón, se modifica el derecho de sucesiones en orden a garantizar la revocación o modificación del testamento mancomunado, limitando la irrevocabilidad a las disposiciones correspectivas o recíprocamente condicionadas una vez muerto uno de los cónyuges, exigiéndose en los demás casos, sólo como garantía ante posibles fraudes, la notificación al otro cónyuge (94). En efecto, al no prohibir la Ley en términos absolutos la

(93) *Ob. cit.* pág. 21.

(94) Se considera así que la Compilación vuelve, tras la brusca alteración del Apéndice, al Derecho histórico y consuetudinario recogido en la Observancia *De testamentis*. (Dicha Observancia 1.^a dice lo siguiente: «*Si vir et uxor simul condiderint testamentum suum, sive ambo loquantur, et disponant simul, sive quilibet de per se suo legato, et alia faciendo sperter quatenus tangit Bona sua potest illud mutare, secus si alter eorum tantum disponat seu testetur, sed consentiat dispositioni seu testamento facto per alium, quia tunc sonstienens non potest contravenire*»). Traducida por ISABAL, *Exposición y comentario del cuerpo legal denominado «Fueros y Observancias del Reino de Aragón»*, Zaragoza, 1926, págs. 264-265, dice así: «Si marido y mujer otorgan un testamento, ya hablando o disponiendo los dos a la vez, ya haciendo cada uno de por sí sus legados y demás disposiciones, el sobreviviente puede, en lo que toca a sus bienes, variar sus disposiciones, exceptuándose el caso de que sea uno de ellos quien disponga o teste y el otro no haga sino consentir en lo que aquél dispone, pues entonces no puede alterarlo»). Recordemos que el Apéndice foral promulgado en 1925 introduce en la regulación del testamento mancomunado elementos extraños, principalmente en orden a la revocación. Así, frente al sistema clásico aragonés de amplísima libertad para revocar, el artículo 19 del referido Apéndice introduce la irrevocabilidad tras la muerte de un cónyuge, inspirándose y mal entendiendo el Derecho alemán en la materia que declara la irrevocabilidad en las disposiciones correspectivas, no presumiendo tal correspectividad, de la que, sin embargo, parece partir el Apéndice. En efecto, el Código Civil alemán, en su parágrafo 2271, párrafo 2, dice: «El derecho a la revocación se extingue

revocación *post mortem* del testamento mancomunado aragonés, sino sólo de las citadas disposiciones correspectivas, ello significa que el cónyuge supérstite podrá modificar el testamento otorgado conjuntamente con su consorte en todo aquello que no esté afectado de correspectividad (95).

Como se puede apreciar, de la normativa transcrita resulta que la técnica empleada para resolver el problema de las relaciones entre el testamento plural y la revocación es la de que la correspectividad marca el límite a la revocación unilateral *post mortem*, ya que tras establecer el artículo 96 el principio general de la libre revocación o modificación del testamento, el mismo sólo se ve alterado en el caso de la revocación *post mortem* y respecto de las disposiciones correspectivas. Régimen éste que para GARCÍA VICENTE (96) no es sino la consecuencia de la idea de equilibrio que subyace en la correspectividad, de tal modo que esta situación no puede ser variada por una parte, revocando, sin darle al otro la posibilidad de que haga lo mismo. «Cuando uno de los dos ha fallecido —señala este autor— el sobreviviente podrá no aceptar la herencia, y si nada recibe nada tiene que dar; pero si adquiere, lo que no puede hacer es alterar el equilibrio inicial».

Evidentemente no acaban aquí todos los problemas que el testamento plural puede presentar (97), sobre todo teniendo en cuenta que la noción de

a la muerte del otro cónyuge, el sobreviviente puede, sin embargo, invalidar su disposición si repudia lo a él atribuido». Para esta opinión *vid.* LACRUZ BERDEJO, *La revocabilidad del testamento...*, cit., págs. 349, y GARCÍA ATANCE, *ob. cit.*, págs. 256-261.

(95) Tema discutido es el que plantea la naturaleza de estas disposiciones, ya que su calificación de dispositivas llevaría aparejada la posibilidad de que los cónyuges al otorgar este testamento establecieran la posibilidad de revocación *post mortem* de las disposiciones por ellos declaradas correspectivas. Para MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios...*, cit., pág. 137, la admisión de esta posibilidad resulta claramente del principio de libertad civil reflejado en el apotegma *standum est chartae*. «Si conforme al propio artículo 97 de la Compilación —explica el citado autor— son los mismos cónyuges los que pueden hacer correspectivas unas determinadas disposiciones por su simple voluntad, con esta misma podrán también determinar que tales disposiciones puedan verse afectadas por una revocación posterior, efectuada sólo por el supérstite...» Esta misma tesis había sido ya defendida por PALA MEDIANO, «El testamento mancomunado aragonés», en ADA (1946), pág. 454, al decir que la Compilación ha rechazado la presunción de que todas las disposiciones por testamento mancomunado son correspectivas, que no se ha querido que la correspectividad hubiera de ser probada por presunciones o conjeturas, y que la tal correspectividad habría de ser declarada por ambos cónyuges y conjuntamente.

(96) *Ob. cit.*, pág. 19.

(97) Dentro de ellos uno de los más importantes es el que conecta con los testadores, ya que la Compilación limita el otorgamiento de este testamento a personas unidas por vínculo matrimonial. Así, tenemos que partiendo de esta premisa las consecuencias que lleva consigo son que el matrimonio debe existir en el momento de otorgar el testamento. Pero su validez depende también de su ulterior subsistencia. De no ser así nos podemos encontrar con la eventual ineficacia sobrevenida de la ulterior declaración de nulidad, divorcio o separación de los cónyuges. Es decir, el testamento mancomunado es ineficaz en cuanto a su contenido entero si el matrimonio de los cónyuges

correspectividad puede plantear, a falta de una expresa concepción legal de la misma, dificultades de interpretación, salvables no obstante con los diversos recursos hermenéuticos (98).

Con mayor amplitud regula la Compilación navarra la facultad de revocación (99), ya que pese a declarar la Ley 202 que el derecho de revocación se extingue tras el fallecimiento de alguno de los testadores (100), a continuación se admite como excepción la disposición en contrario de los testadores realizada en el propio testamento; admitiendo además el párrafo segundo la revocación por el sobreviviente de las disposiciones que en cualquier concepto hubiere establecido sobre su propia herencia y que no tengan causa en las disposiciones de otro de los testadores, además de en el caso de que hubiese devenido incapaz o hubiese premuerto la persona en cuyo favor se hubiesen hecho disposiciones. En efecto, dispone la Ley mencionada que «fallecido alguno de los testadores el testamento de hermandad será irrevocable, salvo que en él se hubiere establecido otra cosa. Sin embargo, podrán excepcionalmente revocarse y ordenarse de nuevo por el sobreviviente: 1) En todo caso, las disposiciones a favor de persona que hubiere devenido incapaz y hubiese premuerto, sin perjuicio de los derechos

que han testado en común ha sido declarado nulo o ha sido disuelto antes de la muerte de uno de ellos. Al respecto dispone el artículo 98.1 de la Compilación que «las sentencias de nulidad de matrimonio y de separación personal hacen ineficaces las liberalidades que los cónyuges se hubieran concedido en el testamento mancomunado y todas las disposiciones correspectivas». Para el estudio de estas cuestiones *vid.* GARCÍA VICENTE, *ob cit.*, págs. 19-30, y ARBUÉS ASIA, «El testamento mancomunado», en *Actas de los terceros encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1994, págs. 30-33. Esta ineficacia se contempla y regula expresamente también en la Ley 201 del Fuero Nuevo al disponer que «si el testamento de hermandad se hubiera otorgado por marido o mujer, la sentencia posterior de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación produce la ineficacia de las liberalidades que en él se hubieran concedido los cónyuges y de las demás disposiciones que uno de los testadores hubiera establecido sobre su propia herencia y que tenga su causa en las disposiciones del otro». Otro foco de problemas es el relativo a la notificación de la revocación unilateral prevista en el artículo 97.2 y las consecuencias jurídicas que lleva aparejadas su incumplimiento, cuyo estudio abordaremos más adelante.

(98) Dentro de éstos tenemos que, desde el punto de vista de los antecedentes históricos, el Anteproyecto de 1961 especificó claramente dos cuestiones. 1.^a Que son correspectivas aquellas disposiciones que se hallen recíprocamente condicionadas. 2.^a Que tales disposiciones, para que determinen la irrevocabilidad del testamento por el supérstite, han de estar expresamente declaradas como tales disposiciones correspectivas por ambos cónyuges testadores.

(99) Ejemplo de esta flexibilidad de la Compilación navarra respecto a la aragonesa es el dato de que aunque ambas parten de igual criterio, la irrevocabilidad *post mortem* de las disposiciones correspectivas, aquélla excepciona las hechas a favor de persona que hubiera devenido incapaz o hubiese premuerto (Ley 202).

(100) Hasta aquí recoge esta Ley el criterio tradicional y más arraigado en el Derecho navarro: la irrevocabilidad del testamento, ya afirmado por el Apéndice de 1900, donde se declaraba que «la muerte de uno de los testadores extinguía para los demás la facultad de revocar el testamento de hermandad» (art. 681).

de representación y de acrecer cuando deban tener lugar. 2) Las disposiciones que en cualquier concepto hubiere establecido sobre su propia herencia y que no tengan causa en las disposiciones de otro de los testadores» (101).

En materia de notificación de la revocación, tema como sabemos decisivo para dotar de efectividad y trascendencia a la revocación, dispone la Ley 201.2 que en caso de revocación conjunta la misma no surtirá efecto hasta que constare el conocimiento de todos los demás en forma fehaciente.

Como puede verse, si bien la Compilación comienza afirmando (Ley 202) algo que fue tan tradicional y estuvo tan arraigado en el Derecho navarro: la irrevocabilidad del testamento de hermandad fallecido uno de los cónyuges, la firmeza de este criterio ha cedido con el devenir de los tiempos (102), de forma que en este aspecto es mucho más flexible que la Compilación aragonesa.

En relación a la Ley del Derecho civil foral del País Vasco, la disciplina de la revocación está prevista en los artículos 50, 51, 52 y 53. Sobre la revocación conjunta dispone el artículo 50 de la citada Ley que «el testamento mancomunado podrá ser revocado o modificado conjuntamente por ambos cónyuges mediante otro testamento o pacto sucesorio posterior otorgado ante Notario» (103).

La revocación unilateral está regulada en el artículo 51, que dispone que «también podrá ser revocado unilateralmente el testamento de hermandad por cualquiera de los cónyuges siempre que notifique al otro en forma auténtica la revocación, sin cuyo requisito ésta no surtirá efecto. La revo-

(101) Para el estudio de diversas hipótesis de revocación, con referencia al Derecho aragonés, *vid* MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios a los artículos...*, cit., págs. 50-55.

(102) Téngase en cuenta al respecto que de la regulación contenida en el Fuero General de Navarra se desprende que la posibilidad de revocar queda limitada al supuesto de la actuación conjunta de ambos cónyuges. Así se lee en el capítulo 4.º, título 4.º, libro II, que «si el uno deyllos moriés, el otro non puede desfacer el destín». Es más, parece que la irrevocabilidad del testamento de hermandad, fallecido uno de los testadores, ha sido la nota que ha presidido todos los Apéndices y Proyectos de la legislación navarra. Así, el Apéndice de 1900: «La muerte de uno de los testadores extingue para los demás la facultad de revocar el testamento de hermandad» (art. 681). Y en igual o parecido sentido los Apéndices de 1929 (art. 45), 1930 (art. 40) y 1945 (art. 46). E incluso el Tribunal Supremo, como lo confirma la Sentencia de 16 de diciembre de 1943 al decir que «el capítulo 4.º, título 4.º, libro II, del Fuero General de Navarra proclama irrevocable el testamento de hermandad fallecido uno de los cónyuges».

(103) Aunque el precepto sólo autoriza la revocación que se realice mediante otro testamento mancomunado o pacto sucesorio otorgados ante Notario, sin embargo, no parece que habrá inconveniente para admitir su revocación por la destrucción o invalidación en el caso de testamento cerrado, si bien en este caso no se producirán los efectos revocatorios si no consta que ambos otorgantes han actuado de mutuo acuerdo en la rotura de sellos o al enmendar las firmas, en otro caso podría valer como revocación unilateral de uno de los cónyuges si se cumplen los requisitos del artículo 51, pero nunca de los dos.

cación unilateral del testamento mancomunado, o de cualquiera de sus cláusulas, hará ineficaces todas sus disposiciones». Nótese aquí cómo, a diferencia de lo que veíamos para el Derecho aragonés, no restringe el Derecho vasco la ineficacia a las disposiciones correspectivas o recíprocamente condicionadas.

Más novedosa aún es la regulación contenida en el artículo 52, conforme al cual «si uno de los cónyuges fallece dentro del año siguiente a la fecha en que otorgaron el testamento de hermandad, el sobreviviente no podrá revocar las disposiciones que recayeren sobre los bienes comunes», y que, a diferencia de lo que veíamos en el Derecho aragonés y navarro, en los que la revocabilidad se conecta con la idea de correspectividad, aquí se limita la irrevocabilidad a los bienes comunes.

En esa misma línea de limitar la revocación unilateral *post mortem* de las disposiciones testamentarias de un testamento plural a aquellas que no tengan naturaleza correspectiva se sitúa la legislación alemana (104), disponiendo al respecto que tales disposiciones en vida del otro no pueden ser revocadas sin su conocimiento, y más tarde sólo pueden serlo si el superviviente repudia lo que le ha sido atribuido, estimando la Ley querida la vinculación o correspectividad cuando ha de entenderse que la disposición del uno no se habría adoptado sin la disposición del otro (parágrafo 2270.1). Por lo demás, en aras de asegurar que la interpretación arroje resultados unívocos y uniformes, la norma citada sienta una regla de interpretación para determinados casos típicos. Al respecto dispone que la reciprocidad, y con ella la vinculación, debe presumirse: *a)* Si los cónyuges se designan mutuamente, por ejemplo, se instituyen heredero el uno al otro; *b)* Si un cónyuge designa al otro y para el caso de la supervivencia del designado es adoptada una disposición en favor de un tercero, que es pariente del designado o está íntimamente relacionado con él.

Así en el caso corriente de que los cónyuges se instituyan herederos mutuamente y, a la muerte del sobreviviente, a los hijos comunes son recíprocas: 1) La institución de heredero del marido a favor de la mujer: *a)* con la institución del heredero de la mujer a favor del marido, *b)* con la institución del heredero de la mujer a favor de los hijos; 2) La institución de heredero de la mujer a favor del marido: *a)* con la institución de heredero del marido a favor de la mujer, *b)* con la institución de heredero del marido a favor de los hijos. Pero la institución de heredero del marido a favor de los hijos no es recíproca con la misma institución favorable a los hijos por parte de la mujer, pues en este caso la Ley no prescribe la reciprocidad, y tampoco es admisible que el padre hubiese dejado de instituir herederos a

(104) En parecidos términos la legislación austríaca, en la que no se autoriza el testamento mancomunado más que tratándose de cónyuges (art. 1.248)

sus propios hijos si la madre no hubiese hecho lo mismo (105). En todo caso se trata de presunciones *iuris tantum*, y, por consiguiente, si existen indicios claros de que era distinta la voluntad de los testadores, la interpretación debe conducir a un resultado distinto. Son los cónyuges, y no la Ley, los que deciden sobre la cuestión de la vinculación.

Además de esta regla de interpretación dispone el legislador alemán toda una serie de normas especiales en relación con las disposiciones correspectivas, cuya finalidad es garantizar que no se defraude la confianza del otro cónyuge en que permanecerá inalterada la disposición correspectiva del otro (106).

Frente al criterio adoptado en el Derecho español por las Compilaciones citadas, en las que, en general, pudiera decirse que los cootorgantes disponen de gran libertad, siquiera se adopten ciertas cautelas en evitación de posibles fraudes, el sistema que recoge el legislador de 1981 en la Ley sobre estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes es más restrictivo al limitarse de forma muy acusada a los cónyuges la posibilidad de revocar o modificar el testamento otorgado. Las líneas maestras del artículo 22 (107) de la referida Ley acerca de la revocación y modifi-

(105) En el caso de que los cónyuges no tuvieran hijos y se instituyeran herederos mutuamente y determinaran que después de la muerte del sobreviviente el patrimonio común pasase por mitad a los parientes del marido y a los de la mujer, las instituciones de los consortes son recíprocas entre sí; pero la institución de cada cónyuge también es recíproca con la institución de heredero por él dispuesta a favor de los parientes del otro cónyuge.

(106) En este sentido, se establece que las disposiciones recíprocas dependan la una de la otra en su validez jurídica. Si una disposición es nula, también es ineficaz la otra. Lo mismo vale, naturalmente, cuando una disposición era impugnada y ha sido impugnada. Dos, que contrariamente a la regla general, las disposiciones correspectivas no pueden ser modificadas sin más ni más unilateralmente por el testador ni revocadas. Se establecen aquí una serie de limitaciones que descansan en el compromiso entre el principio de revocabilidad de las disposiciones testamentarias y el afán de proteger la confianza del otro cónyuge. Por ejemplo, se dispone que mientras el otro cónyuge está en vida todavía, y al ser revocada la disposición, tiene la posibilidad de modificar sus propias decisiones; pero debe hacerse de modo que, de acuerdo con la relación de confianza entre cónyuges, sea seguro que el otro cónyuge ha tenido noticia de la revocación. Tres, en los detalles se aplican las siguientes reglas: a) La revocación de una disposición correspectiva debe ser declarada frente al otro cónyuge; la declaración requiere la documentación notarial o judicial; b) Después de la muerte del otro cónyuge el sobreviviente sólo puede revocar su disposición recíproca si renuncia a lo que le había atribuido el premuerto.

(107) Su texto es del siguiente tenor: «El testamento mancomunado sólo podrá ser revocado o modificado en vida de ambos cónyuges y conjuntamente. Sin embargo, en caso de disolución en vida del matrimonio declarada judicialmente, o de separación efectiva de los cónyuges, será válida la revocación unilateral, que habrá de notificarse mediante documento fehaciente al otro cónyuge. La renovación y modificación del testamento habrá de hacerse con las mismas formalidades con que aquel se otorgó».

cación del testamento mancomunado las concreta CUADRADO IGLESIAS (108) del modo siguiente: «a) Sólo es posible revocar o modificar el testamento mancomunado en vida de ambos cónyuges; b) En situaciones de normalidad matrimonial sólo cabe la revocación o modificación realizada conjuntamente; c) En situaciones de anormalidad matrimonial o disolviéndose el matrimonio en vida de los cónyuges caben la revocación o modificación unilaterales; d) La revocación y modificación exigen idénticas formalidades que su otorgamiento».

De esta regulación resulta que, al igual que en todas las legislaciones que admiten esta forma de testar, la revocación o modificación del testamento mancomunado, viviendo ambos cónyuges, no plantea ningún problema. Las dificultades se plantean en caso de muerte de uno de los cónyuges, destacando sobre todo la posible deslealtad y consiguiente fraude por parte del sobreviviente si goza de la omnímoda libertad revocatoria o modificativa del testamento. Ante estas posibles defraudaciones de la confianza, la Ley que ahora nos ocupa ha adoptado un criterio restrictivo, estableciendo de modo categórico que el testamento mancomunado sólo podrá ser revocado o modificado en vida de ambos cónyuges conjuntamente. La utilización del adverbio *sólo* pone de relieve con qué alcance recoge esta forma, a la que únicamente añade otra disposición en casos excepcionales, separándose por completo de los criterios que adoptan otras legislaciones (109). Estos supuestos excepcionales son: la disolución del matrimonio en vida de los cónyuges declarada judicialmente y la separación efectiva de los cónyuges (art. 22.2).

En relación con la primera hipótesis parece evidente que, teniendo en cuenta lo prevenido por el Código Civil en el artículo 85 al señalar que el «matrimonio se disuelve, sea cual fuere su forma y el tiempo de su cele-

(108) *Ob. cit.*, pág. 1109

(109) Para esta opinión *vid* CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, págs. 1100-1115, quien explica la limitación que sufre la facultad de revocación como una consecuencia de la finalidad perseguida por el legislador en esta Ley de 1981, y que no es otra que el mantenimiento de la explotación familiar agraria; de ahí que sólo cuando ambos cónyuges viven tolere la revocación o modificación del testamento, prohibiendo tales actos en todo caso al cónyuge supérstite. Pero aun y todo, reconocida que esta es la justificación, no satisface al autor esta explicación, ya que puesto que la explotación agrícola se genera por voluntad de ambos y esta misma voluntad es la que permite la conservación de aquélla tras el fallecimiento de éstos, sería ir justamente contra esta voluntad el no permitir que los cónyuges, dentro de los límites legales, puedan facultar en el propio testamento, al que de ellos sobreviva, el revocar o modificar el testamento que otorguen en forma mancomunada con el fin de ordenar la integridad de la explotación agraria. De otra parte, explica este autor, no se comprende cómo el cónyuge supérstite no puede revocarlo o modificarlo cuando el nombrado para continuar en la explotación le premuere o queda afectado de incapacidad, siempre que queden salvados, en los casos en que tenga lugar, los derechos de acrecer, de representación o de sustitución correspondientes.

bración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges», sólo el divorcio puede constituir la disolución del matrimonio en vida de los cónyuges a que se refiere la citada Ley de 1981. Siendo ello así, es evidente que dentro de la expresión «disolución en vida del matrimonio», empleada en el citado precepto, no se incluyen los supuestos de nulidad ni el de declaración de fallecimiento, toda vez que la disolución se aplica a los matrimonios válidamente constituidos que se extinguen por causas sobrevenidas a la celebración del matrimonio distintas de la muerte (110), en tanto que la nulidad es una calificación jurídica referida al acto de celebración del matrimonio y a sus efectos, que opera en virtud de efectos estructurales producidos *ob origine* en la celebración del matrimonio (111). Por lo tanto, en caso de nulidad del matrimonio no surge la posibilidad de revocación unilateral del testamento mancomunado, sino que tal nulidad lleva aparejada su invalidez, a no ser que haya habido convalidación del matrimonio en los supuestos que contempla el artículo 76 del CC, hipótesis en la que el testamento mancomunado surtirá todos sus efectos (112).

Por lo que respecta a la declaración de fallecimiento como causa justificadora de la facultad de revocar o modificar el testamento por ser causa de disolución del matrimonio, también queda excluida de la literalidad del artículo 22 de la Ley, ya que si bien puede tener lugar viviendo uno de los cónyuges, sin que se tenga noticia de tal existencia, parece evidente que el legislador está pensando en que tal declaración se produce justamente cuando el cónyuge sobre el que se formula ha muerto, esto es, está presumiendo el fallecimiento, siquiera sea con presunción *iuris tantum*.

En relación con la segunda hipótesis —excepcional—, que autorizaba la revocación unilateral, esto es, la separación efectiva, sólo decir que bajo este concepto cabe tanto la separación legal cuanto la separación de hecho.

(110) Para esta opinión *vid* GARCÍA CANTERO, «Comentarios al artículo 85 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), t. II, Jaén, 1992, pág. 304.

(111) En este sentido, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, t. IV, 5ª ed., Madrid, 1990, pág. 151.

(112) Cuestión diferente es la que resulta del artículo 79 del Código Civil al disponer que la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. Se plantean dos hipótesis: a) Que la declaración de nulidad se haya producido en la vida de los cónyuges, en cuyo caso el testamento mancomunado no ha producido ningún efecto; b) Que se haya producido después de su fallecimiento; entonces entraría en juego lo dispuesto por el artículo 79 y consecuentemente surtiría plenos efectos si el nombrado en el testamento mancomunado como sucesor en la explotación agrícola familiar es hijo del matrimonio declarado nulo.

Por último, sólo subrayar la exigencia que impone el artículo 22.2 de la Ley de que la revocación o modificación unilateral del testamento mancomunado haya de ser notificada mediante documento fehaciente al otro cónyuge; el incumplimiento de este requisito formal que hay que entender referido a escritura, instrumento u otro escrito que pruebe de forma indubitada la existencia de la revocación o modificación determina la ineficacia de la revocación o modificación.

De todo lo dicho hasta aquí podemos concluir, a modo de resumen, que la correspectividad de las disposiciones mancomunadas es efectivamente el principal problema que plantea la admisión de esta forma testamentaria. Sin embargo, y aun siendo ello así, esto nos situaría ante un problema relativo al contenido de las declaraciones unilaterales de voluntad vertidas en un mismo instrumento. Por lo tanto, a mi entender, debemos distinguir y separar netamente dos cuestiones; una, la relativa a su naturaleza de procedimiento testamentario que integra en un mismo documento las disposiciones de voluntad *mortis causa* de los cónyuges, y otra, la relativa a su contenido, y más concretamente a las garantías o medidas de protección que, en su caso, deban preverse expresamente para que la revocación de las disposiciones correspectivas o mutuamente causalizadas no rompa injustamente la situación de equilibrio en que las mismas se fundamentan. Y este debe ser, es a mi juicio, el planteamiento de la regulación que en su momento lleve a cabo nuestro legislador en esa propuesta de *lege ferenda* a la que en las líneas introductorias de este trabajo me refería. Planteamiento que no dudo sea excesivamente genérico al limitar mi proposición a ideas nucleares, sin concretar cuáles sean, entre los mecanismos descritos, los que deban inspirar la labor legislativa. Pero creo que esta es una reflexión que requiere un estudio más profundo y pormenorizado de las diferentes técnicas descritas, cuyo análisis excede en mucho el objetivo de este trabajo.

III. SIGNIFICADO ACTUAL DE LA PROHIBICION

Sin embargo, este planteamiento o conclusión inicial es sólo eso, el inicio de una postura mucho más ambiciosa que pretende demostrar el anacronismo de una disposición legal que ha permanecido invariable en nuestro Código Civil desde 1889 y que no merece hoy la interpretación que resulta de su estricta literalidad. Y para ello me voy a valer, en primer lugar, de un argumento de innegable trascendencia como es la realidad social, entendida en una doble acepción: legal, esto es, como uno de los criterios consagrados en el artículo 3 del Título preliminar para la interpretación de una norma, o sea, como legalización del argumento sociológico,

y en su acepción estrictamente sociológica, es decir, como valoración de las demandas sociales en favor de la mancomunidad testamentaria y, consecuentemente, el rechazo social a esta prohibición. En segundo lugar, la disonancia de la prohibición contenida en el artículo 669 con el conjunto normativo civil también se patentiza tras el estudio de toda una serie de embates reformadores que ha sufrido este cuerpo legal que han puesto fin a una serie de prohibiciones en materias en las que es innegable la identidad de razón o base común. Me estoy refiriendo a las reformas habidas en materia de contratación entre cónyuges. La oportunidad de traer a colación aquí la desaparición del Código Civil de una serie de prohibiciones se revela decisiva, toda vez que pone en entredicho la actualidad de una prohibición que se queda como descolgada, aislada dentro de este conjunto normativo.

No olvidemos, por último, que la virtualidad que en materia civil tiene el principio de la autonomía de la voluntad hace aún más incomprensible el mantenimiento de una prohibición que, como ésta, recorta y limita el campo de la libertad individual del poder de autorregulación de los intereses particulares. Desde este punto de vista, y en tanto la prohibición aparece como una limitación a la libertad de testar, el reconocimiento del testamento mancomunado representaría una más de las manifestaciones de la autonomía privada.

De estas y otras razones que patentizan el anacronismo de la disposición legal que comentamos resulta igualmente, en mi opinión, la tesis de que su interpretación hay que desligarla del contexto histórico en el que surgió y de las razones fundamentadoras de su existencia, sometiéndolo a una hermenéutica conforme a la realidad social actual.

Analicemos, pues, cada uno de estos argumentos.

1. INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA

El desfase del Código Civil en esta materia, con su actual regulación prohibitiva y restrictiva de la disponibilidad *mortis causa*, cercenando injustamente las legítimas libertades de quienes quieren testar conjuntamente, se pone de manifiesto analizando una realidad social como la española en la que el arriago de la forma mancomunada de testar ha sido numerosas veces denunciada por los profesionales que en nuestro país autorizan la casi totalidad de los testamentos: los Notarios.

Según atestiguan estos profesionales, el arraigo de esta forma de testar se evidencia en los deseos expresados por quienes acuden a la Notaría y declaran querer testar conjuntamente «del uno para el otro y de los dos para los hijos». En este sentido es obligado referirnos a los tra-

bajos estadísticos (113) realizados directamente por estos profesionales mediante preguntas formuladas a sus colegas en las que básicamente se pregunta, de una parte, sobre la trascendencia, cuantitativamente hablando, que este tipo de testamentos tiene en el conjunto del fenómeno testamentario, lo que permitirá determinar si este fenómeno es algo ocasional, frecuente o generalizado; y de otra, sobre cuántos de los testamentos otorgados por cónyuges responden a este planteamiento. No es necesario aclarar que los datos resultantes de estos trabajos no se obtienen de los testamentos mancomunados efectivamente otorgados, lo cual no sería posible obviamente, sino, como ya dije, de los deseos manifestados por quienes acuden a otorgar testamento (114) o de fórmulas testamentarias que salvando la prohibición tienen un contenido idéntico al que se obtiene mancomunadamente, fundamentalmente el otorgamiento de testamentos de contenido idéntico y con número correlativo.

Veamos en primer lugar el resultado de estas estadísticas y a continuación mencionaremos las fórmulas o mecanismos de los que se valen los autorizantes de estas disposiciones para, orillando la prohibición, satisfacer los deseos de los que desean testar mancomunadamente.

Resumiendo, del contenido de las respuestas ofrecidas a las cuestiones planteadas se puede concluir, siguiendo a CASTIELLA RODRÍGUEZ (115), la generalización del fenómeno descrito, ya que la gran mayoría de los matrimonios que acuden a las Notarías para otorgar testamento expresan su deseo de testar mancomunadamente e instituirse recíprocamente herederos. Basten como ejemplo los siguientes: don José Luis Lorenzo Aren, Notario de Villagarcía de Arosa (Pontevedra), manifiesta que en 1989, de 184 testamentos autorizados, 102 corresponden a personas que comparecieron el mismo día con su cónyuge. El 98 por 100 de estos testamentos tiene el mismo contenido para ambos; don Diego María Granados Asensio, Notario de San Sebastián, con referencia al año 1991, manifiesta que ha autorizado un total de 393 testamentos, de los que 278 corresponden a las características de ser otorgados por cónyuges, con números correlativos de protocolo y contenido paralelamente idéntico, con la *cautela socini* como protección

(113) En este caso se trata de una encuesta realizada por CASTIELLA RODRÍGUEZ y cuyos resultados recoge en su artículo «El testamento mancomunado, institución exportable al Código Civil», en *Revista Jurídica de Navarra* (enero-junio 1993), núm. 15, págs. 35 y sigs.

(114) A las intenciones expresadas por los otorgantes del pretendido testamento se refiere MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, «Más noticias sobre usos notariales», *RDN* (abril-junio 1969), núm. LXIV, pág. 398, al decir que es muy elevado el número de matrimonios que ordinariamente se presentan en la Notaría a otorgar testamento declarando querer testar «de uno pa otro».

(115) *Ob cit.*, págs. 48 y sigs.

a la atribución del usufructo universal al cónyuge; en Terrasa (Barcelona), en la Notaría de don Ricardo Losa Ortiz de Arri, de un total de 225 testamentos autorizados en 1986, 212 corresponden al planteamiento que hemos venido refiriendo. De los trece testamentos restantes nueve son de solteros y cuatro son de cónyuges pero que no se instituyen herederos recíprocamente.

Especialmente reveladora resulta la estadística y el análisis que relata don Alfonso Ventoso Escribano, Notario de Madrid. Con referencia al año 1989, manifiesta que de un total de 185 testamentos otorgados, 118 son de números correlativos y con la cláusula más favorable en favor del consorte. Este grupo de testadores, dice el Notario, piden del uno para el otro y después de explicarles que eso, literalmente, no es posible se les ofrece lo que el Notario cree más aproximado. Hay cuatro testamentos con la misma intención del uno para el otro, pero con mejora a favor de algún descendiente. Hay ocho testamentos más puros de uno para el otro en los que esto era posible por no existir descendientes (nótese que en estos casos en que no hay limitación legitimaria se produce la institución hereditaria recíproca entre los cónyuges). Hay dos testamentos en los que se deja a salvo la legítima de los padres. En total son 132 testamentos que responden al esquema indicado del total de 185. De los 53 testamentos restantes, 20 son de viudos, nueve son testamentos de separados o divorciados, dos son testamentos de solteros que se instituyen recíprocamente herederos en documentos correlativos. Quedan, por tanto, solamente cinco testamentos de personas que, casadas, no responden al esquema que estudiamos. De ellas, dos son un matrimonio en que uno de los cónyuges está casado en segundas nupcias, con hijos del anterior matrimonio y sin descendencia en el actual. El que tiene hijos testa a favor del cónyuge y de los hijos. El que no los tiene, en favor del cónyuge y de los hermanos. Por tanto, también se cumple respecto del mismo la tesis enunciada. Los otros tres son de un cónyuge que deja la legítima al cónyuge y herederos a los hijos. Estas son verdaderamente las únicas excepciones a esa forma de proceder generalizada. Excepciones que confirmarían la norma, fuesen debidas a la causa que se quiera. Pero incluso respecto de éstas, el Notario informante nos aclara que este tipo de casos suelen responder normalmente a separados de hecho en los que se deja a salvo la legítima que, en su caso, pueda corresponder al cónyuge.

Hasta aquí un ejemplo del muestreo realizado entre Notarios que ejercen actualmente.

Pero que este no es un fenómeno nuevo se corrobora, desde esta perspectiva, por los resultados obtenidos por otra encuesta, anterior en el tiempo, realizada por la sección jurídica del Instituto de Estudios Riojanos entre catorce Notarios de La Rioja y recogida en un artículo de VALLET DE

GOYTISOLO (116). La primera de las preguntas de la encuesta tiene este enunciado: ¿Cuál suele ser, normalmente, en La Rioja el deseo o voluntad de los testadores en relación a los derechos viuales de su consorte?

El resumen que el autor hace de las contestaciones recibidas es que ese deseo oscila entre dejar al cónyuge viudo el usufructo universal e instituirle en el pleno dominio de todos los bienes del causante. Y continúa diciendo: «En los matrimonios bien avenidos suelen ir juntos marido y mujer a la Notaría. A testar del uno para el otro, ya sea para hacer o deshacer o bien sólo de por vida».

La valoración que hace este autor de los resultados obtenidos es muy significativa además de ampliamente compartida por los defensores de esta forma de testar, ya que pone de relieve que esta fórmula testamentaria no es sino una de las manifestaciones del carácter y la psicología de este pueblo. Valoración ésta que trasladada a los resultados de la encuesta referida anteriormente —y que abarca la práctica totalidad del territorio nacional— permite afirmar que la generalización de esta práctica testamentaria abarca a toda España, lo que no permite presentar este fenómeno como una consecuencia de la específica idiosincrasia de una determinada región, sino que su explicación hay que buscarla mejor en la propia institución matrimonial y familiar.

De lo dicho se puede concluir que si tomamos el criterio formalizado en el artículo 3.1 del Título preliminar del Código Civil, la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada, y lo trasladamos al supuesto que nos ocupa, nos encontramos con que si bien tal criterio hermeneútico no legitima o autoriza una derogación o inaplicación del precepto prohibitivo, sin embargo sí que permite, a mi juicio, suavizar el alcance y contenido de la prohibición. De no ser así la virtualidad interpretativa de ese criterio sería nula, dejando al artículo 3.1 vacío de contenido. Entiendo, por el contrario, que la orientación primordial a la indagación del fin de la Ley y la consideración del entorno social en el momento de la interpretación, que se contiene en este artículo 3.1, nos indica con toda claridad la trascendencia de estos criterios. En este sentido entiendo que la realidad social del tiempo de aplicación de la Ley como factor que ha de intervenir en la interpretación permite suavizar algunas instituciones desacordes con la realidad presente. Es decir, que el elemento sociológico, integrado por aquella serie de factores —ideológicos, morales y económicos— que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico (117), permite atemperar la interpretación de la norma y acomodarla a esa realidad social.

(116) «Sucesión testada a favor del viudo en La Rioja», *AAMN*, t. VII, 1953, págs. 465 y sigs.

(117) En este sentido refiere nuestro Tribunal Supremo el elemento sociológico en la Sentencia de 21 de noviembre de 1934, cuyo planteamiento recoge posteriormente la

Y en este sentido, ¿hasta qué punto esa realidad social a la que nos hemos venido refiriendo no impone una atenuación de los efectos de la prohibición?; o quizás también, ¿no cabría entender que la interpretación restrictiva que impone una prohibición limitadora del principio de autonomía privada, básico en material civil, autorizaría una atenuación de las consecuencias jurídicas que lleva aparejada la vulneración de la prohibición?

La respuesta afirmativa a estos interrogantes, ya implícita en la propia formulación de la pregunta, no representa sino un paso más en ese planteamiento ambicioso cuya fundamentación pretende este trabajo. Pues bien, esa interpretación restrictiva y limitadora del rigor de la prohibición que demanda esa realidad social anteriormente descrita, no puede ser otra que aquella que conduzca a excluir a los cónyuges de la prohibición, ya que al fenómeno de la generalización de la institución que arrojan las encuestas antes dichas va unido el de su ligazón con la institución matrimonial.

Por lo demás, el alcance que de la interpretación hecha resulta para el artículo 669 no sólo no violenta su inteligencia, sino que, a mi entender, es el resultado de ponderar la realidad social correspondiente al tiempo de aplicación de la norma, lo que nos lleva necesariamente a acomodar este precepto jurídico prohibitivo a las circunstancias descritas y que resumidamente se concretan en una sensibilización y arraigo social de esta forma de testar. Parece, pues, sobradamente justificado que de su tenor literal deba entenderse excluido el supuesto del testamento mancomunado otorgado por los cónyuges, ya que ese elemento dinamizante de la interpretación jurídica que es la realidad social impone en este caso reconducir al mandato prohibitivo a sus justos límites y a las nuevas circunstancias sociales que evidencian que este fenómeno testamentario se identifica plenamente con la institución matrimonial.

Por lo demás, esta ligazón o identificación —como tendremos ocasión de analizar— no es caprichosa, ya que si, de un lado, el origen del testamento mancomunado se conecta directamente con las donaciones conjuntas entre cónyuges (donaciones *post obitum*), de otro, esta conexión aparece como una consecuencia del principio de unidad familiar.

STS de 24 de enero de 1970 reproduciendo literalmente afirmaciones de la Sentencia anterior al decir que «no bastan para realizar completamente la función interpretativa los elementos gramaticales y lógicos, pues si la Ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos sean reforzados y contratados por la aplicación del que suele llamarse elemento sociológico, integrado por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico, y si bien es cierto que estos factores, aparte de que no pueden nunca autorizar al intérprete para modificar o inaplicar la norma y sí sólo para suavizar hasta donde permita el contenido del texto que entra en juego»

En relación con esta última afirmación hay que subrayar el hecho de que las encuestas realizadas, además de reflejar los datos cuantitativos en relación al arraigo social de esta forma de testar, recogen las fórmulas que ordinariamente se arbitran por los autorizantes de los testamentos para obviar la prohibición, respondiendo todas ellas a esa idea de unidad familiar. A ellas me voy a referir a continuación, ya que su testimonio pone aún más de manifiesto la sinrazón de un precepto legal cuyo anacronismo y desarraigo social ha dado lugar a fórmulas testamentarias idénticas, en razón a su contenido, a la prohibida legalmente, aunque, eso sí, formalmente distintas. Es decir, formalmente se otorgan dos testamentos con número correlativo de protocolo y de contenido paralelamente idéntico.

En cuanto a su contenido, es lo cierto que los Notarios se ven obligados a explicar a los matrimonios que se presentan juntos a testar que la Ley no permite dejar toda la herencia al cónyuge sobreviviente habiendo hijos. Y es a partir de aquí que estos fedatarios públicos deben encontrar encaje legal a las intenciones manifestadas por los otorgantes, lo que en la práctica se ha traducido en el otorgamiento de un testamento con el usufructo universal para el viudo, la institución de herederos a favor de los hijos y «las cauteles» como protección a la atribución del usufructo universal al cónyuge o la referencia a la opción del artículo 820.3 del CC. En síntesis, variantes sobre la misma idea de atribución de los máximos derechos al cónyuge.

Ahora bien, como el usufructo universal presenta algunas dificultades en el Derecho común, las soluciones que en opinión de MÉNEZ-VALDÉS GOLPE (118) se han buscado en la práctica para introducirlo *a fortiori* en el sistema del Código Civil son fundamentalmente las siguientes:

- Durante un tiempo se prefirió la vía del artículo 820.3 para dar eficacia legal a las disposiciones ordenando el usufructo total a favor del viudo. Dispone este precepto: «Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue: 3.º Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador».
- SÁENZ DE SANTAMARÍA (119) pretende descubrir en el último inciso del artículo 813 el salvoconducto que abre la vía legal para el usufructo total a favor del viudo. Según su interpretación, el artículo 813 tras establecer una regla general («tampoco podrá —el testa-

(118) *Ob cit.*, págs. 398-403.

(119) Citado por MÉNEZ-VALDÉS GOLPE, *ob. cit.*, pág. 400.

- dor— imponer sobre ella —la legítima— gravamen, ni condición ni limitación de ninguna especie») deja a salvo una excepción a esta regla («salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo»).
- Por último, de algún tiempo a esta parte domina el sistema de las cautelas, preconizado por FUENMAYOR (120): se deja al viudo el usufructo total y la nuda propiedad a los hijos por partes iguales siempre que se respete tal usufructo; al que proteste se le deja reducida a su legítima estricta, pasando la porción vacante a los conformes o quedando el tercio libre para el viudo en propiedad, además del usufructo legal, si todos los hijos se opusieran. Ahora bien, como este sistema parece imponer una sanción a los legitimarios que pretenden recibir la legítima libre de gravamen, y no parece lícito sancionar lo que la Ley ordena, se han sustituido tales fórmulas por las cláusulas de opción, mediante las cuales se autoriza al legitimario para optar entre tolerar el gravamen o recibir cuantitativamente más de lo que por legítima le corresponde, o adquirir la legítima libre de aquél pero perder lo demás que voluntariamente le hubiere dejado el testador.

La exposición sucinta de estas fórmulas, cuyo desarrollo ofrece gran interés, obedece sin embargo a la circunstancia de que su estudio pormenorizado lo abordaremos más adelante.

De estos datos se desprende claramente que esa demanda social que reivindica el testamento mancomunado no limita su reivindicación a expresar de una determinada manera o forma sus disposiciones *mortis causa*. Antes al contrario, los resultados que arrojan estas características demuestran claramente que no es indiferente a este procedimiento testamentario la forma en que las declaraciones de voluntad conjuntas se manifiestan, ya que en todas ellas nos encontramos con que en las disposiciones conjuntas de ambos cónyuges tienen una determinada ligazón entre sí en cuanto responden a la idea de unidad familiar. Dicho de otra manera, el valor del testamento mancomunado va más allá de su propia exteriorización, ya que esta forma de testar conjuntamente marido y mujer está reflejando claramente la idea de unidad familiar que preside las relaciones entre ambos.

En definitiva, por tanto, lo que propongo es interpretar la prohibición sancionada por el artículo 669 CC a la luz de esa realidad social o motivaciones sociales anteriormente descrita, la cual no es más que el reflejo de una concepción matrimonial y familiar presidida por la idea de que la misma origina una comunidad de vida que trasciende las relaciones

(120) «Intangibilidad de la legítima», en *ADC* (enero-marzo 1948), I, 1

inter vivos. Y es este mismo entorno social el que explica ese cambio en la inteligencia de los términos de la prohibición.

Teniendo esto en cuenta, voy a dar un paso más en esa tesis que anunciaba ambiciosa. Así no creo que sea atrevido afirmar que aunque el espíritu de la prohibición es impedir que varios testen juntos, sin embargo dicha prohibición no alcanza, por las razones dichas, al testamento mancomunado entre cónyuges.

Pero avancemos un poco más y analicemos la cuestión desde la perspectiva de la unidad del sistema normativo del Código Civil.

2. CONTEXTO NORMATIVO

A) *Planteamiento*

A la finalidad que me he propuesto: demostrar la necesidad de dar un nuevo significado y alcance a la prohibición del testamento mancomunado, es decisiva la aportación que supone el estudio de una serie de reformas operadas en el Código Civil e inspiradas todas ellas en el principio de igualdad y solidaridad entre cónyuges (Ley 14/1975, de 2 de mayo) y en el de libertad de contratación entre esposos (11/1981, de 13 de mayo).

Y en la medida que abordemos el estudio de estas reformas veremos también cuál es el contexto normativo en el que originariamente se ubicaba el artículo 669 y hasta qué punto la modificación sustancial que ha sufrido aquél puede incidir en la prohibición que ahora nos ocupa. En definitiva, se trata de poner de manifiesto que si adoptamos como criterio de interpretación el elemento sistemático, la norma legal que veda el testamento mancomunado con carácter absoluto queda como un «aparte» dentro de un sistema donde, tras desaparecer en esta materia las escasas prohibiciones existentes, no encuentra justificación el mantenimiento de una prohibición formulada en términos tan absolutos. Al respecto no olvidemos que el artículo 733 CC determina que «no será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiere otorgado».

B) *La antigua prohibición de contratación entre cónyuges*

El vigente artículo 1.323 del CC determina: «El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos».

La razón de que exista en nuestra ordenamiento esta norma, que parece innecesaria, sólo puede entenderse a la luz de sus precedentes. El originario Código Civil no contenía una disciplina general en materia de relaciones contractuales entre cónyuges, señalándose únicamente prohibiciones concretas (121). Así la relativa a donaciones prevista en el artículo 1.334 (122), la relativa a la compraventa, excepto en los supuestos de que rija la separación de bienes, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1.458 (123), y finalmente la sociedad universal, prohibida en el artículo 1.677 (124), en relación con el 1.334 (125). Sin embargo, esta ausencia de textos positivos que nieguen expresamente la contratación entre cónyuges es salvada por la doctrina (126) e inicialmente por la jurisprudencia en favor de un criterio

(121) La existencia de estas prohibiciones, según criterio generalizado de la doctrina, no cuenta con precedentes en nuestro Derecho histórico, en el que al amparo de lo dispuesto por las Partidas se deduce la posibilidad de contratos entre cónyuges. Inopinadamente y sin precedente alguno, GARCÍA GOYENA, *ob. cit.*, pág. 734, da un giro completo y comienza a defender que cualesquiera contratos entre cónyuges deben entenderse prohibidos después de la Ley 5 de Toro, alegando que nadie puede contratar consigo mismo y además que de admitir tales contratos sería ilusoria la prohibición de donaciones entre cónyuges por lo difícil de la prueba de la simulación. En efecto, veamos la doctrina del autor de las concordancias. Respecto a la prohibición de donaciones, en su artículo 1.259 establece: «Toda donación de un cónyuge a otro durante el matrimonio será nula». Y añade en su artículo 1.262: «Se presume simulada, y por consiguiente nula, la donación hecha durante el matrimonio por uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio o a las personas de quienes éste sea heredero presuntivo en el tiempo de la donación». Para la crítica a esta tesis cfr. HERRERO GARCÍA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, Salamanca, 1976, págs. 246-247, para quien GARCÍA GOYENA, además de confundir la regulación del Derecho Romano con la del Código Civil francés, rechaza sin más por contrario a su personal opinión la posibilidad de constitución de arras por el marido a la mujer durante el matrimonio que contemplaban las Partidas. En parecidos términos la crítica CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación entre cónyuges», en *ADC* (1985), págs. 509 y sigs., al explicar que pese a que GARCÍA GOYENA diese a entender que a partir de la citada Ley de Toro cualquier tipo de contrato entre cónyuges, con excepción de los permitidos por la Ley, debía entenderse prohibido, no constituía en modo alguno un obstáculo en contra de la contratación entre marido y mujer, puesto que la citada Ley se limita toda ella a tratar sobre la licencia marital sin entrar en la cuestión propuesta.

(122) Que disponía. «Será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio. No se incluyen en esta regla los regalos módicos que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia».

(123) En cuya virtud «el marido y la mujer no podrán venderse bienes recíprocamente sino cuando se hubiese pactado la separación de bienes o cuando hubiera separación judicial de los mismos bienes, autorizada con arreglo al capítulo 6.º, título 3.º, de este libro».

(124) Que según su tenor literal: «No pueden contraer sociedad universal entre sí las personas a quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja».

(125) Al respecto, cfr. HERRERO GARCÍA, *ob. cit.*, págs. 240 y sigs.

(126) En este sentido los comentarios de GARCÍA GOYENA, *ob. cit.* pág. 734, parecen concretarse en una latente objeción general a la contratación entre cónyuges basada

general prohibitivo de la contratación entre cónyuges acudiendo al viejo prejuicio del temor a la captación de voluntad de un cónyuge por otro y a la presumible presunción fraudulenta respecto de terceros. Al mismo tiempo, los partidarios de ampliar el ámbito de las prohibiciones hasta darles una configuración general alegaban como obstáculos a la libertad de contratación la licencia y jefatura marital y el principio de inmutabilidad del régimen económico (127). Obstáculos estos últimos que resultaron infundados, toda vez que el nuevo panorama legal descrito tras la Ley de 2 de mayo de 1975, y que supuso la supresión de la licencia marital y el principio de inmutabilidad, puso de relieve lo falso de tales obstáculos, por cuanto la reforma aludida no llevó aparejada alteración alguna de los preceptos anteriormente citados (128). Por otro lado, los nuevos principios de colaboración y solidaridad en las relaciones familiares que informaron esta Ley favorecieron un cambio de orientación al brindar esta reforma otra base firme en favor de la admisibilidad de los contratos entre cónyuges, salvo las prohibiciones concretas (129).

Pero no fue, sin embargo, hasta la Ley 11/1981 que desaparecieron las dudas en esta materia, ya que con esta reforma no se limitó el legislador, como hubiese bastado, a derogar las prohibiciones concretas, sino que re-

principalmente en la diversa situación de los esposos en el matrimonio; en particular en la jefatura del marido y en la necesidad de la licencia marital para la mayor parte de las actuaciones de la mujer.

(127) Resumiendo, podemos decir que los argumentos alegados para fundamentar una prohibición genérica, teniendo en cuenta los concretos preceptos prohibitivos de la contratación entre cónyuges, eran los siguientes. De un lado, se entendía que los obstáculos puestos por el Código Civil a la contratación entre cónyuges eran aplicación de una prohibición genérica, implícitamente contenida en nuestro ordenamiento jurídico, de pactar marido y mujer entre sí; de otra parte, se partía de la idea de que los cónyuges constituyen una sola persona, de ahí que pareciera ilógico que el marido interviniera en un contrato como otorgante y al mismo tiempo como protector de la mujer; también se subrayaba la existencia del riesgo de que uno de los cónyuges abusase de su influencia o autoridad sobre el otro; no se desconocía la necesidad de garantizar los intereses de los terceros que contraten en la creencia de un determinado estado de fortuna de un cónyuge y al mismo tiempo impedir que se vulnerara fraudulentamente la prohibición de las donaciones entre cónyuges y que se altere de forma encubierta el régimen económico matrimonial. Sobre esta cuestión cfr., además de HERRERO GARCÍA, *ob. cit.*, págs. 300 y sigs., a CABANILLAS SÁNCHEZ, *ob. cit.*, págs. 500-515.

(128) Por lo demás no podía ser de otra manera, toda vez que las instituciones que en el Código de 1889 regulaban la diversa posición de marido y mujer en el ámbito familiar no estaban dirigidas a limitar, por principio, la capacidad negocial de los mismos, sino que la atribución de derechos y obligaciones estaban orientadas por la necesidad de dotar a la familia de una organización y caracteres acordes a sus específicos fines. Para esta opinión *vid.* HERRERO GARCÍA, *ob. cit.*, págs. 323-324.

(129) A este cambio de orientación pertenecen los planteamientos de LACRUZ BERDEJO, *Derecho civil. El matrimonio y su economía*, t. IV, vol. 1.º, Barcelona, 1963, págs. 218 y sigs.; BONET RAMÓN, *ob. cit.*, págs. 718 y sigs.

conoce expresamente en el artículo 1.323 la plena autonomía de los cónyuges para contratar entre sí, de igual manera que pueden hacerlo con un tercero. Con esta norma se vienen a autorizar cualesquiera contratos entre cónyuges, con independencia de que la causa sea onerosa, gratuita o remuneratoria, sin establecerse por principio excepción alguna a la transmisión de bienes y derechos por cualquier título (130). Podemos decir que este precepto ha cambiado la óptica con un giro al que, como dice Díez-PICAZO (131), cabe denominar, sin exageración, copernicano.

En definitiva, la norma actual es, pues, una norma de libertad (132) que sólo se comprende como una reacción frente a las anteriores normas limitativas y es independiente del régimen económico existente entre los cónyuges, y asimismo del hecho de que los bienes y derechos transmitidos y los actos celebrados puedan afectar a la comunidad existente entre los esposos. En consecuencia, en evidente concordancia con el artículo 1.323, enmarcado en las disposiciones generales del régimen económico matrimonial, se suprime la prohibición de las donaciones entre cónyuges, que aparecía en el artículo 1.334, y también desaparece la limitación que establecía el artículo 1.458, ya que dispone ahora que el marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente. Lógicamente, uno y otra podrán celebrar contratos de permuta, porque, aparte de lo dispuesto en el artículo 1.323, el artículo 1.541 preceptúa que en todo lo que no se halle especialmente determinado en este título la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta. También parece que no ha de existir dificultad para que los cónyuges puedan constituir cualquier tipo de sociedad, incluida la universal, pues ha desaparecido la prohibición de las donaciones entre cónyuges (art. 1.677).

La referencia al panorama legislativo operado tras las reformas ofrece, en mi opinión, otro argumento en el análisis del alcance de la prohibición que me ocupa, ya que en definitiva pone de relieve que desde el punto de vista del contexto normativo la prohibición del testamento mancomunado ha quedado descontextuada, descolgada. No en vano el cambio trascendental que ha supuesto en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 1.323 y los

(130) La ausencia de límites a la libertad de contratación entre cónyuges ha sido criticada por un sector de la doctrina que advierte de los serios peligros que ello puede originar; entre ellos se vuelve a aludir a ese denostado prejuicio tantas veces invocado de la posible captación de la voluntad. Para esta opinión cfr. DE LOS MOZOS, «Comentario al artículo 1.323 del Código Civil», en vol. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. ALBALADEJO), XVIII-1, pág. 5.

(131) Díez-PICAZO, *ob. cit.*

(132) Esta libertad de contratación está en relación con los artículos 14 y 32 de la Constitución española y el artículo 66 del Código Civil, toda vez que ha desaparecido la licencia marital.

preceptos del Código Civil que con él concuerdan se debe, sin duda, a que siguiendo el camino emprendido por la Ley de 2 de mayo de 1975, la Ley de 13 de mayo de 1981 ha tenido en cuenta el principio constitucional de la igualdad (arts. 14 y 32 de la Constitución), lo cual se traduce en el plano jurídico en la plena libertad e independencia de marido y mujer (art. 66 CC).

En este sentido no deja de sorprender cómo frente a un contexto normativo donde a lo que se propende es a eliminar todo tipo de trabas a la libertad individual o autonomía privada nos encontramos ante una prohibición que como la que nos ocupa ha permanecido invariable desde la publicación del Código Civil y que dada la rotundidad de los términos en que está formulada podría hacer pensar en su carácter de orden público. Parece evidente que ello no puede ser así habida cuenta de que, además de estar admitido por algunos ordenamientos civiles forales, e incluso considerado como un medio idóneo para la transmisión de la propiedad de las explotaciones agrarias, como lo demuestra el artículo 22 de la Ley de 24 de diciembre de 1981, reguladora del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los agricultores jóvenes, cuyo párrafo 1.º establece la posibilidad de que los cónyuges otorguen testamento abierto mancomunado a fin de ordenar la explotación familiar agraria en su integridad.

Situándonos ante esta nueva realidad legislativa, y enfocada la prohibición desde esta nueva perspectiva normativa, parece necesario hacer algunas reflexiones en aras de situar el precepto legal prohibitivo en el nuevo marco legal.

En este sentido es necesario insistir un poco más en las consideraciones fundamentadoras de esa prohibición de contratación entre cónyuges (133), ya que siendo en buena parte coincidentes con las de testar mancomunadamente no se explica que desaparecida aquélla se mantenga ésta íntegramente.

Hemos visto que, en ambos casos, el fundamento más decisivo de la doctrina de prohibición es el de alejar de las relaciones conyugales todo estímulo de enriquecimiento y de codicia de un cónyuge respecto del otro de mayor fortuna; evitar la coacción, la influencia de la autoridad de un cónyuge sobre otro; el riesgo de la captación de voluntad del más fuerte sobre el más débil aprovechándose de su afecto (134). Que este es el

(133) Al respecto cfr. HERRERO GARCÍA, *ob. cit.*, págs. 323 y sigs.

(134) HERRERO GARCÍA, *ob. cit.*, págs. 6-7, después de aludir a los diversos argumentos esgrimidos para fundamentar la prohibición de contratación entre cónyuges entiende que el más decisivo es precisamente «*Ne venalitia sint matrimonia*». Es decir, los posibles influjos de la coacción moral del marido respecto a la mujer. En parecidos términos se expresa BUIGUES OLIVER, «Notas para un estudio histórico-crítico de los contratos entre cónyuges», *RGD*, núm. 555 (1990), pág. 8690, para quien «la anterior prohibición de los contratos entre cónyuges se fundamentaba en los problemas que

argumento principal de la prohibición del artículo 669 quedó claro de las explicaciones vertidas en su momento (135), ya que el problema de la revocabilidad o irrevocabilidad de las disposiciones testamentarias contenidas en un testamento de esta naturaleza sólo se plantea en el caso de que las disposiciones sean corresponsivas.

En definitiva, pues, tanto los que niegan a los cónyuges la posibilidad de contratar como los que les niegan la de testar mancomunadamente señalan como obstáculo fundamental la ausencia de libertad suficiente que las mismas relaciones entre cónyuges producen y que les impediría aportar, en el debate de sus intereses, la lucidez e independencia esenciales al acto (136). Ahora bien, sobre lo endeble y precario de este argumento —compartido unánimemente por la doctrina contemporánea a nuestra codificación— se manifestó mayoritariamente la doctrina posterior, partidaria de una concepción más amplia en materia de contratación entre cónyuges, siendo las críticas de parecido tenor a las que en su momento expusimos en relación a la prohibición del artículo 669. Conviene, no obstante, recogerlas aquí porque, en la medida que ponen en entredicho la prohibición de contratar, cuestionan la vigencia de la prohibición de testar mancomunadamente.

En primer lugar, y basándose en el mismo articulado del Código, entienden HERRERO GARCÍA (137) que no puede sostenerse un principio de desconfianza en estas relaciones que corte de raíz y *a priori* la posibilidad de

podían derivarse, por un lado, de la posible existencia de vicios de consentimiento por parte de la mujer». También DE ANGEL YAGÜES, «Comentarios al artículo 1.458 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. vol. II. Madrid, 1984. pág. 1967 (art. 1.458), comenta: «Sabida es la razón de ser del antiguo precepto —el 1.458— que recogía una larga tradición histórica contraria y hostil a los contratos entre marido y mujer, que se materializaba también en la prohibición de donaciones y de sociedad universal entre cónyuges».

(135) Véase *supra*, págs. 30 y sigs.

(136) Otro ejemplo del impacto que este prejuicio ha ejercido en las relaciones conyugales nos lo ofrece la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre situación de la mujer casada y los deberes y derechos de los cónyuges, publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 30 de octubre de 1974, que para fundar la mutabilidad (del régimen económico) se afirma: La regla de la inmodificabilidad partía probablemente de la idea de que a través de pactos postnupciales pudiera uno de los cónyuges, generalmente la mujer, quedar sometido, en su perjuicio, al influjo psicológico del otro, sin llegar a manifestar su voluntad en condiciones de plena libertad. Frente a ello cabe señalar que, desde hace siglos, la regla cabalmente contraria, la misma que ahora se introduce, está vigente en grandes zonas de nuestro país, pues casi sin excepción es tradicional en los territorios de Derecho foral, sin que no sólo no haya planteado graves problemas, sino que, al contrario, ha servido de cauce para resolverlos pacíficamente. Y el temible hecho de que tales pactos pudieran ocultar una falta de libertad o una voluntad viciada es corregible, sin necesidad de prohibir los pactos, acudiendo a las reglas generales que salvaguardan la autenticidad de la voluntad en los contratos.

(137) *Ob. cit.* págs. 8-15.

contratación entre cónyuges. «En principio —señala esta autora—, el Código nada ofrece para poder deducir del matrimonio este temor; sería absurdo, es cierto, que la Ley pretendiese establecer como obligación recíproca entre cónyuges el amor y la confianza, que sólo pueden venir determinados en el orden moral por los propios sentimientos de los cónyuges; pero sería igualmente absurdo que, aun sin sancionarlos como obligaciones recíprocas, el ordenamiento partiese del temor al abuso entre marido y mujer en base a este afecto debido como posibilidad que siempre, en principio, podría producirse y a la que habría por tanto de poner remedio a través de una normativa jurídica que la presumiese».

Junto a esto se alega igualmente que, aunque tampoco se puede afirmar radicalmente la buena fe en cada una de las posibles relaciones contractuales que un marido y una mujer pudiesen concertar, ello no autoriza a presumir un principio de desconfianza en sus mutuas relaciones contra la regla general de buena fe establecida por nuestro ordenamiento jurídico para regir las relaciones entre las personas. Es imaginable, por otro lado, que por violencia o intimidación un cónyuge fuese forzado a prestar un consentimiento que libremente no hubiese otorgado, o que dolosamente, con palabras o maquinaciones insidiosas, un cónyuge indujese a otro a realizar un determinado contrato y, por abuso de confianza o afecto, uno de ellos celebrase por error un acto contrario. No pueden negarse estas posibilidades, pero también ha de observarse que la regulación de estos vicios del consentimiento no cuentan en nuestro Código Civil con una presunción de su existencia cuando el contrato en que se presta ese consentimiento es realizado entre marido y mujer.

La debilidad de este argumento no sólo es atacable desde la doctrina que impone partir de un principio de buena fe en las relaciones privadas y de la construcción jurídica de los vicios del consentimiento, sino que al mismo tiempo el viejo prejuicio de las posibles influencias o coacciones que el marido pudiera ejercer sobre la mujer, que subyace en todas estas prohibiciones, nada tiene que ver hoy ni con la concepción del matrimonio ni mucho menos con la propia posición social de la mujer. Vigente en nuestro Derecho el principio de autoridad marital, consecuencia por lo demás de la desigualdad entre los sexos, la existencia de un conjunto de prohibiciones se explican como secuelas de este mismo principio. Ahora bien, si ya la Ley de 2 de mayo de 1975 consagró en nuestro ordenamiento jurídico el principio de igualdad entre los cónyuges dentro del matrimonio, y posteriormente la de 1981 proclamó la libertad de los cónyuges en materia contractual, es evidente que legislativamente ese viejo prejuicio ha quedado superado, es totalmente anacrónico. Nos situamos, pues, tras la presente reforma ante un marco legislativo donde el principio de igualdad entre cónyuges, desarrollado y llevado hasta sus justas consecuencias, ha borrado

ciertas distinciones que persistían en las relaciones personales, confiriendo a cada uno en el aspecto patrimonial iguales facultades, derechos y obligaciones. Por lo demás, a nadie se le escapa que este nuevo marco legal coincide, desde un punto de vista sociológico, con un cambio en las circunstancias económicas que han favorecido la mayor independencia de la mujer. Dicho de otra manera, la justificación de este trascendental cambio jurídico tiene una evidente base sociológica. Dato este que de estimar como posible la tesis de la captación por el marido de la voluntad de la mujer minimiza este peligro hasta un grado inestimable.

Teniendo en cuenta todos estos datos, ¿cómo justificar hoy la vigencia, en su integridad, de una regulación como la contenida en el artículo 669 del CC? ¿No sería más razonable y ajustado a ese nuevo panorama sociológico (descrito en las páginas anteriores) y a ese nuevo contexto normativo entender limitado el ámbito de la prohibición sin que la misma alcanzara a los cónyuges? Por mi parte, no ofrece duda que sí: de otro modo entiendo no habría ligazón lógica entre la actual regulación de las relaciones personales y patrimoniales en el matrimonio y las circunstancias sociales de la evolución legislativa, por un lado, y la existencia de una prohibición tan absoluta, por el otro. Parece evidente que interpretado este precepto prohibitivo a la luz de esa nueva realidad legislativa, presidida por el principio de igualdad y libertad absoluta entre marido y mujer, no quedan argumentos para sostener la literalidad de una prohibición que se dice protectora o tuitiva de los intereses de la mujer, ya que no otra cosa significa el fundamento de la prohibición que se basa en la evitación del peligro de la captación de la voluntad de la mujer por el hombre, tantas veces esgrimido.

En definitiva, podemos decir que hoy más que nunca, con la profunda reforma llevada a cabo en nuestro ordenamiento en el Derecho de familia, parecen quedar sin base pretendidos obstáculos al ser sustancialmente modificados los preceptos que los contenían. Un claro exponente de esta nueva realidad es el aludido argumento de la captación de la voluntad como fundamento tanto de la prohibición de contratar como la de testar mancomunadamente. Desaparecida de nuestro Código Civil la referida limitación contractual, por la Ley de 2 de mayo de 1975, y más específicamente por la de 1981, el tantas veces denostado peligro de la captación de la voluntad de un cónyuge por el otro ha quedado totalmente trasnochado y superado por este nuevo panorama legal que prescinde absolutamente del mismo. Además, y en la medida en que el cambio operado en materia de contratación entre cónyuges ha sido absoluto, se evidencia la debilidad de los fundamentos justificadores de la prohibición. Carácter absoluto que se evidencia por la ausencia de límites específicos a la libertad de contratación entre cónyuges.

Tras todo lo dicho parece indiscutible que el aparente peligro de captación de la voluntad que entienden pudiera darse en el testamento mancomunado y que, en definitiva, está en la base de la prohibición es jurídicamente insostenible, salvo que desconociendo esa igualdad jurídica quisiéramos defender a ultranza una superioridad o una relación de subordinación de los miembros de la pareja. Si esto es así, la prohibición que nos ocupa sólo encontraría justificación en esa pretendida incompatibilidad entre la reciprocidad o corresponsabilidad típica de las disposiciones del testamento mancomunado y la revocabilidad en todo caso de la disposición testamentaria.

C) *Derechos forales*

Dentro del estudio de este argumento que llamamos legal, no podemos concluir sin hacer referencia a la cuestión que plantea la existencia en el ordenamiento jurídico español de una diversidad legislativa en materia testamentaria consecuencia de la diversidad de sistemas jurídicos civiles. En efecto, dado que el testamento mancomunado no está admitido por todas las legislaciones, y concretamente lo prohíbe el Código Civil en su artículo 669, pueden plantearse cuestiones respecto al mismo tanto en orden al Derecho internacional como al Derecho interregional. Ahora bien, no se trata aquí de estudiar las particularidades que en los territorios forales reviste esta modalidad testamentaria, sino de subrayar el hecho mismo de su existencia frente a un texto legal que, como el artículo 733 CC, parece desconocerla.

Recordemos que este precepto dispone que «no será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado». Es evidente que la exégesis de esta norma requiere ciertas precisiones. En primer lugar, que el término españoles ha de entenderse referido a los de vecindad civil común, no foral, máxime cuando en algunos de nuestros Derechos forales (los de Aragón, Navarra y el País Vasco) se reconoce a sus sujetos la facultad de testar mancomunadamente, no sólo dentro de su territorio, sino fuera de él e, incluso, en el extranjero (art. 94.1.º de la Compilación aragonesa, Ley 200 de la Compilación navarra y art. 13 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco), y ello pese a que la literalidad del precepto parece o pretende conducir a una extensión en el espacio de la prohibición contenida en el artículo 669 CC a todos los nacionales españoles. Esto es, el artículo 733, en efecto, no es de aplicación general y directa en toda España con arreglo al artículo 13 CC; de manera que sólo opera para quienes tienen vecindad civil en terri-

torio de Derecho común. En segundo lugar, que precisamente por esto último el artículo 733 no es de orden público y por consiguiente será válido el testamento mancomunado otorgado en España por extranjeros conforme a su Ley nacional (138).

Hechas estas precisiones, no deja de ser significativa la amplitud con que el artículo 733 CC regula la prohibición, lo cual, a mi juicio, demanda una explicación que pasa por conectar esta disposición legal con un contexto histórico en el que lo que se pretende es precisamente lo que se desprende de su tenor literal: prohibir el testamento mancomunado en todo el territorio español, o al menos que la prohibición arraigue o tenga proyección en todo el territorio español. Que ello es así no sólo se desprende de la tajante prohibición contenida en dicho precepto legal, sino de diversas resoluciones jurisprudenciales y de la Dirección General de los Registros en las que se acota y limita el pretendido alcance general de dicho precepto. En este sentido es muy significativa la Resolución de la DGRN de 28 de noviembre de 1894 que declara la vigencia de la Observancia 1.^a *De testamentis* aragonesa porque, «conforme a los artículos 12 y 13 del Código Civil, no es legal estimar derogado precepto alguno del Derecho foral por los del citado Código Civil, siquiera se trate de prescripción terminante y general cual la del artículo 669 del mismo..., sin que pueda tenerse en cuenta la disposición del artículo 10 del referido cuerpo legal por la sencilla razón de que este artículo tiene por objeto regular la eficacia extraterritorial de las leyes, ora surja el conflicto entre la Ley española y la Ley extranjera, ora entre un precepto de Derecho común y otro de Derecho foral; y la cuestión de que se trata no versa sobre la fuerza de una Ley aragonesa fuera del territorio de aquella provincia, sino sobre la vigencia de una determinada Observancia antagónica de una prohibición del Código, por lo cual los únicos artículos que hay que consultar y aplicar son los ya citados 12 y 13» (139). Y si desde esta perspectiva histórica y normativa hay que enfocar originariamente esta prohibición, transformando ese contexto histórico y jurídico, parece lógico concluir que la prohibición no puede tener hoy el mismo alcance.

(138) Para esta opinión cfr. CALVO CARAVACA, *ob. cit.*, págs. 3108 y sigs.; M. DE ANGULO, «Comentarios al artículo 98 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo título preliminar del Código Civil y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Madrid, 1977, págs. 481-489, y PÉREZ VERA, «Un caso reciente de Derecho Internacional Privado: la sucesión de un argentino domiciliado en España. Nota sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1968», *REDI*, vol. XII (1969), págs. 561-577.

(139) El interés de esta resolución excede del tema que tratamos, ya que aunque sea de modo indirecto encuadra el problema de la validez extraterritorial del testamento mancomunado aragonés en su artículo 10 del Código Civil, aplicable al contenido de la sucesión, y no en el 11, relativo a la forma de los actos jurídicos, incluidos los testamentos. Lo cual da fe de la calificación de fondo de esta clase de testamento

La pregunta es: ¿Hasta qué punto estas transformaciones jurídicas han cambiado el sentido, el alcance del artículo 733?

Antes de contestar a esta pregunta es preciso tener presente el siguiente dato. El testamento mancomunado como fórmula sucesoria compleja se caracteriza por la interferencia de dos o más voluntades. Lo cual conectado con la existencia, dentro del ordenamiento jurídico civil, de diversos sistemas jurídicos con contradictoria normativa en materia testamentaria nos pone sobre la pista del problema. Es decir, al margen de los problemas que esta cuestión pudiera plantear desde la órbita del Derecho Internacional Privado (140), en el caso del Derecho interregional la diversidad se manifiesta también en la dimensión interna del sistema. Efectivamente —como ya sabemos—, el Código Civil contiene una prohibición expresa de testar en mancomún y una prohibición genérica sobre los pactos sucesorios en el artículo 1.271.2, mientras que estos procedimientos gozan de plena operatividad en los ordenamientos civiles forales. Los pactos son generalmente admitidos, y tanto el Derecho aragonés como el navarro y el vasco conocen además el testamento conjunto bajo la modalidad de testamento mancomunado o de hermandad (art. 94 de la Compilación aragonesa, Leyes 199 y 200 de la Compilación navarra y art. 49 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco), regulados por normas encaminadas a proteger la validez de estos testamentos ante la prohibición del Código Civil y que los dotan de una eficacia extraterritorial (141).

A estos datos tenemos que añadir, por tener incidencia directa en la materia que nos ocupa, que la Ley 11/1990 sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, ha introducido una nueva redacción del artículo 14 con el fin principal de eliminar la discriminación que el texto anterior establecía en contra de la

(140) En relación a esta cuestión y como hace ya tiempo señalara LEWARD, *Question du Droit International des successions*, Recueil del Cours de l'Academie de Droit International (1925), t. IV, pág. 13, no en vano las famosísimas cuestiones de Derecho Internacional Privado surgen en relación con problemas de sucesiones. Buena muestra de la relevancia del problema sucesorio en Derecho Internacional Privado es la atención prácticamente constante que le ha brindado la Conferencia de La Haya. En los últimos años la Conferencia ha emprendido trabajos con vistas a lograr una unificación en esta materia, adoptando en octubre de 1987 un Anteproyecto de Convención sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, siendo aprobado el texto definitivo en la XVI sesión de la Conferencia, que tuvo lugar en octubre de 1988.

(141) El artículo 94.1 de la Compilación de Derecho civil de Aragón dispone. «Los cónyuges aragoneses pueden testar en mancomún aun fuera de Aragón». De idéntico tenor es la Ley 200 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra establece: «Los navarros pueden otorgar testamento de hermandad tanto en Navarra como fuera de ella, así en España como en el extranjero». En igual sentido el artículo 13 de la Ley Civil Foral del País Vasco en relación con el artículo 9.8 del Código Civil, dado el carácter personal de las disposiciones forales concernientes al testamento mancomunado.

mujer al someterla a la vecindad civil de su marido y al someter en principio a los hijos a la vecindad civil del padre y sólo subsidiariamente a la de la madre.

Así las cosas, parece evidente que todas estas transformaciones normativas aíslan aún más el alcance de la prohibición. De un lado, porque frente a las iniciales pretensiones de generalidad de la prohibición la realidad legislativa actual es otra bien distinta: un sector no precisamente minoritario de nuestro ordenamiento jurídico admite esta forma de testar: la Compilación navarra, la aragonesa y la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco. Este manifiesto recorte del alcance de la prohibición que supone su admisibilidad en un amplio sector de la geografía nacional resulta aún más evidente si tenemos en cuenta que esta facultad de testar conjuntamente los cónyuges se extiende, como consecuencia del carácter de Ley personal, aun fuera del ámbito territorial de la Compilación u ordenamiento permisivo, lo que por consiguiente crea la paradójica situación de que un Notario de Madrid, por ejemplo, no puede autorizar el otorgamiento de un testamento mancomunado de un matrimonio madrileño, y sí en cambio el de un matrimonio aragonés.

Otra de las causas desencadenantes del anacronismo y aislamiento en que ha quedado la prohibición en la actualidad resulta, como ya señalábamos, de la situación creada tras la citada Ley 11/1990, de 5 de octubre. La explicación es bien sencilla. Con anterioridad a la Ley 11/1990, de 5 de octubre, de reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo, el principio de la unidad familiar en materia de vecindad civil salvaba los problemas interregionales que la diversidad normativa pudiera plantear en relación con el procedimiento testamentario (142); pero ahora, tras la referida reforma, al no seguir la mujer la vecindad civil del marido se introduce un nuevo problema en el testamen-

(142) Diversos casos en que puede preguntarse por la posibilidad del testamento mancomunado, tanto en el plano interregional como en el internacional, son analizados por ORTIZ DE LA TORRE, «Comentarios al artículo 733 del Código Civil», en vol. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), t. IX, vol. 2.º, Madrid, 1983, págs. 346-348). Aunque los supuestos que se analizan se resuelven a la luz de la legislación anterior a la reforma del Código Civil en materia de vecindad civil, no obstante conservan su interés toda vez que nos revela la simplificación, al menos en el plano interregional, de los conflictos que la diversidad normativa pudiera plantear en base al principio de sujeción de la mujer a la vecindad civil del marido. Así, por recoger algún ejemplo de los citados por dicho autor, baste el caso de un cónyuge varón aragonés o navarro y mujer sometida inicialmente a otro Derecho foral o al común. En este caso el testamento mancomunado sería válido, ya que por matrimonio la mujer adquiere, de conformidad con el derogado artículo 14.4 del Código Civil, la vecindad civil de su marido; en cambio, si es aragonesa o navarra la esposa, al contraer matrimonio con aforado a otro Derecho o sometido al Derecho común, no podría otorgarlo, pues su nueva vecindad está afectada por la prohibición del artículo 669 del Código Civil.

to mancomunado, ya que es posible que sólo uno de los cónyuges posea la vecindad civil correspondiente a una de las legislaciones que la admitan: navarra, aragonesa o vasca. Siendo esto así, ¿cómo se podría resolver hoy el problema que plantearía el matrimonio que teniendo diversa vecindad civil pretendiera otorgar testamento mancomunado conforme a la ley personal de aquel cuya legislación lo autoriza? O dicho de otra manera, ¿podrían testar mancomunadamente una aragonesa y un madrileño, por ejemplo? (143).

De todo ello resulta que nos situamos hoy en una realidad legislativa en la que resulta difícilmente explicable el sentido y la rotundidad con la que se expresa el artículo 733.

(143) Al respecto podrían plantearse dos posibilidades distintas. 1.^a Que el cónyuge por ejemplo no aragonés esté sometido al régimen del Código Civil o a otro cualquiera de los que, como el francés o el catalán, expresa o tácitamente lo prohíben. En este caso habría que acudir al artículo 9.8 CC, que establece que la sucesión por causa de muerte se rige por la Ley nacional del causante, de donde que si dicho cónyuge estuviera sometido al régimen común sería aplicable el artículo 669, que prohíbe expresamente el testamento mancomunado, y el artículo 733, que establece que no será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiese otorgado. Entonces, la propia naturaleza del testamento mancomunado, en la que lo esencial es la intervención de más de un disponente, concurriendo leyes sucesorias diferentes, pudiendo una de ellas permitirlo y otra prohibirlo, no parece posible apreciar la validez de la declaración de voluntad *mortis causa* del aragonés, aun sobre su propia herencia, y la nulidad de la de su consorte, por lo que habría que considerar que carece de validez el testamento mancomunado en su integridad. Aunque la respuesta a este problema resulta, a mi entender, difícil, considera ZABALO ESCUDERO, *ob cit.* págs. 63-64, que para su validez es necesario que ambas leyes así lo consideraran. 2.^a Que el cónyuge no aragonés esté sujeto a un Derecho que permite el testamento mancomunado aunque lo regule de forma distinta. Así sucede en Navarra. Con estas personas se puede hacer testamento mancomunado tanto dentro como fuera de Aragón. Esta situación plantea dos problemas: a) La forma. En este punto la solución más segura, y por eso mismo la más recomendable en la práctica, es que en su otorgamiento se cumplan simultáneamente las condiciones de ambos otorgamientos. Por ello mismo no podrán, por ejemplo, otorgar testamento mancomunado o de hermandad ológrafo, ya que para los navarros lo prohíbe expresamente la Ley 199 de la Compilación. Así lo entiende MERINO HERNÁNDEZ, *Comentario a los artículos 89-118 de la Compilación de Aragón*, cit., pág. 106. De todos modos, me parece que en algunos casos es posible defender la validez aunque se incumplan los requisitos de forma de uno de los ordenamientos. Por ejemplo, en Aragón se admite la forma ológrafa (cfr. art. 94.2 de la Compilación) y no así en Vizcaya; así, si el testamento se otorga entre un aragonés y una vizcaína, en Aragón habría que entender que rige, respecto de lo que es estrictamente forma, el principio *locus regit actum*, conforme al artículo 11 CC.

D) *Las soluciones del Derecho Internacional Privado*

No acaban aquí las matizaciones que desde el punto de vista del contexto normativo pueden formularse al artículo 733. No olvidemos que este precepto, al incorporar un contenido material y fijar su ámbito de aplicación en el espacio, extiende la prohibición del artículo 669 CC al supuesto del testamento mancomunado que un español otorgue en el extranjero. Es así que nos situamos ante uno de los capítulos técnicamente más complejos del Derecho Civil Internacional (144), toda vez que la sucesión *mortis causa* es un fenómeno jurídico universalmente conocido pero muy desigualmente regulado por los diferentes ordenamientos jurídicos.

Por otra parte, la difícil armonía que cada ordenamiento interno logra entre el respeto de la voluntad del causante y la necesaria protección, tanto de la familia como de la seguridad del tráfico jurídico, puede verse fácilmente en peligro cada vez que tenga que coordinarse con otros ordenamientos con distintas concepciones del fenómeno sucesorio. Esta divergencia de la reglamentación material se acrecienta aún más cuando, como en el caso que nos ocupa, nos situamos ante fórmulas sucesorias complejas en las que los actos de disposición están caracterizados por la interferencia de dos o más voluntades.

La diversidad legislativa existente en torno a dicha institución hace precisa la determinación del Derecho aplicable a la misma. La complejidad que va a revestir tal determinación deriva no sólo de los diferentes aspectos que la misma encierra como negocio jurídico (capacidad, fondo y forma), sino —como veíamos— de su propia naturaleza, caracterizada por la intervención de dos voluntades en un solo acto de disposición. Esto por un lado.

Pero es que, además, la interpretación del artículo 733 nos plantea como cuestión previa un problema de calificación jurídica, que se traduce en el interrogante sobre la naturaleza de la institución. Recordemos que este precepto dispone que «no será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país

(144) GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado*, 5.ª ed., revisada, Madrid, 1993, pág. 553, se refiere a la problemática que deriva del art. 733 del Código Civil como una de las cuestiones sucesorias más problemáticas que plantea el Derecho Internacional Privado. De otra parte, LEWARD, *ob. cit.*, pág. 13, califica los conflictos de las leyes en esta materia de particularmente agudos por situarse en la inserción del derecho de las personas y el de los bienes. De otra parte, de la relevancia del problema sucesorio en Derecho Internacional Privado da buena muestra la atención prácticamente constante que le ha brindado la Conferencia de La Haya, que tras diversas tentativas de unificación se ha llegado en la actualidad a la adopción de un Anteproyecto de Convención sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, siendo aprobado el texto definitivo en la XVI Sesión de la Conferencia, que tuvo lugar en octubre de 1988. Sobre este punto *vid.*, por ejemplo, LAGARDE, «La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», *Revue Critique de Droit International Prive*, núm. 2 (1988), págs. 249-275.

extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiese otorgado». La toma de postura ante este problema de calificación jurídica va a suponer la adopción de un criterio que va a mediatizar el alcance de la prohibición. Pasemos, pues, a analizar esta cuestión.

El problema que nos ocupa gira en torno a la cuestión de si el testamento mancomunado plantea un problema de fondo, esto es, de capacidad, o meramente formal. Dicho de otra manera, en torno a la índole o naturaleza de la prohibición de otorgar testamento mancomunado se han construido dos posiciones. Un punto de vista entiende que es una prohibición de carácter sustancial (145) en la medida que protege el carácter del testamento como acto unilateral, mientras que, de contrario, se entiende por otros que es de carácter formal (146), pues con ella sólo se prohíbe que el documento contenga la disposición de más de una persona.

Teóricamente no es fácil resolver el problema y, en cualquier caso, lo evidente es que estamos ante una cuestión de calificación jurídica que puede tener trascendencia, pues si se considera que lo es de capacidad nos llevaría a someter esta modalidad testamentaria al estatuto personal de los causantes (art. 9.8 CC) (147), funcionando entonces el artículo 669 CC

(145) Para esta opinión *vid* MANRESA, *ob. cit.*, pág. 900; ALBALADEJO, *Comentarios al artículo 669 del Código Civil*, cit., pág. 11; SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL, «El testamento navarro de hermandad: su arraigo en las costumbres y su régimen en el Fuero», en *ADA* (1945), pág. 202. y NAGORE YARDOZ, «Del testamento mancomunado y su especialidad en el Derecho privado foral de Navarra», en *ADA* (1968-1971), pág. 245, que declara que «la facultad de otorgar este testamento forma parte del estatuto personal, por la razón de que su esencial característica es la causalidad recíproca de las instituciones y no la concurrencia de los testadores, accidente extrínseco». Dentro de la doctrina de Derecho Internacional Privado acogen esta tesis CARRILLO SALCEDO, «La Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias. Nota sobre el proyecto de convenio adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 9.^a Sesión, 1960», *REDI*, vol. XIV (1961), págs. 169-194; ALONSO LAMBÁN, *ob. cit.*, pág. 380. LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Madrid, 1933, págs. 249-289, se adscribe a esta tesis al decir que «es una incapacidad para los españoles», no afectando a los extranjeros «por no ser una cuestión de pura forma». ORTIZ DE LA TORRE, *ob. cit.*, págs. 340-343, argumenta el carácter de fondo del testamento mancomunado acudiendo a la interpretación del artículo 733 desde el punto de vista de su ubicación sistemática. Pero es lo cierto, a mi juicio, que si, de un lado, los artículos 676-680 CC que relacionan «la forma de los testamentos» no contemplan entre ellos al mancomunado, también lo es que la prohibición del testamento mancomunado no aparece en la sección sobre la «capacidad para disponer por testamento», sino que figura en la relativa a los «testamentos en general».

(146) Por todos, AZPEITIA ESTEBAN, *El proyecto de Apéndice al Código Civil, correspondiente al Derecho foral de Aragón. Comentarios y problemas*, Madrid, 1924, pág. 60. LASALA LLANAS, *Sistemas español de Derecho civil internacional e interregional*, Madrid, 1933, pág. 45, y en general prácticamente toda la doctrina tradicional aragonesa.

(147) Dispone este precepto: «La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento del fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones

como Ley permanente, rectora de la capacidad a efectos de la testamentación activa. Por el contrario, si es de forma o solemnidad jurídica, serían de aplicación las reglas de la Convención de La Haya de 1961 sobre conflictos de leyes en esta materia, aprobado y ratificado por España (148) y cuya aplicabilidad al testamento mancomunado reconoce el artículo 4 de dicho Convenio al disponer que «el presente Convenio se aplicará igualmente a la forma de las disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo documento por dos o más personas». Así las cosas, tendríamos que, conforme al artículo 1 de dicha Convención, sería válido el testamento mancomunado otorgado por españoles en el extranjero de acogernos al punto de conexión relativo a la Ley del lugar de su domicilio u otros puntos de conexión que expresamente contempla este precepto (149). Podríamos incluso entender, siguiendo a CERVERA GARCÍA (150), que puesto que el testamento mancomunado es, ante todo, el otorgado en un mismo instrumento por dos disponentes, pueden aparecer implicados ambos tipos de problemas. Esto es, si las disposiciones de cada testador no están otorgadas en atención al contenido de las del otro disponente, sino que son independientes (testamento conjunto o meramente mancomunado), el problema es un problema formal, en tanto que, por el contrario, si existe en los testadores una intención de condicionar el contenido de sus disposiciones al de las del otro testador mancomunado la cuestión no es esencialmente formal, sino que hay algo más, una cuestión de fondo, «ya que plantean —según este autor— el problema de la captación o coacción de la voluntad de uno de los disponentes por el otro o de que se produzca una situación de fraude en el caso de que uno de los testadores mancomunados revoque mediante testamento unipersonal las disposiciones que hizo en el testamento mancomunado sin conocimiento de la otra parte».

El tema como se ve no sólo no está claro, sino que tampoco parece tener solución sencilla.

hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la Ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la Ley se atribuyen al cónyuge supérstite se regirán por la misma Ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes».

(148) Este Convenio fue ratificado por España en instrumento de 16 de marzo de 1988, *BOE* de 17 de agosto de 1988.

(149) Así el de la nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento del fallecimiento; la del lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento.

(150) «La sucesión hereditaria en el Derecho Internacional Privado», en *RGD*, núm. 502-503 (1986), pág. 3114.

Desde otro punto de vista, la problemática que plantea el artículo 733 ha sido analizada desde la óptica que al tema da la nueva redacción que el artículo 11.1 tiene tras la reforma del Título Preliminar de nuestro Código Civil. Dispone el artículo 11.1 CC que: «Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la Ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la Ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la Ley personal del disponente o la común de los otorgantes».

Sostiene MIAJA DE LA MUELA (151), partiendo de la idea de que las normas referentes a los testamentos experimentan alguna desviación por la calificación como reglas de capacidad a las que ordenan la aptitud de los españoles para ciertas formas de testar, que el artículo 733 ha sido derogado por la nueva redacción del artículo 11.1 del CC. Tesis esta que conduciría a admitir la validez de un testamento mancomunado otorgado por españoles sujetos al Derecho común en un país extranjero, de conformidad con la Ley del lugar si es que éste lo permite (152). De no ser así, habría que entender que, vigente el artículo 733, éste constituye al menos una modificación del artículo 11.1 cuando aquél impide el uso de las conexiones alternativas señaladas por éste (153).

En cualquier caso, de seguir la tesis de MIAJA DE LA MUELA, que aunque criticada presenta notables ventajas, nada habría de objetar por el hecho de que la norma general en materia de forma de los testamentos no sea ya el artículo 11 CC, sino el Convenio de La Haya de 1961, anteriormente referido. Y digo esto porque aunque efectivamente este Convenio es derecho aplicable en España, también es cierto que las relaciones entre el mencionado Convenio de 1961 y el artículo 733 CC han suscitado soluciones de muy diversa índole en la doctrina, sin que por otra parte haya quedado resuelto definitivamente por ese Convenio el problema central de la califi-

(151) *Ob. cit.* , pág. 334.

(152) Planteamiento éste no compartido por ORTIZ DE LA TORRE, *Comentario al artículo 733*, cit., págs. 340-348, para quien la falta de proyección del artículo 11.1 sobre el artículo 733 corresponde a la consideración de que el testamento mancomunado no puede incluirse en el ámbito de las formas. Tesis que fundamenta en un conjunto de preceptos legales de cuya interpretación sistemática resulta excluida esta calificación formal. De un lado, los artículos 676-680 del Código Civil que relacionan la forma de los testamentos no contemplan al mancomunado como «forma» ni dentro, ni distinta de las que corresponden al testamento común ni a los especiales. De otro lado, señala este autor que la prohibición del testamento mancomunado es cierto que no aparece en la sección sobre la «capacidad para disponer por testamento», y teniendo que decidirse a qué ámbito pertenece la clara exclusión que el Código hace en el sector de las formas me inclino a defender una calificación de capacidad.

(153) Para esta opinión *vid* MARÍN LÓPEZ, *ob. cit.* , págs. 270-275.

cación formal o de fondo que merece la institución que nos ocupa y que constituye la piedra de toque de todo el sistema (154). Se deja, pues, a cada ordenamiento el determinar si la prohibición de testar mancomunadamente es materia de forma o de fondo, así como la de saber si existe o no interdependencia en cuanto a la nulidad o validez de este testamento si la Ley aplicable lo declara válido respecto a un testador pero nulo respecto a otro.

Pero es que incluso desde el punto de vista de la regulación convencional hay opiniones coincidentes con la expresada anteriormente al declarar que una de las principales incidencias que ha tenido la Convención sobre la normativa española en la materia ha sido precisamente la de haber suprimido la prohibición del artículo 733 CC. Es evidente que desde esta posición no se cuestiona la aplicación del Convenio al instituto que nos ocupa; es más, señala GONZÁLEZ CAMPOS (155) que «pensando para los conflictos de leyes sobre forma de las disposiciones testamentarias, el Convenio no define con carácter general qué se entiende por cuestiones de forma, pero resuelve algunos problemas de calificación típicos en esta materia cuando indica explícitamente su aplicabilidad al testamento mancomunado (art. 4)». Fundamenta este autor la desaparición de la prohibición en que aunque, primero, los Estados partes pueden descartar la aplicación de una Ley declarada competente si es manifiestamente incompatible con su orden público (156) (art. 7) y, segundo, pueden no reconocer la validez

(154) En esta línea entiende SIMÓ SANTONJA, *Derecho sucesorio comparado*, Madrid, 1968, pág. 123, que la Conferencia de La Haya de 1961 no tomó posesión respecto a la naturaleza de tales prohibiciones, de si corresponden a la forma o al fondo. Desde este punto de vista, la entrada en vigor del Convenio no afectaría esencialmente al Derecho positivo español: la validez de un testamento en cuanto a la forma, en función de cualquiera de las leyes previstas en el artículo 1 del Convenio, no constituye un obstáculo a la calificación española de fondo y, por consiguiente, de que se trata de un problema regido por la Ley de la sucesión, la Ley del fondo. De igual modo explica ZABALO ESCUDERO, *ob. cit.*, págs. 63-65, que la dificultad en torno a este problema de calificación jurídica, y que se puso especialmente de relieve al hilo de los trabajos preparatorios de la Convención de La Haya de 1961, se resolvió por la Comisión especial rehusando tomar partida sobre una u otra calificación, dadas las divergencias existentes de un Estado a otro, en cuanto a la calificación y contenido de dicha institución.

(155) *Ob. cit.*, págs. 550-551

(156) La dificultad de regular convencionalmente una materia como la que nos ocupa hizo inevitable que en el artículo 7 del Convenio se acudiese al establecimiento de la ya tradicional cláusula limitada de orden público utilizada en otros convenios de la Conferencia de La Haya: la aplicación de las leyes establecidas en el Convenio. Respecto a la inoperancia en España de la excepción de orden público en Derecho de sucesiones, explica CERVERA GARCÍA, *ob. cit.*, págs. 31-32, que tiene como fundamento el argumento de la diversidad normativa existente entre el Derecho civil común y los Derechos forales. Argumentación ésta a la que hay que añadir además la existencia del propio Derecho común de esta modalidad testamentaria prevista —como ya sabemos—

de un testamento otorgado en el extranjero cuando concurren cumulativamente estas circunstancias (art. 11) (157): a) que la disposición testamentaria sólo sea válida conforme a la Ley del lugar donde el testador hizo la disposición; b) que el testador tenga la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual en el Estado que preserve la reserva, y c) que el testador haya fallecido en un Estado distinto a aquel en que dispuso, no sólo es poco probable que concurren todas estas circunstancias, sino que además España no ha hecho uso de la reserva referida. Todo lo cual lleva a GONZÁLEZ CAMPOS (158) a sostener la desaparición en España de dos de las cuestiones sucesorias más problemáticas del Derecho Internacional Privado: «la posibilidad de que se reconociese como válido, al amparo del artículo 688.4 CC, el testamento ológrafo otorgado en España por extranjero en contra de su Ley nacional, y la prohibición del artículo 733 CC de que los españoles de Derecho común otorgasen en el extranjero testamento mancomunado de acuerdo con la Ley local» (159).

A mi parecer, lo que resulta de todo este análisis es que difícilmente puede sostenerse una interpretación del artículo 733 como la que hasta ahora se venía manteniendo, por lo demás fruto de un contexto normativo inalterado desde 1889. Indudablemente, el nuevo panorama legislativo creado, no sólo tras la reforma del Título Preliminar (art. 11.1), sino fundamentalmente tras del Convenio de La Haya de 1961, que una vez ratificado por España forma parte de nuestro ordenamiento interno con carácter prevalente respecto a las disposiciones del Código Civil, plantea cuestiones nuevas cuya valora-

en la Ley de 24 de diciembre de 1981 sobre Estatuto de la explotación agrícola familiar agraria y de los agricultores jóvenes. Sobre este tema *vid* SIMÓ SANTONJA, «Normas de Derecho Civil Internacional Privado sobre donaciones y sucesiones», *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*, t. I. vol. 2º, Jaén, 1977, págs. 42 y sigs.

(157) Dispone este precepto que «cada Estado contratante puede reservarse el no reconocer en virtud de las prescripciones de su Ley que se refieran a ellas ciertas formas de disposiciones testamentarias hechas en el extranjero si se dan las condiciones siguientes...»

(158) *Ob. cit.* pág. 553. Aunque con más cautelas, también se plantea MARÍN LÓPEZ, *ob. cit.* pág. 270, la subsistencia del artículo 733 CC tras la prohibición y ratificación por España del Convenio de La Haya de 1961

(159) En esta misma línea PÉREZ VERA, *Derecho Internacional...*, cit., pág. 199, sostiene que «en la medida que España no ha formulado ninguna de las posibles reservas contempladas en el Convenio, se ha producido una modificación sustancial en algunos aspectos del tratamiento jurídico de la forma del testamento ológrafo (art. 688, en relación con el 723, párrafo 3.º CC) y del testamento mancomunado (art. 733 CC) en el ámbito del Derecho Internacional Privado». Aunque no en esta dirección, llama la atención la postura de MARÍN LÓPEZ, *ob. cit.* pág. 270, ya que si bien no parece compartir íntegramente esta tesis, sí en cambio se plantea la subsistencia de la prohibición española del artículo 733, que salva por la existencia, en su opinión, de una reserva, la del artículo 11, que entiende permitiría en la vigencia de la prohibición. «pues la reserva actuaría únicamente cuando el nacional de un país se dirigiera a otro para burlar la prohibición»

ción y trascendencia no debemos marginar. No creo que sea posible prescindir, en la exégesis de este precepto legal, de la aportación que suponen todas estas modificaciones legales. En cualquier caso, con estos datos en la mano, lo que parece innegable es que nos encontramos una vez más ante la distorsión, la quiebra de una institución cuya inteligencia, partiendo de distintos elementos interpretativos, demanda un distinto enfoque.

Obsérvese cómo si bien, de un lado, la interpretación hasta ahora mantenida de los artículos 688 y 733 del CC nos coloca ante una prohibición de testar mancomunadamente, absoluta, rotunda y sin quiebras, sin embargo la interpretación de estos preceptos desde la óptica del conjunto del sistema normativo nos revela sus disonancias, sólo salvables desde un nuevo enfoque de esta figura que le dé a la misma una significación y contenido acorde con la nueva realidad legislativa.

De esa tendencia ya superada es un buen ejemplo la postura defendida por MANRESA (160), quien al interpretar el artículo 733 hace descansar el carácter absoluto de la prohibición, tanto respecto del territorio español como fuera de él, no sólo en la calificación de cuestión de fondo que el testamento mancomunado le merece, sino además en que aún no siendo así, y tratándose de un problema de forma, en dicha hipótesis, entiende este autor, se hallaría justificada la excepción por la regla consignada en el párrafo 3.º del artículo 11, la cual disponía que las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres no pueden quedar sin efecto por las leyes, sentencias y convenciones acordes por el país en que se lleva a efecto el acto.

La debilidad de la argumentación salta a la vista. De un lado, porque la solución del problema calificadorio, como cuestión de fondo, se quiere presentar como el reflejo de una concepción del testamento mancomunado, por lo demás ampliamente criticada y superada. Recordemos que para este autor la especialidad del testamento mancomunado reside en las limitaciones que sufre la potestad de los testadores en cuanto a la libre disposición de sus bienes. Es decir, para este autor, y en general para todos los defensores de este planteamiento, el testamento mancomunado plantea el problema de la captación o coacción de la voluntad de uno de los disponentes por el otro o de que se produzca una situación de fraude en el caso de que uno de los testadores mancomunados revoque mediante testamento unipersonal las disposiciones que hizo en el testamento mancomunado sin conocimiento de la otra parte. Es evidente que partiendo de esta concepción no pueda ser otra la calificación jurídica; mermando el testamento mancomunado los derechos y facultades de los otorgantes, es indudable que afecta al fondo del

(160) *Comentarios al Código Civil*, cit., t. V, Madrid, 1972, págs. 900-903.

testamento y tiene, por tanto, que regularse por el estatuto personal; y que, conforme al artículo 9 (en su antigua versión), las leyes relativas a la capacidad de las personas obligan a los españoles aunque residan en el extranjero.

Sin embargo, la pretendida correlación entre la naturaleza del testamento mancomunado y los fundamentos de la prohibición no parece un argumento muy defendible, toda vez que llama la atención que se sostengan y defiendan idénticos razonamientos para justificar la prohibición del artículo 669 y, no obstante, se resuelva de modo diverso este problema de calificación jurídica (161). Así, tachada de formal la índole del testamento mancomunado, MUCIUS SCAEVOLA (162) entiende que regirá el precepto excepcional del artículo 733 exclusivamente en cuanto a los testamentos mancomunados, cuya efectividad y ejecución tratará de llevarse a cabo en España, pero en cambio sería válido el testamento mancomunado que un español otorgara en una nación en cuyo Código se halle admitida y consagrada esta forma de testar siempre que se hayan tenido en cuenta las prescripciones del Código español respecto al orden de suceder, a la cuantía de dicho derecho y a la validez de las disposiciones internas, que es lo que, en opinión de este autor, constituye el estatuto personal al que se refería el derogado apartado 2.º del artículo 10 CC.

De otro lado, es indudable que los argumentos de MANRESA (163) quedan enervados desde el punto de vista del nuevo contexto normativo. Es más, la nueva redacción del artículo 11 del CC, relativa al estatuto formal recoge la adscripción de nuestro legislador a la tendencia que procura salvar la validez del acto o contrato excluyendo la nulidad por defectos formales mediante la acumulación de legislaciones competentes, de modo que basten las formalidades de la que comporte menos exigencias para sostener la validez del acto, contrato o testamento. Esto, por un lado. Pero es que, además, la aplicación de la Convención de La Haya de 1961 en esta materia, sin la correspondiente reserva de orden público por España, nos aleja definitivamente de la posición antes dicha.

(161) En este sentido, MUCIUS SCAEVOLA, *ob. cit.*, t. XII, pág. 732, si bien fundamenta la prohibición en los argumentos repetidamente esgrimidos, no obstante entiende que el artículo 733 constituye una excepción de la regla *locus regit actum* por cuanto la institución del testamento mancomunado afecta a la forma, no al fondo de las últimas voluntades. «El artículo 669 —explica este autor— no prohíbe el que dos personas puedan testar recíprocamente la una en provecho de la otra, lo que impide es que esas personas puedan hacerlo en un mismo instrumento testamentario, porque el testamento es un acto personalísimo en que no ha de haber más que un solo testador»

(162) *Ob. cit.*, pág. 732.

(163) *Ob. cit.*, págs. 902-903.

En definitiva, podemos decir que la interpretación que negaba validez, también en cuanto a la forma, a los testamentos mancomunados otorgados por españoles en el extranjero ha quebrado, ya que además, como indicábamos anteriormente, el artículo 4 del Convenio de La Haya —precepto al que España no ha formulado reserva— establece explícitamente que sus disposiciones se aplicarán «igualmente a la forma de las disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo acto por dos o más personas».

E) *El testamento mancomunado en la Ley de 24 de diciembre de 1981*

Al estudio del panorama legislativo desde el que propongo se analice el alcance y sentido de la prohibición del artículo 669 nos conduce necesariamente la Ley de 24 de diciembre de 1981 sobre el Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes, por cuanto la misma ha supuesto una gran novedad en esta materia al permitir su artículo 22 la posibilidad del testamento mancomunado. Dicho esto, ya podemos hacer una primera afirmación: la admisibilidad de esta forma de testar significa o lleva de suyo una decisiva modificación del rigorismo primitivo del Código Civil.

Recordemos que del tenor literal del precepto prohibitivo y de aquel otro que extendía la prohibición fuera del territorio español (art. 733) resultaba ésta configurada en términos absolutos, sin que, en consecuencia, cupiese pensar en ninguna vía posible de penetración de este procedimiento testamentario en nuestro ordenamiento jurídico. Frente a esto hemos tenido ocasión de comprobar que este carácter cerrado y rígido ha sufrido ya distintos atentados como consecuencia de toda una serie de reformas, las cuales, a mi juicio, inciden en la prohibición limitándola y recortándola en su alcance. Pues bien, a todos estos cambios que han alterado sustancialmente el contexto normativo en el que se situaba originariamente la prohibición hay que añadir ahora el que resulta de la regulación de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes.

Sin entrar aquí en un estudio pormenorizado de esta decisiva novedad legislativa, a la que por lo demás me refiero en distintas ocasiones a lo largo de este trabajo, sí me parece de gran importancia dibujar las líneas centrales con las que esta forma de testar aparece configurada en la citada Ley, ya que de la misma podemos extraer algunos argumentos para «rellenar» esa propuesta de *lege ferenda* que inicialmente planteábamos. Sobre todo teniendo en cuenta que esas líneas orientadoras que en su momento guiarán la labor del legislador proceden del mismo órgano legislativo central y tiene idéntico ámbito de aplicación que el precepto prohibitivo originario. No se trataría, por tanto, de emular experiencias legislativas foráneas, a veces de

difícil implantación en el ordenamiento propio, sino de trasladar al Código Civil una institución con una gran raigambre histórica y de la cual encontramos ejemplos concretos en instituciones ya reguladas en los ordenamientos forales.

Pues bien, el esquema sobre el que se articula el testamento mancomunado en la Ley que ahora nos ocupa es el siguiente:

- a) En relación a la testamentación activa (164) mancomunada, el principio consagrado por la citada Ley hace que la misma se integre entre aquellos sistemas que limitan la capacidad para otorgar esta modalidad testamentaria a los cónyuges (165), al disponer su artículo 22.1 que «los cónyuges podrán otorgar testamento abierto mancomunado a fin de ordenar la sucesión en la explotación familiar agraria en su integridad». Si son los cónyuges los únicos que pueden acudir al testamento mancomunado, habrá que tener en cuenta cuál es el régimen previsto para las distintas hipótesis de crisis matrimonial. En este punto puede calificarse de novedosa (166) la

(164) Sólo me referiré a la activa por cuanto la pasiva, al estar directamente relacionada con la finalidad de la Ley, cual es regular el destino de la explotación familiar agraria, carece de interés a los fines que aquí nos interesan, además de que, dadas sus particularidades, no es trasladable a una regulación genérica.

(165) CUADRADO IGLESIAS, *ob cit.*, pág. 1101, después de plantearse la hipótesis de si cabría, al amparo de la Ley sobre Estatuto de la Explotación Agraria, que fueran los futuros cónyuges los que acudieran a esta forma de testar, resuelve negativamente el interrogante, ya que interpretando literalmente el precepto 22.1 resulta que la exigencia de la condición de cónyuges es de presente y no de futuro. No obstante, plantea el citado autor que de *lege ferenda* debería permitirse tal forma de testar también a los prometidos, familiares e incluso a personas no parientes entre sí, ni en vías de serlo, siempre que concurren las otras exigencias previstas en la Ley (básicamente que el testamento sea abierto y que tenga como única finalidad ordenar la sucesión de la explotación familiar agraria).

(166) La novedad se predica respecto del Derecho aragonés, ya que si bien en ambos derechos la existencia del matrimonio determina la posibilidad de testar mancomunadamente, sin embargo, a diferencia de lo que sucede con el Derecho aragonés, la validez del testamento no depende necesariamente de la ulterior subsistencia del matrimonio. Al respecto, recordemos que la Compilación aragonesa dispone en el artículo 98.1 que las sentencias de nulidad de matrimonio y de separación personal hacen ineficaces las liberalidades que los cónyuges se hubieran concedido en el testamento mancomunado y todas las disposiciones correspondientes. Como vemos, se limita, pues, la ineficacia a sólo estas disposiciones; se trata así de evitar los perjuicios a terceros no culpables de la disolución. La novedad no lo es tanto, como vamos a ver, respecto de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, donde por otra vía se llega al mismo resultado expresamente previsto en la Ley de 24 de diciembre de 1981. En efecto, la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco —que limita igualmente la testamentación activa a los cónyuges (art. 49)— no contiene ninguna norma en relación al problema que pudiera plantear una posible declaración de nulidad, separación o divorcio: sin embargo, ese silencio legal nos conduce indefectiblemente, conforme al principio de libertad civil, a la siempre abierta posibilidad de ulterior revocación unilateral, con arreglo

regulación que contiene el artículo 22.2 de la Ley al permitir la posible subsistencia del testamento mancomunado aunque existan anomalías en el matrimonio por la separación efectiva de los cónyuges, por la disolución en vida de los cónyuges declarada judicialmente. En tales casos lo que está permitido es la revocación unilateral que habrá de notificarse mediante documento fehaciente al otro cónyuge, de donde se desprende que si no se da tal revocación unilateral, aunque haya separación, nulidad o divorcio, el testamento mancomunado subsiste. Régimen éste que no deja de sorprender, ya que, por un lado, se condiciona la validez de este testamento a la condición de cónyuges de sus otorgantes, y por otro, se permite la subsistencia del mismo aunque éstos dejen de serlo (167).

- b) En cuanto a la forma, el artículo 21.1 sólo permite el testamento abierto mancomunado (168), si bien CUADRADO IGLE-

al artículo 51 de la citada Ley En definitiva: a) La sentencia firme de separación o divorcio no hace ineficaz al anterior testamento. Para que éste quede sin efecto hará falta que ambos cónyuges separados o divorciados (conjuntamente), o uno de ellos (unilateralmente), revoquen el testamento de hermandad, conforme a lo dispuesto en los artículos 50-51 de la Ley. Quedaría sin resolver la irrevocabilidad que establece el artículo 52 para las disposiciones que recayeran sobre los bienes comunes si uno de los cónyuges falleciere dentro del año siguiente a la fecha en que otorgaran el testamento de hermandad. Aquí hay una grave laguna que la Ley no ha resuelto. Así las cosas, cabría entender que en caso de separación o de divorcio no hay bienes comunes al haberse extinguido la comunidad por la sentencia. Se trata en realidad de una interpretación forzada, pues también la comunidad se extingue por la muerte de uno de los cónyuges, y es claro que, entonces, existe la irrevocabilidad sobre los bienes hasta entonces comunes; pero es esta la única vía interpretativa para alcanzar el resultado que parece ineludible b) La sentencia de nulidad, en cambio, y ante la falta de regla expresa en la Ley, ha de entenderse invalida el testamento mancomunado, al menos para el cónyuge de mala fe. Si al declararse la nulidad hubiere ya tenido lugar la apertura de la sucesión, parece que, en aplicación del artículo 79 CC, habrán de considerarse válidas y eficaces las disposiciones contenidas en testamento mancomunado que favorezcan al cónyuge de mala fe. Si, por el contrario —y como ocurrirá en la mayoría de los casos—, al declararse la nulidad del matrimonio no hubiera tenido lugar la apertura de la sucesión, ningún efecto habrá producido ni podrá producir el testamento, tampoco para el cónyuge de buena fe. Otra cosa es que en este último caso pueda tener el cónyuge de buena fe un derecho a ser indemnizado si como consecuencia de la pérdida de eficacia del testamento ha perdido algún derecho económicamente valuable.

(167) Para esta opinión cfr. CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.* pág. 1101, que califica de paradójico el régimen descrito.

(168) También en este punto la regulación de la citada Ley se aleja de las prescripciones formales previstas en los ordenamientos forales que admiten tal forma de disposición *mortis causa*. En la Compilación aragonesa pueden adoptarse cualesquiera de las formas que existen para los testamentos simples, ya que, según el artículo 94.2, el testamento mancomunado podrá revestir cualquier forma común, especial o excepcional en tanto sea compatible con los requisitos establecidos para cada una de ellas por las disposiciones vigentes. No obstante, pese a este criterio de gran amplitud, se ha

SIAS (169) propone dar una interpretación amplia a lo que dicho precepto dispone, de tal manera que abarque dentro de su ámbito todos los supuestos que encajen dentro de la denominación genérica testamento abierto. En consecuencia, sería posible otorgar testamento mancomunado no sólo cuando su otorgamiento tenga lugar

destacado la gran dificultad e incluso la imposibilidad que entraña el otorgamiento de un testamento mancomunado en forma ológrafa (prohibido en la Compilación navarra, en la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco y en la Ley de 24 de diciembre de 1981), puesto que de ser así habría que prescindir de la autografía total o de la nulidad de instrumento. Si se prescinde de la primera, el testamento sería nulo, y si de la segunda, no sería mancomunado. La cuestión se debatió desde que se publicó el Apéndice, ya que en el mismo nada se decía (en este punto *vid* LORENTE SANZ, *ob. cit.*, págs. 127 y sigs.) Con relación a este régimen legal la cuestión ha sido tratada en profundidad por las Sentencias de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 30 de noviembre de 1967 y la del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1969. La sentencia de la Audiencia negó la validez al testamento mancomunado, aunque admitió la validez del testamento del marido como testamento ológrafa. Téngase en cuenta, para el entendimiento de esta doctrina, que el caso resuelto se trataba de un testamento hecho por el marido de forma ológrafa, al que en la misma hoja de papel se escribe por la esposa: «es mi última voluntad dejar heredero de todos mis bienes a mi esposo y doy mi conformidad a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento que de su puño y letra ha escrito a mi presencia en este mismo pliego de papel». El Tribunal Supremo casó la sentencia, admitiendo la existencia de un testamento mancomunado ológrafa, estableciendo que sin desconocer la dificultad de cumplir en el mancomunado las formas del ológrafa, «lo cierto y positivo es que el artículo 17 del Apéndice de 1925 no limita en modo alguno la forma de su otorgamiento, y en consecuencia y dado el principio general y básico que sustenta todo el Derecho especial de Aragón de la primacía total de la voluntad de los otorgantes *stantum est chartae*, se debe de concluir con la posibilidad de otorgar testamento mancomunado de forma ológrafa en Aragón, máxime si se tiene en cuenta que la nueva Compilación en su artículo 94 dispone de modo terminante que el testamento mancomunado podrá revestir cualquier forma común especial o excepcional con tal que sea compatible con los requisitos establecidos para cada una de ellos por las disposiciones vigentes». Aun siendo discutibles los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo, entiende GARCÍA VICENTE, *ob. cit.*, pág. 14, que en tanto no se modifique la doctrina sentada por la sentencia antes citada hay que partir por el momento de la admisibilidad de esta forma de testar. En consecuencia, puede bastar con que, como en este caso, uno redacte de su puño y letra el testamento y el otro, con conocimiento del mismo y haciendo constar su voluntad de testar de forma mancomunada con su esposa, haga constar a continuación de su puño y letra una declaración de voluntad indubitada de que así sea. Este criterio es por lo demás el seguido por el artículo 2 267 del BGB. En contra de esta tesis entiende CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 1103, que los argumentos en contra de la posibilidad de testar mancomunadamente en forma ológrafa son muy poderosos, y acudir al principio de *stantum est chartae* como lo hace la sentencia antes citada para fundamentar tal posibilidad es, al menos, discutible. Es más, si como se ha dicho con gran precisión (LACRUZ BERDEJO, «Jurisprudencia comentada. Un dictamen y dos sentencias», en *RDIR* [1969], pág. 1961; también en sus notas al *Derecho de sucesiones* de BINDER, *cit.*, pág. 124) el testamento ológrafa que existe en Aragón es únicamente el del Código Civil, no cabe admitir esta posibilidad, ya que no debemos olvidar que el artículo 94 2 de la Compilación establece que ha de ser compatible con los requisitos establecidos para cada una de las formas por las

en las situaciones normales, esto es, cuando se trate de testamentos abiertos notariales ordinarios, sino también aquellos otros en los que tal normalidad no existe, ya por tratarse de otorgantes sordos o ciegos en los que la intervención notarial reviste ciertas especialidades (arts. 697 y 698 CC), ya por existir circunstancias extraordinarias en los mismos, como son la epidemia o el inminente peligro de muerte, en los que normalmente no interviene Notario, ya por tratarse de algunos de los supuestos de los denominados testamentos especiales (militar, marítimo y hecho en país extranjero). Además de corregir las limitaciones que impone en materia de forma el artículo 21.1 con el recurso a una interpretación extensiva, este autor critica abiertamente esta opción legislativa de la Ley que restringe la forma a la abierta. Crítica que comparto enteramente, ya que autorizada esta fórmula testamentaria para disponer del conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente, no se entienden la razón o razones a las que obedece esta restricción (170). A mi entender, admitida esta modalidad de disposición testamentaria, parece indefendible que se limiten las formas de su otorgamiento; antes bien, creo que el legislador debió ampliarlo a las demás formas de testar que se reconocen en los testamentos unipersonales, criterio que tiene precedentes en el Derecho alemán y dentro de nuestro ordenamiento jurídico (171).

disposiciones vigentes. Y precisamente en cuanto a la forma ológrafa el artículo 688 CC exige como requisito para su validez el que esté escrito todo él y firmado por el testador, y esto no es posible en el Derecho español, aunque sí lo sea en Alemania según los párrafos 2265 y 2267 del BGB. Asimismo, la Compilación de Navarra señala que, con excepción de la forma ológrafa, el testamento mancomunado puede revestir cualquier otra forma admitida en tanto se cumplan todos los requisitos establecidos para cada una de ellas. Por su parte, la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, al señalar en su artículo 49 que este testamento (el mancomunado) sólo podrá otorgarse ante Notario, admite tanto el testamento abierto cuanto el cerrado.

(169) *Ob. cit.*, págs. 1103 y sigs

(170) Tal vez, señala CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, págs. 1106-1107, «el legislador haya adoptado este criterio porque la forma abierta permite conocer tanto al Notario como a los testigos el contenido del testamento, pudiendo éstos, consecuentemente, orientar a los cónyuges en cuanto a la formulación de las últimas voluntades conservativas de la explotación familiar agraria». Sin embargo, estas razones tampoco convencen al autor, ya que tal asesoramiento también es aconsejable tratándose de testamentos unipersonales y, sin embargo, se permite testar en forma cerrada y en forma ológrafa sin garantía de asesoramiento alguno.

(171) Es más, insiste CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 1107, en las consecuencias favorables que esta ampliación hubiese reportado, toda vez que si el artículo 22.1 de la Ley de 24 de diciembre de 1981 hubiese permitido la forma cerrada y la ológrafa, habría sido modificado parcialmente, entre otros, el artículo 688 CC y en consecuencia desaparecerían para Aragón los obstáculos que este precepto representa para admitir la forma ológrafa en esta región.

- c) Restaría por analizar cómo resuelve la Ley que ahora nos ocupa el complejo problema de la revocación, fundamentalmente en relación con las disposiciones correspectivas. Sin embargo, esta cuestión ya ha sido objeto de atención en el epígrafe que versa sobre la revocación en materia testamentaria y la correspectividad propia de las disposiciones mancomunadas. Únicamente recordar lo que al respecto dispone el artículo 22: «El testamento mancomunado sólo podrá ser revocado o modificado en vida de ambos cónyuges y conjuntamente. Sin embargo, en caso de disolución en vida del matrimonio declarada judicialmente, o de separación efectiva de los cónyuges, será válida la revocación unilateral, que habrá de notificarse mediante documento fehaciente al otro cónyuge. La revocación y modificación del testamento habrá de hacerse con las mismas formalidades con que aquel se otorgó».

3. ARGUMENTO TELEOLÓGICO

Los nuevos elementos a valorar son los siguientes: la realidad social ha cambiado; el panorama legislativo en materia matrimonial es sustancialmente distinto; la constitucionalización de la igualdad del hombre y la mujer excluye cualquier teorización sobre posibles riesgos de captación de la voluntad de la mujer por el marido para fundamentar cualesquiera prohibiciones legales; la diversidad de sistemas jurídico-civiles plantea hoy la problemática de la Ley aplicables en matrimonios con vecindad civil distinta tras la derogación de la norma que imponía a la mujer casada la vecindad civil de su marido, es decir, que dada la naturaleza del testamento mancomunado, caracterizado por la intervención de más de un disponente, pueden concurrir leyes sucesorias diferentes, pudiendo una de ellas permitirlo y otra prohibirlo. Todos estos datos y su innegable incidencia sobre la prohibición de testar mancomunadamente demandan un nuevo enfoque interpretativo que superando el anacronismo del artículo 669 CC lo encajen en esa nueva realidad normativa. Si esto es así y si en definitiva el artículo 669 CC tiene otro marco legal, nada parece impedir que la acomodación de esta prohibición legal a los esquemas normativos actuales pase por admitir este tipo de testamento entre cónyuges.

Así las cosas, en efecto, ¿qué apoyatura legal le queda a la prohibición del testamento mancomunado en relación a los cónyuges? A mi juicio, prácticamente ninguna. Antes al contrario, creo que el testamento mancomunado entre cónyuges responde y realiza un principio esencial, en sede matrimonial, como es la unidad de la familia. Dicho esto, introduzco otro de los factores que a mi juicio aconsejan y justifican excluir a los cónyuges de la prohibición legal: el argumento teleológico.

Creo que la protección de la voluntad que se dice garantizar con la prohibición además de limitar las posibilidades de ésta, cercena una vía idónea, quizás incluso yo diría la más adecuada, para disponer y ordenar los bienes comunes y distribuirlos conforme a los intereses de la familia. En otras palabras, se puede decir que esta forma de testar permite a los cónyuges regular sus asuntos, para el caso de muerte, por medio de una disposición común, de acuerdo con la esencia del matrimonio.

No olvidemos en este sentido que uno de los resultados que ofrecían las encuestas antes analizadas era precisamente el dato de que las parejas acuden juntas a testar, una en favor de otra y ambos en favor de los hijos, planteamiento éste que refleja claramente la idea de unidad familiar que preside las relaciones entre ambos. De otro lado, estas mismas encuestas aportan el dato de que este procedimiento testamentario está absolutamente arraigado y ligado con la institución matrimonial. La razón parece evidente.

El régimen económico matrimonial por excelencia es el ganancial; ello significa que las más de las veces el patrimonio más importante, económicamente hablando, es el que los cónyuges ostentan en común, consecuencia de esa comunidad de bienes que origina el régimen legal. Es decir, ocurre con bastante frecuencia que la totalidad o casi totalidad de los bienes existentes en el matrimonio tienen carácter ganancial, por lo menos esto es lo más habitual en los territorios de Derecho común. Esta situación de cotitularidad, que ya plantea problemas irresolubles en vida de sus cotitulares, donde desenvuelve su mayor conflictividad es precisamente con ocasión de la muerte de uno de los cónyuges, ya que abierta la sucesión de éste se plantea la necesidad de liquidar y adjudicar un patrimonio relicto que es básicamente ganancial, creándose situaciones complejas y, sobre todo, antieconómicas. Dicho de otra manera, el régimen de gananciales representa un grave inconveniente a la hora de proceder a la partición del haber hereditario. Y ello sobre todo teniendo en cuenta que si bien con la muerte sobreviene una causa de disolución de la sociedad de gananciales (art. 1.382.1 CC), no le es dable al causante liquidar unilateralmente la sociedad ganancial (172), lo que en la práctica se traduce en un aplazamiento de dicha liquidación real y efectivamente al momento de la muerte del cónyuge supérstite. Es decir, ocurre con frecuencia que los interesados, cónyuge supérstite y herederos del cónyuge premuerto, no lleven a cabo la liquidación y que la fase de interinidad se prolonga durante un largo período de tiempo. Y ante esta situación nos encontramos con un patrimonio colectivo o comunidad de bienes cuya titularidad la ostentan el

(172) En tal sentido se orienta la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en Sentencias como las de 12 de diciembre de 1959, 17 de mayo de 1974 y 3 de marzo de 1980.

cónyuge supérstite y los herederos del premuerto (que se rige por reglas específicas) y que es fuente constante de problemas y conflictos entre los comuneros, entre los que se cifran el de su gestión y administración, el que plantea el régimen jurídico de las adjudicaciones llevadas a cabo durante el período que analizamos, todos los relativos a la disposición de los bienes, etc. (173).

Ante todo este contexto, ¿cuál es la virtualidad práctica del testamento mancomunado?, ¿cuál es la finalidad de este procedimiento testamentario que decimos está al servicio de los intereses matrimoniales? La respuesta nos la ofrece la *praxis*, de la cual es un magnífico ejemplo el resultado de esas encuestas a las que ya me he referido anteriormente: los cónyuges plantean testar los dos conjuntamente para con ello instituirse recíprocamente herederos y al mismo tiempo formado un cúmulo con todos sus bienes, tanto privativos como comunes, disponer de los mismos en favor de sus hijos (174). También lo es la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (175), la cual nos demuestra igualmente que en el recurso a este procedimiento testamentario encuentran los cónyuges una vía para resolver todos esos problemas, ya que con la institución recíproca de herederos se solventan esas situaciones de comunidad tan desventajosas.

(173) Para la sociedad de gananciales en general, y específicamente para la comunidad que sigue a la disolución de la misma, *vid* RAMS ALBESA. *La sociedad de gananciales*. Madrid, 1992, págs. 416 y sigs.

(174) Este contenido prototípico del testamento mancomunado, que resulta del análisis de esas encuestas —realizadas en época reciente— resulta igualmente de una serie de documentos históricos (de los ss. XII-XIII) que recoge ALONSO LAMBAN, *ob. cit.*, págs. 382-385, y de los que resulta que el contenido más ordinario al que históricamente se ajusta esta forma testamentaria es básicamente el siguiente. Legados comunes en beneficio de un tercero y cláusulas en favor de los otorgantes. Este tipo que considera el autor que es el más clásico responde en definitiva a la línea natural de favorecerse los testadores mutuamente. Además de este contenido no faltan también otras modalidades que aunque menos frecuente son igualmente usadas. Resumiendo, podemos reunirlos en los siguientes grupos: a) Legados comunes en beneficio de un tercero y cláusulas individuales en favor de uno de los otorgantes sin reciprocidad por parte del otro. Este contenido suele darse en aquellos testamentos en donde uno de los cónyuges dispone de forma individual pero con el consentimiento del otro, quien se limita a asentir. b) Simples disposiciones comunes en beneficio de tercero, sin ninguna que aproveche a cualquiera de los otorgantes. Es el caso más claro de mancomunidad simple sin intervención de otra nota o característica. c) Disposiciones recíprocas, sin que sea posible inducir la corresponsividad. Los testadores (de ordinario cónyuges) se conceden mutuamente el usufructo universal, disponiendo de modo conjunto de la nuda propiedad de los bienes en favor de los hijos del matrimonio y haciendo algún legado, por lo común de muebles, *pro anima*. De este tipo nos han llegado algunos casos paradigmáticos. Sirva de ejemplo un testamento mancomunado aragonés de 1118 publicado por LACARRA, *DNA*, pág. 344.

(175) Baste el ejemplo de la Sentencia de 29 de enero de 1960, fruto del conflicto que determinó un testamento en el que los cónyuges se instituyeron recíprocamente herederos, y de la Sentencia de 13 de febrero de 1984.

Pero ha sido también la propia doctrina civil (176) la que para salvar las dificultades particionales, sucesorias en general, que acarrea un régimen económico como el de gananciales ha propuesto fórmulas que, como la de la partición hecha conjunta o combinadamente por los dos cónyuges en cuanto a los bienes comunes, con tal que responda a sendos testamentos y se refleje en ellos simultáneamente, nos recuerdan mucho al testamento mancomunado, al menos por sus resultados prácticos. Es más, el propio LACRUZ BERDEJO (177) salva la posible validez de la «partición por el testador» de los bienes comunes mediante acto de los llamados *inter vivos* y conjunto de ambos cónyuges por entender que en tal caso no se da la mancomunidad prohibida por el artículo 669 CC, porque los cónyuges no testan en sentido estricto, y la prohibición ha de interpretarse restrictivamente.

Analicemos, pues, a continuación cuáles son los mecanismos de los que se sirven los Notarios autorizantes para satisfacer los deseos de los testadores plasmados en frases semejantes a esta: «queremos lo del uno para el otro y lo de los dos para los hijos».

Teniendo en cuenta que lo que los cónyuges pretenden con esa voluntad testamentaria tan claramente expresada sería un testamento único otorgado por ambos, con institución recíproca entre los cónyuges y una institución residual o de segundo grado en favor de los hijos o descendientes, el Notario debe comenzar explicando que tratándose de cónyuges sometidos al

(176) Para esta opinión *vid* DE LOS MOZOS, «La participación de herencia por el propio testador», en *RDN* (1970), núm. 68, págs. 100 y sigs., y DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, cit., págs. 586 y sigs. Propuesta que no comparten autores como DE LA CÁMARA ALVAREZ, «Comentarios al artículo 1.056 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, págs. 2478-2482, para quien la eficacia de las disposiciones testamentarias y de la partición conjunta de los bienes comunes, si bien es incuestionable si la misma se realiza después de morir marido y mujer sin haber revocado su testamento, no lo es tanto en el caso de que muerto uno de ellos se plantee entonces la necesidad de partir. Porque no es lo mismo que ambos cónyuges dispongan en testamentos paralelos de los bienes comunes conjuntamente, a que en tales testamentos hayan practicado —de común acuerdo— la liquidación de la sociedad de gananciales. La mejor solución, en opinión de este autor, es que «los cónyuges por acto entre vivos (que habría que diferenciar de la partición hecha en esta forma a que se refiere el art. 1.056 CC, aunque tampoco se ve inconveniente en que la liquidación de la sociedad de gananciales y las respectivas particiones se hagan en un mismo documento) liquiden los gananciales y hagan las adjudicaciones pertinentes al haber de uno y de otro, con efectos, desde luego, para la muerte de cualquiera de ellos.

(177) *Elementos de Derecho*, cit., pág. 171. Pero incluso, aun bajo el régimen anterior de prohibición de capitulaciones entre cónyuges, constante matrimonio y liquidación de la sociedad de gananciales, habría un sector de la doctrina favorable a la partición conjunta o combinada. Por todo, cabe citar a ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, t. II, Madrid, 1948, pág. 371, y DE DIEGO, *Derecho común español civil y foral*, t. II, Madrid, 1970, pág. 293.

régimen del Código Civil, éste no permite dejar toda la herencia al cónyuge sobreviviente habiendo hijos.

Y es a partir de aquí que los Notarios autorizantes elaboran sendos testamentos en los que se establece un usufructo universal para el viudo (178), la institución de herederos en favor de los hijos y la cautela o la referencia a la opción del artículo 820.3 CC.

Ahora bien, ante las dificultades que ese «usufructo universal» plantea, se han arbitrado en la práctica distintas soluciones:

a) La primera de ellas (primera también en cuanto a su utilización) fue la vía del artículo 820.3 para dar eficacia legal a las disposiciones ordenando el usufructo total a favor del viudo. El citado precepto dispone: «Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador». Entonces, legado el usufructo universal, total, los hijos pueden optar entre acatar la disposición o entregar al viudo legatario el tercio libre.

Ahora bien, un usufructo universal implica un gravamen sobre el tercio de legítima estricta, y el artículo 813 prohíbe al testador imponer gravámenes sobre el mismo. Si a pesar de ellos se establece, el interrogante que se plantea es si éste es uno de los supuestos de los que el artículo 6.3 CC exceptúa de dicha sanción por entender que su validez está prevista en el artículo 813 *in fine* al disponer que «el testador... tampoco podrá imponer sobre ella (la legítima estricta) gravamen..., salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo».

(178) Téngase en cuenta que este sistema no ha arraigado en algunas zonas del territorio español, como La Rioja. Así parece deducirse de la encuesta cuyo análisis aborda VALLET DE GOYTISOLO, *Sucesión testada*. .. cit., págs. 465-484, y de la cual se deduce que el camino escogido para satisfacer los deseos de quienes queriendo testar conjuntamente desean instituirse recíprocamente herederos ha sido el de dejar al cónyuge viudo, además de su cuota legal, el tercio íntegro de libre disposición en pleno dominio. Expresándose a veces que se lega el pleno dominio de todo cuanto permita la Ley vigente al fallecer el testador. Pocas veces se le deja en usufructo, y aun entonces, frecuentemente se le agrega la facultad de disponer en caso de necesidad, dejando al exclusivo juicio del usufructuario la apreciación de que exista tal necesidad. Algunos Notarios indican que excepcionalmente, en casos de muy reiterada insistencia del testador, hacen constar el deseo de que toda la herencia permanezca indivisa mientras viva el consorte del testador y que la disfrute íntegramente, o utilizan algunas de las variedades de la cláusula gualdense; la cual, si se atribuye el tercio libre en pleno dominio, sólo puede jugar sobre el de mejora. Incluso en casos excepcionales se ha hecho constar que, de respetar los hijos el deseo del testador, quedará entonces limitado al usufructo el legado que se hace en pleno dominio del tercio de libre disposición. Una auténtica cautela sociniana, pero invertida.

En opinión de MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE (179), la respuesta sería negativa, toda vez que los artículos 813 y 820 tienen como campo de aplicación supuestos distintos. «El artículo 813 —señala dicho autor— prohíbe al testador privar al heredero forzoso de su legítima o imponer gravámenes sobre ella; en cambio, el artículo 820 es, como los que le preceden, desarrollo de lo dispuesto en el 815, según el cual “las disposiciones que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán a petición de éstos en lo que tengan de inoficiosas o excesivas”. Lo que se prohíbe en el artículo 813 es la lesión directa, ya sea total (“privando de la legítima”) o parcial (“imponiendo gravámenes sobre ella”); mientras que los artículos 815 y 820 se refieren al caso de perjuicio indirecto a la legítima a través de una disposición que, sin ordenar privación o gravamen de la misma, no obstante “mengüe” su valor por resultar “excesiva”. La consecuencia es que cuando se produzca el supuesto del 815 (disposición excesiva) se aplicará el 820; pero cuanto se dé el del 813 (privación de la legítima o gravamen sobre ella) el precepto aplicable es el artículo 4 (hoy art. 6.3) con su sanción de nulidad de lo dispuesto *contra legem*».

b) Otro importante sector de Notarios parecen encontrar en el último inciso del artículo 813 el salvoconducto que abre la vía legal para el usufructo total a favor del viudo. Según la interpretación propiciada por SÁENZ DE SANTAMARÍA (180), el artículo citado, tras establecer una regla general, «tampoco podrá (el testador) imponer sobre ella (la legítima) gravamen, ni condición ni sustitución de ninguna especie», deja a salvo una excepción a esta regla, «salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo».

Sin embargo, esta interpretación no cuenta con los favores de muchos de estos profesionales, entre los que se cuenta MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE (181), para quien el supuesto exceptuado en el artículo 813 no puede referirse al usufructo viudal legitimario, toda vez que este usufructo no es ordenado por el testador, sino por la Ley, y por tanto no implica salvedad ni excepción alguna a la regla de que el testador no puede gravar la legítima aun reconocimiento la corrección y hasta cierto punto fundada inteligencia de esta interpretación, entiende este autor que es susceptible de varias objeciones (182) que la convierten en una fórmula de eficacia legal dudosa, recomendando así que se evite su uso frente a otras vías más seguras para lograr el fin perseguido.

(179) *Ob cit.*, págs. 393-403.

(180) Citado por MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, *ob. cit.*, págs. 400-402.

(181) *Ob cit.*, págs. 399 y sigs

(182) De entre estas objeciones está la que se desprende de la interpretación gramatical del precepto. Señala el referido autor que «el párrafo analizado no estaría integrado en realidad por una oración, sino por dos oraciones, aunque subordinadas la una a la otra, el sujeto de la primera oración, que lleva el verbo en futuro (podrá) es

c) De un tiempo a esta parte domina el sistema de las cautelas, cuya validez en nuestro Derecho ha sido defendida fundamentalmente por ROCA SASTRE (183) y FUENMAYOR (184), entre otros. Entiende este último autor que la *cautela sociniana* no es otra cosa que una cláusula testamentaria en virtud de la cual se grava o condiciona de algún modo la legítima, pero dejando al legitimario la facultad de optar entre recibir la legítima con tales limitaciones y, además, lo que a su favor establece el causante en una disposición complementaria, o contentarse con la cuota estricta, perdiendo los beneficios que el testador le atribuye bajo condición.

La *cautela sociniana*, en su forma clásica, por la cual se deja al viudo el usufructo legal y la nuda propiedad a los hijos por partes iguales siempre que respeten tal usufructo, determina, en definitiva, dos vocaciones hereditarias alternativas a favor del mismo legitimario. Por una de ellas se les respeta la legítima estricta, libre de todo gravamen y limitación. Por la otra se ofrece una parte de la herencia de mayor valor que la legítima, pero totalmente sujeta a una carga, que en nuestro caso sería el usufructo otorgado al cónyuge viudo (185).

VALLET DE GOYTISOLO (186) no encuentra muy acertado este sistema porque con él parece imponerse una sanción a los legitimarios que pretenden recibir la legítima libre de gravamen y no parece lícito sancionar lo que

indudablemente el testador; pero la segunda oración tiene su verbo en una forma impersonal (lo dispuesto), que lo mismo puede referirse al sujeto de la primera que a otro cualquiera: ¿lo dispuesto por quién? ¿Por el testador? ¿Por la Ley? Y esta segunda expresión verbal no está ya en futuro, sino que es un participio pasivo que, utilizado así, sin el complemento de un verbo auxiliar para formar el tiempo compuesto, indica la idea de algo ya consumado en el momento que se habla o se escribe (si yo digo «lo hecho», «lo dicho», me refiero a algo que hice o dije antes del momento en que hablo). Entonces, «lo dispuesto» en cuanto al usufructo del viudo, no sería «lo que dispongo» o «lo que haya dispuesto» el testador al hacer testamento, sino lo que ya en 1889, cuando se promulga el Código, está dispuesto. Finalmente, no se deja a salvo «un» usufructo cualquiera que el testador ordene a favor del viudo (total, o sobre un tercio, o sobre cosas determinadas, etc.), sino «al» usufructo del viudo. Luego este empleo del artículo determinado revela que el texto legal está pensado en un usufructo concreto y perfectamente identificable en cuanto a su alcance y contenido, cosa que sólo sucede con el usufructo legal. Esto desde el punto de vista gramatical: añadamos, desde el punto de vista sistemático, que el artículo 806 ha dicho que la legítima es la parte de la herencia «de que puede disponer el testador»; pero si deja en usufructo al viudo la de los hijos, entonces ya «dispone» de ella.

(183) *Estudios de Derecho privado*, t. II, Madrid, 1948, págs. 173 y sigs.

(184) *Ob. cit.*, págs. 65 y sigs.

(185) En la práctica este sistema de la cautela ha dado lugar a diversas variantes calificadas por VALLET DE GOYTISOLO, *Sucesión testada a favor del viudo en La Rioja...*, cit., pág. 480, de degeneradas ya que en su redacción en lugar de ofrecer una opción alternativa al heredero forzoso le conminan, en cláusula casi penal, a sufrir el castigo de ver reducidos sus derechos hereditarios a la legítima estricta o a obtener como premio el acrecimiento de las porciones que otros dejasen vacantes por el peso de la pena indicada.

(186) *Estudios de Derecho sucesorio*, vol. III, Madrid, 1981, págs. 418 y sigs.

la Ley ordena: por ello propone sustituir tales fórmulas por las cláusulas de opción, mediante las cuales se autoriza al legitimario para optar entre tolerar el gravamen y recibir cuantitativamente más de lo que por legítima le corresponde o adquirir la legítima libre de aquél, pero perder lo demás que voluntariamente le hubiere dejado el testador.

d) Finalmente analizaremos el mecanismo propuesto por MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE (187), que presenta como una fórmula de eficacia directa e inmediata, frente a los sistemas referidos que carecen de este carácter, toda vez que la eficacia de los mismos depende de los hijos legitimarios y no de lo ordenado por el testador, ya que aquellos tienen derecho a recibir su legítima libre de todo gravamen, y es así como la reciben: lo que pasa es que, una vez adquirida por ellos, pueden constituir un usufructo sobre la misma a favor del viudo o tolerar que éste disfrute de los bienes en concepto de usufructuario. Teniendo en cuenta estas consideraciones, el citado autor propone la siguiente fórmula particularmente de «testamento de uno para otro». Contiene las siguientes cláusulas: a) En la primera, el testador lega a su cónyuge el usufructo del tercio libre, aparte de su cuota legal, con relevación de inventario y fianza en atención a que esto es todo lo que, en pura legalidad, puede atribuir el testador a su cónyuge: el usufructo sobre la legítima lo dejan los legitimarios si quieren, no el testador, que no puede imponer gravámenes sobre ella; b) en la segunda el testador lega la nuda propiedad del tercio libre y mejora, también en nuda propiedad, en el de este nombre, a aquel o aquellos de sus hijos que permitan al cónyuge sobreviviente el disfrute vitalicio y gratuito de cuanto dichos hijos reciban del disponente por mejora, herencia o legado. De no haber ninguno en tales condiciones, pasará el tercio libre en pleno dominio al cónyuge viudo, sin perjuicio de su cuota legal. Esta forma de disponer, con el mismo efecto práctico que las clásicas cautelas, no impone gravamen sobre la legítima: únicamente implica una mejora y legado sujetos a condición potestativa de los mejorados-legatarios, que deberá ser cumplida por éstos una vez fallecido el testador y enterados éstos, y su validez no ofrece duda alguna, ya que se trata de una mejora y legados ordenados bajo la condición de que el legitimario, una vez adquirida su legítima libre de todo gravamen, consienta o constituya un usufructo sobre ella a favor del viudo, o de quien sea; c) en la tercera, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, instituye herederos a sus hijos por partes iguales.

Esto por lo que se refiere a las prácticas habituales en los territorios de Derecho común. Pero también me parece interesante, a los fines de este análisis teleológico, recoger aquí cuáles son los contenidos que esta

(187) *Ob. cit.*, págs. 401-403

modalidad testamentaria reviste en zonas donde no rige la prohibición, ya que su análisis comparativo nos demuestra la identidad funcional. Así, por ejemplo, en relación con Navarra recoge SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL (188) las principales disposiciones en los testamentos de hermandad: a) El recíproco con institución común. Esto es, los cootorgantes, generalmente los cónyuges, se instituyen recíprocamente herederos y a la vez instituyen a sus descendientes, si los tienen, y a cualquier persona que se crea con derecho a la herencia; b) el recíproco con institución común y formas distintas: b') los cónyuges se instituyen herederos recíprocamente y para el caso de conmorienencia instituyen heredero a un tercero (generalmente hijos, si los tienen, a partes iguales); b'') los cónyuges se instituyen herederos recíprocamente otorgando al sobreviviente la facultad de disponer libremente por acto *inter vivos* de los bienes del premuerto y estableciendo que a la muerte del sobreviviente los bienes que resten pasarán a un tercero; b''') los cónyuges se instituyen herederos recíprocamente, con plena disposición *inter vivos* y *mortis causa*, y para el caso de muerte del sobreviviente sin haber dispuesto *mortis causa*, designan un heredero o varios herederos para ambas herencias o herederos distintos para los bienes de sus herencias respectivas; c) con institución común. Esto es, los cootorgantes designan como heredero a un tercero; d) mixtas.

Por lo que se refiere a Aragón, ajustándonos a los datos proporcionados por la encuesta llevada a cabo por el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés (189), podemos decir que las disposiciones que usualmente integran el contenido del testamento mancomunado son las siguientes: En primer lugar, habiendo hijos comunes existe casi unanimidad sobre la concesión recíproca de la viudedad universal por los cónyuges, con institución de los hijos como herederos en nuda propiedad. En segundo lugar, habiendo hijos de uno solo de los testadores, sin perjuicio de la concesión del usufructo universal de uno al otro cónyuge, lo normal es que la institución de herederos recaiga sobre los hijos, sin diferenciación de bienes. En tercer lugar, habiendo hijos de cada uno de los testadores, pero de distinto matrimonio, lo más corriente es que cada testador instituya herederos a sus hijos, con reserva del usufructo universal a favor del otro cónyuge. En cuarto lugar, no habiendo descendencia es casi unánime que en este supuesto se instituyan recíprocamente herederos los testadores, bien con la facultad de disponer *inter vivos* o *mortis causa*, bien sólo en vida, con designación de uno o más sustitutos fideicomisarios o de residuo, por lo general a algún pariente por afecto personal. Es fórmula corriente la que cita

(188) *Ob. cit.*, pág. 125.

(189) Archivo del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, 1943

LORENTE SANZ (190): «ambos testadores se instituyen recíprocamente herederos universales en pleno dominio; al fallecimiento del sobreviviente, en cuanto a los bienes que conservase o no hubiere enajenado, se harán dos partes iguales, una para la herencia del testador y otra para la de la testadora; llamándose a estos sucesores bien por grado, bien por nombres». Y en quinto lugar, habiendo hijos comunes e hijos de uno solo de los cónyuges, lo normal es que se instituyan herederos a todos ellos y en idéntica cuantía, con la reserva del usufructo universal a favor del sobreviviente.

De la exposición realizada resulta evidente que el interés de este expediente testamentario está no tanto en el hecho de que los cónyuges deseen testar conjuntamente, por razones diríamos sentimentales, cuanto en el dato de que por esta vía el matrimonio efectúa la liquidación y partición del haber ganancial con eficacia *mortis causa*, ordenando al mismo tiempo la sucesión en sus bienes, superando así los inconvenientes que el régimen económico legal de bienes lleva aparejado, es decir, impidiendo que surja esa comunidad entre los herederos del premuerto y el cónyuge supérstite tan poco práctica y económica.

Este análisis de la institución que nos ocupa desde esta perspectiva teleológica (o finalista), pero que es al mismo tiempo práctica, nos revela que las ventajas que proporciona la ordenación simultánea y mancomunada de la sucesión *mortis causa* de ambos cónyuges son realmente importantes. En ocasiones, incluso, es prácticamente el único medio de dar adecuada solución a problemas prácticos que, dentro del marco del Código Civil, son realmente insolubles. En este sentido me parece sumamente interesante el reciente testimonio de GARCÍA GRANERO (191), quien cuenta entre tales ventajas la de permitir a ambos cónyuges practicar conjunta y anticipadamente la partición de la herencia respecto de todos sus bienes, los privativos de cada uno y los comunes. Asimismo la posibilidad de formar un solo patrimonio o cúmulo (integrado por los bienes comunes y los privativos de los esposos), con cargo al cual, como masa hereditaria única, podrán ser efectuados legados, atribuciones de bienes concretos y demás disposiciones que permitan una ordenación total y simultánea de las distintas situaciones personales y familiares (continuación de empresas agrícolas, ganaderas, mercantiles o industriales; estudios y carreras pendientes), mediante aplicación o destino de bienes determinados, sean cuales fueren su origen y pertenencia.

(190) *Ob. cit.*, págs. 132 y sigs.

(191) «Comentarios a la Ley 57 de la Compilación navarra», en vol. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), t. XXXVI. vol. 1.º. págs 219-220.

A las ventajas que esta forma de testar reporta a la institución matrimonial se refiere también BONET RAMÓN (192) al decir que con él se facilita a los cónyuges la posibilidad de disponer de todos los bienes del matrimonio, formando con todos ellos una sola masa y asignado los bienes comunes íntegramente a los herederos como tengan por conveniente los testadores, lo que no sería posible con testamentos individuales.

Y es esta misma consideración al interés familiar y finalidad del matrimonio la que, en mi opinión, explica que en aquellos ordenamientos jurídicos que prohíben el testamento mancomunado se excluya de la prohibición el otorgado por los cónyuges. Tal es el caso del testamento mancomunado regulado en la Ley de 24 de diciembre de 1981, cuyo artículo 22.1 dispone que los cónyuges podrán otorgar testamento abierto mancomunado a fin de ordenar la sucesión en la explotación familiar agraria en su integridad. Aunque de este tema ya nos hemos ocupado anteriormente (193), baste resaltar por ahora lo significativo de la regulación contenida en esta disposición. Nótese que del texto transcrito se desprende claramente que sólo ostentan la testamentifacción activa mancomunada los cónyuges y que la finalidad de este testamento ha de ser exclusivamente la de ordenar la sucesión de la explotación familiar agraria. Por lo tanto, la *ratio* del precepto no es tanto la conservación de una explotación agraria, porque si así fuera no debería existir ningún inconveniente para que puedan utilizar tal instrumento los que no siendo cónyuges son copropietarios de explotaciones agrarias, sean o no familiares, sino su conservación en aras del interés familiar, esto es, de la unidad familiar que los cónyuges constituyen (194).

En esta misma línea de limitar el otorgamiento de testamento mancomunado a personas unidas por vínculo matrimonial se encuentra la Compilación aragonesa, cuyo artículo 94.1 dispone que los cónyuges aragoneses pueden testar de mancomún aun fuera de Aragón (195). Limitación que

(192) *Ob. cit.* pág. 204

(193) Ver *infra*, págs. 91 y sigs.

(194) Aunque este es el eje sobre el que gira el resurgimiento en el Derecho común del testamento mancomunado, CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, págs. 1092 y sigs., propone la ampliación de esta fórmula testamentaria a todos aquellos supuestos en los que se considere conveniente, cuando no necesaria, la conservación en forma unida de determinados elementos cuya dispersión acarrearía una gran pérdida de valor económico, sean o no cónyuges los copartícipes de una explotación

(195) En este sentido ya disponía la Observancia 1.^a, *De testamentis*, que «*si marido y mujer otorgan testamento, ya hablando, ya disponiendo los dos a la vez, ya haciendo cada uno de por sí legados y demás disposiciones, el sobreviviente puede, en lo que toca a sus bienes, variar sus disposiciones, exceptuándose el caso de que sea uno de ellos quien disponga o teste y el otro no haga sino consentir en lo que aquél dispone, pues entonces no puede alterarlo*». También el Apéndice foral promulgado en 1925 limitaba a los cónyuges la posibilidad de otorgar testamento mancomunado, exigiendo

justifica MERINO HERNÁNDEZ (196) de forma coincidente con la ya expresada al decir «que esta forma de testar conjuntamente marido y mujer está reflejando claramente la idea de unidad familiar que preside las relaciones entre ambos».

A este mismo grupo pertenece la reciente Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco (197) al disponer su artículo 49 que «los cónyuges podrán disponer conjuntamente de sus bienes en un solo instrumento mediante el testamento mancomunado o de hermandad».

En cambio, la Compilación navarra, recogiendo una costumbre en este sentido, extendió la testamentifacción activa a todas las personas al admitir el testamento de hermandad otorgado por dos o más personas sin exigir ningún vínculo de parentesco entre los cootorgantes, pese a que originariamente sólo se admitía entre cónyuges (198). Ello no obstante, la doctrina

su artículo 18 para la eficacia de dicho testamento la subsistencia y normalidad del vínculo matrimonial. Señalaba el artículo 17 que «los cónyuges pueden testar en mancomun en un mismo acto u otorgamiento, ya lo verifiquen en provecho recíproco, ya en beneficio de terceros, ora expresen juntos las disposiciones, ora lleve uno solo la palabra y el otro se limite a aceptar y consentir las manifestaciones, ora cada testador ordene lo concerniente a sus respectivos bienes».

(196) *Ob. cit.* pág. 57.

(197) Recoge así lo que es una tradición histórica, ya que de la regulación del testamento mancomunado contenida en el Fuero de Vizcaya, en su Ley 1.ª, del título XXI parece deducirse, en opinión común de la doctrina, que el Fuero estableció esta forma de testamento solamente para que pudiera ser utilizada por los cónyuges y no por personas que no estén precisamente en esta especial relación de parentesco. (*Del testamento que Marido y Muger hacen juntos y en qué casos el que queda vivo lo puede revocar*, dice así: *Otrosí, Dixerón: Que havlan de Fuero, y establecían por Ley, que si el Marido en su fin, o enfermedad, o sanidad, y su Muger, hicieren Testamento, y mandas de un acuerdo y consejo: o el Testamento que hiciere el uno el otro lo loare, y aprobare por bueno, o ratificare en vida del Testador que muere; que el tal Testamento, o manda y institución, e instituciones, en el tal Testamento, contenidas, valgan, y sean valederas, y que si el uno de ellos falleciere desde el tiempo del tal Testamento, dentro de año, y día; el que de ellos quedare vivo, no lo pueda revocar, ni vender ni enagenar bienes algunos de los contenidos en el tal Testamento, o manda, ni disponer de ellos otra cosa alguna de lo contenido en el tal Testamento; ni por deudas que, después haga el tal que vivo queda, se vendan ni executen. Con que pueda disponer del usufructo de su meytad, sin daño de la propiedad, todo el tiempo que viviere a su voluntad: Pero si ambos llegaren a vivir desde Año, y día, cada uno de ellos lo puede revocar, y disponer otra cualquier última, y postrimera voluntad*). Sobre el particular vid ANGULO LAGUNA, *Derecho privado de Vizcaya*, Madrid, 1903, págs. 199 y sigs., y JADO Y VENTADES, *Derecho civil de Vizcaya. Comentarios a las leyes del Fuero de Vizcaya*, Bilbao, 1900, págs. 302 y sigs.

(198) La regla más antigua y fundamental del testamento mancomunado navarro que se halla contenida en el capítulo 4.º, título 4.º, libro II, del Fuero General recoge esta limitación al disponer: «*Et si marido et muger fazen destin en uno et enquera cerran desfazer el destin, maguera biviendo ambos, si les semetare que bien non sea fecho el destin, bien pueden enmendar o ameiorar otra vez, que a todo fidalgo vale el postrmero destin*». Idéntica limitación se desprende de la Ley 41 de las Cortes de

está de acuerdo en afirmar que el otorgamiento del testamento de hermandad fuera del matrimonio es prácticamente inexistente. Es más, para SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL (199) el testamento de hermandad es «una de las manifestaciones más interesantes y arraigadas del espíritu de unidad y armonía que reina en las familias navarras».

Fuera de España, el Código Civil alemán dispone de forma lapidaria en el artículo 2.265 que un testamento mancomunado sólo puede ser otorgado por cónyuges (200). Justifica la Exposición de Motivos esta limitación al decir que es muy conforme con el sentido jurídico alemán y muy propio del carácter del matrimonio el que exista completa inteligencia y conformidad entre los esposos, no sólo para todas las relaciones en vida, sino aun para las que hayan de tener después de muerto uno de ellos o ambos.

Junto a toda esta normativa, debemos valorar igualmente la praxis cotidiana que supone el hecho de que los que acuden a testar mancomunadamente, fuera incluso de los territorios forales donde se admite esta fórmula testamentaria, sean cónyuges.

En consecuencia, si tomamos el artículo 669 CC y lo interpretamos a la luz de la realidad actual, del nuevo marco legal que conforma su contexto normativo y a los fines y espíritu del matrimonio, difícilmente podamos encontrar hoy justificación a la prohibición de que los cónyuges testen mancomunadamente, como no sea en el rigorismo de un precepto legal absolutamente anacrónico. En este sentido, no debemos olvidar aquí que el entronque del testamento mancomunado con la institución matrimonial está en la base misma de su existencia, toda vez que los testamentos mancomunados se remontan a una costumbre del derecho de la última Edad Media en virtud de la cual se producía la recíproca adjudicación del patrimonio entre los cónyuges en caso de muerte.

Desde esta perspectiva los partidarios del testamento mancomunado lo presentan como la expresión de la armonía y confianza entre los cónyuges. Así, MERINO HERNÁNDEZ (201) ha dicho que «esta forma de testar conjun-

Navarra de 1766 que en relación con la revocabilidad del testamento determina que «cualquiera de los cónyuges...» Después fue extendiéndose la costumbre de que esta forma de testar fuese usada por otras personas, y así se consignó en el pedimento de Ley que formularon las Cortes de Navarra en el año 1766, el cual revela ya que en ese tiempo, por costumbre podían testar en mancomún personas no cónyuges ya que en ella piden los tres estados «que de aquí adelante el testamento de hermandad de marido y mujer, o de cualesquiera otras personas».

(199) Para esta opinión baste, por todo, SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL, *ob. cit.*, pág. 194.

(200) Del mismo modo, el ABGB austríaco y el ALR prusiano sólo admitieron el testamento mancomunado entre cónyuges. Cfr. al respecto KIPP, *ob. cit.*, pág. 350.

(201) *Ob. cit.*, pág. 57. Esta identificación entre testamento mancomunado e institución matrimonial ha llevado a TEIXEIRA GRACIANETA, *ob. cit.*, pág. 19, a designar a esta modalidad testamentaria «testamento de cónyuges».

tamente marido y mujer está reflejando claramente la idea de unidad familiar que preside las relaciones entre ambos. Y que ello es así se puede comprobar en la práctica. Aquellos matrimonios desunidos difícilmente se reunirán para testar conjuntamente. Lo normal será que lo hagan por separado o, simplemente, que no testen». Dicho de otra manera, la unidad y coincidencia de voluntades que caracteriza el testamento mancomunado enraiza con la propia institución que le sirve de soporte: el matrimonio, como expresión más caracterizada en la sociedad de todos los tiempos, de la unión estable de dos vidas humanas para la consecución de unos mismos objetivos y de la que nacen indefectiblemente una serie de intereses —personales, económicos, familiares y sociales— comunes (202).

Este mismo punto de vista parece compartirse por quienes, contrarios a esta forma de testar, excepcionan el supuesto del testamento mancomunado entre cónyuges (203).

En parecidos términos se expresa para el Derecho alemán KIPP (204), para quien el testamento mancomunado persigue, entre otros fines, el de permitir que los cónyuges regulen sus asuntos por medio de una disposición común de acuerdo con la esencia del matrimonio. Es más, de la propia Exposición de Motivos resulta que la admisión del testamento mancomunado en el Código Civil alemán se funda en que es muy conforme con el sentido jurídico alemán y muy propio del carácter del matrimonio el que exista completa inteligencia y conformidad entre los esposos, no sólo para todas las relaciones en vida, sino aun para las que han de tener lugar después de muerto uno de ellos o ambos.

Al decir de CASTIELLA RODRÍGUEZ (205), «esta profunda trabazón entre organización de la familia y derecho sucesorio se concreta, en lo que se refiere al testamento de hermandad entre cónyuges, en la consideración de que la verdadera esencia de éste radica en la entraña de la comunidad de vida de los testadores. Esa identidad de proyecto de vida es la que trae como consecuencia la existencia de herederos o legatarios comunes y, más aún, la total donación al otro que se traduce, antes que la disposición en favor de los herederos o legatarios comunes, en la institución recíproca entre los testadores. Ni que decir tiene que estas consideraciones valen fundamental y casi diría exclusivamente para los cónyuges. Pero es que

(202) Señala SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL, *ob. cit.*, pág. 187, en relación con el testamento de hermandad en Navarra que es una de las manifestaciones más interesantes del espíritu y armonía que reina en las familias navarras.

(203) Así JORDANO BAREA, «El testamento», *RDN* (julio-diciembre 1962), núms. XXXVII-XXXVIII, pág. 96, entiende que la prohibición del testamento mancomunado tiene poca justificación tratándose de cónyuges.

(204) *Ob. cit.*, pág. 351.

(205) *Ob. cit.*, pág. 44

estadísticamente representan más del 90 por 100 de los cotestadores mancomunados en Navarra, el 100 por 100 en Aragón por imperativo legal y, asimilados a ellos, ese altísimo porcentaje de testadores de Derecho común que, a falta del genuino testamento en mancomún, tienen que conformarse con los testamentos separados en números correlativos, esto es, con el sucedáneo de lo que ellos quisieran, que es trasladar a la disposición *mortis causa* la solidaridad recíproca de su vida matrimonial» (206).

Concluyendo, podemos afirmar que desde el punto de vista de su finalidad, el testamento mancomunado entre cónyuges es una institución que, dada su naturaleza y su virtualidad práctica, se revela como una figura más evolucionada y que se adapta mejor a las necesidades del matrimonio, de la familia en general, que el testamento unipersonal.

4. ORÍGENES DE LA FIGURA. TRADICIÓN HISTÓRICA

Sabido es que hasta aquí todos mis esfuerzos se han centrado en fundamentar —justificar— una interpretación ciertamente correctora y limitadora de una prohibición legal cuya inobservancia lleva aparejada la «pena máxima»: la sanción de nulidad. Para ello, han sido varios los recursos utilizados, desde el que resulta de acomodar ese precepto legal a la realidad social actual, hasta el que, como veremos, desde el ángulo jurisprudencial permite cuestionar la verdadera identidad de una institución cuyos perfiles resultan tan difíciles de precisar. A todo este panorama es necesario incorporar además la valoración que nos proporciona una perspectiva histórica, ya que desde este ángulo resulta corroborada una vez más la ligazón natural entre el testamento mancomunado y la institución matrimonial. Remontarnos aquí a los antecedentes u orígenes de esa forma de testar no es sino dar un paso adelante en ese camino que nos conduce a reducir el alcance de una prohibición y admitir un procedimiento testamentario acorde con la realidad social, el contexto normativo, su finalidad práctica y en definitiva con su origen más inmediato.

Desde el punto de vista del Derecho histórico español (207) —que es en definitiva el que aquí nos interesa—, hay un destacado sector de la doctrina (208) que explica el nacimiento de esta forma de testar como una

(206) Esta misma idea la expresa IBAÑEZ CEREZO, *ob. cit.*, págs. 256-261, al declarar «que la esencia del testamento mancomunado es la mutualidad, es decir, el hecho de que los testadores tengan uno o varios herederos o legatarios comunes».

(207) Esta referencia al Derecho histórico, aunque hay que entenderla referida fundamentalmente al Derecho aragonés y al Derecho navarro, no obstante, en buena medida, refleja también la práctica consuetudinaria habitual en territorios donde hoy rige el Código Civil.

(208) ASÍ MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios a los artículos...*, cit., págs. 48-49; ALONSO LAMBÁN, *ob. cit.*, págs. 354-360, y TEIXEIRA GRACIANETA, *ob. cit.*, págs. 187 y sigs.

consecuencia de la extensión al Derecho hereditario de la costumbre de concurrir juntos, fundamentalmente los cónyuges, a donaciones *mortis causa*. Dicho de otra manera, el hecho de testar los cónyuges mancomunadamente deriva del gradual desarrollo de la disposición *mortis causa* en la época de la Reconquista, que, muy limitada en un principio y reducida a las donaciones *post obitum* (209), sólo poco a poco se van convirtiendo en los siglos XI y XII en verdaderos testamentos. En efecto, para LACRUZ BERDEJO (210), de esta costumbre de otorgar conjuntamente las donaciones queda la de concurrir ambos cónyuges a los testamentos.

Lo dicho no significa, sin embargo, que el testamento surja de la donación *mortis causa* en sus diversas variedades de *post obitum*, *reservato usufructo*, *si voluero*, etc.; aquél tiene una realidad cronológica muy anterior. Lo que acontece, sin embargo, es que estas modalidades vienen a llenar y a paliar durante largo tiempo su ausencia, lo cual se explica si tenemos en cuenta que tales negocios producen efectos económicos análogos a los del testamento y en buena parte lo sustituyen en la práctica. En este sentido explica SAMPER POLO (211) que las *donatio post obitum* y donaciones *reservato usufructo* son disposiciones *mortis causa* que actúan en forma de pactos sucesorios, en una época en que, en Derecho vulgar, propiedad, posesión y usufructo tienen unos límites nada claros (212). Así

(209) Para el estudio de esta institución *vid.* RUBIO, «Donationes post obitum y donationes reservato usufructo en la Alta Media de León y Castilla», en *AHDE* (1932), págs. 4-22, quien nos enseña cómo en la Edad Media surgió una institución paralela a la *donatio mortis causa* romana, pero forjada en el yunque germánico. Estas donaciones para después de la muerte, así como las donaciones con reserva de usufructo, explica este autor, tuvieron una importancia extraordinaria para la organización social y económica medieval. Aunque consciente de las dificultades de definir qué sea la donación *post obitum*, DE ARVIZU Y GALARRAGA, *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media*, Pamplona, 1977, pág. 164, se refiere a la misma como una disposición de bienes a título generalmente gratuito, cuyos efectos se difieren a la muerte del donatario, siendo segura la supervivencia del donatario y con carácter de irrevocabilidad. Por lo que se refiere a las donaciones *reservato usufructu*, dice este autor que se presentan como un negocio jurídico condicionado en el que la cosa o cosas objeto de la donación pasan de la propiedad y posesión del donante a la propiedad y posesión del donatario.

(210) «El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón», en *ADA* (1946), pág. 106

(211) «La disposición *mortis causa* en el Derecho Romano vulgar», en *AHDE*, t. XXXVIII (1968), págs. 131 y sigs. En general, sobre este tema *vid.* DE ARVIZU Y GALARRAGA, *ob. cit.*, y MEREA, «Sobra a revocabilidade das doações por morte. Notas complementarias. II: Doações post obitum e doações reservato usufructu», en *Estudos de Direito Medieval*, I (1952), págs. 195 y sigs.

(212) Sobre la identificación que se produce entre el testamento y las donaciones revocables nos habla SAMPER POLO, «La disposición *mortis causa* en el Derecho Romano vulgar», en *AHDE*, t. XXXVIII (1968), págs. 87 y sigs., para quien el acercamiento gradual que ya en la época clásica se había producido entre ambas instituciones condujo

tenemos que, si bien nada puede hacer confundir la naturaleza jurídica de estas instituciones, es evidente que en la nueva construcción del testamento que resurge tras una mayor o menor laguna medieval había de notarse la influencia de lo que antes fue su sucedáneo. El testamento mancomunado puede ser el paradigma de lo dicho.

Lo cierto es que las donaciones puras *inter vivos* y conjuntas de cónyuges en la Alta Edad Media son frecuentísimas (213), mucho más que aquellas en donde sólo uno de los esposos dispone por separado. Fenómeno éste de concurrencia que, en opinión de ALONSO LAMBÁN (214), provenía fundamentalmente del hecho de disponer sobre bienes en copropiedad, derivada de diversos casos de indivisión. Junto a las donaciones *post obitum* aparecen también la *reservato usufructo*. Es más, en ocasiones la divergencia de fórmulas empleadas hace difícil calificar el negocio dentro

a su confusión, ya con toda claridad en el Código de Eurico. Por otra parte, señala dicho autor que esta asimilación entre el testamento y las donaciones *mortis causa* resulta de la imposibilidad de mantener, en la economía de los medios jurídicos, formas complejas si se pueden obtener los mismos resultados con medios más sencillos. Desde el mismo momento en que una donación revocable cumpliera iguales fines que un testamento, el medio más formal, el que había significado un mayor esfuerzo de creación, estaba destinado a desaparecer. En el mismo sentido MARÍN PADILLA, *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992, págs. 65 y sigs.

(213) De su frecuencia e incidencia en este período histórico nos da buena cuenta ALONSO LAMBÁN, *ob. cit.*, págs. 358 y sigs., que recoge un importante número de documentos en los que aparece tanto donaciones *post obitum como reservato usufructo*. Estos documentos muestran casos sencillos de donaciones de cónyuges para después de la muerte, en donde a la fórmula de disposición conjunta se une con evidencia la determinación de ser *post nostros dies* el momento en el cual el negocio quedará perfecto y el donatario por cumplimiento de la condición consolidará lo hasta entonces sólo expectativa. Otras veces se trata de donaciones *post obitum* en donde además de las características anteriores se observan otras especialidades, como señalar por término la vida de los hijos, sin duda, para salvar sus prerrogativas. Pero más frecuentes y diversificadas en cuanto a su forma son las donaciones conjuntas de cónyuges *reservato usufructo*, en las que los donantes actúan de presente; no se trata de una promesa de entregar, sino de un negocio actual con efectos inmediatos traslativos del dominio. Junto a esta transmisión actual del derecho de propiedad los donantes se reservan el usufructo por medio de una cláusula que reviste distintas fórmulas. Señalando, por lo general, que a seguida, que muertos ambos donantes o bien uno de ellos, el donatario consolidará su derecho de manera plena cuando la donación es otorgada de modo directo al beneficiario definitivo. Tratándose de donaciones conjuntas de esposos, en algún documento se manifiesta que el supérstite tendrá viudedad en los bienes donados, no consolidándose, por tanto, el derecho expectante del donatario hasta después de muertos ambos cónyuges. En el mismo sentido DE ARVIZU Y GALARRAGA, *ob. cit.*, págs. 298 y sigs., recoge una serie de documentos que contienen abundantísimos ejemplos de disposiciones *mortis causa* efectuadas mancomunadamente por los cónyuges. Por su parte, MARTÍNEZ GILÓN, «El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca», *AHDE* (1959), págs. 45-152, explica la existencia de estos documentos en los Fueros de la familia de Cuenca como una consecuencia del régimen de unidad de bienes.

(214) *Ob. cit.*, pág. 357.

de un tipo puro. En cualquier caso, la situación del donante cuando se reservó el usufructo no tenía una realidad muy distinta de la del donante *post obitum* (215).

Excede en mucho del objetivo de este trabajo llevar a cabo un estudio pormenorizado exhaustivo de la evolución histórica de la institución que nos ocupa. Por ello baste con lo dicho para observar cómo la propia génesis de la figura avala la tesis, ya defendida con otros argumentos, de que debe considerarse excluida de la prohibición, a pesar de los términos tan rotundos contenidos en el texto del artículo 669, el testamento mancomunado entre cónyuges, pues además de todos los fundamentos que para ello pueden encontrarse en el Código Civil, este breve apunte histórico no viene sino a corroborar que su reconocimiento viene a identificar esta institución con su esencia última y más primaria.

5. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A todas las consideraciones hasta aquí realizadas se une además un elemento de cuya valoración no podemos prescindir, como es la propia doctrina de nuestro Tribunal Supremo, cuya aportación en este tema está, en mi opinión, en la línea que venimos refiriendo, esto es, la de suavizar la interpretación de una prohibición formulada en términos tan tajantes de modo que queden excluidos de la misma hipótesis que caen dentro de su estricta literalidad. De no ser así no cabría explicar sentencias tales como la de 13 de febrero de 1984, en las que aun partiendo el Juzgador de una concepción que favorece la ampliación de los supuestos comprendidos en la prohibición al decir que «el testamento mancomunado prohibido por el artículo 669 del Código Civil es aquel que contiene en un solo acto o instrumento las declaraciones de última voluntad de dos personas, y caracterizado, por tanto, por su unidad instrumental, no por su contenido», sin embargo, y en aras de orillar la prohibición, salva la validez de un testamento que en aplicación de la concepción antes dicha tendría tacha de invalidez. Por otra parte, a mi entender, en el supuesto de esta sentencia, esta tesis que hace descansar la mancomunidad del testamento en su unidad instrumental nos conduce a un resultado distinto del ampliamente expresado en su concepción de la figura; concretamente se convierte en un expediente con el que se consigue atenuar el rigor de esta prohibición el de marginar de la prohibición el otorgamiento que se haga de sendas declaraciones de voluntad *mortis causa* siempre que entre las mismas medie un espacio temporal. Es más, creo que la citada

(215) Esta identidad de efectos económicos de la *donatio reservato usufructo* y la *donatio post obitum* es compartida por VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre donaciones.*, cit., pág. 47.

sentencia no es sino el reflejo del favor con el que en la actualidad cuenta esta fórmula testamentaria dentro de nuestro Tribunal Supremo.

Paso, pues, a estudiar esta importante sentencia, pero no sin antes confrontarla con aquella otra de 29 de enero de 1960, ya que además de la coincidencia entre los supuestos de hecho de ambas hay un dato muy revelador que, a mi juicio, pone de relieve la superación de una tendencia jurisprudencial contraria a esta forma de testar en favor de una doctrina en la que, partiendo de una interpretación más suave, menos rigurosa, si se quiere, de los términos de la prohibición se ha llegado a excluir de la misma supuestos difícilmente excluibles en su literalidad. En los supuestos de ambas sentencias nos encontramos con una declaración testamentaria que si bien está realizada por un solo cónyuge, expresa y recoge la voluntad de su consorte, ya sea por estar suscrito por éste el documento al haber estampado su huella dactilar (STS de 29 de enero de 1960), ya sea porque las disposiciones, aunque realizadas de puño y letra y firmadas por el testador, se expresan en plural y aparecen aceptadas por su cónyuge (STS de 13 de febrero de 1984).

La Sentencia de 29 de enero de 1960 (216), se ocupó del siguiente caso. Un testador redactó de su puño y letra una disposición testamentaria común a los bienes suyos y a los de su esposa, firmándola él y estampando ella su huella dactilar por no saber firmar. La sentencia de la Audiencia había estimado que el documento privado era válido como testamento ológrafo del marido y que sólo debía descartarse como nulo cuanto en el mismo se refería a la situación de la esposa. El recurso de casación prosperó y a través de sus considerandos declaró la sentencia del Alto Tribunal que no se trataba de un supuesto de conversión del negocio jurídico, sino que lo que se trataba era de un testamento mancomunado en el que las respectivas declaraciones de voluntad se ligan de tal suerte que lo querido por uno de los otorgantes se halla supeditado a lo ordenado y querido por otro (217).

(216) Ver *Repertorio jurisprudencia civil*, t LXXXV, págs. 266 y sigs.

(217) El Tribunal Supremo afirmó en el segundo Considerando de la sentencia que se trataba de un testamento mancomunado «en su modalidad de mutuo con unidad de acto y documento, en el que las respectivas declaraciones se ligan de tal suerte que lo querido y dispuesto por uno de los otorgantes se halla supeditado a lo ordenado y querido por el otro, constituyendo esta concordancia en el propósito la entraña del negocio jurídico, que no permite disociar la intención de las partes, ni conceder virtualidad a una sola de ellas, por ser causa de cada una la de la recíproca.. (llamando especialmente la atención sobre el error de la sentencia recurrida) al estimar que no puede atribuírsele carácter de documento mancomunado, no obstante la conjunción y propósito de testar de ambos cónyuges porque (decía dicha sentencia recurrida) la Ley prohíbe los de esta naturaleza, cuando precisamente esta prohibición es la que prevé la posibilidad de su existencia, que al producirse, dicha terminante e insoslayable prohibición determina su nulidad radical, así como la imposibilidad de que una disposición de esta índole pueda convertirse fragmentariamente y por sólo valorarse defectos formales, haciendo caso omiso de las esenciales, en negocio jurídico válido y eficaz...»

De forma análoga, en el supuesto resuelto por la Sentencia de 13 de febrero de 1984 aparece únicamente una voluntad testamentaria declarada, la del testador, si bien éste, haciéndose eco de la voluntad de su consorte manifiesta la conformidad de su cónyuge, el cual estampa su firma en el documento. Téngase en cuenta además que en este supuesto, como igualmente en el anteriormente referido, los cónyuges deciden formar un cúmulo con los bienes de ambos y proceder así a la división de los mismos. Sin embargo, en este caso, y pese a la identidad existente con el referido anteriormente, el Tribunal Supremo niega su calificación de mancomunado basándose únicamente en el dato, ciertamente irrelevante, de que la conformidad y aceptación del cónyuge del testador se realizó en un acto o diligencia independiente, aunque a continuación del testamento, siendo ello así que, según declaración de este Tribunal, la unilateral declaración de voluntad del testador no por ello puede perder su carácter de unilateral e individual. Pero aun considerando la relevancia de esta disonancia cronológica o falta de coincidencia temporal para excluir la mancomunidad, resulta por lo menos sorprendente que, por un lado, se prohíba tajantemente (art. 669 CC) el testamento en el que concurren dos declaraciones de voluntad *mortis causa* emitidas en el mismo acto, y por otro, se admita sin ningún género de dudas la validez de dos testamentos separados (por espacios temporales insignificantes) en los que los respectivos otorgantes se instituyen recíprocamente herederos o adoptan disposiciones a favor del otro con dicho carácter. Tal antagonismo, defendido a ultranza por los detractores del testamento mancomunado (218), es cuanto menos insostenible e injustificable, sobre todo si tenemos en cuenta que la disposición legal que prohíbe tal modalidad testamentaria no se limita a prohibir —como en principio parece que hubiese bastado— que dos o más personas testen mancomunadamente, sino que va más allá y añade la locución «ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero». Locución que tiene, a mi juicio, el significado de especificar el contenido típico de este procedimiento testamentario, porque de otro modo no se entiende que se haga tal especificación, ya que estando vedada la posibilidad de testar dos o más en un mismo documento, resultan prohibidas todas sus variantes.

De lo dicho resulta, pues, que lo absurdo de la prohibición formulada en los términos antes dichos se revela más patente desde el momento en que, como ya indicábamos, no se cuestione la validez de dos testamentos separados de contenido idéntico y se sanciona con la nulidad el instrumento que contegan las voluntades testamentarias de dos personas, aunque una y otra tengan diverso contenido. Lo absurdo de esta dicotomía, pero al mismo

(218) Cfr., entre otros, a PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. 2.º, Barcelona, 1977, pág. 170.

tiempo la admisión injustificada de la misma por la práctica totalidad de la doctrina (219), nos debería llevar necesariamente a concluir que el alcance de la prohibición es meramente formal, esto es, el legislador de 1889, al prohibir el testamento mancomunado, estaba exclusivamente vedando la posibilidad de que en un mismo instrumento se regulara la sucesión de varias personas. Afirmación ésta de todo punto insostenible, ya que el propio tenor literal del precepto, haciéndose por lo demás eco de las razones profundas de la prohibición, nos revela que el legislador no se quedó en el plano meramente formal, sino que se cuestionó el contenido socialmente tipificado de este procedimiento testamentario. Es decir, habida cuenta de las razones esgrimidas para fundamentar la prohibición, parece obvio que el testamento mancomunado no se caracteriza fundamentalmente por contener la manifestación de la última voluntad de dos personas distintas en un solo documento, erigiéndose así esta circunstancia en un mero accidente de forma, sino que va más allá. De no ser así caería por su propio peso el tan denostado y repetido inconveniente de la revocabilidad y la consiguiente deslealtad a la buena fe de la reciprocidad. Recordemos una vez más que uno de los principales precursores (220) de la prohibición expresaba así los argumentos para fundamentar la prohibición: «Lo mejor es prohibir una forma de testamento incompatible con la buena fe (si es que se tolera la revocación de un testador, desconociéndolo o habiendo muerto el otro, que testó él como testó porque lo hizo como lo hizo el luego revocante) o con la naturaleza de los testamentos (si es que no se permite la revocación), y que, por otra parte, daba lugar a sugerencias y violencias».

Pero es que además, en el supuesto de esta sentencia (STS de 13 de febrero de 1984) no es que dos personas testen separadamente en actos distintos, sino que unas disposiciones testamentarias comunes a ambos testadores son realizadas por uno solo de ellos, con la única salvedad de que la firma de dicho documento no se practica al unísono por ambos cónyuges sino en momentos diversos. ¿Permite ello excluir la unicidad de instrumento, presupuesto de la mancomunidad? A mi juicio no, y no sólo en este caso por las particulares circunstancias concurrentes, sino porque del análisis hasta aquí realizado de los antecedentes de la prohibición no creo que la unicidad de instrumento o unión física sea el argumento decisivo en pro de la mancomunidad, a que atendió nuestro legislador de 1889. Es más, COCA PAYERAS (221), comentando la sentencia que nos ocupa, aunque aplaude la

(219) Por todos, ALBALADEJO, *ob cit.*, pág. 104, y PUIG BRUTAU, *ob cit.*, págs. 171-172.

(220) GARCÍA GOYENA, *ob. cit.*, pág. 301. En parecidos términos GUTIÉRREZ, *ob cit.*, pág. 172.

(221) *Ob cit.*, págs. 1355-1364.

solución del Tribunal, difiere en la argumentación fundamentadora de la misma, toda vez que para él es la falta de varias declaraciones de voluntad lo que excluye la mancomunidad en el caso de esta litis más que la falta de unicidad instrumental.

En cualquier caso, entiendo que de cuanto antecede se desprende lo artificioso de esta argumentación jurisprudencial, que en el fondo sólo se justifica en una interpretación atenuadora y restrictiva de una prohibición bastante alejada de la realidad y sobre todo ajena a una finalidad digna de tutela jurídica.

Por lo demás, la valoración que puede extraerse del análisis de estas sentencias no es otra que el de que esta forma testamentaria, además de ser el mejor vehículo para resolver los problemas y atender a las necesidades del matrimonio, cuenta en la actualidad con el favor de nuestra jurisprudencia. Buena muestra de ello es el hecho de que, en definitiva, se arbitran expedientes para excluir de la calificación de mancomunado un testamento que de no contar con estos favores difícilmente pudiera tildarse de otra manera, ya que lo evidente es que en el supuesto de la Sentencia de 13 de febrero de 1984 el testador emite una declaración testamentaria mediante la cual dispone de los bienes tanto privativos como comunes del matrimonio, por lo tanto con disposiciones referentes a los patrimonios de los otorgantes, que es asumida y suscrita por su consorte. Es decir, estamos en este caso ante un testamento con el contenido y la finalidad típica de un testamento mancomunado, en el que no obstante la firma del otro cootorgante se practica en un momento temporal distinto, aunque en el mismo instrumento.

Lo artificioso y forzado de la explicación esgrimida por este Tribunal, en aras de salvar de la sanción de nulidad al referido testamento, contrasta con la opinión de un sector de la doctrina (222), para quien el presupuesto de la pluralidad de declaraciones de voluntad que debe darse para que el testamento caiga dentro de la prohibición legal concurre desde el momento en que, aunque emitida una sola declaración de voluntad, ésta aparezca asumida o suscrita por varios. Pero es que además este mismo planteamiento es el que utiliza el Juzgador para tachar de mancomunado el testamento objeto del litigio en la Sentencia de 29 de enero de 1960, ya que como veíamos en el mismo sólo concurría la voluntad tetamentaria del testador, si bien las disposiciones testamentarias estaban suscritas por su consorte.

(222) Al respecto cfr. ALBALADEJO, *ob cit*, pág 104, para quien el testamento mancomunado puede ser concebido en alguna manera como una sola declaración testamentaria asumida o suscrita por varios.

IV. A MODO DE CONCLUSION

En las páginas introductorias de este trabajo me había propuesto básicamente un estudio del testamento mancomunado con el objeto de ofrecer una perspectiva de esta modalidad de disposición *mortis causa* ajustada a su sentido y significación actual. Para ello habría de partir necesariamente de la prohibición contenida en el artículo 669 del CC y más específicamente del conocimiento de las razones, tanto legales como doctrinales, justificativas de la misma; sólo así era posible explicar la opción legislativa por la que se decantó nuestro legislador de 1889. Y en ese estadio de la investigación ya pudimos despejar algunas de las incógnitas que rodean a esta figura. Una, muy importante es la que explica cómo una modalidad testamentaria de tanta raigambre en nuestro Derecho histórico, o si se quiere, mejor, en la cultura de los pueblos de nuestra geografía, pudo recibir el trato legislativo de prohibición rotunda, sancionada con la pena civil de nulidad. La explicación no es otra, en mi opinión, que la decisiva influencia que el proceso codificador francés ejerció, creando un ambiente absolutamente desfavorable contra esta forma de testar. En este sentido son muy significativas las palabras de GUTIÉRREZ (223), el cual desconociendo toda una tradición histórica y la acomodación de esta institución a los intereses familiares, declaró la pertinencia de la prohibición de un testamento «sin origen conocido en la historia y sin motivo razonable en la ciencia». Hasta tal punto se dejaron notar las influencias galas, que los autores contemporáneos a la Codificación española, y directores inspiradores de la actual regulación, se limitaron a trasladar a España los argumentos que en su momento se esgrimieron en el país vecino para sancionar la prohibición. Recordemos que las razones que se explicitaron para fundamentarla fueron —siguiendo el parecer mayoritario de la doctrina (francesa)— que el testamento mancomunado daba lugar a sugerencias y violencias, en la medida que favorecía la captación de la voluntad de un cónyuge (generalmente la mujer) por el otro. Además al ser el testamento mancomunado obra de dos o más voluntades tomaría el carácter de contractual, con lo que dejaría de ser revocable.

Argumentos, por lo demás, que en mi opinión, además de carecer de base suficiente para erradicar una costumbre que ha contado siempre con el favor de las gentes, en su caso hubieran podido servir mejor para justificar la prohibición de otro tipo de modalidades testamentarias, que aun contando con los favores de nuestro legislador, responden mejor a los perjuicios que se imputan al testamento mancomunado; me estoy refiriendo al testamento ológrafo. Lo que parece evidente pues es que con la prohibición de testar

(223) *Ob. cit.*, pág. 164

mancomunadamente aconteció lo mismo que con otras instituciones jurídicas incorporadas al CC, cuya justificación última sólo se explica como la consecuencia de la asunción acrítica por el legislador español de planteamientos foráneos difícilmente transportables a nuestro ordenamiento jurídico. La incuestionable tradición jurídica similar de estos dos ordenamientos no justificaba, en este caso, la identidad de soluciones jurídicas.

Evidenciada la debilidad de los argumentos fundamentadores de la prohibición, el paso siguiente que debíamos dar es la reinterpretación del precepto prohibitivo. Para ello hay que atender fundamentalmente al elemento de la realidad social, el contexto normativo, la finalidad de la institución y los orígenes de la figura.

Atemperar o acomodar la interpretación del precepto que nos ocupa a la realidad social actual nos lleva a introducir un elemento limitador del alcance de la prohibición, si no queremos que los cauces de la hermenéutica discurran a espaldas de la realidad. En efecto, si consideramos el tantas veces denunciado arraigo social de la institución, para cuya constancia nos servimos, no de la apreciación subjetiva, sino de los datos objetivos que nos ofrecen los profesionales que en nuestro país autorizan la mayoría de las disposiciones de última voluntad, y lo ponemos en contacto con el criterio de interpretación sociológica, el resultado no es otro que una suavización del alcance de la prohibición en el sentido de excluir de su ámbito el testamento mancomunado entre cónyuges. Además, este factor sociológico, como criterio exegético, es si se quiere aún más relevante en este tema, ya que nos demuestra que esta prohibición nada tiene que ver con las distintas coordenadas que integran aquél elemento (ideológicas, morales y económicas). En efecto, la prohibición de testar mancomunadamente es una prohibición alejada y contraria a los fines de la institución matrimonial, es una prohibición limitadora de la libertad civil o principio de la autonomía privada, piedra medular del ordenamiento jurídico civil y es en definitiva una prohibición que veda una de las manifestaciones de la libertad de testar cuya virtualidad funcional es precisamente el ofrecer un mejor cauce a los intereses económicos y sucesorios, en general, de la unidad familiar.

Desde otro punto de vista no debemos olvidar que, al carácter de institución conocida y vivida que tiene el testamento mancomunado en la praxis diaria, se une la circunstancia, ciertamente relevante, de la nueva posición que la mujer ha pasado a ocupar en la sociedad. Y digo esto porque el carácter captatorio de la voluntad, que se predicaba de este procedimiento testamentario se alimentaba mucho de una cultura en la que la mujer esta sometida a una serie de restricciones en su libertad civil, presentadas muchas veces como mecanismos tuitivos de su «incapacidad». La realidad sociológica actual es bien distinta, por lo que si ya antes carecía de sostén la presentación de esta institución como una fórmula particularizada de

evitación de riesgos en la formación libre y espontánea de la voluntad, hoy este es un argumento si cabe aún más insostenible.

Hablaba de nueva realidad social, pero es que a este nuevo panorama hay que sumar el trascendental cambio normativo que se ha operado en una materia cuya incidencia en la figura que nos ocupa es ciertamente relevante. El resultado, entre otros, de estas reformas legales es la desaparición del CC de toda una serie de prohibiciones de contratación entre cónyuges cuya sustentación respondía a similares razones que las que justifican la prohibición de testar mancomunadamente (las sugerencias o posibles captaciones de la voluntad de un cónyuge por el otro). Considerando este cambio sustancial del contexto normativo que rodeaba el precepto legal prohibitivo lo que nos queda, en mi opinión, es una prohibición descontextualizada, aislada. Frente a la norma de libertad que instaura el artículo 1.323 del CC, ¿cómo justificar hoy una prohibición decimonónica, alejada de la realidad social y sin aparente justificación en el actual contexto normativo?

Más aún si cabe, si tenemos en cuenta que frente a las pretensiones de generalidad y de exclusión total de la institución a que aspiraba el artículo 733 del CC nos encontramos con un mapa jurídico donde la forma de testar mancomunadamente está expresamente admitida en la Compilación aragonesa y en la navarra y más recientemente en la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, recogiendo una ancestral costumbre, y regulación en este sentido.

Pero estos cambios normativos han sido muchos. Otro fundamental, por lo que tiene que ver con esta figura, ha sido la reciente incorporación a nuestro ordenamiento jurídico civil del testamento mancomunado en relación con las explotaciones agrarias familiares y los jóvenes agricultores (Ley de 24 de diciembre de 1981). No deja de ser significativo que, frente a una prohibición tan rotunda, cuya literalidad nos lleva de la mano al campo de las de orden público, se haya admitido una forma de testar tan contestada en otras épocas históricas.

En el conjunto de todo este nuevo contexto normativo, ¿qué alcance tiene hoy la prohibición? Para mí no es otro que aquel que resulta de despojar a esta figura de todos sus prejuicios y presentarla en su verdadero sentido y esencia última. Lo cual es tanto como admitir esta forma de disposición *mortis causa*, como un medio más evolucionado que el testamento unipersonal, del que se pueden valer los cónyuges para satisfacer sus más íntimas aspiraciones, ya que la verdadera esencia de esta modalidad testamentaria no está en que varias personas puedan testar conjuntamente sino en el contenido que esta forma exterioriza.

ELVIRA AFONSO RODRÍGUEZ
Doctora en Derecho
Profesora Asociada de Derecho Civil
Universidad de La Laguna

BIBLIOGRAFIA

- AIZPÚN TUERO: «El pacto sucesorio en Derecho civil navarro», en *ADA* (1945).
- ALBALADEJO: «Comentarios al artículo 669 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), t. IX, vol. 1-A, Madrid, 1990.
- ALONSO LAMBÁN: «Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón», en *RDN* (julio-diciembre 1955).
- ANGULO LAGUNA: *Derecho privado de Vizcaya*, Madrid, 1903.
- ARBUES AISA: *El testamento mancomunado*, en *Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1994.
- AZPEITIA ESTEBAN: *El proyecto de Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón. Comentarios y problemas*, Madrid, 1924.
- BARRACHINA y PASTOR: *Derecho foral español*, t. III, Castellón, 1912.
- BINDER: *Derecho de sucesiones*, ed. esp., trad. de LACRUZ BERDEJO, Barcelona, 1953.
- BIONDI: *Trattato di Diritto Romano. Successione testamentaria. Donazione*, Milano, 1943.
- BLANQUER UBEROS: «El estatuto formal (art. 11 CC)», en *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*, t. I, vol. 2.º, Jaén, 1977.
- BONEL y SÁNCHEZ: *Código Civil*, t. III, Barcelona, 1890.
- BONET RAMÓN: *Compendio de Derecho civil*, t. IV, Madrid, 1960.
- BROCA: *Instituciones de Derecho catalán*, Barcelona, 1886.
- BUIGUES OLIVER: «Notas para un estudio histórico-crítico de los contratos entre cónyuges», en *RGD*, núm. 555 (1990).
- CABANILLAS SÁNCHEZ: «La contratación entre cónyuges», en *ADC* (1985).
- CALVO CARAVACA: «La sucesión hereditaria en el Derecho Internacional Privado», en *RGD*, núm. 502-503 (1986).
- CARRILLO SÁLCEDO: «La Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias. Nota sobre el proyecto de Convenio adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, novena sesión, 1960, en *REDI* (1961).
- CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, t. VI, vol. 1.º, Madrid, 1992.
- CASTIELLA RODRÍGUEZ: «El testamento mancomunado, institución exportable al Código Civil», en *Rev. Jur. de Navarra* (enero-junio 1993), núm. 15.
- CERVERA GARCÍA: «La sucesión hereditaria en el Derecho Internacional Privado español», en *RGD* (1986), núm. 502-503.
- CICU: *Testamento*, 2.ª ed., Milán, 1969.
- COCA PAYERAS: «Comentario a la STS de 13 de febrero de 1984», en *CCJC* (enero-marzo 1984), núm. 4.
- COELLO GALLARDO: *Sucesiones, comentarios a los artículos del Código Civil con la jurisprudencia aplicable y formularios prácticos*, Madrid, 1952.
- COLIN y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, 2.ª ed. trad. francesa por DE BUEN, t. VIII, Madrid, 1957.
- CORBELLA: *Manual de Derecho catalán*, Reus, 1906.
- CRISTÓBAL MONTES: «Ideas generales sobre la sucesión contractual aragonesa», en *RDP*, t. LXII (1978).

- CUADRADO IGLESIAS: «El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981», en *RDP* (diciembre 1983).
- CHOLIZ JUNCO y LACRUZ MANTECÓN: «Revocación, modificación e ineficacia del testamento mancomunado», en *Estudios de Derecho sucesorio*, Zaragoza, 1986.
- DE ANGEL YÁGUEZ: «Comentarios al artículo 1.458 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984.
- DE ARVIZU Y GALARRAGA: *La disposición «mortis causa» en el Derecho español en la Alta Edad Media*, Pamplona, 1977.
- DE BUEN: *Derecho civil común y foral*, t. II, Madrid, 1970.
- DE LA CÁMARA ALVAREZ: «Comentario al artículo 1.056 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991.
- DE LOS MOZOS: «Comentario al artículo 1.323 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), t. XVIII-1, Jaén, 1978.
- «La partición de herencia por el propio testador», en *RDN* (1970), núm. 68, págs. 100 y sigs.
- DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoléon*, t. XXI, París, 1868.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 5.ª ed., Madrid, 1990.
- DÍEZ-PICAZO: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, Madrid, 1984.
- DOMAT: *Lois civiles*, lib. III, tit. 1.º, sec. V.
- ESPÍN CÁNOVAS: «Comentario al artículo 669 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- FALCÓN: *Exposición doctrinal del Derecho civil español y foral*, t. II, Salamanca, 1878.
- FUENMAYOR: «Intangibilidad de la legítima», en *ADC*, I (enero-marzo 1948).
- GARCÍA ATANCE: *Revocación del testamento mancomunado*, Segunda Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1943.
- GARCÍA CANTERO: «Comentarios al artículo 85 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), t. II, Jaén, 1992.
- GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974.
- GARCÍA GRANERO: «Comentario a la Ley 57 de la Compilación navarra», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), t. XXXVI, vol. 1.º.
- GARCÍA VICENTE: «El testamento mancomunado», en *Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1994.
- GONZÁLEZ CAMPOS: *Derecho Internacional Privado*, 5.ª ed., revisada, Madrid, 1993.
- GRENIER: *Des donations, des testaments*, 4.ª ed., t. II, París, 1846.
- GUTIÉRREZ: *Códigos o estudios fundamentales del Derecho civil español*, t. III, Madrid, 1863.
- HERRERO GARCÍA: *Contratos onerosos entre cónyuges*, Salamanca, 1976.

- IBÁÑEZ CEREZO: «El testamento mancomunado», Segunda Semana de Derecho Civil Aragonés, Jaca, 1943.
- YSABAL Y BADA: «Cuestiones de Derecho foral aragonés», en *RDP* (1994), págs. 273 y sigs.
- *Exposición o comentario del cuerpo legal denominado «Fueros y Observancias del Reino de Aragón»*, Zaragoza, 1926.
- JADO Y VENTADES: *Derecho civil de Vizcaya. Comentarios a las leyes del Fuero de Vizcaya*, Bilbao, 1900.
- JORDANO BAREA: «El testamento», en *RDN*, núms. XXXVII-XXXVIII (julio-diciembre 1962).
- JOSSEAND: *Derecho civil*, ed. esp., t. III, vol. III, Buenos Aires, 1951.
- KIPP: *Derecho de sucesiones*, I, t. V, trad. 11, revisión alemana adaptada por ROCA SASTRE, Barcelona, 1976.
- GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, II, 14 ed., Madrid, 1886.
- LACARRA MENDILUCE: *Derecho civil navarro*, t. II, Pamplona, 1932.
- LACRUZ BERDEJO y otros: *Elementos de Derecho civil*, t. V, 5.ª ed., Barcelona, 1993.
- y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de familia*, I. *El matrimonio y su economía*, t. IV, vol. 1.º, Barcelona, 1963.
- «Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge y viudedad universal», en *ADA* (1963-1964), t. XII, págs. 349 y sigs.
- «Jurisprudencia comentada. Un dictamen y dos sentencias», en *RDIR* (1969), págs. 1623 y sigs.
- «El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón», en *ADA* (1946), págs. 106 y sigs.
- LAGARDE: «La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», en *Revue Critique de Droit International Prive* (1988), núm. 2.
- LASALA LLANAS: *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Madrid, 1933.
- LAURENT: *Principes de Droit civil français*, tomos I y XII, 4.ª ed., París, 1887.
- LEWARD: *Questions du Droit International des successions*, Recueil des Cours de L'Academie de Droit International, t. IV (1925).
- LÓPEZ R. GÓMEZ: *Derecho de sucesiones*, 3.ª ed., Madrid, 1916.
- LORENTE SANZ: «El testamento mancomunado», en Primera Semana de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1942.
- M. DE ANGULO: «Comentario al artículo 9.8 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil El nuevo título preliminar del Código Civil y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Madrid, 1977.
- MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, t. V, 7.ª ed., Madrid, 1972.
- MARÍN LÓPEZ: *Derecho Internacional Privado*. Parte especial, II, 6.ª ed., Granada, 1990.
- MARÍN PADILLA, *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE: «Comentario a la STS de 8 de mayo de 1986», en *CCJC* (abril-agosto 1986), núm. 11, págs. 3622 y sigs.
- MARTÍNEZ GUÓN: «El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del fuero de Cuenca», en *AHDE* (1959), págs. 45 y sigs.

- MARTÍNEZ GIRALT: *Notas a POLACCO, Sucesiones*, ed. esp., t. I. La Habana, 1931.
- MAZEAUD: *Lecciones de Derecho civil*, parte IV, vol. 2.º, Buenos Aires, 1965.
- MENÉNDEZ VALDÉS-GOLPE: «Más noticias sobre usos notariales», en *RDN* (abril-junio 1969), núm. LXIV.
- MEREA: «Sobra a revogabilidade das doações por morte. Notas complementaris. II: Doações post obitum e doações reservato usufrutu», en *Estudios de Direito Hispanico Medieval*, I (1952), págs. 195 y sigs.
- MERINO HERNÁNDEZ: «Revocación *post mortem* del testamento mancomunado aragonés y de hermandad navarro», en *RCDI*, I (1974).
- «Comentarios a los artículos 89-118 de la Compilación aragonesa». en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), t. XXXIV, vol. 1.º, Madrid, 1987.
- MIAJA DE LA MUELA: *Derecho Internacional Privado*, II, Madrid, 1987.
- MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*. Comentado, concordado y revisado por MORENO MOCHOLI, t. XII, 2.ª ed., Madrid, 1950.
- NAGORE YARNOZ: «Del testamento mancomunado y su especialidad en el Derecho privado foral de Navarra», en *ADA* (1968-1971), págs. 237 y sigs.
- ORTIZ DE LA TORRE: «Comentarios al artículo 733 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), t. IX, vol. 2.º, Madrid, 1983.
- PALA MEDIANO: «El testamento mancomunado aragonés», en *ADA* (1946).
- PELLA Y FORGAS: *Código Civil de Cataluña*, t. III, Barcelona, 1918.
- PÉREZ VERA: «Un caso reciente de Derecho Internacional Privado: la sucesión de un argentino en España. Nota sobre la STS de 27 de mayo de 1968», en *REDI*, vol. XII (1969).
- *Derecho Internacional Privado*, 4.ª ed., Madrid, 1992.
- PINTOS: «De la revocabilidad del testamento mancomunado», en *RCDI*, I (1974).
- PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. 2.º, Barcelona, 1977.
- PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho civil español*, t. IV, vol. 2.º, Madrid, 1966.
- RAMS ALBESA: *La sociedad de gananciales*, Madrid, 1992.
- ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, t. II, Madrid, 1948.
- ROYO MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones*, Sevilla, 1951.
- RUBIO: «Donaciones post obitum y donaciones reservato usufructo en la Alta Edad Media de León y Castilla», en *AHDE* (1932).
- SAMPER POLO: «La disposición *mortis causa* en el Derecho romano vulgar», en *AHDE*, t. XXXVIII (1968).
- SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, t. VI, vol. 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1910.
- SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL: «El testamento navarro de hermandad: su arraigo en las costumbres y su régimen en el Fuero», en *ADA* (1945).
- SANTOS DE OTTO: *Derecho foral*, Barcelona, 1945.
- SIMÓ SANTONJA y LÖBER BURCKHARD: «Herencias de extranjeros en España. Un estudio de Derecho Internacional Privado orientado fundamentalmente a los problemas que plantea la sucesión de alemanes en España», en *RDN* (enero-marzo 1977), núm. XCV.

SIMÓ SANTONJA: *Derecho sucesorio comparado*. Madrid, 1968.

— «Normas de Derecho civil internacional privado sobre donaciones y sucesiones», en *Estudios sobre el título preliminar del Código Civil*, t. I, vol. 2.º, Jaén, 1977.

TEIXEIRA GRACIANETA: «El testamento mancomunado aragonés», en *ADA* (1963-1964)

TRAVIESAS: «El testamento», en *RDP*, t. XXII (1955).

VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, t. V, Parte especial, 4.ª ed., Valladolid, 1939.

Delimitación del ámbito del poder
de representación de los
administradores de la sociedad
anónima. Eficacia jurídica
de las Directivas comunitarias.
Comentario a la Resolución
de la DGRN de 3 de octubre
de 1994

SUMARIO I. INTRODUCCION.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—
III. APLICABILIDAD DIRECTA Y EFICACIA JURIDICA DE LAS DIREC-
TIVAS CEE: A) EFICACIA DE LA DIRECTIVA CEE EN EL ORDENAMIENTO INTERNO:
1. *El efecto directo de la Directiva CEE.* 2. *La interpretación conforme a la
luz de la letra y la finalidad de la Directiva* 3. *El principio de autonomía
institucional* 4. *Responsabilidad del Estado miembro por incumplimiento en
la ejecución de las Directivas* —B) LA INVOCABILIDAD DE LA DIRECTIVA COMUNI-
TARIA ANTE EL REGISTRO.—IV. ALCANCE DEL ARTICULO 129 DE LA LEY
DE SOCIEDADES ANONIMAS: A) CONSIDERACIONES PRELIMINARES. B) EL «PO-
DER DE REPRESENTACIÓN» DE LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.
C) ADMINISTRACIÓN SOCIAL Y ACTUACIÓN EXTERNA DE LA SOCIEDAD: 1. *Aproximación
al problema de la distribución competencial entre los órganos sociales*
2. *Competencias en materia de representación de los administradores*
2.1. *Actos comprendidos en el objeto social.* 2.2. *Actos ajenos al objeto social.*
2.3. *Actos contrarios al objeto social.*—3. *El control notarial o registral de los
actos realizados por los administradores*

I. INTRODUCCION

En un intento de resumir brevemente los hechos objeto de la resolución, podemos decir que el supuesto planteado es el de una sociedad que tras haber contratado un préstamo hipotecario a través de sus administradores ve cómo le es suspendida la inscripción en base a la falta de acreditación de las facultades representativas del órgano. Argumenta el Registrador que tal falta constituye un defecto subsanable y que en tanto en cuanto no se repare el mismo la escritura no tendrá acceso al Registro. Acreditadas posteriormente las facultades, el documento es inscrito, si bien el Notario interpone recurso gubernativo contra la nota denegatoria a efectos doctrinales invocando que el Registrador, al calificar, no se ajustó a lo dispuesto en el artículo 9 de la Primera Directiva de la Comunidad Europea, fechada el 9 de marzo de 1968.

El Registrador, en defensa de su nota, estima que no es invocable el precepto comunitario puesto que, dada la naturaleza jurídica, no goza de aplicabilidad directa y que, a mayores, ya ha sido objeto de desarrollo por el legislador español en el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, reforzando su postura al argumentar que el precepto nacional recoge un ámbito de poder de representación de los administradores de una sociedad anónima circunscrito al objeto social, con lo que todos los actos que se extralimiten no sólo serán presupuesto de la responsabilidad de los administradores derivada del artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, sino que serán ineficaces en un ejercicio de coordinación entre las reglas generales de la representación y el contenido del ya citado artículo 129. Afirmar, sin embargo, que el legislador introduce en este precepto una excepción a la ineficacia de tales actos concretada en la buena fe del tercero, considerando, no obstante, que su apreciación corresponde al Juez y que, como consecuencia de ello, los Notarios y Registradores, si bien no pueden anticiparse a la posible declaración judicial, lo que deben es, cautelarmente, eliminar cualquier sombra de duda sobre la validez de los actos inscritos, arguyendo que la admisión al Registro de actos carentes de firmeza atenta contra la misma naturaleza de la calificación, según se desprende del artículo 19 de la Ley Hipotecaria.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirma la calificación registral y exhorta a los Notarios a que, para evitar futuras complicaciones y litigios, adviertan la actuación de los representantes sociales fuera del objeto social.

El Notario recurrente apela el auto presidencial y censurándole al Tribunal su desviación respecto de las alegaciones formuladas afirma que lo que ciertamente interesa es determinar las facultades representativas de los administradores, recogidas en la vigente Ley de Sociedades Anónimas, con

independencia de que la normativa a aplicar sea la directiva, en virtud de su efecto directo, o la norma nacional, interpretada de conformidad con la comunitaria.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos el artículo 9 de la Primera Directiva de la Comunidad Económica Europa, de 9 de marzo de 1968; 129 de la Ley de Sociedades Anónimas; Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1984 y 24 de noviembre de 1989, y Resoluciones de este Centro Directivo de 1 de julio de 1976, 2 de octubre de 1981, 31 de marzo de 1986, 12 de mayo de 1989 y 11 de noviembre de 1991.

1. En el presente recurso se debate exclusivamente sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, otorgada en representación de la sociedad prestataria e hipotecante por el administrador único con cargo vigente e inscrito en el Registro Mercantil, lo cual queda debidamente acreditado en el título calificado.

El Registrador suspende la inscripción por no acreditarse las facultades del representante de la entidad prestataria para tomar dinero a préstamo.

2. Si se tiene en cuenta: *a*) que por determinación legal el ámbito de representación del administrador de una sociedad anónima se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social (*vid.* art. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas); *b*) que como ya declarara esta Dirección General (*vid.* Resolución de 11 de noviembre de 1991) es muy difícil apreciar *a priori* si un determinado acto queda incluido o no en ese ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad (toda vez que la conexión entre aquél y el objeto social tiene en algún aspecto matices subjetivos —sólo conocidos por el administrador—, participa en muchas ocasiones del factor riesgo implícito en los negocios mercantiles y suele precisar del conveniente sigilo para no hacer ineficaces, por públicas, determinadas decisiones empresariales que pretenden por medios indirectos resultados negociables propios del objeto social), hasta el punto que ni siquiera puede hacerse recaer en el tercero la carga de interpretar la conexión entre el acto que va a realizar y el objeto social redactado unilateralmente por la otra parte contratante; *c*) que es doctrina consagrada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las Resoluciones de este Centro Directivo (*vid.* Sentencias de 14 de mayo de 1984 y 24 de noviembre de 1989, y Resoluciones de 1 de julio de 1976, 2 de octubre de 1981, 31 de marzo de 1986 y 12 de mayo de 1989) la de inclusión en el ámbito del poder de representación de los administradores, no sólo los actos de desarrollo o ejecución del objeto social, sea en forma directa o indirecta,

y los complementos o auxiliares para ello, sino también los neutros o polivalentes y los aparentemente no conectados con el objeto social, quedando excluidos únicamente no los actos ajenos al objeto mismo, sino los claramente contrarios a él, esto es, los contradictorios o denegatorios del mismo; d) que en el acto ahora cuestionado —tomar dinero a préstamo con garantía hipotecaria— no concurre ninguna circunstancia que permita apreciar su inequívoca contradicción con el objeto social, sino que, por el contrario, se trata de una de esas actuaciones que la doctrina ha dado en calificar de neutras o polivalentes; deberá concluirse en la procedencia de la inscripción cuestionada, todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador la responsabilidad procedente si su actuación estuviese desconectada del objeto social o, incluso, la anulación si concurriesen los requisitos necesarios (art. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto revocando el auto apelado.

Se comprueba tras una lectura de los hechos y los fundamentos de Derecho cómo la solución a la que llega la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) responde a la línea doctrinal seguida por este órgano directivo en sus últimos pronunciamientos respecto de la interpretación que debe hacerse del artículo 129 LSA. Sin embargo, la resolución que a continuación me propongo comentar resulta especialmente interesante ya que el supuesto no se agota en las cuestiones tradicionalmente conflictivas que el precepto de la Ley de Anónimas plantean, sino que en él confluyen también cuestiones de Derecho comunitario como consecuencia de la invocación por parte del Notario recurrente de la eficacia jurídica de la Directiva comunitaria inspiradora. Por ello, para un correcto análisis de los distintos problemas resulta útil dividir el estudio en dos partes, tratando en primer lugar la incidencia de la Directiva comunitaria en los distintos ordenamientos nacionales, así como la posible invocación de las mismas ante el Registro como presupuesto para el posterior análisis del alcance que el artículo 129 LSA tiene en nuestro Derecho.

III. APLICABILIDAD DIRECTA Y EFICACIA JURIDICA DE LAS DIRECTIVAS CEE

La primera de las cuestiones suscitada al hilo de la resolución que resulta de obligado tratamiento es, sin duda, la de dar una respuesta adecuada a los problemas que la incidencia de la Directiva comunitaria plantea en los distintos ordenamientos nacionales. El tema, si bien ya largamente

estudiado por la doctrina (1), sigue constituyendo una brecha abierta en el Derecho comunitario debido no sólo a la falta de previsión legislativa en la materia, sino también y fundamentalmente a la ambigüedad con que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo se ha ocupado de él en algunos de sus pronunciamientos. La cuestión ha sido puesta de relieve en la resolución comentada a través de la invocación de la normativa comunitaria que el Notario recurrente hace. Ante ésta, el Registrador alega al redactar su escrito de calificación la no invocabilidad de tal disposición debido a que este tipo de normas carecen de la aplicabilidad directa concedida a otras disposiciones. No cabe dudar de la certeza de tal afirmación, pero, sin embargo, el tema resulta mucho más interesante, fruto de las dificultades que la negación de la aplicabilidad directa de las Directivas ha propiciado. Además, el tratamiento de todas las cuestiones relativas a los efectos que las Directivas despliegan en los ordenamientos nacionales pone de relieve una segunda cuestión a analizar: la posibilidad de invocabilidad de una Directiva ante un Registrador.

A) EFICACIA DE LAS DIRECTIVAS CEE EN EL ORDENAMIENTO INTERNO

Partiendo del significado de la aplicabilidad directa como aquella característica inherente a una serie de disposiciones comunitarias en virtud de la cual dichas normas se convierten en generadoras de derechos y obligaciones para todos los sujetos actuantes en el tráfico jurídico comunitario, resulta claro que las Directivas quedan excluidas de tal consideración al configurarse como simples mandatos dúctiles dirigidos a los Estados miembros en búsqueda de objetivos de armonización determinados (2). Sin embargo, y como consecuencia de las dificultades que tal negación conlleva, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) ha ido creando toda una doctrina en torno a la eficacia jurídica de las Directivas, en un intento de eludir el concepto «aplicabilidad directa», a partir de la articulación de los principios comunitarios y encargándose de poner de

(1) *Vid.*, entre otros, MILLÁN MORO, L., «La eficacia de las Directivas: evolución reciente», *RIE*, 1991, págs. 845 y sigs.; GARCÍA CRUCES, J. A., «Consideraciones en torno a la jurisprudencia del TJCE en materia de sociedades», *RDM*, 1991, págs. 731 y sigs.; MANGAS MARTÍN, A., «Relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interno», en AA.VV., *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial* (dir.: RODRÍGUEZ IGLESIAS Y LIÑÁN NOGUERAS), Civitas, Madrid, 1993, págs. 66 y sigs.

(2) Para un completo análisis de aplicabilidad directa de las fuentes del Derecho comunitario y del papel que dentro de ellas ocupan las Directivas, *vid.*, entre otros, SANTAOLALLA GADEA, F., «La aplicabilidad del Derecho comunitario en España», en AA.VV. *Tratado de Derecho Comunitario Europeo* (dirs.: GARCÍA DE ENTERRÍA y otros), Civitas, Madrid, 1986, págs. 385 y sigs.

relieve la dilución práctica que en el ámbito comunitario se ha producido entre las normas que pudiésemos llamar de aplicabilidad directa o «self executing» y las que no gozan de tal carácter.

Como ha sido puesto claramente de manifiesto de forma reiterada por el Tribunal, el punto de partida en lo relativo a los efectos que las Directivas despliegan en los distintos derechos nacionales lo constituye el carácter obligatorio del que este tipo de disposiciones gozan (3). La razón de tal obligatoriedad hunde sus raíces en la salvaguarda de los principios fundamentales en el Derecho comunitario (4). Permitir que un Estado pueda escapar al cumplimiento de las obligaciones asumidas no sólo implica un atentado grave contra los principios comunitarios, sino que también conlleva consecuencias muy negativas para los particulares.

La dotación del carácter obligatorio a estas disposiciones comunitarias resultaba, sin embargo, insuficiente. El hecho de que se convirtiese a la Directiva en auténtico motor del Derecho comunitario al propiciarse la utilización de este tipo de normas como instrumento de regulación de los más diversos sectores en el Mercado Común, unido a la lentitud e incluso en ciertos casos de reticencias por parte de los Estados miembros (5) a recibir normas en sus ordenamientos internos provenientes de Europa, provocó que en múltiples ocasiones quedasen sin tutelar los intereses de muchos ciudadanos europeos por el incumplimiento de sus respectivos Estados (6). La solución, en cualquier caso, ha venido de la mano del TJCE, que consciente de las discriminaciones a que la inadaptación del derecho interno

(3) Como ha puesto de relieve la profesora MANGAS MARTÍN, el artículo 189.3 del TCEE impone a los Estados miembros respecto de las Directivas una obligación en cuanto al resultado que deban alcanzar, cuya exoneración resultaría incompatible con el carácter imperativo de la norma. *Vid.* MANGAS MARTÍN, A., «Relaciones ..», en *El Derecho comunitario ..*, cit., pág. 68.

(4) Estos principios de aplicación uniforme, de no discriminación o el de cooperación son los recogidos por los artículos 5 y 6 del Tratado de la CE. Respecto a la importancia del principio de cooperación, basta recordar algún pronunciamiento del TJCE en la que el órgano jurisdiccional afirma: «La solidarité, qui est à la base de ces obligations comme de l'ensemble du système communautaire conformément à l'engagement stipulé par l'article 5 du traité». *Vid.* STJCE de 16 de diciembre de 1976, *Rewe v. Zentralfinanz* as. 33/76, Rec. 1989, pág. 1989; 10 de diciembre de 1969, *Commission v. France*, as. 11/69, Rec. 1969, pág. 523.

(5) Tras una lectura de los repertorios jurisprudenciales se observa que la mayoría de los pronunciamientos anuales del TJCE se refieren a inobservancias por parte de los Estados miembros respecto de la obligación de trasposición de las Directivas que sobre ellos pesan.

(6) Para un detallado estudio de las anomalías que tal inaplicación conlleva *vid.* MANIN MANIN, «L'invocabilité des directives: Quelques interrogations», en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1990, pág. 676, y CURTIN, «Directives: The effectiveness of Judicial protection of Individual Rights», en *Common Market Law Review*, 1990, págs. 710-712.

al comunitario pudiera producir, ha elaborado, como ya quedó expuesto, una de las más brillantes y controvertidas doctrinas en el marco del Derecho comunitario: la de la eficacia jurídica de las Directivas en el ordenamiento interno.

Sin embargo, las manifestaciones que esta doctrina ha tenido en la práctica pueden considerarse desiguales, discriminándose en función de las características de la Directiva a aplicar y los sujetos receptores de la misma. Por ello, pueden distinguirse tres categorías de incidencias —establecidas jurisprudencialmente— que la Directiva comunitaria no transpuesta puede producir en los distintos derechos nacionales.

1. *El efecto directo de las Directivas*

Como ya afirmara la profesora MANGAS (7), el fundamento del efecto directo de este tipo de normas comunitarias debemos enraizarlo en dos principios fundamentales recogidos en los Tratados y que inspiran el ordenamiento comunitario: el de aplicación uniforme y el de no discriminación. Junto a ellos, el TJCE ha añadido, a través de la interpretación del artículo 5 del Tratado de la CEE, el de cooperación o de lealtad para con los compromisos adquiridos (GEMEINSTREUE).

Han sido muchas las sentencias que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha dictado en torno al tema, configurando en cada una de ellas los contornos de un principio que no termina de aparecer claro debido a la dificultad que supone regular todas las situaciones y tutelar los distintos intereses con la simple base jurisprudencial.

La cuestión de la eficacia directa arranca de antiguo. Como punto de partida podemos señalar las sentencias que resolvieron los asuntos Grad, SACE, Schlüter o Van Duyn (8), en las que se establecen las bases de la eficacia directa al afirmar que ningún Estado puede oponer a sus particulares su propio incumplimiento. Sin embargo, ha de ser en las sentencias Ratti y Becker (9) en las cuales el TJCE perfile los rasgos característicos de la eficacia directa de las Directivas. En ambas se ponen de relieve los requisitos para la invocabilidad de la eficacia directa de los preceptos de

(7) Vid MANGAS MARTÍN, A., *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 70 y sigs.

(8) SSTJCE de 6 de octubre de 1970, Grad, as. 9/70, Rec 1970: 17 de diciembre de 1970, SACE, as. 33/70, Rec 1970, pág. 1223; 24 de octubre de 1973, Schlüter, as. 9/73, Rec. 1973, pág. 1158; 4 de diciembre de 1974, Van Duyn, as. 41/74, Rec 1974, págs. 1337 y sigs.

(9) SSTJCE de 5 de abril de 1979, Ratti, as. 148/78, Rec 1979, pág. 1629; 19 de enero de 1982, Becker, as. 8/81, Rec. 1982-I, pág. 53.

una Directiva, partiendo, como condición necesaria, del hecho de que haya transcurrido el plazo concedido al Estado para la transposición sin que ésta se haya llevado a cabo (10). Sin embargo, éste no es el único de los supuestos que la jurisprudencia comunitaria ha tomado en consideración para que pueda ser aplicada directamente una Directiva; también son susceptibles de aplicación directa de la norma comunitaria aquellas situaciones en las que realizada por el Estado la adaptación del derecho nacional a los preceptos de las Directivas, ésta resulta insuficiente o es claramente deficiente. Como complemento del elenco de condicionantes que ha de reunir una Directiva para su aplicación directa se exigen otras dos notas esenciales: que su contenido sea suficientemente *preciso* e *incondicional* (11) como para no dejar margen de duda sobre lo que con tales preceptos se pretende regular. Qué es lo que debemos entender por contenido preciso e incondicional de la norma ha ido perfilándose conforme lo ha hecho la doctrina del efecto directo. Así, podremos afirmar que una Directiva presenta un carácter claro y preciso cuando las obligaciones en ella recogida sean concretas, desprovistas de ambigüedades, mientras que podrá predicarse de ella su incondicionalidad cuando no deje márgenes de apreciación discrecional a las autoridades públicas o a las instituciones comunitarias (12).

Resulta fácilmente aplicable que la doctrina del efecto directo trata de salvar las dificultades prácticas planteadas en los distintos derechos nacionales como consecuencia de la inactividad de los Estados a la hora de adaptar las Directivas comunitarias. El TJCE aseguraba así el amparo que ofrecían las Directivas comunitarias al particular que acudía ante una autoridad pública invocando la norma no transpuesta. Sin embargo, con ella se intentaba dar respuesta a objetivos muy concretos, tales como evitar, en interés de los ciudadanos de la Comunidad, que el Estado pudiera con su incumplimiento poner freno a la introducción en los ordenamientos nacionales de los postulados comunitarios, pero a la vez se dejaban sin solventar otras muchas cuestiones de gran interés que han tenido que recibir respuesta a través de la labor jurisprudencial.

(10) Sentencia Becker (ya citada). Recientemente la Sentencia 3-3-94, Vaneetveld/Le Foyer as.C-316/93 en la que el Tribunal recuerda que los particulares sólo pueden invocar una Directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales (entiéndase Estado) cuando haya vencido el plazo fijado para adaptar la norma interna al Derecho comunitario.

(11) La exigencia de precisión e incondicionalidad es predicada también de los Reglamentos, poniéndose de manifiesto el acercamiento que en la práctica se da entre las normas comunitarias con aplicabilidad directa y las que no la tienen.

(12) Vid. MANGAS MARTÍN, A., «Relaciones...», en *El Derecho comunitario...* pág. 62.

2. La interpretación conforme a la luz y a la letra de la Directiva CEE

Con el establecimiento de los presupuestos básicos exigidos para que una Directiva comunitaria pueda desplegar sus efectos directos, se pone de manifiesto el criterio delimitador para la determinación de las situaciones en las que la Directiva comunitaria tendrá aplicación directa y de aquellas en las que no. Entre ellas el supuesto más claro lo constituyen las relaciones horizontales (13). El argumento para negar la eficacia directa en las relaciones *inter-privatos* ha sido puesto de manifiesto por el TJCE en numerosas sentencias (14). El fundamento de tal negación parte del hecho de que la Directiva no actúa «self executing». Siendo una obligación dirigida a los Estados, destinatarios de las mismas, quedan por lo tanto los particulares al margen de tal normativa. En pro de este criterio se invocan principios de seguridad jurídica, y como refuerzo se sostiene que el reconocimiento del efecto directo en las relaciones horizontales equivaldría a reconocer a la Comunidad la facultad de crear obligaciones en los particulares por medio del instrumento normativo de las Directivas, cuando en realidad el Tratado sólo lo permite a través de los Reglamentos (15).

Dicha argumentación se expuso de forma principal a raíz de la sentencia *Marshall*. En ella se arguye que la invocabilidad de la Directiva frente al Estado constituye una suerte de sanción contra este por su incumplimiento, fruto de la obligación (*ex art. 189 del Tratado*), pero en modo alguno puede ser admitida la invocabilidad entre los particulares ya que ello equivaldría a conceder unos efectos inmediatos a las Directivas de los que les privó el derecho originario.

Sin embargo, no sólo los supuestos en los que se dan relaciones horizontales quedan excluidos de la aplicación directa de las Directivas, sino que a ellos se unen todas aquellas situaciones en las que la norma comunitaria no goza de un contenido preciso e incondicional. La razón de tal

(13) Pese a la conveniencia de incluir este tipo de relaciones entre las susceptibles de aplicación directa de la Directiva defendida por un sector doctrinal, el TJCE ha sido reticente a la hora de admitirlo basándose en razones de dudosa aceptación. *Vid.* MILLÁN MORO, L., «La eficacia...», *RJE*, pág. 1991; en el mismo sentido recientemente, el Abogado general en el as. 91/92 *Faccini Dori* (ya citada), Rec. 1994-7, págs. 3325 y sigs. ha defendido la conveniencia de reconocer efecto directo a las Directivas también en las relaciones horizontales.

(14) Partiendo de la jurisprudencia *Marshall*, destaca en la materia el reciente fallo del TJCE de 14 de julio de 1994, asunto *Faccini Dori*, en el que el órgano jurisdiccional se ratifica en los argumentos expuestos en *Marshall* y niega la aplicabilidad directa a este tipo de disposiciones.

(15) *Vid.* aps. 20-24 de la STJCE de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori* (ya citada).

exclusión resulta lógica: ante la posibilidad de variantes interpretativas la Directiva no puede ser aplicada directamente (16).

Por todo lo expuesto resulta claro que esta doctrina se presenta como insuficiente. Existen en la práctica múltiples situaciones en que las Directivas comunitarias no pueden desplegar sus efectos directos, bien por faltarles el carácter preciso e incondicional o por tratarse de relaciones entre particulares en las que los intereses de los particulares quedan desprotegidos (17). Así pues, y en un intento de aportar un instrumento interpretativo idóneo para satisfacer los intereses privados, el TJCE ha ido perfilando la doctrina de la «*Richtlinienkonforme Auslegung*», que si bien suscita múltiples interrogantes resulta satisfactoria ante determinadas relaciones jurídicas (18). La evolución jurisprudencial sobre la materia parte del asunto *Mazzalai* (19), al que siguieron toda una serie de pronunciamientos, hasta que el TJCE perfiló la doctrina en las sentencias *Val Colson* y *Harz* (20). En ellas, en un ejercicio de interpretación coherente con los principios inspiradores del Derecho comunitario, se establece, con independencia de que la relación sea vertical (21) u horizontal, la obligación de los Jueces nacionales de interpretar el ordenamiento jurídico interno «a la luz de la letra y de la finalidad de la norma comunitaria».

(16) Un claro ejemplo lo constituye la STJCE que resolvió el asunto *Van Colson* (ya citada), en la que pese a darse la relación vertical la norma comunitaria carecía del carácter preciso e incondicional, con lo que hubo de acudir a otros criterios interpretativos. A mi juicio, el criterio de la claridad y precisión resulta el más óptimo para discriminar los supuestos en los que cabe que la norma comunitaria tenga efecto directo y en los que no se admite tal posibilidad, ya que se evitarían las discriminaciones entre sujetos consiguiendo de forma más equitativa resultados prácticos idénticos. En este sentido, *vid.* GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «Derecho comunitario y Derecho del consumo», *RDM*, 1989, págs. 327 y sigs.

(17) La profesora L. MILLÁN MORO lleva a cabo un interesante estudio sobre los efectos discriminatorios de la aplicación exclusiva de los efectos directos a las relaciones verticales y a las soluciones interpretativas aportadas por la jurisprudencia comunitaria. *Vid.* «La eficacia...», *RIE*, 1991, pág. 854, y bibliografía allí citada.

(18) Como ya quedó expuesto, y parte de la doctrina defiende, en los supuestos en que la norma comunitaria fuese precisa e incondicional parece que la interpretación, pese a que en ocasiones llegue a soluciones coincidentes, no es la más apropiada para las relaciones horizontales. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que la Directiva adolezca de una falta de claridad o precisión resulta plenamente satisfactoria debido a la consecución del llamado «efecto útil» de la Directiva.

(19) STJCE de 20 de mayo de 1976, *Mazzalai*, Rec. 1976, págs. 657 y sigs.

(20) SSTJCE de 10 de abril de 1984, *Van Colson* y *Kaman*, as. 14/83, Rec. 1984, pág. 1891, y 10 de abril de 1984, *Harz*, as. 79/83, Rec. 1984, pág. 1921.

(21) Respecto de las relaciones verticales y en coherencia con lo anteriormente expuesto parece claro que solamente cabrá tal interpretación en el caso de que la norma comunitaria no pueda producir efectos directos, puesto que en tal supuesto la solución sería la de no aplicar el Derecho nacional y sí el comunitario. *Vid.* MILLÁN MORO, L., «La eficacia...», *RIE*, 1991, pág. 864.

No obstante, mayor interés que la enunciación de la evolución jurisprudencial sobre la materia puede tener el fundamento jurídico de tal criterio interpretativo. Como ya ha quedado expuesto, el TJCE al introducir el criterio de la «*Richtlinienkonforme Auslegung*» intenta cubrir todas aquellas situaciones que ante la imposibilidad de aplicar la doctrina del «efecto directo» pudieran resultar discriminadas. Sin embargo, la fundamentación no debe ser buscada solamente en razones de justicia entre los particulares (22), sino que, yendo más allá, ha de fundarse en la primacía del Derecho comunitario sobre el interno. La razón de tal argumentación podemos verla en fallos jurisprudenciales de tanta relevancia como el que resolvió el asunto *Marleasing* (23). En él dos litigantes particulares acudían a la jurisdicción española invocando uno la normativa interna y otro la Directiva no incorporada al Derecho español, con posibilidad de efecto directo. La importancia de este fallo en la evolución de la jurisprudencia comunitaria ha llevado a la doctrina a hacer las más diversas interpretaciones (24). La trascendencia de la sentencia es que en ella se trata la eficacia de las Directivas no incorporadas, precisas e incondicionales —susceptibles, pues, de efecto directo— en una relación puramente horizontal (25). En este supuesto se pone de relieve, a mi juicio, que el verdadero fundamento jurídico de la interpretación de la Directiva a la luz de la letra y de la finalidad de la norma comunitaria ha de verse en la primacía del Derecho comunitario y el intento de su aplicación uniforme más que en cualquier sanción contra el Estado incumplidor. La normativa comunitaria en su búsqueda de una aplicación uniforme traspasa la barrera que supone el incumplimiento por parte del Estado, impregnando con su eficacia las relaciones entre particulares.

Sin embargo, lo que no convence es la forma en que el Derecho comunitario ha buscado la aplicación de los principios comunitarios en estos casos. Si bien el criterio de interpretación adoptado por el TJCE

(22) Aunque la no discriminación entre particulares haya sido una de las razones que han motivado al TJCE a establecer el criterio interpretativo enunciado, no es la única razón para ello, ya que tal objetivo lo hubiese alcanzado más eficazmente a través de la concesión del efecto directo a las Directivas en las relaciones horizontales.

(23) STJCE de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, as. C-106/89, Rec. 1990, pág. 4135.

(24) GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La eficacia jurídica del derecho comunitario de sociedades no desarrollado en la legislación interna», *ADC*. 1992, pág. 371, y bibliografía allí citada.

(25) El carácter de horizontalidad de la relación ha sido recientemente discutido por algún sector doctrinal que sostiene que las relaciones que subyacen entre las partes litigantes en este supuesto presentan tan sólo una apariencia de horizontalidad (Estado-particular), ya que el que declara o no la nulidad es el Estado, y éste no puede imponer obligaciones al particular derivadas de su incumplimiento. *Vid* MANGAS MARTÍN, A., «Relaciones.», en *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial* (dirs.: RODRÍGUEZ IGLESIAS y LINÁN NOGUERAS), Civitas, Madrid, 1993, pág. 85.

debemos considerarlo coherente y respetuoso con lo establecido en el artículo 189, continúa resultando en la práctica ciertamente injusto al seguir manteniendo dos categorías de normas en función de sus destinatarios. Admitir la posibilidad de que solamente los particulares que se relacionan con la Administración puedan invocar el efecto directo de la Directiva provoca discriminaciones, que se ven notablemente agudizadas como consecuencia de la extensa participación del Estado en el tráfico jurídico privado (consumo, relaciones laborales, etc.). Pese a que en múltiples ocasiones las soluciones aportadas por uno u otro procedimiento sean similares, no se comprende la gratuita discriminación entre particulares al no poder invocar unos frente al sector privado lo que otros pueden hacer frente al Estado. Por ello la solución a la que llega la jurisprudencia en este punto es, a mi juicio, censurable y fuente de multiplicidad de problemas. Lo ideal, como ya ha señalado la profesora MILLÁN MORO (26), sería haber abandonado los actuales sistemas de clasificación de las relaciones —horizontales o verticales— para adoptar un criterio de común aplicación a ambas relaciones siempre que la Directiva fuera susceptible de producir efecto directo. Con ello no sólo se solventarían muchas de las dificultades planteadas, sino que se conseguiría que las relaciones entre los particulares no se viesan abandonadas —como sucede actualmente— a la suerte de una interpretación jurisprudencial que resulta problemática (27) y no resuelve los problemas que la negación del efecto directo pretendía subsanar (28).

(26) *Vid* «La eficacia. », *RIE*, 1991, pág. 866. Es a su vez interesante señalar, pese que no fuese adoptada tal postura por el TJCE, las reclamaciones del Abogado general en el asunto Faccini Dori (ya citado), Sr. Lenz, en ellas expone. «Considero en definitiva que la eficacia horizontal de las Directivas quede excluida respecto al pasado por razones de seguridad jurídica. Para el futuro, sin embargo, dicha eficacia me parece necesaria, dentro de los límites indicados, en aras de una aplicación uniforme y eficaz del Derecho comunitario. Las cargas que de ello se derivan impuestas a los particulares me parecen aceptables puesto que no superan a las que hubieran debido soportar en caso de comportamiento conforme al Derecho comunitario del Estado miembro. En definitiva, el riesgo procesal lo soporta la parte que invoca la disposición incondicional y suficientemente precisa que figura en una Directiva» Pto. 13, Rec. 1994, pág. 3345.

(27) Ya han sido puestos de relieve por la doctrina los problemas prácticos que una interpretación jurisprudencial puede provocar, ya que conforme a los sistemas jurisdiccionales imperantes en Europa puede generarse una gran diversidad de aplicación, no sólo entre los distintos Estados miembros, sino que incluso entre los mismos tribunales nacionales, que pueden llegar a interpretaciones contradictorias. *Vid* MILLÁN MORO, L., «La eficacia. », *RIE*, 1991, pág. 866.

(28) Ciertamente, la solución vigente no soluciona los problemas planteados ya que los particulares pueden no sólo verse igualmente perjudicados por los efectos de la no transposición de una Directiva, sino que a esto se añade la inseguridad jurídica que tal interpretación conlleva. Y en el mejor de los casos, aunque estemos ante supuestos dogmáticamente diferentes las consecuencias prácticas serían idénticas en uno y otro supuesto. *Vid* GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., *ADC*, 1992, pág. 371; MILLÁN MORO, «La eficacia. », *RIE*, 1991, pág. 867.

Por ello, como conclusión, parece que lo más acertado hubiese sido, y más acorde con el criterio lógico seguido por el propio TJCE en algunos de sus fallos (29), admitir el efecto directo de las Directivas tanto en las relaciones horizontales como verticales siempre que cumplieran con los requisitos exigidos para ello y reservar el criterio interpretativo conforme a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva (*Richtlinienkonforme Auslegung*) para los supuestos en los que tal efecto directo no fuese posible.

3. *El principio de autonomía institucional*

Uno de los problemas que la jurisprudencia comunitaria ha dejado sin resolver y objeto de amplio debate doctrinal (30) es el que se ha puesto de manifiesto como consecuencia de la aplicación del criterio de interpretación del derecho conforme a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva. El supuesto, por otra parte muy frecuente, es el que se le puede plantear al intérprete cuando la norma nacional es contraria a la comunitaria. La dificultad consiste, pues, en determinar si la distribución de competencias entre los poderes de un Estado al no permitir a los Jueces interpretaciones del derecho interno *contra legem* puede restringir el alcance de los principios comunitarios, o si, por el contrario, éstos resultan compatibles con las estructuras constitucionales internas (31).

El Derecho comunitario no ha hecho formulación alguna al respecto, y si bien, por un lado, postula los principios de primacía y de aplicación uniforme

(29) Aunque objeto de un tratamiento posterior, resulta interesante señalar el criterio llevado a cabo por la jurisprudencia comunitaria para determinar las consecuencias jurídicas de una Directiva comunitaria no traspuesta o adaptada incorrectamente. En las sentencias que resuelven los asuntos Francovich (19 noviembre 1991, as. acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. 1991, pág. 5357), Wagner Miret (16 diciembre 1993, as. 334/92, Rec. 1993) y Faccini Dori (14 julio 1994, as. 91/92, Rec. 1994-7, pág. 3325) el TJCE lleva a cabo una enumeración de las consecuencias jurídicas anudadas a una Directiva y a la relación a regular, partiendo de las más deseadas (efecto directo) hasta las simplemente compensatorias (responsabilidad de los Estados). Por ello, no resulta lógico que ante situaciones en las que pudiera concederse efecto directo se conforme el TJCE con otorgarle una solución que pudiera ser considerada de «segunda clase».

(30) Vid. GARCÍA-CRUCES, J. A., «Consideraciones...», *RDM*, 1991, pág. 790, y MANGAS MARTÍN, A., «Relaciones...», en *El Derecho comunitario...*, pág. 81. Recientemente se ha ocupado del tema el profesor VICENT CHULIÀ, *RGD*, diciembre 1994, pág. 11920, y «La sociedad anónima en el Derecho comunitario europeo», en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 98.

(31) La mayoría de los autores que han defendido la autonomía institucional para evitar interpretaciones jurisprudenciales *contra legem* niegan la existencia de la colisión entre los principios comunitarios y los internos. El respeto al marco de las competencias de los Jueces nacionales no implica una contradicción con el reconocimiento de la primacía del Derecho comunitario. Vid. GARCÍA CRUCES, J. A., en «La eficacia...», *ADC*, 1992, págs. 374-375.

(arts. 5 y 189 del TCEE), también aparece respetuoso con el sistema competencial establecido en cada legislación interna (32). La doctrina que se ha ocupado del tema tampoco llega a soluciones uniformes, y así mientras unos interpretan la jurisprudencia comunitaria entendiendo que la Ley nacional constituye un límite a la hermenéutica del Juez (33), otro sector afirma que la incorporación de un Estado a la Comunidad conlleva el acatamiento de unos principios inamovibles que suponen la ampliación de las competencias de los jueces nacionales, un *plus* que le impone desoir el Derecho interno como medio más idóneo para conseguir el «efecto útil» de la Directiva y, como consecuencia de ello, los objetivos comunitarios propuestos (34).

El problema, de difícil solución, tiene enorme trascendencia en función de la respuesta que para el mismo adoptemos. Decantarnos por los principios comunitarios ya expuestos supone una alteración de las estructuras constitucionales de los derechos internos, mientras que admitir la primacía de estos principios constitucionales frente a los comunitarios podría implicar un freno a la aplicación uniforme recogida en el artículo 5 TCEE.

Circunscribiéndonos a nuestro Derecho, hay que señalar que en virtud de lo establecido en los preceptos constitucionales (35) el poder jurisdiccional de nuestros Jueces y Tribunales se limita al ejercicio de interpretación de la voluntad abstracta del legislador, concretándola en el supuesto planteado. El Juez está, pues, sometido a la Ley, pudiendo interpretarla pero no modificarla (36). Conforme a nuestras estructuras constitucionales, propias de un estado de Derecho, se intentan evitar las arbitrariedades sometiendo al Juez a la legalidad y reduciendo al máximo su discrecionalidad (37). Así

(32) En este sentido la sentencia dada en el asunto *Marleasing* (sentencia ya citada) se afirma que el Tribunal está obligado a *hacer todo lo posible* a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva.

(33) En este sentido GARCÍA CRUCES, J. A., «Consideraciones...» El autor, tomando como punto de referencia el artículo 1.6 del Código Civil, niega a los Jueces competencias para hacer interpretaciones *contra legem*, pág. 785.

(34) La profesora MANGAS MARTÍN basándose en el principio de primacía lo considera un límite a la autonomía institucional y procedimental. En palabras de la autora, «el derecho nacional no debe afectar al alcance ni a la eficacia del Derecho comunitario». Vid. «Relaciones...», pág. 81.

(35) Vid. artículo 117 CE'78. Vid. RUIZ VADILLO, E., «Comentarios al artículo 117 de la Constitución», en *Comentarios a las leyes políticas* (dir.: O. ALZAGA VILLAMIL), tomo IX, Erdesa, 1987, págs. 311 y sigs.

(36) A diferencia de lo que sucede en los ordenamientos de corte anglosajón en los que se admite la creación judicial del Derecho, los sistemas del continente optan por Jueces que, con pleno sometimiento al ordenamiento jurídico, aplican las leyes al caso concreto. Vid. «Comentario al artículo 117 de la Constitución», en *Comentarios a la Constitución* (dir.: GARRIDO FALLA), 2.ª ed., Civitas, 1985, pág. 1629.

(37) Si bien nadie niega en nuestro Derecho a los Jueces facultades creadoras, éstas han de ser entendidas con un valor limitado y sometidas siempre a la Ley, siendo más bien una función integradora que de creación. Vid. Díez-Picazo, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1977, pág. 132.

pues, en consonancia con estas ideas parece claro que permitir que los Jueces puedan hacer interpretaciones contrarias al Derecho nacional supone una negación de los principios constitucionales que inspiran nuestro ordenamiento que no parecen admisibles (38).

Si bien es cierto que el Derecho comunitario ha supuesto para los distintos ordenamientos nacionales importantes alteraciones, no resulta admisible aceptar que la incorporación de los distintos Estados a la Comunidad haya implicado una modificación de las estructuras constitucionales internas. El propio TJCE parece recoger esta idea al incorporar a sus fallos expresiones tales como la de «en el marco de sus competencias» (39), en las que se deja entrever la voluntad comunitaria de no afectar a la distribución competencial nacional (40).

Por todo ello, más que una posible colisión entre principios comunitarios e internos se puede hablar de integración, puesto que en pro de la seguridad jurídica se establece un sistema que armoniza ambos principios. Así, cuando la norma comunitaria, en virtud de su naturaleza, sea de apli-

(38) En este sentido es interesante señalar la STC 341/1993, de 18 de noviembre de 1993, en la que recogiendo jurisprudencia anterior afirma que «la vía interpretativa no puede servir para hacer decir a un texto lo que vendría bien que dijese, pero prescindiendo de lo que realmente dice».

(39) STJC de 17 de octubre de 1989, Dansk Arbejdsgiverforening, as. 109/88, Rec. 89, pág. 3199, donde se expone: «dans toute la mesure où une marge d'appréciation lui est accordée par son Droit national». Recientemente, como ya ha puesto de manifiesto el profesor E. COBREROS MENDAZONA, en su obra *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, pág. 65, «se advierte en la sentencia Wagner Miret (ya citada) un escrupuloso respeto por la autonomía institucional de cada ordenamiento y un cierto "self restraint" sobre las facultades interpretativas directamente afectantes del Derecho nacional».

(40) Recientemente se ha defendido que el «marco de las competencias» de los órganos jurisdiccionales se ha visto notablemente ampliado como consecuencia de la incorporación de España a la Comunidad Europea. Los Jueces nacionales pueden en el marco de sus competencias, aunque la Ley nacional se lo prohíba, verse obligados a ordenar la suspensión cautelar de una Ley (S. 19 junio 1990, Factortame, C-239/89, pág. 2466) o no aplicar su derecho interno si existe una Directiva comunitaria que sea directamente aplicable (supuestos de eficacia directa ya analizados). *Vid.* en este sentido MANGAS MARTÍN, A., «Relaciones...», pág. 81. A mi juicio, no obstante la atribución de estas nuevas competencias, responden a necesidades muy concretas. Como ya expusimos anteriormente, la introducción de la doctrina del efecto directo en el Derecho comunitario pretende evitar las trabas que el incumplimiento por parte de los Estados miembros supone, mientras que la suspensión cautelar es consecuencia directa de la introducción de una nueva instancia procesal. Otro importante ejemplo del respeto del TJCE por la autonomía institucional lo encontramos en la Sentencia fechada el 16 de diciembre de 1993, as. 334/92, Wagner Miret, en la que, como ha expuesto la doctrina, constituye el reflejo del escrupuloso respeto por la autonomía institucional de cada ordenamiento y un cierto «self restraint» sobre las facultades interpretativas directamente afectantes del Derecho nacional. *Vid.* COBREROS MENDAZONA, E., *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, pág. 65

cación directa no se tendrán en cuenta preceptos nacionales, mientras que si la norma comunitaria no goza de tal carácter el ordenamiento jurídico interno conservará plena vigencia. Siempre, claro está, con independencia de la interpretación que de él hagamos y sin perjuicio de las posibles responsabilidades del Estado.

4. *Responsabilidad del Estado miembro por incumplimiento en la ejecución de las directivas*

Esta tercera manifestación de la eficacia jurídica de las directivas es la que el TJCE introdujo en el derecho comunitario, a raíz de la sentencia FRANCOVICH (41). Este fallo, de enormes repercusiones en los derechos internos, supone un hito en la evolución de la doctrina de la eficacia de las directivas ya que implica culminar el sistema de protección de los ciudadanos comunitarios al consolidarse como mecanismo de compensación a una serie de situaciones discriminatorias, que se pueden producir como consecuencia del incumplimiento por parte de un Estado Miembro de sus obligaciones a la hora de adaptar el derecho interno a la directiva (42).

El sistema de responsabilidad predispuesto por el TJCE parte del presupuesto de que no habiendo sido el derecho interno adoptado al contenido de la Directiva comunitaria, los particulares no puedan verse afectados por los efectos de la misma debido a que la falta de algún presupuesto necesario imposibilite la aplicación directa de la normativa comunitaria o bien no sea posible la adopción de un criterio hermenéutico acorde con la misma (43). Si bien éste es el presupuesto base no es el único, ya que junto a él el TJCE ha establecido toda una serie de requisitos *sine qua non* (44) para que pueda hablarse de responsabilidad estatal.

(41) STJCE de 19 de noviembre de 1991, Francovich (ya citada).

(42) La doctrina, con anterioridad a la sentencia Francovich, ya había postulado por la adopción en el seno del Derecho comunitario de un sistema de responsabilidad de los Estados por el incumplimiento a la hora de adaptar las Directivas comunitarias. Vid. SCHERMERS, *Judicial protection in the European Communities*, Leiden, 1987, pág. 137, o PRECHAL, «Remedies after Marshall», *Common Market Law Review*, 1990, págs. 456 y sigs.

(43) El criterio lógico seguido por el TJCE para determinar la responsabilidad del Estado miembro ha sido seguido en los tres pronunciamientos que sobre la materia ha hecho el Tribunal de Luxemburgo (SSTJCE Francovich, Wagner Miret y, por último, Faccini Dori, ya citadas), buscando en primer término los efectos directos de la Directiva y, ante la falta de éstos, aplicar criterios hermenéuticos. Como última solución, y la menos deseada, sería la de la responsabilidad. Vid. para este tema COBREROS MENDAZONA, *Incumplimiento...* pág. 46.

(44) Tres son los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria para que una vez desechados la aplicación de los otros dos criterios, efecto directo e interpreta-

Sin embargo, con independencia de los requisitos exigidos para posibilitar la reclamación de la indemnización de los daños sufridos por los particulares, resulta interesante señalar que este sistema de compensación ha de ser tratado con extrema cautela en un intento de no permitir una generalización que pudiera llevarnos a consecuencias no deseadas. La responsabilidad del Estado puede ser entendida como un instrumento de sanción, pero en ningún momento propicia el objeto perseguido por la Comunidad, ya que en última instancia la Directiva permanece inaplicada. Por ello, y pese a las bondades del sistema, hemos de circunscribirlo a supuestos realmente marginales en los que la norma comunitaria resulte inaplicable, bien directamente o a través de la interpretación, como consecuencia de trabas materiales, jurídicas o técnicas no subsanables.

A todas estas dificultades se unen las derivadas de los propios sistemas nacionales al regular las vías con las que los administrados cuentan a la hora de ejercitar las acciones contra la Administración incumplidora. Dichas vías, abandonadas a la regulación de cada Derecho nacional (45), resultan muchas veces inexistentes y otras claramente ineficaces (46).

Por todo ello, a la luz de las ideas expuestas y ante las dificultades planteadas por esta tercera vía, podemos concluir reafirmándonos en la necesidad de un reforzamiento de la eficacia, vía aplicación directa o bien a través de la interpretación, de las Directivas lo más amplia posible en detrimento de la acción de responsabilidad, intentando con ello dar una respuesta lo más adecuada posible a los postulados comunitarios.

B) LA INVOCABILIDAD DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA ANTE EL REGISTRO

Analizadas las distintas clases de incidencias que la Directiva comunitaria puede desplegar en los ordenamientos jurídicos nacionales, interesa centrar nuestro estudio en el problema de la posible invocabilidad de la eficacia directa de las Directivas ante el Registro. La cuestión ha sido puesta de relieve en la resolución comentada debido a la invocación de que la Directiva reclama el Notario recurrente ante el Registrador. Si bien es cierto que en el caso planteado la correcta adaptación del derecho interno

ción conforme a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva: 1.º Que el resultado pretendido por la Directiva comporte la atribución de derechos a favor de los particulares. 2.º Contenido de los derechos fácilmente identificables basándose en las disposiciones de la Directiva. 3.º Existencia de una relación de causalidad entre el incumplimiento del Estado miembro y el daño sufrido por los particulares afectados.

(45) Es de señalar, no obstante, que dicho abandono es fruto de las alegaciones formuladas por los distintos Estados intervinientes *Vid* COBREROS MENDAZONA, *Incumplimiento* . . , pág. 46.

(46)*Vid* MILLÁN MORO, «Eficacia..», *RIE*, 1991, pág. 872

a la norma comunitaria excluye la posibilidad de que ésta sea directamente aplicada (47), ello no es óbice para que la Directiva comunitaria pueda ser invocada con fines interpretativos del derecho interno ante el Registrador.

Como ya quedó expuesto, para que pueda hablarse de efecto directo es indispensable que nos encontremos ante una relación de las llamadas «verticales». Los sujetos de tal relación han de ser necesariamente Estado y particular, por lo que la cuestión se centra en última instancia en determinar si el Registrador puede ser considerado parte integrante de la noción de Estado. El problema parte del hecho de que en el ordenamiento comunitario, a la vez que se introdujo la doctrina de efecto directo posibilitando a los particulares la invocación de determinadas Directivas comunitarias frente a las autoridades nacionales, no se llevó a cabo una concreción de la noción de Estado como sujeto pasivo de tal invocación. Por ello, ante las dificultades prácticas que tal carencia conllevaba, el TJCE ha ido configurando una noción amplia de Estado que intenta dar cobertura al mayor número posible de relaciones con los particulares (48).

El punto de partida de la evolución jurisprudencial sobre la materia puede situarse en la sentencia Von Colson (49), completada por otros fallos como la sentencia Marshall (50), en la que ampliando aún más el concepto lo extiende a todos los supuestos en los que el Estado actúa en la vida económica, con independencia de que lo haga en virtud del *iure imperii* o *iure gestionis* (51). Afirma el TJCE en su fallo que los particulares «... pueden invocar una Directiva contra el Estado cualquiera que sea la calidad en que éste actúe», concluyendo en coherencia con el carácter obligatorio de las Directivas en que «... el Estado no puede sacar ventajas de haber ignorado el derecho comunitario». Junto a estas sentencias interesa destacar dos

(47) Como ya quedó expuesto en líneas anteriores, para que la Directiva comunitaria pudiese tener efecto directo se exigía la concurrencia de una serie de requisitos que en el supuesto concreto no se dan. Hecha correctamente, si bien no sin imprecisiones terminológicas, la adaptación del derecho interno al artículo 9 de la Directiva comunitaria a través del artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas no parece admisible la invocación de los preceptos comunitarios.

(48) Como afirma la profesora MANGAS MARTÍN, «el Tribunal va ampliando como una mancha de aceite la noción de Estado...» «El Derecho comunitario europeo», en *La aplicación judicial...* (dir.: RODRÍGUEZ IGLESIAS), pág. 72; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «Consideraciones...», en *RDM*, 1991, y «La eficacia...», *ADC*, 1992, pág. 356.

(49) STJCE de 10 de abril de 1984 (ya citada), fund. 26.

(50) STJCE de 26 de febrero de 1986 (ya citada), fund. 49.

(51) Resulta interesante hacer mención, siquiera brevemente, a la consideración a la empresa pública. La doctrina en este punto señala el criterio de control efectivo frente al de titularidad. El supuesto de hecho se despegó del estrecho margen que implicaría sólo considerar empresas públicas a aquellas con participación accionarial pública, para encuadrar en el tipo a todas aquellas que por distintas causas son objeto de control efectivo público (subvenciones, créditos preferentes, etc.). *Vid* en este sentido GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «Consideraciones...», *RDM*, 1991, pág. 772.

fallos del Tribunal en los que el órgano jurisdiccional comunitario viene a poner fin a la confusión hasta entonces imperante. En los asuntos Constanzo y Johnston (52) se afirma que la invocación de los efectos directos puede ser realizada ante cualquier autoridad nacional —sin necesidad de que se trate de un órgano jurisdiccional—, poniéndose de relieve la intención del TJCE de extender lo más que sea posible los límites del concepto.

Resuelta la voluntad comunitaria a través de la evolución jurisprudencial, interesa ahora analizar la concreta relación existente entre los particulares y el Registro. La figura del Registrador español ha sido en nuestro Derecho tradicionalmente objeto de amplio debate doctrinal a la hora de determinar su concreta posición respecto de la Administración (53). Sin embargo, desde el principio se ha reconocido su carácter de funcionarios públicos, si bien manteniendo ciertas peculiaridades (54). Refuerzo de esta tesis es la naturaleza de función pública que los Registros analizan. Aunque la inscripción, en principio, responde a finalidades jurídico-privadas, tales como asegurar certeza y publicidad a las relaciones entre los particulares, no puede ser ignorada su vertiente pública al constituir un instrumento idóneo para la prevención de conflictos *inter privatos*, persiguiendo la seguridad jurídica en el tráfico económico, a la vez que asegura al Estado un control efectivo de las actuaciones de los particulares. Además, como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina (55), la actuación de los Registradores no se agota en la inscripción, sino que en el desarrollo de la función pública que tienen encomendada han de calificar los actos inscribibles. Como afirma el profesor LACRUZ, «la calificación es el acto de

(52) SSTJCE de 22 de junio de 1989, Costanzo, as. 103/88, Rec. 1989-6, pág. 1839, y 15 de mayo de 1986, Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, as. 222/84, Rec. 1986-5-6, pág. 1651; Comune de Carpaneto, as. C-4/89, Rec. 1990, pág. 1869. En consonancia con la confusión expuesta el Ayuntamiento milanés, en el asunto Costanzo, rechazó la reclamación de los particulares al estimar que solamente correspondía a los órganos jurisdiccionales reconocer los efectos directos de la norma comunitaria e inaplicar la interna. El TJCE afirmó, sin embargo, que la Directiva se invoca ante los Jueces «porque las obligaciones derivadas de sus disposiciones se imponen a todas las autoridades nacionales de los Estados miembros». En el segundo de los fallos expuestos estimó el TJCE que el concepto de autoridad debía ser lo más amplio posible, incluyendo entre ellas también a aquellas encargadas del mantenimiento del orden y de la seguridad pública (Policía).

(53) El profesor LACRUZ nos ofrece un detenido análisis de los principales problemas jurídicos que la determinación de la posición jurídica del Registrador plantea. Vid. *RCDI*, 1979, págs. 75 y sigs. En él se recogen las principales posiciones doctrinales existentes, sobre todo entre los administrativistas, en torno a la adscripción del Registrador al funcionariado.

(54) En este sentido destaca la STS de 16 de febrero de 1967 (Ar. 1338), que niega la contradicción existente entre el carácter de los Registradores como funcionarios públicos y el hecho de que no se les aplique la Ley de funcionarios del Estado.

(55) Vid. AVILA NAVARRO, *RCDI*, 1991, núm. 606, pág. 1918.

examinar los diversos aspectos del instrumento supuestamente inscribible sometidos al juicio del Registrador para decidir si el acto o contrato contenido en él puede tener acceso a los libros o bien si se debe denegar la práctica del asiento» (56). El Registrador realiza, pues, una función previa a la inscripción de aplicación del derecho a través de la concreción de la Ley al supuesto concreto (57).

Vista la posición jurídica que en nuestro Derecho asume el Registrador y la labor que en el ejercicio de sus funciones desarrolla, podemos afirmar que, en lo que a nuestro ordenamiento jurídico respecta, estos funcionarios han de ser considerados parte integrante de la ampliada por el TJCE noción de Estado. La función pública que los Registradores desempeñan, con independencia de su naturaleza jurisdiccional, administrativa o mixta (58), constituye sin duda una competencia del Estado y como tal ha de ser tratada. Por ello, nada se opone a que ante la invocación por parte de los particulares ante el Registro de una Directiva comunitaria que cumpliese los requisitos exigidos para gozar de efecto directo, el Registrador en el ejercicio de su función desoiga la norma interna aplicando el contenido de la disposición comunitaria. Como ya expusimos al referirnos a la sentencia Costanzo, «las obligaciones derivadas de las disposiciones de la Directiva se imponen a todas las autoridades nacionales de los Estados miembros».

Sin embargo, los efectos de la normativa comunitaria no deben agotarse en la simple posibilidad otorgada a los particulares para que invoquen la Directiva comunitaria ante las autoridades nacionales, sino que ante la falta de invocación pesa sobre los órganos estatales la obligación de aplicar de oficio el contenido de la Directiva. El tema, que si bien en coherencia con los distintos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la eficacia directa de las Directivas no debería plantear problema, ha sido cuestionado a raíz de la sentencia Verholen (59), en la que, entre otras cuestiones, se dirimía la existencia o no de la obligación del Juez nacional de dejar inaplicado el Derecho nacional cuando existiese una Directiva comunitaria susceptible de

(56) *Vid.* LACRUZ, «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador», *RCDI*, pág. 127.

(57) Como ha expuesto el profesor LACRUZ en el artículo ya mencionado, «Dictamen...», pág. 130, la calificación registral en el Derecho español es amplísima en relación con otros ordenamientos.

(58) La doctrina se ha encontrado dividida en punto a la determinación de la naturaleza jurídica de la función desarrollada por los Registradores. *Vid.* LACRUZ, «Dictamen...», págs. 75 y sigs. La DGRN ha venido defendiendo desde antiguo una concepción de la calificación registral como un acto de jurisdicción voluntaria; véanse al respecto las Resoluciones de 12 de junio de 1925, 13 de septiembre de 1926, 7 de octubre de 1929 y 14 de octubre de 1932; y más recientemente las de 2 de junio de 1986 (Ar. 3844) y 6 de junio de 1991 (Ar. 4650).

(59) STJCE de 11 de julio de 1991, Verholen, as. C-87/90, Rec. 1991-7, pág. 3757.

producir efectos directos y que no hubiese sido invocada por los particulares. Sorprende del fallo que, apartándose de su doctrina, el TJCE establezca *solamente* la posibilidad de que el Juez, si así lo considera oportuno, aplique de oficio la norma comunitaria. Textualmente el fallo recoge que «el derecho comunitario *no impide* que un órgano jurisprudencial nacional examine de oficio la compatibilidad de un régimen legal nacional con las disposiciones precisas e incondicionales de una Directiva cuyo plazo de aplicación ha vencido ya, si el justiciable no invoca dicha Directiva ante el órgano jurisdiccional mencionado».

Una interpretación literal del mismo pudiera llevarnos a la conclusión errónea de que el TJCE quisiera abandonar a la voluntad del Juez la aplicación o no de la norma comunitaria. Sin embargo, la mala redacción del fallo no puede ser motivo de confusión. Como afirma la profesora MANGAS MARTÍN (60), de esta sentencia no parece que se exima a los Jueces de la obligación de aplicar de oficio las disposiciones de las Directivas con efecto directo, ya que, más en la línea con los principios comunitarios tradicionales, declara posteriormente el TJCE que «se prohíbe que una vez finalizado el plazo de adaptación previsto en su artículo 8 los Estados miembros mantengan en vigor una legislación nacional anterior». La solución adoptada, pues, ha de ser la de aplicar de oficio las disposiciones comunitarias susceptibles de ello teniendo en cuenta que esta aplicación no ha de quedar reducida al campo de los Jueces, sino que se extiende a todos los órganos del Estado, entre los que figuran, como ya ha quedado expuesto, los Registradores.

Interesa determinar, por último, en relación a la figura del Registrador las consecuencias jurídicas de la Directiva carente de efecto directo. Ante tal supuesto se plantea la cuestión de si sobre el Registrador pesa la obligación de interpretar, al igual que haría un Juez, la norma nacional conforme a los dos objetivos comunitarios o si, por el contrario, puede desoír éstos. Como ha afirmado algún sector doctrinal (61), la interpretación del Derecho nacional ha de considerarse como un mandato o criterio general, consecuencia de la primacía del Derecho comunitario, al que no puede escapar el Juez. Admitiendo tal postura el Registrador español, cuya actividad no se reduce a una simple operación mecánica, no podrá eximirse tampoco de tal obligación ya que con la función registral se realiza una verdadera labor interpretativa al considerar las circunstancias concretas que se plantean y dar una calificación jurídica lo más acorde posible con ellas.

(60) Vid «Relaciones...», en *El Derecho comunitario...* (dir. RODRÍGUEZ IGLESIAS), pág. 75.

(61) Vid MANGAS MARTÍN, A., «Relaciones...», en *El Derecho comunitario...*, pág. 82.

Por ello, resulta claro que ante la imposibilidad de aplicar directamente la norma comunitaria el Registrador habrá de interpretar el Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, abriendo en el caso de que esto no sea posible la vía a los particulares para exigir responsabilidades al Estado.

IV. ALCANCE DEL ARTICULO 129 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS

A) CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La segunda de las cuestiones suscitadas en este comentario se centra en dar una respuesta a los problemas interpretativos que plantea el precepto nacional que adapta la Directiva comunitaria en materia de representación de las sociedades anónimas. La resolución comentada confirma en este punto la interpretación que en torno a la competencia del órgano administrativo viene haciendo en sus últimas resoluciones (62) la DGRN, dejando no obstante cuestiones sin resolver que resulta interesante abordar. Estas dificultades encuentran su origen en los problemas de adaptación que los esquemas clásicos de representación orgánica han sufrido como consecuencia de la acogida en nuestro ordenamiento jurídico de los imperativos comunitarios.

Con la introducción de tales postulados se da prioridad —sobre la regulación estatutaria puramente interna— a la protección de la apariencia frente a terceros de buena fe en un intento de evitar perturbaciones al libre tráfico. Los administradores de la sociedad se presentan facultados para comprometer a la misma en todo tipo de actos, con independencia de que sean o no competentes para ello (problema que por su parte se solventará a nivel interno a través de la pertinente acción de responsabilidad).

Se pone así de relieve cómo el mencionado artículo 129 tiene importantes repercusiones no sólo en punto a determinar la validez o invalidez en su caso de los distintos actos realizados por los administradores, sino también en cuanto a concretar cuándo y frente a quiénes aflora la distribución competencial puramente estatutaria. Con ello se pone por su parte de manifiesto tanto la amplitud de las facultades representativas de los administradores, como la desprotección que en determinados supuestos —frente a terceros de buena fe— puede suponer la ineficacia externa de las cláusulas

(62) *Vid.* MALO CONCEPCIÓN, J. V., «De nuevo sobre el objeto social y las facultades de los administradores: un comentario a las Resoluciones de 1 de septiembre y 8 de junio de 1992», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, septiembre 1993. págs. 235 y sigs.

estatutarias. Por ello, para un correcto análisis de las cuestiones planteadas debiéramos partir, antes de entrar en el estudio de la concreta validez de los actos del órgano de administración, de una determinación de los postulados que respecto al resto de las cuestiones el precepto establece en un intento de acotar la posición jurídica de los administradores y las consecuencias que a tal posición se anudan.

B) EL PODER DE REPRESENTACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

Concebida la sociedad anónima como un sujeto de tráfico, resulta evidente que como tal necesita relacionarse con terceros para la consecución de los objetivos perseguidos. Para ello las legislaciones nacionales han articulado, en función de razones de política jurídica, distintas formas de actuación externa de los entes sociales que intentasen dar satisfacción a los intereses en juego. En el Derecho español las dificultades planteadas parten del hecho de que nuestro país tradicionalmente se ha encuadrado entre el conjunto de ordenamientos jurídicos que concibiendo la representación bajo el prisma del mandato han dejado al arbitrio de los asociados la determinación del poder de representación de la sociedad (63). Sin embargo, la introducción de los postulados comunitarios en el ordenamiento jurídico interno ha propiciado un cambio de los planteamientos tradicionales. En pro de las necesidades de tutela del tercero se establece un campo de actuación inmodificable estatutariamente, deslindado de las competencias otorgadas a los administradores. No obstante, la solución adoptada no ha escapado al debate doctrinal (64), por lo que resulta de interés en este punto dar unas pautas orientadoras que nos sirvan de base para el esclarecimiento de ulteriores cuestiones (65).

(63) El profesor ESTEBAN VELASCO recoge una visión de conjunto de la situación en que se encontraban las distintas legislaciones en materia de representación de las sociedades antes de la entrada en vigor de la Directiva comunitaria. Vid. «La representación de la sociedad frente a terceros», en *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea* (dir.: GIRÓN TENA), Madrid, 1978, págs. 275 y sigs.

(64) El apego existente aún en nuestro Derecho a la teoría de la representación en materia societaria ha provocado que, en ocasiones, se traslade lo que debieran ser consecuencias internas a las relaciones externas de la sociedad. En la práctica tal confusión ha sido muy frecuente tras la adaptación del derecho interno a las Directivas comunitarias, puesta de manifiesto por la propia DGRN en alguno de sus pronunciamientos. Vid. *RDGRN* de 10 de septiembre de 1991 (Ar. 6233): «Se considera que la calificación del Registrador puede provenir de confundir entre actividades de la sociedad u objeto social y actos concretos de la misma».

(65) Es evidente que una correcta delimitación de la esfera de actuación externa de la sociedad resulta indispensable para el tratamiento posterior de los distintos actos realizados por los administradores en el desempeño de su cargo.

Con la expresión «facultades de representación» se ha intentado nominar incorrectamente el ámbito de actuación de los administradores en la sociedad anónima en su vertiente externa. No obstante, no podemos por menos que calificar la expresión de desafortunada, ya que pese a la introducción en nuestro sistema jurídico de la teoría orgánica no se ha conseguido un total abandono de las ideas que sobre la actuación externa de la sociedad estuvieron vigentes hasta la entrada en vigor de la Ley de 1951. Si bien el recurso a la representación encuentra su justificación en la peculiar naturaleza técnica del tipo social, ello no da lugar a concebir a la actividad exterior de las sociedades como una simple representación. El órgano administrativo, como parte integrante de la sociedad a la que le es atribuida la representación, actúa en el tráfico imputando directamente a la sociedad los resultados de su actuación sin que quepa ningún tipo de intersubjetividad (66). La sociedad actúa y lo hace por sí misma, sin mediar, al menos en un ejercicio de ficción jurídica, terceros representantes. Por ello, tal vez hubiera resultado más acorde con la naturaleza societaria abandonar la denostada categoría de la representación para hablar con más propiedad de «órganos de actuación» (67).

Sea como fuere, y dejando a un margen cuestiones terminológicas de trascendencia menor, lo relevante en este punto es determinar que la solución adoptada por el legislador español con la reforma es la de establecer un ámbito de actuación externa o poder de representación lo más amplio posible (art. 129.2). Con ello, sin duda, lo que se intenta tutelar son los intereses de los terceros que se relacionan con la sociedad, puesto que restringir el poder de representación de la misma equivaldría a concebir a un sujeto del tráfico limitado en su actuación. Las necesidades económicas

(66) El argumento expuesto no es más que la consecuencia del reconocimiento de capacidad a la sociedad. La posición del órgano de administración escapa a la representación para constituir un núcleo normativo mucho más complejo que ésta. Como afirma el profesor GIRÓN, «si toda la relación externa se construye como un problema de poder, tendríamos un sujeto que no podría actuar por sí solo ni aparecer vinculado directamente, ya que sólo se relacionaría con apoderados legales». Ver *Derecho de Sociedades*, Madrid, 1976, págs. 301 y sigs.

(67) Los administradores de la sociedad anónima entendidos como las personas que ejercitan la «capacidad de obrar» de la persona jurídica se incardinan en la estructura de ésta manifestando su voluntad. A diferencia de lo que sucede con el simple representante, estamos frente a una única voluntad. No obstante, el fenómeno no resulta tan simple ya que la relación frente a terceros resulta muy similar al fenómeno representativo (vid. DÍEZ-PICAZO, *La representación en Derecho privado*, Madrid, 1992, pág. 70), con lo que se pone de relieve la complejidad del tema. Vid., entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., «Administradores», en *Comentarios a la Ley de Sociedad Anónimas* (dir.: F. SÁNCHEZ CALERO), EDESA, Madrid, 1993, pág. 117; POLO, E., «Los administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dirs.: R. URÍA, A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA), Civitas, Madrid, 1992, págs. 48 y sigs.

y del tráfico hacen, sin duda, insostenible tal situación y por ello nuestro legislador se ha decantado por un sistema en el que, con independencia de la existencia de posibles responsabilidades el órgano de administración tenga la facultad de representar a la sociedad en todo tipo de actos, incluidos o no en la regulación estatutaria. El poder de representación tiene pues, siguiendo esquemas germánicos (68), un contenido ilimitado e ilimitable establecido por Ley o inmodificable por la voluntad de los socios. Las posibles consecuencias jurídicas anudada a las operaciones de los administradores en nada obstaculizan el marco de actuación externa de la sociedad.

Sin embargo, la concepción de unas facultades representativas de los administradores tan amplias, concebidas como garantía de la seguridad en el tráfico de la sociedad con el tercero, pueden resultar en ocasiones peligrosas para la protección de los intereses sociales. Por ello, y como contrapeso a estas facultades se intenta articular en las sociedades anónimas un sistema interno de distribución competencial que permita controlar o incluso invalidar en determinados supuestos la actividad externa de los administradores. Aunque en dos planos distintos, las facultades representativas de la sociedad ejercidas por los administradores y las competencias internas de éstos confluyen, suponiendo en ocasiones las segundas un límite a las primeras.

C) ADMINISTRACIÓN SOCIAL Y ACTUACIÓN EXTERNA DE LA SOCIEDAD

1. *Aproximación al problema de la distribución competencial entre los órganos sociales*

Nuestro ordenamiento jurídico, como ya ha quedado expuesto, no recoge, al igual que en otras legislaciones (69), una completa distribución legal de las competencias de los órganos sociales (70), adscribiéndose así a la

(68) Como ya quedó expuesto, la solución dada en los distintos ordenamientos a todas estas cuestiones parte de la política jurídica seguida en cada ordenamiento en función de los intereses a tutelar. Así, en Alemania es de destacar la adscripción a la teoría de la ilimitabilidad del poder de representación del «Vorstand» desde la introducción del primer Código General de Comercio. Para un detallado análisis del mismo *vid* ESTEBAN VELASCO, «La representación...», en *Estudios...* (dir.: GIRÓN), pág. 276.

(69) En Alemania, debido a la protección del tráfico característica de tal ordenamiento, ha existido siempre una previsión legislativa de las competencias del «Vorstand» exigiendo la intervención de otro órgano social para la validez de determinados actos. Algo similar ocurre en Francia tras la reforma llevada a cabo en 1969 respecto de los poderes de los «directoires». *Vid.* ESTEBAN VELASCO, «La representación...», págs. 276 y sigs.

(70) Es de señalar, no obstante, el intento llevado a cabo por la reciente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de establecer una esfera competencial para la Junta General a través de un sistema de lista (art. 44). *Vid.* ESTEBAN VELASCO, G.,

tradición de aquellos países de nuestro entorno jurídico en los que la configuración, respetando unos mínimos límites legales, se realiza a través de los Estatutos (71). A éstos los administradores —en un intento de tutelar los intereses de la sociedad— quedaban obligados, salpicando la relación con los terceros a través de la publicidad registral. Sin embargo, resulta claro que el planteamiento tras la entrada en juego de los principios comunitarios (72) es insuficiente. En la regulación vigente, la configuración interna por vía estatutaria de las competencias es puramente interna y frente al tercero de buena fe no surten ningún efecto. Se pone de relieve así que ante la carencia de una clara determinación legal de los límites competenciales de los órganos de la sociedad y la ineficacia frente a terceros de buena fe de las cláusulas estatutarias que suplan este vacío legal existen en nuestro ordenamiento una serie de competencias —en ocasiones trascendentales para la vida social— que pueden ejercitar los administradores, con independencia de que su titular «natural» debiera ser el órgano soberano de la sociedad (73). Por ello, la tutela de la seguridad del tráfico jurídico ha de encontrar en nuestro ordenamiento un límite, ya que de no hacerlo se dejaría a las sociedades en manos de los administradores, que en virtud de

«Estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista de Sociedades*, Aranzadi, 1994, número extraordinario, pág. 394. Sin embargo, la solución no convence ya que se limita a recoger en un precepto lo que ya era objeto de regulación dispersa. En este sentido destaca el estudio llevado a cabo por el profesor E. GALÁN CORONA; en él el autor pone de relieve lo superfluo del citado artículo al no haber introducido nada nuevo. Vid. «La Junta General», en *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Dyckinson, S.L., Madrid, 1994, pág. 502.

(71) Existe no obstante en el Derecho comparado una tendencia hacia una delimitación legal de las competencias de los órganos que, si bien no de forma exhaustiva, permite constatar la naturaleza de sus funciones, de la que, lamentablemente, nuestro Derecho no se ha hecho eco. Vid. AA.VV., «La Junta General de Accionistas», en *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dirs.: R. URÍA, A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA), tomo V, Civitas, Madrid, 1992, pág. 40.

(72) Artículo 9 de la Directiva CEE de 9 de marzo de 1968. Vid., entre otros, VAN OMMEESLAGUE, P., «La Première Directive du conseil du 9 mars 1968 on matière de sociétés», *Cah. Dr. Rev.*, 1969; ESTEBAN VELASCO, «La representación...», págs. 300 y sigs.

(73) Puede darse incluso el supuesto de que tales competencias «residuales» (es decir, las que no son objeto de atribución legal ni a la Junta General ni al órgano de administración) se hayan conferido estatutariamente a la Junta. Sin embargo y aunque esto fuese así, la destrucción del principio de publicidad registral frente a terceros de buena fe puede llevar a situaciones tan poco deseadas como la que se produciría si los administradores, en virtud de sus amplias facultades representativas, contratasen con un tercero materias encuadrables en esas competencias residuales adjudicadas estatutariamente a la Junta. El acto sería válido y a la sociedad no le quedaría más remedio que ejercitar la acción de responsabilidad contra los administradores sin posibilidad de oponerse al cumplimiento de las obligaciones asumidas por su órgano, con el agravante de que, en ocasiones, estas competencias residuales pueden ser de enorme importancia para la sociedad.

las facultades representativas conferidas legalmente se encuentran autorizados para realizar determinados actos que pueden incluso poner en peligro la propia existencia de la sociedad (74), con independencia de que se encuentren o no comprendidos en el objeto social.

Ante las dificultades prácticas que tales supuestos plantean, nuestra Ley de Sociedades Anónimas debería haber regulado —a la vez que facultaba a los administradores para actuar extralimitándose de las competencias asignadas en los Estatutos— determinados supuestos que por la propia naturaleza del acto escapasen a las competencias de los mismos. Por ello se echa de menos en nuestro ordenamiento la existencia de una cláusula general delimitadora o de un elenco más completo de preceptos, como sucede en Alemania o Francia respecto del «Vorstand» o de la regulación de los «pouvoirs des dirigeants», que permitan un mayor control de los administradores de la sociedad en protección de los socios. Obliga, por lo tanto, la situación, una vez más, ante la falta de previsión legislativa (75), a buscar criterios hermenéuticos que nos aporten una solución acorde con nuestros principios jurídicos (76).

En busca de tales criterios y pese a que tradicionalmente la terminología ha sido criticada, resulta útil establecer una clasificación en función de la trascendencia de los actos que los administradores pueden llevar a cabo. Tal clasificación puede, sin duda, darnos una base, siquiera bajo criterios interpretativos, para establecer las pautas que nos permitan una completa distribución competencial entre los órganos sociales de la que adolece nuestro ordenamiento jurídico. Podemos, por lo tanto, distinguir entre una serie de actuaciones que no trascienden de la gestión ordinaria y aquellos otros actos

(74) A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en Alemania o Francia, los administradores de nuestras sociedades anónimas no se encuentran con preceptos del tipo del 291 AktG o el artículo 396 de la Ley de Sociedades Francesas, que excluyen del ámbito de la administración determinados actos de la denominada «alta gestión» para encuadrarlos en las competencias de la Junta General. Esto resulta muy peligroso, ya que en el seno de la anónima existen distintos intereses a proteger (*vid.* OLIVENCIA, M., «Tendencias actuales de la administración de la sociedad anónima», *RGD*, diciembre 1994, pág. 12834) a través de un apropiado sistema de poderes y contrapoderes.

(75) La propia naturaleza corporativa de la sociedad anónima implica la existencia de determinados preceptos que regulen las competencias de los órganos. Así, si bien de forma incompleta, nuestra Ley acude a la casuística para regular determinadas situaciones que escapando de la esfera competencial de los administradores exigen el concurso de la Junta General.

(76) Los autores italianos, ante un ordenamiento en el que, al igual que el nuestro, ha establecido un régimen que propugna la eficacia y consiguiente vinculación de la sociedad, por razón del contenido típico del poder de representación, con independencia de la competencia de gestión del órgano. Se han intentado buscar, a falta de regulación positiva, interpretaciones que coadyuven a solucionar la inseguridad funcional planteada. *Vid.* en este sentido MINERVINI, G. *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1956, pág. 216.

que por su naturaleza o especial trascendencia tienen o pueden llegar a tener gran relevancia en la vida social. Son los que pudieran denominarse acto de alta gestión o gestión extraordinaria (77).

Ante la falta de un precepto *ad hoc* del que se pueda extraer los fundamentos que permitan defender una postura contraria al reconocimiento de facultades dentro de la llamada «alta gestión» (78) a los administradores, podemos fundamentar tal clasificación en el espíritu que parece reflejarse a lo largo del articulado de la Ley de Sociedades Anónimas. Como ya quedó expuesto, tras una breve lectura de los preceptos que la componen, puede apreciarse la existencia de una serie de facultades que por su naturaleza escapan a la competencia de la administración social y que la propia Ley consagra encomendando su aprobación a la Junta General (79). Parece claro que el encasillamiento entre las competencias del órgano soberano de la sociedad de la mayoría de los actos que supongan una modificación estructural puede resultar indicativo de la voluntad legislativa a la hora de interpretar otras situaciones no reguladas positivamente. Sin llegar a aplicaciones analógicas, resulta correcto, a mi parecer, considerar estos preceptos como la base interpretativa para excluir de la competencia de los administradores la realización de todos aquellos actos que por su trascendencia puedan afectar seriamente a la estructura social (80).

En refuerzo de lo expuesto y como un segundo criterio interpretativo que permita alejar de las competencias del órgano de administración la «alta gestión social», hay que poner de manifiesto las dificultades que plantea la propia naturaleza jurídica de la administración de las sociedades en punto

(77) Tal dicotomía no debe ser entendida en función de la cuantía económica de la operación, sino de la trascendencia que tal acto tenga para la vida social. En este sentido, FERRI, *Le società*, Torino, 1985, págs. 655 y sigs.

(78) Como ya ha señalado el profesor OLIVENCIA («Tendencias...», *RGD*, diciembre 1994) al referirse a las mal delimitadas competencias de la Junta, «la solución prudente contrapesar los poderes de dirección y el poder de la Junta General, reduciendo considerablemente la competencia de ésta y excluyendo de tal competencia todos los asuntos propios de la gestión ordinaria social». Con ello parece que el autor se inclina a su vez por excluir de la competencia de los administradores todos aquellos actos que excedan de tal gestión ordinaria.

(79) Muchos de estos actos han sido ya regulados en la Ley (fusión, escisión, disolución, etc.), quedando no obstante otros (cesión de activos, por ejemplo) que ante la falta de un criterio general aplicable a la materia plantean numerosos problemas prácticos, ya que con independencia de las acciones contra los administradores con que cuenta la sociedad, ésta queda vinculada debiendo responder de unas obligaciones no deseadas.

(80) El profesor ESTEBAN VELASCO, en la misma línea, defiende como límite competencial a los administradores la determinación de la estructura y organización económica y jurídica de la sociedad. *Vid.* «La estructura orgánica de la sociedad», en *Revista de Sociedades*, Aranzadi, Madrid, 1994, número extraordinario, pág. 396.

a buscar soluciones conciliadoras entre ésta y la denominada actividad extraordinaria del ente. Al concebir la labor gestora de los administradores como la actuación tendente a la dirección de los negocios sociales que asegure el desenvolvimiento de la actividad social para la consecución de los fines propuestos, se deja patente que el órgano de administración debe tener claras limitaciones competenciales (81). La sociedad nace con un fin propuesto y unos medios para ello, siendo los administradores los que a través de una gestión de los mismos consigan los fines establecidos. El órgano administrativo ha de someter su gestión siempre al fin propuesto, no pudiendo, en líneas generales, desviarse del mismo (82). Por ello se opta por la aplicación de un criterio teleológico y si bien puede admitirse que los actos del órgano administrativo de la sociedad se desvíen del fin fijado, parece claro que dicho desvío ha de ser de tal moderación y marginalidad que no comprometa la preponderancia del fin social. Admitir la posibilidad de que el órgano de administración pueda llevar a cabo un acto que pudiera poner en peligro seriamente la estructura de la sociedad implica, con independencia de los resultados, un grave riesgo en lo que a la realización de los fines establecidos se refiere. Puede ser que en ocasiones responda a razones de política económica, pero el grave atentado o su potencialidad contra la estructura social que los mismos suponen, con el consiguiente riesgo para el logro de los objetivos de la sociedad, debe alejarlos de las competencias de los administradores, en un intento de no llevar a la sociedad a una desprotección total.

2. *Competencias en materia de representación de los administradores*

Determinado el criterio para delimitar las competencias de los administradores, no excluidas legalmente, interesa analizar ahora las competencias de los mismos en lo relativo a la representación social. Como ya quedó expuesto, como consecuencia de la personalidad jurídica del ente los administradores —en tanto que órgano de representación de la misma (ex art. 128 de la LSA)— se encuentran facultados para representar a la sociedad frente a terceros en todo tipo de actos, con independencia de su inclusión o no en el objeto social. Sin embargo, en nuestro Derecho esta facultad representativa global del órgano de administración no es

(81) En este sentido, RRDGRN de 22 de julio de 1991 (Ar. 5446) y 11 de marzo de 1992 (Ar. 2884).

(82) Como ya fue puesto de relieve por SUÁREZ LLANOS, siguiendo al autor italiano MINERVINI, «el objeto social (fin y medio a la vez respecto de la consecución del fin último) es la órbita funcional en que el administrador ve encerrada toda su actividad de administración», *RDM*, 1962, pág. 61

óbice para que se limiten, bien legalmente o bien estatutariamente, las competencias representativas de los administradores. El precepto relevante en la materia objeto de análisis es, como ya quedó expuesto, el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas. En él, no sin dificultades interpretativas, se sigue la orientación dada por la Directiva CEE sobre la materia. Ha sido este un tema muy debatido en el Derecho comparado, sobre todo en aquellos ordenamientos de corte latino o anglosajón, debido fundamentalmente a las dificultades en conciliar el amplio margen que, fruto del peso de las viejas teorías sobre el mandato, se había dejado a la autonomía de la voluntad a la hora de configurar el ámbito competencial de los administradores y el marco legal de facultades representativas que como consecuencia de los postulados comunitarios se imponía.

El ensanchamiento de los mercados y la consiguiente agilización de las relaciones comerciales pusieron de manifiesto que toda limitación estatutaria establecida con el objeto de llevar a cabo la defensa a ultranza de los intereses de los socios suponía un obstáculo al libre desenvolvimiento de la sociedad en el tráfico jurídico, a la vez que una tremenda inseguridad para los terceros contratantes que no gozaban de plenas garantías a la hora de contratar a fin de saber si el acto entraba dentro de la esfera de actuación de los administradores o no, obligándoles a tomar excesivas medidas preventivas. Además, se ponía de manifiesto que lo que con tal política legislativa se pretendía tutelar se desvanecía, ya que en múltiples ocasiones los socios se veían perjudicados al no poder concluir negocios muy ventajosos para ellos debido a las trabas y dilaciones que conllevan los límites estatutarios a la representación.

Como ya dijimos, la Directiva comunitaria consciente de las dificultades planteadas se ha decantado —al margen de la posibilidad que ofrece a los distintos ordenamientos nacionales de conservar las diferencias técnicas en torno al significado del objeto— por una búsqueda como objetivo primordial de la protección eficaz de los terceros, proponiendo para ello la instauración de un ámbito típico e inderogable de las facultades de actuación de los administradores.

Nuestro Derecho, que ha hecho uso de la posibilidad de mantener el objeto social como límite (83), ha incorporado los postulados comunitarios a través de un precepto que ha sido objeto de duras críticas, llegando incluso algún sector de la doctrina a afirmar la existencia de una mala

(83) Como ya ha sido puesto de manifiesto por el profesor SÁNCHEZ CALERO, «el objeto social sigue siendo definitivo a la hora de delimitar el ámbito de poder de representación de los administradores». Vid. «Administradores», tomo IV de los *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. SÁNCHEZ CALERO), Edersa, Madrid, 1993, pág. 144.

transposición de la Directiva comunitaria (84). Sin embargo, el origen de toda esta confusión parte de la mala redacción dada a la norma (85). El legislador apegado a su tradición jurídica habla en el párrafo primero de representación, circunscribiéndola al conjunto de actos comprendidos en el objeto social y delimitado en los Estatutos, para admitir en el punto segundo la atribución global del ejercicio de las facultades representativas de la sociedad a los administradores, con independencia de las limitaciones estatutarias. Como una interpretación literal del precepto nos llevaría a soluciones contradictorias, hemos de intentar buscar respuestas conformes con los intereses en juego y con el derecho comunitario inspirador. En esta línea, podemos decir que lo que el legislador español ha pretendido introduciendo el párrafo primero del mencionado artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas es limitar las competencias representativas de los administradores, por así decirlo, el «poder» conferido a los mismos para actuar en el tráfico frente a terceros (86). Por otra parte, en el párrafo segundo del precepto lo que se consagra es el marco legal de actuación externa de la sociedad, cuyo ejercicio corresponde a los administradores como consecuencia directa de las exigencias comunitarias. Aunque los administradores no sean competentes para actuar frente a terceros, en función de lo establecido en los Estatutos, se protege la seguridad en el tráfico a través de la apariencia. Son dos planos distintos —interno y externo— de la misma realidad social que confluyen o se contraponen en función del tipo de acto realizado.

Se comprueba, pues, cómo nuestro legislador a la vez que cumple con las exigencias comunitarias sigue, fiel a la tradición jurídica latina en la que se encuentra inmerso, apegado al objeto social. Pese a que, como ya ha señalado el profesor SÁNCHEZ CALERO (87), se ha producido un notable acercamiento al sistema germánico inspirador de la norma comunitaria,

(84) La deficiente redacción del precepto ha llevado a algún sector doctrinal a defender la existencia de contradicciones entre los dos párrafos del artículo. En este sentido. EMBID, «La validez de las obligaciones sociales», en *Reforma del Derecho español de sociedades* (dir.: A. ROJO), Madrid, 1987, pág. 61. Algún autor habla incluso de incumplimiento por parte del Estado español a la hora de regular la materia. Vid. ROLDAN RODRÍGUEZ, A., «El objeto social en las sociedades anónimas, los actos *ultra vires* y la calificación registral», *RCDI*, núm. 606, 1991, págs. 1887 y sigs.

(85) Puesta de manifiesto por autores como E. POLO, «Los administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima», en *Comentario...* (dirs.: URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA), Civitas, 1992, pág. 174. En la misma línea, BELTRÁN, *RDBB*, 1988, pág. 356.

(86) Uno de los problemas que se pudieran plantear en relación a estas competencias representativas es el de si hemos de atender como imperativa la norma que las circunscribe al objeto social o si, por el contrario, se permite que los socios faculten estatutariamente a sus administradores para realizar actos ajenos al objeto social.

(87) Vid. «Administradores», en *Comentarios...*, pág. 144.

nuestro Derecho ha optado por el mantenimiento del objeto social como límite a la actuación de los administradores, con las dificultades que esto conlleva. Con independencia de que la fórmula adoptada pueda resultar satisfactoria, tal vez hubiese sido más correcto que nuestra Ley abandonase esa referencia al objeto social para decantarse por un sistema como el alemán, sistema que, por otra parte, es, como ya señaló el profesor GARRIGUES (88), el que mejor protege los intereses del tráfico, ya que a la vez que consagra la seguridad jurídica de los terceros contratantes tutela los intereses de los socios frente a posibles abusos.

Dado que la solución adoptada no ha sido ésta y que nuestro Derecho se decanta por conservar —en determinados supuestos— el objeto social como límite externo a la actuación de los administradores, se pone de relieve la existencia de distintas categorías de actos en función de su vinculación con el objeto social (89). Por ello, resulta de utilidad, por ser uno de los puntos clave de la resolución comentada, hacer una clasificación de los distintos actos que los administradores pueden realizar determinando las consecuencias jurídicas que conforme a nuestro ordenamiento a estos actos se anudan (90).

2.1. Actos comprendidos en el objeto social

Como ya expuso el profesor ESTEBAN VELASCO, el objeto social en los países de tradición latina como el nuestro se erige en mención esencial, casi constitucional (art. 9 LSA). Tal vez por ello sea por lo que el legislador español —haciendo uso de la libertad establecida en la normativa comuni-

(88) GARRIGUES-URÍA. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo II, Madrid, 1976, pág. 445.

(89) Como ya ha puesto de relieve el profesor SÁNCHEZ CALERO, «el objeto social sigue siendo definitivo a la hora de delimitar el ámbito de poder de representación de los administradores». *Vid.* «Administradores», en *Comentarios..*, pág. 144. El objeto social en nuestro Derecho sigue conservando una extraordinaria importancia como criterio orientador en la adecuación de los administradores a la hora del cumplimiento de sus deberes, como de la eventual responsabilidad de los administradores.

(90) Esta clasificación, no obstante, ha sido criticada por algún sector doctrinal, que defiende la conveniencia de utilizar como mejor criterio de clasificación de los actos realizados por los administradores la instrumentalidad de los mismos respecto del objeto social. *Vid.* ROLDÁN RODRÍGUEZ, en GARCÍA GARCÍA, J. M., *RCDI*, núm. 606, 1991, pág. 1901. Parece claro que este criterio, de origen italiano, puede ser muy útil a la hora de encuadrar un acto de los administradores dentro o fuera de la esfera de sus competencias, pero no por ello ha de sustituir a la clasificación tradicional entre actos incluidos y actos excluidos del objeto social, ya que ambos criterios clasificatorios operan en ámbitos diferentes. *Vid.* SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, «El objeto social. .», págs. 239 y sigs., P. AVILA NAVARRO, *RCDI*, núm. 599, 1990, págs. 107 y sigs.

taria— sigue considerándolo como límite al poder de representación de los administradores (91). Sin embargo, la solución no resulta tan convincente, ya que los argumentos que servían de base para su mantenimiento se han desvanecido como consecuencia de las necesidades económicas y jurídicas (92). Las funciones inicialmente asignadas al objeto social tanto de elemento de control de la actividad de los administradores como de garantía para los socios —al permitirles tener la máxima certeza de la actividad de la sociedad— han perdido con la nueva regulación la importancia que tenían. El moderno tráfico económico ha hecho necesario que se eliminen las trabas estatutarias a las facultades representativas de los administradores, debilitando en gran medida el poder de control que sobre las operaciones tenían los socios. Frente al tercero de buena fe, los actos realizados por los administradores —aún no deseados por los socios— obligan a la sociedad, quedándoles a los socios en el ámbito interno tan sólo la acción de responsabilidad (93) por los posibles daños causados. Por ello, ante la dilución de la importancia práctica del objeto social, quizás lo más oportuno hubiera sido, en conexión con la economía moderna, restarle trascendencia, con lo que se eliminarían muchas de las dificultades suscitadas con motivo de la clasificación de los actos en función de su inclusión o no en el objeto social.

(91) Ha sido muy discutida en la doctrina la cuestión de si el objeto social constituye un límite mínimo o máximo al poder de representación de los administradores. El problema se centra en si el artículo 129 establece un marco típico inderogable o si se admite una ampliación de las competencias del órgano administrativo en los Estatutos. La mayoría de la doctrina se ha inclinado por no admitir las cláusulas ilimitadas de atribución (que supondría adoptar estatutariamente una situación similar a la alemana no querida por la Ley). Las razones expuestas a la negación de tales cláusulas se basan en la inseguridad que éstas conllevan al posibilitar la indeterminación del objeto, a la vez que pueden suponer un cambio encubierto de objeto que pudiera perjudicar notablemente al socio al sustraerle el derecho de separación que le otorga el artículo 147 LSA. Sin embargo, la mayoría considera que nada impide admitir el otorgamiento de facultades para operaciones concretas. Esta parece ser también la posición de la DGRN, que en distintas resoluciones ha venido admitiendo tal posibilidad. En este sentido, RRDGRN de 24 de abril de 1980 (Ar 1608) ó 10 de septiembre de 1991 (Ar 6233). En nuestra doctrina, *vid* respecto del tema ESTEBAN VELASCO, en AA.VV., *Reforma*, págs. 434 y sigs.; POLO, E., «Los administradores...», en *Comentarios* ..., tomo VI, págs. 175 y sigs., o recientemente SÁNCHEZ CALERO, F., «Administradores», en *Comentarios* ..., pág. 156.

(92) Esto ha llevado a que algunos autores, como G RIPERT o R ROBLOT, hayan defendido la existencia de un verdadero «declin» de la noción de objeto social. *Traité de Droit Commercial*, tomo I, 13 ed., pág. 583.

(93) El recurso al objeto social como instrumento de control se ve notablemente debilitado, puesto que si el administrador realiza cualquier acto ajeno al objeto social, no deseado por los socios del que no se derive para ellos perjuicio, la sociedad quedará igualmente obligada. La única vía, y en ocasiones realmente insuficiente, con la que cuentan los socios es la acción de responsabilidad. *Vid* E POLO, «Los administradores», en *Comentarios* ..., (dirs. URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA), CIVITAS, 1992, págs. 279-313.

Una de estas dificultades planteadas con referencia al objeto social es la de delimitar *a priori* cuándo un acto está incluido en el objeto y cuándo no (94), máxime cuando el propio Reglamento del Registro Mercantil prohíbe la inclusión en los Estatutos de largas listas de actividades, en muchas ocasiones conexas entre sí o necesarias entre ellas (95). Pero es que además, y en refuerzo de esta complicación, hay que destacar que muchas veces razones de política social aconsejan tomar decisiones en un principio ajenas al objeto, revelando en última instancia una instrumentalidad respecto de éste muy beneficiosa para la sociedad. Son los denominados actos neutrales o polivalentes (96), cuya sumisión al régimen de los actos incluidos —en virtud de su instrumentalidad respecto de este— pone de relieve, una vez más, lo innecesario del apego al objeto de la sociedad. No es posible buscar criterios generales (97) que nos den la pauta orientadora para determinar cuándo un acto es conforme al objeto social o cuándo deba ser excluido, obligando el sistema a acudir a la casuística (98) cada vez que los administradores realizan un acto para la determinación de las posibles responsabilidades. Por ello, tal vez hubiera resultado más coherente con los objetivos perseguidos un abandono de la referencia del objeto frente a terceros, ya que la validez del acto no incluido no depende solamente de que éste se encuentre o no vinculado con el objeto social, sino que el criterio se traslada a la buena o mala fe del tercero (99).

La solución, a mi juicio, no convence, ya que ante los frecuentes casos de administradores insolventes la sociedad verá en múltiples ocasiones frustrados sus intentos de reparación.

(94) Dificultad puesta de relieve por la propia DGRN en su Resolución de 11 de marzo de 1992 (Ar. 2884), en la que el órgano directivo expone que «la conexión de un acto con el objeto social no es sencilla de determinar, en general y *a priori*, y escapan ordinariamente a la actividad calificadora de los Estatutos».

(95) *Vid.* artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil

(96) *Vid.* en este sentido RRDGRN de 2 de octubre de 1981 (Ar. 4081) y 12 de mayo de 1989 (Ar. 4053).

(97) *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., «Administradores», en *Comentarios ...*, pág. 146.

(98) Dadas las dificultades de encontrar una solución con carácter general, la doctrina viene ofreciendo un criterio interpretativo basado en la existencia o no de una relación potencial de instrumentalidad entre acto y actividad como medio más adecuado para dar respuesta a la inclusión de un acto dentro de la esfera del objeto social. En este sentido, RRDGRN de 2 de octubre de 1981 (Ar. 4081) y 11 de febrero de 1983 (Ar. 1089). *Vid.* también ESTEBAN VELASCO, «La representación en la sociedad anónima», en AA.VV., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 437.

(99) Además, las funciones tradicionalmente asignadas al objeto social pudieran verse satisfechas igualmente sin necesidad del mantenimiento de este límite externo a través de un correcto sistema de control y responsabilidades.

2.2. Actos ajenos al objeto social

Puestos de relieve los principales problemas que los actos incluidos en el objeto social plantean, resultan de interés abordar ahora el no menos conflictivo tema de los denominados actos ajenos al objeto social. Tales actos, que en la resolución comentada no son objeto de un tratamiento claro por parte de la DGRN, han dejado abierta la posibilidad a múltiples interpretaciones. El órgano directivo, en sus fundamentos, admite la validez de los actos incluidos en el objeto social ampliándolo a los actos neutros o polivalentes, pero no hace referencia alguna a las consecuencias jurídicas de los actos que no presentan vinculación con el objeto. Este tipo de actos son, por su parte, los que más han enfrentado a la doctrina, puesto que la solución adoptada respecto de los mismos implica en última instancia la determinación de la posición jurídica que los distintos sectores doctrinales postulan de los administradores (100).

Al igual que sucede con relación a los actos incluidos en el objeto social, la primera de las dificultades que se plantean en torno al tema es la de determinar cuándo un acto puede ser considerado extraño (101). Sin embargo, la dificultad es mayor que en el supuesto de los actos incluidos, puesto que a pesar de aplicar para su determinación el criterio hermenéutico de la instrumentalidad respecto del objeto existen muchos supuestos que aunque aparentemente no tengan ningún vínculo con la actividad descrita en los estatutos sociales son fruto de una política comercial en última instancia muy beneficiosa para los objetos perseguidos (102). Resulta evidente, pues, la dificultad de encontrar soluciones satisfactorias a la primera de las cues-

(100) Determinar las consecuencias jurídicas anudadas a este tipo de actos implica dar solución a los problemas que las facultades representativas de los administradores plantean. Destacan fundamentalmente dos corrientes doctrinales, distinguiéndose entre los que no conceden plena autonomía para vincular a la sociedad en actos que claramente se extralimiten del objeto social (*vid.*, entre otros, AVILA NAVARRO, P., en *RCDI*, 1990, núm. 599, pág. 108; GARCÍA GARCÍA, *RCDI*, 1991, núm. 606, pág. 127; GIMÉNEZ DUART, *RJN*, julio-septiembre 1992, pág. 270) y aquellos otros que siguiendo una interpretación más acorde con el artículo 129.2 defienden la facultad de los administradores para vincular a la sociedad, con independencia de que el acto esté o no incluido en el objeto social. *Vid.* ESTEBAN VELASCO, «La representación...», en *Reforma...*, pág. 431; E. POLO, «Los administradores...», en *Comentarios...*; ROLDÁN RODRÍGUEZ, *RCDI*, 1991, núm. 606, págs. 1887 y sigs., entre otros.

(101) Esta dificultad ha sido puesta ya de manifiesto por nuestra doctrina. *Vid.* SÁENZ, «El objeto...», pág. 243. Resultan también aplicables como criterio interpretativo la solución aportada por las RRDGRN de 2 de octubre de 1981 y 11 de febrero de 1983 (R. 1089).

(102) Como es fácil comprender, esta inseguridad a la hora de determinar cuándo un acto está incluido o no en el objeto social es fuente de múltiples problemas que hubieran encontrado solución a través de un abandono del excesivo apego al objeto social de nuestro legislador

tiones, que ante la falta de criterios generales ha de quedar nuevamente abandonada a la casuística.

Mayor interés ofrece, sin embargo, por ser objeto de la resolución comentada adentrarse en el estudio de las consecuencias jurídicas que para la sociedad tiene el acto declarado ajeno (103). Nuestra legislación, como ya ha quedado expuesto, ha perdido la oportunidad de despegarse totalmente del objeto social en lo que a representación de la sociedad se refiere. Muy al contrario, la solución adoptada por la Ley es la de, siguiendo un esquema puramente latino, decantarse por un régimen en el que el objeto social constituye un límite externo —si bien inoperante frente a terceros de buena fe— a la actuación representativa de los administradores. La solución ha sido duramente criticada al considerar algún sector doctrinal que la reforma, lejos de armonizar los intereses en juego ofrece una regulación insuficiente y confusa (104).

Conforme a la LSA, los actos realizados por los administradores dentro de sus facultades, con independencia de que sean o no ajenos al objeto social son válidos, y por lo tanto obligan a la sociedad. La sociedad anónima sólo podrá oponer el límite del objeto social en aquellos casos en que demuestre la existencia de la mala fe o culpa grave de los terceros. Con ello el eje fundamental para determinar la obligación de cumplimiento de la sociedad se desplaza, concretándose el criterio delimitador de la validez de los actos no sólo en la incompetencia de los administradores, sino también, y de forma muy principal, en el estado de conocimiento del tercero, con los problemas prácticos que tal solución conlleva (105).

(103) El supuesto planteado del préstamo hipotecario plantea serias dudas respecto a su inclusión o no en el ámbito del objeto social, ya que en múltiples ocasiones la solicitud de créditos constituye la única solución para poder realizar el mismo. La instrumentalidad respecto del objeto social es en ocasiones indiscutible y no parece que ante un supuesto de crisis se deba obligar a los administradores a convocar a la Junta para obtener autorización, ya que tal dilación puede resultar muy costosa para la sociedad. Sin embargo —y en coherencia con lo antes expuesto—, este criterio no puede ser mantenido con carácter general, ya que siendo la hipoteca un acto asimilable a los de disposición puede suponer un potencial riesgo para la estructura social. Por ello debiera discriminarse entre aquellos préstamos de escasa envergadura, para los que los administradores resultarían plenamente competentes, y aquellos otros que al gravar bienes de extraordinaria relevancia para la vida social pudieran resultar potencialmente atentatorios contra los fines propuestos, que deben quedar excluidos de las competencias del órgano de administración.

(104) Vid. AVILA NAVARRO, «La sociedad anónima ante el Registro de la Propiedad», *RCDI*, 1990, núm. 599, págs. 103 y sigs.; CANO FERNÁNDEZ, «Algunos aspectos de la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con el Registro de la Propiedad», *RCDI*, 1988, págs. 1316 y sigs.; SÁENZ, «El objeto. », pág. 237.

(105) Como ya ha puesto de manifiesto AVILA NAVARRO, «remítir la eficacia de un acto a la buena fe y ausencia de culpa del tercero es una invitación al litigio». *RCDI*, núm. 599, 1990, pág. 109.

Dado que el criterio adoptado por el legislador es el de considerar en principio válidos todos los actos realizados por los administradores frente a terceros, salvo la prueba de la mala fe de éstos —en los supuestos de extralimitación del objeto social—, interesa determinar qué es lo que se ha querido exigir con el establecimiento de la expresión «buena fe y sin culpa grave». El tema ha sido objeto del más profundo debate doctrinal, no llegándose, sin embargo, a soluciones uniformes (106). La cuestión de base que ha enfrentado a la doctrina es la de dilucidar si la actitud requerida al tercero se concreta en un mero conocimiento efectivo o si, por el contrario, se exige un plus de colusión similar al alemán. La solución nuevamente, ante la vaguedad del principio enunciado, ha de venir dada a través de una interpretación normativa comunitaria. En ella, el principal interés a tutelar es, sin duda, la seguridad en el tráfico, por lo que se pretende que los terceros en sus relaciones con la sociedad no estén sometidos a la inseguridad de una potencial declaración de ineficacia de sus actos por una extralimitación de los administradores que les es desconocida. Sin embargo, y en coherencia con lo expuesto, parece claro que si estos mismos terceros conocen o debieran conocer tal exceso del órgano de administración, la protección decaiga. Tal interpretación constituye, por otra parte, un criterio ya tenido en cuenta por el legislador español (107), a la vez que constituye una cláusula constante en el Derecho comunitario.

Pese a que la fórmula deja un amplio margen de apreciación a los Tribunales, ya que ante supuestos litigiosos deberán tener en cuenta las circunstancias aplicables al caso concreto para determinar la posición del tercero respecto de la sociedad, es esta una posición que, como afirma el profesor VICENT CHULIÁ (108), resuelve muchos de los problemas que en otros ordenamientos han sido planteados (109). La buena fe se configura aquí como un desconocimiento subjetivo, mientras

(106) Vid. ARANGUREN, F. J., y A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES. «La representación de la sociedad anónima», en *Estudios sobre la sociedad anónima* (dir. J. GARRIDO DE PALMA). CIVITAS, 1991. pág. 236; CANO FERNÁNDEZ, RCDI, 1990. pág. 1077. En contra, ESTEBAN VELASCO, «La representación.», en AA.VV., *Reforma*, pág. 441; E. POLO, «Administradores.», pág. 188, entre otros.

(107) Vid. la interpretación dada del artículo 217 de la Ley de Sociedades Anónimas ILLESCAS ORTIZ, «Las cuentas anuales de la sociedad anónima», tomo VII, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dirs.: URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA), pág. 285; GARCÍA-CRUCES, *Diviendos a cuenta*, págs. 154 y sigs.

(108) *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo I, vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 1991, págs. 630 y sigs.

(109) ESTEBAN VELASCO ofrece una completa descripción de las distintas posiciones adoptadas por los ordenamientos comunitarios. Vid. «Organización.», en *La reforma...*, AA.VV., Madrid, 1987, págs. 416 y sigs.

que la ausencia de culpa grave implica que no se ha omitido la diligencia objetiva exigida en el tráfico, recogiendo así la idea inspiradora comunitaria.

2.3. Actos contrarios al objeto social

La delimitación de los actos contrarios al objeto social como categoría especial incluida en el ámbito más amplio de los actos ajenos tiene su origen en la doctrina italiana y constituye un tema de enorme trascendencia en punto a las posibles repercusiones negativas que la realización de tales actos puede tener para la sociedad. Tradicionalmente, este tipo de actos ha sido dividido en dos grandes categorías, distinguiendo dentro de la categoría de actos contrarios al objeto, por un lado, aquellos que comportando una actuación en contra de lo establecido en el objeto social (*actos contrarios* en sentido restringido) no imposibilitan la realización del mismo, y por otro lado, un segundo grupo de actos formado por aquellos que por su naturaleza constituyen un claro freno al desarrollo de la actividad económica llevada a cabo por la sociedad. Son los denominados *actos negatorios*, también mal llamados *actos liquidatorios* (110).

A) Dentro de la categoría específica de actos en contra del objeto social, surgen en primer lugar, al igual que con el resto de las categorías de actos establecidas, los problemas de delimitación de estos actos, que ya han quedado expuestos anteriormente. Bajo una concepción de la sociedad como ente que solamente persigue fines lucrativos, se ha venido incluyendo entre estos actos aquellos que son realizados a título gratuito (111). Sin embargo, este argumento ha perdido toda su fuerza. Configurada la sociedad anónima como un tipo neutro que puede ser utilizado para los más diversos fines, parece claro que no siempre los actos a título gratuito contradirán el objeto social en los estatutos, y aun en el supuesto de que lo hicieran puede que estos actos respondan a razones de política comercial. Por ello, no creo que tales actos deban ser tratados de forma distinta a la del resto de los actos ajenos al objeto social. El único supuesto en que pudieran tener un tratamiento jurídico distinto tales actos sería aquel en el que el acto impida realizar los objetivos perseguidos por la sociedad, en cuyo caso, con independencia de la buena fe o mala fe del tercero, los

(110) Vid. SÁENZ, *El objeto.*, pág. 247.

(111) Vid en este sentido ARANGUREN URRIZA y FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, «La representación de la sociedad anónima», en AA.VV., *Estudios sobre la sociedad anónima* (dir. GARRIDO DE PALMA), CIVITAS, 1991, págs. 232 y sigs.

socios se encontrarían legitimados para ejercitar la impugnación del tal acto en defensa de los intereses sociales (112).

B) Respecto de los «actos liquidatorios», resulta interesante traer a colación lo expuesto en relación a las competencias de los administradores. Como dijimos, nuestra Ley no presenta claridad al respecto, debiendo ser la naturaleza del acto y una interpretación armonizadora de los preceptos del cuerpo legal los que nos den la pauta para resolver las cuestiones propuestas. Así, en coherencia con la distinción entre actos de gestión ordinaria y actos de gestión extraordinaria como delimitadores de las competencias «naturales» de los administradores, parece claro que este tipo de actos escaparían a la esfera competencial del órgano de administración, quedando su validez condicionada a la posible ratificación o impugnación por los socios (113).

3. EL CONTROL NOTARIAL O REGISTRAL DE LOS ACTOS REALIZADOS POR LOS ADMINISTRADORES

Determinadas las consecuencias jurídicas anudadas a los distintos actos concretos realizados por los administradores, es preciso abordar, siquiera brevemente, una de las cuestiones que más dividida tiene a la doctrina y que puede ser fruto de la posible colisión existente entre la práctica notarial y registral y el alcance que debe darse al artículo 129 LSA (114). La cuestión

(112) Nuestra Ley no prevé el supuesto ya que, según la misma, sólo sería impugnabile la validez de los actos extraños al objeto realizados con un tercero de mala fe. Sin embargo, creo impugnables también aquellas actuaciones de los administradores que, manifiestamente contrarias al objeto social, pueden poner en peligro la propia existencia de la sociedad. En cuyo caso la acción de responsabilidad contra los administradores resulta claramente insuficiente. La Resolución de la DGRN de 22 de noviembre de 1991 (Ar. 8637) admite la validez de los actos contrarios siempre que su moderación y marginalidad no comprometan la preponderancia del objeto perseguido. Parece, pues, que si la comprometiese el acto sería impugnabile.

(113) El tratamiento, a mi juicio, ha de ser diferente al de los actos que exigen autorización previa de la Junta General. La exigencia del consenso de la Junta General depende de la naturaleza del acto y no de un requisito legal, por lo que perfectamente puede darse el caso de que el acto sea realizado sin el consentimiento de los socios (debido a que nadie va a velar por una legalidad inexistente) y que *a posteriori*, enterados de la actuación de los administradores, decidan convalidarlo o impugnarlo en función de sus intereses.

(114) Notarios y Registradores han puesto de relieve los problemas prácticos que se les presentan en relación con las facultades representativas de los administradores, optando la mayoría por una aplicación cautelar del artículo 129, contraria, en mi opinión, a los postulados comunitarios. *Vid* en este sentido AVILA NAVARRO, *RCDI*, núm. 599, 1990, pág. 109. GARCÍA GARCÍA, *RCDI*, núm. 606, 1991, pág. 1927; GIMÉNEZ DUART, *RJN*, julio-septiembre 1992, pág. 270. En el mismo sentido, SÁENZ, «El objeto...», pág. 237. En contra, ROLDÁN RODRÍGUEZ, *RCDI*, 1991, núm. 606, págs. 1887 y sigs., E. POLO, «Los administradores...», en *Comentarios* ., pág. 184, entre otros.

se centra en determinar la posición que Notarios y Registradores han de adoptar frente a actos realizados por los administradores de una sociedad anónima que supongan una extralimitación a sus competencias.

En este sentido, no faltan autores que postulan la intervención de estos profesionales del Derecho para poder impedir, o cuando menos exigir, determinadas garantías a la actuación del órgano de administración de la sociedad, partiendo de una concepción —como consecuencia de la inercia de la práctica anterior a la Ley de 1989— de un poder de representación de los administradores circunscrito —en su eficacia— a los límites del objeto social. Por consiguiente, para todos los actos que impliquen una extralimitación del mismo, los Notarios y Registradores deberán de requerir a los administradores para que acrediten sus facultades en un intento de evitar que sean inscritos actos potencialmente susceptibles de impugnación (115).

Si bien la solución a la que llegan estos autores parece que responde a dificultades prácticas planteadas y a la prudencia que tradicionalmente ha caracterizado a tan prestigiosos profesionales, no creo, por otra parte, que tal interpretación responda a los postulados comunitarios conforme a los que nuestro ordenamiento ha de ser interpretado. Como ya quedó expuesto, el legislador español —siguiendo cánones comunitarios— establece en defensa de los terceros un sistema basado en la apariencia, concediéndole a los administradores un ámbito de representación *legal* ilimitado e ilimitable. Conforme a esto, todo lo realizado por los administradores frente a terceros es válido, con independencia de que se extralimiten en sus competencias estatutarias. La regulación interna vía estatutos supone tan sólo el contrapeso que la Ley concede a la sociedad para que pueda —en virtud de lo libremente pactado— exigir las correspondientes responsabilidades a los

(115) Autores como el ya citado AVILA NAVARRO (ver *RCDI*, núm. 599, 1990, pág. 109, o *La Notaría*, nov 1990, pág. 12) han puesto de relieve las dificultades que la introducción del artículo 129 ha supuesto para la práctica registral. Considerado como una fuente de litigio al quitar al Registro Mercantil la presunción de público conocimiento, defiende el autor la necesidad de que la actuación del Registrador sirva de «filtro» para evitar la inscripción de actos claramente extralimitados del objeto social. J. M. GARCÍA GARCÍA, en la misma línea, argumenta que la solución de inscribir que ya se anulará está claramente en contra del sistema registral español. *Vid.* «En torno a la polémica Avila-Roldán sobre el artículo 129 de la nueva Ley de Sociedades Anónimas», *RCDI*, núm. 606, Madrid, 1991, pág. 1887. Respecto a la actuación de los Notarios, GIMÉNEZ DUART, T., en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 3, julio-septiembre 1992, pág. 243, considera incorrecto de todo punto dotar de forma pública actos bajo sospecha. «El Notario no puede convertirse, en absoluto, en dispensario de buena fe para los terceros ni convalidar actuaciones ilícitas». Destaca también la obra de SAENZ, *El objeto...*, pág. 274, que si bien se decanta por la primacía del principio de legalidad, éste debe ser objeto de una interpretación progresiva admitiendo la inscripción, salvo en aquellos supuestos en los que el acto fuera indiscutiblemente ajeno al objeto social

administradores sin que éstas afecten en nada a la validez del negocio celebrado con el tercero. Recuérdesse el tenor literal del artículo 129.2 LSA, conforme al cual «la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social». Como complemento de lo expuesto el legislador español, haciendo uso de la facultad conferida en el precepto comunitario, articula un régimen que permite a la sociedad, ante supuestos de mala fe o culpa grave del tercero, instar la declaración de ineficacia *ante el Juez* en un intento de evitar que se protejan situaciones no deseadas. Con ello se comprueba que la validez de los actos realizados por los administradores de la sociedad no viene determinada por la cláusula del objeto social que consta en los estatutos, sino que aquélla viene predispuesta por la propia Ley. Y a estas afirmaciones no se opone la posible y, en todo caso, posterior declaración judicial de ineficacia de un concreto acto por cumplirse los requisitos predispuestos en el citado artículo 129 LSA, ya que tales actos y su validez quedan sujetos al control judicial.

El problema viene, a mi juicio, del excesivo apego a la teoría de la representación existente a la hora de entender las relaciones administrador-sociedad. El objeto social ha de ser entendido como el conjunto de actividades que la sociedad desea realizar para alcanzar el fin social, pero nunca como el contenido de un mandato. El principio de legalidad que preside la actuación de Notarios y Registradores no les obliga a comprobar si el acto a realizar o que se presenta a inscripción ha de responder a lo establecido en los estatutos de la sociedad, sino que la legalidad hay que buscarla en el ámbito ilimitado e ilimitable de facultades conferidas a los administradores en el propio artículo 129 LSA (116). La verificación de los requisitos que, con carácter necesario, requiere el citado precepto a fin de entender la ineficacia del acto excede de la competencia de Notarios y Registradores, pues se confía a la autoridad judicial.

Por ello y pese a que la solución, como afirma AVILA NAVARRO, sea fuente de numerosos litigios (117), parece que ésta es la que mejor casa con

(116) *Vid* en la misma línea E. POLO, «Los administradores .», en *Comentario...*, pág. 184.

(117) Pese a que en múltiples ocasiones las actuaciones de los administradores supongan un claro exceso de poder, no que obliguen a la sociedad a acudir a los Tribunales en demanda de impugnación de la validez del acto, no parece que la actuación de Notarios y Registradores haya sido la deseada. Tal vez tales problemas hubiesen encontrado mejor solución con el establecimiento de un sistema de distribución competencial que facilitase un mayor control de la actividad de los administradores. Muy distinta es la solución propugnada por un determinado sector doctrinal que considera que la introducción de la Ley de 1989 ha trastocado la función de los Registradores desembocando en un sistema de «Kautelarjurisprudenz»: por ello pide una modificación

las ideas comunitarias inspiradoras y, sobre todo, conlleva un *plus* de seguridad del tráfico. La introducción de un control notarial o registral —aunque en ocasiones puede resultar adecuado para proteger a la sociedad— frente a posibles extralimitaciones de los administradores no sólo supone un freno a las relaciones del ente social con los terceros no querido por nuestro legislador (118), sino que implicaría además un debilitamiento del carácter ilimitado e ilimitable del poder de representación que corresponde —por Ley— a la administración social.

ALFREDO AVILA DE LA TORRE
Departamento de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca

del estatuto jurídico que le permita gozar del «imperium» o poder judicial que actualmente se encuentra reservado a Jueces y Tribunales. *Vid.* en este sentido VICENT CHULIÀ, F., en «La sociedad anónima ante el derecho comunitario europeo», en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 136 y sigs.

(118) Como afirma el profesor POLO, «¿de qué ha servido establecer legalmente la vinculación de la sociedad y la eficacia frente a terceros de los actos realizados por sus administradores incluso fuera del objeto social..., así como la ineficacia de las limitaciones estatutarias del poder aun cuando se hallen inscritas en el Registro Mercantil, si tales actos —plenamente válidos y eficaces desde todos los ángulos— no pueden tener acceso a éste u otros Registros por no estar comprendidos en los Estatutos? *Vid.* «Los administradores...», en *Comentarios...*, págs. 186-187.

La sociedad civil: su problemática en tráfico jurídico

(Un análisis jurisprudencial)

SUMARIO· I. INTRODUCCION.—II. LA JURISPRUDENCIA DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y DEL TRIBUNAL SUPREMO: A) INTRODUCCIÓN. B) EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. C) EL REGISTRO MERCANTIL. D) LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—III. PROBLEMAS ESPECIFICOS: A) SOCIEDAD CIVIL Y COMUNIDAD DE BIENES. B) LA PUBLICIDAD DE LA SOCIEDAD. LA PERSONALIDAD JURÍDICA.—IV. EL DERECHO COMPARADO: A) ITALIA. B) FRANCIA.

I. INTRODUCCION

Existen algunos casos de instituciones y figuras jurídicas que tuvieron en su momento una aplicación práctica normal, pero que por el devenir de los tiempos quedan desenfocadas o, mejor dicho, desfasadas y, quizá, faltas de eficacia práctica. Esta circunstancia puede venir determinada por diversos motivos: unas veces, la realidad social las supera y quedan como fósiles jurídicos que sirven para analizar antecedentes históricos que casi siempre se suelen exponer en la mayoría de las tesis doctorales o trabajos de erudición; otras veces, lo que ocurre es que el legislador no ha sabido ir adaptándolas creando nuevos contenidos y abriendo nuevas perspectivas e, incluso, realizando reformas que estuvieran en sintonía con las que practica en otros campos de diversas disciplinas jurídicas. A pesar de todo ello, y aunque estas primeras líneas pudieran ser aplicadas de forma rotunda y contundente a la sociedad civil, me niego a aceptarlo de esa forma y sin más análisis. Existe una tendencia actual a mercantilizar todo, y utilizo esta palabra en sus dos acepciones, pero fundamentalmente en la que más me interesa, que es la de ir mermando el Código Civil y, en general, las instituciones civiles en aras de lo que sacrosantamente se denomina especialidad mercantil o necesidades del tráfico jurídico mercantil. Ello, muchas

veces, no es más que una moda pasajera o más bien falta de imaginación jurídica. No voy a entrar aquí en la polémica civil-mercantil, que quizá no pudiera resolver mucho, pero sí quiero realizar y dejar constatado una declaración de principios en favor de las normas de contenido civil que han sido las bases del sistema jurídico en el campo del Derecho privado sobre todo, y en especial de las ramas sujetas a especialización como lo es la Mercantil.

Intentaremos en este trabajo dar virtualidad a lo anteriormente planteado como formulación de principios sirviéndonos de un hilo conductor: la jurisprudencia que sobre la sociedad civil ha ido elaborándose, centrándose en dos tipos perfectamente característicos como son las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, lo que se ha venido denominando la jurisprudencia registral, así como las del Tribunal Supremo. Con ello, creemos, se abarca un importante espectro que puede ser ilustrativo para mantener el hilo conductor. A raíz de esa revisión jurisprudencial iremos sacando los temas problemáticos y actuales en torno a la figura y que han sido estudiados por la Doctrina, así como en un trabajo anterior nuestro.

II. LA JURISPRUDENCIA DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) INTRODUCCIÓN

En este esquema jurisprudencial conviene distinguir aquellas resoluciones relacionadas directamente con los recursos planteados en materia mercantil de aquellos que directamente han afectado al Registro de la Propiedad, aunque no cabe la menor duda que ambos temas están íntimamente relacionados, ya que casi siempre, por no decir que siempre, se utiliza el mismo argumento denegatorio para oponer la inscripción en el Registro de la Propiedad, es decir, la falta de previa inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad civil o, en su caso, de lo que en apariencia se denomina sociedad civil.

B) EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

No existen muchas Resoluciones que directamente centren el tema de la sociedad civil. Ello puede ser debido, o bien a la no insistencia por parte de los notarios en este asunto a realizar recursos, o también a que en la

práctica no se planteen muchos supuestos, no porque no existan en la realidad cotidiana, sino más bien por el filtro previo que muchas veces se hace en los despachos notariales.

Vamos a hacer mención a una Resolución de 28 de junio de 1985 que toca en parte el problema que aquí indicamos (1). En dicha Resolución el Registrador denegó la inscripción de la compra de un local hecho por una sociedad civil cuyo objeto era la elaboración y comercialización de congelados agrícolas, ganaderos, marinos...; compraventa y reventa de productos congelados y de elementos industriales.

El Registrador basó su denegación en que el objeto de la sociedad, aunque se hubiera constituido civilmente, era de carácter mercantil, denominando a la misma dentro del grupo «de las sociedades de objeto mercantil atípicas». Apoyándose en el artículo 118 del Código de Comercio, esto suponía para él «la regular constitución de la sociedad, compañía mercantil»; asimismo sacaba a relucir el artículo 383 del Reglamento Hipotecario.

El Notario por su parte, al recurrir la nota del Registrador esgrimió diversos argumentos, centrados en torno a que la inscripción en el Registro Mercantil no es requisito exigible a las sociedades civiles. También el Notario establecía que así como el artículo 1.670 CC admite sociedades civiles por el objeto con forma mercantil, esto no excluía la inversa, es decir, sociedades civiles por la forma con objeto mercantil.

Por su parte, el Registrador vuelve a insistir en sus argumentos indicando que, efectivamente, el propósito de lucro es común tanto en las sociedades civiles como en las mercantiles, pero lo que diferencia a ambas sociedades será la clase de actos que realicen, según sean actos de comercio o no. El presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador.

Por último, la DGRN, al entrar en el fondo de la cuestión, lo centra diciendo: «La cuestión planteada es si puede inscribirse en el Registro de la Propiedad la adquisición de un inmueble de una sociedad no inscrita en el Registro Mercantil, porque aunque tiene objeto mercantil es, según pretende el recurrente, de carácter civil por su constitución». La Dirección sigue exponiendo: «Todo contrato por el que se constituye una sociedad cuyo objeto sea la realización de actos de comercio tiene consideración de actos de comercio, y por ello regulada en primer lugar en las disposiciones contenidas en el Código de Comercio; admite también el carácter imperativo de las normas mercantiles de las sociedades, no sustraíbles por la simple voluntad de los socios. Indica a continuación que aunque el contrato

(1) Reseñada y comentada en mi trabajo «La sociedad civil y su conexión registral». REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, julio-agosto 1990, núm. 599, págs. 165-166. Asimismo en el *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, núm. 112, abril 1990, págs. 645 y sigs.

de sociedad en el Código de Comercio es válido entre las partes como tal contrato cualquiera que sea la forma de celebración, sólo alcanza plenitud a efectos frente a terceros al otorgarse la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil. Para esta conclusión se apoya en distintos argumentos, como los de tipo histórico, del sistema jurídico general, en donde la inscripción en un Registro Público, a la vez que proclama oficialmente la legalidad de la constitución de la nueva entidad jurídica, proporciona la exigida publicidad a los pactos sociales». Por último, también hace referencia al artículo 383 del Reglamento Hipotecario.

Como ya indicamos en su momento (2), la Resolución se basa en el esquema general y clásico de inscripción previa en un Registro público para que luego la adquisición tenga acceso al Registro de la Propiedad. Argumentación que es lógica y clara para las sociedades mercantiles o, mejor dicho, con objeto mercantil. Pero, en cambio, no nos soluciona nada respecto a las sociedades civiles puras o incluso a las sociedades mixtas del artículo 1.670. Luego tendremos ocasión de volver sobre el tema al tratar de la publicidad de las sociedades civiles, pactos secretos, conexión con el Registro de la Propiedad...

Existe también una Resolución del Registro de la Propiedad de 5 de junio de 1953 relativa a los problemas planteados en la extinción de una sociedad civil, indicándose en la misma, entre otras cosas, que para rectificar la inscripción existente a nombre de la sociedad la demanda no debe dirigirse contra los componentes de la Junta directiva en su propio nombre, sino en nombre de aquella (3).

C) EL REGISTRO MERCANTIL

A continuación haremos mención a dos Resoluciones en materia mercantil que creemos tocan en parte la problemática de las sociedades civiles, su forma, la publicidad y la inscripción.

La primera Resolución es de 25 de abril de 1991 y trata de la inscripción en el Registro Mercantil de una posible sociedad civil denominada «Fons Club, sociedad civil». Presentada en el Registro Mercantil, el Registrador denegó la inscripción por el defecto insubsanable de no ser inscribibles en el Registro Mercantil las sociedades civiles (art. 81 del RRM). En este supuesto, el propio recurrente indica que el objeto de su sociedad es claramente mercantil y que por ello procede su inscripción en el Registro Mer-

(2) *Ob cit.*, pág. 166.

(3) Reseñada y comentada por FRANCISCO SENA FERNÁNDEZ en *Diccionario de Jurisprudencia Registral*, Editorial Cívitas, 2ª edición, 1992, pág. 461

cantil, y que, además, el artículo 81 del RRM no tiene un carácter exhaustivo o de *numerus clausus*, sino que hace referencia tan sólo a los que deben acceder al Registro Mercantil por obligación legal, ya que existen otras personas que son omitidas en el citado precepto y son sujetos de inscripción voluntaria, bastando citar al empresario individual. Por su parte, la DGRN da la razón al Registrador e indica que no se trata ahora de enjuiciar si es o no inscribible una sociedad civil por su objeto que adopta forma mercantil, sino si es inscribible una sociedad que es mercantil por su objeto y que del título presentado se conceptúa no obstante como sociedad civil. Indicando a continuación la Dirección que la naturaleza de los negocios y la consiguiente aplicación de las normas apropiadas no depende de la denominación que le den los sujetos; y si es objeto de la sociedad realizar actos de comercio, el contrato en sí de constitución es acto de comercio y la sociedad constituida está sujeta a las prescripciones mercantiles.

Como pequeño comentario indicaremos que si leemos el objeto social de esta sociedad no podremos llegar a ninguna conclusión acerca del carácter mercantil o civil del mismo. En los Estatutos, en el artículo 3, se dice: «El objeto social consiste en la obtención de ganancias mediante operaciones de giro y otras actividades lucrativas siempre que sean lícitas, permitidas y no reservadas por las leyes». Como podemos apreciar, ese objeto no nos dice nada; podría perfectamente encajar en el artículo 1.665 CC; además, la Dirección indica que para ver la naturaleza de un negocio no dependerá de cómo las partes lo denominen, y en cambio ella misma, para decir que la sociedad tiene objeto mercantil, apoya su tesis en el propio reconocimiento que de ello hace el recurrente en su exposición. Parece un pequeño contrasentido pero importante, ya que si el objeto hubiese sido calificado como civil, como ya se hizo con el nombre, hubiéramos tenido otro supuesto distinto y la Dirección tendría que haber entrado en directa sobre el acceso de las sociedades civiles puras en el Registro Mercantil.

En definitiva, lo que la Dirección dice es que si la sociedad mercantil, por su objeto, adopta forma civil no puede ser una sociedad civil, sino mercantil. El supuesto contrario es el del 1.670, relativo a las llamadas sociedades mixtas (4). En este caso el problema es el de sociedades civiles con forma mercantil permitidas por el propio artículo 1.670. En principio no debe haber ningún problema para su admisión. Lo que ocurre es que con posterioridad al Código Civil la legislación mercantil ha establecido la mercantilidad por razón de la forma, sea cual sea el objeto; así, por ejemplo, en las sociedades anónimas y en las limitadas, donde son mercantiles por el hecho de revestir esa formalidad.

(4) Vid. nuestro trabajo, *ob cit.*, pág. 157.

Como siguiente paso nos podríamos plantear el acceso al Registro Mercantil de las sociedades civiles puras. Nos remitimos al apartado y evolución histórica a ello relativo y, sobre todo, a la gran importancia que de ello se derivaría, sobre todo en aras de la seguridad del tráfico jurídico, adaptando la forma societaria civil a los tiempos actuales y dotándola de la publicidad adecuada en el tráfico jurídico.

A este respecto, y al hilo de la Resolución, AVILA ALVAREZ defiende la posibilidad de la inscripción de estas sociedades en el Registro Mercantil, ya que indica que la condena de la sociedad civil a la clandestinidad le confiere una dudosa y endeble personalidad jurídica, ya que, para él, cuando el artículo 1.669 hace referencia a las sociedades que no tendrán personalidad jurídica lo son todas aquellas que no se hayan inscrito en un Registro público, sin que pueda alegarse en contra la posible formalización en escritura pública porque el protocolo notarial es secreto para los terceros (5).

Discrepamos del razonamiento de nuestro docto compañero, ya que por esa vía en la actualidad ninguna sociedad civil pura y legalmente constituida tendría personalidad jurídica, ya que no tienen acceso al Registro Mercantil y a ningún otro Registro público previo para que conste la inscripción. Además de todo ello, creemos es equivocado el identificar en el artículo 1.669 CC los conceptos de personalidad jurídica con la inscripción en un Registro público, por ejemplo el Mercantil; eso no es lo que dice el Código cuando dota de personalidad a las sociedades civiles; otra cosa será, como ya hemos indicado en varias ocasiones, la conveniencia de que las sociedades civiles se inscribieran en el Registro Mercantil, por ejemplo, por razones de seguridad y de responsabilidad frente a los terceros; y no digamos nada cuando opera en el tráfico jurídico inmobiliario. De ahí que se quisiera por todos los medios buscar una vía moderna de solución que se adecue a las necesidades actuales y, sobre todo, que nos permita actuar a todos los profesionales con unas directrices seguras a la hora de aconsejar una u otra figura societaria, pero sobre todo que se despejen las dudas que ahora existen relativas a saber si el negocio jurídico en el que interviene la sociedad civil va a llegar a buen puerto y que en el tema del tráfico jurídico inmobiliario se va a traducir su acceso o no al Registro de la Propiedad cuando, por ejemplo, la sociedad civil adquiera un inmueble; esa postura ya la defendimos en su momento dando argumentaciones (6).

Por último, este autor citado (7) indica que para que tenga acceso al Registro de la Propiedad una inscripción de una finca a nombre de una

(5) AVILA ALVAREZ, PEDRO, *Comentarios de jurisprudencia registral*, Editorial Bosch, 1994, págs 139-140.

(6) *Vid* nuestro trabajo, *ob cit*

(7) *Ob cit*, pág. 140.

sociedad civil se debe calificar, en primer lugar, si se trata de una verdadera sociedad civil; que se haya constituido en escritura pública, puesto que las facultades de los socios gestores han de resultar de documento público, según resulta del artículo 1.280 CC; que se acompañe la escritura de constitución como expresión mínima de publicidad, y que se consignen en la inscripción los nombres de los socios como único medio de que sean conocidos por los terceros, y en especial por los acreedores particulares, que según el artículo 1.669 CC pueden pedir el embargo y remate de la parte del socio.

Como comentario a esta opinión doctrinal, nos parece positivo que este autor, a pesar de lo que manifiesta sobre la publicidad de la sociedad civil, no haga ninguna exigencia relativa a la inscripción previa en el Registro Mercantil para poder acceder al de la Propiedad. En general, coincidimos con las exigencias por él planteadas para que la adquisición tenga lugar en el Registro de la Propiedad, aunque con algunas matizaciones. Así, por ejemplo, la dificultad por parte del Registrador de poder calificar si se trata de una verdadera sociedad civil imaginamos que se hará por el análisis del objeto, ya que la forma en sí no significa nada, salvo que sea una de esos tipos societarios, mercantiles por la forma, cualquiera que sea el objeto, como es el caso de las anónimas y de las limitadas, entre otras. Además, cabría plantearse los límites y contenido de la calificación del Registrador, sobre todo en cuanto a la dificultad de la misma, ya que hemos tenido ocasión de ver en muchos momentos cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo es bastante vacilante en este extremo, con distintas orientaciones.

¿Qué criterios tiene el Registrador para esa calificación? ¿A qué jurisprudencia del Supremo está haciendo caso? En lo relativo a su constitución en escritura pública, si revisamos el Código Civil veremos que este requisito se establece cuando se aporten bienes inmuebles o derechos reales (arts. 1.667 y 1.668), y en ningún otro caso. Lo que sí ocurre es que si la sociedad civil va a tener acceso al Registro de la Propiedad por una adquisición de un bien inmueble posterior a su constitución, deberá elevarse documento público el contrato de sociedad que no se hizo en escritura pública en su momento por el principio general de la titulación auténtica y pública para poder acceder al Registro de la Propiedad (art. 3 LH); siempre nos referimos al supuesto en el que la sociedad civil se constituyó en documento privado porque no se aportaron bienes inmuebles o derechos reales, ya que si no la forma sería *ad solemnitatem*, conforme a los artículos 1.667 y 1.668 CC. Coincidimos también plenamente en el argumento del artículo 1.280 para lo relativo a las facultades representativas de las personas que intervienen por cuenta y en nombre de la sociedad, que deben emanar de un documento público ya que el acto que desarrollan va a tener acceso al Registro de la Propiedad como Registro Público.

Por último, reseñar que, como nosotros dijimos en su momento, lo mejor sería que las sociedades civiles tuviesen su acceso en el Registro Mercantil en una sección especial para ellas configurado y que la última reforma societaria y mercantil tendría que haber aprovechado esa ocasión.

De momento, algunos autores ofrecen como solución provisional que en los Registros de la Propiedad donde tuviesen acceso las sociedades civiles, con ocasión de la adquisición de inmuebles, se transcribiera en los mismos los Estatutos, los órganos de representación, etc., para al menos paliar en un mínimo esa falta de Registro especial para ellas, y así cuando los terceros quisieran adquirir estas sociedades tendrían un mayor conocimiento de su funcionamiento y características. En este sentido se expresan autores como BADIA SALILLAS, HERNÁNDEZ MANCHA, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA. Así GARCÍA GARCÍA, aunque puntualiza que el Registro de la Propiedad no es un Registro de personas, sino de derechos reales sobre inmuebles ante la inexistencia del instrumento de publicidad adecuado, estima que aquél puede servir para una solución intermedia: practicar la inscripción de los bienes en el Registro de la Propiedad a nombre de la persona jurídica sociedad civil; pero como requisito simultáneo se harían constar en el cuerpo de la inscripción los Estatutos de la sociedad civil y los nombres de los socios (8).

La segunda Resolución que vamos a tratar es de 29 de febrero de 1992, relativa a la inscripción de una sucursal extranjera. Lo importante de esta Resolución es ver si a través de la misma se podría sacar un argumento a favor de la inscripción de las sociedades civiles españolas. El Registrador deniega la inscripción de una escritura de apertura en España de una sucursal de una sociedad constituida en el extranjero, en concreto de la sociedad «Winchester School of Art, Higher Education Corporation». El argumento básico del Registrador se centra en que no puede tener acceso al Registro Mercantil por no estar incluida dicha entidad en la enumeración legal de sujetos inscribibles [art. 16.1 CC, y art. 2, apartado a), 81, 259 y sigs. del Reglamento del Registro Mercantil]. El Notario autorizante invoca varios argumentos, pero entre los más importantes es de destacar que cuando el Reglamento del Registro Mercantil habla de sucursales de sociedades extranjeras no prejuzga la forma jurídica que hayan de revestir éstas, como no podía ser menos, pues ello sería tanto como consagrar una especie de imperialismo formalista español; que, por tanto, hay que entender que sociedades extranjeras equivale a personas jurídicas extranjeras; que por imperativo del artículo 9.11 CC lo que el Registrador debe calificar al

(8) Reseñado por MANZANO SOLANO, ANTONIO, en *Derecho registral inmobiliario para iniciación y uso de universitarios*, vol. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1994, págs. 490-491.

inscribir la sucursal de una sociedad extranjera es si esta última está constituida o no de conformidad con las leyes del país respectivo; que por ello hay que ver que es una corporación según la Ley inglesa, y que en este caso con relación al Derecho inglés se trata de la creación indirecta por una Ley, procedimiento permitido en el Derecho inglés, con la diferencia con respecto a las compañías mercantiles en que el procedimiento que da lugar a la atribución de personalidad jurídica es distinto, pero su válida constitución y su personalidad jurídica es incuestionable. Asimismo indica el Notario que lo que es objeto de inscripción es la sucursal, no la sociedad extranjera, y que así se desprende del texto del Reglamento del Registro Mercantil, y que el vigente artículo 264 RRM dejaba bien claro que lo que era objeto de inscripción es la sucursal de la sociedad extranjera y no ésta, circunstancia esta que dejaba con la legislación anterior alguna duda. El Registrador mantiene su nota y sigue haciendo hincapié en el principio del *numerus clausus* en cuanto al acceso al Registro Mercantil. Sigue indicando el Registrador que en el Registro Mercantil no se inscriben todos los sujetos del tráfico mercantil, por lo que no parece congruente inscribir sucursales de sujetos no inscribibles cuando éstos sean extranjeros. Por último, indica que se aprecian grandes diferencias entre las corporaciones y las sociedades mercantiles, tanto en su forma de personificación, su estructura orgánica, su finalidad, etc.

Por su parte, la Dirección revoca la nota del Registrador y utiliza diversos argumentos. Deja claramente establecido que tras la reforma mercantil operada en nuestro país como consecuencia de la adaptación al Derecho comunitario, y en concreto los artículos 81.k) RRM, en relación con el 264, queda claro que lo que es objeto de inscripción es la sucursal y no la sociedad extranjera. Las sociedades extranjeras a que se refiere el apartado k) del artículo 81 RRM no han de coincidir con los tipos societarios reconocidos por el ordenamiento español. Continúa diciendo la Dirección que hay que partir de un concepto amplio de sociedad mercantil, así del contenido en el artículo 58 del Tratado de Roma de 1957: «Las sociedades de derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas y las demás personas jurídicas del Derecho público o privado, con la excepción de las que no persigan un fin lucrativo». Este es el concepto de sociedad determinado por el Tratado. Posteriormente la Dirección indica el carácter mercantil del objeto social de la sociedad inglesa, y por tanto de su sucursal, indicando que la sucursal tiene por finalidad el establecimiento de una escuela en Barcelona para impartir el primer Master of Arts en arte y diseño; teniendo el carácter mercantil, por tratarse de sociedades de empresarios que organizan una actividad educativa, a diferencia de las sociedades integradas por profesores, que aportan su actividad docente, que sí cabría considerarlas como de naturaleza civil.

Hemos querido extendernos intencionadamente en esta Resolución debido al concepto amplio que de la sociedad da el Tratado de Roma antes visto en su artículo 58, y que es un argumento esencial que da la Dirección para la inscripción de la sucursal; y aunque la Dirección, para no dejar la puerta abierta a la inscripción de las sociedades civiles, matiza indicando el carácter mercantil de esta sucursal, creemos que en otra situación de una sociedad que nosotros calificaríamos como de civil, pero constituida legalmente en el extranjero, la Dirección tendría que dar la misma solución a la inscripción de esa sucursal de una sociedad extranjera; lo contrario sería ir en contra del Derecho comunitario y de la reforma mercantil en materia de inscripción de sucursales extranjeras y de la propia argumentación básica que ha tenido la Dirección y que hemos ido exponiendo. Como indica AVILA ALVAREZ, «lo que ocurre es que, en este sentido, no parece tolerable que el Derecho español sea más generoso con las entidades extranjeras que con las españolas; de manera que con aquella enumeración del Tratado de Roma debe valer para cualquier caso; y, tal vez, lo más importante de esta afirmación es la posibilidad de inscripción de las sociedades civiles, que acabaría de una vez con su régimen de clandestinidad y con las graves consecuencias que esa clandestinidad arrastra para la sociedad» (9). Coincidimos en lo sustancial con estas afirmaciones, aunque hasta que el tema lo aclare el legislador español debemos dar viabilidad a la sociedad civil siguiendo los criterios del Código Civil que la regula y controla su constitución y personalidad jurídica, sobre todo en el tema sangrante de la sociedad civil pura y su acceso a los Registros de la Propiedad cuando operan en el tráfico jurídico inmobiliario.

D) LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Son bastantes las sentencias que sobre las sociedades civiles se han dado, aunque muchas en aspectos que no son el centro de nuestro estudio.

Existen un conjunto amplio de sentencias, y en concreto por citar una de las más recientes de fecha 27 de mayo de 1993, que, en resumen, vienen a establecer que cuando para la constitución de la sociedad civil se exige el otorgamiento de escritura pública, su omisión determina que frente a terceros carezca de personalidad jurídica independiente de la de sus socios, pero no en orden a las partes contratantes, entre las que produce sus efectos como sociedad irregular o de hecho. Se está haciendo referencia a los artículos 1.667 y 1.668 cuando se aportan bienes inmuebles o derechos reales. En su momento ya criticamos ese conjunto de sentencias por con-

(9) *Ob cit.*, pág. 227

siderar que el contrato en sí no había nacido, por considerar en este caso la forma con el carácter de *ad solemnitatem* (10).

También existen otro conjunto de sentencias relativas a las llamadas sociedades civiles irregulares y, en su consecuencia, la normativa aplicable, en general y por mandato del artículo 1.669 CC, a la remisión de las normas dictadas para las comunidades de bienes (STS de 19 de enero de 1976); así como siguiendo con la misma temática de las sociedades civiles irregulares, la interesante Sentencia de 24 de julio de 1993, en la que se analiza la distinción con la comunidad de bienes y, en su caso, que la calificación que las partes atribuyen a sus relaciones obligacionales no es determinante ni configura por sí la naturaleza del contrato. (En el mismo sentido de las sociedades civiles irregulares, las Sentencias de 26 de marzo de 1991, 3 de abril de 1991 y la de 13 de noviembre de 1991).

Asimismo, podemos destacar, entre otras, la Sentencia de 30 de mayo de 1992, que hace referencia a un aspecto que ya habíamos tratado, relativo a que cuando se constituya una sociedad con un objeto claramente mercantil para adquirir nítida su personalidad, precisa escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil.

En relación con la personalidad jurídica de la misma, la Sentencia de 26 de junio de 1953, relativa a una sociedad constituida que mantiene secretos entre los socios los pactos de la misma, carece de personalidad jurídica y no puede surtir efectos respecto a terceros. Asimismo, la de 10 de marzo de 1949 indica que no habiéndose dado a un pacto social la publicidad de su inscripción y al no constar que se contratase para la sociedad en nombre de la misma ni de todos sus componentes, la sociedad creada habrá de regirse, conforme al artículo 1.669 del CC, por las reglas relativas a la comunidad de bienes (11).

Por último, y en lo relativo a la conceptualización y caracterización de una sociedad como mercantil o civil, la jurisprudencia ha sido vacilante. Unas veces se sumerge de lleno en la teoría de las sociedades mercantiles atípicas, aquellas, por ejemplo, que con objeto mercantil y constituidas en escritura pública no se hubieren inscrito en el Registro Mercantil, aplicándoles el régimen de sociedad civil irregular y los preceptos del Código Civil; otras veces, la jurisprudencia ha esgrimido el criterio mixto de forma y objeto, y, otras, reconoce, en parte, la aplicación de las normas mercantiles (12).

En ocasiones, la jurisprudencia ha encajado dentro de las sociedades civiles a las explotaciones de bares, cafeterías, espectáculos, y, por tanto,

(10) *Vid* mi trabajo, *ob. cit.*, págs. 161-162

(11) Reseñada por DE BUEN en *Curso elemental de Derecho civil*, de COLIN y CAPITANT, vol. IV, reimpresión, 3ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1981, pág. 673.

(12) *Vid* nuestro trabajo *La sociedad civil...*, *ob. cit.*, pág. 157

regulándose por las normas del Código Civil (así, SSTs de 5 de febrero de 1971, 24 de mayo de 1972, 15 de mayo de 1973 y 30 de marzo de 1974) (13).

Circunstancia ésta no muy lógica ya que la actividad mercantil es clara tanto subjetivamente (normalmente empresario individual) como objetivamente (actividad mercantil) (14).

III. PROBLEMAS ESPECIFICOS

A) SOCIEDAD CIVIL Y COMUNIDAD DE BIENES

Dentro del gran marasmo que se produce en este tema que estamos tratando y que por sí sólo ya plantea numerosos problemas, nos encontramos con otro añadido, que son las comunidades de bienes que se constituyen con aspiraciones cuasi societarias y que a menudo en nuestros despachos nos presentan los interesados como si hubiesen descubierto la piedra filosofal aconsejados por más de uno. A todo ello hay que sumar la confusa redacción del artículo 1.669 CC al indicar: «No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a las comunidades de bienes». En definitiva, el problema se hace mayor, ya que, por un lado, se podrían dar sociedades civiles en el orden interno que carecen de personalidad jurídica y, por ello, se les aplicaría en las relaciones con terceros el régimen de las comunidades de bienes, y de otro lado, las comunidades así constituidas *ab initio*, donde el aspecto de comunidad aparece desde un primer momento tanto en las relaciones internas como en las externas. Pero en todo caso, sea de una manera o de otra, el tratamiento en ambos casos en relación a los terceros sería el sometido a la comunidad de bienes y no como sociedad civil.

En este sentido, CAPILLA expone las confusiones a las que ha dado lugar este precepto. Indica este autor las más importantes diferencias de régimen jurídico entre la sociedad y la comunidad con relevancia a terceros. Así, en la sociedad implica en principio que los socios son representantes de sus compañeros teniendo facultades para vincularlos, mientras que en la comunidad ello no cabe; también lo relativo a la diferencia del régimen de la transmisibilidad de la parte de socio frente a la cuota de comunero, teniendo este último la libre transmisibilidad, mientras que en la sociedad no cabe

(13) Reseñadas por FRANCISCO CAPILLA en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXI, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1986, pág. 147.

(14) *Vid* mi trabajo, *ob. cit.*, pág. 160.

esta libertad; en lo relativo frente a terceros de la diferencia existente acerca de la preferencia con que cuentan los acreedores de la sociedad respecto de los acreedores particulares de los socios. Los acreedores de la comunidad (esto es, de todos los comuneros) no cuentan con una preferencia similar. Finalmente, el trato diferente que tienen los acreedores particulares de los socios y los de los comuneros. Estos últimos pueden ejecutar directamente la cuota de su deudor o instar la división de la cosa común mediante la acción subrogatoria. Los acreedores de los socios, continúa diciendo CAPILLA, pueden pedir el embargo y remate de la participación social, lo cual provoca la disolución de la sociedad y la conversión de la participación social en una parte del patrimonio social, la cual puede cobrarse (15).

Pues bien, una vez tenida en cuenta estas diferencias de carácter doctrinal, pero también práctico, es labor del Notario, en nuestro quehacer diario, el filtrar y aconsejar a nuestros clientes que destierren formas impropias para circular en el tráfico jurídico, escogiendo las más adecuadas y seguras, tanto para ellos como para los terceros con los que contraten; sin perjuicio de explicarles las responsabilidades que les pueden acarrear el conducirse así en el tráfico.

Como colofón a todo lo expuesto, resulta claro que entre la verdadera sociedad civil y la comunidad de bienes, es la personalidad jurídica de la primera y la falta en la segunda la que determina y pone las diferencias básicas entre unas y otras, no ya sólo en las relaciones externas, que eso está claro, sino también en las relaciones internas entre socios y comuneros respectivamente.

Como indica acertadamente PAZ-ARES, la distinción entre sociedad y comunidad sólo es problemática allí donde ambas figuras pueden coexistir, es decir, en los casos en que el contrato de sociedad configura una sociedad interna. Si el contrato ha dado lugar a una sociedad externa, los fenómenos de comunidad y sociedad son incompatibles (16).

B) LA PUBLICIDAD DE LA SOCIEDAD. LA PERSONALIDAD JURIDICA

Ya en su momento analizamos, en base a los criterios doctrinales y jurisprudenciales, el tema de la personalidad jurídica de la sociedad civil y el oscuro precepto que a ello dedica el Código Civil en su artículo 1.669 cuando establece: «No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de éstos

(15) Cfr. CAPILLA, *ob. cit.*, págs. 49-50.

(16) PAZ-ARES, CÁNDIDO, en *Comentarios del Código Civil*, tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1370.

contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes».

Artículo que siempre por parte de alguna doctrina ha querido ponerse en conexión con el 1.670, relativo a las llamadas sociedades mixtas. Además, la introducción del artículo, tal y como ahora lo conocemos, tuvo muchas vicisitudes e incluso podríamos indicar que errores de cálculo jurídico. En el Proyecto de 1851 no existe precepto alguno que pueda ser considerado antecedente del actual 1.669; hay que esperar hasta el Anteproyecto para que así ocurra, aunque éste establecía un tratamiento distinto sobre el tema de la personalidad jurídica, ya que éste, en relación con la sociedad, tenía dos títulos, uno que habría que decir de la sociedad sin personalidad jurídica y otro que hablaba de las sociedades con personalidad jurídica (17).

Quizá la frase más comprensiva de todo esto es la del profesor DE CASTRO: «... cerrar el proceso de recepción de la influencia extranjera, que entendía que la sociedades, incluso las civiles, debían de gozar de personalidad jurídica como fundamento de ciertas consecuencias prácticas que, de otro modo, eran mucho más difíciles de justificar...» (18).

Ya también tuvimos ocasión de analizar que la personalidad jurídica de la misma no significaba publicación, en definitiva, inscripción en un Registro público; viendo la evolución, tanto del Código de Comercio en sus diversas modificaciones, así como las reformas sucesivas del Reglamento del Registro Mercantil, la última con entrada en vigor el 1 de enero de 1990, como consecuencia dicha reforma de las más amplia societaria de 1989, centrada en la sociedad anónima y en la limitada en parte, pero también en el Código de Comercio y en todos los tipos societarios mercantiles a los efectos de adaptar nuestra legislación a las directivas comunitarias, no disponemos de un apoyo legal claro ni básico para poder llevar a la inscripción a las sociedades civiles; en definitiva, nos hallamos huérfanos de regulación, aportando la doctrina distintas soluciones: unas de su ubicación adecuada en el Registro Mercantil (GARCÍA MAS) y otras en el de la Propiedad (GARCÍA GARCÍA, HERNÁNDEZ-MANCHA).

Como acertadamente se indica por PAZ-ARES: «Dejando aparte alguna opinión aislada que entendía que esa publicidad ha de ser registral (así, DE CASTRO...), la práctica totalidad de los tratadistas estiman que el artículo 1.669 sólo exige la publicidad de hecho (SCAEVOLA, CASTÁN, Díez-PICAZO y GULLÓN, PUIG BRUTAU, PÉREZ Y ALGUER, BADÍA, CÁMARA, CAPILLA, GIRÓN). En términos generales, la idea más difundida es que la publicidad de hecho existe desde el momento en que comienzan las operaciones sociales y la

(17) CAPILLA RONCERO, *ob cit.*, pág. 40

(18) DE CASTRO, «Formación y deformación del concepto de persona jurídica», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección 3.ª, vol. I, Madrid, 1964, pág. 79; reseñado por CAPILLA, *ob cit.*, pág. 41

sociedad se manifiesta como tal en el tráfico mediante el ejercicio de la actividad *nomine societatis*. A nuestro juicio, continúa indicando el mismo autor, la adquisición de la personalidad jurídica no puede supeditarse o condicionarse al cumplimiento de ningún requisito de publicidad (19).

Como ya indicamos, una interpretación acerca de la publicidad que exige el artículo 1.669 era que se trataba de su inscripción en el Registro Mercantil y quizá, como indica CAPILLA (20), fue en la introducción conjunta que se hizo de los artículos 1.669 y 1.670 en donde se quería dar solución a una serie de sociedades que no se dedicaban a actividades consideradas mercantiles, pero que requerían de la forma de las anónimas (sociedades para la realización de obras públicas), y a ellas, según sigue indicando CAPILLA, iban destinados los artículos 1.670 y el 1.669 en cuanto a las sociedades mixtas inscritas en el Registro Mercantil; y esta interpretación era propuesta por DE CASTRO y por FALCÓN, que decían que al no haber una inscripción legal de la manera de hacer públicos esos pactos, en su silencio debe entenderse aplicable lo dispuesto por el Código de Comercio para las sociedades mercantiles, a saber su inscripción en los Registros Públicos (21). Argumentación ésta que hemos rebatido, puesto que, en nuestra opinión, eso no es lo que dice el Código Civil en su artículo 1.669 ni en su interpretación; otra cosa es que seamos partidarios de una publicidad por razones de seguridad del tráfico jurídico y, sobre todo, en el inmobiliario.

Lo que ocurre es, que desde un punto de vista práctico, cuando esa sociedad civil se desenvuelve en el tráfico jurídico y compra bienes inmuebles, y los vende, y quiere otorgar escritura pública, y quiere conseguir la protección registral para ella, así como los terceros para los que contrata, entonces nos encontramos con que el mecanismo de la publicidad de hecho no va a ser argumento suficiente para convencer ni al Notario, ni sobre todo al Registro de la Propiedad, para que realice la inscripción de los actos realizados por la sociedad en su devenir de las operaciones del tráfico jurídico inmobiliario; de ahí la necesidad de plantearnos estas cuestiones e intentar darles soluciones, sobre todo a ese segundo grupo de sociedades que contratan con terceros en el tráfico jurídico inmobiliario (22).

(19) PAZ-ARES, *ob cit.*, págs. 1357-1358.

(20) *La sociedad civil*, pág. 395.

(21) Reseñado por CAPILLA en *La sociedad civil*, pág. 395, de la obra de DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, págs. 84-85, y de la obra de FALCÓN, *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, Barcelona, 1889, pág. 383.

(22) *Vid.* nuestro trabajo *La sociedad civil...*, referente al distinto tratamiento, en cuanto a la documentación pública, según la sociedad, se hubiese constituido *ab initio* en documento público o no, y luego adquiriera un inmueble para su acceso al Registro de la Propiedad.

Como ampliación a lo que ya indicamos, HERNÁNDEZ-MANCHA discrepa de BADÍA y de nuestra opinión, entendiendo que no es correcto el indicar que el principio de titulación pública obliga a que conste en escritura no sólo la adquisición del inmueble, sino la constitución misma de la sociedad; como si la adquisición inmobiliaria ulterior implicase una nulidad relativa sobrevenida del acuerdo constitutivo realizado privadamente; entendemos, continúa diciendo el mismo autor, que el artículo 3 de la LH domina el acto de la adquisición en sí..., pero entendemos que dicho precepto no obliga a retrotraernos al momento de la fundación del ente social (23).

Por supuesto, este autor hace el razonamiento cuando la sociedad al nacer no necesitara el documento público para su constitución, conforme al artículo 1.667 CC; pero a pesar de ello discrepamos, porque al menos es necesario dotar de una fehaciencia previa al acto de la adquisición del inmueble, aunque la sociedad civil en esos casos no lo requiera para adquirir su personalidad, sí el de la titulación pública, al menos para algo tan sencillo como acreditar la representación de las personas que van a actuar en nombre de la misma, todo ello no solamente por el artículo 3 LH, sino también por el artículo 1.280 CC, que dispone: «Deberán constar en documento público. (...) 5.º El poder para contraer matrimonio...; el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública o haya de perjudicar a tercero...» En relación con este punto, uno de los problemas que se nos presentan a diario es el del otorgamiento de poderes, muchos de ellos a pleitos, que quieren hacer los representantes de la sociedad civil y presentan al efecto un documento privado de constitución. En nuestra opinión, y aunque reconozco que la cuestión puede ser discutida, si la sociedad se ha constituido en documento privado, por las razones de tener una mínima seguridad acerca de la situación de la sociedad y de lo endeble de la titulación privada, lo más oportuno sería el realizar una elevación a público del documento privado en el que se constituyó la sociedad civil y, con posterioridad, el otorgamiento del correspondiente poder por la persona que ejerza la representación de la sociedad.

Discrepamos de una manera radical en la solución que aporta Ruiz Rico (24), que es la de la legitimación notarial de las firmas, cuando se trate de la constitución de una sociedad en documento privado cuando no haya sido necesario hacerlo en escritura pública por no encontrarnos en el su-

(23) HERNÁNDEZ MANCHA MANUEL, «Las sociedades civiles particulares ante el Registro de la Propiedad», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*. núm. 180, julio-agosto, año 1991, pág. 1609.

(24) RUIZ RICO, JOSÉ ANTONIO, en «Las sociedades y el Registro de la Propiedad», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*. núm. 268, junio 1990; reseñado por HERNÁNDEZ MANCHA, *ob cit.* pág. 1609

puesto del artículo 1.667 como paso previo para otorgar la escritura pública de compra. La discrepancia no es sólo doctrinal, sino incluso desde el punto de vista legislativo notarial, donde no pueden los Notarios en ese tipo de contratos el legitimar firmas, ya que no es esa su función, ya que la simple legitimación no cubre los principios rectores del juicio de capacidad, identidad, redacción del documento contractual, etc.; es como si legitimáramos las firmas de un documento privado de compraventa. Con ello no se consigue en absoluto la titulación pública del artículo 3 LH.

El propio HERNÁNDEZ MANCHA resume que los problemas con los que nos podemos encontrar con las sociedades en relación con la titularidad de derechos inmobiliarios son: o bien que se trata de una sociedad mercantil colectiva o comandataria; que se trate de una sociedad anónima, limitada o sociedad de garantía recíproca; que se trate de una sociedad civil por su objeto, pero que revista alguna de las formas reconocidas en el Código de Comercio; que se trate de una sociedad civil por su constitución con objeto mercantil, y que se trate de una sociedad civil por su objeto y constituida conforme a las normas de los artículos 1.665 y siguientes del Código Civil.

En estos casos, dice el autor, los cuatro primeros supuestos no plantean problemas porque la normativa que les es aplicable hace imprescindible de un modo indubitado, para que la sociedad alcance personalidad jurídica, que su constitución se haga por escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil, extremos que serán sometidos por el Registrador de la Propiedad al control de su calificación, entre otros, la intervención notarial obligada y la registral mercantil previa que impone el artículo 383 del Reglamento Hipotecario.

Indica dicho autor que en el supuesto central de la llamada sociedad civil particular con objeto civil, el Registrador debe controlar la legitimidad del objeto social, así como el cumplimiento de los presupuestos básicos de constitución, de su carácter civil o mercantil efectivo. Como consecuencia lógica de lo anteriormente expuesto por el mismo autor, cree que si el mecanismo publicitario en este tipo de sociedades no se puede exigir que se despliegue obligatoriamente porque no es exigencia legal, y si el moderno Registro Mercantil no ha acogido a las sociedades civiles, se puede dar cauce a la conveniencia de dar publicidad a estas entidades, a falta de mejor sede, a través del Registro de la Propiedad cuando las mismas devengan titulares de bienes inmuebles o asimilados, de tal manera que el Registro publique no solamente la adquisición que se produce, sino la sociedad que adquiere. De ahí que el autor indique la intervención exclusiva del Registrador de la Propiedad en la calificación de las sociedades civiles, así como la documentación pública para la inscripción de las mismas constituidas con aportación inmobiliaria, la admisión de la titulación privada constitutiva de la sociedad civil cuando la adquisición inmobiliaria se produzca en un momento poste-

rior, aunque, claro está, mediante la correspondiente escritura pública de adquisición y, por último, la conveniencia de la utilización del Registro de la Propiedad como marco para la publicidad de las sociedades civiles con titularidades inmobiliarias a falta de Registro específico (25).

Del razonamiento anteriormente expuesto ya hemos indicado nuestra conveniencia de exigir en todo caso la titulación pública para el acceso al Registro de la sociedad civil por las razones ya expuestas.

En cuanto a las sociedades civiles por su objeto que revistan las formas del Código de Comercio, no hay que olvidar que, entre otras, tanto la Ley de Anónimas como la de Limitadas y la de Garantía Recíproca hacen mercantil la sociedad, cualquiera que sea su objeto, siempre que revistan una de estas de estas formas.

En cuanto a las sociedades civiles por su constitución con objeto mercantil, cierto que son tratadas en la Resolución de 28 de junio de 1985, pero no hay que olvidar la de 25 de abril de 1991, en la que la Dirección General indica que no puede tener acceso al Registro Mercantil dicha sociedad civil, ya que la denominación que se le da es incorrecta, ya que el propio objeto de la sociedad es mercantil, y así lo reconoce incluso y lo manifiesta como fundamento el propio recurrente. Lo que también dice la Dirección es que aunque se cambiara la denominación de civil o se quitara, no por ese simple hecho se produciría la inscripción, sino que habría que ver si reúne los requisitos de constitución y de contenido exigidos por algunos de los tipos societarios mercantiles.

IV. EL DERECHO COMPARADO

A) ITALIA

El Código Civil italiano, uno de los más recientes en el proceso codificador, promulgado el 16 de marzo de 1942, reúne la tendencia actual de establecer un Código de obligaciones tanto en materia civil como en materia mercantil, y, en efecto, al regular el contrato de sociedad junto a la sociedad que se denomina simple, es decir, la civil nuestra, el propio Código está regulando los tipos societarios mercantiles como las sociedades anónimas, las limitadas, etc., sin que exista un Código Mercantil o una legislación especial diferenciada para las mismas. El artículo 1.247 del Código Civil italiano establece que mediante el contrato de sociedad dos o más personas aportan bienes o servicios para ejercer en común una actividad económica con el fin de repartirse los beneficios, indicando el 2.248

(25) *Ob. cit.*, págs. 1605-1606 y 1610.

que la comunidad constituida o mantenida con el solo fin de disfrutar de una o varias cosas se regirá por las normas del título VII del libro tercero. El artículo 2.249 hace referencia a los tipos o clases de sociedades, estableciéndose que las sociedades que tengan por objeto el ejercicio de una actividad comercial deberán constituirse con arreglo a algunos de los tipos regulados en los capítulos tercero y siguientes de este título. Las sociedades que tengan por objeto el ejercicio de una actividad diferente se regirán por las disposiciones sobre la sociedad simple, a no ser que los socios hayan querido constituir la sociedad con arreglo a algunos de los tipos regulados en el capítulo III y siguientes de este título.

Por su parte, al hablar de la sociedad simple, el artículo 2.251 indica que en la sociedad simple el contrato no estará sujeto a formas especiales, salvo las requeridas por el objeto de las aportaciones. Debiéndonos remitir al artículo 1.350, número 9, que hace referencia a la forma del contrato, que indica los documentos que deberán hacerse por escritura pública o, en otra forma, bajo pena de nulidad.

Como observamos, el Código Civil italiano permite que aquellas sociedades que no tengan por objeto el ejercicio de una actividad comercial no estarán sometidas a los requisitos de constitución y de inscripción regulados en el capítulo III, y el capítulo III hace ya referencia a las sociedades típicamente mercantiles que requieren especialidades en su constitución y en su publicidad. No obstante, se permite que a pesar de ello las sociedades simples, o civiles según nuestra terminología, pudieran adoptar los requisitos de constitución y publicidad que se exigen para aquellas que realicen una actividad comercial; y observamos que los artículos referentes al tratamiento de la sociedad civil, o simple que ellos denominan, son bastante parecidos a los que determina nuestro Código Civil, haciendo referencia al activo social, a las relaciones con los terceros; existiendo un artículo, el 1.266, referente a la representación de la sociedad que indica que la sociedad adquiere derechos y asume obligaciones por mediación de los socios que tienen su representación y comparece en juicio en la persona de los mismos. Mientras el contrato no disponga otra cosa, la representación corresponde a cada uno de los socios administradores y se extiende a todos los actos que formen parte del objeto social. Las modificaciones y la extensión de los poderes de representación se regirán por el artículo 1.396, que hace referencia a la representación.

De todo lo anterior parece deducirse que efectivamente existe un objeto social e incluso un patrimonio formado por las aportaciones de los socios independientes de los mismos, con una libertad de forma grande en cuanto a la constitución de la misma, e incluso por el artículo 2.267, al establecer que en cuanto a las obligaciones sociales los terceros podrán hacer valer sus derechos contra el patrimonio social.

B) FRANCIA

El título noveno del Código Civil francés en su capítulo II hace referencia al estudio de la sociedad civil, indicando el artículo 1.845 que las disposiciones del presente capítulo son aplicables a todas las sociedades civiles, a menos que no haya sido derogado por el estatuto legal particular aquel que alguna de ellas se halla sujeto. Tienen el carácter de civil todas aquellas sociedades a las que la Ley no atribuya ningún otro carácter por razón de su forma, de su naturaleza o de su objeto.

Como comentario a este artículo 1.845, se establece en el Código que hemos manejado que ninguna disposición de la Ley de 4 de enero de 1978 impone a las sociedades civiles constituidas bajo el antiguo régimen de proceder a una armonización o adaptación de sus estatutos con la nueva legislación; la aplicación del nuevo régimen a estas sociedades tendrá como única consecuencia de tener por no escritas las disposiciones contrarias a la nueva reglamentación (26). CAPILLA, por su parte, realiza una gran crítica de cómo se introdujo en nuestro Código Civil la idea de las sociedades civiles como personas jurídicas, indicando «que si en el vecino país la construcción de la personalidad de la sociedad civil es obra de la doctrina y jurisprudencia que abusan de la inversión dogmática, en España, a consecuencia de lo tardío de nuestra definitiva codificación civil, se reciben las secuelas de la elaboración francesa, dándole acogida no ya sólo en las obras de los teóricos, sino en el propio texto normativo del Código (27).

En definitiva, desde el comienzo con el Code Napoléon, la normativa francesa no da pie para considerar ni determinar a la sociedad civil como persona jurídica, sino más bien es un empeño doctrinal y por parte de alguna jurisprudencia no regulando el Code Napoléon las personas jurídicas (28).

Pero como indicábamos líneas arriba, a pesar del diferente tratamiento normativo de los artículos 529 CC francés y del artículo 69, caso 6.º, del Código de Procedimiento Civil, donde se hace referencia de manera más clara a la personalidad de las sociedades mercantiles, y que ninguno de los artículos 1.832 a 1.873, decían los autores, dejaban entrever la existencia de la personalidad en las sociedades civiles, se produjo un cambio en la Sala

(26) *Code Civil*. Quatre-vingt-Neuvième édition. *Codes Dalloz*, 1989-1990, Jurisprudence Générale Dalloz, París, pág. 1250.

(27) CAPILLA RONCERO, FRANCISCO, en *La sociedad civil*, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1984, pág. 380

(28) En este sentido, CAPILLA manifiesta. «Como es sabido, el Code Napoléon no regula las personas jurídicas, pues de acuerdo con el ambiente de exaltación del liberalismo acérrimamente individualista, y por reacción contra los cuerpos intermedios existentes en el Antiguo Régimen, se pretende que solamente han de existir los ciudadanos individuales, de una parte, y, de otra, el Estado.» *La sociedad civil*, pág. 382-383

de Revisiones del Tribunal de Casación, interpretando de otra forma los artículos antes citados; quizá, como indican COLIN y CAPITANT, la verdadera razón del cambio debe buscarse en las ventajas prácticas de la atribución de la personalidad (29).

Por su parte, el artículo 1.842, párrafo primero, del Código Civil francés sienta el principio general que las sociedades gozarán de personalidad jurídica desde el momento de su inscripción, y por tanto también las civiles. Únicamente existe una excepción en relación con las llamadas sociedades en participación, reguladas en el artículo 1.871 y siguientes del Código, y que en ese primer artículo 1.871 se indica que los socios pueden acordar que la sociedad no sea inscrita. En este caso, sigue estableciendo el artículo, la sociedad se denominará en participación, no será una persona jurídica y no está sometida a publicidad. Como podemos apreciar, el principio general es la inscripción, con la salvedad ya expuesta. Por su parte, también hay que tener en cuenta la Ley 78-9, de 4 de enero de 1978, modificando el Título IX del Libro III del Código Civil francés; y el Decreto 78-704, de 3 de julio de 1978, que se aplica también en parte a las sociedades civiles, aunque a las constituidas bajo el régimen anterior no se les obliga a adaptar sus estatutos a la nueva legislación, aunque, como es lógico, se tendrán por no escritas las disposiciones contrarias a la nueva regulación. En el artículo 2 del Decreto se determina, entre otras cosas, que las sociedades son registradas en el Registro del Comercio. Y esta misma consecuencia se determina en la lectura del capítulo II, que hace mención específica a las sociedades civiles (30).

También existe, entre otras, legislación específica sobre sociedades civiles de profesionales, las inmobiliarias, etc. En definitiva, el juego de la sociedad civil en el Derecho francés es mucho más grande en cuanto a su ámbito de actuación y a la gran variedad de tipos de sociedades civiles que existen, como es el caso de las sociedades civiles inmobiliarias, con un gran abanico de posibilidades en cuanto a su objeto, como, por ejemplo, las de alquiler, las inmobiliarias de construcción y venta, las de atribución, incluso las de tiempo compartido. Así, en el caso de las sociedades civiles inmobiliarias, entre otros requisitos, deben inscribirse en el Registro de Comercio y de Sociedades; incluso las sociedades creadas antes de la entrada en vigor de la Ley de 4 de enero de 1978 deben inscribirse en el Registro de Comercio, aunque no están obligadas a armonizar o adaptar sus estatutos con esta Ley (31).

(29) *Ob cit.*, págs. 630-631.

(30) Reseñado directamente del Código Civil francés. *Codes Dalloz. ob cit.*, págs. 1241, 1260 y sigs.

(31) MICHEL BUHL en *Sociétés civiles immobilières*. Encyclopedie Delmas, Masson, París, 1990, pág. 22

También es muy interesante el estudio, dentro de las sociedades civiles inmobiliarias, de las familiares, con todas sus posiciones de actuación (32).

Como podemos apreciar, el juego de la sociedad civil en Derecho francés es mucho más amplio que en el actual Derecho español, regulándose en aquél con gran minuciosidad a las sociedades civiles y, sobre todo y lo que creo más importante, adaptándolas a las nuevas necesidades sociales, y por ello desempolvándolas de los viejos Códigos, para que sigan cumpliendo una labor jurídica. Yo me pregunto si uno de nuestros grandes fallos en este tema es no haber sabido hacer lo mismo con nuestra sociedad civil.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS
Notario
Profesor Asociado Derecho Civil
Universidad Málaga

(32) Para un estudio de las mismas *vid.* la obra de VERONIQUE RIPERT-JUOVEL. *Les sociétés civiles immobilières familiales*, Editions Litec, París, 1991.

La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993. Situación actual de la cuestión (*)

I. INTRODUCCION

La política de defensa de los consumidores ha ido creciendo ininterrumpidamente en importancia en la consideración de las instituciones comunitarias, que comenzaron a desarrollar su acción en este campo aun antes de que el Tratado de Roma se reformase para abarcar esta competencia por medio de resoluciones políticas, programas operativos y una estructura organizativa *ad hoc*.

Por su parte, el Acta Unica de 1986 incorpora por primera vez de manera formal la consideración de la protección al consumidor como uno de los objetivos del mercado interior y cuya materia se incorpora al proceso de armonización legislativa comunitaria en virtud del nuevo artículo 100.A del Tratado de la CEE, de conformidad con lo cual se dispone que la defensa de los consumidores gozará en las normas armonizatorias de «un nivel de protección elevado». Finalmente, el *Tratado de Maastricht* amplía la actuación comunitaria respecto de la protección de los consumidores previendo no sólo la armonización legislativa introducida ya en el Acta Unica, sino incluso ejerciendo acciones propias «que complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger... la salud y los intereses económicos de los consumidores (art. 129.A.1). Como pone de manifiesto la Comisión en su Informe «Del Acta Unica al post-Maastricht...»,

(*) El presente estudio tiene su origen en una conferencia pronunciada por su autor sobre el tema aludido en el título en la sede del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España el día 2 de octubre de 1995, en el marco de unas Jornadas sobre Contratación y Derechos de los Consumidores.

el objetivo es doble: «fortalecer el mercado interior y dar garantías a los ciudadanos de una base coherente de protección y mecanismos de recurso».

La función armonizadora de las legislaciones nacionales en materia de protección de los consumidores se ha desarrollado por la Comunidad (hasta la promulgación de la Directiva núm. 13 de 1993) de forma sectorializada, y no con carácter horizontal o general, en atención a la distinta naturaleza de los intereses tutelables en cada caso. La protección de los consumidores ha sido directamente invocada por la Comisión europea para justificar sus iniciativas en los campos de la multipropiedad, la responsabilidad de los prestadores de servicios y de los suministradores de productos, así como en materia de créditos al consumo y de ventas a plazo y a domicilio.

Además de ello, se ha de destacar la elaboración y aplicación del «plan trienal de acción sobre política de los consumidores de la CEE (1990-1992)», en el que, entre otras cosas, se insiste en la necesidad de una política útil para los consumidores, lo cual implica una gestión y *control eficaz*. La jerga comunitaria distingue gráficamente entre los mecanismos de seguridad cautelar y los de mero resarcimiento, hablando de seguridad «ríó arriba» y «ríó abajo» respectivamente, tratando, cuando resulta posible, de potenciar el primero de estos mecanismos: es por ello que, desde la perspectiva comunitaria, las soluciones judiciales —«ríó abajo»— son insuficientes por sí solas.

De ahí la importancia de la actividad que en este terreno desarrollan las instituciones jurídicas extrajudiciales de Derecho preventivo o cautelar, como los Registros de la Propiedad, mediante el control de legalidad previo que por vía de la calificación realizan respecto de los contratos seriados o en masa que pretenden su acceso al mismo. Este criterio ha sido explícitamente subrayado por el «*Segundo plan de Acción Trienal*» (1993-1995), que bajo la denominación «Poner el mercado único al servicio de los consumidores» fue aprobado por la Comisión de las Comunidades Europeas el 23 de julio de 1993, y en el que se señala como una de las prioridades selectivas para aumentar el nivel de protección de los consumidores —más allá de la propia consolidación del acervo comunitario [propuestas de Directiva sobre contratos negociados a distancia, responsabilidad del prestador del servicio y publicidad comparativa]— la simplificación de los procesos de acceso directo a la Justicia, en cuyo orden de cosas, y basándose en las recomendaciones del célebre Informe Sutherland, se postula la adopción de medidas eficaces en la protección de los derechos del consumidor mediante —y subrayo la expresión— *la creación de mecanismos extrajudiciales*, lo que se siente como una necesidad imperiosa especialmente en orden a la prevención de conflictos transfronterizos.

Esta idea, desarrollada doctrinalmente a través de destacados estudios científicos, contrastada en numerosos Congresos y Seminarios internacionales,

les (especialmente explícitas son al respecto las conclusiones de la Primera Ponencia del IX Congreso Internacional del Derecho Registral —Torremolinos, 1992—, que afirma categóricamente que «la calificación del negocio inscribible... debe tener en cuenta las normas imperativas sobre derechos de los consumidores) y aplicada en la práctica en relación con aquellos contratos generadores de derechos reales susceptibles de inscripción registral integrados por condiciones generales o cláusulas tipo como son, principalmente, los préstamos hipotecarios, los *leasing* inmobiliarios y las compraventas de inmuebles con precio aplazado garantizado mediante condiciones resolutorias, dicha actuación registral protectora de los consumidores en los ámbitos mencionados —digo— ha tropezado con el criterio restrictivo que al respecto viene manteniendo la Dirección General de los Registros y del Notariado desde sus famosas Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990, criterio abundantemente reiterado con posterioridad, desviándose de la línea marcada por los autos de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia recaídos en vía de recurso gubernativo, e incluso de ciertos pronunciamientos previos de la propia Dirección General como el que tuvo lugar mediante Resolución de 7 de septiembre de 1988. Todo ello según la interpretación que podemos denominar clásica o tradicional que han mantenido hasta la fecha los autores que se han ocupado de la materia, como GARCÍA GARCÍA, VIDAL FRANCÉS, GÓMEZ GÁLLIGO, MANZANO SOLANO, y a la que personalmente me había sumado en trabajos anteriores. Las resoluciones citadas en primer término, al igual que otras posteriores que las confirman como las de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991; la de 4 de mayo de 1992, y otras de junio y julio de 1992, a las que a continuación analizo desde la perspectiva de la interpretación clásica apuntada, resuelven una serie de supuestos prácticos muy similares entre sí, consistentes básicamente en la celebración de contratos de compraventa realizados en serie por una misma entidad con particulares en que parte del precio se aplaza, garantizándose dicho aplazamiento —que es retribuido mediante la fijación de un interés— por medio de condición resolutoria explícita y de cláusula penal para el caso de incumplimiento. El Registrador consideró abusivas las siguientes cláusulas:

1.^a «El vendedor, al consignar el precio pagado en el momento de ejercitarse la Resolución, podrá deducir directamente dichas cantidades por entender que, en caso de ser aplicable el artículo 1.154 CC, correspondería solicitar judicialmente la moderación de la pena al comprador y no al vendedor perjudicado por su incumplimiento», lo cual, a juicio del Registrador, suponía invertir la posición procesal de las partes y en consecuencia la inversión de la carga de la prueba, con infracción del artículo 10.8 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 (LCU).

2.^a Además, la calificación del Registrador consideraba que tal cláusula incurría igualmente en la prohibición del artículo 10.5 LCU relativa a las «cláusulas en que se imponga al consumidor indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales». No se trata de realizar una valoración cualitativa sobre si la penalización que contiene la escritura es injusta, sino de apreciar la nulidad establecida por la Ley respecto de las cláusulas penales que no sean sustitutivas de una indemnización por daño, sino que tenga mero carácter punitivo y de lucro.

La argumentación parecía bien fundada por cuanto que la propia escritura calificaba la cláusula de «estrictamente penal»; porque —en segundo lugar— concurrentemente con la cláusula penal se pactaba una indemnización por uso durante el período de ocupación del inmueble por el comprador consistente en una cantidad mensual alzada; y porque —por último— se pactaba que en caso de Resolución el vendedor adquiría en pleno dominio las obras e instalaciones hechas por el comprador en el inmueble restituido.

Frente a ello, y frente a la conveniencia de evitar mediante la denegación de tales cláusulas que respecto de las mismas operen las presunciones de validez derivadas de la legitimación registral, la DGRN arguye la ininvocabilidad del artículo 10 LCU por parte de los Registradores, prescindiendo de su propio criterio contrario sentado en la citada Resolución de 7 de septiembre de 1988 en materia de variabilidad de intereses en préstamos hipotecarios. Asimismo, y en la misma línea, la propia DGRN había defendido la denegación de ciertas renunciaciones abusivas como la de pago y cancelación parcial del crédito hipotecario por ir contra el orden público registral (R. 27 enero 1986).

La fundamentación invocada por la Dirección General de los Registros en apoyo de sus tesis en materia de tanta trascendencia resulta, según el sentir mayoritario de la doctrina, decepcionante tanto por su parquedad como por su falta de análisis. Se limita al respecto a señalar que los Registradores —y, por ende, tampoco los Notarios— no pueden invocar una pretendida vulneración del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 para justificar una calificación denegatoria, porque la limitación de medios de calificación de que disponen, circunscritos al propio documento calificado y a los asientos del Registro, le impide apreciar si las concretas estipulaciones debatidas tienen carácter abusivo conforme a dicha Ley.

La argumentación que subyace en tal planteamiento parece ser la de evitar un juicio —por vía de calificación registral—, sin contención entre partes, acerca de la aplicación anticipada de la sanción de nulidad a las cláusulas contractuales debatidas. El problema consistiría, pues, en la falta del principio de *audita parte* en el procedimiento registral.

Más matizada era la postura de parte de la doctrina hipotecaria (representada por autores como GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE o REY PORTOLÉS), que apreciando las ventajas del control registral de las cláusulas abusivas en los contratos inscribibles en función de la efectividad y operatividad del mismo advertían, sin embargo, de la existencia de ciertas dificultades formales en el proceso interpretativo de la aplicación de las normas consumeristas en sede registral. Tales dificultades estriban en lo siguiente:

1.º La inseguridad en la determinación concluyente del carácter del consumidor, con arreglo a su noción legal, del contratante que interviene fuera del marco de su actividad empresarial o profesional habitual, lo cual constituye, sin embargo, presupuesto de aplicación de la legislación consumerista.

2.º La indeterminación de ciertos conceptos jurídicos que conducen a la calificación de la cláusula como abusiva, como son los de «desequilibrio importante de las prestaciones» o el de «exigencias de la buena fe».

3.º Por último, se consideraba un difícil hándicap el hecho de que la calificación como abusiva de una cláusula pueda determinar no sólo su ineficacia, sino la de todo el contrato cuando la supresión de aquélla altere el equilibrio equitativo de las prestaciones recíprocas, con ausencia de las partes interesadas en dicho juicio.

Pese a tales dificultades, el criterio restrictivo mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado ha recibido duras críticas doctrinales, atendiendo fundamentalmente al dato del tiempo social actual en que tiene lugar la aplicación del Código Civil y la legislación hipotecaria en un contexto de sociedad de masas (art. 3.1 CC). Piénsese que el antiguo concepto de bien inmueble raíz, inmovilizado, ha quedado trasnochado tras la explosión demográfica y el desarrollo del Estado del bienestar, que ha producido la incorporación masiva de la población a la propiedad inmueble, y cuya movilización y masificación ha generado un auténtico «mercado económico» de la propiedad inmobiliaria, mercado, por lo demás, de una gran agilidad y masificación, según se refleja estadísticamente en los Anuarios de la DGRN que ponen de manifiesto la existencia de en torno a tres millones de operaciones por año, que en conjunto alcanzan cifras de varios billones de pesetas. A todo ello se suma el hecho de que siendo el Estado el que recibe el mandato constitucional de protección de los consumidores (art. 51) y el de la organización de la Institución registral (art. 149.1.8), parece obvia la conclusión de que de dicha organización habrán de resultar las facultades suficientes para permitir a los Registradores la defensa del consumidor de viviendas y de servicios financieros referidos al sector inmobiliario.

II. INTERPRETACION MODERNA DE LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL EN MATERIA CONSUMERISTA

La conclusión alcanzada en el epígrafe anterior, por lo demás, aparece refrendada por la idea de que si bien no cabe catalogar el derecho a la defensa de los intereses económicos de los consumidores entre los que tienen el carácter de derechos fundamentales que gozan de la protección propia del recurso de amparo —según se encargó de recordar el Tribunal Constitucional en un Auto de 10 febrero 1992—, sin embargo existe un amplio consenso en la doctrina en torno a la idea de que la consagración constitucional del citado derecho (mediante la imposición a los poderes públicos del deber de garantizar la defensa de los intereses económicos de los consumidores) supone su asimilación a un *principio general del Derecho* («favor consumidor») que ha de inspirar no sólo la legislación que se promulgue, sino también la interpretación y aplicación de todo el ordenamiento jurídico.

Es desde esta perspectiva, y a la vista de la actual situación del Derecho comunitario europeo en la materia, como enseguida veremos, desde la que personalmente postulo una *reinterpretación de la doctrina de la DGRN* en la materia que, tras un cuidadoso examen de las diversas resoluciones en que se han suscitado cuestiones de Derecho consumerista, concluye en la idea de que el criterio de la DG en esta materia no es tan restrictivo que no se había venido creyendo, pudiéndose encontrar en las citadas resoluciones elementos claramente aperturistas al respecto. Es lo que podríamos denominar interpretación moderna o «novísima» de la jurisprudencia registral sobre el Derecho del consumo en sede de calificación registral. Veamos tales resoluciones.

RESOLUCIONES DGRN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

1. **Resolución 27 enero 1986:** Se discute si es inscribible el pacto que contiene la *renuncia del derecho que al deudor asigna el artículo 124 LH* de poder elegir, en caso de pago parcial del crédito garantizado sobre varias fincas, el inmueble gravado que ha de quedar libre de hipoteca por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial a que la finca está afectada.

— La DG, confirmando el criterio del Registrador e invocando un precedente de 1935, entiende que el derecho a la cancelación conferido al deudor en caso de pago parcial por el artículo 124 «está enlazado directamente con el desarrollo del crédito territorial, con la facultad dispositiva del deudor, con el derecho de los acreedores posteriores y con el legítimo

interés del adquirente de las fincas»; y por ello concluye considerando tal pacto ineficaz hipotecariamente porque va contra el interés público (*vid.* art. 6.2 CC: «la renuncia de derechos sólo será válida cuando no contrarién el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros»).

— *Comentario:* La apreciación del carácter contrario al interés público de determinada cláusula contractual requiere un proceso interpretativo de la cláusula concreta en relación con tal concepto jurídico indeterminado, en todo caso no más sencillo y no requirente de menos medios calificadorios que el exigido por la apreciación de la condición abusiva de un determinado pacto contractual incluido en un contrato de adhesión.

2. **Resolución 7 septiembre 1988:** Se discute una *cláusula de una hipoteca* según la cual, pasado el primer año del préstamo, el tipo de interés anual aplicable será el establecido por el Banco prestamista como tipo de interés preferencial para préstamos hipotecarios.

— El Registrador deniega la cláusula por «el defecto insubsanable de dejar su fijación [de los intereses variables] al arbitrio exclusivo de la entidad acreedora por infracción del artículo 1.256 CC».

— La DG confirma la nota por ir la cláusula en contra de la norma de que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes», establecida por los artículos 1.256 CC y 10.c)2 de la Ley de Defensa de los Consumidores de 19 julio 1984.

— *Comentario:* Destaca el hecho de que en este primer precedente fue la propia DG la que invocó la Ley de Defensa de los Consumidores, sin que la misma apareciese citada en la argumentación del Registrador.

3. **Resolución 16 febrero 1990:** La nota de calificación cuestionaba cierta estipulación sobre *intereses variables* según la cual se había de aplicar a cada semestre un tipo de interés determinado por la media aritmética de los tipos preferenciales de determinados Bancos, sin precisar cuáles eran los intereses preferenciales y diferenciales vigentes en el momento inicial del préstamo, sin prever la forma y domicilio en que debe comunicarse al tercer poseedor los sucesivos intereses resultantes y, por último, sin prever que los sucesivos intereses comunicados al prestatario habían de ser expresamente aceptados por éste.

— El Registrador consideraba que tal cláusula producía infracción de las Ordenes ministeriales y Circulares del Banco de España que se referían específicamente a la fijación del interés variable y, además, vulneraba la LDCU en cuanto que tales estipulaciones contienen cláusulas abusivas, suponen incrementos que no se corresponden con prestaciones adicionales e infringen el derecho básico de todo prestatario a tener una información correcta.

— La DG revoca la nota porque: *a)* la autonomía de la voluntad no se puede limitar por disposiciones de rango inferior a la Ley, y *b)* no es posible, con los datos que se pueden utilizar en la calificación registral, estimar que «esas concretas estipulaciones» sean cláusulas abusivas conforme a la citada LDCU.

— *Comentario:* No se plantea en este caso el tema de la admisibilidad de las cláusulas de interés variable, cuestión abordada por la posterior Resolución de 16 marzo 1990 y que desde la perspectiva del Derecho comunitario queda prejuzgada en sentido afirmativo puesto que la Directiva 93/13 excluye de la prohibición de introducir cláusulas que atribuyan al profesional la facultad de modificar unilateralmente los términos del contrato», las cláusulas por las que el prestador de servicios financieros se reserve el derecho a modificar sin previo aviso, en caso de razón válida, el tipo de interés adecuado por el consumidor...» (cfr. Anexo núm. 2.6), lo cual se justifica por la razonabilidad de introducir cláusulas de estabilización en los contratos de larga duración, como con frecuencia son los contratos de servicios financieros, y en particular los préstamos hipotecarios.

Lo que realmente se cuestionaba en la nota de calificación en el presente supuesto son las condiciones objetivas mínimas bajo las que ha de actuar dicha previsión contractual de variabilidad de intereses; y lo cierto es que, más allá de la concreta Resolución del caso por parte del Centro Directivo en sentido contrario a la posición del Registrador, en la interpretación de este último parecía latir una preocupación consumerista en sentido tuitivo que ha venido a ser ratificada en el ámbito normativo por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 mayo 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en cuyo artículo 6 se somete a las cláusulas de variabilidad de intereses a la doble condición de que los tipos de referencia utilizados no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades y de que los datos que sirvan de referencia al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

4. Resolución 16 marzo 1990: Rechaza la Registradora la inscripción de una cláusula de *intereses variables* en un préstamo hipotecario por considerar que dicha cláusula al ser utilizada en la contratación general con el público «se encuentra bajo la sanción de nulidad del artículo 10 LDCU».

— La DG revoca la nota por considerar que no puede tacharse cualquier cláusula de intereses variables con nulidad *ipso iure* sin invocar otro motivo que el de ser empleada en la contratación con el público. A lo que agrega la idea de que una protección a los consumidores que se tradujese en exclusión de las cláusulas de interés variable produciría inmediatamente,

en la práctica, la exclusión del consumidor en las ventajas del crédito a largo plazo.

— *Comentario:* Ciertamente, la invocación en este caso por la Registradora de la LDCU tenía un carácter, en mi opinión, excesivamente genérico y se empleaba como argumento de acompañamiento a la idea central de la exclusión del pacto por su carácter meramente personal. Con todo, hay dos aspectos positivos en las formulaciones de la DG al refutar tal planteamiento:

1.º La afirmación de que el carácter abusivo de la cláusula examinada no pueda sostenerse «sin invocar otro motivo que el de ser cláusula en la contratación con el público»; por consiguiente, parece admitir *a sensu contrario* que se concluya en el carácter abusivo de ciertas cláusulas si se esgrime una fundamentación más sólida y detallada.

2.º La DG emplea en su argumentación la propia idea de protección al consumidor al poner de manifiesto la paradoja de que la consideración como nulas, por abusivas, de las cláusulas de intereses variables excluiría a los consumidores de las ventajas del crédito a largo plazo.

5. **Resolución 13 noviembre 1990:** En este caso se deniega la inscripción de una cláusula de *interés variable* en la que se fija como criterio de determinación el promedio de los tipos preferenciales de un grupo de seis entidades de crédito, entre ellas tres Cajas de Ahorro, todas ellas distintas de la prestataria, que es una Caja de Ahorros diferente.

— El Registrador sostiene que dicha cláusula viola el artículo 1.256 CC y el artículo 10 LDCU, pues concede a una de las partes la facultad de modificar unilateralmente los intereses pactados, siquiera sea de forma indirecta, dado que la existencia y régimen de la Confederación de Cajas de Ahorro evidencia que entre ellas existe una «indiscutible interacción decisional y una efectiva influencia recíproca».

— La DG revoca la nota con el argumento de que la confluencia de intereses entre distintas personas, cualquiera que sea su naturaleza, aun cuando pertenezcan a asociaciones profesionales o agrupaciones para la satisfacción de tales intereses comunes, no menoscaba su independencia económica y su autonomía empresarial, y, por tanto, no se puede tachar de parcial el sistema de determinación de los intereses variables que hayan de regir en los sucesivos períodos de liquidación por referencia a los intereses que rijan en determinados momentos en cierto sector del mercado del que forman parte diversas Cajas de Ahorro distintas de la prestamista:

— *Comentario:*

1) En esta Resolución la DG no arguye en contra de la posible invocación por parte de los Registradores en sus calificaciones de la LDCU, sino

que, tomando en consideración, entre otros preceptos concordantes de Derecho civil e hipotecario, la propia LDCU concluye, tras el análisis del caso concreto, que no concurren razones para apreciar falta de determinación en la obligación garantizada (arts. 1.447 CC y 12 LH) ni atribución de facultades unilaterales y discrecionales a favor de una de las partes contratantes.

2) En cuanto a esta última cuestión de fondo, sin embargo, cabe significar cierto contraste entre el contenido de la comentada Resolución y el texto de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación según el cual en unas Condiciones Generales no se podrá reservar al que las utilice el derecho de modificar unilateralmente por sí o «por medio de las personas u órganos vinculados a su círculo de influencia» la prestación convenida sin una razón objetivamente justificada.

6. Resolución 26 noviembre 1990: En el caso resuelto por esta Resolución se cuestiona sobre la validez de una operación por la cual un colectivo de acreedores concederá *espera a una serie de obligaciones* de un mismo deudor, y, por su parte, el deudor constituye en garantía de ellas hipoteca y consiente que sea cada acreedor por su cuota de hipoteca el que unilateralmente determine qué obligaciones son las contraídas, cuál es su cuantía y condiciones, pudiendo tratarse de obligaciones ya existentes, vencidas o no, o de las futuras que resulten en el plazo de unos meses, sin más límite que el de provenir de operaciones «propias del tráfico de los Bancos» y siempre que en cierto plazo hayan sido incorporadas por el Banco en la cuenta, cuyo saldo será el garantizado y en cuya cuenta el deudor podrá verificar ingresos, «pero no tendrá derecho a disponer de cantidad alguna».

— La DG confirma en este caso el criterio denegatorio del Registrador, sosteniendo —al margen de otras fundamentales cuestiones de técnica hipotecaria y por lo que respecta al tema objeto de este estudio— que «la indeterminación de las obligaciones (existentes, vencidas o no, y futuras) y la atribución de su determinación a una sola de las partes con efectos hipotecarios y por tanto procedimentales, infringe las normas que sustraen la materia de prueba, y en particular la carga de la prueba a la autonomía de la voluntad, sobre todo para asegurar que la necesaria determinación del objeto del contrato (art. 1.273 CC) no quede al arbitrio de uno de los contratantes y para dar fijeza al contenido de un derecho, el de hipoteca, que por su carácter real tiene eficacia frente a todos (incluidos los demás acreedores del deudor).

— *Comentario:* Resulta impecable, a mi juicio, el razonamiento empleado por el Centro Directivo en la Resolución de este caso, siendo muy significativo que en los «vistos» de la Resolución se cite expresamente, no ya de forma genérica la LDCU, sino en concreto su artículo 10.8, según el

cual, como se sabe, se declara contrario a la buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones «la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario», precepto que se aplica no por aceptación de la posición argumentativa del Registrador —quien no elude a la citada disposición ni en su nota ni en su informe—, sino *ex officio*

7. **Resolución 26 diciembre 1990:** Idéntica, en cuanto a los extremos que nos interesan, a la Resolución 16 marzo 1990.

8. **Resolución 14 enero 1991:** Idéntica a la Resolución 26 diciembre 1990.

9. **Resolución 24 abril 1991:** Idéntica, en los extremos que nos interesan, a la de 14 enero 1991.

10. **Resolución 8 octubre 1991:** Comentada por extenso anteriormente. A lo anterior me interesa añadir, desde la propuesta perspectiva de reinterpretación de la jurisprudencia registral en esta materia, lo siguiente:

— *Comentarios:* Esta Resolución aborda la cuestión afirmando que procede recordar la doctrina sentada por el propio Centro Directivo conforme a la cual los medios de calificación de que dispone el Registrador le impiden apreciar «si las concretas estipulaciones debatidas tienen carácter abusivo conforme a la LDCU». Por tanto: *a)* Pretende reiterar —no innovar— la doctrina propia anterior, en cuyos antecedentes, como vimos, hay casos de aplicación de la LDCU tanto por el Registrador como por la propia DG, así como otros en los que se excluye no tanto la posibilidad de invocar en la calificación la LDCU, al igual que cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, como su aplicación al concreto caso debatido (*vid.* R. 16 marzo 1990); *b)* Esta matización de que la no susceptibilidad de apreciación del carácter abusivo lo es respecto de «las concretas estipulaciones debatidas» (entrecomillo la expresión), que comúnmente ha pasado inadvertida a los comentaristas, se reitera en la citada Resolución de 8 octubre 1991, y desde esa perspectiva relativiza el valor de la doctrina que sienta, por lo que invita a una reinterpretación del sentido excluyente y restrictivo que le han venido atribuyendo todos sus exégetas.

Este valor doctrinal, circunscrito al caso concreto, es lo que justifica que la DG abunde en la cuestión con argumentos adicionales al de la propia insusceptibilidad de apreciación del carácter abusivo de la cláusula debatida, afirmando que no cabe identificar, como parece hacer el Registrador, la facultad discrecional de Resolución —proscrita por el art. 10.c).2 de la LDCU y por el art. 1.256 CC— con la Resolución por impago al amparo del artículo

1.504 CC, que responde no a un criterio de mera discrecionalidad, sino de estricta objetividad y conmutatividad efectiva de las prestaciones. Por lo demás, este criterio de la DG aparece confirmado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 febrero 1991, según la cual es evidente que la LDCU al proscribir las cláusulas que otorgan a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente, el contrato no deroga las prescripciones de los artículos 1.124 y 1.504 CC, cuyo desconocimiento supondría una dislocación del tráfico inmobiliario cuando el vendedor ha cumplido sus obligaciones y el comprador desconoce su elemental obligación de pago del precio, lo que produciría infracción de los artículos 38, 128 y 139 de la Constitución, a cuyo marco económico, basado en el principio de libre ejercicio de las actividades económicas, ha de ajustarse la aplicación de la LDCU.

En cualquier caso, parece que puede haber contribuido de forma importante a esta situación generalizada de confusión el hecho de que a pesar de tratarse de una cuestión material idéntica, planteada entre el mismo Notario y el mismo Registrador, los expedientes gubernativos que dieron lugar a las Resoluciones de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991 no se acumulasen en uno solo —especialmente considerando que dicha acumulación se obtuvo ya en la primera instancia del recurso ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña—, lo que parece connotar un énfasis especial por parte de la DG que subraya más el aspecto excluyente que la idea de concreción al caso particular debatido.

Por último, esta Resolución tiene su antecedente en las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990 que plantean por primera vez la cuestión de la posible cobertura de los intereses pactados de la parte de precio aplazado por la condición resolutoria explícita del artículo 1.504 CC —que el Registrador negaba por el carácter excepcional y de interpretación restrictiva con que se autoriza el pacto comisorio respecto de sólo el precio en dicho artículo—, y la inscribibilidad de la cláusula penal que se incluía en el contrato —y que el Registrador igualmente negaba por el carácter personal y no real del mismo—. La particularidad de Resoluciones de febrero de 1990 estriba en que la alegación de la LDCU no la hizo el Registrador, sino el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al conocer del recurso en primera instancia. La DG, por su parte, al revocar el auto presidencial y la nota del Registrador no refuta expresamente tal alegación, a la que no hace ninguna referencia expresa.

11. Resoluciones 9, 10, 11 y 14 octubre 1991: Reiteran la doctrina de la de 8 octubre 1991.

12. Resolución 24 abril 1992: Reitera la doctrina de la Resolución 16 marzo 1990 en materia de intereses variables.

13. **Resolución 4 mayo 1992:** Reitera la doctrina de la Resolución 8 octubre 1991. En este caso el Registrador había ampliado sus alegaciones sobre la vulneración del artículo 10 LDCU, indicando que se trataba de un conjunto de escrituras redactadas con el mismo modelo y otorgadas en masa, que al actuar extrajudicialmente la condición resolutoria, incluso respecto de los intereses, ello equivale a conceder al vendedor la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, y que al poner al comprador en posición de demandante al tener que solicitar la moderación de la pena se produce una inversión de la carga de la prueba cuyos ambos aspectos son repudiados expresamente por la LDCU.

14. **Resolución 1 junio 1992** (4, 5 y 29 junio 1992; 6, 9, 10, 11, 13, 14, 16 y 17 julio 1992): Reiteran la doctrina de la Resolución anterior.

15. **Resolución 4 marzo 1993** (multipropiedad): Se cuestiona en el caso resuelto por esta Resolución la inscribibilidad de una estructura de transmisión de determinada participación indivisa sobre un apartamento durante una determinada semana de cada año, sin que previamente se haya inscrito el régimen de multipropiedad y subordinando la plena efectividad de las facultades esenciales del derecho adquirido, no ya al pago del precio estipulado, sino al pago sucesivo de cierta cantidad indeterminada a una compañía a la que no se identifica como sociedad de servicios de mantenimiento del inmueble, sin siquiera excluir que su determinación no haya de quedar a la arbitrariedad del futuro acreedor.

— El Registrador cuestiona la inscribibilidad de tal escritura por diversas consideraciones de orden registral (falta de tracto sucesivo, falta de consentimiento de la Junta de Propietarios para alterar el régimen de propiedad horizontal, etc.). No entra en apreciaciones de defensa de la posición contractual del consumidor. Y sin embargo es la propia DG la que implícitamente se apoya en la LDCU para excluir la inscripción de ciertas cláusulas al citar la misma en los «vistos» y subrayar la idea apuntada de arbitrariedad de alguna de las facultades atribuidas al vendedor (por ejemplo, la atribución de la acción de desahucio por impago de cuotas a la compañía vendedora y no a la comunidad de los interesados).

— *Comentario:* Esta Resolución evidencia la tesis sostenida de que la DG no postula una pretendida ininvocabilidad de la LDCU por los Registradores, sino que sopesa su aplicación a cada caso concreto, siendo así que en esta Resolución hace una aplicación decidida de la misma. Además, esta Resolución contiene la interesante afirmación de que «el Registro ha de ser instrumento de seguridad y no debe socavarse su prestigio haciéndolo cobijo de fantasías y fraudes».

16. **Resolución 17 marzo 1994:** Se vuelve a plantear el tema de la inscribibilidad de intereses variables, y la DG reitera su doctrina acerca de que:

- a) Dicha cláusula es admisible siempre que los intereses puedan ser determinados en su día por un factor objetivo y se señale un límite máximo de responsabilidad hipotecaria.
- b) Que dicha cláusula no puede ser tachada sin más motivo con nulidad *ipso iure* por el Registrador en aplicación del artículo 10 LDCU.
- c) Que cabe la cláusula, que engloba mensualmente cuotas de amortización e intereses, siempre que se exprese la fórmula matemática convenida que permita calcular el desglose de cantidades correspondientes a cada concepto. Con ello se entiende cumplido el principio de determinación hipotecaria, que es el correlato del principio consumerista que exige concreción y claridad en la redacción de las cláusulas de los contratos.

17. **Resolución 11 mayo 1990:** Cabe igualmente traer aquí a colación otras dos Resoluciones que sin abordar ninguna cuestión directamente relativa a la legislación sectorial de los consumidores, sin embargo, dejan apuntado el criterio del Centro Directivo en torno a dos temas que están estrechamente relacionados a dos de las dificultades que se apuntaban por la doctrina para lograr la plena aplicación de la legislación consumerista en sede registral. La primera Resolución a que quiero referirme es la de 11 mayo 1990, que relativiza las consecuencias de la carencia del principio de *audita parte* en el procedimiento registral. En efecto, en torno a una compleja cuestión de un fideicomiso sujeto al Derecho foral catalán, la DG confirma el criterio suspensivo del Registrador por entender necesarias ciertas renunciaciones no acreditadas y a reserva de las acciones judiciales que en la vía jurisdiccional ordinaria se puedan suscitar entre las partes, afirmando que: «Naturalmente, la interpretación aquí propuesta se entiende limitada a efectos de extender o no la inscripción, y ni impece ni prejuzga el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales con la amplitud de alegaciones, pruebas y recursos que regulan la Ley procesal, y principalmente con la intervención de los interesados, cuya defensa [en casos como el de que se trata] resulta, de hecho, confiada indirectamente al Registrador. Este criterio que atribuye, como no puede ser de otra forma, facultad al Registrador —facultad que implica al tiempo un deber— de apreciar la concurrencia de una posible causa de nulidad civil de un determinado negocio jurídico a los efectos de denegar su inscripción, a lo que no empece la falta de intervención directa de los interesados en el procedimiento registral, entiendo que es plenamente trasposable

al ámbito de las causas de nulidad que sanciona nuestra legislación —igual actual que proyectada— de protección a los consumidores.

17. Resolución 18 abril 1994: Esta resolución aborda el tema de la *inscripción parcial de los documentos* sujetos a calificación, conforme al artículo 434 del Reglamento Hipotecario, respecto de cuyos supuestos sostiene que tanto si la inscripción parcial resulta de la expresada exclusión de ciertas cláusulas o pactos formulada por los interesados en su solicitud de expresión, como si resulta de la calificación de ciertos pactos como nulos, abusivos, oscuros o personales, el Registrador habrá de denegar o suspender la inscripción *total* del título cuando, como consecuencia de dicha amputación, quede alterado o afectado sustancialmente el contenido del título o el total contexto pactado por las partes. Desde esta perspectiva de jurisprudencia registral no cabe defender que al Registrador le esté vetado entrar a apreciar el carácter abusivo de ciertas cláusulas porque de ello se pueda derivar una ineficacia total del contrato por producir la supresión de tal cláusula una alteración en el equilibrio de las prestaciones recíprocas.

Por último, la referencia de las Resoluciones comentadas a la «*limitación de los medios de calificación*» se refiere, como es obvio, no a los límites de su extensión material desde el punto de vista de las normas que ha de tomar en consideración —y que en propiedad abarca al conjunto del ordenamiento jurídico—, sino a los elementos formales de que se sirve, integrados por el propio título calificado y por lo que resulta de los asientos del propio Registro. Desde esta óptica, es cierto que puede escapar al control del Registrador la apreciación del carácter abusivo de ciertas cláusulas por la imposibilidad de ponderar el contexto y las circunstancias coetáneas a la celebración del contrato que no queden reflejadas formalmente en el mismo (art. 4 Directiva), de la misma forma que escapan, por igual motivo, a su apreciación ciertas causas de ineficacia sancionadas por la legislación civil común, como ocurre con las causas de anulabilidad consistentes en los vicios del consentimiento (error, violencia, intimidación o dolo), o con las causas de rescisión derivadas de los perjuicios producidos a los acreedores, o con los supuestos de inoficiosidad de las donaciones que perjudiquen las legítimas, o con los de rescisión por lesión, en cuyos casos se requieren elementos probatorios del valor de los bienes o derechos; pero dicho proceso de valoración y ponderación de elementos extrínsecos al contrato mismo, con respecto a las cláusulas abusivas, únicamente se requiere respecto de las cláusulas no incluidas expresamente entre las prohibidas por la Directiva del 93 y por nuestra Ley de Consumidores —actual y proyectada— a que más adelante me referiré, y en cuyo caso es preciso elaborar un proceso interpretativo basado en conceptos jurídicos indeterminados, como el de vulneración a las exigencias de la buena fe o desequilibrio no equitativo de las prestaciones recíprocas, y que son

lo suficientemente genéricas como para requerir la concurrencia de elementos interpretativos contextuales que han de operar en vía judicial. Pero en la práctica estos supuestos, y ante la *amplitud del elenco* de cláusulas excluidas expresamente, no constituyen sino situaciones de excepción.

Con esta reinterpretación de la doctrina de la DG en la materia, en mi opinión, se produce una reconciliación entre el verdadero alcance y extensión de la calificación registral, según resulta del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes del Reglamento Hipotecario, y su trascendental función preventiva de conflictos en nuestro sistema registral-inmobiliario, que si bien no es judicial (como el alemán, en que la inscripción constitutiva equivale a una sentencia firme en juicio declarativo con valor de cosa juzgada), tampoco es de mera transcripción, como el sistema francés.

Ahora bien, lo que en este momento nos planteamos es la forma y medida en que la situación descrita anteriormente se haya podido ver alterada, en el sentido de consolidar el criterio de apertura apuntado, por la promulgación de la Directiva del Consejo de la Comunidad número 13, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

III. LA DIRECTIVA 93/13/CEE, DE 5 DE ABRIL DE 1993

Pues bien, no procede, dado el limitado objeto del presente estudio, realizar en esta sede un análisis exhaustivo sobre el contenido de la Directiva, su ámbito de aplicación, las reglas interpretativas que contiene sobre las condiciones generales de la contratación, los sistemas de control que arbitra frente a las cláusulas abusivas, etc. Por el contrario, las referencias subsiguientes a la Directiva mencionada pretenden tan solo poner de relieve aquellos aspectos prácticos de la misma que determinan un nuevo *statu quo* de las relaciones entre la calificación registral y los contratos de adhesión, así como subrayar la coincidencia entre ciertos criterios interpretativos extraídos de la legislación civil e hipotecaria común y los preceptos tuitivos de los consumidores sancionados por la Directiva.

2.1. COINCIDENCIA CON LAS NORMAS CIVILES ORDINARIAS

Por lo que se refiere a la coincidencia de las normas del moderno Derecho del Consumo con numerosos principios institucionales del Derecho contractual tradicional provenientes de los Códigos decimonónicos, se ha de subrayar, a los efectos que nos interesan de delimitar el ámbito de la calificación registral, la importancia de este dato por cuanto que la propia Dirección General de los Registros ha admitido la invocación por los Registradores en

apoyo de sus calificaciones de la Ley de Consumidores, cuando se trata de argumentos legales coincidentes con otros emanados del Código Civil.

En este sentido hemos de destacar el hecho de que desde mediados de siglo se constata el fenómeno de la masificación del tráfico jurídico y económico, para cuya fluida canalización las empresas oferentes de bienes y servicios elaboran las denominadas condiciones generales de la contratación que imponen a sus clientes en forma de contratos de adhesión. He ahí las dos notas caracterizadoras de tal fenómeno: la prerredacción unilateral de las cláusulas y su rígida imposición.

Este fenómeno se trata de justificar desde el punto de vista económico por razón de la necesaria rapidez de las operaciones y en atención a la denominada «calculabilidad del riesgo». Desde el punto de vista jurídico, a su vez, los contratos de adhesión se tratan de justificar en base al dogma de la autonomía de la voluntad, que ve en el contrato, como autocomposición de intereses, la realización intrínseca de la Justicia («qui dit contractual, dit juste», según la célebre frase de FOUILLÉ). Sin embargo, en la práctica tales justificaciones venían a encubrir irritantes situaciones de desigualdad entre las partes contratantes, que se erigía en fuente de cláusulas y prácticas abusivas en perjuicio del consumidor o parte débil de la relación contractual. Por ello, ya antes de que se produjese la reacción legislativa frente a tales situaciones (Ley israelí de 1964 sobre contratos *standart*, Ley sueca de 1971 sobre prohibición de cláusulas contractuales impropias o excesivas, Ley alemana de 1976, Ley inglesa de 1977, etc., incluyendo nuestra Ley de 1984, elaborada presurosamente por razón de las gravísimas consecuencias sociales derivadas del consumo humano de aceite de colza), antes de la reacción legislativa —digo— la doctrina y la jurisprudencia de los distintos países salieron al paso de tales abusos, luchando contra ellos en base a la axiología contractualista que emanaba de los Códigos decimonónicos.

En nuestro país fue pionero en esta tarea el profesor FEDERICO DE CASTRO, quien abordó el estudio de las condiciones generales de la contratación en su discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia en el año 1960. Tres eran los cauces que el ordenamiento ofrecía en la lucha contra las cláusulas y condiciones abusivas, a juicio del profesor DE CASTRO, cuyo análisis premonitorio conserva aún gran parte de su valor:

1.º La Ley imperativa. A pesar del carácter liberal e individualista que presidía el espíritu de los Códigos del siglo XIX, desde un principio quedó claro que uno de los límites inmanentes e infranqueables del principio de la autonomía de la voluntad era el respeto a la Ley imperativa por residual que fueran las normas de tal carácter en la regulación del Derecho contractual («pas de nullité sans loi»). Pero es claro que el *esquema imperativo* de

las figuras contractuales típicas fueron reglamentadas con un exquisito respeto a la reciprocidad y equivalencia de las obligaciones.

2.º El orden público. Es un límite, junto a la propia Ley y a la moral, al principio de libertad de pacto recogido en el artículo 1.255 CC. Actualmente se ha de entroncar el concepto de orden público con el de los llamados «valores superiores del ordenamiento» del que habla el artículo 1.º de nuestra Constitución, y que están llamados a informar permanentemente todas las instituciones jurídicas. Y siendo ello así, es obvio que los pactos leoninos o vejatorios, por inicuos y contrarios a la conmutatividad propia de los contratos onerosos son repudiados por el orden público.

3.º Pero mayor importancia a los efectos de la protección de los consumidores presenta la nueva interpretación de la naturaleza de las «normas dispositivas», es decir, de todas aquellas normas configuradoras de las relaciones contractuales típicas no definitorias de los requisitos de existencia y perfección de los contratos y no sancionatorias de su nulidad, que en principio son meramente supletorias de la voluntad de las partes. Así, se considera que las partes contratantes, si bien se pueden apartar del marco legal definido por las normas dispositivas, ello habrá de ir acompañado, para ser eficaz, de una adecuada justificación causal, permitiendo al contrato seguir cumpliendo la finalidad económica amparada por el ordenamiento.

De todo ello resulta que los principios consumeristas se localizaban ya en estado gestante en los clásicos principios e instituciones del Derecho contractual, tales como el deber de comportarse de buena fe, la equivalencia de las prestaciones, la prohibición de enriquecimiento injusto, el sistema de la atribución objetiva de la carga de la prueba, etc. Y ello no sólo como valores abstractos inmanentes en el ordenamiento, sino incluso bajo una clara formulación positiva. Así, podemos citar el artículo 1.102 CC sobre nulidad de la renuncia a la acción para exigir responsabilidad por razón de dolo; el artículo 1.200 CC sobre la improcedencia de la compensación por deudas que procedan del depósito; el artículo 1.214 CC sobre atribución de la carga de la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento; el artículo 1.172 CC sobre atribución de la facultad de imputación de pagos exclusivamente al deudor; el artículo 1.256 CC sobre imposibilidad de rescisión unilateral del contrato; el artículo 1.288 CC sobre interpretación desfavorable para el causante de la oscuridad del pacto; el artículo 1.476 CC sobre nulidad del pacto de exención de responsabilidad del vendedor de mala fe en caso de evicción; el artículo 1.275 CC sobre nulidad del contrato con cláusula ilícita o contraria a la moral, es decir, no equitativa; etc.

Esta coincidencia o superposición entre normas consumeristas y normas de Derecho civil ha sido destacada a través de diversas resoluciones judi-

ciales. Así, la *Sentencia del Tribunal Supremo* de 2 octubre 1992 sostiene, ante una cláusula por la que se pretende limitar la responsabilidad del constructor exclusivamente a los defectos ocultos de la vivienda, que ello comporta, además de una violación de los derechos que como consumidor corresponden al comprador, hacer posible la renuncia a la acción por dolo (art. 1.102 CC) e impedir que la negligencia sea exigible en toda clase de obligación (art. 1.103 CC). La *Sentencia del Tribunal Supremo* de 23 julio 1993 rechaza en base a la LDCU la validez de una cláusula de sumisión a fuero por figurar en un contrato de adhesión mediante formulario que impide que la parte suscriptora influya en su contenido. Igualmente, la *Sentencia del Tribunal Supremo* de 8 abril 1994 estima que determinada cláusula de un préstamo relativa a los intereses devengables resultaba ambigua, por lo que en base a la norma coincidente de la Ley de Consumidores y del artículo 1.288 CC entiende que se ha de interpretar en el sentido más beneficioso o menos oneroso para el prestatario.

2.2. COINCIDENCIA CON LAS NORMAS HIPOTECARIAS

La coincidencia señalada se produce igualmente entre ciertas normas consumeristas y determinadas normas y principios hipotecarios. Así, sumariamente podemos señalar las claras concomitancias existentes entre:

1. El principio hipotecario de determinación (arts. 9 y 12 LH) y la exigencia consumerista de concreción y claridad en la redacción de los contratos.

2. Entre la regla hipotecaria de libertad de tráfico, con su consiguiente proscripción de las prohibiciones de disponer (art. 27 LH) y la interdicción consumerista de la sobregarantía.

3. Entre el principio hipotecario de tracto sucesivo, con el criterio consumerista de lograr la prestación de un consentimiento contractual efectivo y consciente.

4. Entre el principio hipotecario de legitimación y el criterio de política consumerista de proporcionar seguridad —incluida la jurídica— al consumidor.

5. Entre la publicidad formal emitida previo tratamiento profesional por el Registrador del contenido de los asientos del Registro en sus diversas variantes, incluyendo en su elaboración los más modernos procedimientos informáticos y telemáticos, con la aspiración consumerista de proporcionar al consumidor una información veraz a través de procedimientos eficaces. En este punto cabe destacar la importancia del Real Decreto 2537/94 de coordinación entre Notarías y Registros de la Propiedad en materia de

seguridad del tráfico jurídico inmobiliario de 29 de diciembre de 1994 que, ampliando el contenido de su antecedente representado por el RD 1558/1992 y con la finalidad de prevenir al máximo cualquier posibilidad de fraude inmobiliario, establece un sistema generalizado de información continuada de los asientos del Registro respecto de la descripción, titularidad y cargas del inmueble o derecho real objeto de la transacción con carácter previo a la autorización de la correspondiente escritura pública por parte del Notario, remitida por vía telefax, así como un sistema de representación en el Libro Diario del Registro de la comunicación de haberse otorgado la escritura que el Notario ha de remitir al Registrador igualmente por telefax o por cualquier otro medio el mismo día del otorgamiento.

Este Real Decreto, que reforma parcialmente los Reglamentos Hipotecario y Notarial, responde a la preocupación comunitaria de salvaguardar los derechos de los consumidores en el ámbito de las transacciones inmobiliarias transfronterizas y da cumplimiento a las recomendaciones que al respecto se contienen en la Resolución del Parlamento Europeo de 14 septiembre 1989 (la Unión Europea no puede dictar propiamente disposiciones civiles de carácter inmobiliario: art. 222 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea).

6. Igualmente, se percibe el latido de la preocupación por la salvaguardia de los derechos de los consumidores y de su seguridad jurídica en un amplísimo elenco de disposiciones de carácter registral y de las que, por razones de espacio, apunto escuetamente algunas referencias:

- a) Así, el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 atribuye al Registrador la facultad de control de la legalidad de diversos actos urbanísticos, con carácter previo a la inscripción de la mutación jurídico-real que produzcan, mediante la exigencia de acreditación de las oportunas licencia administrativas y certificaciones técnicas, como sucede señaladamente en los casos de parcelaciones de fincas o de declaraciones de obras nuevas;
- b) En sede de procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, tras la reciente reforma introducida en su regulación contenida en los artículos 234-236 del Reglamento Hipotecario mediante RD de 27 marzo 1992, se exige la constancia en la escritura de constitución de hipoteca —para que ésta se pueda ejecutar por vía extrajudicial— de una estipulación especial pactando el procedimiento formalizado separadamente de las demás estipulaciones, y ello sobre la idea de que el pacto es del suficiente alcance y trascendencia como para que la Ley procure que el deudor logre una plena coincidencia sobre su significado (realización de la finca por ante Notario en caso de incumplimiento), de forma que con la constancia

- separada se procura que en el acto de la lectura de la escritura el Notario le dé un énfasis especial, evitando que pueda pasarle inadvertido al deudor. Desde el punto de vista de la calificación registral, la propia DGRN en Resolución 16 junio 1992 (recaída en expediente de consulta formulada por un Notario sobre la inteligencia y aplicación del art. 234.2 del Reglamento Hipotecario) ha precisado el alcance de tal exigencia de constancia separada de tal estipulación de sujeción al procedimiento extrajudicial al señalar que si la misma está redactada sin la concreción, claridad y sencillez que impone el artículo 10 de la LDCU DE 1984, le será de aplicación la grave consecuencia sustantiva de nulidad del mismo, que establece el apartado 4.º de dicho precepto;
- c) En materia de multipropiedad, y a reserva del texto definitivo que resulte aprobado de la futura Ley de Conjuntos Inmobiliarios a través de la cual se incorporará la Directiva sobre derechos de disfrute de bienes inmuebles a tiempo compartido de 1994, la DGRN en su conocida Resolución de 4 marzo 1993 cierra el paso a la posibilidad que sobre la base del actual vacío legislativo en la materia puedan generarse situaciones arbitrarias que lesionen los intereses de los consumidores, exigiendo que en la constitución negocial de un régimen de propiedad por períodos las unidades económicas resultantes susceptibles de ser objeto de derechos reales reúnan los requisitos de perfecta determinación jurídica y viabilidad económica propia, pues, afirma, «el Registro ha de ser instrumento de seguridad y no debe socavarse su prestigio haciéndolo cobijo de fantasías y fraudes»;
- d) Para cerrar este apartado, y siendo el autor de estas líneas Registrador de Barcelona, me permito una referencia a una disposición propia de la legislación autonómica catalana y que, posiblemente, se llegue a extrapolar a todo el ámbito nacional a través de una futura Ley de Ordenación de la Edificación. Me refiero, en concreto, a la Ley de l'Habitatge (o Ley de la Vivienda) de Cataluña de 29 de noviembre de 1991 que atendiendo a las orientaciones de la Propuesta de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad del prestador de servicios de 20 diciembre 1990 y en la perspectiva de primar la protección preventiva sobre la de mera reparación, establece los requisitos que registralmente son exigibles para la inscripción de las escrituras de transmisión de viviendas, disponiendo al efecto en su artículo 15 que los Registradores de la Propiedad exigirán para inscribir escrituras de transmisión de viviendas de nueva contribución que vayan acompañadas del testimonio de la carta de garantía que el promotor ha de otorgar a favor de los

adquirentes y que ha de ser suficiente para cubrir los defectos de construcción. Por su parte, la disposición final 3.^a de la Ley dispone que el tipo de garantías, sus plazos y cuantías «serán fijados de acuerdo con lo que disponga la normativa comunitaria sobre la materia». El desarrollo reglamentario se subordina, pues, a la definitiva aprobación y contenido de la actual Propuesta de Directiva.

2.3. INTEGRACIÓN DEL DERECHO CONSUMERISTA EN EL RESTO DEL ORDENAMIENTO

Estas coincidencias entre el Derecho civil e hipotecario y el Derecho de consumo no son en absoluto casuales. Pensemos, en efecto, que el Derecho de consumo no constituye una disciplina autónoma, por lo que la potenciación de la figura del consumidor no implica extraerlo de las relaciones jurídicas en que se halla inmerso. Su posición en el Derecho de los contratos no ha variado: sigue siendo el comprador, el prestatario o el usuario de un arrendamiento financiero, etc. Y por ello se le ha de proteger desde el propio Derecho civil, mercantil e hipotecario. Esta idea se pone de manifiesto en el 2.º Programa de Acción Trienal (1993-1995) de la Comisión Europea, que afirma en sus conclusiones que «los progresos en la aplicación de una política comunitaria del consumo no se limitan a las actuaciones llevadas a cabo exclusivamente en el marco de la protección de los consumidores... Por este motivo la Comisión seguirá haciendo un esfuerzo de integración de la política de los consumidores en las demás políticas comunes».

Este criterio de integración es algo más que un buen propósito o una idea abstracta, ya que se encuentra positivado en nuestro Derecho interno, y así el artículo 7.º LDCU declara que «los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta Ley, aplicándose además —sigue diciendo— lo previsto en las normas civiles y mercantiles...» En definitiva, este criterio de integración supone que la legislación de consumo se ha de interpretar coordinadamente con otras conexas, como ha destacado recientemente el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 junio 1994, según la cual «la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, como Ley especial, reconoce expresamente que no excluye ni suplanta otras actuaciones y desarrollos normativos derivados en ámbitos competenciales cercanos o conexos como la legislación civil». En el mismo sentido se pronuncia, por último, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 marzo 1995, que a propósito de una cuestión suscitada en torno a un contrato de hostelería sienta la doctrina de que la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 no es exclu-

siva ni acaparadora en la protección de los derechos de éstos, y así la primacía de los preceptos sustantivos se mantiene y debe ser declarada por no estar impedida por el artículo 7 de la misma. Como vemos, en este último pronunciamiento se habla no sólo de compatibilidad y no exclusión, sino incluso de primacía de las normas civiles o mercantiles sustantivas.

Pues bien, todo ello es susceptible de calificación registral directa. Pero veamos, además, la influencia en este terreno de la Directiva de 5 de abril de 1993.

2.4. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

Con carácter previo hay que observar que la Directiva que comentamos es una Directiva de mínimos, en el sentido de contener una armonización legislativa que representa el mínimo común denominador de las respectivas legislaciones consumeristas de los países miembros, y ello con objeto de permitir en buena parte la subsistencia de las normas nacionales que cuentan con un importante grado de desarrollo (muy especialmente en Alemania). A ello se une el dato de la nueva redacción dada al artículo 129.A del Tratado constitutivo de la CEE por el Tratado de Maastricht, según el cual las acciones adoptadas por la Comunidad en materia de consumidores no impedirán el mantenimiento por parte de los Estados miembros de medidas de mayor protección.

Precisamente porque nos encontramos ante una Directiva de mínimos que tan sólo contempla una armonización parcial de la materia es por lo que su aprobación —y con objeto de alcanzar el elevado nivel de protección demandado por el art. 100.A del Tratado— debe traer como consecuencia una aceleración del proceso abierto de reforma de nuestro Derecho de condiciones generales, actualmente contenido en el artículo 10 LCU, para lo que se cuenta con importantes trabajos prelegislativos como es la propuesta de Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación publicado en el *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia* en 1991 y que estaba llamada a convertirse en la norma de incorporación a nuestro Derecho interno de la Directiva antes de concluir el plazo señalado por ésta al efecto en su artículo 10, de 31 de diciembre de 1994. Digo que estaba llamada a convertirse en la norma de incorporación porque aun cuando ya fue redactado considerando la Propuesta de Directiva ahora aprobada, así como la Resolución del Consejo de Europa sobre la materia de 16 de noviembre de 1976, en la actualidad parece haberse abandonado por las instancias prelegislativas dicha vía de incorporación, habiendo sido sustituida por un *Borrador de Ante-*

proyecto de modificación de la actual LDCU de 1984. Ahora bien, este texto (1) constituye un mero documento de trabajo, que oficialmente no es todavía con propiedad un Borrador de Anteproyecto, ni es un texto oficial de la Comisión General de Codificación, ni como tal se encuentra publicado todavía en el Boletín Informativo del Ministerio de Justicia e Interior, y en la actualidad, al parecer, está sometido a consulta preliminar al Ministerio de Sanidad por razón de las competencias de este último en materia de consumo. En conclusión, se trata, hoy por hoy, de una mera hipótesis de trabajo.

Por consiguiente, y a reserva de las modificaciones que se puedan operar sobre los citados Borrador y Propuesta de Anteproyecto, realizaremos un análisis conjunto de los tres textos normativos o prenormativos citados: la Directiva comunitaria y los dos proyectos prelegislativos que han sido previstos sucesivamente para su desarrollo en nuestro Derecho interno.

Una última consideración previa que resulta necesaria realizar en este punto es la de que habiéndose rebasado la fecha límite establecida en el artículo 10 de la Directiva para su desarrollo en el Derecho interno de los Estados miembros de 31 de diciembre de 1994 sin que hasta la fecha se haya cumplido tal previsión por el Estado español, entra en juego la doctrina *del efecto directo*, en virtud del cual la Directiva no desarrollada, como parte integrante del acervo comunitario que es, determina el nacimiento de derechos y obligaciones que entran en el patrimonio jurídico de los ciudadanos de los Estados miembros y son directamente invocables ante sus jurisdicciones nacionales (STJCE de 5 febrero 1963: Van Gend en Loos; ídem, STJ 1978: Simmenthal), siendo así que la vinculatoriedad jurídica de las Directivas no desarrolladas no generan tan solo derechos de reclamación de responsabilidades pecuniarias frente al Estado infractor (S. Francovicht) —efecto directo vertical—, sino que constituyen directamente textos de los que emanan mandatos jurídicos llamados a normar las relaciones jurídicas entre particulares en su ámbito de aplicación. Es decir, la Directiva no desarrollada se erige en norma directamente invocable en el ámbito de las relaciones jurídicas que constituyen su objeto (2).

(1) Texto del que dispongo gracias a la amabilidad del Subdirector General de legislación de la Dirección General de Codificación y Cooperación Jurídica Internacional, don LUIS VILLAMERIL, al que aprovecho estas líneas para reiterar mi agradecimiento por ello.

(2) Esta es, al menos, la tendencia marcada por Sentencias del Tribunal de Luxemburgo como la de 13 noviembre 1990, que en torno a una cuestión suscitada entre particulares relativa a las causas de nulidad de las sociedades mercantiles previstas por el artículo 11 de la Directiva 68/151 (1.ª Directiva de Sociedades) declara que «el Estado es destinatario de las Directivas, forman parte del Estado todas las autoridades públicas, incluidas las judiciales. Estas deberán admitir las imposiciones de la Directiva si se cumplen los requisitos que determinan su efecto directo, luego se va a imponer a las autoridades judiciales la obligación de aplicar lo dispuesto por la Directiva con primacía

Pues bien, en mi opinión, de la conjunción de los citados textos —Directiva y anteproyectos legislativos— resulta un estado normativo que supera las dificultades para su aplicación práctica en el fecundo campo extrajudicial representado por las funciones registral y notarial a que habíamos aludido con anterioridad y que han de producir, sin duda, una modificación en el criterio, aún con todo, parcialmente restrictivo expuesto de la Dirección General en atención a la ampliación que opera de su ámbito de aplicación respecto de la actual LCU.

1. Por lo que se refiere al *ámbito material* de aplicación de la Directiva, destaca el hecho de que por primera vez la Comunidad Europea (actualmente, como se sabe, Unión Europea) dicta en materia de consumidores una norma horizontal, esto es, no vertical o sectorializada como la que se habían venido dictando hasta la fecha en materia de créditos al consumo, responsabilidad de proveedores de servicios o la más reciente sobre multipropiedad de 26 octubre 1994, etc., sino aplicable con carácter general a toda la contratación, incluyendo de forma directa la contratación inmobiliaria y de servicios financieros hipotecarios. Tan sólo quedan excluidos los contratos en que no resultan comunes las cláusulas tipo, citando la Directiva en su Preámbulo entre el grupo de los excluidos los contratos de trabajo, los relativos a derechos sucesorios y al estatuto familiar, así como los relativos a la constitución y estatutos de sociedades, razón por la que la Directiva resultará difícilmente invocable en las calificaciones de los Registradores mercantiles.

2. De otro lado, en relación con el *ámbito subjetivo*, se prevé una importante novedad en relación con la situación actual definida por el concepto restringido de consumidor del que parte el artículo 1.º de nuestra LCU, englobando en el mismo tan sólo al destinatario final de los bienes o servicios, quedando excluido de su protección el pequeño y mediano empresario que, a su vez, se enfrenta a las condiciones generales prerredactadas por sus respectivos proveedores. Entre otros efectos negativos dicha concepción restringida, desde el punto de vista subjetivo de las personas y entidades susceptibles de protección consumerista, produce el de excluir del ámbito de protección de la Ley de Consumidores al usuario-arrendatario en un contrato de *leasing* o arrendamiento financiero sobre inmuebles, puesto que conforme a la disposición adicional 7.ª de la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, se exige que el bien objeto del contrato se destine por el usuario a una explotación agrícola,

sobre lo que establezca la norma nacional, con independencia del rango que ésta tenga y de la consideración de si es o no posterior a la Directiva». No obstante, es forzoso reconocer que esta cuestión del «efecto horizontal» no está todavía definitivamente decantado en sentido afirmativo. Puede verse en sentido contrario en nuestro Derecho, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 marzo 1995.

ganadera, industrial o comercial, dado que en tal caso el usuario por definición no es consumidor final al integrar el inmueble, a su vez, en un proceso de producción o comercialización. Y ello al margen del meritorio esfuerzo doctrinal realizado por MANZANO SOLANO argumentando la aplicabilidad de la LDCU al arrendatario financiero de inmuebles, en base a la idea de que el consumidor no es sólo el que adquiere, sino también el que «utiliza o disfruta bienes muebles e inmuebles», cuya condición en concepto de destinatario final no está reñida con la integración en procesos productivos del bien sujeto al arrendamiento que realiza su usuario, dada su titularidad de una opción de compra sobre el mismo, mediante cuyo ejercicio el contrato se consuma, ya que tanto el uso como la opción son prestaciones sucesivas esenciales de una causa contractual única.

Pues bien, la novedad surge porque, a pesar de que la Directiva restringe todavía más el concepto de consumidor tutelable al excluir del mismo a las personas jurídicas incluso siendo destinatarios finales del producto o servicio [art. 2.b)], por el contrario el Anteproyecto de Ley de CGC incluía en su ámbito de protección a la parte débil del contrato, sea ésta un consumidor en sentido estricto o una PYME (art. 1.º). Por tanto, la cuestión no era ya la de si interviene o no un consumidor, sino la de si median o no condiciones generales. Ahora, de nuevo, el Borrador de Anteproyecto de modificación de la LDCU vuelve a la versión clásica del texto vigente de esta última, y si por un lado, admite la compatibilidad entre persona jurídica y consumidor, por otro exige que en todo caso actúen como «destinatarios finales». Con todo, en mi opinión, en la redacción final de este concreto aspecto del Borrador de Anteproyecto se habrá de dejar sentir la influencia de los criterios más recientes de la Unión Europea en la materia reflejados en el Segundo Plan Trienal, en el que se contiene la siguiente afirmación introductoria: «La interdependencia existente entre la política de consumidores y las demás políticas comunitarias pone de manifiesto la complejidad de la noción misma de consumidor. Los consumidores son personas físicas o jurídicas —aquí se supera a la Directiva del 93—, con un poder adquisitivo más o menos elevado, que se proveen o hacen uso de bienes o servicios para su uso no profesional». De nuevo nos acercamos, pues, al concepto de consumidor como equivalente al que ostenta la posición contractual más débil, ya se trate de personas físicas, asociaciones, cooperativas o sociedades, sean civiles, laborales o mercantiles.

3. Pero la modificación de mayor importancia sobreviene precisamente en relación con el *elemento objetivo* de las condiciones generales. En este punto la Directiva dota al sistema de una gran flexibilidad al sustituir el concepto tradicional de condición general y de contrato de adhesión por el de condición o cláusula no individualmente negociada —que al igual que aquéllas son cláusulas predisuestas e impuestas—, pero que no impiden, en

caso de que alguna de ellas haya sido efectivamente negociada, la calificación global del contrato como un contrato de adhesión.

En relación con tales cláusulas tipo se sienta la importante presunción de que no han sido individualmente negociadas, correspondiendo la carga de la prueba en sentido contrario al profesional o empresario predisponente (art. 3.º 2). En base a tal esquema el Anteproyecto de Ley de CGC establecía en su artículo 8 que las cláusulas de las condiciones generales serán ineficaces cuando perjudiquen, en contra de las exigencias de la buena fe, los intereses del contratante sometido a esas condiciones generales. Hasta aquí el enunciado del artículo viene a coincidir con lo dispuesto sobre cláusulas abusivas por el 10 LCU de 1984. Sin embargo, a continuación y con el propósito deliberado, expresado en el Preámbulo del Anteproyecto, de evitar la necesidad de una explícita declaración judicial al respecto, se sienta la *presunción* de que tal perjuicio existe cuando se produzca en favor del predisponente una situación injustificada o desproporcionadamente ventajosa atendiendo el tipo contractual de que se trate o cuando el contenido de las cláusulas impida que el contrato alcance el fin económico protegido por el ordenamiento jurídico. Actualmente el Borrador de Anteproyecto de modificación de la LDCU mantiene la regulación en lo relativo a las exigencias de la buena fe y a la ineficacia de las cláusulas que no atiendan a tales exigencias, pero suprime la presunción citada y en su lugar, ciñéndose estrechamente al tenor de la Directiva (art. 3.2 *in fine*), establece la presunción de que las cláusulas generales de los contratos de adhesión no han sido individualmente negociables salvo que, *prima facie*, presenten elementos que exterioricen dicha negociación, ya que establece que «corresponderá al profesional la carga de la prueba cuando existan dudas sobre la negociación individual de una cláusula».

Dado el juego de presunciones establecido por la Directiva y por el Anteproyecto de Ley, que vienen a excusar mayores pruebas al respecto y a excusar igualmente la necesidad de un juicio valorativo judicial, no cabrá ya invocar la limitación de medios calificadorios con que dota al Registrador el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Tal afirmación ha de reafirmarse, además, a la vista de la técnica de «*lista negra*» empleada por el Borrador del Anteproyecto actual —que en la terminología consumerista comunitaria es equivalente a «lista de cláusulas prohibidas»—. En efecto, frente al tenor literal más tibio de la Directiva, que en su artículo 3.º, tras definir la noción general de cláusula abusiva y tras establecer que las cláusulas tipo, salvo prueba en contrario, no han sido individualmente negociadas, añade que su Anexo contiene una lista «de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas», el Borrador de Anteproyecto, por contra, declara con mayor vigor que la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones «*excluyen* los supuestos que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley».

En este mismo orden de cosas, hay que significar que en relación con la situación definida por el artículo 10.2 LCU, el nuevo esquema normativo integrado por la Directiva y el Anteproyecto de Ley de CGC flexibiliza sus requisitos de aplicación, y así:

- a) No es preciso que las cláusulas hayan sido redactadas por quien las imponga, pudiendo haberlo sido por un tercero.
- b) Desaparece el requisito de que las cláusulas se utilicen por el pre-disponente en todos sus contratos de forma idéntica, siendo suficiente con que sean generalmente empleadas de forma que sin ser igual sea sustancialmente parecida.
- c) Se exige exclusivamente que el consumidor no haya podido influir en el contenido, no que carezca de la posibilidad de obtener el bien o servicio en caso de rechazar el contrato, lo que podía excluir la protección en caso de estar disponible el mismo por parte de un competidor del oferente.

Estos tres novedosos aspectos de la definición de la noción de «condiciones generales de la contratación» desaparecen, sin embargo, en la actual versión del Borrador de Anteproyecto de modificación de la LDCU, que viene prácticamente a calcar la definición de la actual Ley de 1984 en lo que constituye, a mi modo de ver, el punto débil más importante del citado Borrador. En efecto, por un lado, define las condiciones generales de los contratos en su artículo 10.2, para posteriormente en el artículo 10 bis referir la condición de abusivas a las cláusulas «no negociadas individualmente» que incumplan los requisitos del artículo 10.1, dejando huérfano de definición el concepto acuñado para reglar la materia por la Comunidad Europea de «cláusula no individualmente negociada». Pero aun cuando asumamos el estrecho parentesco, si no sinonimia, de los dos conceptos citados, lo que resulta censurable es la imposición en la definición apuntada de mayores exigencias para la calificación de una cláusula como condición general o no individualmente negociada que las establecidas por la Directiva, que se limita al doble elemento clásico de la prerredacción y la imposición. Dado que, en todo caso, el Derecho interno puede establecer un sistema de mayor protección, pero no uno de menor protección, y dado el principio de primacía del Derecho comunitario sobre el nacional (STJ de Luxemburgo: Costa contra ENEL), en mi opinión, en este punto ha de prevalecer la Directiva, y bastará, pues, la imposición y la prerredacción para calificar una cláusula como tipo, general o no individualmente negociada.

Por otra parte, desde el punto de vista de los documentos inscribibles y dado el principio de titulación auténtica que establece el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, es preciso despejar la duda que con frecuencia se plantea

respecto de los documentos intervenidos notarialmente, ya que su función indagadora de la voluntad de los otorgantes, previa a la autorización del documento, puede crear la apariencia de contrato negociado, que como tal quedaría fuera de la protección dispensada por la Directiva. Para evitar este efecto contraproducente, y atendiendo a la realidad de la formalización del documento cuando responde a un clausulado tipo, y puesto que en tales casos la función notarial se limita a la faceta documentadora-autentificadora, el Notario en cumplimiento del artículo 147 del Reglamento Notarial debe hacer constar que redacta la escritura bajo minuta, indicando de quién proceden las condiciones generales.

IV. CONTROL REGISTRAL DE LAS CONDICIONES GENERALES

Como es sabido, la Directiva, al igual que el Anteproyecto de Ley, diversifica el control de las condiciones generales en dos planos: por un lado, el *control de inclusión*, y por otro, el *control de contenido*.

A) El primero, partiendo del carácter contractualista y no normativista de las condiciones generales, pretende hacer posible el conocimiento real del contenido del contrato por el adherente mediante la imposición al predisponente de una doble carga u obligación: 1.º la de facilitar el acceso al contenido del contrato, y 2.º que este contenido resulte comprensible por estar redactado de una forma clara, precisa y sin remisión a otros textos (art. 5 Direct.). En caso de oscuridad rige la regla interpretativa *contra proferentem*. En esta categoría cabría incluir las denominadas «cláusulas sorprendentes», es decir, aquellas que resultan alejadas de la naturaleza del contrato y respecto de las que el artículo 5 del Anteproyecto de Ley CGC sancionaba su ineficacia por presumir su desconocimiento por el contratante adherente. Actualmente, sin embargo, ha desaparecido toda referencia a las cláusulas sorprendentes en el Borrador de Anteproyecto de modificación de la Ley DCU.

B) Pero desde el punto de vista de la calificación registral, el control que presenta mayor interés es el de *contenido*, que tanto en la Directiva como en el Anteproyecto de LCGC y el actual Borrador, al igual que sucede en la actual LCU de 1984, se articula mediante una cláusula de carácter general y una enumeración casuística de supuestos ejemplificadores no cerrada, sino abierta a su ampliación jurisprudencial. Es decir, ha prevalecido el sistema alemán de *numerus apertus*, frente al británico de *numerus clausus*

Ya hemos visto anteriormente cómo los conceptos centrales de la cláusula general —en los tres textos legislativos citados— son los de falta de

buena fe y desequilibrio importante o desproporcionado de las prestaciones recíprocas. Sobre tales conceptos generales y al objeto de que su aplicación no requiera expresa declaración judicial, el artículo 8 del Anteproyecto de LCGC sentaba una serie de presunciones sobre concurrencia de los citados requisitos que califican la cláusula como abusiva. Ya vimos cómo tal presunción desaparece del actual Borrador de Anteproyecto, pero tal supresión no ha de entenderse necesariamente en la práctica como una a modo de *reformatio in peius* prelegislativa, ya que, por un lado, se puede entender sustituida por la presunción de cláusula no individualmente negociada que se introduce por la conjunción de tal presunción con el sistema de «lista negra» anteriormente apuntado, y por otro lado, porque aquella presunción no representaba, desde el punto de vista operativo, más que la sustitución de unos conceptos jurídicos indeterminados por otros; en concreto, se presumía que una cláusula es perjudicial al consumidor por contraria a las exigencias de la buena fe cuando produzcan una situación injustificada o desproporcionadamente ventajosa para el oferente, con lo que, en definitiva, la cláusula general de definición del abuso no llegaba a adquirir un carácter lo suficientemente específico como para conseguir eludir el proceso valorativo judicial, que era lo realmente pretendido.

El efecto derivado de la calificación de una cláusula como abusiva es el de verse privada de su fuerza vinculante, pero el resto del contrato seguirá siendo obligatorio para las partes si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas, según el artículo 6.1 de la Directiva. Nuestra actual Ley de Consumidores nos aclara que la subsistencia requiere que la parte subsistente del contrato no comporte una situación no equitativa para las partes (art. 10.4; ídem art. 10 bis.2.B.A). Con ello se opta por la solución de la nulidad parcial del contrato, frente a la nulidad total, que habría sido aplicada por la jurisprudencia alemana con anterioridad a su Ley sobre condiciones generales de 1976 y que despertó numerosas críticas. Se sigue con ello la máxima «utile per inutile non vitiatur».

El problema generado por la nulidad parcial es que la norma sancionadora origina una laguna en la autorregulación contractual que ha de ser suplida mediante la interpretación integradora con arreglo al resto del clausulado del contrato o incluso mediante la integración normativa, aplicando el derecho dispositivo propio de la figura contractual típica de que se trate a las lagunas producidas. En tales casos el Registrador ha de verificar que el supuesto de hecho no deriva hacia una nulidad total por imposibilidad de integración interpretativa del contrato (art. 1.289 CC), ya que en este supuesto, y afectando la laguna o duda interpretativa a alguno de los elementos principales del contrato, habría de denegar la inscripción completa del documento, y no sólo de las cláusulas abusivas. El artículo 27 del Anteproyecto de LCGC explicitaba la cuestión afirmando, tras establecer la nulidad

parcial del contrato, que «el resto del mismo conservará su validez, integrándose con las disposiciones legales, si existiesen, siempre que su aplicación no conduzca a resultados distintos de los que las partes hubieran perseguido al celebrar el contrato».

Pero decíamos que junto a la cláusula general de control de contenido existía en la Directiva y en el Anteproyecto de modificación de la LDCU una enumeración de cláusulas a las que de forma automática se les aplica el calificativo de abusivas que, por consiguiente, de forma directa sin juicio valorativo previo alguno, conforme declara ser expresamente su intención el legislador del Anteproyecto en su Preámbulo, han de ser consideradas ineficaces y, por tanto, no podrán acceder al Registro de la Propiedad. Ya vimos cómo en este punto la técnica del Borrador del Anteproyecto supera los niveles de protección de la Directiva.

La Directiva contiene un elenco de supuestos relativamente reducido, si bien abierto a su ampliación jurisprudencial, pero que en su condición de norma de mínimos se ve superada por la norma proyectada para su recepción en nuestro Derecho interno, muchas de cuyas cláusulas proscritas tienen una constante presencia en escrituras de préstamo hipotecario o de *leasing* inmobiliario y que podrán ser combatidas por el expeditivo procedimiento de declarar subsumidas entre los supuestos de cláusulas prohibidas por el Derecho de consumo comunitario y nacional. En parte, la enumeración es coincidente con la del artículo 10 LCU. Esquemáticamente expuestas, las cláusulas abusivas prohibidas de forma directa, según la disposición adicional del Borrador de Anteproyecto, son las siguientes:

1.^a Reserva de la facultad de interpretar los términos del contrato por el predisponente (art. 5.^o).

2.^a Reserva de la facultad de modificar unilateralmente la prestación convenida «sin causa objetiva» (art. 5.^o). Esta última mención que contemplaba la regla clásica *rebus sic stantibus* figuraba en el Anteproyecto LCGV, pero ha desaparecido del Borrador del Anteproyecto actual.

3.^a Reserva de la facultad de resolver unilateral y anticipadamente contrato (art. 5.^o).

4.^a Limitar al consumidor el ejercicio de la facultad resolutoria del artículo 1.124 CC y de las acciones civiles por mora del empresario (art. 2.^o).

5.^a Prohibición de compensar los créditos del consumidor con los del predisponente (art. 4.^o), así como privarle de las facultades de retención y consignación.

6.^a La obligación de adquirir bienes o servicios complementarios no solicitados expresamente por el consumidor (art. 14).

7.^a Prohibición de ventas a plazos en que no se expresen todas las condiciones de intereses, plazos y formas de pago (art. 10).

8.^a La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido o de indemnización desproporcionada por incumplimiento, resolución o disenso (8.^a).

9.^a Privación del derecho del consumidor a desistir del contrato en caso de vicios o defectos ocultos (arts. 2.^o y 7.^o).

10. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que correspondan al profesional (14.^a).

11. La exclusión de la responsabilidad por dolo o culpa grave del contratante que impone las condiciones generales (art. 3.^o).

12. La cláusula penal deberá consistir en una indemnización de daños y perjuicios razonables. No cabe la cláusula penal meramente punitiva (art. 21). Esta previsión ha desaparecido del actual Borrador de Anteproyecto, pero debe entenderse subsumida en la regla 8.^a de su disposición adicional.

13. Pacto de sumisión a fuero distinto del domicilio del consumidor (art. 24).

14. Pactos de alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (art. 22).

15. Imputación al consumidor de errores de terceros (art. 13).

Nuevas cláusulas de la lista negra (introducidas novedosamente por el actual Borrador de Anteproyecto)

16. La supeditación a una condición cuya realización dependa de la voluntad del profesional para el cumplimiento de las prestaciones cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso en firme (9.^a).

17. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos insuficientes o ficticios (por ejemplo, entrega ficticia del importe de un crédito) (12.^a).

18. La imposición de condiciones abusivas de crédito, de acuerdo con su legislación específica (16.^a). [Cláusula de remisión en blanco].

19. La consignación de fechas de entrega meramente indicativas o condicionadas a la voluntad del profesional (18.^a).

20. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza. Este epígrafe, que constituye mera trasposición de la regla de Derecho Internacional Privado contenida en el artículo 6.2 de la Directiva, tendrá sin embargo escasa incidencia en el ámbito de los Registros de la Propiedad dada la extensión en el Derecho conflictual comparado

de la máxima *lex rei sitae* como punto de conexión determinante de la Ley aplicable en materia de bienes inmuebles y de derechos reales constituidos sobre los mismos (art. 10.1 CC) y cuyo criterio ha sido igualmente adoptado por el Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, ratificados por España en 1992 (art. 9.4).

Por otra parte, y en cualquier caso, ante una concreta estipulación contractual incluida en un contrato de adhesión se habrá de tener en consideración la llamada «cláusula de supletoriedad» incluida en el Borrador del Anteproyecto, según la cual «los preceptos de la presente Ley sólo serán de aplicación en defecto de norma específica prevista en la legislación sectorial sobre consumo». Esta cláusula da entrada en el ámbito registral con carácter preferente, a pesar de su menor rango normativo, al RD 515/1989, de 21 de abril, en materia de compraventa y arrendamiento de viviendas, y a la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 mayo 1994 en materia de préstamos hipotecarios (reformada por la de 27 octubre 1995). Ambos textos tratan de potenciar al máximo el principio consumerista de información en la fase precontractual, no obstante lo cual inciden igualmente en la fase de elaboración efectiva de los contratos.

- a) Así, el RD de 1989 establece en su artículo 10 una serie de requisitos a los documentos contractuales de transmisión de viviendas como son los de claridad y sencillez en su redacción, y hacen aplicación en este ámbito de los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones, con *prohibición* expresa de inclusión de diversas cláusulas (precio diferido mal especificado, incrementos de precio que no respondan a prestaciones adicionales, imputación al comprador de errores de terceros o imposición al comprador de los gastos derivados de la preparación de la titulación previa) que vienen a coincidir en parte con las cláusulas excluidas por el artículo 10 LCU. El citado precepto se declara, por otra parte, de aplicación en todo el Estado en base al artículo 149.1, regla 8.ª, y no ser, por tanto, materia estatutaria propia de las Comunidades Autónomas, que, como se sabe, gozan de importantes competencias en materia de consumo.
- b) La Orden Ministerial de 5 mayo 1994, por su parte, responde igualmente al principio tuitivo de protección de los consumidores y, sin perjuicio de una prolija regulación de ciertos aspectos precontractuales de los préstamos hipotecarios, viene a establecer de forma absolutamente precisa y detallada los requisitos a que se deberán someter para su validez las cláusulas de intereses variable de forma coincidente con los criterios que al respecto ya habían adelantado

en el tiempo los Registradores en sus calificaciones. Así, se establece en su artículo 6.º que únicamente se podrán utilizar en tales cláusulas como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: 1.ª que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas en otras entidades, y 2.ª que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

Además, la Orden obliga a los Notarios en el acto de la lectura de la escritura a advertir al prestatario —en caso de intereses variables— de que se han establecido límites a la variación del tipo de interés, y en particular cuando no sean semejantes al alza y a la baja, así como que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores. Como vemos, aspectos todos ellos presentes en la calificación registral de las escrituras de préstamos hipotecarios que haciendo aplicación de normas civiles, hipotecarias y consumeristas ya extrajeron en su interpretación los criterios tuitivos que hoy refleja formalmente la Orden comentada.

V. ACCIONES JUDICIALES DE TUTELA

Por último, en relación con las acciones judiciales de tutela de los derechos del consumidor, hay que destacar que la Directiva, siguiendo el Derecho alemán, ha arbitrado dos tipos de controles judiciales, uno de tipo individual y accidental —que consiste en la potestad que corresponde al consumidor afectado de impugnar las cláusulas abusivas de su contrato—, y el control de tipo general o abstracto, que es el que representa la novedad en esta materia (art. 7.2).

Este último tipo de control consiste en la atribución de legitimación a ciertas organizaciones (Cámaras de Comercio, Asociaciones de Consumidores, etc.) para el ejercicio de la acción de cesación en la utilización de cláusulas abusivas, incluso de manera preventiva. No añade nada la Directiva respecto de la eficacia inhibitoria de la sentencia estimatoria —consistente en la prohibición de la utilización de estas cláusulas en el futuro— ni sobre la eficacia *ultra partes* de aquélla. Sin embargo, sí que se contenían previsiones al respecto en el Anteproyecto de Ley CGC, de forma que con arreglo al artículo 36 del mismo la obligación de eliminar la cláusula declarada abusiva de las condiciones generales de la empresa demandada

afectará también a las demás empresas del mismo sector (ídem art. 3 Ley Contrato del Seguro de 1980). Por su parte, el nuevo artículo 20 bis del Borrador de Anteproyecto actual, apartado 3.º, recoge indirectamente este efecto *ultra partes* al disponer que el consumidor que ejercite acciones judiciales para instar la declaración de nulidad de las cláusulas que entienda abusivas podrá invocar la sentencia estimatoria recaída en cualquier proceso general promovido por las asociaciones de consumidores.

Dos últimas observaciones relativas al procedimiento judicial de control abstracto o general, visto desde la perspectiva registral:

1.ª Obviamente, serán de aplicación y control registral no sólo las cláusulas abusivas incluidas en el listado casuístico incorporado a la Directiva y al Borrador de Anteproyecto español, sino también aquellas otras que vayan enriqueciendo tal elenco por consecuencia de los pronunciamientos jurisprudenciales recaídos en tales procedimientos.

2.ª Se preveía en el Anteproyecto de LCGC la publicidad cuasi-registral, a través del Boletín Oficial del Registro Mercantil, tanto de la interposición de la demanda como de la sentencia firme recaída en el citado procedimiento, lo que se justifica en atención a la eficacia *ultra partes* de aquélla, que, por tanto, puede afectar a empresas no personadas en el procedimiento. Esta previsión se omite en el actual Borrador de Anteproyecto. En mi opinión, este es uno de los aspectos en que el Anteproyecto LCGC superaba al actual Borrador de Anteproyecto, sin perjuicio de que las posteriores revisiones del texto de este último en el proceso legislativo pueda rescatar, yo al menos así lo estimo deseable, aquella interesante previsión de publicidad «cuasi-registral».

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Registrador de la Propiedad de Barcelona
Letrado de la Comisión de la Dirección General
de los Registros y del Notariado

DICTAMENES Y NOTAS

Breves notas acerca de la transmisión hereditaria de los derechos sobre la vivienda propiedad personal en el ordenamiento positivo cubano

SUMARIO: I. LAS SUCESIONES EN LA LEY GENERAL DE LA VIVIENDA. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. LA SUCESION TESTAMENTARIA SOBRE LA VIVIENDA PROPIEDAD PERSONAL.—III. LA SUCESION INTESTADA SOBRE LA VIVIENDA PROPIEDAD PERSONAL.—IV. TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA A FAVOR DE OCUPANTES QUE NO SEAN HEREDEROS DEL CAUSANTE.—V. TRANSMISION SUCESORIA DE LOS DERECHOS SOBRE LA VIVIENDA SITUADA EN ZONA DE DESCANSO O VERANEIO.—VI. TRANSMISION DE LAS DEUDAS QUE EL PROPIETARIO FALLECIDO TUVIESE CON EL BANCO POPULAR DE AHORRO CON MOTIVO DE LA ADQUISICION DE LA VIVIENDA.—VII. CONCLUSIONES.

I. LAS SUCESIONES EN LA LEY GENERAL DE LA VIVIENDA (LGV). CONSIDERACIONES GENERALES

Concebida como una de las peculiaridades del Derecho de sucesiones cubano, la pluralidad del régimen legal sucesorio ha devenido como uno de sus elementos más controvertidos y polémicos en esta materia del Derecho Civil por cuanto se pone fin a la unidad del régimen hereditario que enarbolará el ya abrogado Código Civil español. Precisamente está dada esta pluralidad a partir de las diversas formas de propiedad reconocidas constitucionalmente, de las cuales sólo tres generan derechos hereditarios, a saber: la propiedad del pequeño agricultor, la de las cooperativas de producción agropecuaria y la propiedad personal, entendida ésta como la *ratio legis* de la existencia del Derecho de Sucesiones en el ordenamiento jurídico cubano.

La misma existencia de la pluralidad del régimen hereditario lleva consigo que sean múltiples las legislaciones que refrenden la transmisión sucesoria de bienes sujetos a regulaciones especiales, legislaciones que en materia civil tienen un carácter preeminente que viene dado, entre otras razones, por lo expresamente formulado en el artículo 8 y en la disposición final primera del Código Civil vigente, que enarbolan la supletoriedad de este cuerpo jurídico respecto a materias especiales; cítese, por ejemplo, la transmisión de la vivienda urbana y rural y la tierra y demás bienes destinados a la producción agropecuaria.

De lo expuesto se colige que impregnado en el espíritu del legislador ha estado el que las materias que por su complejidad, su cierto grado de autonomía, el interés estatal y la connotación socioeconómica necesitan una regulación especial que refrende en el orden legal su *status*, se reglamenten por tales disposiciones, sin que ello signifique que en el supuesto de que determinadas materias o situaciones no encuentren solución en las ya citadas disposiciones hallen la vía adecuada de solución en el Código Civil que actúa con carácter supletorio, o sea, únicamente a falta de disposiciones legales sobre tal materia.

Constituye, pues, una de esas temáticas la regulación legal de la vivienda, la que por su trascendencia social merece un cuerpo legal que regule los principios rectores de la política habitacional de Cuba, además del conjunto de resoluciones e instrucciones que en el quehacer práctico resultan indispensables promulgar, misión que desde el año de 1985 (fecha en que se crea) ha venido desempeñando el Instituto Nacional de la Vivienda.

La Ley General de la Vivienda, como bien su nombre indica, sienta las pautas, principios e instituciones legales de la política habitacional de la isla; es a la vez Ley especial respecto al Código Civil, remitiendo en muchos de sus preceptos a las disposiciones de este básico cuerpo normativo.

II. LA SUCESION TESTAMENTARIA SOBRE LA VIVIENDA PROPIEDAD PERSONAL

Sólo un precepto dedica la Ley a la regulación de la sucesión testamentaria de la vivienda propiedad personal, precepto que por demás lleva implícito cambios profundos en la concepción de la transmisión por testamento de los inmuebles urbanos dedicados a viviendas; ¿por qué no aseveramos esto? La razón que nos motiva a proyectarnos en tal sentido está dada porque a diferencia de lo formulado en el artículo 110 de la ya derogada Ley 48, de 27 de diciembre de 1984, también Ley General de la Vivienda, la hoy vigente abre los horizontes al testador, horizontes por cierto, a nuestro juicio, no tan amplios como esperábamos dado que, al parecer, para

ponerse a tono con el Código Civil posterior a esa primera Ley y anterior a la segunda, que refleja una más amplia libertad de testar en el orden subjetivo si se compara con su predecesor (el Código Civil español) al no consagrar los herederos forzosos y sí tan sólo los denominados herederos especialmente protegidos, expresa la citada Ley que el testador propietario puede disponer libremente de su vivienda a favor de quien quiera, extremo que limitaba la anterior; o sea, no hay límites a la libertad de testar, el propietario puede hacer cualquier tipo de testamento de los regulados por el Código Civil y en una de sus cláusulas nombrar heredero a quien desee, respetando siempre la cuota legítima del heredero especialmente protegido; lo que sucede es que si bien *ab initio* no existe esa limitación, una vez ocurrido el deceso del titular del inmueble si el heredero testamentario no convivía con él *no podrá adjudicarse la vivienda deferida por testamento a su favor* dado que en este orden el derecho de ocupación, categoría jurídica introducida en nuestra legislación, es preferente al derecho hereditario, de manera que el conviviente no heredero podrá adjudicarse la vivienda bajo las reglas que *a posteriori* intentaremos esbozar, en tanto que el heredero sólo tendrá derecho al pago del precio legal del inmueble, precio establecido conforme a las tarifas oficiales. Se exceptúa el caso de que la vivienda quedare vacía al fallecimiento de su titular o si el instituido heredero fuera al menos uno de los convivientes; en este extremo, incluso si existieren otros convivientes con el titular tendría entonces éste que respetar la condición de ocupantes legales de dichas personas si así fuere reconocida y mantener la convivencia con ellos, amén de que su nueva condición de titular le permitiera ejercitar las facultades que el artículo 64 le permite de intentar el cese de convivencia.

Si bien, dentro de estrechos límites, se aprecia un paso de avance en la regulación de esta temática por cuanto se da la posibilidad de que el titular de la vivienda teste a favor de la persona que desee aun cuando aquélla no reúna la condición de conviviente, pero, por supuesto, no es menos cierto que está latente la limitación a la libertad de testar, porque lógico es que quien testa lo hace con el fin de que el heredero se adjudique ese inmueble y no su precio legal, máxime teniendo en cuenta el déficit habitacional que sufre Cuba. En un estricto orden técnico se obvia la última voluntad del testador, que en definitiva no se ejecuta; a este respecto, según la opinión de los legisladores, el testador debe subsumir su voluntad en lo preceptuado en el orden jurídico, esa voluntad individual debe adecuarse a la voluntad normativa encarnada en la Ley, de manera que sólo ajustándose a ella sería factible la ejecución del testamento tal y como lo expresa el testador. Sin intentar establecer una polémica, partimos de la consideración de que el derecho hereditario debe ser fortalecido y, a la par de ello, la autonomía de la voluntad del testador, que como titular debe ser en definitiva quien

encauce el destino final de sus bienes, sin más limitaciones que las dispuestas por el Código Civil en sede de herederos especialmente protegidos.

De manera que, tal y como apuntamos, la única posibilidad que tiene un heredero testamentario no conviviente para adjudicarse la vivienda deferida a su favor es que el testador no hubiere tenido otros convivientes; y cuando nos referimos a heredero testamentario téngase en cuenta que pudiera ser el hijo único del testador, ello no lo exceptuaría, tal es el sentido y alcance del artículo 76, inciso *h*), de la LGV que comentamos.

Por último, llama poderosamente la atención lo regulado en el segundo párrafo del multicitado precepto, referido en esta oportunidad a lo que se ha denominado *grandes inmuebles*, cuya apreciación vendrá dada por un conjunto de valoraciones supuestamente objetivas, pero que muy bien pudieran conllevar valoraciones con matices puramente subjetivos. Estos *grandes inmuebles*, por móviles económico-sociales, en *beneficio de la comunidad* (tal y como lo estipula la ley) pasarán al Estado en el supuesto de que el heredero testamentario no sea de los que, a su vez, regula el Código Civil en su Libro IV, Título III, Capítulo I, artículo 510, como legítimos o *ab intestato*, o sea, descendientes, ascendientes, cónyuge, hermanos y sobrinos, extremo en el que se les otorgará por el mismo Estado otra vivienda que no tiene que reunir condiciones ni tan siquiera similares a la que éste ocupara, abonándosele la diferencia resultante entre el precio legal de la vivienda que por testamento le ha sido ofrecida y el precio legal de la que en definitiva se le otorgará por el Estado. De coincidir el heredero testamentario con un presunto heredero legal de dicho causante si éste no hubiese testado, entonces dicho heredero podrá adjudicarse el *gran inmueble* siempre que el Estado no ejercite la acción expropiatoria mediante el proceso judicial correspondiente a que lo facultan los preceptos 425 y siguientes de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral.

Si en este *gran inmueble* conviven otras personas que no son ni herederos legales, ni testamentarios del causante-propietario, el Estado les respetará su derecho de ocupación en el sentido de que se les otorgará otra vivienda, o sea, se les facilitará la posibilidad de adquirir otra vivienda cuya propiedad se le transferirá a través del Banco Popular de Ahorro mediante contrato de compraventa, sin tener, como es lógico, derecho alguno sobre el valor o precio legal de la vivienda que hasta la muerte del titular venían ocupando.

Es meritorio destacar que no compartimos la tesis consagrada en la Ley en el sentido de que el heredero testamentario, ahora sí conviviente, pero que no sea a su vez uno de los presuntos herederos legales, se le asigne otra vivienda que no fuera la dispuesta por el testador en su testamento. Ello significa, a nuestro criterio, desposeerlo del derecho que en virtud del testamento se le atribuye, reconocido y respaldado tanto en la Constitución a través de su artículo 24 como por el Código Civil y la propia Ley General

de la Vivienda. El testador dispuso de su vivienda y no de otra, o sea, la finalmente asignada por el Estado: se quebranta el principio sucesorio a tenor del cual el heredero o sucesor se subroga en las titularidades activas y pasivas transmitidas por el causante y que sustenta la continuación o unidad en la sucesión hereditaria; por demás, resulta totalmente injusto que se le asigne otra vivienda que ni tan siquiera reúna características en cuanto a su estructura, constitución y ubicación geográfica similares a la que ocupaba el heredero testamentario conviviente, pero no presunto heredero legal. En esta oportunidad también se cercena la voluntad del testador, que estaría compelido a limitar la institución de heredero a uno de sus parientes consanguíneos que, conforme a la Ley, tuviere la consideración de heredero *ab intestato*, o al cónyuge que en todo caso la tiene; lo que sucede es que el testador no tiene por qué saber si su vivienda será catalogada o no como *gran inmueble*, consideración que necesariamente se conferirá *a posteriori* de la muerte de su titular y en ocasión de la tramitación de su herencia. Nada, que esta ocasión también se verá cercenado el derecho subjetivo de testar; incluso nos parecería más justo hasta el mismo proceso de expropiación forzosa a que acude el Estado a los fines de adquirir determinados bienes obedeciendo a un motivo de satisfacción de interés social o común, en el cual de tratarse de vivienda el bien objeto de la expropiación, la entidad estatal expropiadora procederá a compensar a los afectados con otra *vivienda adecuada* (art. 431 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral), cuestión ésta también prevista por la LGV en su disposición especial cuarta.

III. LA SUCESION INTESTADA SOBRE LA VIVIENDA PROPIEDAD PERSONAL

Conforme establece el artículo 509 del Código Civil, la sucesión intestada procede con carácter supletorio *a falta de testamento, o habiéndose otorgado éste, haya sido declarado judicialmente ineficaz en todo o en parte, no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, derechos y acciones, o no dispone de todos los que correspondan al testador, o todos los herederos instituidos premueren al testador, son incapaces de suceder o renuncian a la herencia*. Así lo reconoce el artículo 77 de la LGV, que remite al Código Civil al regular éste quiénes son los herederos legales, en qué orden suceden y en qué cuantía o proporción del haz hereditario, aplicando esta preceptiva a la transmisión hereditaria *ab intestato* de los derechos de la vivienda.

Según prevé el supramencionado artículo, la transferencia de la propiedad de la vivienda a los herederos legales se realizará:

- a) *Por la vía extrajudicial o notarial* si existe común acuerdo entre todos los herederos legales coocupantes de la vivienda.
- b) *Por la vía judicial* si no existiere conformidad entre los herederos convivientes.

Sin embargo, si los herederos legales no ocupasen la vivienda, existiendo litigios entre ellos sobre quién o quiénes se la adjudicarían, corresponde a la Dirección Municipal de la Vivienda decidir con plenas facultades, atendiendo a las necesidades habitacionales de cada heredero, quién o quiénes a su arbitrio deben adjudicársela.

De existir común acuerdo entre los coherederos no ocupantes de la vivienda sobre quién o quiénes se la adjudicarían, será competente el Notario para proceder a autorizar la correspondiente Escritura Pública de Partición y Adjudicación de Herencia Intestada, siempre que se pruebe la inexistencia de convivientes en el inmueble en cuestión.

De no aceptar ninguno de los coherederos legales la transferencia de la propiedad sobre la vivienda (sin que ello implique renuncia hereditaria), tendrán derecho a que el Estado, quien será el que definitivamente le transmitirá la propiedad sobre dicha vivienda, le indemnice a cada uno en la parte que le corresponda, afirmamos que no constituye renuncia hereditaria, porque a tenor del derecho positivo cubano quien renuncia a la herencia no tiene derecho ni tan siquiera a la respectiva indemnización del precio o valor legal de la vivienda cuya titularidad rehúsa, dado que a tenor del artículo 512 del Código Civil si uno de los herederos a favor de los cuales se ha dejado la herencia renuncia a ésta (renuncia abdicativa), sus descendientes ocuparán su lugar y grado ejercitando el derecho de opción que se les defiende a tenor del *ius representationis*, siempre que se trate del primer o quinto llamados sucesorios, o sea, siempre que el heredero renunciante sea hijo o hermano del causante, limitándosele en este último extremo a sus descendientes directos, o sea, sobrinos del causante, teniendo por tanto derechos sobre el referido inmueble tales herederos.

De morir uno de los herederos sin aceptar ni renunciar a la herencia, este derecho pasa a sus herederos según refrenda el artículo 529 del Código Civil, que reconoce lo que la doctrina entiende por *derecho de transmisión*, de aplicación incuestionable en materia inmobiliaria y que ofrece una particularidad en nuestra LGV al suscitarse una rica polémica en torno a su viabilidad en el supuesto a que se contrae el último párrafo del artículo 76, ya ampliamente comentado, en el sentido de que el heredero testamentario conviviente del causante y que a su vez fuere uno de los presuntos herederos legales con todo derecho a adjudicarse la vivienda catalogada como *gran inmueble* fallezca sin haber aceptado ni renunciado a la herencia deferida a su favor y transmita su derecho a un tercero que no tenga vínculos

parentales siquiera con el titular del inmueble, o sea, en síntesis, el heredero del titular del inmueble reúne todos los requisitos exigidos por la Ley para la adjudicación de la vivienda, pero quien en definitiva se la debía adjudicar por transmisión carece del vínculo parental necesario con el primer causante a cuyo nombre aún aparece el inmueble. Nos pronunciamos, por supuesto, a favor de la adjudicación por haber operado la transmisión hereditaria a favor del segundo heredero y por haber cumplido el heredero transmitente los requisitos que *ex lege* se le exigen, amén de que éste no llegue a adjudicarse el inmueble por una causa ajena a su voluntad como es la muerte sin haber ejercitado el derecho de opción; al menos esa sería la interpretación legal más justa y adecuada a la naturaleza de las cosas al decir de VALLET DE GOYTISOLO.

Resulta oportuno anotar también que los herederos no ocupantes de la vivienda disponen de un término legal de *un año*, contado éste a partir del fallecimiento del titular del inmueble, para acreditar en la Dirección Municipal de la Vivienda con sede el inmueble tal condición, o sea, la de heredero, so pena de que *caduque* su derecho, extremo en el que sólo conservarán la posibilidad de recibir el importe monetario del precio legal de la vivienda. Entiéndase que al operar dicho término por *caducidad*, el derecho que tienen los herederos se extingue por el simple transcurso del tiempo, no siendo susceptible dicho término de interrupción ni suspensión por causa alguna (arts. 125 y 126 del Código Civil), sino que opera automáticamente.

El artículo 80 de la comentada Ley enarbola un principio jurídico mucho más lógico y justo que el plasmado en el precepto 473, apartado primero, del Código Civil y cuya esencia es la misma en ambos: *el abandono definitivo del territorio nacional como causa de incapacidad absoluta para suceder* y su trascendencia legal. La primera parte se consagra de idéntica forma en ambos cuerpos legales, o sea, *las personas que se ausenten definitivamente del país son incapaces de suceder cualquier bien, incluida por supuesto la vivienda sita en Cuba*; sin embargo, la LGV establece la posibilidad de que si el heredero que abandona el país no deja descendencia su parte acrecerá a la de los demás herederos, lo que impide el Código Civil, que en el artículo ya citado enuncia que *si la participación que le hubiere correspondido al incapaz excediere, al momento de la adjudicación, del monto total de dos años de salario medio nacional, dicha participación no acrece a los coherederos y se transmite directamente al Estado*.

Consideramos que en las condiciones actuales resulta más justa la formulación de la LGV, pues no sanciona a quienes en definitiva están residiendo en suelo nacional. En cuanto a la posibilidad del derecho de representación de los descendientes del incapaz para suceder por abandono definitivo del país, es un elemento común en sendos cuerpos legales.

En el supuesto de que el causante fuere tan sólo copropietario de una parte de la vivienda, el copropietario sobreviviente que ocupe o no la vivienda mantendrá, pues, derechos como copropietario de la parte de la cual es titular; sin embargo, los herederos legales que la ocupen se convertirán *de iure y de facto* en copropietarios de la parte correspondiente al titular fallecido. Un caso interesante sería, sin duda, el extremo de que ni el copropietario ni los herederos hubieren ocupado la vivienda antes del fallecimiento del causante; claro está, el copropietario no perderá sus derechos por no ocupar la vivienda, pero ¿tendrá un derecho preferente sobre los herederos del causante? Nos inclinamos por una respuesta negativa, siendo precisamente los herederos testamentarios o legales quienes tendrán derecho a adjudicarse la vivienda en la parte que al causante le pertenecía, en copropiedad de existir común acuerdo entre ellos en el sentido de que ésta se adjudique a dos o más, o simplemente a uno de ellos, manteniéndose en todo caso la copropiedad con el otro cotitular.

IV. TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA A FAVOR DE OCUPANTES QUE NO SEAN HEREDEROS DEL CAUSANTE

El artículo 78 de la LGV prevé la transmisión de la propiedad de la vivienda a favor de convivientes que no sean herederos legales ni testamentarios del titular del inmueble; para ello se exigen como requisitos:

1. *Anuencia* del titular del inmueble ya fallecido.
2. *Ocupación* de la vivienda por un *término* no menor de:
 - a) *Dos años* antes del fallecimiento del titular en los casos de ex cónyuges y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad.
 - b) *Cinco años* antes del fallecimiento del titular en los demás casos.
3. La *no titularidad de otra vivienda*, por cuanto la propia Ley en su artículo 2 enuncia su principio capital de que nadie podrá tener más de una vivienda, *a excepción de las situadas en zonas de descanso o veraneo*.
4. *No haber incurrido en actuaciones de mala fe y egoísmo evidente para aprovecharse de determinadas circunstancias presentes en personas necesitadas de ayuda con el fin de apropiarse de la vivienda al fallecimiento de su titular*.

A las personas que reúnan los requisitos citados el Estado, que ha asumido la titularidad de la vivienda por no existir herederos con derecho a ésta, le transferirá a los convivientes la propiedad sobre la misma previo contrato de compraventa que suscribirá el conviviente en calidad de com-

prador con el Banco Popular de Ahorro en calidad de vendedor representante del Estado.

En este caso el Estado se verá obligado a indemnizar a los herederos testamentarios o legales por el precio legal de la vivienda que no podrán adjudicarse.

Resulta oportuno señalar que el artículo 82 de la LGV estipula que el Comité Ejecutivo del Órgano Local del Poder Popular correspondiente podrá disponer mediante *acuerdo fundado* que sea transferida la propiedad de la vivienda a través del pago del precio que corresponda al ocupante, que aún no reuniendo los requisitos de tiempo previo de convivencia o parentesco con el titular fallecido su caso lo amerite por circunstancias que a juicio de dicho órgano ejecutivo son realmente justificadas, o sea, que en estos casos se actúa teniendo en cuenta circunstancias específicas y concretas y bajo potestad discrecional.

V. TRANSMISION SUCESORIA DE LOS DERECHOS SOBRE LA VIVIENDA SITUADA EN ZONA DE VERANEO O DESCANSO

Las viviendas de descanso, o sea, aquellas situadas en determinadas zonas del país, como, por ejemplo, en las playas, tienen un tratamiento distinto al de las viviendas de ocupación permanente. A la muerte de sus titulares se transmiten a sus herederos conforme a la *legislación sucesoria común*, o sea, la contenida en el Código Civil vigente, a partir del artículo 466. Ello viene dado porque en cuanto a estas viviendas, el principio de que su propiedad se transmite a los coocupantes no tiene validez alguna ya que no existen convivientes del propietario, cuyo derecho debe ser respetado. Al fallecimiento del titular la vivienda estará desocupada porque nadie tiene en ella su domicilio permanente.

De ahí lo estipulado en el segundo párrafo del artículo 83 de la Ley, del cual se infiere que lo previsto en el apartado segundo del artículo 473 del Código Civil, al que ya hicimos referencia, sí resulta aplicable por lo que *a falta de un coheredero que haya abandonado definitivamente el territorio nacional de no tener descendientes y de exceder su participación al momento de la adjudicación del monto total de dos años de salario medio nacional su cuota-parte se transferirá directamente al Estado.*

VI. TRANSMISION DE LAS DEUDAS QUE EL PROPIETARIO FALLECIDO TUVIESE CON EL BANCO POPULAR DE AHORRO CON MOTIVO DE LA ADQUISICION DE LA VIVIENDA

A consecuencia del contrato de compraventa que se concerta entre el particular en calidad de comprador y el Estado representado por el Banco Popular de Ahorro en su calidad de vendedor, el primero se constituirá en deudor del segundo por el importe del precio legal de la vivienda, pagadero en mensualidades iguales (conforme al art. 41, párrafo 1.º, de la LGV). En virtud de este contrato se convertirán en codeudores solidarios todas las demás personas mayores de 18 años que pasen a residir con el comprador y tengan ingresos propios (art. 41, párrafo 4.º).

De ahí que al ocurrir el fallecimiento del comprador, si los adeudos para con el Banco Popular de Ahorro no han sido satisfechos aún, el heredero que reciba la vivienda, ya sea en tal condición o en la de legatario, responderá también del pasivo, o sea, se obligará a pagar los adeudos aún no satisfechos por el causante, liquidándolos en los mismos términos en que el fallecido efectuaba los pagos, sin perjuicio de tener el heredero la misma posibilidad que el causante en el sentido de que si en algún momento el cobro fuere imposible mediante retenciones hechas a él o, en defecto suyo, hechas a los codeudores solidarios, el Banco Popular de Ahorro podrá pactar con el comprador otra forma de garantizar el pago; y si la imposibilidad resultare de la reducción de los ingresos de éste, podrá reducirse el importe de la cantidad mensual a pagar del precio total por el tiempo necesario. Como se infiere, la transmisión de la vivienda por sucesión *mortis causa* deja subsistente la responsabilidad de los codeudores solidarios por el pago, la que se limitaría a los que permanezcan en la vivienda después del fallecimiento del causante.

No obstante, lo justo y lo legal es que, a pesar de continuar la responsabilidad solidaria de los codeudores, el Banco Popular de Ahorro se dirija contra el heredero (legal o testamentario) o legatario a los fines que se satisfaga los adeudos no liquidados por el fallecido.

El *adjudicatario de la vivienda* asumirá a su vez la obligación de indemnizar en los siguientes términos:

1) *A todos los herederos legales* si, conforme con el artículo 78 de la LGV, al fallecer el propietario de la vivienda hubiere estado ocupada sólo por personas que no sean sus herederos, supuesto en el que la propiedad se transfiere al Estado, sin perjuicio del derecho de los herederos a recibir el importe del precio legal de la vivienda.

2) *A los restantes herederos legales* si el propietario de la vivienda muere intestado sin que hubieran otros coocupantes de la misma, trans-

firiéndose la propiedad a alguno de los herederos *ab intestato*, de acuerdo con las reglas contempladas en el artículo 79 de la LGV. En este supuesto el heredero que se adjudique la vivienda estará obligado a indemnizar al resto de los herederos legales por su precio legal, deducida la parte que a él le corresponde por su condición de heredero. De no aceptar ninguno de los herederos legales, la propiedad de la vivienda se transferirá al Estado, procediéndose al pago del precio de la vivienda por parte de éste a dichos herederos, el que será distribuido de acuerdo con las reglas de partición hereditaria previstas por la legislación sucesoria común.

3) *A los herederos especialmente protegidos (entiéndase hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquéllos, el cónyuge supérstite y los ascendientes, siempre que no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante)*, si existieren, si la vivienda fue transmitida por testamento a uno de los presuntos herederos legales o a otra persona conviviente con el titular fallecido o a un tercero (de quedar la vivienda vacía al fallecimiento del testador por haber sido el propietario su único ocupante), ello si los herederos especialmente protegidos se ven afectados en la legítima, o sea, la mitad de la herencia que el Código Civil en su artículo 492, apartado 1.º, les reserva, de forma tal que el heredero testamentario que se adjudique la vivienda le indemnizará al especialmente protegido el exceso del valor de la vivienda que afecta su legítima de ser ésta el único bien o el de más valor dentro del haz hereditario, prerrogativa de la cual dispone el heredero especialmente protegido a tenor del artículo 494 del Código Civil a través de la *acción de complemento*.

Es dable apuntar que en el primer supuesto que analizamos *a priori*, cómo la propiedad se transfiere al Estado, de existir adeudos que el fallecido tuviere para con el Banco Popular de Ahorro, quien actúa en representación estatal, estos adeudos serán cancelados por operar jurídicamente una *confusión de derechos* al reunirse en el Estado las condiciones de *acreedor y deudor*, lo que lleva consigo la extinción de las obligaciones (cfr. art. 300 del Código Civil). De ahí que resulte que a los herederos legales sólo le será pagada la parte del precio legal de la vivienda que fue liquidado por el causante. Ello también será de aplicación a lo expresado en el segundo supuesto cuando los herederos no aceptaren la propiedad de la vivienda, transfiriéndose ésta al Estado.

VII. CONCLUSIONES

1. Acorde con lo formulado en el artículo 8 y en la disposición final primera del Código Civil vigente, las leyes especiales tienen un carácter preeminente sobre este cuerpo legal. La Ley General de la Vivienda se cita dentro de estas leyes por refrendar jurídicamente el *status* de la vivienda, uno de los bienes de mayor connotación socioeconómica en el país. Resultando que ante las omisiones de que adolezca la citada Ley son de aplicación las disposiciones del Código Civil.

2. La Ley General de la Vivienda (Ley número 65/1988, vigente desde el 8 de febrero de 1989) constituye un paso de avance en comparación con la abrogada Ley 48/1984 en cuanto a la normativa jurídica de la libertad de testar, puesto que si bien el titular puede disponer libremente de su inmueble urbano, el heredero instituido verá reducida la posibilidad de adjudicárselo de no reunir la condición de conviviente al excepcional supuesto de que el titular fuere el único que ocupare el referido inmueble, teniendo derecho en todo caso a percibir el importe monetario del precio legal.

3. Mostramos total inconformidad con lo preceptuado en el segundo párrafo del artículo 76 de la LGV, por cuanto si conforme con el primer párrafo del mismo artículo el espíritu del legislador ha sido respetar la voluntad soberana del testador, por qué entonces despojar al heredero testamentario del *gran inmueble* que ha sido deferido a su favor; por qué exigirle como requisito *sine qua non* para la adjudicación de la vivienda que además de heredero testamentario fuere uno de los presuntos herederos legales; qué diferencia, en cuanto a los derechos que como heredero tiene, se da entre la persona que ha sido llamada por testamento y la que lo ha sido por Ley si precisamente el primero es la fuente principal del derecho sucesorio; no hay sino, a nuestro juicio, una vulneración de los más elementales derechos subjetivos de la persona: el derecho a testar por causa de muerte de su patrimonio y de otros derechos no patrimoniales.

4. De fallecer el titular del inmueble urbano sin haber otorgado disposición *mortis causa* alguna, corresponden según la legislación sucesoria común los derechos sobre la vivienda a los herederos legales, quienes además tendrán que ocuparla para adjudicársela; recordemos que el *derecho de ocupación*, conforme a la Ley comentada, es *preferente* al *derecho de herencia* en cuanto a la posibilidad de detentar físicamente el inmueble, salvo que la misma quede vacía al fallecimiento del titular, supuesto en el que de no existir común acuerdo entre los coherederos corresponderá a la Dirección Municipal de la Vivienda, bajo su arbitrio, decidir a quién de ellos se le adjudicaría, teniendo en cuenta como factor de primer orden la

necesidad habitacional de cada heredero. Resulta también justo, además de legal, que el heredero que se adjudique el inmueble indemnice a los restantes herederos en la cuota-parte del precio legal de la vivienda que como causahabiente le corresponde.

5. La LGV formula los requisitos necesarios para que los convivientes puedan adquirir la vivienda que venían ocupando, requisitos que aun cuando sean indispensables para la transferencia de su propiedad pueden en algunos supuestos en los que se justifiquen las circunstancias eludirse a instancia del órgano ejecutivo de gobierno correspondiente haciendo uso de la potestad discrecional.

6. La LGV se aparta de las reglas del Código Civil al formular la responsabilidad por deudas del heredero que se adjudique la vivienda, en el sentido de no admitir responsabilidad conjunta, ni solidaria, ni mancomunada, antes y después de la partición respectivamente (cfr. arts. 531 y 533 del Código Civil), sino que el heredero o legatario que se adjudique la vivienda será el único que responderá ante el Banco Popular de Ahorro de los adeudos no liquidados por el causante-titular y sólo a él podrá dirigirse el acreedor, quedando libres los restantes coherederos de dicho débito, sin perjuicio de responder de otras deudas que tenía el causante, las que se transmitirán a los causahabientes de acuerdo con la legislación sucesoria común.

LEONARDO B. PÉREZ-GALLARDO
Profesor Asistente
Facultad de Derecho
Universidad de La Habana

BIBLIOGRAFIA

- PÉREZ FUENTES, GISELA: *Separata de Derecho Civil Parte General*, 1.^a edición. Editorial MES, Facultad de Derecho. Universidad de La Habana.
- VEGA VEGA, JUAN: *Comentarios a la Ley General de la Vivienda*, 1.^a edición, Ediciones Jurídicas, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1988.
- Código Civil cubano*. Ley 59/1987, de 16 de julio, en vigor desde el 12 de abril de 1988.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral* Ley 7/1977, de 19 de agosto.
- Ley General de la Vivienda* Ley 48/1984, de 27 de diciembre.
- Ley General de la Vivienda* Ley 65/1988, de 23 de diciembre, en vigor desde el 8 de febrero de 1989.

A N E X O

PRECEPTIVA LEGAL CITADA EN LA PONENCIA

Del Código Civil

Artículo 8 Las disposiciones de este Código son supletorias respecto a materias civiles u otras reguladas en leyes especiales.

Artículo 125. En los casos expresamente determinados en la Ley o en el acto jurídico los derechos caducan por el simple transcurso del tiempo.

Artículo 126 Los plazos de caducidad se aprecian de oficio por los órganos jurisdiccionales y no son susceptibles de interrupción ni suspensión por causa alguna.

Artículo 300. 1. Queda extinguida la obligación desde que se reúnen en una misma persona las cualidades de acreedor y deudor principales.

2. La confusión puede ser total o parcial según se produzca sobre toda o parte de la obligación.

3. La confusión que extingue la obligación principal extingue también sus obligaciones accesorias.

4. La confusión recaída en uno de los deudores solidarios extingue por completo la obligación para los demás deudores.

Artículo 470. Es también causa de incapacidad para ser heredero o legatario el hecho de haber abandonado definitivamente el país.

Artículo 473 1. Si la causa de incapacidad para heredar es el abandono definitivo del país y la participación que le hubiera correspondido al incapaz excediera al momento de la adjudicación del monto de dos años del salario medio nacional, dicha participación no acrece a los coherederos y se transmite directamente al Estado.

2. El que promueva una declaratoria de herederos debe declarar bajo juramento si existe persona incapacitada para heredar por abandono definitivo del país.

Artículo 492 1. La libertad de testar se limita a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos.

2. El testador no puede imponer gravamen alguno a la porción de la herencia que corresponde a los herederos especialmente protegidos.

Artículo 493. 1. Son herederos especialmente protegidos, siempre que no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante, los siguientes:

- a) los hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquéllos;
- b) el cónyuge sobreviviente, y
- c) los ascendientes.

Artículo 494 El heredero especialmente protegido a quien el testador haya dejado, por cualquier título, menos de la proporción que le corresponde, puede pedir el complemento de la misma.

Artículo 509. La sucesión intentada tiene lugar cuando:

- a) Una persona muere sin haber otorgado testamento o éste se declara judicialmente nulo o ineficaz en todo o en parte.
- b) El testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, derechos y acciones, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso la sucesión intestada tiene lugar solamente respecto de aquellos de que no hubiera dispuesto.
- c) Todos los herederos instituidos premueren al testador, son incapaces de suceder o renuncian a la herencia.

Artículo 510 Son herederos llamados por la Ley los hijos y demás descendientes, los padres, el cónyuge, los demás ascendientes y los hermanos y sobrinos.

Artículo 512 Si el llamado a una sucesión premuere al causante, o renuncia o es incapaz de suceder, ocupan su lugar en la herencia sus descendientes. Este derecho se denomina derecho de representación.

Disposición final primera Sin perjuicio del carácter supletorio de este Código, se rigen por la legislación especial las relaciones jurídicas relativas a la familia, los descubrimientos, inventos, innovaciones, racionalizaciones, creación de obras científicas, educacionales, literarias y artísticas, la caza y la pesca, los solares yermos; la vivienda urbana y rural; las cooperativas agropecuarias y todo lo concerniente al régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y demás bienes destinados a la producción agropecuaria y forestal; los buques y aeronaves; las sociedades; los servicios de suministro de agua, gas, electricidad, telecomunicaciones y bultos postales, y los que se prestan en los bufetes colectivos, los seguros obligatorios, la contratación económica y cualesquiera otras relaciones que determine la Ley.

De la Ley General de la Vivienda

Artículo 2. El derecho a una vivienda se ejercerá en la forma y bajo los requisitos que establece la presente Ley.

Será legítimo tener, además de la de ocupación permanente, la propiedad de otra vivienda ubicada en zona destinada al descanso o veraneo. Fuera de esa posibilidad, de la señalada para los agricultores pequeños y cooperativistas y de los casos de vivienda vinculadas, ninguna persona tendrá derecho a poseer más de una vivienda.

Artículo 41 El Banco Popular de Ahorro, en representación del Estado, transferirá la propiedad de las viviendas estatales, en los casos procedentes, mediante contrato de compraventa a plazos en el que el comprador se constituirá en deudor del Estado por el importe del precio legal de la vivienda, pagadero en mensualidades iguales.

El contrato se otorgará a favor de la persona a la cual se le asigne la vivienda, y si ésta fuere casada a favor de ambos cónyuges.

El contrato de compraventa contendrá todos los elementos necesarios para que se le considere título de propiedad, incluida una descripción adecuada de la vivienda.

En el mismo contrato se constituirán en codeudores solidarios para el pago del precio aplazado a favor del Estado todas las demás personas mayores de dieciocho años que con el comprador pasen a residir en el inmueble en la fecha de la compraventa y tengan ingresos propios. También podrá constituirse como codeudor solidario, voluntariamente, cualquier otra persona.

Artículo 76 El propietario de una vivienda de residencia permanente podrá testar sobre ella, pero el heredero o legatario instituido sólo podrá adjudicarse la vivienda en los casos siguientes:

- a) Si ocupa la vivienda al fallecimiento del causante.
- b) Si la vivienda quedare vacía al fallecimiento del testador por haber sido el propietario su único ocupante.

Quando se trate de grandes inmuebles que puedan servir de utilidad pública o interés social, u otro uso más justo y razonable en beneficio de la comunidad, y el heredero o legatario no fuera, al mismo tiempo, de los llamados por la Ley para la herencia intestada, el Estado podrá asignar otra vivienda al beneficiario y adquirir para sí el inmueble.

Artículo 77 Si al fallecer su propietario sin otorgar testamento la vivienda estuviera ocupada por sus herederos, se les transmitirá la propiedad de aquélla con arreglo a la legislación sucesoria común.

En estos casos, si existe la conformidad de todos los herederos, la adjudicación de la vivienda se realizará ante Notario. Cuando no existiere la conformidad de los herederos el Tribunal será competente para conocer y transferir la vivienda.

El que reciba la vivienda estará obligado a indemnizar a los herederos que no la reciban, según dispone la legislación sucesoria común, mediante el pago de la cantidad que proceda, y estará igualmente obligado a liquidar los adeudos que el propietario fallecido tuviese con el Banco Popular de Ahorro con motivo de la adquisición de la vivienda, en los mismos términos en que el fallecido efectuaba los pagos, sin perjuicio de que en los casos correspondientes se aplique lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 43.

Artículo 78. Si al fallecer su propietario la vivienda hubiere estado ocupada permanentemente sólo por personas que no sean sus herederos, la propiedad se transferirá al Estado, sin perjuicio del derecho de los herederos a recibir el importe del precio legal.

En este caso la Dirección Municipal de la Vivienda reconocerá mediante resolución el derecho a transferir la propiedad de la vivienda a los convivientes del fallecido, que con su anuencia lo hubieren sido por lo menos durante dos años antes del fallecimiento en los casos de ex cónyuges y familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad, y durante cinco años en los demás casos.

En todo caso se exigirá que el beneficiario de este derecho no fuese propietario de otra vivienda. La transferencia de la propiedad se realizará por el Banco Popular de Ahorro en representación del Estado conforme a las disposiciones de la Sección II del Capítulo III de la presente Ley.

Los que actuando de mala fe y egoísmo evidente se han aprovechado de las circunstancias especiales de personas necesitadas de ayuda para apropiarse de la vivienda al fallecimiento de éstas, incurriendo en indignante conducta antisocial

e inhumana, podrán ser privados por la autoridad competente de los beneficios de este artículo.

Artículo 79. Si al fallecer su propietario sin otorgar testamento y la vivienda quedará libre de ocupantes, se aplicarán las reglas siguientes:

- a) De existir herederos se transferirá la propiedad a los que acuerden convivir en la vivienda en cuestión, lo que se realizará ante Notario, asumiendo los adjudicatarios el pago que corresponda a los demás herederos y previa la transferencia al Estado de la propiedad de la vivienda que ocupen como propietarios, en su caso, por el precio correspondiente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42, inciso b)
- b) De existir herederos, si éstos no llegan a acuerdo sobre quiénes de ellos ocuparán la vivienda, la cuestión será decidida por la Dirección Municipal de la Vivienda correspondiente, que preferirá a los que tengan mayor necesidad habitacional.
- c) Si ningún heredero aceptare adquirir la propiedad de la vivienda, ésta se transmitirá al Estado, procediéndose al pago de su precio a los herederos en la forma que regula el artículo 42, inciso b).
- d) En el caso de no existir herederos, la vivienda se transmite a favor del Estado, sin perjuicio del derecho de los herederos a recibir el importe de su precio legal.

Artículo 80. Las personas que se ausenten definitivamente del país son incapaces de heredar la vivienda que ocupaba permanentemente el causante, y si tiene hijos o descendientes en el territorio nacional su porción corresponde a éstos por representación; a falta de éstos, acrece a los demás herederos.

Artículo 82. No obstante lo dispuesto en los artículos 78 (párrafo segundo) y 81 (párrafo primero), el comité ejecutivo del órgano municipal del Poder Popular correspondiente, si concurren en el caso circunstancias que lo justifiquen, podrá disponer, mediante acuerdo fundado, que se transfiera la propiedad de la vivienda mediante el pago del precio que corresponda conforme con lo estipulado en el artículo 42, inciso b), aunque el coocupante no reúna todos los requisitos de tiempo previo de convivencia o parentesco con el propietario fallecido o definitivamente ausente.

Artículo 83. La propiedad de las viviendas utilizadas para el descanso de sus dueños y ubicadas en playas y otras zonas de descanso se transmitirá, en caso de muerte de su propietario, según las normas de la legislación sucesoria común.

En caso de ausencia definitiva del propietario por abandono del país la propiedad pasará al Estado; pero si se tratase de una copropiedad y uno de los copropietarios permaneciese en el país, éste podrá adquirir al Estado la parte correspondiente al copropietario definitivamente ausente.

Disposición transitoria cuarta. En los casos que por razones de utilidad pública o interés social el Estado, en aras del desarrollo general del país, debe adquirir o expropiar una vivienda de propiedad personal de ocupación permanente, se compensará al propietario con otra adecuada, en lo posible, a las dimensiones de la vivienda afectada, de acuerdo a las características técnico-constructivas y ubicación de la vivienda que disponga el Estado para estos casos, sin exigirle el pago

de la diferencia de precios caso de existir ésta a favor del Estado, a no ser que el propietario opte por el cobro del precio legal. El Estado podrá acordar otras formas de compensación.

De la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral

Artículo 431 En los casos a que se refiere el artículo anterior, a instancia de la parte actora el Tribunal procederá a darle posesión de los bienes objeto de la expropiación.

Si el bien afectado por la posesión inmediata dispuesta conforme al párrafo anterior estuviere destinado a vivienda, en todo o en parte, se procederá a compensar a los afectados con otra vivienda adecuada, a reserva de lo que en definitiva se decida.

Calificación registral de las comunicaciones notariales por fax

Consideramos de interés la publicación del Auto dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha 20 de febrero pasado en cuanto reconoce explícitamente la importancia de la calificación registral como supuesto indispensable para que se cumpla el principio de legalidad.

Dice así dicho Auto:

Antecedentes de hecho.—Primero. Se aceptan los hechos de los autos dictados el trece de junio de mil novecientos noventa y cinco y veintiocho de julio de mil novecientos noventa y cinco por la Ilma. Sra. Magistrada Juez de Primera instancia número 4 de Barcelona en los incidentes en el recurso de queja número 529/95.5.ª, promovido por don ..., Notario del Ilustre Colegio de Barcelona, representado por el Procurador don Ildefonso Lago Pérez y dirigido por el Letrado don Javier Vidal-Quadras Trias de Bes, contra el Registrador de la Propiedad número 7 de Barcelona don José Manuel García García, representado por el Procurador don Alfonso Martínez Campos y dirigido por el Letrado Vidal Correoner Barbero; siendo las partes dispositivas de dichos autos del tenor literal siguiente: «... Debo declarar, y declaro, no haber lugar, por inadecuación del procedimiento y sin entrar en el fondo del asunto, a la doble solicitud formulada en queja por el Notario de esta ciudad, don ..., contra el Registrador titular del Registro de la Propiedad número 7 de esta plaza don José Manuel García García, respecto de la práctica del asiento de presentación de un derecho de hipoteca presentado ante dicho Registro por comunicación notarial en extracto en fecha 19 de mayo de 1995. No procede hacer expresa imposición de las costas de este expediente a ninguna de las partes...» «... Debo declarar, y declaro, no haber lugar a la reposición de la Providencia de fecha 14 de junio de 1995 y, en consecuencia, a la nulidad instada por el Notario don ..., acordando mantener íntegramente la expresada resolución

y sin que proceda especial pronunciamiento en cuanto a las costas de este recurso...»

Segundo. Interpuestos recursos de apelación contra los anteriores autos por el actor, se admitieron en ambos efectos y, emplazadas las partes, se elevaron los autores originales a esta Audiencia, en donde comparecieron ambas; y seguidos los trámites legales tuvo lugar la celebración de la vista pública el catorce de febrero del corriente año con la asistencia de los Abogados y Procuradores de los litigantes.

Visto siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Juan Poch Serrats, Presidente de esta Sección Catorce.

Razonamientos jurídicos.—Se aceptan los de las respectivas resoluciones apeladas y:

Primero. El actor y recurrente proyecta su recurso de apelación en un doble sentido o vertencia al reiterar en el acto de la vista la improcedencia del Auto de fecha 28 de julio de 1995 por el que el Juzgado de Instancia, con acierto y criterio ajustado a Derecho, deniega una atípica fase de alegaciones que el recurrente pretende introducir dentro de la tramitación del recurso de queja regulado en el número del artículo 416 del RH.

En línea con lo resuelto, es de afirmar el carácter público de las leyes procesales y de sus respectivos preceptos (STC de 31 de octubre de 1983), no hallándose a disposición de las partes los requisitos procesales (STC de 8 de junio de 1989), correspondiendo a los Tribunales el control de sus presupuestos, que ni pueden ser exagerados o hipertrofiados en un formalismo excesivo (STC de 29 de octubre de 1990), pero que tampoco pueden ser «introducidos ni siquiera por analogía», que debe ser aplicada muy restrictivamente por razones de seguridad y certeza jurídica (STC de 14 de julio de 1988).

Interpretando el contenido procesal del artículo 416.4.º en su referencia a la posibilidad de recurrir en queja, se observa una escueta y concisa regulación al disponer que el Juez, «tras oír al Registrador...» Tal precisión no puede ser desbordada ni degenerada, cual pretende el apelante, introduciendo una atípica como totalmente improcedente fase de alegaciones, que desconocería y conculcaría el marco normativo de concreta aplicación.

En coherencia con el contexto jurisprudencial expuesto, es la ratificación de la resolución impugnada, ratificándose igualmente la innecesariedad de la intervención del Ministerio Fiscal al faltar en el contencioso de autos la más mínima premisa que conforme a su propia función «nomofiláctica» justifique o comporte su presencia.

Segundo. Entrando en la temática procesal de fondo, resuelta con igual acierto y normalidad legal por el Auto impugnado de 13 de junio de 1995, es de afirmar su procedencia y ratificación en cuanto concluye en la improcedencia del recurso de queja regulado en la mencionada norma de Reglamento Hipotecario por hacer referencia la misma a supuestos totalmente ajenos y distintos de aquellos que suponen el ejercicio de la función calificadora del Registrador de la Propiedad y a los que se refiere respecto del asiento de presentación el artículo 420 del propio Reglamento.

Dentro del conjunto de principios que conforman el sistema hipotecario, debe resaltarse como esencial, básico y de valor prácticamente estructural el denominado de legalidad, que impone que los títulos que pretendan su constancia registral sean sometidos a un previo examen, verificación o calificación del Registrador, constituyendo la función calificadora el medio o instrumento de efectividad del principio de legalidad. El artículo 16 de la LH y los artículos 98, 99 y 100 del RH constituyen y realizan la estructura normativa de las facultades calificadoras del Registrador, principio y garantía del principio de legalidad registral.

Desde tal perspectiva resulta inconcebible, por rompedor y totalmente perturbador del orden y sistema hipotecario, el entender la posibilidad de un recurso de queja contra cualquier acto del Registrador que implique ejercicio y actuación de su responsabilidad; consecuentemente, el número 4 del artículo 416 de la LH debe entenderse solamente aplicable a supuestos de denegación del asiento de presentación totalmente arbitrarios y de mala fe y totalmente ajenos a la dinámica de la función calificadora, que encuentra su respuesta correctora en el recurso gubernativo regulado en el artículo 112 y siguientes de la LH.

Corolario de lo expuesto es la plena confirmación del auto recurrido por sus propios y acertados razonamientos y conclusiones perfectamente ajustados a Derecho, siendo de resaltar su fina matización entre la expresión «... se negare a practicar el asiento...» del artículo 416.4.º, con la de «... no extenderán el asiento...» que dispone el artículo 420 de la propia LH, lo que, en definitiva, determina la desestimación del presente recurso que obviándose la necesidad de entrar en el análisis de los motivos de fondo respecto al contenido material del asiento de presentación referente a una hipoteca, resaltándose no obstante a título meramente indiciario y de pauta que la constatación registral del derecho debe hacer referencia al «crédito hipotecario», careciendo la garantía por sí sola de efectos constitutivos y constituyentes del derecho dada la proyección del artículo 1.657 del CC.

Tercero. Las costas de esta alzada deben de imponerse al recurrente.

Parte dispositiva.—La Sala, por ante mí el Secretario, acuerda:

Desestimar los recursos de apelación interpuestos por la representación de don ... contra los autos de fechas trece de junio y veintiocho de julio de

mil novecientos noventa y cinco dictados por la Ilma. Sra. Magistrada Juez de Primera Instancia número 4 de Barcelona en las actuaciones a que se contrae la presente, haciendo expresa condena de las cosas de esta alzada al apelante. Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia con testimonio del mismo para su cumplimiento.

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Leyes nacionales

- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la Ordenación del Comercio Minorista, aprobada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 de la Constitución en relación con el 150.2.
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.
- Ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de Derecho Público.
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.
- Real Decreto-Ley 3/1996, de 26 de enero, de reforma parcial de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

B) Comunidades Autónomas

Andalucía.—Ley 6/1995, de 29 de diciembre, de Consejos Andaluces de Colegios Profesionales.

Castilla-La Mancha.—Ley 7/1995, de 21 de diciembre, de modificación del Título VII de la Ley 3/91, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha.

— Ley 8/1995, de 21 de diciembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Galicia.—Ley 12/1995, de 29 de diciembre, del Impuesto sobre la Contaminación Atmosférica.

Navarra.—Decreto Foral 3/1996, de 8 de enero, por el que se da nueva redacción al número 5 del apartado tres del artículo 43 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se

deroga el apartado segundo del artículo único del Decreto Foral 600/1995, de 26 de diciembre.

Valencia.—Ley 8/1995, de 29 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de medidas fiscales, administrativas y de organización de la Generalitat Valenciana.

II. Información de actividades

1. *Seminario sobre el pacto de liquidez.*—Para estudiar el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tuvo lugar este seminario en la Bolsa de Madrid el día 31 de enero, organizado por Ausbanc en colaboración con el Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, con las siguientes intervenciones:

- NICOLÁS DÍAZ MÉNDEZ. Magistrado, Presidente de la sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid.
- VALENTÍN CORTÉS. Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid.
- JUAN MANUEL FERNÁNDEZ LÓPEZ. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 30 de los de Madrid.
- UBALDO NIETO. Abogado, economista, miembro del Consejo de Corredores de Comercio.

2. *Academia Matritense del Notariado.*—Durante los dos meses pasados han tenido lugar las siguientes conferencias:

- El 18 de enero, «La crisis del estado del bienestar», por don JUAN VELARDE FUERTES, Catedrático y Académico.
- El 1 de febrero, «El control accionarial de las sociedades anónimas. Especial referencia a la inscripción de los convenios de voto en el Registro Mercantil», por don JUAN CARLOS CABALLERÍA GÓMEZ, Notario de Madrid.
- Y el 15 de febrero, «El Derecho vivido y la práctica notarial en el Madrid medieval», por don ROGELIO PÉREZ BUSTAMANTE, Catedrático de Historia del Derecho en la Universidad Complutense.

3. *Las sociedades mercantiles ante las nuevas normas.*—En el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España se han celebrado en los días 22 y 23 de febrero unas jornadas para estudiar «Las sociedades mercantiles ante las nuevas normas procesales, administrativas y penales», con una gran asistencia de público.

El programa fue el siguiente:

1. Las nuevas normas procesales

- El proceso de impugnación de los acuerdos sociales», por don VICENTE GIMENO SENDRA, Catedrático de Derecho Procesal, Magistrado del Tribunal Constitucional.

2. Las nuevas normas administrativas

- «La intervención administrativa en las sociedades mercantiles», por don ANTONIO PAU PEDRÓN, Registrador de la Propiedad de Madrid, Vocal permanente de la Comisión General de Codificación.
- «Consecuencias administrativas del incumplimiento del deber de depósito de cuentas», por RICARDO BOLUFER NIETO, Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.
- «Las sanciones societarias de la legislación del mercado de valores», por don JESÚS IBARRA IRAGUEN, Director de la División de Inspección de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- Moderador: ANTONIO PAU PEDRÓN.

3. Las nuevas normas penales

- «El nuevo Derecho Penal de los negocios y sociedades mercantiles», por don CARLOS GARCÍA VALDÉS, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares.
- «Proceso penal y Registro Mercantil: publicidad mercantil registral de medidas cautelares y de las consecuencias accesorias a la pena», por don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO y GUILLERMO HERRERO MORO, Registradores Mercantiles de Barcelona.

3. *Estudio sobre sociedades en Ciudad Real.*—Organizado por el Colegio Notarial de Albacete y la Delegación del Colegio de Registradores de la Propiedad de Castilla-La Mancha se ha celebrado en Ciudad Real el día 24 de febrero este «Estudio sobre las sociedades: Dinámicas mercantil y foral», con el siguiente programa:

Tema 1.º

- «Las sociedades en su proyección mercantil: Punto de vista notarial».
- Ponente: Don IGNACIO MALDONADO RAMOS, Notario de Puertollano.

Tema 2.º

- «Las sociedades en su proyección mercantil: Punto de vista registral».
- Ponentes: Don FRANCISCO JAVIER LLORENTE VARA y don JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ BERROCAL, Registradores Mercantiles de Madrid.

Coloquio

- Moderador: Don EDUARDO MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Registrador de la Propiedad de Almagro.

Tema 3.º

- «Criterios municipales de la reforma del Impuesto de Sociedades».
- Ponente: Don CÉSAR ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, Catedrático de Hacienda Pública española.

Tema 4.º

- «Aspectos más importantes de la reforma del Impuesto de Sociedades».
- Ponente: Don RAMÓN CASTILLA ALCALÁ. Del Cuerpo Superior de Inspectores de Finanzas del Estado. Inspector-Jefe de la Delegación de AEAT de Ciudad Real.

Coloquio

- Moderadora: Doña PALOMA MORALES FERNÁNDEZ, Delegada de la AEAT en Ciudad Real.

4. *Mesa redonda sobre unidades mínimas de cultivo.*—Ha tenido lugar en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España el día 26 de marzo, para estudiar las cuestiones que suscita la aplicación de las nuevas normas que sobre el particular establece la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias de 4 de julio de 1995.

Intervinieron como ponentes, por este orden, FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, Registrador de Madrid; ALEJANDRO DELGADO BARTOLOMÉ, de Betanzos, y EDUARDO MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, que lo es de Almagro.

El coloquio fue animado dada la importancia práctica del tema para los Registradores de la Propiedad, no sólo «rurales», sino sobre todo para los periurbanos.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 13 de noviembre de 1995.*—LEY GENERAL TRIBUTARIA.—Intereses de demora en los ingresos realizados fuera de plazo. Cuestiones de inconstitucionalidad.—Pleno.—Ponente don Javier Delgado Barrio. Voto particular de don Rafael de Mendizabal Allende y don Vicente Gimeno Sendra. (Supl. BOE 14-12-95).

Antecedentes.—Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Valencia, Cantabria, Galicia y Cataluña han planteado diversas cuestiones de inconstitucionalidad en relación con el artículo 61 de la Ley General Tributaria en cuanto establece como intereses de demora en los ingresos realizados fuera de plazo una cantidad no inferior al 10 por ciento de la deuda tributaria.

Fallo.—El Tribunal Constitucional, constituido en Pleno, acuerda desestimar tales cuestiones. No obstante hay voto particular contrario de dos Magistrados, que se inserta al final.

La sentencia se razona por los siguientes

Fundamentos Jurídicos.—*Primero.* Las cuestiones de inconstitucionalidad aquí acumuladas van referidas al artículo 61.2 LGT, cuyo texto en la redacción derivada de la Disposición adicional 31^a de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, es del siguiente tenor:

«Los ingresos realizados fuera de plazo sin requerimiento previo, comportarán asimismo el abono de interés de demora, con exclusión de las sanciones que pudieran ser exigibles por las infracciones cometidas. En estos casos, el resultado de aplicar el interés de demora no podrá ser inferior al 10 por 100 de la deuda tributaria.»

Y más concretamente será de indicar que se cuestiona únicamente el inciso final referido a la cuantía mínima del resultado de aplicar el interés de demora, en los términos que seguidamente se indican.

Ciertamente el precepto ya en su pura dicción literal no deja de producir una cierta perplejidad inicial en cuanto que parece imponer forzosamente un

cierto «resultado» a unas operaciones que habrían de estar regidas por inexorables reglas aritméticas. Pero independientemente de su equívoca expresión, es claro que contiene una norma en cuya aplicación pueden distinguirse dos fases: a) en la primera de ellas, la que inmediatamente sigue al vencimiento del plazo de ingreso, tal 10 por 100 implica un exceso sobre la cifra que por razón del tiempo alcanza el interés de demora; b) en la segunda, por el contrario, una vez que ese interés ha cubierto el 10 por 100 de la deuda tributaria, el exceso desaparece y ya sólo ha de ingresarse la cifra resultante del juego de dicho interés sin exceso alguno.

Así las cosas, la posible inconstitucionalidad del precepto se atribuye en todas las cuestiones planteadas a la primera de las indicadas fases: en la que por encima de los intereses de demora ha de pagarse la suma necesaria para alcanzar el 10 por 100 de la deuda tributaria —sería, pues, inconstitucional una cuantía mínima de los intereses de demora fijada con independencia de la duración del retraso—. Sin embargo, tales cuestiones difieren a la hora de calificar la naturaleza jurídica de dicha previsión legal y, en consecuencia, a la hora de concretar los preceptos constitucionales que consideran vulnerados por ella. Como advierte el Ministerio Fiscal lo que en el fondo vienen a reprochar las distintas cuestiones al precepto, y así se deduce también de los asuntos que están en la base del planteamiento de las mismas, es el carácter excesivo o desproporcionado que podría tener la aplicación de un 10 por 100 de la deuda tributaria en concepto de intereses de demora a los pequeños retrasos en el ingreso de la misma. Sin embargo, a partir de esta común preocupación, el planteamiento constitucional de las cuestiones se articula, como decíamos, de manera distinta.

Así, las cuestiones números 947/91, 1.286/91 y 1.626/92, planteadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Valencia, Cantabria y Galicia, respectivamente, partiendo del tenor literal del artículo 61.2 LGT, que excluye expresamente la imposición de sanciones, y del carácter indemnizatorio que en principio corresponde a los intereses de demora, dan por sentado que la finalidad de la medida allí prevista es asimismo resarcitoria, lo que les suscita dudas acerca de la razonabilidad del precepto, dado que a su juicio no cabe entender una medida resarcitoria por el retraso en el pago de una deuda pecuniaria que prescinda del factor temporal en la evaluación de los perjuicios. Así lo expresa claramente la cuestión núm. 1.286/91 planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria: «una vez que el legislador de modo expreso excluye el carácter sancionador del interés de demora exigible a los ingresos extemporáneos sin requerimiento previo, carece de todo sentido resarcitorio o compensatorio fijar un mínimo cuantitativo de la cantidad resultante, y mucho menos fijarlo en relación con un porcentaje de la deuda tributaria». Y desde esta perspectiva consideran que la fijación para los intereses de demora de esa cuantía mínima del 10 por 100 de la deuda tributaria resulta contraria al principio general de igualdad del artículo 14 CE y a distintos principios reconocidos en el artículo 31.1 CE como inspiradores del sistema tributario; en concreto los de justicia distributiva, igualdad y capacidad económica, en la medida fundamentalmente en que el artículo 61.2 LGT vendría a equiparar injustamente los retrasos de pequeña y larga duración.

Por el contrario, las cuestiones números 1.890/91 y 610/92, planteadas por las Secciones Cuarta y Quinta, respectivamente, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, pasando por

encima del tenor literal del artículo 61.2, consideran que la exigencia en concepto de intereses de demora de un 10 por 100 de la deuda tributaria, precisamente porque aplicada a los retrasos de corta duración supone como se señala en la cuestión número 610/92, «el abono de una cantidad enormemente superior a la que correspondería por aplicación del tipo ordinario del interés de demora previsto por el artículo 58.2 LGT», carece del sentido resarcitorio y aun del disuasorio (por su tipo incrementado de un 25 por 100 sobre el interés legal del dinero) propio de los intereses de demora, por lo que realmente encubre una sanción y de hecho viene a sustituir a las sanciones que expresamente excluye la primera frase del artículo 61.2. Desde esta perspectiva, las cuestiones consideradas entienden que dicha sanción aunque cuantitativamente sería inobjetable como tal, en la medida en que es impuesta sin procedimiento alguno, sin audiencia del interesado y con carácter objetivo, vulneraría las garantías aplicables en materia sancionadora establecidas en los artículos 24 y 25 CE.

Finalmente, la cuestión núm. 1 123/94 planteada también por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, imputa al tiempo a la disposición enjuiciada una vulneración de los arts 24, 25, 14 y 31.1 CE.

En estos términos, la reflexión necesaria para decidir tales cuestiones habrá de iniciarse con el examen del precepto en el ámbito de la legalidad ordinaria a fin de calificar su naturaleza jurídica para después enjuiciarlo en la perspectiva constitucional.

Segundo. El estudio del artículo 61.2 LGT en el terreno de la legalidad ordinaria ha de referirse al supuesto de hecho que contempla, a las consecuencias jurídicas que le atribuye y en último término a su finalidad:

A) El supuesto de hecho de la norma se integra por dos elementos distintos: a) El transcurso del plazo previsto para el ingreso de la deuda tributaria sin que ésta se haya hecho efectiva. Con ello en principio se ha producido ya la omisión que el artículo 79 a) LGT tipifica como infracción; y b) El pago, ya tardío, de la deuda tributaria pero antes de que se haya formulado el requerimiento de la Administración

B) Las consecuencias jurídicas que el legislador atribuye al supuesto de hecho que acaba de recogerse, además del abono del interés de demora, son las siguientes: a) La exclusión de las sanciones que pudieran ser aplicables en razón de las infracciones cometidas, pues el legislador, aunque ya se ha producido el tipo previsto en el artículo 79 a) LGT, elimina la aplicación de sanciones, sin duda para estimular un pago que, aún siendo tardío, se adelanta al requerimiento de la Administración —también en el campo del Derecho Penal el arrepentimiento puede operar como excusa absolutoria, así, artículo 226 CP—; y b) El pago de la cantidad necesaria para cubrir el 10 por 100 de la deuda tributaria cuando por razón del tiempo transcurrido el interés de demora queda por debajo de esa cifra. Esta última consecuencia es precisamente la aquí cuestionada.

C) En último término, la finalidad del precepto parece clara. En principio el pago de las deudas tributarias puede producirse en tres momentos distintos: a) dentro de plazo; b) fuera de plazo y antes del requerimiento y c) después del requerimiento. Para estimular el pago en el segundo de los momentos mencionados se eliminan las sanciones correspondientes al tercero. Pero este favorecimiento del pago en dicho segundo momento no puede ser tan intenso que disuada de hacerlo dentro de plazo, que es la solución a la que

naturalmente aspira el ordenamiento jurídico tributario. Por ello, aunque se eliminan las sanciones, el pago tardío sin requerimiento ve como se añade al interés de demora el sumando necesario para alcanzar el 10 por 100 de la deuda tributaria.

Así las cosas, en un primer contacto con el tema, ese plus sobre el interés de demora parece tener una función claramente disuasoria del impago dentro de plazo.

Tercero. Sobre esta base, podemos entrar ya a determinar la naturaleza jurídica de la medida impugnada. Efectivamente, como advierte el Abogado del Estado, pese a la defectuosa redacción del artículo 61.2 LGT, que parece contemplar un supuesto de simple exigibilidad de los intereses de demora con una cuantía mínima preestablecida, lo que verdaderamente instituye el artículo 61.2 LGT es un recargo sobre la deuda tributaria, un «recargo» específico para los pagos tardíos espontáneos de las deudas tributarias objeto de auto-liquidación. Esta es la denominación tradicional de la figura y la que vuelve a ser usada en los posteriores tratamientos de este supuesto por las Leyes 18/1991 y 25/1995. Un recargo, pues, que en la configuración que recibe por parte de la Ley 46/1985 viene a operar, en la descripción del Abogado del Estado, de la manera siguiente: como un recargo único del 10 por 100 de la deuda tributaria (esto es, sin intereses de demora, absorbiendo los mismos) desde la finalización del plazo de ingreso de la deuda en periodo voluntario hasta el momento en que, por la duración del retraso, el cálculo de los intereses de demora alcance dicha cifra y del que se prescinde a partir de ese momento, exigiéndose tan sólo los intereses de demora.

Sin embargo, la simple calificación de la medida prevista en el artículo 61.2 LGT como recargo no resuelve el problema de su naturaleza jurídica, que habrá que fijar atendiendo a la función que dicho recargo tiene encomendada dentro del sistema tributario. Importa, pues, clarificar en este momento la finalidad de la figura prevista en el artículo 61.2 LGT, para después decidir sobre su constitucionalidad.

Ya en este punto, debe recordarse que la STC 76/1990, examinando el incremento del 25 por 100 sobre el interés legal del dinero para cuantificar el interés de demora —art. 58.2. b) LGT—, llegaba a la conclusión de que tal incremento no constituía una sanción, dado que su finalidad «consiste en disuadir a los contribuyentes de su morosidad en el pago de las deudas tributarias» y ello sobre la base de que el artículo 31.1 CE «al configurar el deber tributario como deber constitucional, está autorizando al legislador para que, dentro de un sistema tributario justo, adopte las medidas que sean eficaces y atribuya a la Administración las potestades que sean necesarias para exigir y lograr el exacto cumplimiento de sus obligaciones fiscales por parte de los contribuyentes».

En cuanto a la razón de ser de tales potestades, también subrayaba dicha Sentencia, en lo que ahora importa, que la puntualidad en el pago tiene una importancia incomparablemente mayor para la Administración tributaria que para el ciudadano que ocasionalmente se presente como acreedor de aquélla, «ya que cualquier retraso masivo en el pago de las deudas tributarias puede suponer un daño a la Hacienda Pública de muy grandes proporciones». Implícitamente aludía la Sentencia a un triple orden de consideraciones entrelazadas para justificar la especial importancia del pago puntual de las deudas tributarias: a) que los tributos constituyen la principal fuente de ingresos de la Hacienda Pública; b) que la efectividad de los ingresos constituye un pre-

supuesto para la realización del gasto público, y c) que las relaciones tributarias son, por naturaleza, relaciones masivas, lo que posibilita que la actitud dilatoria de unos contribuyentes sea objeto de imitación por otros, multiplicando así el daño para la Hacienda Pública.

Así pues, el artículo 31.1 CE habilita al legislador para proteger el especial interés de la Hacienda Pública en el pago puntual de las deudas tributarias con medidas eficaces cuya finalidad sea no sólo la de «compensar o resarcir al erario público por el perjuicio que le supone la no disposición tempestiva de los fondos necesarios para atender a los gastos públicos», sino también la de «salir preventivamente al paso de una posible actitud dilatoria en el pago de sus deudas tributarias por los contribuyentes, y ante el riesgo de que dicha actitud pudiera generalizarse».

Cuarto. Partiendo de la base de la doctrina constitucional que acaba de recogerse y que destaca la relevancia de los problemas planteados por el retraso en el pago de las deudas tributarias desde la perspectiva del artículo 31.1 CE, podemos entrar ya a analizar la cuestión de la naturaleza jurídica del recargo previsto por el artículo 61.2 LGT.

Importa advertir ante todo que las cuestiones planteadas a propósito del artículo 61.2 LGT contemplan únicamente la alternativa sanción/medida resarcitoria, que constituyen tipos de medidas con unas finalidades en principio bien diferenciadas, en la medida en que la primera persigue la disuasión y el castigo de una conducta ilícita y la segunda la reparación de un daño. Sin embargo, ni desde una perspectiva general, superior al tipo de problemas que nos ocupan, ni en relación con nuestra problemática actual, puede aceptarse este reduccionismo que invita a pensar que lo que no es sanción se transforma automáticamente en indemnización, o, a la inversa, que lo que no es indemnización ha de ser necesariamente una sanción, es decir, que excluye la posibilidad de que entre la indemnización y la sanción propiamente dicha pueda haber otro tipo de figuras con finalidades características, que, aunque en parte coincidentes, no lo sean por entero con las propias de aquellos dos tipos. En efecto, en términos generales, la reconducción de las conductas a las pautas deseadas por el legislador admite distintas técnicas, en la elección de los cuales goza en principio el legislador de libertad configurativa.

Así las cosas, ha de recordarse que en distintas ocasiones hemos advertido ya de la improcedencia de extender indebidamente el concepto de sanción con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionales propias de este campo a medidas que no responden verdaderamente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Así, en la STC 239/1988, dijimos que «los postulados del artículo 25 CE no pueden aplicarse a ámbitos que no sean los específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica, como resulta de las SSTC 73/1982, 69/1983 y 96/1988, a supuestos distintos o a actos, por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen un verdadero sentido sancionador».

Se trata, pues, de averiguar si el recargo cuestionado tiene o no «un verdadero sentido sancionador». En esta línea, hay que dejar constancia, como primer dato relevante que es, aunque no decisivo, de la clara voluntad del legislador de excluir el recargo que contemplamos del ámbito de las sanciones. En efecto, cuando el artículo 61.2 LGT contempla el supuesto de ingresos fuera de plazo sin requerimiento previo, y le anuda la consecuencia que ya conocemos, expresamente excluye la imposición «de las sanciones que pudie-

ran ser exigibles por las infracciones cometidas», con lo que claramente está excluyendo la aplicación del *ius puniendi* del Estado en estos casos. Puesto en relación este precepto con el artículo 79 a) LGT, que tipifica como infracción grave la conducta consistente en dejar de ingresar, dentro de los plazos reglamentariamente señalados, la totalidad o parte de la deuda tributaria, el artículo 61.2 constituye técnicamente, como ha señalado la doctrina, una especie de excusa absolutoria.

Ahora bien, también es cierto que para determinar la naturaleza de una determinada figura no es decisivo el *nomen iuris* que le dé la Administración (STC 239/1988) o le asigne el legislador. Algunos rasgos externos del recargo le confieren cierta imagen sancionadora, en la medida en que constituye la respuesta a una conducta en principio tipificada como ilícito tributario y que consiste en una especie de multa o penalización económica. Efectivamente, como se sostiene en alguna de las cuestiones planteadas, el recargo del 10 por 100 de la deuda tributaria, en la medida en que exceda de la cantidad resultante de aplicar el interés de demora ordinario marcado por el artículo 58.2 LGT (que es la que tiene en principio asignada la función indemnizatoria del perjuicio económico que representa para la Administración el retraso en el pago de los tributos), podría ser visto como una multa atenuada por la circunstancia de la espontaneidad del pago. De hecho, el cumplimiento espontáneo está previsto en la Ley General Tributaria como una de las circunstancias a tener en cuenta en la graduación de las sanciones [art. 82 e) LGT, en la redacción vigente a la sazón]. En este sentido, podría pensarse que, más que una verdadera excusa absolutoria o causa de no punibilidad, lo que la voluntariedad del ingreso fuera de plazo representa realmente es una atenuación de la sanción.

Sin embargo, este argumento basado en la existencia de ciertos rasgos comunes del recargo con la sanción no puede ser aceptado. El recargo no tiene un verdadero sentido sancionatorio porque carece de la finalidad represiva, retributiva o de castigo que, en lo que ahora importa, ha destacado este Tribunal como específica de las sanciones en la STC 239/1988. En efecto, al negar la naturaleza sancionadora de las multas coercitivas (además de señalar su verdadera naturaleza como medios de ejecución forzosa de los actos administrativos, esto es, como manifestación de la autotutela administrativa) dijimos que carecían de carácter sancionador por cuanto mediante ellas «no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo por la realización de una conducta que se considere administrativamente ilícita», «no se castiga una conducta realizada porque sea antijurídica».

Y en el caso del recargo del artículo 61.2 LGT no se aprecia una finalidad represiva o punitiva: en el sistema global de garantías del pago puntual de las deudas tributarias aparecen en primer término las sanciones cuya cuantía supera en mucho el importe de la figura aquí controvertida. Ciertamente, no es este un argumento definitivo, pero no puede desconocerse su valor indiciario. Si pese al *nomen iuris* utilizado por el legislador la cuantía del recargo alcanzase o se aproximase al importe de las sanciones, podría concluirse que se trataba de una sanción. En sentido opuesto, cabe pensar que la imposición del pago de una suma de dinero cuya cuantía se aleja muy destacadamente, y, por debajo, de las multas, no tiene una finalidad represiva, especialmente cuando se trata de una cifra descendente a medida que el tiempo transcurre y que en último término llega a desaparecer cuando el interés de demora alcanza el 10 por 100 de la deuda tributaria.

Por otro lado, el hecho de que el recargo impugnado pueda tener una finalidad disuasoria del pago impuntual de las deudas tributarias no lo convierte en una sanción. Una cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria, y otra bien distinta que toda medida con una finalidad disuasoria de determinados comportamientos sea una sanción. Así lo ha reconocido este Tribunal expresamente en el caso de las multas coercitivas (STC 239/1988) e indirectamente respecto de otras figuras jurídicas como son los tributos con función extrafiscal: la STC 37/1987, estudiando el Impuesto sobre Tierras Infrutilizadas regulado en la Ley andaluza 8/1984, declara que «la *in tentio legis* del tributo no es crear una nueva fuente de ingresos públicos con fines estrictamente fiscales o redistributivos sino disuadir a los titulares de propiedades o de empresas agrícolas del incumplimiento de las obligaciones inherentes a la función social de la propiedad de la tierra que la propia Ley define». En definitiva, resulta claro que la función disuasoria de una figura jurídica no determina sin más su naturaleza sancionadora.

Quinto. Descartada la finalidad represiva del recargo en razón de las consideraciones hechas, importa ahora determinar positivamente cuál es su verdadera función, con objeto de completar el análisis que nos proponíamos y poder afrontar adecuadamente el examen de las distintas cuestiones planteadas.

El recargo previsto en el artículo 61.2 LGT cumple inequívocamente una función resarcitoria, en cuanto que uno de sus ingredientes es precisamente el importe de los intereses de demora. Pero en la medida en que excede de dicho importe hasta alcanzar el 10 por 100 de la deuda tributaria, no cabe atribuirle aquella función: el perjuicio derivado de un pago tardío está en directa relación con el tiempo de retraso de suerte que la indemnización correspondiente ha de aumentar en proporción a la tardanza, en tanto que aquí el exceso que el 10 por 100 implica sobre los intereses de demora es una cifra que va disminuyendo con el tiempo y que incluso llega a desaparecer.

En realidad la figura completa que aparece en el artículo 61.2 LGT, aparte el cometido resarcitorio ya mencionado, tiene una clara función disuasoria de la tardanza en el pago de los tributos. En efecto, aquella figura en su globalidad no sólo establece un recargo, sino que además elimina las sanciones. En este sentido, partiendo de la base de que el tributo no se ha pagado dentro de plazo, trata de mitigar el retraso estimulando un pago anterior al requerimiento y para ello aparta las sanciones. Pero al propio tiempo este estímulo no puede ser tan intenso que favorezca el impago dentro de plazo y para ello establece el recargo. Ambas finalidades provocan una cierta tensión interna, lo que puede explicar las dificultades del legislador a la hora de dibujar esta figura cuyo régimen jurídico ha sido modificado ya en dos ocasiones con posterioridad a la fecha de la redacción aquí debatida.

Así pues, el recargo integra una penalización económica en caso de retraso en el pago para tratar de conseguir que éste se produzca dentro de plazo. En este sentido, su función es similar a la de la cláusula penal que pueden convenir las partes, en virtud de su autonomía de la voluntad, para impulsar el cumplimiento de las obligaciones en las relaciones privadas, que viene contemplada en los artículos 1.152 y sigs. CC (a la que también las partes, en virtud de aquella autonomía, pueden dar distintas configuraciones) y que prevé también el legislador en el ámbito de la contratación administrativa (art. 96 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas), precisamente para el caso de demora del contratista en el cumplimen-

to de sus obligaciones (penalidades por demora) y como medio para estimular el cumplimiento puntual de las mismas.

Sin embargo, el hecho de que los recargos tengan esa función coercitiva, disuasoria o de estímulo (lo que les da, como ha destacado alguna doctrina, un cierto matiz sancionatorio) no los convierte en sanciones en sentido propio, por cuanto su función no es represiva, siempre y cuando, como ya hemos advertido, cuantitativamente no alcancen el valor de las sanciones (ni siquiera de las atenuadas). La funcionalidad del recargo (como la de la cláusula penal en la contratación privada o en la contratación administrativa) no es la de una sanción en sentido propio, pues no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente sino un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarias o, lo que es lo mismo, una disuasión del incumplimiento.

Y al propio tiempo, el artículo 61.2 LGT, que no sólo introduce el recargo sino que elimina las sanciones, opera estimulando un pago que aunque ya es tardío, se trata de adelantar en el tiempo para que se produzca antes del requerimiento. Es decir, el recargo estimula negativamente el pago puntual ante la amenaza de que, en caso de inobservancia del plazo, la deuda se incremente. Y además, una vez producido el incumplimiento del plazo de ingreso del tributo, supone un estímulo positivo para que el contribuyente regularice de manera voluntaria su situación fiscal, en la medida en que el importe del recargo es inferior al de las sanciones que le serían impuestas si no rectificaba de manera voluntaria su omisión y da lugar a la actuación recaudatoria de la Administración tributaria. Con el recargo cuestionado se consigue, pues, un doble fin: estimular el pago puntual de la deuda, en evitación de las dificultades de tesorería y los daños que puede provocar a la Hacienda Pública el retraso masivo en el pago de los tributos, y, además, estimular que, una vez producido el retraso, el pago, aunque tardío, se efectúe de manera voluntaria, evitando así la puesta en marcha de los mecanismos de inspección y sanción de la Administración tributaria. De nuevo, el carácter masivo de las relaciones tributarias y la lógica limitación de medios materiales y humanos de la Administración tributaria justifican el recurso a este tipo de medidas de estimulación.

En conclusión, la figura aquí examinada cumple, aparte un cometido resarcitorio, una función eminentemente disuasoria, lo que no es bastante para conducirla al campo de las sanciones dada la ausencia de finalidad represiva.

Sexto. Una vez fijada la función del recargo previsto por el artículo 61.2 LGT en la versión cuestionada, podemos pasar ya a examinar los distintos reproches constitucionales que se le dirigen.

Puesto que dicho recargo no constituye una manifestación del *ius puniendi* del Estado, es decir, no es una sanción en sentido propio, no le son aplicables, conforme a nuestra jurisprudencia (por todas, STC 239/1988), las garantías que para el ejercicio de la potestad sancionatoria establecen los arts. 25.1 y 24.2 CE, por lo que debe excluirse la pretendida vulneración de tales preceptos constitucionales denunciada en las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 1.890/91, 610/92 y 1.123/94, planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Ello sin perjuicio, naturalmente, de que la regularidad constitucional de dicho recargo pueda y deba ser examinada de acuerdo con otros principios constitucionales.

Séptimo. Las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 947/91, 1.286/91, 1.626/92 y 1.123/94, planteadas respectivamente por las Salas de lo Conten-

cioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Valencia, Cantabria, Galicia y Cataluña, consideran que el artículo 61.2 LGT es contrario al principio de igualdad reconocido en el artículo 14 CE. La cuestión de inconstitucionalidad núm. 947/91, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia invoca también el principio de igualdad en materia tributaria del artículo 31.1 CE.

La vulneración del principio de igualdad (art. 14 en relación con el art. 31.1 CE) se daría en un doble sentido: entre los propios contribuyentes que demoran el pago y entre el contribuyente y la Hacienda Pública. Entre los contribuyentes, porque (como se señala en la cuestión núm. 1.286/91), una vez que el legislador excluye el carácter sancionador del interés de demora exigible a los ingresos extemporáneos realizados sin requerimiento previo carece de todo sentido resarcitorio o compensatorio la fijación de un mínimo cuantitativo de la cantidad resultante, y mucho menos en relación con un porcentaje de la deuda tributaria. El precepto vendría así a equiparar injustamente a los contribuyentes que se hayan retrasado un solo día en el abono de sus deudas tributarias con aquellos cuya demora se haya mantenido meses o incluso todo un año, sin que exista una justificación objetiva y razonable. Habría también una evidente y desproporcionada discriminación del contribuyente en relación con la Hacienda Pública, sin fundamento razonable, debido a que ésta queda obligada únicamente al pago del interés legal en los supuestos de devolución de ingresos indebidos (art. 155. 1 LGT).

Ninguna de las dos discriminaciones denunciadas puede ser aceptada. En cuanto a la supuesta discriminación del contribuyente que se retrasa poco en el pago frente a aquel cuyo retraso tiene mayor duración, debido al establecimiento de un mismo recargo para ambos del 10 por 100 de la deuda tributaria, hay que señalar que este efecto indiferenciador del artículo 61.2 LGT, que ciertamente se produce durante un período dilatado de tiempo (hasta que la cuantía de los intereses de demora supere la cifra del 10 por 100 de la deuda tributaria) podrá ser puesto en tela de juicio con arreglo a otros principios constitucionales que más tarde examinaremos, pero carece de consistencia para fundamentar una vulneración del principio de igualdad reconocido en el artículo 14. Como señalan el Fiscal y el Abogado del Estado, este Tribunal se ha pronunciado repetidamente en el sentido de que el principio constitucional de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación (SSTC 86/1985, 19/1988, 150/1991, entre otras). El artículo 14 CE reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, a que el legislador no introduzca entre los ciudadanos diferenciaciones carentes de fundamento razonable, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato (STC 52/1987). Lo que aquí se denuncia no es una diferenciación normativa carente de justificación razonable sino precisamente la no introducción por el legislador de una diferenciación en función del factor temporal a la hora de configurar el recargo, que no puede considerarse, por lo dicho, atentatoria contra el principio de igualdad.

Más problemática es la cuestión de si el artículo 61.2 LGT representa una vulneración del principio de igualdad en relación con el tratamiento que da la Ley a la demora en el pago por parte de la Administración tributaria, aunque a la postre tampoco se puede aceptar que exista tal discriminación del contribuyente en relación con la Hacienda Pública.

De acuerdo con una doctrina reiterada de este Tribunal, que resume la STC 76/1990, el principio de igualdad ante la Ley no prohíbe cualquier diferencia

de trato establecida por el legislador, sino sólo las diferencias de trato entre situaciones que puedan considerarse iguales y que carezcan de una justificación objetiva y razonable o que resulten desproporcionadas en relación con dicha justificación. Pues bien, en primer lugar no puede dudarse de la diversidad de supuestos de hecho ni de la existencia de una justificación objetiva y razonable para su tratamiento desigual. A este respecto, basta con remitirse a las consideraciones que hacíamos en la STC 76/1990 y que en anteriores fundamentos de esta Sentencia hemos declarado perfectamente aplicables al caso aquí enjuiciado. En efecto, los supuestos de hecho no son iguales ni homogéneos, es decir, no es comparable la situación de retraso en el pago de los tributos por parte de los contribuyentes con la de retraso por parte de la Administración en la devolución de ingresos tributarios indebidos o de cantidades retenidas en exceso, puesto que la puntualidad en el pago tiene una importancia incomparablemente mayor para la Administración tributaria que para el ciudadano que ocasionalmente se presente como acreedor de aquélla, de ahí que esté perfectamente justificado que en el primer caso, además de resarcir al erario público, el legislador trate de salir al paso preventivamente de una posible actitud dilatoria generalizada en el pago de sus deudas tributarias por los contribuyentes.

El problema se plantea en relación con la última de las condiciones exigidas para satisfacer el principio de igualdad, por cuanto no basta con que la diferenciación normativa posea una justificación objetiva y razonable sino que es necesario también que resulte proporcionada a la diversidad existente entre los supuestos de hecho regulados. En la STC 76/1990 dijimos que la diferencia de un 25 por 100 entre el tipo del interés de demora activo de la Hacienda Pública en materia tributaria [art. 58.2 b) LGT] y el pasivo (art. 155.1 LGT) no era desproporcionada (a la vista de su finalidad preventiva de retrasos masivos en el pago de los tributos), «dados los tipos de interés existentes en el mercado», «sin que ello suponga un sacrificio excesivo al contribuyente moroso ya que en definitiva el tipo de interés que viene obligado a pagar no supera los habitualmente aplicables en las relaciones entre particulares». Es precisamente de este último juicio del que se valen algunas de las cuestiones planteadas para sostener la desproporción existente entre el «interés de demora» aplicable al contribuyente en los supuestos del artículo 61.2 LGT y el que está obligada a pagar la Administración tributaria y con ella la quiebra del principio de igualdad entre ambos supuestos. Así, si en casos como los de autos, de retrasos en el pago de pocos días, se traduce el 10 por 100 de la deuda tributaria a términos de interés anual, resultan tipos de intereses claramente apartados de los habituales en el mercado, que la cuestión número 1.286/91 llega a calificar como usurarios.

Sin embargo, esta traducción del recargo resulta inadecuada, pues, como subraya el Abogado del Estado, desconoce la verdadera naturaleza de la medida prevista por el artículo 61.2 LGT. En efecto, como hemos señalado en anteriores fundamentos, lo que establece el artículo 61.2 LGT, a pesar de su defectuosa redacción, no es propiamente un interés de demora, sino un recargo sobre la cuota tributaria para un supuesto específico, recargo éste que, en cuanto excede de la cifra alcanzada por el interés de demora, tiene una finalidad puramente disuasoria y coercitiva. No cabe establecer, pues, un juicio de proporcionalidad, en los términos pretendidos por las cuestiones planteadas, entre dos tipos de medidas con finalidades tan dispares y aplicadas a supuestos de hecho tan disímiles entre sí. O dicho en otros términos la muy superior

cuantía del recargo respecto del interés de demora pasivo de la Administración tributaria resulta proporcionada en atención a la diversidad de funciones que cumplen ambas medidas, por lo que tampoco en este aspecto se vulnera el principio de igualdad.

Octavo. En estrecha relación con la pretendida vulneración del principio de igualdad, las cuestiones núms. 947/91, 1.286/91, 1.626/92 y 1.123/94 invocan también otros principios tributarios consagrados en el artículo 31.1 CE como fundamento de la inconstitucionalidad del precepto impugnado, aunque de manera no coincidente. En la cuestión num. 947/91 se invocan los principios de justicia distributiva y capacidad económica, en las cuestiones núms. 1.286/91 y 1.626/92 solamente este último, y en la cuestión núm. 1.123/94 solamente el primero.

En realidad, la vulneración del principio de capacidad económica se formula en estrecha relación con la pretendida vulneración del principio de igualdad entre los contribuyentes por la falta de consideración de la duración del retraso, que ya hemos descartado. Así, en la cuestión núm. 947/91 se argumenta que la fijación de un mínimo para los intereses de demora no tiene en cuenta la capacidad económica del contribuyente, con lo que produce un grado de aflicción distinto si sus circunstancias económicas son desiguales. Y en la cuestión núm. 1.286/91 se alega que el principio de capacidad económica debe inspirar las principales instituciones tributarias y, entre ellas, el interés moratorio, y que al prescindirse del factor temporal en la cuantificación del mismo (que es lo que supone la fijación de un mínimo) la cantidad resultante no tiene en cuenta el beneficio obtenido por el deudor moroso (rasgo de capacidad económica).

Sin embargo, no cabe apreciar una vulneración del principio invocado. En efecto, el artículo 31.1 CE establece la contribución de todos al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica. Por ello, contra lo que sostiene la cuestión núm. 1.286/91, el principio de capacidad económica no tiene igual relevancia en todas las instituciones tributarias. El principio de capacidad económica, como principio constitucional, proyecta sus exigencias en relación con los tributos, que son las figuras contributivas, pero no así necesariamente y en la misma medida en relación con las obligaciones accesorias a la deuda tributaria propiamente dicha.

Por otro lado, la capacidad económica a que aluden las distintas cuestiones no es la misma. La cuestión núm. 947/91 parece referirse a la renta o al patrimonio del sujeto, en cuya atención debería graduarse el recargo en cuestión, pues utiliza una de las expresiones que usamos en la STC 76/1990 para justificar que la capacidad económica pudiera ser un criterio de graduación de las sanciones tributarias. Sin embargo, y subrayando que el recargo no es una sanción habrá de advertirse que aquel, al fijarse en un porcentaje de la deuda tributaria, ya refleja la capacidad económica del contribuyente.

En cambio la capacidad económica a la que se refiere la cuestión num. 1.286/91 es el beneficio obtenido por el deudor moroso. Pero en este sentido y como indica el Abogado del Estado será de señalar que el beneficio ilícito obtenido de un acto antijurídico (retraso en el pago) no es un criterio de capacidad económica en lo que ésta tiene de garantía constitucional a los efectos del artículo 31.1 CE.

Noveno. Ya en último término ha de hacerse referencia a las alegaciones relativas al principio de justicia tributaria invocado en las cuestiones 947/91 y 1.123/94. La primera de ellas señala que al cifrarse el recargo en una cantidad

fija, con independencia del tiempo, «se llega a la paradójica conclusión de que cuanto mayor es la demora y consecuentemente mayor perjuicio se causa a la Administración, menor es el interés de demora aplicado, disminuyendo en la misma proporción el tipo de interés efectivo cuando aumenta el número de días de demora». En parecidos términos en la cuestión núm. 1.286/91 se dice que «se da, además, la paradoja de que la exigencia de dicho mínimo tiene "efectos perversos" para la propia Hacienda, pues supone una invitación a retrasar el pago ya extemporáneo, hasta que la suma de los intereses de demora equivalga al 10 por 100 de la deuda, lapso de tiempo que con un interés legal del dinero del 8 por 100 mas el incremento del 25 por 100 supone justamente un año de demora». Pero con estas argumentaciones se está planteando un tema de eficacia recaudatoria que en rigor queda fuera del campo propio de las exigencias de un sistema tributario justo.

Ciertamente la técnica que inspira el precepto aquí cuestionado puede suscitar graves críticas y efectivamente las ha producido en la doctrina: el propio legislador, consciente de sus defectos, ha seguido una dirección claramente distinta en la reciente Ley 25/1995, dando una cuantificación creciente al recargo en atención a la duración del retraso en el pago. Pero en la perspectiva de esta jurisdicción constitucional —«la imperfección técnica no es causa de invalidez», STC 149/1991—, bastará señalar que, incluso en el terreno de la eficacia recaudatoria, el dato que acompaña a la cuantificación decreciente del exceso que el recargo representa sobre el interés de demora y que consiste en una creciente probabilidad de la aplicación de las sanciones, sería bastante para entender que no se produce una inadecuación del medio utilizado para conseguir la finalidad perseguida, habida cuenta de la libertad configurativa que corresponde al legislador —art. 31.1 CF— a la hora de trazar las figuras jurídicas con las que trata de obtener el cumplimiento de los deberes fiscales de los ciudadanos.

2. *Voto particular* que formula don Rafael de Mendizábal Allende a la Sentencia que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 61.2 de la Ley General Tributaria, voto al cual se adhiere don Vicente Gimeno Sendra.

La opinión discrepante que se expondrá a continuación lo es de los conceptos utilizados para calificar jurídicamente la institución enmascarada por la norma en entredicho, sin afectar al fallo o parte dispositiva. Dentro de la tipología de nuestras Sentencias, las llamadas interpretativas permiten, en casos como este, compatibilizar la primacía de la Constitución y el principio de conservación de la Ley (SSTC 5/1981 y 341/1993), siempre y cuando su texto se lea y aplique a la luz de aquélla según las directrices marcadas por el supremo intérprete que es este Tribunal. En consecuencia, aquí y ahora, como en la deliberación, predicamos la constitucionalidad del precepto en cuestión si su sentido y alcance se deslindara con arreglo a cuanto se dice a partir de este punto y aparte.

Primero. Empezando por el principio, conviene a nuestro propósito recordar que la relación jurídica de naturaleza tributaria ofrece un contenido complejo, en el cual confluyen distintas obligaciones cuyo origen común está en la Ley (art. 1.089 del Código Civil) y sólo en ella pueden encontrar su fundamento, con arreglo a nuestra Constitución (arts. 31 y 133), donde se acoge una

milenaria tradición en la cual está la propia raíz histórica del nacimiento de las Cortes. Existen, pues, dos clases de prestaciones a cargo de los sujetos pasivos de los tributos uno principal, que consiste en el pago de la deuda tributaria (también con una estructura compleja) a tiempo, dentro de los plazos establecidos al efecto para la llamada recaudación voluntaria y otras de hacer, casi siempre formales y accesorias o instrumentales, entre las cuales se encuentran las de formular cuantas declaraciones y comunicaciones se exijan para cada tributo y otras muchas que no hacen al caso, así como la de practicar las operaciones de liquidación tributaria (arts. 10 y 35 LGT).

Pues bien, el deber que bien podría calificarse como «puntualidad tributaria» puede ser incumplido y ese incumplimiento desencadena normalmente dos efectos negativos para el deudor moroso, uno fisiológico, el interés de demora y otro patológico, la sanción correspondiente a la infracción tipificada como grave, que consiste en «dejar de ingresar, dentro de los plazos reglamentariamente señalados, la totalidad o parte de la deuda tributaria de los pagos a cuenta o fraccionados, así como de las cantidades retenidas o que se hubieran debido retener» [art. 79 a) LGT, versión L. 10 /1985] Por su parte, otra Ley, la General Presupuestaria, advierte que producirán intereses de demora las cantidades adeudadas a la Hacienda Pública por razón, entre otros conceptos, de los diversos tributos, con indicación de su cómputo y del tipo aplicable. Ahora bien, su raíz profunda se encuadra en el Derecho común, y así, el artículo 1.108 del Código Civil establece con carácter general que cuando una obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurriera en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal, módulo configurado posteriormente en este ámbito mediante el tipo básico del Banco de España con ciertas matizaciones a lo largo del tiempo, que no son del caso en este momento, aun cuando lo hayan sido en algún otro (STC 206/1993).

Por otra parte, los plazos establecidos para el ingreso de los tributos en periodo voluntario equivalen a la intimación al pago por ministerio de la Ley, para los efectos del artículo 1.100.1 y 2 del Código Civil y, en consecuencia, transcurridos con o sin prórroga empieza el retraso. Queda claro, pues, que el interés de demora tiene una función compensatoria del incumplimiento de una obligación o prestación de dar una cantidad de dinero y, por tanto, su naturaleza intrínseca es una modalidad indemnizatoria, según pone de manifiesto con toda nitidez la norma que en el Código Civil recoge y refleja el principio matriz de la institución. Dicho desde otra perspectiva que es ahora la adecuada al caso, el interés de demora no tiene carácter sancionador, como cuidaba de advertir el texto originario del artículo 78 LGT, advertencia cuya volatilización por obra de la Ley 10/1985 carece de transcendencia al respecto, ya que el anverso y el reverso de su auténtica configuración son consecuencia inmediata de su propia textura y la realidad no desaparece aunque lo hagan las palabras. Tal conclusión es más ostensible y convincente si se repara en que, precisamente por su diverso talante, son compatibles en todo caso los intereses y las sanciones que, a su vez, funcionan con total independencia. Lo dicho hasta aquí no es una construcción teórica, más o menos convincente, pero sin sustancia de *ius*, sino la doctrina del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) que, con valor normativo complementario del ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC; SSTC 206/1993, 120/1994, 318/1994 y 325/1994; 2/1995, 15/1995, 31/1995, 37/1995 y 105/1995) nos dice, en el plano de la legalidad, lo

que en este significan los intereses de demora (Sentencias del TS 4 noviembre 1986, 4 noviembre 1987 y 28 septiembre 1990).

Segundo. Llegados aquí, es útil traer a la vista el precepto en entredicho, cuyo texto, según la Disposición adicional 31.^a de la Ley 46/1985, dice que «los ingresos realizados fuera de plazo sin requerimiento previo, comportarán asimismo el abono de interés de demora, con exclusión de las sanciones que pudieran ser exigibles por las infracciones cometidas», norma esta nada problemática pero a la cual se añade un estrambote polémico en párrafo aparte. «En estos casos, el resultado de aplicar el interés de demora no podrá ser inferior al 10 por 100 de la deuda tributaria». La disección analítica de la norma transcrita en su conjunto anticipa, por de pronto, la excusa absolutoria que ha introducido la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, para el delito fiscal, pero extensible por razones de identidad material a la infracción tributaria (Disposición adicional primera).

Entonces y ahora, una conducta antijurídica, tipificada y culpable, se deja impune por razones de política criminal conectada a la económica para obtener el cumplimiento de sus deberes por el contribuyente, aun a deshora y a trasmano, instrumentándose como una medida de fomento cuya esencia consiste en conseguir que los ciudadanos actúen voluntariamente y sin coacción alguna en el sentido más favorable a un interés público concreto. Se trata de un estímulo o incentivo con un signo positivo, un contenido económico y un talante transaccional, despojando a la deuda tributaria de su componente represivo, a veces muy gravoso cuantitativamente.

El evento que sirve de frontera y límite de la impunidad es la investigación inspectora por lo general o la actuación judicial, pues sólo se produce si el pago se hace antes de que el deudor sea requerido por su acreedor, la Hacienda pública, o la regularización se lleva a cabo antes de conocer fehacientemente que se han iniciado aquéllas (art. 349.3 CP). No cabe negar a tal situación un cierto parentesco con el llamado «arrepentimiento espontáneo» que funciona como circunstancia atenuante de la responsabilidad, pero sin excluirla ni, por lo mismo, tampoco la sanción. La finalidad de este perdón *ex lege* parece clara y consiste en potenciar la recaudación de los tributos, como se dijo más arriba.

El interés de demora se mantiene sin embargo, por exigencias del principio de igualdad con una función compensatoria global, como indica el Abogado del Estado, que quiebra sin embargo en su primer tramo para cumplir una finalidad disuasoria y, en suma, represiva, como habrá ocasión de ver, a no ser que nos conformemos con un mero nominalismo. Las cosas son lo que son y la naturaleza de las instituciones está en su estructura y en su función, no en el nombre que les demos aunque el bautizo lo haga el legislador. Efectivamente el perjuicio derivado de un pago tardío está en directa relación con el tiempo que dura la tardanza y, por tanto en proporción a ésta ha de calcularse aquélla, como pone de manifiesto la fórmula matemática del interés cuyos factores son la base, el tipo o rédito y el tiempo. En definitiva, así se compensa en principio «con arreglo a un módulo objetivo el coste financiero que para la Administración tributaria supone dejar de disponer a tiempo de cantidades dinerarias que le son legalmente debidas» (STC 76/1990).

Ahora bien, no ocurre tal en esa fase inicial de la situación de mora del contribuyente cuyo interés tiene un mínimo del 10 por 100 de la deuda tributaria desde el día siguiente a su devengo o exigibilidad, produciéndose un exceso sobre el interés legal del dinero que en ese primer día del incumpli-

miento puede llegar al 300 por 100, cifra relativa propia de una sanción, y paradójicamente va descendiendo según pasa el tiempo hasta desaparecer en un momento dado, con una progresividad inversa, regresividad en suma. Esta curva se opone diametralmente a la esencia de cualquier indemnización y, en la parte que la supera, significa la exigencia de una cantidad de dinero como consecuencia del incumplimiento del deber de ingresar tipificado como infracción tributaria, sin causa compensatoria. En definitiva una sanción pecuniaria o multa (nunca «multa pecuniaria» como siguen diciendo los arts. 87.1 y 82.1,2 y 3 LGT).

Es evidente que esta manifestación atípica y encubierta de la potestad sancionadora de la Hacienda Pública respeta la reserva de Ley proclamada constitucionalmente en sus dos vertientes, ya que la infracción está tipificada legalmente [art. 79 a) LGT] y legalmente aparece configurada la reacción negativa, el castigo. Sin embargo, su configuración presenta algún flanco débil, aun cuando quepa reconducir el texto a una interpretación correcta desde tal perspectiva en una visión unitaria del ordenamiento. En efecto, por una parte, la norma en cuestión establece *prima facie* un automatismo para el cálculo de ese 10 por 100 mínimo sin atender a las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes, que sirven para graduar las sanciones. En primer plano, el principio de culpabilidad en su doble dimensión de malicia o negligencia (dolo o culpa), pero también el factor tiempo y la capacidad económica del infractor, su «caudal o facultades», en expresión del artículo 63 CP, como principio general para la ponderación de las sanciones pecuniarias.

Por otra parte, se omite cualquier alusión a un previo expediente sancionador con audiencia del inculcado para exigir ese exceso sobre el interés legal. Ningún parentesco guarda esta situación, en un régimen de sujeción general, con las facultades presidenciales para mantener el orden en el curso de las sesiones parlamentarias (STC 136/1989) o para la «policía de estrados» en las audiencias judiciales (STC 190/1991). En el ámbito de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas no es de recibo su ejercicio de plano, *sine strepito e iudicio*, prescindiendo del procedimiento *ad hoc* y de la audiencia al inculcado, garantías esenciales no dependientes de que haya o no flagrancia ni de la cuantía mayor o menor de la sanción (STC 18/1990).

En suma, podría resultar viable constitucionalmente el precepto legal en cuestión, que configura una multa atípica, si para aplicarla la Hacienda Pública hubiera de tener en cuenta las circunstancias concurrentes con respeto a los principios de culpabilidad y proporcionalidad, en la resolución motivada que ponga fin al procedimiento sancionador adecuado y en paridad de tratamiento con las demás infracciones tributarias.

Madrid, trece de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.—Rafael de Mendizábal Allende.—Vicente Gimeno Sendra —Firmado y rubricado.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ

ES INSCRIBIBLE LA ADQUISICION DE UNA FINCA URBANA OTORGADA EN BARCELONA EN LA QUE NO CONSTA LA VECINDAD CIVIL DE LA COMPRADORA, LA CUAL SE LIMITA A MANIFESTAR QUE ESTA SEPARADA JUDICIALMENTE, SIN QUE SEA PRECISO JUSTIFICAR DICHA SEPARACION POR CERTIFICACION DEL REGISTRO CIVIL Y SI APLICAR LOS ARTICULOS 159 Y 187.3 DEL REGLAMENTO NOTARIAL. SE INVOCA LA RESOLUCION DE 20 DE FEBRERO DE 1985 Y SU CAMBIO DE DOCTRINA PONDRIA EN CUESTION LA LEGALIDAD DE MUCHOS ASIENTOS YA PRACTICADOS. (RESOLUCIÓN DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1994. BOE DE 12 DE ENERO DE 1995.)

Hechos.—I. El día 10 de julio de 1992, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Barcelona don Miguel Tarragona Coromina, los cónyuges don Carlos Plaza de Diego y doña Margarita Marcet Daniel venden y transmiten a doña Montserrat Casanovas Saltó, separada judicialmente —que compra y adquiere para sí— una finca urbana sita en Barcelona.

II. Presentada la citada escritura en el Registro de la Propiedad número 7 de Barcelona, fue calificada por la siguiente nota: «Solicitada por la presentante del documento nota de la calificación con fecha 20 de enero de 1993, según nota al margen del asiento de presentación, se extiende ésta en los términos siguientes: Suspendida la inscripción del precedente documento porque para obtener la inscripción de la finca como bien propio o privativo de modo definitivo por quien manifiesta estar separado es necesario acreditar la separación judicial mediante certificación del Registro Civil o Libro de Familia, y ello por lo siguiente: 1.º Porque el artículo 266.6.º del Reglamento del Registro Civil, según reforma del Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto, dice que “en las inscripciones que en cualquier otro Registro produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico se expresará el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o anotado el hecho”; y como la sentencia de separación judicial constituye un hecho que afecta o modifica el régimen económico del matrimonio (cfr. art. 95 CC), es necesario que consten los correspondientes datos del Registro Civil que exige dicho precepto. 2.º Porque las inscripciones del Registro de la Propiedad producen presunción

de exactitud a todos los efectos legales, conforme al artículo 38.1º de la Ley Hipotecaria y quedan bajo la salvaguarda de los Tribunales (art. 1.3º LH), y sería contrario al sistema registral y al principio de seguridad jurídica que proclama el artículo 9 de la Constitución que se hiciese constar en el Registro de la Propiedad una adquisición con carácter privativo por la mera declaración del interesado de estar separado judicialmente sin acreditarlo cuando seguidamente dicho interesado hipoteca tal finca a favor del "Banco Pastor, S.A.", según asiento de presentación vigente número 1.397, del "Diario 25", fecha 24 de diciembre de 1992, pues si no se acredita tal extremo, daría lugar, o bien a que el acreedor hipotecario no podría gozar de las garantías del sistema registral previstas en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, con el consiguiente perjuicio para el mismo, o bien en el supuesto de que se entendiera que tal acreedor hipotecario es tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria; ello sería sin haberse acreditado el hecho fundamental en que se basa la constitución de una hipoteca por uno de los cónyuges, y produciría un perjuicio irreparable para el otro cónyuge si el régimen fuera el de gananciales u otro similar. 3.º Porque la condición de separado judicialmente no constituye propiamente un estado civil de la persona, ya que ésta sigue siendo de estado civil casada al no disolver la separación el vínculo matrimonial, por lo que no se puede equiparar a los estados civiles a efectos de su regulación o modo de acreditación. 4.º Porque, en todo caso, sería necesario acreditar la firmeza de la sentencia judicial de separación, que es la que produce la disolución del régimen económico conyugal y no la simple declaración de separación judicial, pues así resulta del artículo 95 del Código Civil, que exige sentencia firme, y de otros preceptos concordantes de la legislación hipotecaria, que siempre aluden a sentencia firme (ejemplo, arts. 3 y 82 LH y 131 de la regla 17 LH, etc.). 5.º Porque los supuestos en que la legislación hipotecaria y notarial permite la mera declaración son los tasados legal y reglamentariamente, sin que la naturaleza de los efectos de los asientos registrales permita una interpretación extensiva. 6.º Porque dada la realidad social de Cataluña (art. 3 CC), junto al régimen legal de separación de bienes, que no queda en general afectado por una separación judicial, existen otros regímenes económicos conyugales de las personas que viven en Cataluña, singularmente el régimen de gananciales en gran medida, e incluso el de sociedad conyugal aragonesa y el de conquistas navarro, según demuestra dicha realidad social y la práctica registral, sin que, a diferencia de la regionalidad civil (cfr. art. 161 RN), pueda producirse ninguna presunción legal sobre uno u otro régimen económico matrimonial, por lo cual la sentencia firme de separación acreditada por la inscripción en el Registro Civil afecta enormemente a esta cuestión, por lo que ha de acreditarse tal extremo ante la posibilidad de que la compradora hubiese estado casada en régimen de comunidad matrimonial de bienes. 7.º Porque la RDGRN de 20 de febrero de 1985 no es aplicable al presente caso por lo siguiente: a) Porque dicha resolución se refiere al "divorciado", con que constituye un estado civil similar al de soltero, casado o viudo, a diferencia del "separado judicialmente", que no constituye estado civil al seguir siendo casado; b) Porque es una resolución anterior a la publicación del citado artículo 266 6.º del Reglamento del Registro Civil, cuya finalidad es la concordancia entre Registro Civil y Registro de la Propiedad en la mayor medida posible, sobre lo que no tuvo ocasión de pronunciarse la citada RDGRN. c) Porque dicha resolución se apoya en la Circular de 16 de noviembre de 1984, que asemeja el divorcio al estado civil del viudo en base al artículo 85 del Código

Civil al producir la disolución del matrimonio, cosa que no ocurre en el caso del separado; y en todo caso se refiere únicamente a la forma de acreditar la soltería, la viudez y el divorcio, y no la separación judicial. Si dicha Circular se hubiera querido referir a más casos, lo hubiera dicho expresamente. d) Porque la citada resolución no prejuzga, según su último fundamento, cuál es la forma de practicar la inscripción, que es precisamente lo que se plantea en este caso, pues según resulta de lo dicho al principio de la presente nota, no se excluye la posibilidad de inscripción, pero siempre que no predetermine en forma definitiva el carácter privativo del bien adquirido mientras no se acredite la condición de separado judicialmente, en virtud de sentencia firme inscrita en el Registro Civil. 8.º Porque la analogía del separado judicialmente no es en el divorciado (en que se produce disolución del vínculo matrimonial), sino con el separado en virtud de capitulaciones matrimoniales, “en que es muy claro la necesidad de acreditar la inscripción de las mismas en el Registro Civil” (art. 266.6.º RRC), no bastando la mera declaración de haberse otorgado capitulaciones matrimoniales. 9.º Porque el Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 25 de noviembre de 1992, cuya fotocopia se adjunta a la presente nota de calificación, declara que es necesario acreditar la separación judicial de la compradora ante la posibilidad de que la adquisición pueda tener carácter ganancial. 10. Porque la nueva redacción dada al artículo 51, regla 9.ª, del Reglamento Hipotecario, que exige que se exprese en la inscripción “si el sujeto es separado”, en nada afecta a los argumentos anteriormente expuestos, que son de fondo y no de forma, ni significa ningún cambio legislativo, pues se trata de un precepto formal relativo a las “circunstancias que ha de contener un asiento”, sin que se pretenda ocupar de “las formas de acreditar tales circunstancias, ni mucho menos de los requisitos de validez o de calificación”. Contra la presente nota de calificación cabe recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, conforme a los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario y disposición adicional séptima de la LOPJ. Barcelona, 3 de febrero de 1993.—El Registrador, *José Manuel García García*».

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que en la escritura la compradora manifiesta en cuanto a su estado civil estar separada judicialmente y, por ello, en el otorgamiento primero «compra y adquiere para sí» Que al presentar la escritura en el Registro de la Propiedad se ha solicitado simplemente su inscripción para que ésta produzca todos y cada uno de los efectos que le son propios. Nadie ha solicitado la inscripción de la finca como bien propio o privativo «de modo definitivo» porque no cabe pedirlo y, por tanto, tampoco el Registro puede publicar titularidades «de modo definitivo». Ello deriva de las propias normas del Registro y de los efectos de las inscripciones. Que siguiendo la nota del Registrador en todos y cada uno de sus puntos, hay que señalar: 1.º Que en la realidad diaria no se solicita justificación de la inscripción en el Registro Civil del matrimonio, viudez, separación o divorcio. Que el artículo 266.6 del Reglamento del Registro Civil no tiene el sentido que se le quiere dar en la nota, pues debe referirse sólo a las inscripciones en cualquier otro Registro Civil. 2.º Que en lo referente a la presunción de exactitud de la titularidad inscrita: a) Efectivamente se trata de una presunción que está bajo la salvaguarda de los Tribunales. Sólo la sentencia firme puede calificarse de segura, definitiva y exacta desde el punto de vista jurídico. La inscripción produce una serie de defectos, y hay determinados hechos de la misma que se

basan en las declaraciones de las partes formuladas en documento público. El principio constitucional de seguridad jurídica queda gravemente quebrantado si no se practica la inscripción, y también queda afectado el principio constitucional de igualdad de seguirse la tesis de la nota. Igualmente cabe decir del principio constitucional de presunción de inocencia (*vid.* R. 11 agosto 1988). Por último, el principio de buena fe también debe ser aplicado a los separados;

b) Seguidamente la compradora hipoteca la finca, en el supuesto negado e hipotético de que la compradora-hipotecante estuviera casada en régimen de gananciales, sería aplicable el artículo 1.370 del Código Civil. El Banco tendrá la misma protección, es decir total, que si el comprador manifiesta estar viudo, divorciado o soltero y en realidad estuviera casado en régimen de gananciales. La hipoteca habría quedado inscrita y la finca respondería del préstamo que además se ha destinado a su adquisición. 3.º Que en cuanto a la condición de separado, la regla 9.ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario señala cómo deben practicarse las inscripciones, distinguiendo al casado del separado. La condición de separado a efectos del régimen económico matrimonial tiene carácter y entidad propias y se le aplica un régimen jurídico propio, con la única limitación de que no puede, por el momento, contraer nuevo matrimonio. El Código Civil refleja unitariamente los efectos de comunes a la sentencia de nulidad, o de separación o de divorcio en los artículos 90-101. 4.º Que cuando la compradora declara que está «separada judicialmente», hay que entender que ello es en base a una sentencia firme. 5.º Que la no necesidad de justificación de la constancia en el Registro Civil de la separación judicial viene impuesta por el principio constitucional de igualdad, por la realidad social, por la presunción de veracidad de la declaración ante el Notario, por la presunción de inocencia y por los efectos, penales entre otros, que la falsedad conllevaría, y por lo señalado en el artículo 187 del Reglamento Notarial. 6.º Que la realidad social impone que no se discrimine al separado respecto al casado, en régimen de separación de bienes, al divorciado y al viudo. Que el único extremo de discusión es si debe o no creerse a la compradora para poder practicar la inscripción. La posibilidad de que antes tuviera un régimen de comunidad en nada afecta si está separada judicialmente, porque en todo caso compra para sí. No se entiende por qué razón se quiere dar tanta importancia a la inscripción de la separación judicial en el Registro Civil cuando ésta se practica de oficio y además su justificación no es definitiva, como señala el artículo 84 del Código Civil. 7.º Que los razonamientos de la Resolución de 20 de febrero de 1995 son plenamente aplicables a este supuesto y han sido confirmados por la nueva redacción del artículo 51 del Reglamento Hipotecario. La aplicación del artículo 159 del Reglamento Notarial es clara, puesto que estando separada judicialmente la eventual sociedad económica conyugal ha quedado disuelta. 8.º Que no se trata de aplicar por analogía las reglas del divorciado al separado, sino de considerar el régimen jurídico que es propio del separado, cuyos efectos son regulados conjuntamente por el Código Civil y por los Reglamentos Hipotecario y del Registro Civil. Que la necesidad de justificar la indicación de las capitulaciones en el Registro Civil no puede aplicarse analógicamente a la separación judicial. 9.º Que el Auto de 25 de noviembre de 1992 se basa únicamente en que de la declaración del comprador de «estar separado legalmente» se hace derivar la posibilidad fundada de que la adquisición pueda tener carácter ganancial. Ello supone no dar ningún valor especial a la declaración del comprador en escritura pública. El eventual perjuicio para la esposa o el esposo no es argumento. 10. Que en lo

referente a la regla 9.^a del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, el Registrador quiere llevar el tema de discusión jurídica a «fondo». En la realidad jurídica la adquisición puede incluso estar viciada y podría determinar su nulidad. Pero en ese fondo, una vez efectuados y constatados los juicios de identidad y capacidad por el Notario y la legalidad de la adquisición por los medios que se la manifiestan al Notario, la escritura produce los efectos que le son propios y debe inscribirse, derivándose de dicha inscripción las consecuencias jurídicas propias de la misma. Que el Registrador carece de potestad jurisdiccional y, por tanto, debe inscribir en base al documento que cumple todos los requisitos legales, sin que pueda pretender resolver definitivamente sobre los derechos que debe inscribir cuando cumplen los requisitos legales.

IV. El Registrador, en defensa de su nota, informó: 1.º El artículo 266.6. del Reglamento del Registro Civil, que hay que interpretar: a) Que ese «cualquier otro Registro» es, entre otros, el Registro de la Propiedad; b) Que entre los «demás hechos que afecten al régimen económico» están las sentencias de separación judicial. Que se reafirma lo razonado en la nota de calificación por lo siguiente: 1) El artículo de referencia no puede referirse al propio Registro Civil, ya que sería absurdo, pues en el párrafo primero se remite a las reglas de las inscripciones y en virtud de lo establecido en el artículo 77 de la Ley de Registro Civil; 2) Porque la redacción del precepto revela que no puede ser otro Registro Civil, pues contrapone «cualquier otro Registro» a la expresión Registro Civil que se emplea seguidamente; 3) Porque en el inciso último del párrafo que se comenta se dice «de no acreditarse se suspenderá la inscripción por defecto subsanable». Esta referencia significa que no puede referirse a otro Registro Civil, sino al de la Propiedad o Mercantil, ya que la distinción entre defectos subsanables o insubsanables es ajena al Registro Civil; 4) Porque entre esos demás hechos que afecten al régimen económico están las sentencias de separación judicial en virtud de lo dispuesto en los artículos 77 de la Ley de Registro Civil y 95 del Código Civil. Que la coordinación entre el Registro Civil y Registro de la Propiedad es una de las fundamentales preocupaciones de la doctrina, y en parte ha sido solucionado por el expresado artículo 266.6.º 2.º La función del Derecho. Que en el apartado 2 de la nota de calificación se hace referencia al argumento resultante del principio de seguridad jurídica del artículo 9 de la Constitución, en que se basa la regulación de los Registros de la Propiedad, y en los propios principios resultantes de la legislación hipotecaria. Es decir, que lo que está en juego es la función y eficacia del Registro de la Propiedad. Que como el Registro de la Propiedad no es órgano jurisdiccional, sino órgano cautelar o con función de garantía preventiva, ha de exigir los requisitos legales que den al acto publicado la suficiente consistencia que permita explicar su afección a terceros ya que no se trata de la sentencia de un órgano jurisdiccional. Que el escrito del recurrente destila derecho antihipotecario, es decir, puro derecho notarial, para de ahí pasar al puro derecho judicial o contencioso, olvidando que existe una enorme zona de derecho cautelar o de seguridad jurídica preventiva en la que actúa el Registrador. 3.º La función calificadora del Registrador. Esta función tiene los siguientes fundamentos: 1) Que los asientos del Registro producen, según la Ley, efectos tan fuertes de legitimación y de fe pública registral (arts 38 y 34 LH), que no sería lógico que los títulos tuvieran entrada en el Registro sin control de legalidad del Registrador; 2) Que los ciudadanos necesitan seguridad jurídica preventiva y no sólo la seguridad jurídica derivada de una sentencia judicial. Lo que pretende la legislación hipotecaria al implantar el

Registro de la Propiedad es que disminuya la conflictividad judicial en el ámbito inmobiliario a través del control de legalidad de los actos de tráfico, proporcionando así la seguridad preventiva. Por ello, el Registro de la Propiedad debe ofrecer en sus inscripciones datos contrastados y acreditados y no simples manifestaciones que podrían producir fraudes, engaños y perjuicios al otro cónyuge y a terceros. 4.º Los principios de legitimación y de fe pública registral. El apartado 2 de la nota de calificación se refiere a las presunciones de exactitud resultantes de las inscripciones registrales como argumento para demostrar que debe quedar acreditada la condición de separado judicialmente para que tal acreditación pueda servir de base para aquellas presunciones registrales, especialmente en este caso para la presunción inatacable a favor del acreedor hipotecario que seguidamente obtiene a su favor una hipoteca. Que el Notario recurrente no parece tener en cuenta la existencia de presunciones de exactitud, lo que supone no tener en cuenta las dos presunciones fundamentales derivadas de las inscripciones del Registro de la Propiedad: 1) La presunción *iuris tantum* derivada del principio de legitimación registral (art. 38 LH). Conforme a lo establecido en el precepto citado y artículo 1, párrafo tercero, de la misma Ley, y para que tenga alguna lógica, es necesario que los asientos no partan de meras manifestaciones sin contrastar; y 2) Por otra parte, está la presunción *iuris et de iure* de carácter inatacable, que es la presunción o adquisición irreivindicable a favor de tercero que reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Ahora bien, para que se dé la figura del tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria ha de acreditarse el requisito de la separación judicial, pues en otro caso no se explicaría que el acreedor hipotecario pueda merecer la condición de tercero inatacable. Se trata de evitar que el cónyuge del hipotecante pueda después impugnar una inscripción. La seguridad jurídica preventiva del tráfico inmobiliario y los principios de legitimación y de fe pública registral, en coordinación con el de calificación registral, no permiten otra solución que la de atender a todos los intereses en juego. 5.º La condición de separado es diferente de los estados civiles de soltero, casado, viudo y divorciado. Que la condición de separado judicialmente no constituye un estado civil de la persona, ya que ésta sigue siendo de estado civil casada al no disolver la separación el vínculo matrimonial. Tampoco se puede aplicar al separado la llamada posesión de estado propia de los estados civiles. Que en contra de lo manifestado por el Notario recurrente, el exigir al separado judicialmente que lo acredite no supone ninguna infracción del principio constitucional de igualdad, sino que se trata de la exigencia de un requisito legal a una situación totalmente diferente de los estados civiles de viudo o divorciado, que tienen una regulación diferente resultante de los artículos 363 del Reglamento de Registro Civil y 159 del Reglamento Notarial porque son dos estados civiles y el separado no lo es, porque subsiste el estado civil de casado y no pueden darse simultáneamente dos estados civiles. Por tanto, no puede aplicarse la misma normativa que la de los estados civiles. Que del precepto citado del Reglamento Notarial se deduce que no considera la condición de separado como estado civil. 6.º La referencia del Notario recurrente a los principios constitucionales de seguridad jurídica y de presunción de inocencia. Que la seguridad jurídica cautelar o preventiva es la que justifica precisamente que se exija el control registral a la mera manifestación de estar separado judicialmente. Que en lo referente al principio de presunción de inocencia, no tiene nada que ver con la cuestión debatida, ya que no se considera a nadie culpable de nada, sino que se exige

que se acredite lo que se declara. Que en cuanto al principio de buena fe, hay que decir que la nota de calificación se apoya precisamente en este principio. 7.º La firmeza de la sentencia judicial de separación. Que del artículo 95 del Código Civil se desprende claramente que es la firmeza de separación judicial la que produce la disolución del régimen económico matrimonial; por tanto, ha de acreditarse su firmeza por medio de la certificación del Secretario del Juzgado. 8.º Los supuestos en que a efectos de la inscripción basta la mera declaración son los tasados legal y reglamentariamente, sin que quepa la interpretación extensiva. Que los únicos casos en que se permite la mera declaración del interesado son en los estados civiles de soltero, viudo y divorciado (art. 363 RRC). Por tanto, el supuesto de mera declaración de estar separado judicialmente nada tiene que ver con los demás supuestos tipificados legalmente, por lo que no cabe extender la analogía a un supuesto completamente diferente por no ser estado civil, sino incidencia dentro de otro estado civil. 9.º La Resolución de la Dirección de Registros y Notariado de 20 de febrero de 1985. Que dicha Resolución se refiere al divorciado y no al separado judicialmente. Además, el citado artículo 363, redactado con posterioridad a dicha Resolución, confirma la doctrina de ésta respecto al divorciado, pero silencia el caso de separado judicialmente como situación totalmente diferente de la del divorcio. Que no es posible practicar la inscripción porque si se trata de hacer constar como definitiva de la condición de adquisición privativa no tiene lógica al no haberse acreditado la existencia de una sentencia firme de separación judicial; y si se trata de hacer constar la adquisición como pendiente de acreditar, tampoco es posible porque no se ha solicitado así, conforme al principio hipotecario de rogación. 10. El Auto de 25 de noviembre de 1992 del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Que el referido Auto apoya la tesis mantenida a través de este informe. 11. El artículo 51, regla 9.ª, del Reglamento Hipotecario. Que esta regla se limita a señalar las circunstancias que debe contener la inscripción y su cometido no es regular las formas de acreditación.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la nota del Registrador fundándose en el artículo 266.6.º del Reglamento del Registro Civil, en relación con el artículo 95 del Código Civil.

VI. El Notario recurrente apeló el Auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que la solución no puede basarse ni encontrarse en un solo precepto reglamentario, sino en la interpretación sistemática de la totalidad del ordenamiento, pues en el primer caso, en el sentido que lo hacen el Registrador y el Auto, se produce una absoluta y discriminatoria falta de adaptación a la realidad social. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de abril de 1992, ha tenido oportunidad de tratar de los efectos de la separación y no hace ese reiterado hincapié en la necesidad de acreditar la firmeza de la sentencia de separación que se presupone.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 89, 95, 102, 1.333 y 1.436 del Código Civil; 18, 21 y 22 de la Ley Hipotecaria, 51, 75, 90-96 del Reglamento Hipotecario; 25 de la Ley del Registro Civil; 266 del Reglamento del Registro Civil; 158, 159, 161 y 187 del Reglamento Notarial, y la Resolución de 20 de febrero de 1985

Primero. El Registrador suspende la inscripción de la compra de un apartamento que hace una mujer en escritura autorizada en Cataluña, sin mencionar la vecindad civil, y en la que declara estar «separada judicialmente».

Invoca el Registrador que «para obtener la inscripción de la finca como bien propio o privativo de modo definitivo, «es necesario acreditar la separación judicial mediante certificación del Registro Civil o Libro de Familia».

2. La cuestión planteada es similar a la decidida en la Resolución de 20 de febrero de 1985, relativa ésta no a la condición de separado judicialmente del comprador, sino a la de divorciado, expresiones notariales de la escritura que naturalmente traducen al lenguaje técnico informaciones o declaraciones proporcionadas por el propio interesado sobre una condición o estado civil de la persona, constituido por sentencia que ha de ser firme (cfr. arts. 89 y 95 CC y 25 LRC). Como en el caso entonces resuelto, se trata de una compra autorizada en Cataluña, y no se menciona ni la vecindad civil del comprador ni el nombre del cónyuge. Debe, pues, darse la misma solución y entender que, conforme a los artículos 159 y 187.3 del Reglamento Notarial, no es necesario acreditar por certificación del Registro Civil la condición de separado judicialmente. Nótese que la expresión divorciado contenida en el artículo 159 del Reglamento Notarial se refería preferentemente al único divorcio que al tiempo de su promulgación permitía nuestra legislación civil, al divorcio que no rompía el vínculo matrimonial y que hoy equivale a la separación judicial. En coordinación con esta doctrina, el artículo 51.9.º del Reglamento Hipotecario sólo exige hacer constar el régimen económico-matrimonial, y el nombre, apellidos y domicilio del cónyuge si la persona a cuyo favor ha de practicarse la inscripción es casada, pero no si es viudo, separado o divorciado.

3. No es razón para exigir otra solución lo dispuesto hoy en el artículo 266.6 del Reglamento del Registro Civil. Ciertamente, el preceptor, contra lo que parece creer el Notario recurrente, se refiere, entre otros casos, a las inscripciones que en el Registro de la Propiedad «produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico» y exige entonces expresar en el asiento «el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho», datos éstos que sólo pueden hacerse constar presentando la correspondiente prueba documental. Entre los hechos que afectan al régimen económico a que se refiere el citado precepto no está la compra de un bien, porque ni este hecho se refleja en el Registro Civil, ni por sí afecta al régimen o estatuto a que están sujetas las relaciones económicas conyugales. Tampoco cabe duda de que entre los hechos que afectan al régimen económico del matrimonio y que son inscribibles en el Registro de la Propiedad está la separación judicial de los cónyuges (cfr. arts. 102, 1.333 y 1.436 CC, y DA 9.ª, Ley 30/1981, de 7 julio). Pero la exigencia del Reglamento del Registro Civil se refiere sólo a los supuestos en que sean las mismas capitulaciones o el mismo hecho que afecte al régimen del matrimonio el que haya de reflejarse en el Registro de la Propiedad por afectar el cambio de régimen económico a la titularidad o régimen de un derecho inscrito o inscribible que, según el título adquisitivo, hubiera sido adquirido antes de la separación judicial (cfr. arts. 102, 1.333 y 1.436 CC, 2.º LH y 75, 90-96 RH).

4. La cuestión que tan razonadamente plantean el Registrador y el Auto apelado puede generalizarse a otros extremos que hoy, ordinariamente, no son acreditados con la prueba documental directa apropiada: la mayor edad, la nacionalidad española, la vecindad civil, el matrimonio, el régimen económico, la ausencia de incapacitación, la viudez. Es claro que si se impusieran las soluciones que exige la mayor seguridad jurídica quedaría turbado el dinamismo del tráfico. Adviértase, además, que un cambio de doctrina pondría en cuestión la legalidad de múltiples asientos ya practicados.

Esta Dirección General ha acordado revocar el Auto apelado y la nota del Registrador.

Comentarios críticos.—La cuestión central que resuelve la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución que antecede es si en los casos de separación judicial es o no preciso la justificación de la misma o basta la manifestación de la compradora que trata de inscribir la adquisición realizada. Según el alto criterio de la Dirección no es precisa la justificación de la separación judicial por la presentación de la certificación del Registro Civil. El criterio que se mantiene parece sorprendente, pues para justificarlo se alega una resolución anterior que para nada tiene que ver con el supuesto que aquí se plantea como vamos a ver en nuestro comentario. Pero es que, además, se añaden ciertas manifestaciones en torno al carácter definitivo de las inscripciones, el principio de seguridad jurídica y el valor que se les puede atribuir a estas resoluciones en orden al criterio de calificación registral y su proyección sobre asientos ya practicados que están bajo la salvaguarda de los Tribunales. Vamos, por ello, a distinguir la cuestión que podríamos llamar de fondo y esas sorprendentes afirmaciones en orden a los principio hipotecarios

A) CUESTIÓN DE FONDO

Conforme al apartado segundo de la Resolución, el criterio que debe prevalecer es el que se deriva de la Resolución de 20 de febrero de 1985 (caso de un divorciado), y de ahí aplicar lo dispuesto en los artículos 159 y 187.3 del Reglamento Notarial, conforme a los cuales no es preciso acreditar por certificación del Registro Civil la condición de separado judicialmente. Resulta sumamente curioso cómo la cita de estos artículos es inoperante, pues en ellos no se habla de la condición de «separado» y sí de «casado, viudo o divorciado». Sólo podrían tener aplicación si el caso de divorcio, al que se refiere la Resolución de 20 de febrero de 1985, se asimila al de «separado». Y aquí ya se abre el gran abismo de si el criterio jurisprudencial o doctrinal de una Resolución sirve de pauta y guía para todos los casos, para un caso concreto o con ello se le quiere negar a la misma Dirección un cambio de criterio según las circunstancias del caso. Pero el abismo se agranda más si se trata de asimilar un estado civil (el de divorciado) con la situación —especialmente económica— de separación judicial

La verdad es que me he quedado altamente sorprendido ante la extensión de la nota calificadora del Registrador, con la que me identifiqué plenamente; pero debo resaltar que el haber dado toda esa serie de argumentos ha permitido que los mismos se vuelvan en contra a base de interpretaciones un tanto dudosas y muy discutibles. La nota, a mi entender (y a pesar del elogio que de la misma hace la Dirección al considerarla tan «razonada» en el apartado 4), debió ser sucinta, con cita de los artículos conculcados y sin esperar —sin impaciencia en la espera— las alegaciones del escrito que inicia el recurso. La cosa quizá hubiera cambiado algo, aunque leída objetivamente la Resolución parece claro advertir una cierta inclinación notarial. Vamos a partir —como dicen los hechos— que aunque la escritura se hace en Barcelona, para nada se habla del régimen económico matrimonial de la compradora ni se menciona la posible vecindad que hubiera determinado el régimen económico. De los hechos tampoco se puede deducir nada, pues no se sabe si en la comparecencia le constaba al Notario esa vecindad o no le constaba y no podía deducirse

del DNI. Es un dato que queda en las tinieblas y que oscurece el sistema matrimonial anterior a la separación judicial. Todo ello es necesario saberlo para poder aplicar lo que dispone el artículo 159.2 del Reglamento Notarial. Vamos, sin embargo, a ir desmenuzando cuestiones importantes:

1.^a La situación de «separado judicialmente», ¿es equiparable a la de casado o a la de divorciado? El Registrador entiende —y entiende bien— que el separado judicialmente sigue siendo *casado*, a diferencia del divorciado que para ser *casado de nuevo* tiene que casarse. La Dirección General dice que el separado judicialmente se equipara al divorciado, pero al divorciado anterior a la reforma del Código Civil y al que parece referirse el artículo 159 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944. Todo ello para poder aplicar analógicamente la Resolución de 20 de febrero de 1985. Esta argumentación produce auténtica perplejidad, pues si la referencia del artículo 159 del Reglamento Notarial al divorciado ha de entenderse como si fuera el «separado judicialmente», la situación que genera el divorcio actual queda fuera de dicho artículo. Los juegos de fecha no suelen ser «santos de mi devoción», pero si el Código Civil se reforma en este punto en 1981, ¿a qué situación de divorcio se está refiriendo la Resolución de 1985?

Nos queda el Reglamento Hipotecario, su artículo 51.9.a), y la aceptación de las situaciones de soltero, casado, viudo, *separado* o divorciado, según redacción dada por Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre. L. PUIG FERRIOL en sus comentarios al Código Civil, incluidos en la edición del Ministerio de Justicia, dice que la sentencia judicial de separación produce «un nuevo estado familiar», que no es lo mismo que un nuevo estado civil, pues él parte —como es lógico— de la idea de que queda «subsistente el vínculo», y por ello es preciso aceptar la tesis del Registrador de que el separado judicialmente es un «casado». A mi entender es un casado al que se le aplica el sistema conyugal de separación de bienes. Por ello, el Reglamento Hipotecario en el artículo 51, además de señalar las circunstancias de la persona, añade que en el caso de ser «casado» y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, se hará constar el régimen y el nombre del otro cónyuge.

2.^a El segundo punto que estimamos crucial es el de si la separación judicial firme o, mejor dicho, la sentencia que decreta con firmeza la separación (art. 95 CC) es un «HECHO» que afecta al régimen económico del matrimonio susceptible de ser inscrito en el Registro Civil, conforme al artículo 266.6 del Reglamento del Registro Civil.

La interpretación dada por el Notario a la redacción de este artículo es corregida por la Dirección General, que mantiene la apuntada por el Registrador calificador. Este artículo se está refiriendo a otros Registros (entre los cuales está el de la Propiedad) y no al mismo Registro Civil. Esta rectificación, sin embargo, no priva a la Dirección para concretar lo que significan los «*demás hechos que afecten al régimen económico*» a que alude el artículo 266.6 del Reglamento del Registro Civil. En su interpretación se trata de aquellos hechos que afectan al régimen económico matrimonial y, como consecuencia, a «*la titularidad o régimen de un derecho inscrito o inscribible que, según el título adquisitivo, hubiera sido adquirido antes de la separación judicial*». Cita en apoyo de este criterio el artículo 102 del Código Civil (cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge, cosa que ya dice el art. 83 CC, el artículo 1.333 CC (que habla de reflejar en el Registro Civil los hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio) y el

artículo 1.436 del Código Civil (que únicamente se refiere a coordinar las manifestaciones del Registro Civil y reflejarlas en el de la Propiedad si afectan a inmuebles). Los otros artículos que se citan (2 LH y 75, 90-96 RH), entiendo que no sirven para «interpretar» de la forma que se hace en el artículo 266.6 del Reglamento del Registro Civil.

Hay que sentar como premisa que la sentencia firme de separación es un hecho —«HECHO JURIDICO»— que afecta al régimen económico matrimonial y que, conforme al artículo 95 del Código Civil, se disuelve; y esta disposición tendrá más o menos trascendencia según el sistema matrimonial que los cónyuges tuviesen. Por eso me parece cierto solamente los casos que como consecuencia de la separación afecten a la titularidad de un derecho inscrito o inscribible, pero nunca puede predicarse que «*los adquiridos antes de la separación*», pues si se trata de inscribirlos posteriormente habrá que hacerlo conforme al sistema matrimonial que existía cuando se adquirieron o a las results de la disolución del régimen matrimonial.

3. El tercer aspecto del tema es la forma de proceder del Registrador cuando la escritura solamente refleja una manifestación de voluntad del compareciente alegando que está separado judicialmente. Si como se deduce de todo lo que llevamos dicho es preciso que esa situación se refleje en el Registro Civil y que sea la certificación de este Registro la que sirva para acreditar la existencia de una sentencia «firme» de separación, o en su caso el Libro de Familia (yo creo incluso que un testimonio de la sentencia podría ser admitido), no cabe duda que el Registrador tiene que suspender la inscripción en espera de esa justificación.

Al no tener datos en que apoyarse para descubrir el sistema económico matrimonial, aun y a pesar de estar otorgada en Cataluña, el Registrador necesita algo más que una «confesión» (manifestar que está separado judicialmente) y, en su caso, aplicar esa regla de la justificación privativa del precio (art 95 RH) para alejar la falta de presunción del régimen aplicable.

B) OTRAS CUESTIONES

Debo partir del criterio de que en la escritura notarial no se recogerían los datos suficientes para poder aplicar a la situación que se invocaba el carácter de inscripción «definitiva». Suprimidas por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 las inscripciones de «*situaciones anulables*», lo correcto y ajustado al principio de seguridad jurídica es evitar a toda costa un pronunciamiento registral sobre una situación dudosa y con posible impugnación posterior.

Digo esto porque el Notario autorizante de la escritura y recurrente de la decisión registral invoca el principio de seguridad jurídica, al que también parece aludir la Dirección General al contraponer «la mayor seguridad jurídica» y el «dinamismo del tráfico». Lo que el principio constitucional de la seguridad en su versión de protección del tráfico dice o permite decir es que los pronunciamientos registrales están sostenidos por unos principios en aras de la seguridad del tráfico jurídico, pero sobre la base de que la calificación ha servido para evitar que en el Registro entren actos nulos, anulables o impugnables. Afirmar otra cosa y confundir dinamismo con seguridad resulta sumamente peligroso y atentatorio a la legalidad vigente.

Me sobresalta también —y en esto no entra la Dirección General— que el Notario invoque el principio constitucional de «*igualdad*» y el de presunción de

«inocencia» y los relacione con la no necesidad de reflejar la situación de separación judicial (no se olvide el carácter de «firme») en el Registro Civil. No creo que tenga nada que ver lo que hoy ha dado en llamarse «presunción de inocencia» para proteger la libertad de las personas ante la atribución de un delito o falta. Estamos en el campo de la contratación y no en el procesal o judicial.

El principio de «igualdad» quizá esté utilizado por el Notario por ser «mujer» la que comparece y compra, pero el sexo nada juega en este punto: la solución hubiese sido la misma si en vez de la esposa separada judicialmente el que compra es el marido separado judicialmente. Entiendo que debe salirse al paso de otra afirmación notarial de que existe una «presunción de veracidad» de las declaraciones hechas ante Notario. No es lo mismo el principio de que la fe notarial «cubre con veracidad el hecho» de la manifestación, que el que dicha manifestación, por el hecho de ser hecha ante Notario, sea verdadera. Siguiendo la tesis notarial, una impugnación por falsedad de lo manifestado ante Notario afectaría al propio Notario. Creo que hay alguna cosa más, como aquella en que dice que el Registrador «carece de potestad jurisdiccional». El desgraciado Decreto de 16 de septiembre de 1994 (desgraciado para mi punto de vista) incrusta la función calificadora dentro de los actos de «jurisdicción voluntaria». Discutir en este punto alargaría mucho estas notas, sobre todo cuando ya existe una conferencia y un artículo —que yo sepa— que abordan positivamente la cuestión.

Por último —aunque podrían levantarse más problemas—, quiero referirme a las palabras finales de la Resolución que comentamos, que dice: «... un cambio de doctrina pondría en cuestión la legalidad de múltiples asientos ya practicados». Con todo el respeto que me ofrece la Dirección General, esta afirmación resulta inadmisibile, no ya porque el poder vinculante de las resoluciones se refiere únicamente a cada caso concreto que se soluciona, sino porque las variaciones en la doctrina de la Dirección son notorias; y por último, no debe olvidarse que los asientos registrales están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producen todos sus efectos hasta que estos Tribunales declaren su inexactitud o falta de legalidad. Creo que la Dirección General debe aclarar esta peligrosísima afirmación, que puede sembrar de confusión a quien no esté en el «pleno conocimiento» de la legislación hipotecaria y de los principios que la sustentan.

NI EN LA COMPRA NI EN LA HIPOTECA POSTERIOR DE UNA FINCA URBANA, AUN Y A PESAR DE NO CONSTAR EN EL DOCUMENTO INSCRIBIBLE LA VECINDAD LEGAL, NO SE PRECISA ACREDITAR LA CONDICION DE SEPARADO JUDICIALMENTE POR CERTIFICACION DEL REGISTRO CIVIL POR SER APLICABLE AL CASO EL ARTICULO 159 DEL REGLAMENTO NOTARIAL Y LA RESOLUCION DE 20 DE FEBRERO DE 1985 CONFIRMA LA DOCTRINA DE LA RESOLUCION DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1994. (RESOLUCIÓN DE 5 DE JULIO DE 1995. BOE DE 18 DE AGOSTO DE 1995.)

Hechos.—I. El día 20 de enero de 1993, mediante escritura pública autorizada por don Tomás Giménez Duart, Notario de Barcelona, don Fernando Crespo Martínez y doña Concepción Soto González venden y transfieren a don Javier Cabañero Tobarra y a doña Lourdes Navarro Gómez, que compran y adquieren en pleno dominio y con todos sus derechos y accesiones, por mitad

y *pro indiviso*, una finca urbana propiedad de los vendedores por mitad en común y *pro indiviso*.

El mismo día, mediante escritura pública otorgada ante el mismo Notario, los compradores hipotecan en favor del Banco Bilbao Vizcaya la finca adquirida en garantía de un préstamo recibido de dicha entidad.

En ambas escrituras el señor Cabañero manifiesta ser soltero y la señora Navarro separada legalmente.

II Presentadas las dos escrituras antes citadas en el Registro de la Propiedad de Sabadell número 2, fueron calificadas con las siguientes notas: 1.ª Escritura de compraventa: «Presentado el precedente documento bajo el asiento y diario al principio expresado, retirado y vuelto a aportar, previa calificación registral comunicada al presentante, se extiende nota a petición del mismo, con indicación de las operaciones registrales practicadas. Primero: Practicada la inscripción de la compraventa de la mitad indivisa del dominio de la finca a favor de don Javier Cabañero Tobarra y suspendida la inscripción de la compraventa de la otra mitad indivisa a favor de doña Lourdes Navarro Gómez, y en su lugar se ha practicado anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable en los datos registrales que constan al margen de la descripción de la finca en esta escritura. Segundo: El motivo de la suspensión es no haberse acreditado la condición de separada judicialmente por alguno de los medios conforme al artículo 266.6 del Reglamento de la Ley del Registro Civil a pesar de lo fácilmente subsanable de este defecto. Se hace constar que en la escritura se indica para la compradora la circunstancia de “separada legalmente”, debiendo entenderse ello como “separada judicialmente”, ya que la Ley por sí no impone la separación, simplemente ofrece el marco jurídico para obtener la separación judicial. Esta calificación es conforme también con el Auto de 25 de noviembre de 1992 del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al recurso gubernativo 25/1992 y artículo 363 del citado Reglamento. En cuanto a la calificación por defecto subsanable, cabe recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en virtud de lo dispuesto en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario y disposición adicional séptima de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Con afección al pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Sabadell, 5 de abril de 1993. El Registrador, *Angel T. Nebot Aparici*». 2.ª Escritura de préstamo hipotecario: «Presentado el precedente documento bajo el asiento y diario al principio expresados, retirado y vuelto a aportar, previa calificación registral comunicada al presentante, se extiende esta nota a petición del mismo con indicación de las operaciones registrales practicadas. Primero: Practicada la inscripción de la hipoteca respecto de la mitad indivisa de la finca hipotecada perteneciente a don Javier Cabañero Tobarra y suspendida la inscripción de la hipoteca respecto de la otra mitad indivisa de dicha finca perteneciente a doña Lourdes Navarro Gómez, y en su lugar se ha practicado anotación preventiva de suspensión por defectos subsanables, en los datos registrales que constan al margen de la descripción de la finca en esta escritura. Segundo: Los motivos de la suspensión son que no aparece dicha mitad indivisa de finca hipotecada inscrita a favor de doña Lourdes Navarro Gómez, sino que simplemente aparece anotado preventivamente su derecho y no se ha acreditado la condición de separada judicialmente por alguno de los medios conforme al artículo 266 del Reglamento de la Ley del Registro Civil. Se hace constar que en la escritura se indica por la compradora la circunstancia de estar separada legalmente,

debiendo entenderse ello como separada judicialmente, ya que la Ley por sí no impone la separación, simplemente ofrece el marco jurídico para obtener la separación judicial. Esta calificación es conforme también con el Auto de 25 de noviembre de 1992 del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al recurso gubernativo 29/1992 y artículo 363 del Reglamento citado. En cuanto a la calificación por defecto subsanable, cabe recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en virtud de lo dispuesto en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario y disposición adicional séptima de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La inscripción se ha practicado sin perjuicio de su adecuación a la Ley 21/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario, y a su regulación por Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, con afección al pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Con exclusión, de conformidad con el presentante, de la referencia a la no inscripción de la escritura que resulta del apartado *a)* de la cláusula segunda; de los apartados *b)*, *c)* y *d)* de la cláusula segunda; de la cláusula tercera; del apartado *d)* de la cláusula séptima; de la cláusula décima, del primer párrafo de la cláusula undécima, de los apartados "imputación de pagos", "compensación" y "segundas copias" de la cláusula duodécima; de las cláusulas decimotercera y decimocuarta; de la "cláusula fiscal y de la cláusula adicional segunda". Se hace constar que las cargas consignadas en el presente documento difieren de las que resultan del Registro. Sabadell, 5 de abril de 1991.—El Registrador, *Angel T. Nebot Aparici*».

Posteriormente se aportó un documento complementario subsanatorio y las anotaciones preventivas por defectos subsanables, practicadas en principio, se convirtieron en inscripción definitiva de los defectos.

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo a efectos exclusivamente doctrinales contra la anterior calificación, y agregó. «1.º Que no existe razón jurídica alguna para la que el acto del matrimonio o el hecho de la defunción del cónyuge no deba acreditarse y, en cambio, sí la separación judicial o el divorcio 2.º Que en la discriminación que el señor Registrador establece no puede haber razones de seguridad jurídica porque el mismo riesgo hay respecto al comprador casado que manifiesta en la escritura ser soltero que respecto del que dice estar separado legalmente, o sea, judicialmente 3.º Que es tan débil el argumento recogido en la nota que se desdice por sí mismo y demuestra que en la denegación subyace el mero capricho. 4.º Que parece un intento de instrumentalización el hecho de denegar la inscripción por el motivo aducido y pretender inducir a error al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, advirtiéndole en la nota de calificación la existencia de la Resolución de 20 de febrero de 1985 y el contenido actual del artículo 51.9 del Reglamento Hipotecario, modificado por Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre. 5.º Que la citada Resolución de 20 de febrero de 1985 se ocupó de un supuesto idéntico al que se estudia en este recurso, si bien relativo a un caso de divorcio, y la Dirección General resolvió revocar la nota. 6.º Que de la redacción del artículo 51, regla 9.ª, del Reglamento Hipotecario se deduce que no hay de *lege data* por qué exigir justificación en unos casos y no en los otros. 7.º Que el Registrador cita el Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de noviembre de 1992, auto que se considera erróneo, por lo que se solicita, en base a lo alegado, la rectificación del criterio en él mantenido 8.º Que ninguna subsanación es fácil para el Notario tras la autorización de la escritura, y menos

aquellas que consisten en la aportación de documentos complementarios en poder de una parte, quizá ausente, quizá negligente o quizá de mala fe».

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: «A) Que se aconseja la lectura meditada de los artículos 266.6 y 364 del Reglamento de la Ley del Registro Civil y se observará que la afirmación solemne del interesado basta para acreditar el estado de soltero, viudo o divorciado (no se incluye el de separado), y que el expediente de posesión de estado se admite expresamente para los casos de soltero, viudo o divorciado, no incluyéndose el de separado. B) Que la frase “lo fácilmente subsanable de este defecto” es literal de un auto de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictado en un recurso gubernativo igual al presente; y en cuanto a la instrumentalización, se tiene muy presente el principio *iura novit curia*, por lo que ahora ni nunca se trata de ocultar ni los hechos ni las disposiciones legales o jurisprudenciales aplicables al caso, y lo que no se alega es porque no se ha creído procedente en el momento de la calificación o porque lo ignorase. C) Que no se trata de un supuesto idéntico al que es objeto de este recurso en la Resolución de 20 de febrero de 1995, pues en aquel caso se trataba de un divorciado y en éste se trata de una separada. D) Que el artículo 51, regla 9.ª, del Reglamento Hipotecario exige que se exprese en la inscripción si el sujeto es separado, pero no indica el modo de aseverar tal circunstancia ante el Notario. Para ello hay que acudir a los preceptos citados del Reglamento de la Ley del Registro Civil y a la jurisprudencia interpretativa. Existen dos supuestos idénticos, resueltos en sendos recursos gubernativos por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Auto de 25 de noviembre de 1992 y otro de 1993. E) Que la fe del Notario no garantiza la circunstancia de estado, que la consignará por lo que resulta de la declaración del propio interesado. En cuanto a la circunstancia de separado, el Notario tiene que acudir como hecho modificativo del régimen económico matrimonial al Reglamento del Registro Civil, en cuyo artículo 266.6 preceptúa que se acreditará por certificado de dicho Registro o con el libro de familia. F) Que es de lamentar la impropiedad de la expresión jurídica “separado legalmente”. Tan separado legalmente lo es el caso en que sólo hay una separación de hecho amistosa, siendo las consecuencias jurídicas muy diferentes».

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la nota del Registrador fundándose en la trascendencia que tiene la separación judicial en relación al régimen económico matrimonial y en la combinación del artículo 266, párrafo sexto, del Reglamento del Registro Civil, que exige la acreditación oportuna, y del artículo 363 del mismo Reglamento, que no incluye la mención de separación para justificar esta condición por simple declaración del interesado, a diferencia de los solteros, viudos o divorciados.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: «1.º Que el auto es incongruente, que admite que el divorcio se acredite por la mera manifestación y en cambio no la separación. 2.º Que si el artículo 159 del Reglamento Notarial no alude a la separación judicial se debe a que su redacción es la originariamente dada por el Decreto de 2 de junio de 1944, época en que la distinción entre separación legal y divorcio no estaba suficientemente perfilada al no existir este último en nuestras leyes; pero es evidente que el mismo trato hay que dar a todos los estados o subestados».

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 89, 95, 102-104, 1.333 y 1.436 del Código Civil; 18, 21 y 22 de la Ley Hipotecaria; 51, 75 y 90-96 del Regla-

mento Hipotecario; 25 de la Ley del Registro Civil; 266, 363 y 364 del Reglamento del Registro Civil; 158, 159, 161 y 187 del Reglamento Notarial, y las Resoluciones de este Centro directivo de 20 de febrero de 1985 y de 16 de noviembre de 1994

Primero. El Registrador suspende la inscripción de la compra de la mitad indivisa del dominio de una vivienda que hace una mujer en escritura autorizada en Cataluña sin mencionar la vecindad civil, y en la que declara estar «separada legalmente», por no haberse acreditado la condición de «separada judicialmente» por alguno de los medios, conforme al artículo 266.6 del Reglamento de la Ley del Registro Civil.

Segundo. La cuestión planteada es similar a la decidida en la Resolución de 16 de noviembre de 1944, y como en esta ocasión debe adoptarse la misma solución y entender que, conforme a los artículos 159 y 187.III del Reglamento Notarial, no es necesario acreditar por certificación del Registro Civil la condición de «separado judicialmente». Nótese que la expresión «divorciado» contenida en el artículo 159 del Reglamento Notarial se refería preferentemente al único divorcio que al tiempo de su promulgación permitía nuestra legislación civil, al divorcio que no rompía el vínculo matrimonial y que hoy equivale a la separación judicial. En coordinación con esta doctrina, el artículo 51.9.º del Reglamento Hipotecario sólo exige hacer constar el régimen económico matrimonial y el nombre, apellidos y domicilio del cónyuge si la persona a cuyo favor ha de practicarse la inscripción es casada, pero no si es viudo, separado o divorciado.

Tercero. No es razón para exigir otra solución lo dispuesto hoy en el artículo 266.6 del Reglamento del Registro Civil. Ciertamente, el precepto, contra lo que parece creer el Notario recurrente, se refiere, entre otros casos, a las inscripciones que en el Registro de la Propiedad «produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico», y exige entonces expresar en el asiento «el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho», datos éstos que sólo pueden hacerse constar presentando la correspondiente prueba documental. Entre los hechos que afectan al régimen económico a que se refiere el citado precepto no está la compra de un bien, porque ni este hecho se refleja en el Registro Civil ni por sí afecta al régimen o Estatuto a que están sujetas las relaciones económicas conyugales. Tampoco cabe duda de que entre los hechos que afectan al régimen económico del matrimonio y que son inscribibles en el Registro de la Propiedad está la separación judicial de los cónyuges (cfr. arts. 102, 1.333 y 1.436 CC y DA 9.º de la Ley 30/1981, de 7 de julio). Pero la exigencia del Reglamento del Registro Civil se refiere sólo a los supuestos en que sean las mismas capitulaciones o el mismo hecho que afecte al régimen del matrimonio el que haya de reflejarse en el Registro de la Propiedad por afectar el cambio de régimen económico a la titularidad o régimen de un derecho inscrito o inscribible que, según el título adquisitivo, hubiera sido adquirido antes de la separación judicial (cfr. arts. 102, 1.333 y 1.436 CC, 2.º LH, y 75 y 90-96 RH).

Cuarto. Por lo demás, debe señalarse la intrascendencia del empleo de la expresión «separada legalmente» en lugar de la de «separada judicialmente», toda vez que ambas tienen idéntico e inequívoco significado en cuanto que hacen referencia a la situación de separación conyugal decretada por sentencia firme y con el alcance prevenido en los artículos 83 y concordantes del Código Civil; es más, el propio legislador, refiriéndose a dicha situación, también utiliza la expresión «separación legal» (cfr. arts. 181, 182, 184, etc., CC).

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador

Comentarios críticos.—El supuesto de hecho que resuelve la Resolución que comentamos se acerca, en parte, al de la Resolución de 16 de noviembre de 1994, pero se aleja del mismo en cuanto que la adquisición de uno de los compradores se hace bajo la alegación de una situación de «separación legal» («separado legalmente») y no de «separación judicial». De otra parte, la situación registral ampara el caso a través de una anotación preventiva de suspensión y, por último, el recurso tiene una finalidad más constructiva que el que se plantea en la Resolución antes citada, pues se hace a efectos «doctrinales». Esta última finalidad quizá sea el motivo por el que la Dirección General haya suprimido de sus argumentos esas dos afirmaciones que dejaban perplejo al lector y confundido al no conocedor pleno del juego de principios hipotecarios. Me refiero a esas dos frases que decían: «si se impusieran las soluciones que exige la seguridad jurídica quedaría turbado el dinamismo del tráfico», y «un cambio de doctrina pondría en cuestión la legalidad de múltiples asientos ya practicados». Lo que no me explico es que si se tiene la prudencia de no reproducir esas herejías jurídicas no se afronta con valentía una solución diferente a la de la Resolución citada cuando el tema ya no precisa cubrir la actuación notarial, sino plantear con trascendencia «doctrinal» un problema dudoso.

El supuesto de hecho es el de dos cónyuges que venden una finca urbana por mitad y *pro indiviso* a dos personas que manifiestan ser una «soltero» y otra «separada legalmente». Posteriormente estas dos últimas personas constituyen hipoteca el mismo día sobre la finca así adquirida. Ambas escrituras son presentadas para su calificación registral. El Registrador suspende la inscripción de la parte indivisa de la adquirente separada y la consiguiente hipoteca que sobre la misma se constituye y toma sendas anotaciones preventivas por defecto subsanable. Prescindiendo aquí de las posibles relaciones de los compradores, se hace preciso saber si las razones que da la Dirección General pueden ser consideradas suficientes para inclinar la balanza doctrinal a favor de la tesis mantenida por el Notario recurrente. Vamos a sintetizar los puntos que ofrecen comentarios.

A) La primera razón que alega la Dirección General es que debe seguirse la doctrina que emana de la Resolución de 16 de noviembre de 1994 y aplicar la doctrina de los artículos 159 y 187.3 del Reglamento Notarial, ya que la expresión «divorciado» que utilizan se equipara a la de separado en la fecha en que el Reglamento Notarial tuvo vigencia. Ello elimina para lo sucesivo —como hemos apuntado en el comentario a la Resolución que se cita la situación de «divorciado», que sólo debe tener —a juicio del intérprete— los efectos de la separación anterior a 1981, fecha en que se distancian «separación judicial» y «divorcio».

Esta argumentación se refuerza con la cita del artículo 51.9 del Reglamento Hipotecario, que sólo exige hacer constar el régimen económico y el nombre del otro cónyuge si la «persona a cuyo favor ha de practicarse la inscripción es casada», pero no si es viudo, separado o divorciado. Con ello se vuelve a replantear el tema de si el «separado judicialmente por sentencia firme» es casado o no es casado. Y de la regulación dada al Código por la Ley de 1981 resulta que el separado es «casado», y así se diferencia del viudo y del divorciado, salvo que la situación de divorciado la entendamos referida al año 1994 en que se aprueba el artículo 159 del Reglamento Notarial.

B) Esa interpretación que la Dirección da al contenido del artículo 266.4 del Reglamento del Registro Civil de que se refiere a una adquisición hecha «antes de la separación judicial», se contradice en sí misma considerada, pues si es anterior a la separación debe inscribirse conforme al régimen económico existente entonces, a no ser que por el «hecho» de la separación judicial se haya provocado un cambio en el mismo, cosa que apunta el artículo 95 del Código Civil y que la Dirección se cuida muy mucho de citar al referirse a los artículos 102, 1.333 y 1.436 del Código Civil, que poco se refieren al supuesto discutido.

Esta última afirmación no creo necesaria argumentarla, pues el artículo 102 se refiere a las «demandas» que soliciten las situaciones de nulidad, separación o divorcio que son inscribibles en el Registro Civil y en el de la Propiedad a instancia de parte. El artículo 1.333 del Código Civil reafirma la necesidad de inscribir las resoluciones que alteren el régimen económico matrimonial en el Registro de la Propiedad, y el 1.436 del Código Civil confirma la necesidad de esas inscripciones utilizando la palabra «deberán». La cita de estos artículos es contradictoria con la posición que se adopta.

D) Aunque la Dirección General diga que la expresión «separada legalmente» que se hace constar en la escritura tiene idéntico e inequívoco significado con la expresión «separada judicialmente», es preciso discrepar. Entiendo que una cosa es la separación que «la Ley impone» y otra la separación que se «decreta judicialmente ajustándose a lo que la Ley dispone». El Derecho exige precisiones aun y a pesar de la riqueza del idioma español.

Dicho todo lo anterior creo que quedan suficientemente comentados —complementariamente a los hechos para la Resolución de 16 de noviembre de 1994— los puntos fundamentales que en esta Resolución se abordan. Quedan, eso sí, para mi humilde entender, un conjunto de problemas que podríamos denominar complementarios, como pueden ser las anotaciones preventivas por suspensión que practica el Registrador y que es de suponer se solicitan expresamente por los interesados; igualmente la referencia a la Resolución de 20 de febrero de 1985 que el Notario dice que se incluye en la nota calificadora y no la encuentro; y sí, sin embargo, la cita del Auto de 29 de noviembre de 1992 del Presidente del Tribunal de Justicia de Cataluña, de la que se hace, sin embargo, caso omiso. También creo criticable la frase notarial que en el apartado tres de sus alegaciones afirma que el argumento utilizado por el Registrador «*subyace el mero capricho*», lo cual pudiera tolerarse si hacemos prevalecer el sentido humorístico de la forma de decirlo, pero en el fondo ofrece una acusación registral sobre el incumplimiento del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, y los preceptos concordantes que estructuran el principio de calificación. Lo mismo es recusable la afirmación notarial de que «ninguna subsanación es fácil para el Notario después de autorizada la escritura». Eso es lo mismo que afirmar que por las dificultades que ofrece la interpretación de una norma aquélla no es necesaria.

Al hilo de la doctrina, que pretende ser correcta y muy en la línea de la *seguridad jurídica*, se me ocurre que va siendo hora de revisar ese artículo 159 del Reglamento Notarial que, a mi entender, se ha quedado desfasado frente a los criterios y conceptos que hoy se manejan por el Código Civil a partir de su redacción de 1981 por el Reglamento Hipotecario y por la legislación del Registro Civil, que están contemplando situaciones que afectan al régimen económico conyugal y que tratan de evitar posibles impugnaciones de inscrip-

ciones hechas bajo la fe notarial del hecho de unas manifestaciones. Es preciso no confundir —como dice el Registrador— el hecho que cubre la manifestación del compareciente y la verdad que ese hecho puede encerrar. En la Resolución de 16 de noviembre de 1994 el Notario recurrente confunde el alcance de su principal función, dar fe de la exactitud de los hechos que ve, oye o percibe con sus sentidos (art. 1 del vigente RN). Se hace auténticamente penoso tener que recordar estas precisiones que con tanto cariño, profundidad y extensión explicaron hace mucho tiempo ilustres juristas enmarcados en el campo notarial.

JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

POR ELENA MUGICA ALCORTA

PROPIEDAD HORIZONTAL· URBANIZACION CONTRIBUCION A LOS GASTOS COMUNES (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1995)

Hechos.—Los estatutos de la Comunidad de propietarios de una urbanización contenían cláusulas contradictorias. por un lado, distribuían los gastos en función de metro cuadrado poseído, y por otro, relevaban de pago a quien no hubiera edificado.

Doctrina de la Sentencia —Considera contraria a la equidad la cláusula de exclusión y hace una interpretación sistemática de los estatutos, concluyendo que debe primar el reparto de los gastos entre todos los implicados.

ACCION DE DESLINDE. DIFERENCIAS CON LA ACCION REIVINDICATORIA. NO ES PRECISO DEMANDAR AL COLINDANTE POR LINDERO CIERTO. (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1995.)

La acción de deslinde supone ciertas afinidades con la acción reivindicatoria, pero son evidentes sus diferencias, ya que mientras en una prevalece la finalidad puramente individualizadora del predio, fijándose sus linderos y persiguiéndose la concreción de unos derechos dominicales ya existentes sobre una zona de terreno incierto, la otra representa la protección más amplia posible del derecho dominical sobre la cosa, pretendiendo la recuperación de su posesión en quien indebidamente la detente.

La exigencia del artículo 384 CC de que se citen los dueños de los predios colindantes sólo cabe en torno al lindero que, en su caso, sea objeto de la discusión, sin que tengan que traerse al proceso a todos aquellos dueños sobre los que no existan contienda al respecto

PROPIEDAD HORIZONTAL: APROPIACION DE UN PROPIETARIO DE ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1995.)

Hechos.—La Comunidad de propietarios ejercita acción contra el propietario de un local construido en lo que era parte del portal y elemento común para que lo reponga a su estado primitivo.

Doctrina de la Sentencia.—Se trata de una acción real dimanante del dominio o mejor derecho a la posesión, de manera que sólo aparecen como elementos subjetivos de la pretensión ejercitada la Comunidad titular de los elementos comunes del edificio y el ocupante de la superficie que debe ser reintegrada a aquélla como indiscutible elemento común del inmueble, no siendo necesario demandar además al anterior propietario del local originador de tal situación de hecho

PROPIEDAD HORIZONTAL: CUALQUIER CONDOMINO PUEDE EJERCITAR ACCIONES DE DEFENSA DE LA COMUNIDAD. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1995.)

Reitera la doctrina expresiva de que cualquier condómino está legitimado para ejercitar acciones en defensa del interés que le corresponde sobre los elementos comunes; no se da falta de legitimación cuando, aunque no se haya hecho constar en la demanda de una manera expresa que se actúa en nombre de la Comunidad y en interés de la misma, se plantea una pretensión que, de prosperar, ha de redundar en provecho de la Comunidad.

PREARIO: CONCEPTO. JUICIO DE DESAHUCIO: AMBITO DE LA OPOSICION. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1995.)

El precario se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el cualificado que ostente el actor, entre los que se encuentran los que sirven de soporte a un mero derecho personal cuya finalidad sea la de poseer la cosa para disfrutarla o para usarla, legitimando por tanto al arrendatario frente al poseedor sin título.

En el juicio sumario de desahucio el ámbito discursivo se reduce al examen del título invocado por el actor, la identificación del objeto sobre el que recae y el estudio de la situación del demandado como poseedor material sin título, o cuando el invocado sea ineficaz y sin pagar merced. Cuando el tema de oposición planteado por el demandado es complejo, es forzoso acudir al procedimiento ordinario.

PROPIEDAD HORIZONTAL: DE HECHO. DESAFECTACION DE ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1995.)

Hechos.—Excavación del subsuelo por el propietario de un local.

Doctrina de la Sentencia.—La situación se encuadra dentro de las que tanto la doctrina científica como la jurisprudencial califican de **propiedades horizontales de hecho**, dada la inexistencia de título constitutivo, por lo que

resulta de aplicación el artículo 396 CC, en relación con los 7.3, 11 y 16, regla 1ª, LPH. La desafectación de un elemento común, como es el subsuelo, para su conversión en elemento privativo, requiere el consentimiento de todos los miembros integrantes del régimen de propiedad horizontal.

ADQUISICION DEL DOMINIO: TITULO Y MODO. TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITO DE TITULO ANTERIOR AL EMBARGO. ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: EL TITULAR NO TIENE LA CONDICION DE TERCERO HIPOTECARIO. LEGITIMACION REGISTRAL: LA PRESUNCION DE EXACTITUD DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO PUEDE DESVIRTUARSE MEDIANTE PRUEBA EN CONTRARIO. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1995.)

Los artículos 609 y 1.095 CC exigen el título y el modo para que se opere la transmisión.

El tercerista tiene que probar la existencia del dominio a su favor a la fecha del embargo que se quiere levantar, sin que sea suficiente que lo demuestre a favor de quien dice haberle transmitido ni bastando el documento privado que por sí solo no acredita la efectiva transmisión patrimonial.

El acreedor embargante no goza de la protección del artículo 34 LH porque nada adquiere del titular registral al no modificar el embargo la naturaleza de su derecho convirtiéndolo en real.

La presunción de exactitud del artículo 38 LH es *uris tantum* y admite prueba en contrario.

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: CUANDO ES UNA ACCION CONTRADICTORIA DEL DOMINIO DE BIENES INMUEBLES INSCRITOS Y CUANDO UNA MERA CONTINUACION DEL TRACTO REGISTRAL. (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1995.)

La acción declarativa de dominio, cuando ha de inscribirse el dominio de una finca en favor del demandante, es contradictoria del derecho inscrito y ha de aplicarse el artículo 38, párrafo 2.º, LH. Pero cuando se limita a la inscripción del derecho de edificación, el supuesto sería una mera continuación del tracto registral, que haría innecesario el cumplimiento del párrafo 2.º del artículo 38 LH.

Comentario.—Los autores han perfilado el concepto de **acción contradictoria**, ya buscando una formulación general, ya tratando de establecer una clasificación. IRURZUN distinguió entre lo *contradictorio* y lo que es *contrario* a lo publicado en el Registro; lo decisivo en lo primero es que haya de cancelarse una inscripción debido a un vicio intrínseco del título inscrito o a una causa que originariamente lo afecte. Roca consideró presupuesto de aplicación del artículo 38, párrafo 2.º, LH toda acción que contradiga la existencia del derecho registrado debido a la falta de consistencia propia del título inscrito, siempre que su éxito debiera entrañar regularmente la **cancelación** de la inscripción correspondiente, pero no una posible **nueva inscripción** más o menos apoyada en el derecho anteriormente registrado. Para LACRUZ y SANCHO es contradictoria toda acción ejercitada contra el titular inscrito sobre la base de una situación real que no deriva de la que declara la inscripción, ni es com-

patible con ella; ha de tratarse, pues, de procesos cuyo reflejo registral sea la cancelación de la inscripción del derecho en litigio, no de aquellos en que se opera sobre la base de la inscripción vigente, sin que se produzca otra nueva. GARCÍA GARCÍA niega el carácter de contradictorias a las **acciones que pretenden obtener una nueva inscripción cumpliendo el tracto sucesivo** y señala como ejemplos los siguientes: acción de condena al incumplimiento de un contrato; acción de retracto, accesión; acción que, basándose en la última inscripción, pretende obtener una nueva.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo considera contradictorias las acciones de cuyo éxito haya de derivar un derecho inconciliable con el contenido de la inscripción supuestamente contradicha o cuando la acción persigue la nulidad de un título que haya causado inscripción registral (Sentencias de 25 de abril de 1949, 22 de septiembre de 1965, 3 de octubre de 1979). Tratándose de acciones que traen causa de una adquisición por accesión, la Sentencia de 12 de mayo de 1930, para el supuesto de edificación en suelo ajeno, afirma que no se trata de contrariar derecho real inscrito a nombre del demandado, sino partiendo del dominio que le pertenece en la obra realizada en terreno del actor, adquirir aquél como la Ley dispone. Y ahora la Sentencia de 6 de febrero de 1995 dice que el supuesto de edificación en suelo propio sería una mera continuación del tracto registral.

Sin embargo, en la actualidad ha perdido importancia la delimitación del ámbito de aplicación del artículo 38, párrafo 2.º, LH, por cuanto se ha consolidado la que el Tribunal Supremo denomina **tesis flexibilizadora del tráfico jurídico** y que veremos *infra* al comentar la Sentencia de 27 de febrero de 1995.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: ESTA SOMETIDO A LA DISCIPLINA DE LA CONSTANCIA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. REQUERIMIENTO DEL TERCER POSEEDOR: INNECESARIO SI NO ACREDITO LA PROPIEDAD DEL INMUEBLE. TERCERO HIPOTECARIO: LO ES EL CESIONARIO DEL REMATE EN PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO. (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1995.)

Hechos.—Los directivos de un club de fútbol adquirieron en escritura pública unos locales, subrogándose en los préstamos hipotecarios existentes sobre los mismos a favor de una Caja de ahorros (y obligándose en documento aparte a otorgar escritura de venta a favor del club, una vez que fuesen aquéllos reintegrados de sus créditos). Con posterioridad, la Caja de ahorros concedió un préstamo hipotecario a aquellos directivos, que no pudo sin embargo registrarse por faltar la inscripción del título anterior.

Finalmente, la Caja de ahorros instó procedimiento judicial sumario contra el titular registral, sin notificación a los directivos, procedimiento que culminó con la cesión del remate a favor de los cesionarios, quienes inscriben su dominio.

Doctrina de la Sentencia.—El proceso de ejecución hipotecaria ha de dirimirse a través de la disciplina estricta y exclusiva de la constancia en el Registro de la Propiedad.

El artículo 131, regla 3.ª, número 3.º, LH prescribe que acreditarán los actores haberse requerido de pago —entre otros— al poseedor de las fincas, en el caso de que éste hubiera acreditado al acreedor la adquisición del inmueble, mas en

el supuesto de autos no se ha acreditado la propiedad de la finca, al no estar inscrito en el Registro de la Propiedad dicho dominio, sin que pueda admitirse la alegación de que la Caja tenía conocimiento de la propiedad del tercer poseedor porque concedió un préstamo hipotecario que no se pudo inscribir.

Los cesionarios en subasta judicial son terceros hipotecarios de buena fe, amparados en el artículo 34 LH, por lo que quedarían indemnes de cualquier ataque o condena dirigido contra su causante o proceso judicial adquisitivo.

Comentario.—Distinta fue la solución en las SSTC de 14 de julio de 1988 y TS de 18 de mayo de 1993, las cuales consideran terceros poseedores que debieron haber sido requeridos de pago al adquirente en documento privado que venía abonando mensualmente las cuotas del préstamo y a la propietaria de la vivienda que dos años antes de la iniciación de la ejecución demandó en otro juicio al Banco.

A diferencia del cesionario el remate, el adjudicatario no es considerado tercero hipotecario, porque es parte en el procedimiento, aunque desconozca los efectos del mismo (STS de 7 de diciembre de 1987).

PROPIEDAD HORIZONTAL. COMPUTO DE MAYORIAS PARA ADOPCION DE ACUERDOS. (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1995.)

Para la obtención de las mayorías exigidas legalmente como *quorum* necesario en orden a la validez de los acuerdos de la Junta de Propietarios, cada propietario dispone de un solo voto, no de tantos como apartamentos, pisos o locales tenga en el mismo inmueble.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1995.)

Hechos.—El propietario de un café, para ampliar sus instalaciones, abre huecos en el muro medianero que separa el edificio del contiguo.

Doctrina de la Sentencia.—La autorización de la obras no corresponde por sí solo al Presidente de la Comunidad, ya que al tratarse de obras que entrañaban alteración de los elementos comunes del edificio, de tan grave trascendencia, además, como la de comunicar interiormente dicho edificio con otro perteneciente a dicha comunidad, requería el consentimiento unánime de todos los propietarios, adoptado en la Junta convocada al efecto (arts. 11 y 16, regla 1.ª, LPH).

LEGITIMACION REGISTRAL: LA PRESUNCION DE EXACTITUD REGISTRAL PUEDE DESVIRTUARSE MEDIANTE PRUEBA EN CONTRARIO. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1995)

PRUEBA: CABE ACUDIR A DATOS DE HECHO DE LAS INSCRIPCIONES. PARCELACION Y URBANIZACION DE FINCAS RUSTICAS: CESION DE VIALES. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1995.)

No existe ninguna norma que prohíba acudir a efectos probatorios a los **datos de hecho obrantes en inscripciones registrales**. El artículo 34 LH en

modo alguno limita la tarea de valorar las pruebas aportadas a un proceso, en el sentido de que sólo deban tomarse en consideración los datos jurídicos y no los físicos de las inscripciones. La función del susodicho precepto nada tiene que ver con las pruebas judiciales, sino con la protección a la apariencia jurídica.

Cita la Sentencia de 13 de marzo de 1989: la **parcelación de finca rústica** requiere la cesión implícita al conjunto de los propietarios de las parcelas de los servicios e instalaciones comunes y sobre todo de los viales en régimen de copropiedad proporcional, ya que de otra suerte se vería frustrada la finalidad para la que se efectuó la parcelación y su urbanización y habría que hacer uso de la prevención contenida en el artículo 564 CC en la mayor parte de las parcelas, lo que dificultaría la posible venta a terceros. En tal caso, la reivindicación de las calles sólo puede hacerse por los titulares exclusivos de las mismas o por la Comunidad de propietarios de las fincas resultantes de la parcelación o sus sucesores.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1995.)

Hechos.—Hueco abierto en pared comunitaria.

Doctrina de la Sentencia.—Siendo la obra en pared comunitaria de ineludible consenso unánime en dicha Comunidad, debió demandarse a la Comunidad de propietarios y al no hacerlo se produce en ella indefensión.

ADQUISICION DE DOMINIO: TITULO Y MODO. TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITO DE TITULO ANTERIOR AL EMBARGO. (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1995.)

En el Código Civil español, inspirado en el sistema romano, la propiedad no se transmite por la mera perfección del contrato si no es seguridad de la tradición (art. 609 y 1.095 CC).

Para que la tercería de dominio prospere no sólo ha de esgrimirse un título dominical válido, sino que su adquisición sea cronológicamente anterior a la fecha del embargo.

EMBARGO: DE VIVIENDA FAMILIAR. TERCERIA DE DOMINIO: FINALIDAD. (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1995.)

Hechos.—Embargo sobre vivienda familiar, perteneciente en condominio ordinario y por mitades indivisas a los esposos, que la adquirieron en estado de solteros

Doctrina de la Sentencia.—La vivienda habitual (o una parte indivisa de la misma) es legalmente embargable por deudas de uno de los cónyuges, siempre que la demanda correspondiente o el embargo se notifiquen al otro cónyuge (art. 144.5 RH).

La finalidad institucional y única del proceso de tercería de dominio es la de liberar de un embargo bienes que han sido indebidamente trabados, por pertenecer los mismos, no al ejecutado, sino a un tercero extraño a la deuda

reclamada en el correspondiente juicio ejecutivo, con titularidad dominical adquirida con anterioridad a la traba del embargo.

ACCIONES PROTECTORAS DEL DOMINIO: REQUISITO DEL DOMINIO DEL ACTOR.—ADQUISICION DEL DOMINIO. TITULO Y MODO. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1995.)

Es requisito ineludible para el éxito de la acción declarativa del dominio que el actor pruebe el título de dominio en que se apoya su pretensión. El término técnico *título de dominio* no equivale a documentos preconstituidos, sino a la justificación documental. Cuando se trata de una adquisición derivativa del dominio nuestro Derecho positivo sigue el sistema fundado en la teoría del título y modo (art. 609 CC), de tal forma que, faltando uno de estos requisitos, faltará la prueba del dominio. En el supuesto litigioso, falta el modo, es decir, la entrega o *traditio* de la cosa, ya que ni se ha producido la entrega real de la posesión ni la *traditio ficta* de alguna de las formas establecidas en los artículos 1.462 a 1.464 CC. El *ius ad rem* no pasa de ser un derecho personal a la entrega de la cosa, que todavía no se ha producido. El título obligatorio únicamente sin *traditio* o entrega, no puede ser protegido por la tercería de dominio, ya que ésta sigue teniendo como titular al vendedor que no ha realizado aquella entrega, doctrina de total aplicación a las demás acciones protectoras del dominio, como son la reivindicatoria y la declarativa.

TERCER POSEEDOR EN EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE APREMIO (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1995.)

Hechos.—Expediente administrativo de apremio promovido por impago de la contribución territorial rústica y seguido única y exclusivamente contra el deudor tributario, cuando ya había dejado de ser titular registral.

Doctrina de la Sentencia.—Para que la correspondiente responsabilidad, por derivación de la acción tributaria, pudiera afectar al tercer poseedor, adquirente del bien afecto por Ley a la deuda tributaria, era requisito legalmente inexcusable la existencia de acto administrativo de derivación notificada reglamentariamente a dicho adquirente

TERCERO HIPOTECARIO: CONCEPTO Y REQUISITOS. (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1995.)

No es tercero hipotecario una entidad mercantil que adquiere de otra sociedad, cuando entre ambas existe identidad económica, vestida con el ropaje de dos personas jurídicas. Tampoco lo es el adquirente (Fondo de Garantía) que no ha inscrito ningún bien a su nombre en el Registro, aunque fuese titular de las acciones de otra entidad (Banco en situación de crisis financiera): no se puede confundir la titularidad del capital social con la titularidad registral de los bienes.

Comentario.—En el mismo sentido, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, en el Tomo II de su *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, niega la condición de terceros a los que aún manteniendo una diferenciación de carácter formal con

la parte, manifiestan una titularidad real con ella; esto se produce fundamentalmente —añade el autor— en aquellos supuestos de constitución de sociedades con la finalidad de crear un sustrato jurídico formal y una apariencia de diferenciación.

TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITOS.—ADQUISICION DEL DOMINIO. EN COMPRAVENTA CON PACTO DE RESERVA DE DOMINIO.—ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: EL TITULAR NO TIENE LA CONDICION DE TERCERO HIPOTECARIO. (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1995)

La **tercería de dominio** sólo exige la debida justificación documental con independencia de que la adquisición se haya realizado por documento privado o público y haya causado o no inscripción registral

Se reitera la doctrina jurisprudencial de plena validez de las cláusulas de **venta con reserva de dominio**, que no afectan a la perfección del contrato, que tiene lugar plena y vinculante, si bien su conclusión definitiva se produce cuando el precio resulta totalmente desembolsado, pero sin que ello suponga ataque a la transmisión operada, que priva sólo de la libre disposición del bien comprado bajo condición suspensiva, pero no dificulta a ejercitar los derechos y obligaciones derivadas del negocio de compraventa en razón de su precisa conservación. Así pues, el comprador tiene consideración de tercerista y la legitimación necesaria para postular el levantamiento del embargo.

La titularidad del embargo no atribuye la condición de tercero a los efectos del artículo 34 LH.

COMUNIDAD DE BIENES: «ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO» SOBRE BIENES DONADOS COLACIONABLES Y ESTANDO LA HERENCIA INDIVISA. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1995)

Al no seguirse el procedimiento de testamentaría no puede mantenerse en la indivisión de forma obligatoria, pudiendo el comunero ejercitar la *actio communi dividundo* respecto de un bien, sin perjuicio de que cualquiera de los otros ejercite en el momento oportuno el procedimiento de división hereditaria, momento en el que entrará en juego la colación.

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO. PREFERENCIA SOBRE LOS ACTOS DISPOSITIVOS POSTERIORES.—EMBARGO SOBRE DERECHO HEREDITARIO. (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1995.)

Refunde la abundante jurisprudencia sobre la naturaleza del *embargo* y de la *anotación preventiva de embargo*.

Primero. La anotación preventiva de embargo no es obligada o necesaria, pese a los términos literales de los artículos 1.453 LEC y 43.2 LH, lo que permitiría pasar a realización forzosa de la finca o derecho aún sin aquel asiento.

Segundo. La anotación preventiva de embargo sólo otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos

con posterioridad a la fecha de la propia anotación, y no en cuanto a los actos de disposición, ni tampoco sobre los créditos anteriores con carácter preferente al del embargo anotado, anotación que no altera la situación jurídica existente.

Tercero. El embargo de un bien, como medida cautelar que asegura que la sentencia que en su día recaiga se ejecutará sobre los bienes embargados con la misma eficacia que si hubiere recaído sentencia el mismo día del embargo, no altera en absoluto la naturaleza del crédito para cuya efectividad se practicó y no produce preferencia alguna sobre derechos nacidos con anterioridad sobre las cosas embargadas; produce absoluta prioridad de la obligación asegurada sobre todos los derechos reales que se constituyan sobre la cosa embargada con posterioridad al embargo.

Distingue la siguiente **casuística**:

a) *Regla inter-partes* (En la pugna tercerista *versus* embargante): Prevalecerá quien ostente la preferencia cronológica. Adquisición anterior vence a embargo posterior y a la inversa. Y ello con independencia de que ambos derechos estén inscritos o anotados, como consecuencia de que en nuestro Derecho positivo ni la inscripción es constitutiva ni la anotación preventiva de embargo preceptiva.

b) *Regla de terceros o afectante «erga omnes»*: La prioridad provendrá de la fecha de constatación en el Registro de ambos derechos, el primero que acceda se sobrepone al segundo.

El embargo sobre la parte que al ejecutado pudiera corresponder en la herencia de sus padres es un embargo genérico sobre derechos futuros, derechos hereditarios expectantes aún no adjudicados ni por ello concretados, por lo que cuando realmente se produce el embargo es en posterior providencia, previa partición/adjudicación por la que se incorporan bienes o derechos concretos y determinados al patrimonio del deudor (arts. 1.442, 1.447 y 1.453 LEC y 72 y 75 LH)

Comentario.—Señalemos distintos supuestos en que la anotación preventiva de embargo recae sobre lo que pudiéramos denominar **derechos abstractos**, derechos que al ejecutado corresponden sobre un patrimonio antes de su liquidación y que no pueden concretarse en bienes determinados o partes indivisas de los mismos

a) La anotación preventiva de embargo sobre derecho hereditario, bien sea explícita (art. 46, párrafo 3.º, LH) o implícita (art. 166, 1.º, párrafo 2.º, RH). Recogió sus efectos DE LOS MOZOS Y TOUYA, en un trabajo publicado en esta misma REVISTA (noviembre-diciembre 1982, núm. 553, pág. 1495).

b) La anotación preventiva de embargo sobre bienes de la sociedad de gananciales, disuelta y no liquidada (art. 144.4 RH). Cabe anotar el embargo por deudas contraídas, después de la disolución, por uno solo de los cónyuges, sobre la parte que al demandado corresponde en la sociedad de gananciales en liquidación (Resoluciones DGRN 22 de mayo, 3 de junio y 16 de octubre de 1986 y SSTs de 21 de noviembre de 1987, 8 de octubre de 1990 y 17 de febrero de 1992).

c) La anotación preventiva de embargo sobre la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en el supuesto recogido por los artículos 1.373 CC y 144.1, párrafo 2.º, RH. RIVAS TORRALBA, en su libro *Anotaciones de*

embargo II, afirma que lo que queda embargado, en definitiva, es la cuota abstracta que corresponde al cónyuge demandado en la masa ganancial en liquidación y señala los siguientes efectos del *embargo de cuota*: no cabe el remate del derecho abstracto sobre el patrimonio ganancial; inscrita la adjudicación al cónyuge deudor de los bienes o derechos, procede la conversión en anotación sobre bienes concretos, surtiendo efectos desde la fecha de la anotación convertida (art. 70 LH); e inscrita la adjudicación al cónyuge no deudor de los bienes o derechos, procede la cancelación automática de la anotación (arts. 206.10 y 209.1.º RH).

PROPIEDAD HORIZONTAL: ALTERACION EN ELEMENTOS COMUNES.—
TERCERO HIPOTECARIO: NO LO ES EL QUE ADQUIERE CON VICIOS EN
SU TITULACION.—BUENA FE: NO CABE FRENTE A LOS PRONUNCIAMIENTOS
DEL REGISTRO.—LA ACCIÓN REIVINDICATORIA CONLLEVA
LA PETICIÓN DE CANCELACIÓN O NULIDAD DEL ASIENTO REGISTRAL.
 (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1995.)

Hechos.—El promotor de un edificio convierte espacios destinados a portales, e inscritos en el Registro de la Propiedad como elementos comunes, en locales comerciales y los enajena como elementos privativos.

Doctrina de la Sentencia.—Las ventas están afectadas de nulidad radical, por referirse a elementos comunes que no podía enajenar el promotor, pues en todo caso la modificación del título constitutivo necesitaría de la ratificación de todos los copropietarios (arts. 5, 11 y 16 LPH).

El artículo 34 LH sólo protege, salvo ausencia de buena fe, frente al acto dispositivo anterior, pero no el propio, y la inscripción registral no opera como saneadora por sí misma de los vicios conocidos de nulidad de que adolezca el acto adquisitivo y por tanto tampoco los consolida (art. 33 LH).

La buena fe reviste carácter jurídico deducido libremente por el tribunal de la instancia, valorando los hechos, pero esta apreciación no puede prevalecer si se presente ilógica o equivocada, en cuyo caso es accesible a la crítica casacional. Cuando la transmisión se lleva a cabo al margen de lo que constaba en el Registro de la Propiedad y de la presunción de exactitud y veracidad registral, el adquirente tiene acceso posibilitado a la oficina registral y se da ausencia de una diligencia mínima, normal y previsoras. No cabe prescindir del **deber ético de averiguación registral** y si se conoce el estado registral y no obstante se deja de lado, ello se traduce en situación de mala fe.

Ejercitada acción reivindicatoria, que implica a su vez acción contradictoria del dominio de los titulares registrales, no es preciso instar la cancelación o nulidad de los asientos, que es implícita a dicha petición por ser consecuencia indispensable de la dicha acción.

Comentario.—En la interpretación del artículo 38, párrafo 2, LH, el Tribunal Supremo ha seguido una evolución, no lineal, que partiendo de la exigencia del ejercicio previo o coetáneo con la acción contradictoria de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, admitió posteriormente que cuando la nulidad o cancelación fuese una consecuencia necesaria del juicio y no hubiere terceros interesados, pudiera pedirse la rectificación del Registro en trámite de ejecución de sentencia. Más decididamente y a partir de la Sentencia de 29 de marzo de 1984, confirmada por otras muchas posteriores (6 de julio y 24 de noviembre de 1987, 23 y 26 de enero

y 3 de junio de 1989, 30 de septiembre de 1991, 6 de marzo y 30 de septiembre de 1992, 18 de mayo de 1994), el Tribunal Supremo adoptó la tesis «más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta última petición y no puede ser causa de que se deniegue la petición respecto a la titularidad dominical». Esta última doctrina, al decir de GARCÍA GARCÍA, deja en letra muerta el artículo 38.2 LH, lo que por *reductio ad absurdum* es inadmissible, pues la norma está vigente y no puede ser derogada por una sentencia, mas aquí no estamos ante una interpretación, sino ante la exclusión de la norma por aplicación de la sentencia. También GIL ROBLES advirtió la utilización del criterio de la realidad social, no ya para la interpretación de la norma, como es su labor y función, sino para consagrar su inoperancia. HERNANDO COLLANZOS estudia detenidamente el tema en su libro *El principio de legitimación registral y su tratamiento jurisprudencial*, para concluir que la interpretación denominada flexible conduce a una desaparición, en la práctica, del precepto; interpretación que no debe sorprender habida cuenta, por un lado, de la naturaleza (adjetiva y formal) del requisito finalmente desatendido y, por otro, de las exigencias constitucionales del derecho a la tutela efectiva y la inteligencia que el Tribunal Constitucional ha generalizado, en aplicación del artículo 24.1 de la Constitución.

PROPIEDAD: LIMITACIONES DERIVADAS DE NORMAS URBANISTICAS.
(SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1995.)

Entre las salvedades reglamentarias que establece el artículo 350 CC, está obviamente incluido el planeamiento urbanístico y el proyecto de reparcelación aprobado.

DERECHO REAL: NATURALEZA JURIDICA. DISTINCION DEL DERECHO DE CREDITO.—TANTEO Y RETRACTO CONVENCIONAL: DE CARACTER OBLIGACIONAL. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1995.)

Hechos.—En escritura de donación se convinieron unos derechos de tanteo y retracto recíprocos entre los donatarios, para el caso de enajenación de la cuota o finca adjudicada.

Doctrina de la Sentencia.—La categoría de **derecho real** no se produce por el simple acceso al Registro de la Propiedad, sino que deviene por su íntima naturaleza jurídica y una serie de características, como la inmediatez física o jurídica, publicidad, seguridad jurídica, etc., que le invisten de una eficacia *erga omnes*.

El supuesto de autos constituye una simple convención con efectos obligacionales a la que le falta, por lo menos, para su operatividad como derecho real, la concreción de un término de efectividad de cada uno de derechos de tanteo y retracto convenidos, como exigió la RDGRN de 27 de marzo de 1947. Al adquirente en la subasta judicial no puede afectarle un derecho que sólo opera en el ámbito obligacional, máxime ante un acto de enajenación forzosa

como es la vía de apremio. Técnicamente el pacto analizado no constituye una prohibición de disponer o enajenar a que se refieren los artículos 26.3 ° LH y 785.2.° CC, sino la constitución de dispositivo voluntario de los donatarios para, mediante el tanteo o retracto, evitar que salgan los bienes del patrimonio familiar.

HIPOTECA DE MAXIMO.—PRINCIPIOS DE ESPECIALIDAD, LEGALIDAD Y LEGITIMACION REGISTRAL. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1995.)

El artículo 153 LH respeta los requisitos de la especialización. Frente a la alegación del recurrente de haberse ejecutado una hipoteca nula, el Tribunal Supremo declara que la hipoteca de máximo inscrita en el Registro, con inscripción vigente, a él accedió tras pasar el tamiz del principio de legalidad, en virtud de la cual el Registrador califica, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción (art. 18 LH) y efectuado el asiento queda bajo la salvaguarda de los Tribunales (art. 1 LH) y goza de la protección que les confiere a los titulares el artículo 38 LH

Comentario —Lo que con otras palabras ya dijo el Tribunal Constitucional en la conocida Sentencia del Pleno de 18 de diciembre de 1981: «Hay que señalar que el constituyente de la hipoteca —entonces se trataba de hipoteca ordinaria, no de máximo— ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa. . y la defensa frente a las pretensiones del acreedor no solamente están garantizadas por el ejecutivo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral. con las garantías registrales que la ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título».

PROPIEDAD HORIZONTAL: VENTA DE LOCALES EN EDIFICIO EN CONSTRUCCION. (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1995.)

En la interpretación de los contratos ha de atenderse a la voluntad bilateral o común de ambas partes, revelada por los actos coetáneos u posteriores e incluso anteriores, todo lo cual obliga a partir de la existencia de la propiedad horizontal, creada con anterioridad, y a la realidad social que enseña como, al venderse los pisos o locales de un edificio meramente comenzado, el adquirente no queda vinculado al pago de los elementos comunes pendientes de construir, constituyéndose en copromotor o constructor, lo que requeriría un pacto o cláusula especial

EMBARGO SOBRE BIENES GANANCIALES. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1995.)

Probada la posterioridad de la variación del régimen de gananciales por el de separación de bienes al nacimiento de las deudas que causaron los embargos y la buena fe de la Administración del Estado a cuya instancia se produjeron aquéllos, la modificación pactada sólo puede perjudicar desde la fecha de la inscripción correspondiente en los Registros, conforme a los

artículos 1.317 y 1.333 CC y en defensa de los derechos de terceros de buena fe.

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: OBRAS REALIZADAS POR EL DUEÑO DEL PREDIO SIRVIENTE. (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1995.)

El dueño del predio sirviente no puede alterar ni hacer más gravosa la apariencia de servidumbre (arts. 535, 541 y 543 CC), pero sí puede y debe conservar en el lugar y con las dimensiones iniciales las aberturas pre-existentes.

EMBARGO SOBRE BIENES GANANCIALES. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1995.)

Las deudas tributarias para cuya exacción se instruyó el procedimiento administrativo de apremio fueron causadas en el ejercicio de una actividad comercial de carácter ganancial y son anteriores a la disolución del régimen de gananciales y su sustitución por el de separación de bienes, por lo que de tales deudas responden los bienes que integraban aquella sociedad, de acuerdo con los artículos 1.362.4.º CC y 6 y 7 CCom.

LEGITIMACION REGISTRAL: LA PRESUNCION DE EXACTITUD REGISTRAL PUEDE DESVIRTUARSE MEDIANTE PRUEBA EN CONTRARIO. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1995.)

ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE PASO: EL ACTOR DEBE PROBAR LA PROPIEDAD DEL CAMINO PERO NO LA LIBERTAD DE CARGAS.—LEGITIMACION REGISTRAL: PRESUNCION «IURIS TANTUM» DE EXACTITUD DE LOS LINDEROS. (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1995.)

La propiedad se presume libre y quien afirma la existencia de alguna carga o gravamen sobre ella (demandado en la acción negatoria de servidumbre) es el que debe probarla.

Para el éxito de toda acción negatoria de servidumbre en general, y de paso en particular, es requisito ineludible que el actor pruebe que es propietario del camino por el que se halle establecido el paso, cuya presunta servidumbre pretende negar.

Figurando en la inscripción registral como lindero de diversas parcelas determinado camino que desde tiempos remotos se viene utilizando como camino público, de índole carretil, ha de presumirse, aunque con naturaleza de presunción *iuris tantum*, que es propiedad del Ayuntamiento.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO. REQUERIMIENTO DE PAGO. (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1995)

Los requisitos que la regla 4.ª en relación con la 3.ª 3 del artículo 131 LH exige para que el requerimiento surta los efectos pretendidos son:

- debe practicarse en el domicilio que resulte vigente en el Registro,
- ha de hacerse personalmente al deudor o al tercero si se encontraren presentes, o bien al pariente más próximo, familiar o dependientes mayores de catorce años que se hallaren en la habitación del requerido, o en su defecto al portero o al vecino más próximo,
- la documentación en los autos se efectuará en la forma dispuesta en la Ley Procesal Civil para las notificaciones por cédula.

TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITO DE BUENA FE. (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1995.)

Hechos.—El arquitecto codirector de obra de un edificio instó procedimiento de apremio por impago de honorarios, que culminó en escritura de adjudicación judicial e inscripción de piso y local, los cuales habían sido anteriormente vendidos por la entidad deudora, pero no inscritos a favor de los compradores.

Doctrina de la Sentencia.—La participación profesional como codirector y la suscripción del certificado final de obra, con anterioridad a las transmisiones efectuadas, no puede implicar que el arquitecto debía conocer todas las posteriores circunstancias acaecidas en cuanto a la posesión o titularidad dominical de los inmuebles ni apartarle del requisito de la buena fe y de su prístina condición de tercero hipotecario.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS NO MODIFICATIVAS EN ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1995.)

Hechos.—Acuerdo mayoritario de Junta para el cierre con obras de mampostería y puertas metálicas correderas del perímetro total de la finca.

Doctrina de la Sentencia.—Dichas obras en elementos comunes se califican de **extraordinarias**, en cuanto no dirigidas a la conservación y reparación que los elementos comunes pueden experimentar como consecuencia de su normal uso y disfrute, y de **necesarias no modificativas**, dada su finalidad de impedir el acceso al complejo de vehículos y garantizar la mejor y más segura convivencia en la Comunidad. Por tanto, su aprobación no requiere unanimidad y es suficiente la mayoría. La conducta de los disidentes que solicitaron la nulidad del acuerdo se encuentra un tanto alejado de la buena fe, adentrándose en el marco del «ejercicio antisocial del derecho», ya que las obras tenían como directa beneficiaria a toda la Comunidad, para su mayor seguridad.

E. M. A

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por M.^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

DEBE DISTINGUIRSE ENTRE LOS INTERESES MORATORIOS, PROPIAMENTE DICHOS QUE CONTEMPLA EL ARTICULO 1.108 DEL CODIGO CIVIL Y LOS RECOGIDOS EN EL ARTICULO 921 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1995.)

En la presente sentencia se solicitan los intereses que afectan a una cantidad de dinero asignada en un documento transaccional otorgada a la parte demandante en pago del tercio de la herencia que le correspondía. En razón a que en el suplico de la demanda se solicitó se diese exacto cumplimiento al mentado documento, cabe entender que la suma en cuestión no adquirió verdadera liquidez hasta que recayese una sentencia que acogiera el pronunciamiento dicho, y esto así, lleva a acordar que el devengo de los intereses ha de computarse a partir de la fecha de la presente sentencia.

EL TIEMPO DE PRESCRIPCION DE LA ACCION REFERIDA EN EL ARTICULO 1.968.2 DEL CODIGO CIVIL, DEBE SER COMPUTADO A PARTIR DEL MOMENTO EN QUE ADQUIERE FIRMEZA LA SENTENCIA RECAIDA EN EL INTERDICTO QUE LE PUSO FIN. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1995.)

Los daños y perjuicios que se reclaman son los derivados de la paralización de la obra que se consiguió con la interposición de la demanda interdictal de obra nueva de los hoy demandados-recurridos. Reclamación que estaba supeeditada, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal a la fecha de la terminación del proceso interdictal con resultado desestimatorio, o a la fecha de terminación del posterior proceso declarativo promovido por el dueño de la obra para el caso de haber sido ratificada la suspensión en la sentencia interdictal.

La fecha a tener en cuenta para el comienzo del plazo de prescripción del artículo 1.968.2º CC, en base al artículo 1971 es desde que la sentencia es firme. A estos efectos como la paralización se debe a la interposición de la demanda interdictal de obra nueva, el computo comienza a contar desde que la sentencia que resuelve el interdicto es firme.

Es irrelevante la reserva hecha por el dueño de la obra, y, el hecho de que las hubiera paralizado voluntariamente con anterioridad a la demanda interdictal; pues «semejante proceder no servía para haberle exonerado de la observancia del plazo prescriptivo a contar desde la firmeza de la sentencia denegatoria del interdicto».

CONSTITUYE CARACTERISTICA ESENCIAL DEL ARRENDAMIENTO DE OBRA O CONTRATO DE OBRA, DEFINIDO EN EL ARTICULO 1.544 DEL CC, QUE EL CONTRATISTA SE COMPROMETA A LA OBTENCION DE UN RESULTADO («OPUS CONSUMATUM ET PERFECTUM»), PERO ELLO NO SIGNIFICA QUE EL ASPECTO DEFINITORIO DEL CONTRATO VENGA DADO POR LA DISTRIBUCION CONTRACTUAL DE LOS RIESGOS, QUE SOLO CONSTITUYE UNA PREVISION LEGAL (ART. 1.589 CC) PARA «EL CASO DE DESTRUIRSE LA OBRA ANTES DE HABER SIDO ENTREGADA». (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1995.)

El coste de la obra realizada a consecuencia del arrastre, a causa de la lluvia, de tierras al interior de las zanjas abiertas por la demandante debe ser soportado por ésta o por los comitentes, cuestión que ha de resolverse atendiendo a las peculiaridades del contrato pactado, que pueden incidir sobre la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.589 del CC, por lo que ha de recordarse la doctrina jurisprudencial expresiva de que la interpretación de los contratos es facultad de la Sala de Instancia no siendo revisable en casación salvo que las conclusiones obtenidas sean ilógicas o se contradiga algún precepto legal, así como que de lo que realmente se trata es de indagar la intención común de los contratantes, según se infiere del propio artículo 1.281, y, siendo así, se tiene que la Audiencia ha realizado su labor hermeneútica con sujeción a los preceptos aplicables y dentro de un proceso lógico que no revela incoherencia alguna.

Ha de tenerse presente el medio hermeneútico denominado de la totalidad, expresamente reconocido en el artículo 1.285 del CC, de cuya utilización resulta que la demandada se reservó en el contrato algunas facultades atípicas respecto a la ejecución de la obra, derivadas de su propia finalidad, que implicaban un control del momento de realizarlas, lo que constituye un dato decisivo, pues aún desde la estricta aplicación de la doctrina sobre el soporte del riesgo (art. 1.589), la «morosidad» en recibir la obra viene a identificarse, en este caso, no ya con la recepción definitiva de la obra sino con el hecho de que, al ser la comitente quien iba disponiendo el momento de apertura de cada zanja y la colocación de las tuberías, si se producían deterioros debidos a la lluvia no obstante a haberse hecho la obra correctamente, no cabe responsabilizar a la contratista, ya que la tesis contraria desconocería supuestos, como el presente, en que la buena fe contractual requiere que, al retener el comitente facultades sobre la ejecución de la obra, surja para éste el deber de actuar de modo que se eviten daños a la ya realizada.

EXISTE IDENTIDAD ABSOLUTA ENTRE LO YA RESUELTO Y LO AHORA PRETENDIDO, SIN QUE SEA CUESTIONABLE EL REQUISITO DE COINCIDENCIA EN LA «CAUSA PETENDI» Y EL «PETITUM», QUE SE APRECIA EVIDENTEMENTE, PUES EN UN PROCEDIMIENTO ANTERIOR SE SOLICITABA LA DISOLUCION DE LA COMUNIDAD DE BIENES, QUE FUE DENEGADA, Y EN LA DEMANDA DEL ACTUAL PROCESO SE SOLICITA DE NUEVO, COMO PRONUNCIAMIENTO BASICO, LA DISOLUCION DE LA COMUNIDAD (PRESUPUESTO DE LA PROCEDENCIA DE VENTA EN PÚBLICA SUBASTA). (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1995)

La Sala de instancia ha entendido que concurre la identidad causal requerida legalmente dado que «ambas peticiones de división material o subasta

carecen de substantividad propias y son meras modalidades en que puede desembocar la pretensión básica, fundamental y común de poner fin y disolver la comunidad de bienes existente entre actor y demandada, constituyendo tal disolución antecedente obligado y necesario para que la división o venta en pública subasta puedan tener lugar, en función a la divisibilidad o no de la cosa». En realidad lo denegado en sentencia firme fue la procedencia de la división de la cosa común, por resultar «inservible para el uso al que se destina», en un sentido económico, pero no por tratarse de una «cosa esencialmente indivisible» (art. 404 CC)

EN UNA COMPRAVENTA DONDE PARTE DEL PRECIO ES APLAZADO, Y SE PACTA ADEMÁS DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 1.124 CC, LA EXISTENCIA DE UNA CLAUSULA RESOLUTORIA PARA EL SUPUESTO DE LA FALTA DE PAGO; CORRESPONDE A LA DEMANDADA JUSTIFICAR QUE POR SU PARTE NO EXISTIO UNA VOLUNTAD REBELDE EN EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES, NI QUE CON SU CONDUCTA SE FRUSTARON LAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS CONTRACTUALES DE SU Oponente. (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1995.)

No cabe alegar simplemente que no se había enterado del vencimiento de la letra ni del protesto, y que después de efectuado el requerimiento resolutorio, le comunicó al vendedor que el importe de la letra protestada lo había depositado en poder de unos abogados de donde podía retirarlo. El pretendido «olvido» del vencimiento no se dió en la primera letra, pagada a su vencimiento, ni tal impago se produce cuando una letra se domicilia en una c/c, y en esta existe saldo para ser satisfecha. El anunciado depósito del importe debido en poder de unos abogados, domiciliados en otra ciudad, ni se hizo en fecha hábil, ni es un método liberatorio correcto, y desde la fecha del protesto de la letra, hasta el del requerimiento de resolución pasaron más de dos meses, tiempo suficiente para haber efectuado el pago, y evitar la pactada resolución contractual.

A FALTA DE PACTO DE SUMISION EXPRESA, Y NO HABIENDOSE ACREDITADO SI LAS MERCANCIAS VIAJARON A RIESGO DEL VENDEDOR O DEL COMPRADOR, HA DE ENTENDERSE QUE LO FUERON POR CUENTA DE ESTE Y, POR TANTO, QUE TALES MERCANCIAS LE FUERON ENTREGADAS EN EL DOMICILIO DEL VENDEDOR, QUE ES DONDE DEBE PAGARSE EL PRECIO DE LAS MISMAS, AL NO HABERSE PACTADO OTRO LUGAR DISTINTO PARA DICHO PAGO. (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1995.)

No aparece probada la existencia de pacto alguno de sumisión expresa de las partes a la jurisdicción de ningún juzgado, pues la cláusula de dicha índole que consta impresa al pie de los albaranes de entrega de las mercaderías, en letra de minúsculo tamaño tipográfico, carece de fuerza vinculante para la entidad compradora al no haberse probado que ésta aceptara dicha cláusula, ni con su firma estampada en lugar adecuado para ello, ni de ninguna otra manera.

La circunstancia de haberse librado una o más letras de cambio para el cobro de dicho precio, cuando la ejercitada no es una acción cambiaria sino

la personal derivada del mismo contrato de compraventa mercantil, carece de trascendencia para variar el referido criterio competencial, al no ser ello sino el señalamiento de un medio o fórmula de pago intrascendente a efectos de competencia.

EL FALLO DEBE GUARDAR ACATAMIENTO A LA SUSTANCIA DE LO PEDIDO PARA QUE EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA QUEDE CUMPLIDO, SIN QUE SEA NECESARIO UNA CONFORMIDAD RIGIDA Y LITERAL CON LAS PRETENSIONES EJERCITADAS. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1995.)

Los actores solicitaron en su demanda que se les indemnizase en los daños y perjuicios que pericialmente se determinase en periodo de prueba. La Audiencia Provincial no altera lo principal sino lo accesorio, buscando la efectividad del fallo y una mejor adecuación del mismo al suplico de la demanda, decidiendo sobre el mismo objeto, al fijar el «quantum indemnizatorio». No estamos ante una sentencia incongruente pues lo importante es que las declaraciones del fallo tienen virtud y eficacia suficiente para dejar resueltos todos los puntos que fueron materia del debate. No se ve agravamiento de la condena de los apelantes, sino concreción en el tiempo para lo que aparece perfectamente determinado y que por tanto, puede hacerse efectivo desde que se concede, pretendiendo la recurrente un retraso que viene proscrito por el artículo 11 2.º de la LOPJ y por el propio artículo 24 de la CE, ya que sólo se debe dejar para ejecución de sentencia lo que no se puede determinar en la misma.

LA PROSPERABILIDAD DE LA ACCION RESOLUTORIA EXIGE EN EL RECLAMANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES QUE LE COMPETEN Y QUE MEDIE EL REQUERIMIENTO A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 1.504 DEL CC QUE TIENE EL VALOR DE UNA INCLINACION A QUE SE ALLANE EL COMPRADOR A RESOLVER LA OBLIGACION DEJANDO CLARA ESTA ESPECIFICA VOLUNTAD OBSTATIVA AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, HASTA EL EXTREMO DE QUE TAL CONDUCTA FRUSTRAS EL FIN DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1995.)

La resolución del contrato de compraventa de bienes inmuebles se rige no sólo por lo dispuesto especialmente en el artículo 1.504 CC que exige que el vendedor comunique fehacientemente al comprador su voluntad resolutoria del contrato, hasta cuyo momento puede abonarse válidamente el precio, sino que también le es aplicable la norma general del artículo 1.124 implícita en las obligaciones recíprocas.

En el presente caso no puede alegarse incumplimiento como causa de resolución del contrato. Los actores por su condición de copropietarios *pro indiviso* con la demandada han incumplido con su obligación de proceder a la liquidación y determinar con ella el precio de la cuota adquirida, amén de no haberle comunicado en sus específicas condiciones el pacto celebrado a sus espaldas con el que era el otro comprador, y en razón de esto difícilmente puede decirse que la demandada ha dejado de abonar determinada cantidad cuando se desconoce lo que le corresponde pagar conforme a lo pactado en el contrato.

LA RETRIBUCION ES UN DERECHO DEL LETRADO, SIN PERJUICIO DE LA RESPONSABILIDAD EN QUE HUBIERA PODIDO INCURRIR POR NEGLIGENCIA, DERIVANDOSE DE ESTA FALTA DE DILIGENCIA LA OBLIGACION DE RESARCIR LOS PERJUICIOS CAUSADOS A AQUELLA PERSONA A QUIEN EL PERJUICIO SE HUBIERA PRODUCIDO. (SENTENCIA 23 DE OCTUBRE DE 1995.)

Los honorarios percibidos por el Letrado —parte demandada— lo fueron como retribución por sus servicios a tenor del artículo 1.544 y concordantes del CC y artículo 56 del Estatuto General de la Abogacía, y como anticipo de ellos y de los gastos suplidos se habían hecho antes la provisión de fondos, descontándose éste último en la liquidación final.

Existe una falta de legitimación que tanto si se estima que la negligencia que al demandado se imputa es incardinable en el artículo 1.101 CC como surgida en el cumplimiento del contrato de servicios propios de un Abogado, como si se entendiera que la presunta obligación deriva de la culpa aquiliana a la que se refiere el artículo 1.902, parece claro que ambos preceptos otorgan la correspondiente acción para reclamar la indemnización a los propios perjudicados, y no a otra persona alguna que no acredite habersele conferido la representación por estos perjudicados.

LA PREFERENCIA DEL ARTICULO 1.924-3.º DEL CC, EXIGE QUE LOS DOCUMENTOS ENFRENTADOS REFLEJEN UNA INDISCUTIBLE REALIDAD CREDITICIA QUE COMPORTA LA DEUDA EXIGIBLE (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1995.)

El crédito del Banco Zaragozano y de sus cesionarios es líquido, vencido y exigible, nacido con anterioridad al del Banco Pastor, pues aquél deriva de contrato real de préstamo y éste de contrato de crédito, que sólo deviene líquido tras el cierre de cuenta, que además es de fecha posterior al vencimiento del préstamo concedido por el Banco Zaragozano.

La deuda que proviene de préstamo nace el mismo día de la entrega del dinero, es líquida desde ese momento en cuanto al principal y desde la certificación de cierre de la cuenta, en relación con los intereses.

LA INSTITUCION DEL LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO NO OPERA EN LAS RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE LA CONSTRUCCION DE EDIFICIOS DEL ARTICULO 1.591 DEL CC (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1995.)

En los supuestos de concurrencia de varias concausas, unas atribuibles a la dirección técnica y otras a la ejecución de la obra, no siendo posible la individualización o cuantificación de las respectivas actuaciones, surge entre los intervinientes la figura de la solidaridad, con arreglo a la cual basta con demandar a alguno o algunos de los implicados, y todo ello sin perjuicio de la relación interna entre los deudores para reclamar el que pagó la parte de deuda correspondiente a sus codeudores. Esta responsabilidad solidaria facultada al perjudicado a dirigirse contra todos o alguno de los presuntos responsables civiles y ello sin perjuicio de que, al permanecer preexistentes las relacio-

nes internas, se puedan utilizar las acciones de repetición que en su caso procedan por los que se declaren responsables y resultan condenados respecto a los demás intervinientes en la obra. La solidaridad impropia, establecida por la jurisprudencia en beneficio de los perjudicados, cuando no se pueden individualizar responsabilidades impide que entre en juego el litis consorcio pasivo necesario.

PARA DECRETAR PRECLUIDO EL PLAZO DE PERSONAMIENTO Y COMPARECENCIAS EN EL TRIBUNAL ANTE EL QUE SE INTERPONE EL RECURSO DE APELACION, NO CUENTA LA NOTIFICACION DEL PROVEIDO DE ADMISION, SINO UNICAMENTE LA DILIGENCIA DE EMPLAZAMIENTO CORRESPONDIENTE, LA QUE SE EFECTUARA Y HABRA DE SER RECIBIDA POR LOS PROCURADORES PERSONADOS EN LAS ACTUACIONES, CONFORME AL ARTICULO 6 DE LA LEC, SALVO LAS EXCEPCIONES PREVISTAS PARA LOS PERSONALES. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1995.)

No puede darse situación de indefensión, pues, tanto tratándose de una posible equivocación en la fecha de notificación de la providencia de referencia, como de posible error subjetivo sufrido por el Procurador receptor de la misma, no procede imponer al dato objetivo concluyente que es la realidad procesal que se expresa en las diligencias de emplazamiento, que es la que ha de tenerse en cuenta. En todo caso, sería una situación de indefensión provocada al particular interesado, generada no por actuación imputable al órgano judicial, ni tampoco por quebrantamiento acreditado de las formas esenciales del juicio, al no haberse ocasionado infracción de las mismas, pues puede obedecer a posible negligencia o desatención de su representación procesal, defensa jurídica o incluso del propio litigante afectado

LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS REQUIERE NECESARIAMENTE QUE ESTOS SE HAYAN PRODUCIDO Y HAN DE SER EFECTIVAMENTE DECLARADOS JUDICIALMENTE SU CAUSACION Y PROCEDENCIA COMO CONSECUENCIA DE LA APRECIACION PROBATORIA DE SU DEMOSTRACION E IMPUTABILIDAD A PERSONA IDENTIFICADA, LO QUE ES PREMISA Y ACTÚA COMO PRESUPUESTO INELUDIBLE PARA FIJAR LA CANTIDAD REPARADORA, POR LO QUE HA DE PARTIRSE DE SU REAL CAUSACION QUE CORRESPONDE ESTIMAR AL TRIBUNAL DE LA INSTANCIA. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1995)

En relación con la cuantificación de los daños y perjuicios la Sala sentenciadora está facultada para atender las circunstancias concurrentes que estime pueden aportarle elementos a efectos de dicha fijación económica, pues debe procurarse en lo menos diferir tal decisión para el trámite de ejecución de sentencia, aplazamiento procesal que en realidad supone un nuevo pleito y hace debilitar los legítimos derechos de los acreedores, máximo cuando la posibilidad de discusión ha estado abierta a todas las partes litigantes.

En el presente caso, las partes que litigan están relacionadas por contratos de concesión o distribución en exclusiva de productos comerciales que otorgó la recurrente y tales actos jurídicos con autonomía contractual propia y natu-

raleza mixta, operan mediante la atribución que el empresario realiza al concesionario para vender en la zona mercantil que le asigna los productos de aquél, actuando éste con libertad y cuenta propia, si bien adecuándose a las instrucciones y normas que fija el concedente. Como todos los contratos mercantiles están sometidos a la buena fe, que impone en estos supuestos el requisito del preaviso para la denuncia de la relación, dadas las especiales características de la misma, con lo que la extinción se produce en atención a lo concertado y a falta de pacto expreso, como es el caso de autos, rige la normativa general de los contratos. No se excluye la declaración unilateral de desistimiento para denunciar la concesión cuando es en exclusiva y sin límite temporal, pero su válido ejercicio requiere la concurrencia de justas causas y por tratarse de obligaciones bilaterales, juega el incumplimiento patente. La consecuencia jurídica al producirse arbitrario desistimiento unilateral, es que éste se mantenga, pero no queda exonerado el concedente de toda responsabilidad, ya que le alcanza la obligación de resarcir los daños y perjuicios que hubiera ocasionado a la parte cumplidora, sobre todo al haber actuado de mala fe.

TANTO EL DOLO COMO LA CULPA EN LA DETERMINACION DE JUSTIPRECIO DE BIENES, A CONSECUENCIA DEL VICIADO Y ERRONEO AVALUO DEL PERITO SON CAUSA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL ARTICULO 1.101 CC (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1995)

Las facultades que al órgano jurisdiccional confiere la Ley en orden a la apreciación de la prueba pericial, practicada en el proceso civil de declaración, no exime de responsabilidades al perito que emite el dictamen que ha de actuar de acuerdo con su leal saber y entender, según los márgenes de la discrecionalidad que la propia subjetividad del perito reclama y con las legítimas discrepancias con el parecer de otros que procedan, pero siempre con la diligencia de un buen profesional en la ciencia, arte u oficio de que se trate y, por ello, sometido a la «lex artis» de la profesión que ejerza, sin incurrir en dolo ni diligencia. Por el dolo y la negligencia en la emisión del dictamen se responde civilmente, y, a veces penalmente si se incurre en conductas tipificadas penalmente. Más en el presente caso, la responsabilidad del perito deviene directa de su culpa, sin tomar en consideración el error actual o potencial a que indujo o podía ser inducido el juzgador, ya que, como establece la sentencia recurrida, no cumplen igual función el peritaje en el proceso declarativo que el peritaje en la vía de apremio como operación de tasación de bienes. La tasación pericial tiende a proteger no sólo el interés del ejecutante sino también el patrimonio del ejecutado pues su razón de ser estriba en que el tipo de la subasta se corresponda con el valor real de los bienes embargados, evitando así que una valoración inferior permita que en la posterior subasta se adjudiquen los mismos en precios muy inferiores a los de mercado.

Por otro lado, la relación que vincula al perito con la parte tiene naturaleza contractual, concretamente de arrendamiento de servicios por la prestación de los requeridos conforme a su profesión. Esta naturaleza con sus correspondientes efectos se extiende por adhesión al supuesto de aceptación por el ejecutado del perito nombrado por el ejecutante. Todo ello con independencia del carácter público de la función que desempeña

PARA LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS SE ESTARA A LOS TERMINOS DEL MISMO QUE NO DEJAN DUDA SOBRE LA VERDADERA INTENCION DE LOS CONTRATANTES. (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1995.)

La calificación jurídica de las relaciones que unen a las partes litigantes es función privativa de los juzgadores de instancia y ha de ser mantenida invariable en casación, a no ser que la misma resulte ilógica, errónea o violadora de las normas de la hermeneútica contractual. La Sala de instancia examina las razones sobre la determinación del contrato al entender que, de conformidad con lo regulado en el párrafo primero del artículo 1.281, los términos del mismo no dejan duda sobre la verdadera intención de los contratantes que no fue otra que la concertar un contrato preliminar de promesa bilateral de compra y venta ya que de la prueba documental aportada se revela la intención futura de perfeccionar el contrato de compraventa frente a la calificación que formula la parte recurrente que estima que el contrato litigioso representa una compraventa de cosa ajena.

I. I. M.

4. Jurisprudencia procesal

POR ERNESTO CALMARZA CUENCAS

LITISCONSORCIOS NECESARIOS ACTIVO Y PASIVO.—FALTA DE LEGITIMACION «AD CAUSAM».—ABUSO DE DERECHO. (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

Ponente. Excmo. Sr don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

Hechos.—La base del presente recurso está en el ejercicio de una acción para pedir la resolución de un contrato de compraventa de una finca que se disfruta en comunidad. La finca se había adquirido por un precio cinco veces superior al de mercado para instaurar en ella un parque acuático, estableciéndose en la cláusula 9.^a del contrato la resolución del mismo si tal fin era imposible. Todos los comuneros compradores de la finca excepto uno (partícipe de solo un 2 por 100) deciden pedir la resolución del contrato.

Estimada por el Juzgado número 1 de Instancia y por la Audiencia la excepción de litisconsorcio pasivo necesario el Tribunal Supremo sienta la siguiente

Doctrina.—El Tribunal Supremo tiene declarado que la figura doctrinal de LITISCONSORCIO ACTIVO NECESARIO no está prevista en la Ley y no puede equipararse al LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO, aplicable este último incluso de oficio, en base al principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído

En el presente caso es evidente que no existe LPN, ya que la postura del partícipe del 2 por 100 no puede nunca ser la de un demandado al actuar como comprador y no como vendedor Tampoco puede admitirse un litisconsorcio activo necesario, ya que la propia doctrina jurisprudencial no admite esta figura.

— El problema en este caso viene por otro lado. nos encontramos frente a la comunidad de propietarios de una finca regida por las disposiciones de los artículos 392 y siguientes CC en cuyas reglas se establece el principio del consentimiento unánime cuando se trate de alteraciones en la cosa común, aunque puedan resultar ventajas para todos (art. 397 CC); y se ha de entender como una «alteración» el pedir la resolución del contrato de compra del bien que se disfruta en comunidad. Así pues, la no presencia como demandante de este partícipe, en principio ha producido una falta de legitimación «ad causam», pues los actores presentes en el pelito no tienen por sí solos la disposición de la acción resultoria que ejercitan.

— Pero la función del derecho no se agota con el ejercicio formal o aparente del mismo, «la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, debiendo ejercitarse siempre de conformidad con las exigencias de la buena fe» (art. 7 CC); y en este caso, el hecho de que el partícipe que falta tenga una participación mínima, el precio de la adquisición y el hecho de estar relacionado empresarialmente con el vendedor dan lugar a un exceso en los límites normales del ejercicio del derecho que la Ley reconoce a los comuneros.

CONDENA EN COSTAS. (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

Rechazada o desestimada una demanda por motivos procesales y no de fondo se plantea el problema de la condena en costas, aclarando el TS la siguiente

Doctrina.—La expresión literal del artículo 523 LEC: «las costas se impondrán... a los litigantes cuyos pedimentos fueron totalmente rechazados», comprende a todos los supuestos en los que el Juzgado de Primera Instancia deniega, rechaza o desestima totalmente las peticiones que figuran en la demanda, produciéndose un vencimiento total, independientemente que tal vencimiento lo haya sido en el fondo o en la instancia.

INADMISION DE RECURSO DE CASACION POR CUANTIA.—LAS CAUSAS DE INADMISION DEL RECURSO LO SON DE DESESTIMACION. (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Los datos fácticos del presente recurso obligan a su desestimación, sin necesidad de examinar el fondo, al no alcanzar la cuantía de los 3.000.000 de pesetas requerida por el artículo 1.687 1 LEC, según la Ley 34/1984. Hoy, tras la nueva redacción dada a este precepto por la Ley 10/1992, dicha cuantía se ha elevado a 6.000.000 de pesetas.

A efectos de este cálculo, de los 3.000.000 pesetas se deben valorar por separado demanda y reconvencción.

Siendo esta causa de inadmisión del recurso, se convierte ahora en este trámite en causa de desestimación del mismo.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade

No existe infracción del artículo 24 de la Constitución Española ya que en el caso que dio lugar a este recurso, de los hechos narrados resulta claramente que no es posible imputar al órgano judicial la producción de ninguna clase de indefensión, ni tampoco de falta efectiva de tutela legítima.

La posible indefensión habrá que atribuirla a la propia parte recurrente o a los profesionales que la representaron o defendieron, quedando fuera del ámbito de la tutela de los derechos fundamentales y debiendo depurarse las responsabilidades que procedieran por la vía ordinaria

NO CABE RECURSO DE CASACION CONTRA SENTENCIAS DICTADAS POR UN TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DERIVADAS DE DEMANDAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MAGISTRADOS DE UNA AUDIENCIA PROVINCIAL.—ARTICULO 73 2, APARTADO B), LOPJ. (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1994)

Ponente: Excmo Sr. don Jaime Santos Briz.

Hechos.—Se interpone recurso de casación contra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, de

fecha 30 de julio de 1991, recaída en autos de juicio de mayor cuantía iniciada por demanda de responsabilidad civil, número 2/1991, contra Magistrados de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia.

En dichas sentencias se desestimó la demanda y se absolvió a los demandados, condenando a costas al actor.

El Tribunal Supremo desestima el recurso en base a la siguiente

Doctrina.—Según el artículo 73.2, apartado b), de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como la Sala de lo civil, «en única instancia» de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo, contra todos o la mayor parte de los Magistrados de una Audiencia Provincial o de cualquiera de sus secciones.

— Por lo tanto, habiendo dictado sentencia el Tribunal Superior de Justicia, ello ha sido en única instancia, sin que se prevea recurso de casación contra dicha sentencia, y por consiguiente es procedente inadmitir el recurso.

PRUEBA PERICIAL —INATACABILIDAD. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersino Burgos y Pérez de Andrade.

Con ocasión de este recurso el TS fija la siguiente DOCTRINA acerca de PRUEBA PERICIAL.

a) Que la prueba pericial no puede confundirse con la documental, y por tanto carece de eficacia a los efectos del apoyo exigidos en el número 4 del artículo 1.692 LEC, hoy ya desaparecido tras la reforma de la Ley 10/1992.

b) Que debe ser apreciada por el Juzgador según las reglas de la sana crítica, sin estar obligado a sujetarse a un dictamen determinado.

c) Que las indicadas reglas no están previstas en ninguna norma valorativa de prueba, equivaliendo este reconocimiento, salvo casos extraordinarios, a declarar la libre valoración de este medio probatorio.

ES VALIDO EL PODER OTORGADO AL PROCURADOR POR EL REPRESENTANTE DE UNA SOCIEDAD ANONIMA, AUNQUE A ESTE LUEGO LE SEAN REVOCADOS SUS PODERES MIENTRAS QUE LOS NUEVOS APODERADOS NO REVOQUEN EL PODER QUE LA SOCIEDAD HABIA CONCEDIDO AL PROCURADOR (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Al ser la actora una sociedad anónima y consiguientemente una persona jurídica que actúa mercantil y jurídicamente mediante órganos impersonalizados, al no ser este tipo de entidades sociedades personales sino de capital, la designación de Procurador que las represente en los procesos no puede verse afectada por el cambio de representante, persistiendo por tanto la validez del apoderamiento al no constar que el mismo se hubiere revocado o desvirtuado

CUESTION DE COMPETENCIA. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

Ponente. Excmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada Gómez

Se plantea cuestión de competencia por inhibitoria en el ejercicio de una acción cambiaria declarativa y no ejecutiva.

Por el TS se acepta la cláusula de sumisión expresa y se resuelve en favor del Juzgado requerido por existir en la cambial un sello con el siguiente texto: «sometimiento expreso a los Tribunales de Yecla, con renuncia al fuero propio».

Dicho texto no ha sido tachado de falsedad o de inexactitud de ninguna índole cuando se verificó el acta de protesto; por lo tanto, la prevalencia de lo dispuesto en los artículos 56 y 57 LEC, impide que deba jugar lo dispuesto en el artículo 62, regla 1.ª, LEC, ya que dichas reglas de competencia sólo funcionan con carácter subsidiario cuando no existe —como en el caso de autos— sumisión expresa.

ABUSO DE DERECHO. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

En este recurso la sentencia comentada recuerda los elementos esenciales que fijó la «histórica Sentencia de 14 de febrero de 1944» como integradores de la figura del *abuso de derecho*.

- a) El uso de un derecho objetiva o externamente legal.
- b) Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica.
- c) Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada de forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo), o bajo forma objetiva (cuando el daño procede de exceso o anormalidad en el ejercicio de ese derecho).

Concluyendo la doctrina que la figura del abuso de derecho no puede invocarse cuando la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio de un derecho está garantizado por un precepto legal, siendo en todo caso de aplicación restrictiva, ya que se trata de una figura jurídica de carácter excepcional.

INADMISION POR CUANTIA.—LAS CAUSAS DE INADMISION SE CONVIERTEN EN CAUSAS DE DESESTIMACION. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. don Teófilo Ortega Torres.

Desestima el TS el presente recurso ya que la cuantía del mismo no supera los 3 000.000 de pesetas exigida como mínima por el artículo 1.687.1.º LEC (hoy tras la reforma de la Ley 10/1992 se eleva a 6.000.000 de pesetas) para interponer el recurso de casación y ello porque, aun no constando un valor cierto, sí puede estimarse relativamente, con certeza, una cantidad claramente inferior.

RECURSO DE REVISION.—MAQUINACION FRAUDULENTE DEL NUMERO 4 DEL ARTICULO 1.796 LEC. (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

El número 4 del artículo 1 796 admite la revisión de una sentencia si ésta se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta.

Al pretender esa revisión de una sentencia el TS aclara lo siguiente:

«Sabido es que el recurso extraordinario de revisión no es el medio idóneo para examinar el contenido y fondo de la cuestión litigiosa; esta está definitivamente juzgada por la existencia de una sentencia firme (art. 1.797 LEC), su función más bien se reduce a la finalidad de rescindir la sentencia ganada a virtud de medios ilegales, siempre, claro está, que estos medios hayan ocurrido fuera del pleito, pues si hubiesen sido contemplados y discutidos dentro del mismo ya no podrían calificarse como ajenos».

ERROR JUDICIAL.—EL PROCESO ESPECIAL DEL ERROR JUDICIAL NO PUEDE CONFUNDIRSE CON UNA TERCERA INSTANCIA. (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1994)

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil.

La DOCTRINA del TS viene a declarar de forma reiterada respecto del error judicial (art. 121 CE y 292 y siguientes LOPJ), que el error, *en su aspecto de error fáctico*, se produce cuando converge manifestas equivocaciones en la fijación de los hechos, se parte de pruebas que no han tenido lugar, así como de aportaciones extraprocesales, o cuando sucede que los hechos que se presentan probados son omitidos transcendentalmente.

Y *en su aspecto de error «iuris»* declara que no puede en un proceso de error judicial ni denunciarse la posible incongruencia de la sentencia ni atacarse la actividad interpretativa del Tribunal en su función juzgadora, pues el error judicial requiere que se haya incurrido en equivocaciones manifestas y palmarias en la interpretación o aplicación de la ley, o se haya fundado el fallo en normativa inexistente, declarada ilegal o caducada, ocasionando desorden en la recta y debida administración de justicia.

CUESTION DE COMPETENCIA. (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1994)

Ponente. Excmo. Sr. don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Esta cuestión de competencia se basa en un contrato de compraventa mercantil, que da lugar a que el vendedor reclame parte del importe de la mercancía servida al comprador.

De la documentación obrante en autos resulta que no existe constancia alguna de que haya existido sumisión expresa ni tácita; que tampoco hay documento alguno que determine el lugar de la entrega de la mercancía, ni del en que debe efectuarse el pago; obrando sin embargo notas de pedido en la que aparece que la mercancía viajó «a portes debidos» lo que da lugar a que conforme a una muy constante doctrina del TS la entrega se estima tuvo lugar en el establecimiento mercantil del vendedor (art. 1.171 CC en relación con el 325 CCom).

RECURSO DE REVISION. (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1994)

Ponente: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Doctrina.—El plazo de tres meses para interponerlo es de caducidad y no de prescripción y obliga al recurrente a probar con toda exactitud el *dies a quo*, lo que no se cumple en este caso.

— Por otro lado el número 1 del artículo 1.796 exige que los documentos recobrados sean decisivos, y que hayan sido detenidos por fuerza mayor, o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia, lo que tampoco se cumple ya que los documentos constaban en archivos públicos.

E. C. C.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

DOMÍNGUEZ LUIS, JOSÉ ANTONIO: *Registro de la Propiedad y Administración Pública*, Granada, Editorial Comares, 1995. Un tomo de 784 páginas.

Esta monografía constituye, en esencia, la tesis doctoral de JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS, Letrado del Tribunal Supremo y Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III.

La tesis estuvo dirigida por el doctor don LUCIANO PAREJO ALFONSO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III, que prologa la obra

Comienza el doctor DOMÍNGUEZ LUIS abordando un tema clásico del Derecho: La forma de los actos y negocios jurídicos, pero ligando aquélla, es decir, *la forma*, a otras dos instituciones importantísimas cuales son *la publicidad de la relación* y *la seguridad jurídica*. Así, el autor llega a afirmar que «a través del Registro de la Propiedad se supera la tradicional antítesis entre el fondo y la forma», constituyendo la inscripción en el Registro, pues, el medio idóneo para dar publicidad a los actos y negocios jurídicos sobre bienes inmuebles y derechos reales, pero también el fundamento de la protección que brinda el propio Registro como «presupuesto para la configuración registral de los derechos reales».

Transparencia y seguridad del tráfico jurídico inmobiliario es el Registro de la Propiedad, prosigue JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ, señalando que el «sistema de publicidad registral tiene por efecto fundamental garantizar la seguridad de las transacciones inmobiliarias y prevenir los conflictos que se originan de la opacidad de éstas y, subsiguientemente, coadyuvar al mantenimiento del orden público y de la paz social»

Tras estudiar después detenidamente el origen y la evolución del Registro de la Propiedad español, presenta sus actuales objetivos, que son: Exteriorizar los actos de constitución, transmisión, modificación y extinción del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, así como servir a la ordenación, organización y estabilización de determinadas relaciones sociales. De ahí, por tanto, que el Registro de la Propiedad contenga elementos jurídicos-privados y jurídico-públicos, en concordancia con las actuales dimensiones privada y pública de la propiedad.

Pero sin duda que es el *urbanismo*, y más concretamente el Derecho Urbanístico, afirma JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS, donde esa transformación del derecho de propiedad se hace más patente, obligando a una coordinación entre la institución registral y el ordenamiento urbanístico que ha encontrado finalmente reconocimiento en el vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992.

Por otra parte, a esta misma conclusión se llega, dice el autor, considerando el acceso al Registro de la Propiedad de los bienes de dominio público

A continuación estudia los fines del Registro de la Propiedad, a saber.

- 1) La seguridad jurídica de los derechos y del tráfico inmobiliario.
- 2) Facilitar el crédito territorial con garantía de inmueble a través de la figura de la hipoteca.
- 3) Garantizar el cumplimiento de la función social de la propiedad controlando la efectividad de los impuestos que gravan el tráfico inmobiliario y la legalidad urbanística.

Por otro lado, desde el punto de vista organizativo, los Registros de la Propiedad se encuentran incardinados en la Dirección General de los Registros y del Notariado (Ministerio de Justicia e Interior), en la que componen una *organización administrativa especializada* como órganos de *registro y certificación*. También los Registradores de la Propiedad poseen un *estatus peculiar*, pues aunque realizan una función pública perciben sus honorarios por medio de arancel, dirigen y gestionan la oficina registral y están sometidos a un régimen de responsabilidad civil propio de los profesionales libres.

Por último, señala el doctor DOMÍNGUEZ LUIS que el procedimiento registral es un *procedimiento administrativo específico* o particular, resaltando la importancia de la *calificación como acto administrativo* y criticando el vigente régimen jurídico de recursos. Por lo que propone, a su vez, que tras agotar la vía administrativa de impugnaciones se establezca el control jurisdiccional por los Tribunales de lo Contencioso en aras de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la Constitución.

El libro, muy bien documentado por cierto, es un excelente estudio sobre el Registro de la Propiedad y a buen seguro constituirá —o constituye ya— una obra básica sobre la materia.

IGNACIO SERRANO BUTRAGUENO

CERDÁ GIMENO, JOSÉ: *La protección del crédito en la jurisprudencia*, editado por los Colegios Notariales de España. Prólogo de LUIS DIEZ-PICAZO, Madrid, 1995. Un tomo de 764 páginas.

Con afectuosa dedicatoria me ha entregado este libro, *brevi manu*, su autor, nuestro amigo JOSÉ CERDÁ, conocido colaborador de esta REVISTA. Hace ya treinta años que viene publicando sus valiosos trabajos en nuestras páginas, sean estudios sobre temas puntuales o comentarios sobre jurisprudencia. Hace un par de números se insertó un profundo estudio filosófico-jurídico titulado *Una introducción al Derecho*.

Para nuestros lectores, pues, ya es conocido JOSÉ CERDÁ, Notario que ejerce en la isla de Ibiza desde hace varios años, siendo su labor más encomiable en cuanto que no tiene las facilidades de otros para encontrar la documentación y la bibliografía necesarias a la hora de ponerse a escribir. La dedicatoria de este libro tiene un tinte patético y trasluce esa carencia; dedica su obra a los juristas españoles, en especial a quienes ejercen en lugares alejados de los centros universitarios.

Sin embargo, superando su aislamiento, aquí está un eslabón más de su afán de publicista, tocando siempre temas candentes que a todos nos interesan. El autor, además de publicaciones en ésta y otras revistas profesionales, concurre a numerosas conferencias, aportando ponencias y comunicaciones llenas de un contenido valioso, y además escribe libros de varios centenares

de páginas llenas de doctrina. Habría que ver lo que haría si tuviera bibliotecas a mano.

Entre 1992 y 1993 el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores le editó una serie de cuatro libros espléndidos de contenido que ya se han agotado. En ellos estudió la jurisprudencia sobre el legado de parte alícuota, recopiló sus notas a las sentencias sobre el Derecho de Familia, recogió sus varios estudios sobre este Derecho familiar y trató sobre la codificación y los Derechos civiles territoriales.

El Profesor DIEZ-PICAZO, nuestro Director, en el Prólogo de uno de aquellos tomos llamaba al autor «arretista», galicismo que significa estudioso de la jurisprudencia, en cuanto que JOSÉ CERDÁ con su trabajo nos señala cuáles son las sentencias que debemos tener en cuenta, separándolas de aquellas otras dictadas burocráticamente; es muy de agradecer, decía, que alguien nos separe el grano con el que debemos quedarnos de la paja para evitar que tengamos que digerir ésta.

El presente libro lleva también Prólogo de DIEZ-PICAZO, quien lo califica de verdadera obra de investigación jurisprudencial y alaba la tarea de los comentaristas de sentencias que tratan de descubrir con claridad cuáles son los casos decididos y cuáles son las diferencias que estos casos presentan respecto a otros anteriores y buscar por ese camino la razón por la que el Tribunal decide de modo distinto casos aparentemente idénticos.

Aquí JOSÉ CERDÁ ha elegido un tema tan actual como la jurisprudencia en materia del crédito. Quienes vemos cómo crecen en nuestros despachos los embargos e hipotecas día a día y, lo que es peor, cómo les siguen inexorablemente los correspondientes juicios ejecutivos, ordinarios o especiales, podemos atestiguar que el respeto al cumplimiento de las obligaciones es cada vez menor. ¿Por qué no pagan los deudores, porque no quieren o porque no pueden?

El autor incluye como entradilla del título una jugosa nota bajo el título «Breve principio: Del acreedor débil al deudor débil, pasando por el Estado débil», que retrata de modo gráfico esta crisis económica en la que la pescadilla se muerde la cola. Así, dice que basta echar una ojeada al mundo circundante para darse uno cuenta de los tiempos difíciles en que vivimos: acreedores disponiendo de paquetes de letras protestadas sin poder cobrarlas; juicios ejecutivos pendientes del despacho judicial sin solución; deudores responsables que siguen solicitando créditos y préstamos; entidades financieras que incrementan el problema incitando a la demanda de créditos luego incobrables; Ayuntamientos y Administraciones Públicas endeudadas con contratistas y suministradores de servicios, Estado que adeuda la parte proporcional debida a esas Administraciones Públicas y endeudado, por otra parte, internacionalmente...

¿Exagera JOSÉ CERDÁ? Ustedes dirán. Pero quizá por ello se ha decidido a lanzar una mirada retrospectiva a tiempos pasados para exponer cómo eran las cosas entonces en comparación con esta época de crisis generalizada para comprobar, dice, que el derecho de crédito está muy falto de protección.

Para ello ha realizado un trabajo de chinos recogiendo las sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia, algunas incluso anteriores al Código Civil y, ya después de éste, empieza por la primera, de 14 de noviembre de 1890, hasta la última, que ficha que es de 26 de noviembre de 1992; más de un siglo de jurisprudencia con un total de casi trescientas sentencias, que ya es decir.

En la primera parte, la más amplia del libro, se hace una exposición, por orden cronológico, de estas sentencias; dada su enorme extensión, en algunos casos se concreta un breve resumen, y en otros se hace una presentación más detallada de las particularidades del caso cuando es importante o especial; entonces se presentan los hechos y los razonamientos jurídicos, todo seguido de un atinado comentario, donde el autor resalta lo más saliente de la doctrina contenida en el fallo, dando a conocer mejor el fondo del asunto.

No termina la obra con esa amplia exposición cronológica, sino que el autor hace a seguido, en la segunda parte, un examen doctrinal de los medios directos de protección al crédito, aunque siguiendo la luz de la jurisprudencia antes expuesta.

Entre los medios procesales estudia el embargo preventivo, las medidas de aseguramiento de los bienes en litigio y el secuestro; entre los medios sustantivos analiza el tratamiento jurisprudencial de las conocidas, pero a veces confundidas, acciones subrogatorias, revocatoria o pauliana y rescisoria, trayendo para ello a colación de nuevo una muestra completísima de sentencias que analizan la naturaleza de estas acciones; bajo este enfoque jurisprudencial el autor articula un completo cuadro diferenciador aclarando analogías y disparidades de estas actuaciones.

Tras un breve pero útil apunte legislativo de Derecho comparado donde recoge disposiciones de varios países europeos con los que ahora nos tenemos que codear irremediabilmente, el autor aborda en la cuarta parte del libro un estudio conceptual de los medios de protección de los derechos de crédito, empezando por su delimitación, para seguir con los presupuestos y las consecuencias de su aplicación.

Y termina el libro con unas breves pero acertadas y jugosas ideas de axiología jurídica sobre el tema y un epílogo en el que insise en la situación económica actual con que lo iniciara, volviendo al tema del deudor débil y el Estado débil, pasando por el acreedor igualmente débil.

Y como anexos unas tablas alfabética, cronológica y sistemática de sentencias que favorecen su busca, un índice bibliográfico y unos cuadros estadísticos con diversos interesantes modelos que muestran la realidad española y la de otros países europeos en este problema de la crisis del crédito.

En definitiva, un completo cuadro jurisprudencial y doctrinal de la materia. Una vez más, nuestro amigo el Notario isleño nos da la lección de su enorme voluntad de trabajo que supera incluso esa añorada falta de una buena biblioteca universitaria. Se dice que querer es poder, pero también hace falta saber. Y JOSÉ CERDÁ sabe; aquí está la muestra.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL, y otros: *Legislación hipotecaria y jurisprudencia*, Editorial Trivium, en colaboración con el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995. Un tomo de 1219 páginas

Por muy clara que pueda parecer la letra de una norma, siempre precisará que ahondemos en el conocimiento de su verdadero sentido para poder aplicarla adecuadamente.

A la vista de una situación que encarna el supuesto fáctico contemplado, acudimos a la norma que consideramos aplicable, y es entonces cuando pueden empezar a surgir las dudas. ¿Es ésta realmente la disposición que puede darnos la solución al problema planteado? ¿Cabe aplicarla puramente o pueden darse circunstancias que varíen su sentido hasta aconsejar que introduzcamos reservar o lleguen a hacerla inaplicable?

He aquí la cuestión que se plantea al jurista que tiene ante sí un caso y desea resolverlo del modo más atinado para conseguir el ansiado *suum quique tribuere*. No descubrimos el Mediterráneo al decir que estamos hablando, ni más ni menos, que de la interpretación. Se trata en todo caso de investigar el verdadero sentido de la norma. Pero sobre esto se ha escrito tanto que sería ocioso el intento de tocarlo de nuevo; todos hemos estudiado las teorías sobre las clases, medios y elementos de la interpretación. Sólo queremos recoger la idea de que junto a la interpretación auténtica que nos da el propio legislador o la doctrina que nos dan los autores está la jurisprudencial, realizada por los tribunales, y en nuestro caso concreto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que nos sirve de eficaz guía práctica para ayudarnos a encontrar la salida más acertada.

Y a esto se ha acudido también en este relevante libro cuya salida comentamos. En su título ya se resalta de entrada la importancia que se concede a la jurisprudencia para la aplicación de los artículos de la legislación hipotecaria para adecuar las situaciones jurídicas que se presentan a recibir la cobertura registral.

La obra sigue la línea de una colección más amplia de textos legales y que empezó con los seis tomos de comentarios jurisprudenciales al Código Civil, dirigida por el Magistrado JOSÉ LUIS ALBÁCAR. Se adopta su formato en cuanto a la exposición de los artículos, concordancias y jurisprudencia aplicable, como veremos.

Naturalmente, al tratarse de exponer la legislación hipotecaria con la jurisprudencia a ella aplicable, la obra debería ser realizada, y así ha sido, por un equipo de Registradores de la Propiedad que muestran en ella no sólo su lógico conocimiento de la materia, sino también un encomiable espíritu de servicio que hemos de agradecer todos cuantos nos vamos a lucrar del excelente trabajo, realizado con un indudable esfuerzo.

Soy testigo, por haberlo presenciado, de los afanes que han tenido que realizar estos laboriosos compañeros, sobre todo al final, para tener dispuesta a fecha fija la tarea que se habían impuesto y poder entregar los originales a la editorial en el día previsto. Dirigidos por el Catedrático de Derecho Civil y Registrador de Madrid MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, han dedicado muchas horas de trabajo nuestros compañeros JOSÉ MARÍA GÓMEZ VALLEDOR, JORGE SALAZAR GARCÍA, JOSÉ LUIS JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, IGNACIO DE LA FUENTE GUITART y CONSUELO DE ANDRÉS HERMANA; esta última, como es sabido, se nos marchó en un desgraciado accidente y no ha podido ver terminada la obra en vida. Sus compañeros lamentan la triste desaparición y dedican este libro a su memoria recordando su colaboración.

La obra empieza con las Exposiciones de Motivos de las distintas redacciones de la Ley Hipotecaria y de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, y los Preámbulos de los Reglamentos para su aplicación. Estos textos preliminares suelen tener un gran valor orientativo porque pueden contener las líneas del pensamiento de los redactores e implican a veces una verdadera interpretación auténtica de las finalidades perseguidas con la nueva

norma. La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 es un texto clásico y muy conocido; también son notorios los preliminares de las siguientes redacciones de la Ley, donde ya se remarca el sentido social de la propiedad de nuestra época y, por consiguiente, las nuevas tendencias a imprimir a la institución del Registro de la Propiedad. Por eso, su reproducción en este libro, lejos de ser ociosa, es utilísima para quienes quieran recoger el espíritu del legislador ante las distintas cuestiones que se tocan.

A continuación el libro entra en materia propiamente dicha y se exponen todos y cada uno de los artículos de la Ley Hipotecaria, de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y sus respectivos Reglamentos. Junto a cada texto articulado, que se remarca en negrita, se señalan sus concordancias, recogiendo a continuación la jurisprudencia aplicable a estos artículos y que se ordena con criterios doctrinales, lo que facilita su exposición; siguiendo estas pautas se recogen sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General y también algunas sentencias y autos del Tribunal Constitucional y, a veces, sentencias de Audiencias y Tribunales Superiores de Justicia en aquellos casos que se han considerado significativas.

La cita de estas sentencias y resoluciones se ha iniciado a partir del año 1940, aunque a veces se recogen algunas anteriores. Como se dice en la Introducción del libro, se ha intentado ofrecer, y nosotros decimos que se ha conseguido, la mayor parte de esa doctrina jurisprudencial referida a la legislación hipotecaria actual y que abarca los cincuenta y cinco últimos años.

En cuanto a las resoluciones de la Dirección General, su cita es casi exhaustiva, y también se recogen a seguido de los artículos con los que su doctrina tiene conexión. Naturalmente, sólo se puede hacerse un resumen, aunque sustancial y bastante, de esas resoluciones; quienes precisen del texto completo, dada la cita y orientación que se facilitan, pueden buscarlo en las fuentes normales en que tales resoluciones se insertan.

Tras reflejar 22 modelos de asientos que a guisa de guía simplemente orientativa contienen los Reglamentos, el libro nos proporciona dos índices de especial utilidad. Uno de ellos es el sistemático, donde se sigue el orden de los artículos, con sus sumarios de la jurisprudencia que se expone a continuación.

El otro índice es alfabético y por materias y que resulta altamente provechoso, pues facilita muchísimo la busca de los conceptos que interesan. Se recogen los distintos conceptos jurídicos más significativos tratados por la jurisprudencia que se ha citado en el libro y, dentro de cada uno de ellos, se contemplan los subconceptos o puntos más concretos en que a su vez puedan subdividirse. Este índice por materias ocupa nada menos que treinta y dos páginas de apretada letra, y eso da una idea del cuidado y esfuerzos enormes que se ha tenido que emplear para clasificar y dar entrada a la jurisprudencia en las numerosísimas voces posibles en que puede buscarse. A la hora de encontrar con tanta facilidad el concepto deseado, bien podremos agradecer a nuestros compañeros esta auténtica obra de chinos que tanto nos ayudará.

Diremos, pues, que este libro no puede ser destinado a colocarlo en un anaquel de la librería, sino que su sitio normal será la mesa de trabajo para su consulta frecuente. Cuando menos se espera nos aparezca un título que encierra una cláusula o condición que nos hace dudar lo bastante como para tener que acudir a las andaderas de la doctrina jurisprudencial.

En estos casos el libro nos echará una mano decisiva al indicarnos por dónde podremos buscar esos conceptos que nos inquietan diciéndonos cuáles son las sentencias o resoluciones que se han ocupado de cuestiones análogas.

Tenemos que concluir afirmando que la obra es muy completa y será utilísima sin ninguna duda. Enhorabuena y nuestro agradecimiento al equipo de autores, esos compañeros que han conseguido este libro por el que merecen nuestro reconocimiento.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

CORRAL GIJÓN, JOSÉ M.²: *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas* (tesis doctoral). Prólogo del Profesor Dr. don MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1966. Un tomo de 308 páginas.

Es bien conocida la frase de CARNELUTTI que asigna al Derecho como única y exclusiva función la de reducir la Economía a la Ética. Probablemente no sea disparatado encontrar en el fondo del pensamiento del gran procesalista italiano un doble significado: la alusión a la función moralizadora del Derecho, la necesidad de adecuar la norma a las exigencias de la Ley natural, el orden jurídico como presupuesto de la justicia. También, quizás, más escondidamente, el condicionante económico del Derecho, realidad visible en el terreno del Derecho patrimonial, entidad más metafísica en otras ramas formalmente dominadas por el componente de las relaciones puramente personales.

El espectacular desarrollo de la ciencia urbanística en los últimos decenios encuentra, desde luego, una primera explicación en el sustrato económico que la actividad urbanizadora y constructora conllevan. Sería, no obstante, erróneo centrar la realidad urbanizadora en consideraciones estrictamente económicas.

El Urbanismo no es una industria ni una mera actividad de promoción y construcción de viviendas. Si así fuera, no habríamos salido —como explica MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ— de «esa anarquía deshumanizada de núcleos de población que es el suburbio». Con ser importante, el Urbanismo no se justifica solamente por la solución al problema del alojamiento. Reclama una proyección de futuro en la que el núcleo de población viene acompañado de servicios, zonas verdes, terrenos, equipamientos, etc.

Pero todo esto en sí mismo que es *civilización*, es decir, instrumentos materiales y técnicos que coadyuvan al desarrollo personal y convivencial en los asentamientos humanos, tampoco agota las posibilidades teleológicas del Urbanismo. Precisa una adecuada ordenación de esos medios atendiendo a factores *territoriales* y *culturales* que el Planeamiento debe tener rigurosamente en cuenta.

El Urbanismo, pues, no agota su función con la transformación del suelo en espacios habitables dotados de los más avanzados medios técnicos de convivencia ciudadana. Además, ha de atender a la realidad cultural del territorio en que se desarrolla: respeto a los cascos antiguos que son expresión arquitectónica de la evolución y la cultura de sus habitantes, limitación de alturas, atención al medio ambiente y a los específicos espacios naturales, etc.

Lo primero que sorprende de la obra de JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN es precisamente la clara visión del autor en el urbanismo inserto en la ordenación del territorio, lo cual conlleva los aspectos técnicos y culturales connotados. Su objetivo está centrado en la *publicidad jurídica registral*, instrumento de

seguridad en las distintas situaciones jurídicas del proceso urbanizador. Pero no cae en la tentación de estudiar directamente los puntuales aspectos registrales del urbanismo. Comprende perfectamente que el Derecho Registral, antes que técnica es ciencia que se apoya en unos pilares sustanciales, comunes a todos los sistemas: cognoscibilidad legal como presunción de conocimiento que se impone por razones de seguridad jurídica, pero también como posibilidad de conocimiento efectivo por razones de estricta justicia; efectos sustantivos de los pronunciamientos registrales porque estamos ante un Registro y un sistema de publicidad *jurídica*; etc. Es decir, completa un riguroso esquema sobre los fundamentos mismos de la publicidad jurídica tabular que le permite abordar con desenvoltura las cuestiones estrictamente técnicas y la aplicación de los principios en que la normativa positiva los desarrolla, dejando sin argumentos la preocupación de HERMIDA LINARES de que el Derecho Registral se haya convertido en una especie de ciencia oculta de Notarios y Registradores.

Pero antes de emitir nuevos juicios sobre la obra, parece oportuno hacer un breve desglose de su denso contenido.

I. INTRODUCCION

Recoge la preocupación del autor por encontrar las razones que en el pasado siglo hicieron inaplazable la sustitución del viejo sistema de *registro de cargas* por el más moderno de *registro de propiedad*, que venía impuesto por el reformismo agrario e industrial, pero también por la necesaria movilización del valor en cambio de los inmuebles, que de instrumento y garantía pasan a convertirse en instrumento de crédito y que lleva al desarrollo de los Bancos de crédito territorial, cuyo funcionamiento reclama un sistema eficaz de publicidad y seguridad.

Ahora bien, de la concepción individualista y estrictamente económica se ha pasado a realidades presididas por la necesidad de ordenar el suelo y el sentido social de la propiedad. El Registro pasa a tener un profundo contenido social de garantía de la comunidad entera, más allá de concepciones puramente particularistas. Desarrolla el pensamiento de LA RICA y nos dice que el Registro es el instrumento más apto para el cumplimiento práctico de las nuevas directrices sobre la función social del dominio y, específicamente, para las acciones concretas de planificación y ordenación del suelo por el carácter sustantivo y formal de la publicidad y por su capacidad de eficaz control en el mantenimiento de la legalidad urbanística.

II. LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y SUS RELACIONES CON LA ORDENACION URBANA

A) LA PUBLICIDAD REGISTRAL

La particular naturaleza de la publicidad registral le permite no sólo atender a la seguridad de los derechos y del tráfico, según los cánones clásicos, sino también cooperar en la ordenación territorial y en los fines comunes y generales.

Pero ¿qué es la publicidad registral?

En este punto el doctor CORRAL GIJÓN se produce con un rigor cíclico exhaustivo, equiparable al de los mejores tratados o monografías de la especialidad.

a) *Concepto*. Se detiene especialmente en la doctrina italiana, que ha sabido valorar el alcance de la publicidad como «sistema de declaraciones dirigido a señalar los cambios de las situaciones jurídicas privadas en interés genérico de todos los ciudadanos» (CORRADO), o como «declaración de voluntad dirigida a que un determinado acto se exteriorice a través de un organismo público» (PUGLIATI), destacando la nota de la «cognoscibilidad legal» como presunción de conocimiento y posibilidad de conocer.

En la doctrina española estudia la posición de los hipotecaristas de los que la publicidad es un principio (JERÓNIMO GONZÁLEZ, ROCA SASTRE), o la exteriorización de una situación jurídica que crea cognoscibilidad general, no tanto un conocimiento como la posibilidad de producirlo (HERNÁNDEZ GIL, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, Díez-PICAZO, GARCÍA GARCÍA), sin olvidar su doble alcance privatista y social (LÓPEZ MEDEL, CORRAL DUEÑAS).

b) *Naturaleza y caracteres*. La publicidad registral responde a las notas de permanencia o exteriorización continuada; organizada por la propia Administración a través del Registro de la Propiedad, se refiere a situaciones jurídicas reales sobre bienes inmuebles y produce cognoscibilidad general. La publicidad es una declaración de voluntad dirigida a la exteriorización de situaciones jurídicas, pero no es forma del negocio (HERNÁNDEZ GIL), ni una mera notificación (BARASSI, NÚÑEZ LAGOS) ni, desde luego, una simple publicación de alcance meramente publicitario.

c) *Efectos*. La publicidad registral crea una situación de notoriedad y una posibilidad de conocimiento. Pero sus efectos van más allá de la publicidad-noticia y alcanzan de lleno el campo jurídico sustantivo, con mayor o menor alcance según los sistemas. efecto constitutivo del derecho, elementos necesarios de oponibilidad a los terceros o de refuerzo convalidante del derecho. Citando al Profesor AMORÓS GUARDIOLA, destaca la conversión de la relación jurídica material en «relación jurídica registral», nacida en funciones de publicidad y seguridad jurídica.

d) *La publicidad en los Congresos Internacionales de Derecho Registral*. Hace el autor un minucioso recorrido por las principales conclusiones de los Congresos que no se han limitado a formular declaraciones programáticas (Carta de Buenos Aires, I Congreso, 1972), afirmando el valor de la publicidad registral en los negocios inmobiliarios mediante la protección del titular y la seguridad del tráfico, sino que han hecho propuestas concretas sobre la ordenación urbana (II Congreso, Madrid, 1974), la propiedad horizontal y la prehorizontalidad (III Congreso, Carta de Puerto Rico), el urbanismo (IV Congreso, 1980, Carta de México), los conjuntos inmobiliarios (V Congreso, Roma, 1982), la parcelación de tierras urbanas o rurales (VI Congreso, Río de Janeiro, 1987), etc.

Resume CORRAL GIJÓN que los Congresos Internacionales de Derecho Registral, en cualquier caso, han reafirmado el valor de la publicidad en la seguridad jurídica, sus consecuencias sustantivas y la necesaria legalidad de los actos publicados, que sólo se consigue mediante el control de la calificación registral.

B) LA ORDENACIÓN TERRITORIAL EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1.º *Bases constitucionales y legales.* Apela el autor a las bases constitucionales de la ordenación del territorio: artículos 33 (función social de la propiedad), 47 (adecuada utilización del suelo), 131 (necesidad de equilibrar y armonizar el desarrollo sectorial y regional) y 148 (amplias atribuciones a las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda).

Las bases legales son de doble ámbito: urbano (Propiedad Horizontal, Ley del Suelo y Reglamentos) y agrario (Leyes de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, de Fincas Manifiestamente Mejorables de 1979, de Modernización de Explotaciones Agrarias de 1955). Las leyes autonómicas —ya muy numerosas— completan el cuadro.

2.º *Naturaleza y caracteres de la planificación.* Actividad exclusiva de los entes públicos; la planificación se presenta, bien como una actividad de policía, como una actividad de fomento y como un servicio público. Sus caracteres se centran en ser el resultado de una acción administrativa, recaer sobre una pluralidad de actividades, obras o servicios y crear una norma o estatuto jurídico sobre los bienes afectados por el Plan.

3.º *Necesidad de la ordenación territorial.* La planificación del suelo es consecuencia de su escasez en relación con el aumento de la población, de la necesidad de modelación del desarrollo urbanístico, con la consiguiente creación de equipamientos en beneficio de la comunidad, y todo ello bajo el sustrato de las nuevas concepciones sociales de dominio.

4.º *La publicidad registral de los Planes de Ordenación.* Si la ordenación racional del territorio debe conjugar las facultades individuales y el sentido social del dominio, resulta necesario un sistema de publicidad que refleje el contenido y deberes de la propiedad ordenada.

Pero ¿es posible la publicidad registral del Plan? El Registro de la Propiedad publica derechos objetivos y situaciones jurídicas, no normas. El Plan, además, considera grandes zonas o perímetros de actuación; en el Registro la unidad es la finca.

No obstante, es posible la constancia registral de determinadas delimitaciones, actuaciones, derechos o situaciones derivadas del Plan: publicidad de la iniciación de los procedimientos de revisión en vía administrativa o impugnación jurisdiccional; medidas registrales de aseguramiento de obligaciones pecuniarias; publicidad de las situaciones reales de apartamiento de ordenación, sujeción de los bienes a los procesos de ejecución de la planificación, medidas de disciplina urbanística, etc.

C) LA PUBLICIDAD DEL URBANISMO

1.º *Doctrina.* Realmente exhaustiva es la relación de autores que han puesto de relieve la conveniencia de publicar las situaciones jurídicas resultantes de la ordenación del territorio y del urbanismo. BENAVIDES DEL REY, CHICO ORTIZ, MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, ARNAIZ EGUREN, LASO MARTÍNEZ, GARCÍA GARCÍA, PRETEL SERRANO.

Pero no tiene inconveniente el autor en recoger también la opinión —¡grande es la viña del Señor!— de algún administrativista (PAREJO ALFONSO) que afirma la superación —¿subordinación?— del concepto iusprivatista del

derecho de propiedad en la ordenación urbanística. Opinión que CORRAL GUJÓN rebate acertadamente como infundada por olvidar, entre otras razones, el principio de legalidad y la calificación registral, que impide que caminen por su cuenta los actos administrativos afectantes a la propiedad inmueble.

Y es que no puede ser de otra manera, pues en realidad lo que no puede olvidarse (y olvida el Sr. PAREJO) es la Constitución española —artículos arriba citados—, que afirma la propiedad privada y su naturaleza de Derecho Civil, no de Derecho Administrativo. Claro que de esto y de sus consecuencias en el campo de la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario —financiación del urbanismo, garantías de los derechos de los propietarios de suelo, de los constructores, de la propia Administración actuante, seguridad de los compradores de viviendas, etc.— es difícil convencer a administrativistas y arquitectos.

2.º *Urbanismo y Congresos profesionales.* Se ocupa el autor del análisis de las más importantes cuestiones urbanísticas en los Congresos Internacionales de Derecho Registral a través de las ponencias presentadas por destacados civilistas e hipotecaristas españoles: DÍEZ-PICAZO, CHICO ORTIZ, POVEDA DÍAZ, GARCÍA GARCÍA, MIQUEL CALATAYUD, ARNAIZ EGUREN, CABELLO DE LOS COBOS, etc., que se han ocupado de cuestiones como el derecho de superficie, la prehorizontalidad, la publicidad registral y el urbanismo, los conjuntos inmobiliarios, la planificación urbanística, etc., así como las conclusiones de los mismos sobre planificación urbana y territorial, publicidad, etc.

Igualmente, alude a la II Asamblea de Registradores Españoles (Barcelona, 1988) que consideró urgente, para la puesta al día de la institución registral, la necesidad de adaptar la legislación hipotecaria a las normas vigentes en materia urbanística.

3.º *Jurisprudencia sobre publicidad del urbanismo.* Particular interés práctico ofrece el exhaustivo catálogo de sentencias que el Tribunal Supremo ofrece y de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que la tesis recoge sobre cuestiones urbanísticas y registrales, que será, sin ninguna duda, a partir de ahora referencia obligada para los profesionales y los estudiosos del Derecho Urbanístico.

III. NORMAS URBANÍSTICAS SOBRE PUBLICIDAD

Advierte el autor que no trata de hacer un estudio histórico sobre la evolución normativa del Urbanismo, sino solamente de la preceptiva relacionada con el Registro de la Propiedad.

Dejando a un lado la legislación sobre vivienda —concepto, como apuntábamos más arriba, superado por el Urbanismo— que acude al Registro como garantía de derechos y de deberes administrativos y fiscales (CHICO ORTIZ), la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 ya arbitró la posibilidad de que los actos administrativos que se produjeran en el ejercicio de las funciones reguladas por la Ley «podrán ser anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad» (art. 209), texto luego incorporado a la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975. La disposición final 13 de esta última formuló además una declaración voluntarista de acomodación total de la legislación hipotecaria a la Ley que quedó en letra muerta, hasta el punto que el Texto Refundido de 9 de abril de 1976 no la recogió.

Normas complementarias recogían los Reglamentos de la Ley del Suelo: de Gestión de 15 de agosto de 1978, de Disciplina Urbanística y de Planeamiento, ambos de 23 de junio de 1978.

Es la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, la que recoge lo que CORRAL GIJÓN llama «regulación orgánica de la publicidad registral». Expresión de la importancia de la reforma fueron el artículo 25, en orden a la constancia registral de las edificaciones, y la disposición adicional décima, que dispuso la inscripción en el Registro de la Propiedad de una amplia relación de actos integrantes de las diversas fases del fenómeno urbanístico.

El Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, desarrolla las orientaciones de la Ley 8/1990. Las dificultades surgidas de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas obligan a distinguir la legislación básica de los preceptos que tienen aplicación plena, considerando los demás como supletorios de la regulación específica de las Comunidades.

La materia registral se agrupa bajo la rúbrica «Registro de la Propiedad» en el Capítulo III del Título IX, artículos 307-310. Pero como en otros muchos artículos, el Texto Refundido se refiere, directa o indirectamente, a cuestiones urbanístico-registrales, CORRAL GIJÓN nos ofrece un completísimo cuadro, distinguiendo:

1) *Normas de aplicación básica*: Artículos 16 (divisiones en suelo no urbanizable), 40 (constancia registral de la ilegalidad de una edificación), 45.1 (carácter no edificable de los terrenos que se transmiten), 203 (ocupación directa de terrenos).

2) *Normas de aplicación plena*: Artículos 307-310 (actos inscribibles), 168.3 (subsistencia de derechos o cargas incompatibles), 169 (acuerdo firme de aprobación definitiva de la reparcelación), 211.3 (servidumbres), 222 (pago del justiprecio en la expropiación), 223 (inscripción de la superficie ocupada como una o varias fincas), 224 (adquisición de las fincas por la Administración libres de cargas), 232 (procedimiento de venta forzosa), 235 (adjudicación al Patrimonio Municipal del Suelo), 258 (parcelas indivisibles), 259 (licencias), 292 (áreas sujetas a derechos de tanteo y retracto), 296 (notificaciones).

3) *Preceptos de aplicación supletoria en defecto de normas autonómicas*: Artículos 136 (usos y obras de carácter provisional), 159 (aportación de terrenos a las Juntas de Compensación), 198 (Registro de Transferencias de Aprovechamiento), 199 (sistemas generales), 299 (Registro Municipal de Solares y Terrenos sin Urbanizar), 297 (transmisión de viviendas sujetas a protección pública)

Completa el autor este cuadro con una detallada relación de la *Normativa Autonómica*, haciendo especial hincapié en las especialidades que alguna Comunidad Autónoma aporta, a pesar de ser la materia registral de competencia exclusiva del Estado, conforme al artículo 149.1.8.ª de la Constitución.

Por último, la relación de fuentes urbanísticas se cierra con una no menos minuciosa referencia a los preceptos que tienen conexión registral de los Reglamentos que afectan al Urbanismo y la Ley del Suelo, vigentes total o parcialmente: Reglamento de Edificación Forzosa de 1964; Reglamento de Reparcelaciones de Suelo afectado por Planes de Ordenación Urbana de 1966; Reglamento de Planeamiento de 1978, Reglamentos de Disciplina y de Gestión Urbanística, ambos de 1978.

IV. LA ORDENACION URBANA EN EL REGISTRO

A) EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

De acuerdo con su impecable técnica jurídica, que le impide dejar lagunas en el análisis cíclico y compartimentado de las situaciones urbanísticas que habrán de ser objeto específico de la publicidad registral, estudia previamente nuestro autor los aspectos estrictamente legales del fenómeno urbanístico. Que van desde la *terminología* —reparcelación, ordenación del territorio, ejecución del planeamiento, reorganización de la propiedad urbana, «ordenación urbanística», con el que se queda—, el examen de los distintos *sistemas de actuación* o ejecución urbanística —compensación, cooperación, expropiación—, la *naturaleza jurídica* de estas actuaciones —carácter jurídico o jurídico-administrativo— y, en particular, la naturaleza de la *reparcelación* —permuta, expropiación forzosa, comunidad especial, concentración parcelaria, subrogación real

B) REFLEJO REGISTRAL DE LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA

Tras una breve introducción sobre las técnicas propias de la mecánica registral, las clases de asientos y la función propia de cada uno de ellos, estudia minuciosamente CORRAL GILÓN los actos y situaciones jurídicas susceptibles de registración, separando los actos inscribibles, los anotables y aquellos cuya constancia registral se refleja en una nota marginal (arts. 37, 288, 307 y 309 TR)

Precisa los títulos inscribibles, sustantivos y formales, resaltando el valor que la Ley da a la certificación administrativa y la clara tendencia a prescindir de la titulación notarial, que critica muy acertadamente como no deseable; destaca la importancia de la calificación registral de los títulos urbanísticos y, siguiendo principalmente a LASO MARTÍNEZ, precisa el alcance de esta calificación: competencia de la Administración actuante, congruencia de mandato y procedimiento, formalidades extrínsecas, determinaciones resultantes del Registro en función de los principios de legitimación y tracto.

En especial se detiene el autor en el estudio y efectos de la constancia registral de determinadas actuaciones de particular alcance en el proceso urbanizador, como son: la nota marginal de iniciación del procedimiento (arts. 310 TR y 102 RGU); cesiones obligatorias de terrenos (arts. 167, 390.1 y 310.2 TR; 46 y sigs. RGU); inscripción de la reparcación y compensación, títulos y circunstancias de los asientos (arts. 169, 307.1, 308, 310.3 y 4 TR), el amplio abanico de posibilidades registrales que supone esa especie de «cajón de sastre» que es el artículo 310.5 del Texto Refundido en materia de modificación de entidades hipotecarias, rectificación de descripciones registrales, inmatriculación de fincas o excesos de cabida, reanudación de tracto o cancelación de derechos reales incompatibles, afectación de fincas adjudicadas al pago de gastos de urbanización; etc.

Mención aparte le ofrece el importante problema de las *expropiaciones urbanísticas*, ocupándose de las distintas finalidades de la expropiación, sus normas urbanísticas y registrales, asientos que origina, destacando la importancia de la *nota marginal* de expedición de la certificación de dominio y cargas de las fincas afectadas y de los *títulos inscribibles*.

No elude tampoco CORRAL GUJÓN en su completísimo estudio el candente problema de las *transferencias de aprovechamiento urbanístico*. Las enormes posibilidades que en orden a la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario ofrece la publicidad registral se manifiestan en esa «finca sin linderos ni superficie» que produce el proceso urbanizador y que es el aprovechamiento urbanístico. El autor analiza en su tesis doctoral todos los perfiles que la figura ofrece: su concepto, conectado con las actuaciones asistemáticas y el área de reparto, que desemboca en un derecho subjetivo de carácter real cuyo contenido económico es susceptible de tráfico; la inscribibilidad de las transferencias de aprovechamiento (art. 307.5 TR); transferencias entre particulares; las cesiones a favor de la Administración; la ocupación directa de terrenos destinados a sistemas generales o a dotaciones locales; el Registro de Transferencias de Aprovechamiento y su conexión con el Registro de la Propiedad; etc.

Por último, en este capítulo dedica epígrafes separando el análisis de las *anotaciones preventivas urbanísticas* (art. 309.2, en relación con el 307.3 y 6 TR) y de las *notas marginales* (art. 309.3, en relación con el 307.4 y 5 TR), sus efectos y duración.

V. PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS EDIFICACIONES

La importancia de las declaraciones de obra nueva y su inscripción registral dentro del sistema de adquisición progresiva de facultades urbanísticas establecido en la nueva Ley del Suelo lleva al autor a estudiar sus conceptos civil y urbanístico, su tratamiento legal y las opiniones doctrinales.

Se detiene especialmente en la actualísima polémica del valor derogatorio que pueda tener la ordenación urbanística sobre las normas civiles del derecho de accesión, haciendo amplio acopio de la literatura jurídica producida al respecto y aceptando la tesis del superior valor de la norma del artículo 353 del Código Civil.

En la específica cuestión de la *inscripción de la obra nueva* examina las normas de la legislación hipotecaria y sus antecedentes, así como el tratamiento que merece en la Ley del Suelo; las disposiciones transitorias y, particularmente, los requisitos para la inscripción: la licencia de obras y la certificación del técnico.

VI. EL DERECHO DE SUPERFICIE

La legislación civil ha prestado escasa atención al derecho de superficie. La referencia del último párrafo del artículo 1.611 del Código Civil remitiendo a una Ley especial las normas para su redención, es decir, para su extinción definitiva, justifica la calificación de «epitafio» que le asignó don JERÓNIMO GONZÁLEZ.

En cambio, la legislación hipotecaria, desde la primitiva Ley de 1861, reconoció expresamente el derecho de superficie, considerándolo hipotecable con ciertas restricciones (art. 107.5.º LH). Siguiendo la pauta marcada por la Ley del Suelo de 1956, la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959 dictó normas para su inscripción (*vid.* art. 16), y el vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (arts. 287-290) contiene la regulación sustantiva

CORRAL GIJÓN hace en la tesis doctoral que comentamos una detallada exposición de la normativa vigente sobre el derecho de superficie: fuentes, constitución, contenido y extinción del derecho. Especial atención dedica a su publicidad registral: carácter constitutivo de la inscripción, inequívoco a la vista del artículo 288 de la vigente Ley del Suelo, si es que había alguna duda ante la expresión del artículo 16 del Reglamento Hipotecario que se refiere a «su eficaz constitución», título y circunstancias.

Cuestión aparte es la reducida aceptación que el derecho de superficie tiene en España frente a la amplia divulgación en otros países, explicable porque la división de la titularidad del suelo y del vuelo repercute positivamente en la financiación y valor final de los inmuebles. Pero los españoles seguimos teniendo un sentido absorbente y «cuasi-quiritario» del dominio: todo o nada y para siempre.

VII. LA DISCIPLINA URBANISTICA EN EL REGISTRO

Dice el autor que el objetivo de la disciplina urbanística es asegurar el cumplimiento de las directrices del planeamiento. Tres aspectos fundamentales de este objetivo encuentran su máxima garantía en la publicidad registral:

a) *Actos de parcelación*. Estudia CORRAL GIJÓN el concepto y las normas sobre parcelaciones urbanísticas, principalmente los artículos 257-259 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, con una importante relación de las normas sobre el particular de las Comunidades Autónomas. Analiza los problemas de las parcelas indivisibles, tanto en el suelo no urbanizable como en el suelo urbano, y destaca el valor de la constancia registral de la indivisibilidad.

b) *Tanteo y retracto urbanísticos*. La garantía del derecho que la Ley del Suelo concede a los Ayuntamientos para delimitar áreas en las que las transmisiones onerosas de terrenos quedan sujetas a derechos de tanteo y retracto (arts. 291-294 TR), encuentra su máxima expresión en la publicidad de los datos sobre los inmuebles afectados que aquellos han de remitir al Registro de la Propiedad y en la necesidad de acreditar que las notificaciones han tenido lugar para que sea posible la inscripción de los documentos de adquisición.

c) *Régimen de venta forzosa*. Una de las sanciones que la Ley del Suelo prevé para el caso de incumplimiento de deberes urbanísticos es la venta forzosa de los terrenos afectados (arts. 227-236). El autor detalla el procedimiento de venta forzosa y la publicidad registral que opera en dos momentos clave: constancia de la resolución del órgano urbanístico mediante nota marginal, y la inscripción a favor del adjudicatario mediante certificación administrativa de la adjudicación.

VIII. RELACIONES ENTRE EL SISTEMA REGISTRAL Y EL URBANISMO

En este último capítulo estudia el autor la necesaria coordinación Urbanismo-Registro de la Propiedad, de la que nos dice que es «no sólo normal, sino inevitable». Entre otros, se manifiesta en los siguientes aspectos: garantía del cumplimiento de obligaciones urbanísticas; efectividad de los sistemas de actuación; el mecanismo de las actuaciones asistemáticas y de la ocupación directa de terrenos es impensable sin el apoyo registral; adquisición progresiva

en las facultades urbanísticas; transferencias de aprovechamiento urbanístico, tanteo y retracto; constancia de edificaciones ruinosas; eficacia de los actos administrativos esenciales del proceso urbanizador; etc.

A satisfacer la necesidad de coordinación coadyuva la correcta aplicación de los principios hipotecarios. Destaca el autor el respeto al principio de *legitimación* en favor de los titulares de fincas de resultado; la aplicación de la protección de la *fe pública registral* y del concepto de tercero hipotecario en determinados supuestos de expropiación (*vid.* art. 224.2 TR); la aplicación de la *calificación registral* al proceso urbanizador como presupuesto de seguridad jurídica; la indispensable coordinación entre las fincas de origen y las de resultado a través del principio de *tracto registral* (art. 310 TR); la necesaria utilización de la *rogación registral*, pues el Registrador no actúa de oficio, aunque la redacción de la norma urbanística imponga una inscripción cercana a la obligatoriedad (arts 169, 258.3, 307, 309 y 310.1 TR); en fin, la rígida aplicación del principio de *especialidad*, que se manifiesta en la identificación de fincas, descripciones, aportaciones de planos, etc.

IX. CONCLUSIONES

La tesis se cierra con unas conclusiones que, en ímproba labor de síntesis, resumen el laborioso y minucioso trabajo desarrollado en el texto.

Un extracto a su vez de esa síntesis nos da este resultado: 1) El Registro de la Propiedad como instrumento fundamental de la publicidad inmobiliaria y de la ordenación territorial. 2) La seguridad jurídica como finalidad de la publicidad, apoyada en la cognoscibilidad legal. 3) El valor sustantivo del Registro de la Propiedad frente a la idea de archivo de noticias. 4) Las tendencias sociales y planificadoras del suelo encuentran en la publicidad registral el mejor medio de control. 5) El Registro de la Propiedad es una garantía de la ordenación territorial en general. 6) En particular es una garantía del proceso urbanizador al publicar las situaciones jurídicas resultantes del mismo. 7) Hay que reconocer la parquedad en materia registral de las primeras regulaciones legales del urbanismo: Ley de 1956, Ley de Reforma de 1975. 8) El vigente Texto Refundido de 1992 contiene por primera vez —siguiendo la DA 10 de la LR de 1990— una regulación comprensiva de la materia referente a la publicidad registral del urbanismo. 9) La ejecución del planeamiento y la equidistribución de beneficios y cargas quedan garantizadas con la función calificadora del Registrador. 10) Las distintas clases de asientos registrales son solución técnica adecuada a la publicidad de las diversas situaciones jurídicas urbanísticas. 11) La facultad edificatoria y la necesidad de licencia y certificación del técnico para patrimonializar la edificación encuentran en el resorte del Registro el instrumento de control adecuado a su finalidad. 12) El Registro de la Propiedad es igualmente instrumento para hacer real el mantenimiento de la disciplina urbanística. 13) Como consecuencia de lo anterior, puede afirmarse una estimable coordinación entre el sistema urbanístico y el hipotecario. 14) La interpretación de las normas urbanísticas, su espíritu y finalidad, de acuerdo con el sentido social de nuestro tiempo, supone la consolidación en esta rama del Derecho del valor del Registro de la Propiedad como institución básica de la publicidad jurídica en España.

El libro va precedido de un atinado Prólogo de don MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, Catedrático de Derecho Civil y Registrador de la Propiedad. Sabedor de

la multiplicidad e importancia de las cuestiones que hoy plantea el fenómeno urbanístico, el profesor AMORÓS GUARDIOLA no duda en calificar de «oportuno, rico de contenido y riguroso en su elaboración» el trabajo del doctor CORRAL GUÓN, de cuyas directrices básicas —antes expuestas— formula oportunos y precisos comentarios

Una actualísima relación bibliográfica, un índice alfabético de materias que facilita la consulta y un índice de los autores citados coronan la obra.

Para terminar, quisiera manifestar dos ideas: en primer lugar mi felicitación a JOSÉ M.^a CORRAL GUÓN que ha hecho un riguroso trabajo de orfebrería jurídica, producto, sin duda, de su enorme capacidad de observación que le permite captar, exponer y colocar en vías de solución los numerosos y complejos problemas que hoy plantea la relación Urbanismo-Registro de la Propiedad.

En segundo lugar, debo dejar constancia del valor práctico del trabajo, que supera la concepción de una tesis doctoral de alcance meramente teorizante. El libro es una imprescindible guía para los profesionales, pues en sus más de trescientas densas páginas se contiene un completísimo y ordenado catálogo de cuestiones que harán del mismo una obra de indispensable y agradecida consulta.

ANTONIO MANZANO SOLANO
Registrador de la Propiedad
Profesor Asociado de Derecho Civil

LÓPEZ LIZ, JOSÉ: *Los tipos de interés, una incógnita permanente Estudio práctico jurídico-económico de su evolución última*, M. Pons, 1996.

El estudio monográfico que el autor hace sobre la materia del «interés» no puede ser de mayor actualidad en esa trayectoria de facilitar dinero para la creación de puestos de trabajo. Pero aparte de su actualidad, la virtud del estudio reside en la forma documentada, técnica y amena con la que es ofrecida por el autor. Debo confesar que para mí este mundo es excesivamente complicado y que el haber abordado la recensión de esta monografía se debe únicamente a razones de amistad. Resulta muy duro para mí «volver a los ruedos de los intereses», y si lo estoy haciendo es claro que se debe notar mi falta de facultades.

Creo que fui uno de los pioneros en tratar, hace ya mucho tiempo, el tema de los problemas que plantearon los llamados «intereses variables», pero desde aquel entonces —año 1970 en la *Revista de Derecho Notarial*— la montaña de estudios, opiniones, doctrina jurisprudencial y resoluciones de la Dirección General de los Registros se ha ido haciendo tremendamente dificultosa de escalar. Hoy hay que andarse con mucho cuidado al tocar el tema en la precisión de los llamados intereses remuneratorios, su diferencia con los moratorios, expresar si son simples o compuestos, fijos o variables, voluntarios o legales... Es un mundo que se me aleja y se reduce a la vieja teoría del «interés jurídicamente protegido» de IHERING, y en el campo literario, a la conocidísima obra de BENAVENTE sobre *Los intereses creados*.

Eso no quiere decir que no deba escribirse sobre esta materia y que mi deber es enterarme de lo que se dice. Creo que monografías como ésta son necesarias en el campo económico-jurídico, máxime cuando en las altas esferas uno de los temas que preocupa es regular en forma actual el viejo

campo de las obligaciones. Situo al autor como nacido en esa noble tierra catalana, y se me viene por ello a la memoria aquel cuento según el cual cuando se estaba reformando el Padrenuestro unificándolo para todo el mundo, dice que hubo una fuerte presión catalana para que desapareciera aquella frase «así como nosotros perdonamos a nuestros deudores», respetando la anterior: «perdónanos nuestras deudas». Parece ser que nuestro perdón no podía alcanzar a nuestros deudores, a los cuales habría que exigir no sólo la deuda, sino también los intereses. Desde ese punto de vista la monografía también tiene su gran utilidad. Prometo aprenderme el nuevo texto del Padrenuestro, pues la jubilación no está para perdones y sí para rogativas constantes.

El libro monográfico viene prologado por ISIDRE FAINE I CASAS, Director General ejecutivo de «La Caixa», y va precedido de una dedicatoria destinada al hermano del autor y a quince Notarios amigos suyos, algunos también míos. Seguidamente se reproducen cuatro citas de cuatro autores que en sus textos hacen referencia al interés. Como intuyo que la obra va a tener varias ediciones, me hubiera gustado brindarle al autor alguna que redondease las citas, pues al ser la quinta, el dicho no podía fallar. A la hora de la busca y recuento sólo he encontrado referencias al «interés» en TIRSO, TIMONEDA y CERVANTES, pero sin formar frase, por lo que he tenido que acudir a MARTÍNEZ KLEISER que recoge un refrán muy bello tomado de RODRÍGUEZ MARÍN: «*Por el interés, lo más feo bello es*». Va en misión de buena voluntad y sin intención de «enmendar planas».

Estoy de acuerdo con el prologuista que el autor trata de darnos «un cumplido repaso a las cambiantes circunstancias por las que se ha tenido que desenvolver la economía española en el pasado más reciente y los cambios que éstas han impuesto al negocio bancario. Todo ello con ese estilo desenfadado, ágil y ameno, no exento de doctas citas, reflexiones certeras y una sutil ironía». He querido reproducir estas frases del prologuista que centran la esencia de contenido del libro y retratan perfectamente al autor del mismo.

La materia contenida en la monografía se estructura en seis partes que debo respetar, pues cada una va marcando lo que podría calificarse de exposición sistemática de los hechos económicos. Vamos ya con esas seis partes:

A) PRIMERA PARTE

Arranca el autor con una cita de JOSEP VILARANAU, Director General de «La Caixa», donde se refleja la idea de que los tipos de interés son una «*incògnita permanente*». Sigue en esta idea con otra cita de ADAM SMITH, quien consideraba que «no es por generosidad por lo que el panadero vende el pan al ama de casa a un precio que ésta pueda permitirse, sino porque le interesa». Así se definía hace dos siglos la economía de mercado.

Utilizando la calificación que un conocido periodista (PABLO SEBASTIÁN) da a la Banca como el «quinto poder del Estado», va desgranando una serie de cuestiones acaecidas al borde de los años sesenta, hasta llegar a los abusos de la Banca en 1988. Frente al dicho de que no hay recetas para triunfar en Banca, destaca las recomendaciones dadas a los banqueros en 1863 por HUGH McCULLOCH, Interventor de la Moneda y más tarde Secretario del Tesoro de Estados Unidos.

B) SEGUNDA PARTE

Explica el autor en esta parte el fenómeno económico que significó el «parón de la bajada de los tipos» en 1994, aunque destaca la preocupación que significó el aumento de los tipos de interés de los «fondos públicos». Especialmente se refiere a la repercusión que ello tuvo en el crédito hipotecario.

C) TERCERA PARTE

Titula el autor esta parte de la siguiente forma: «El repunto de la subida de los tipos de principios de 1995». Arranca en ella con la pregunta de: «¿Qué le pediste a los reyes?» Y contesta: «Los reyes del Banco de España no malbarataron los benéficos efectos de la Ley de Subrogación». Por ese camino nos va relatando acontecimientos como la caída del dólar que arrastró a la peseta, la influencia de la deuda española, el refugio de los denominados depósitos bancarios, la concreción de la pequeña subida y el fin de la tormenta que produjo la estabilidad de la peseta.

D) CUARTA PARTE

Es quizá el capítulo o la parte que más desmoraliza al lector, no ya con el epígrafe de que «*Aunque Alemania enseña, España no aprende*», sino porque ahí se relata la tercera subida del interés oficial generando una posible seguridad del Estado frente a una inseguridad del ciudadano. La visión de futuro, pensando en el año 1997, no deja ver la realidad presente.

E) QUINTA PARTE

Sitúa el autor esta parte en el segundo semestre del año 1995 donde la economía alentaba el descenso de los tipos de interés. Los temas que relata y comenta, al ser de rigurosa actualidad, suben de tono y se encajan en la campaña electoral que en estos momentos se celebra en España. No sé la fecha de publicación de esta recensión, pero la termino tres días antes de celebrarse las elecciones. Por ello me sobrecogen títulos como el del paso del estado de bienestar al del malestar, el de la justicia, el de la confusión entre responsabilidades políticas y penales; inversión, ahorro y trabajo; el paro y los tipos de interés, la esperanza está en el Libro Verde de Maastricht, las expectativas bajistas, etc.

F) SEXTA PARTE

Es quizá la parte en la que un jurista que acotó sus conocimientos en la parcela hipotecaria se mueve con más soltura, ya que los temas giran en torno a la «segunda guerra» de la Ley de Subrogación de Hipotecas. Termina enumerando los enemigos del alma económica: inflación, alto interés, elevado déficit, excesiva deuda y peseta tambaleante. Si España era el problema y Europa la

solución, es preciso terminar como lo hace el autor: superar la inseguridad y el temor.

Entiendo que la amenidad del libro solamente endulza la seriedad de los problemas que aborda, pues el momento económico debe ser tenebroso, aunque del mismo sólo tengan conciencia unos cuantos. Digo esto porque me aterra oír la opinión de los que dicen que *«lo tienen muy claro»*, cosa que ya dijeron cuando se celebró un famoso «referéndum» y luego tuvieron que rectificar. Rectificar ahora sería imposible. Situada la recensión a pocas horas de la decisión, debo terminar como la nota al pie del jeroglífico: la solución mañana,

JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 612 (Septiembre 1995)

«La responsabilidad extracontractual indirecta del propietario de un vehículo por los daños causados por un conductor autorizado», por EDUARDO CORRAL GARCÍA, pág. 9573.

SUMARIO: 1. Precisión preliminar.—2. Aplicabilidad de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de motor.—3. El propietario como sujeto responsable en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Aplicación del artículo 1.903 del Código Civil: a) *Sala de lo Civil*. b) *Sala de lo Penal*.—4. ¿Existe algún criterio de imputación legal de la responsabilidad no personal del propietario no conductor?: a) *La responsabilidad por riesgo apreciada por la jurisprudencia*. b) *La responsabilidad por riesgo como principio general consagrado en nuestro Ordenamiento aplicado analógicamente al ámbito de los accidentes de circulación*. c) *Aplicación analógica del artículo 1.905 del Código Civil*.—5. Relaciones entre el Seguro de Automóviles y la responsabilidad del propietario no conductor: a) *El Seguro Obligatorio de Automóviles*. b) *El Seguro Voluntario de Automóviles*. c) *Conclusión final: Responsabilidad solidaria impropia entre causante del daño, asegurado y asegurador*.

«Sobre el concepto de tratamiento médico o quirúrgico en relación con el artículo 420 del Código Penal», por CARLOS CLIMENT DURÁN, pág. 9593.

SUMARIO: 1. La reforma introducida por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio: 1.1. *La sustitución del criterio objetivista por el subjetivista, inspirada en el principio de culpabilidad, salvo algunos supuestos concretos*. 1.2. *Los problemas interpretativos producidos por la reforma interpretativa*.—2. Referencia genérica a los requisitos del delito de lesiones.—3. La primera asistencia facultativa.—4. El tratamiento médico o quirúrgico: 4.1. *Consideraciones generales sobre el concepto de tratamiento*. 4.2. *El tratamiento médico*. 4.2.1. *La planificación médica de un sistema de curación y la ejecución de lo planificado mediante actos de intervención directa o mediante actos preventivos que son necesarios frente a un peligro de empeoramiento*: a) *La acción médica curativa*. b) *La acción médica preventiva, pero necesaria, en evitación de una posible agravación o empeoramiento*: 1. *Actos de vigilancia médica*. 2. *Actos de medicación*. 4.2.2. *La ejecución de lo planificado por parte de un médico, de un auxiliar o del propio paciente*. 4.2.3. *La relación de necesidad entre la planificación curativa y la sanidad final (exclusión de las puras prevenciones o cautelas médicas)*. 4.3. *El tratamiento quirúrgico*.—5. Casuís-

tica: 5.1. Sobre el tratamiento médico. 5.1.1. Casos en que se ha estimado existente el tratamiento médico: a) Como acción médica curativa y preventiva de índole necesaria. 5.1.2. Casos en que no se ha estimado existente el tratamiento médico. 5.2. Sobre el tratamiento quirúrgico: 5.2.1. En relación con los puntos de sutura. a) Su consideración como tratamiento quirúrgico: b) Irrelevancia de la titulación médica de quien materialmente retira los puntos de sutura. 5.2.2. En relación con el drenaje.

«Las excusas absolutorias en el ordenamiento jurídico español (Con especial referencia a las contenidas en el Código penal militar)», por ANTONIO MILLÁN GARRIDO, pág. 9627.

SUMARIO. I Las excusas absolutorias: consideraciones introductorias.—II. Las excusas absolutorias previstas en la legislación común: a) Los supuestos de inviolabilidad. b) El desistimiento en la tentativa. c) El encubrimiento entre parientes. d) La exención a rebeldes y sediciosos. e) La regularización con la Hacienda Pública o la Seguridad Social. f) El pago del cheque en el libramiento sin provisión. g) La «excusa parental». h) La retractación en el falso testimonio.—III. Breve referencia al Proyecto de Código Penal de 1994.—IV. Análisis de las excusas absolutorias contenidas en el Código Penal militar: 1. Planteamiento. 2. El encubrimiento entre parientes (arts. 23.3. y 129.2 y 3 CPM): A) Previsiones legales. antecedentes. B) Naturaleza jurídica. C) Elementos. D) Efectos. 3. La denuncia del implicado en un delito de traición o espionaje (art. 67 CPM): A) Previsión legal: antecedentes. B) Naturaleza jurídica. C) Elementos. D) Efectos. 4. La revelación del implicado en un delito de rebelión en tiempo de guerra (art. 82.1. CPM): A) Previsión legal: antecedentes. B) Naturaleza jurídica. C) Elementos. D) Efectos.—V. Las atenuantes específicas fundadas en consideraciones utilitarias: 1. Planteamiento. 2. El desistimiento del «mero ejecutor» en la rebelión en tiempo de guerra (art. 82.2. CPM). 3. El desistimiento en la sedición militar (art. 93 CPM). 4. La retractación de la información militar falsa (art. 115.5. CPM).—VI. Un apunte final de Derecho militar comparado: las excusas absolutorias en algunas legislaciones latinoamericanas.

«Retirada por España de reserva prevista en el artículo 15 del Convenio número X de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre la competencia de autoridades y la Ley aplicable en materia de protección del menor: incidencia en la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales españoles», por MERCEDES MOYA ESCUDERO, pág. 9675.

SUMARIO: I. Introducción.—II. El artículo 15 del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961: 1. Razones de la inclusión del precepto contenido en el artículo 15. 2. Pervivencia del foro de la nulidad, la separación y el divorcio en el proceso de revisión del Tratado.—III. Disociación de competencias en el marco convencional y acumulación de pretensiones en el DIPr. autónomo: 1. Competencia judicial internacional en el Convenio de 5 de octubre de 1961. 2. Posibilidad de acumulación de pretensiones.—IV. Concurrencia del foro de la nacionalidad: 1. Determinación del foro y conflictos positivos de nacionalidad. 2. Foro de la nacionalidad y reconocimiento de las medidas

adoptadas. 3. Interés del menor como límite al foro de la nacionalidad: el derecho de los hijos a las relaciones personales.—V. El foro de la residencia habitual: concreción de un supuesto fáctico.—VI. Valoración.

«La cláusula de conciencia (artículo 20.1.d) de la Constitución española)», por JOAQUÍN FRIGOLA VALLINA y JOSÉ FRANCISCO ESCUDERO MORATILLA, pág. 9777.

SUMARIO: 1. Preámbulo.—2. Introducción.—3. Antecedentes.—4. Concepto y contenido.—5. Naturaleza jurídica, límites y efectos.—6. Conflicto de derechos fundamentales.—7. Perspectiva jurídico-laboral.—8. La cláusula de conciencia en los estatutos de redacción.—9. Las propuestas de regulación.

«Minorías, derechos lingüísticos y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», por ALEXANDRE H. CATALÀ I BAS, pág. 10175.

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Convenio Europeo y jurisprudencia de sus órganos.—3. Minorías lingüísticas y tratos degradantes.—4. Derechos lingüísticos y derecho a la educación.—5. Derechos lingüísticos y vida privada.—6. Derechos lingüísticos y derecho a unas elecciones libres.—7. Derechos lingüísticos y derecho a la igualdad.—8. Conclusiones: 1. *Derechos lingüísticos y CEDH* 2. *Minorías lingüísticas y CEDH*.

«Notas sobre Aereoecología», por ENRIQUE MAPELLI, pág. 10211.

SUMARIO: 1. Introducción.—2. La IATA y el ruido.—3. El anexo 16 de la OACI.—4. Otros medios de comunicación.—5. Problemas legales sobre el ruido.—6. Consideraciones técnicas.—7. Precedentes legislativos.—8. Legislación.—9. Convenio de Roma de 1952.—10. El delito ecológico.—11. Algo sobre Barajas.—Conclusión.

«La aplicación de la Convención CMR a los contratos de transporte nacional de mercancías por carretera en Portugal», por JOSÉ LUIS SARAGOÇA, pág. 10223

SUMARIO: 1. Los dos regímenes aplicables al contrato de transporte por carretera de mercancías.—2. La decrepitud del régimen del contrato de transporte nacional previsto en el Código Comercial de 1888: a) *La limitación de responsabilidad del transportista en casos de pérdida, avería o retraso en la entrega* b) *Las causas de exclusión de la responsabilidad del transportista.* c) *La prescripción de acciones del derechohabiente en caso de pérdida, avería o retraso.*—3. La uniformización de regímenes: a) *Modelo.* b) *Metodología.*—4. La revisión del régimen del contrato de transporte de mercancías por carretera de ámbito nacional.

«Situación actual de los privilegios e hipoteca marítimos y embargo preventivo de buques», por GUILLERMO GIMÉNEZ DE LA CUADRA, pág. 10231.

«Marco de las reclamaciones por incumplimiento del contrato mercantil de transporte de viajeros», por FRANCISCO J. SÁNCHEZ-GAMBORINO, pág. 10245

Números 613-614 (Octubre-Noviembre 1995)

«Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos: cuestiones de Derecho procesal», por FRANCISCO LÓPEZ SIMO y MODESTO DE BUSTOS GÓMEZ-RICO, pág. 11213.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Aspectos procesales de la L.A.U. de 1994: panorama general.—III. Algunas cuestiones que plantea la nueva regulación procesal de los arrendamientos urbanos. *a) Cuestiones fundamentales. b) Otras cuestiones procesales de interés* —IV. Juicio global.

COMENTARIO: Ambos autores en este trabajo analizan y tratan de resolver cuestiones importantes, y nada sencillas, referentes a alguno de los problemas de Derecho procesal que en la nueva Ley se suscitan, motivados principalmente por la excesiva simplificación de la Ley que produce abundantes lagunas e imprecisiones.

Comienzan señalando las modificaciones o novedades introducidas por la Ley, tales como la posibilidad de sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje; la acumulación en el procedimiento de cognición de las acciones de resolución del contrato por falta de pago y la reclamación de las cantidades adeudadas por el arrendatario; las condiciones o límites del arrendatario de enervar la acción en los juicios de desahucio por falta de pago; o, el acceso a casación de determinadas resoluciones dictadas en materia arrendaticia

Resulta valioso el estudio que realizan sobre cuestiones prácticas que la nueva regulación plantea. Así, en relación con el nuevo procedimiento verbal para la determinación de rentas, entienden que no podrá llevar consigo la ejecución de sentencia sino que habrá que acudir a otro proceso posterior, en base al tenor literal del precepto y por la sumariedad del procedimiento.

En cuanto al proceso de cognición en el que se acumulan las acciones de resolución de contrato y de reclamación de cantidad, consideran que las rentas que se pueden reclamar son no sólo las exigibles hasta que se interpone la demanda, ni las exigibles hasta la sentencia firme, sino también las debidas hasta ejecución de sentencia. Incluso afirman la posibilidad de reclamar las rentas exigibles hasta que se produce el lanzamiento y el arrendador recupere la posesión, en base al ejercicio de una acción de condena de futuro (al ser la renta la prestación de una obligación periódica) reconocida por la Jurisprudencia, tanto del TS como del TC, en ciertos supuestos. Por otro lado, sustentan la tesis de aplicar el beneficio de la enervación del desahucio por falta de pago en este procedimiento.

También examinan la innovación que supone la limitación de enervar el desahucio por falta de pago cuando ya se haya hecho uso de idéntico derecho. Sostienen que las enervaciones de acciones hechas bajo la legislación anterior no impiden utilizar este beneficio en un proceso regido por la Ley nueva y ello porque de no entenderse así se estaría aplicando retroactivamente en perjuicio del arrendatario una norma que sanciona una actuación que en la legislación anterior resultaba lícita.

Por último, analizan otras cuestiones procesales de interés existentes en la nueva Ley. Así se cuestionan la subsistencia o no del proceso de retracto consecuencia del vacío legal. O, la utilización del procedimiento arbitral en aquellas cuestiones sobre las que las partes tengan poder dispositivo, lo que significa su exclusión en el ámbito de los arrendamientos de viviendas dada la imperatividad de las normas en esa materia. O, el nuevo régimen de la casación arrendaticia urbana el cual prescinde de la denominada casación directa o *per saltum*.

Concluyen ambos autores reiterando la necesidad de esperar a conocer la interpretación jurisprudencial de estas cuestiones suscitadas por el nuevo régimen procesal arrendaticio.

«Responsabilidad patrimonial del Estado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia y por error judicial», por JOSÉ M.^a RIFA SOLER, pág. 11233.

SUMARIO. I Error judicial: A) *Concepto* B) *Procedimiento para la declaración de error judicial: a) Posibles vías. b) Requisitos. C) Especialidades del procedimiento especial (artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).*— II. Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia: A) *Concepto* B) *Causas que producen un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.*—III *Acción indemnizatoria ante el Ministerio de Justicia.*

«El contrato de franquicia y la distribución selectiva en el marco del Derecho comunitario y nacional de la competencia», por JUAN IGNACIO RUIZ PERIS, pág. 11255.

SUMARIO: 1. Contrato de franquicia, contrato de distribución selectiva. 1.1. *Noción de contrato de franquicia y consideraciones generales en cuanto a su regulación en sede de defensa de la competencia.* 1.2. *Noción de contrato de distribución selectiva y consideraciones generales en cuanto a su regulación en sede de defensa de la competencia* 1.3. *Diferencias estructurales y de regulación entre el contrato de franquicia y el de distribución selectiva* — 2. Contrato de franquicia y derecho de defensa de la competencia: 2.2. *Acuerdos objeto de exención. Régimen:* 2.2.1. *Ámbito de aplicación del Reglamento.* 2.2.2. *Definiciones.* 2.2.3. *Condiciones que deben respetarse para la obtención de la exención.* 2.2.4. *Tratamiento de las restricciones que integran habitualmente el contenido de un contrato de franquicia:* 2.2.4.1. *Restricciones territoriales.* 2.2.4.2. *Restricciones respecto a las fuentes de aprovisionamiento y a la clientela de los franquiciados* 2.2.4.3. *Cláusulas de no competencia y de no restablecimiento.* 2.2.4.4. *Restricciones relativas a los precios.* 2.2.4.5. *Restricciones relativas a la protección de los derechos sobre bienes inmateriales de titularidad del franquiciador* 2.2.4.6. *Otras restricciones.* 2.3. *Otras cuestiones.* 2.4. *Acuerdos que no son objeto de exención. Identificación y régimen.*—3. *Normas de competencia y distribución selectiva.*

«Las excepciones de orden público y fraude de ley en las recientes codificaciones europeas de Derecho internacional privado», por M^a LUISA TRINIDAD GARCÍA, pág. 11289.

SUMARIO: Exposición introductoria.—I. Austria, Ley federal, de 15 de junio de 1978, sobre Derecho internacional privado.—II. Hungría, Decreto-Ley número 13/1979 del Presidium de la República Popular Húngara sobre el Derecho internacional privado.—III. Yugoslavia (República Federal), Ley de 15 de julio de 1982, sobre las soluciones de los conflictos con las disposiciones de los demás Estados en el ámbito de ciertas relaciones.—IV. Turquía, Ley de 20 de mayo de 1982, sobre el Derecho internacional privado y el procedimiento internacional.—V. Alemania, Ley de 25 de julio de 1986, para la nueva regulación del Derecho internacional privado.—VI. Suiza, Ley federal sobre el Derecho internacional privado, de 18 de diciembre de 1987.—VII. Rumanía, Ley número 105, de 22 de septiembre de 1992, sobre la reglamentación de las relaciones de Derecho internacional privado.—VIII. Francia, Tercer Proyecto de Ley completando el Código civil en materia de Derecho internacional privado (1967).—IX. Italia, Proposición de Ley número 472, comunicada a la Presidencia del Senado el 22 de junio de 1994, sobre reforma del sistema italiano de Derecho internacional privado.—X. Breve reseña de la situación en España.

«Los derechos del justiciable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Acerca de la aplicación práctica del artículo 24 de la Constitución española», por LUIS JIMENO QUESADA, pág. 11349.

SUMARIO: 1. Planteamiento de la cuestión.—2. Alcance de la creación y establecimiento del Tribunal Constitucional en nuestro sistema constitucional en materia de tutela judicial efectiva.—3. Consecuencias prácticas de la puesta en marcha del Tribunal Constitucional para los derechos del justiciable: 3.1 *Derecho de acceso a la jurisdicción: línea antiformalista:* A) Ausencia de firma del letrado. B) Cantidad mínima para recurrir. C) Cita expresa del precepto invocado. 3.2. *Derecho a obtener una resolución fundada en derecho.* 3.3. *Derecho a que el fallo se ejecute.* 3.4 *Otras afirmaciones del principio de efectividad de la tutela judicial:* A) Protección frente a terceros (*Drittwirkung*). B) Actos potencialmente lesivos. C) Concepto amplio de víctima. 3.5. *Cambio en la forma y en la mentalidad de hacer y de entender la justicia:* A) En los poderes públicos: a) Poder Judicial. b) Poder Legislativo c) Poder Ejecutivo. B) En otros agentes de la Justicia y en los ciudadanos. 3.6. *Obstáculos clásicos a las positivas aportaciones jurisprudenciales:* A) La lentitud de la Justicia. B) El elevado coste de la Justicia.—4. Conclusiones.

«El alcance de las reservas de dispensación contenidas en los Planes de Urbanismo (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1993 y de 13 de julio de 1993)», por MARÍA JOSÉ ALONSO MAS, pág. 11711.

«Gestión privada -versus- gestión pública en la Legislación del Suelo», por JOSÉ LUIS LORENTE TALLADA y CARMEN DE JUAN PUIG, pág. 11721

SUMARIO: I. Introducción.—II. Mantenimiento de los propietarios en la titularidad del suelo sobre la base de transformarlos en empresarios.—III. El protagonismo de la Administración en el proceso urbanizador.—IV. Las áreas de reserva: expropiación y reclasificación.—V. Características fundamentales del Patrimonio Municipal del Suelo.—VI. Los patrimonios públicos de suelo en las Comunidades Autónomas: especial referencia a la Comunidad Autónoma Valenciana.—VII. Conclusiones.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Octubre 1995

«Notas al Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicio y de obra», por ENCARNA CORDERO LOBATO, págs. 875 a 898.

SUMARIO: I. Las «disposiciones generales» del nuevo capítulo I.—II. La proyectada regulación sobre el contrato de servicios: 1. *Ambito de aplicación*. 2. *El precio del servicio*. 3. *La extinción de la obligación del prestador de servicios por fallecimiento del que los encargó*.—III. La futura modificación de la normativa sobre el contrato de obra: 1. *Garantías del crédito*: A) *La acción directa de los subcontratistas y suministradores del material*. B) *El privilegio del subcontratista sobre el crédito del contratista*. C) *El privilegio refaccionario del contratista y el derecho de retención*. 2. *La responsabilidad por vicios o defectos de la obra*: A) *Durante la ejecución*. B) *La recepción de la obra y la exoneración del contratista*. C) *La responsabilidad por vicios o defectos ocultos tras la recepción de la obra*. 3. *Sobre algunas causas de extinción de las obligaciones derivadas del contrato de obra*: A) *Muerte o pérdida sobrevenida de cualidades no imputable al contratista en contratos «intuitu personae»*. B) *Imposibilidad sobrevenida no imputable a ninguna de las partes*. C) *La suspensión y resolución del contrato por grave disminución de la solvencia del comitente*. 4. *El riesgo en el contrato de obra*. 5. *La responsabilidad por ruina de la obra*: A) *Concepto de ruina*. B) *Sobre el origen del vicio ruínógeno*. C) *Legitimación activa y pasiva en la responsabilidad por ruina*. D) *Responsabilidad solidaria*. Causas de exoneración. E) *El plazo de garantía y de prescripción de la acción*. La compatibilidad con otras acciones de responsabilidad. F) *Nulidad de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad por ruina*.—Bibliografía.

COMENTARIO: El objeto del trabajo es un riguroso y brillante estudio de los grandes temas de la reforma proyectada, que a juicio de la autora se centran en el establecimiento de una regulación para el contrato de servicios, la introducción de nuevos medios de garantía para las partes del contrato de obra, y, la creación de un sistema de responsabilidad por vicios de la construcción, distinto del dispuesto para los supuestos de ruina de obra.

La proyectada regulación sobre el contrato de servicios será efectiva a todos aquellos que no estén regulados por normas especiales. Analiza determinadas cuestiones como el del pacto por el que alguien se obliga a prestar un servicio sin fijar la cuantía de la retribución el cual no es nulo por carencia

de precio cierto. La norma, con un criterio objetivado, suplirá la falta de precio para que éste se tenga por determinado. Estudia la causa de extinción de la obligación del prestador de servicios, por fallecimiento del que los encargó, pues el proyecto permite a los herederos desistir del contrato con obligación de indemnizar al obligado a prestarlo, siempre que se trate de un contrato con un plazo fijo de duración, pues si es por tiempo indefinido los herederos podrán desistir con un preaviso de seis meses.

En relación con la proyectada normativa sobre el contrato de obra, la autora estudia el problema de las garantías del crédito de los obligados a realizar la obra. En primer lugar se otorga la acción directa a los subcontratistas y suministradores de material aunque se cuestiona si la supresión de la referencia a los que ponen su trabajo en la obra supone que se les priva de dicha acción. A su juicio, tal supresión constituye un acierto del legislador ya que tales cantidades adeudadas a los trabajadores asalariados cuentan con otras preferencias. Con esta referencia a los subcontratistas se excluye también a los técnicos intervinientes en el proceso constructivo. Exclusión que sólo estaría fundada si la relación jurídica entre estos profesionales y el contratista principal estuviese sometida al ET o cualquier otra norma que deje subsistentes las preferencias del art. 32 del ET. También se prevé la afectación del crédito del contratista principal al pago del crédito del subcontratista, y no al de otros acreedores del contratista. Se confiere al contratista de obra los mismos privilegios que al acreedor refaccionario, así como el derecho de retención.

Por último la autora estudia en profundidad la responsabilidad por vicios o defectos de la obra. En relación con la recepción de la obra analiza el inicio de los plazos de prescripción de las acciones edilicias y de garantía en la responsabilidad por ruina, así como los pactos en relación con dicha recepción, ya sea parcial o provisional o definitiva. También se hace referencia a aquellos supuestos donde la aprobación de la obra, y por consiguiente su recepción definitiva sin reserva, excluye la exoneración de responsabilidad en el contratista. Todo ello sin olvidar el análisis de algunas causas de extinción de las obligaciones derivadas del contrato de obra, el régimen del riesgo en el contrato de obra, y, la responsabilidad por ruina de la obra.

«El destino de la herencia repudiada», por ANGELA GALVÁN GALLEGOS, págs. 899 a 923.

SUMARIO: I. El efecto retroactivo de la repudiación —II. El efecto general de la repudiación: La extinción del *ius delationis* y la no adquisición de la herencia ofrecida.—III. El efecto subjetivo particular de la repudiación. pérdida de la posesión hereditaria y responsabilidad del repudiante como gestor de negocios ajenos.—IV. Los efectos de la repudiación respecto de su objeto: el destino de la herencia repudiada: 1. Planteamiento. 2. El destino de la herencia repudiada en la sucesión testada. A) Introducción. B) La sustitución vulgar. C) Estudio particular de la sustitución fideicomisaria. a) Concepto y clases de sustitución fideicomisaria b) Efectos de la repudiación del fiduciario c) Efectos de la repudiación del fideicomisario. D) El acrecimiento. E) La delación intestada 3. El destino de la herencia repudiada en la sucesión intestada. 4. Los supuestos particulares de la legítima y la mejora.

COMENTARIO: Estamos ante un profundo y detallado estudio de investigación sobre los efectos que conlleva la repudiación de la herencia.

La autora comienza analizando su efecto básico: su carácter retroactivo.

Los efectos de la repudiación se producen *ipso facto* desde la apertura de la sucesión sin tener en cuenta el espacio de tiempo comprendido entre apertura y repudiación. El efecto general de la repudiación es la extinción del *ius delationis* y la no adquisición de la herencia ofrecida. Estudia los supuestos de delación solidaria cuando en un mismo sujeto coinciden dos llamamientos independientes y subsidiarios a la misma porción de herencia, o cuando una misma persona es llamada a diversas porciones hereditarias por delaciones diversas e independientes. Se hace referencia a un efecto subjetivo particular de la repudiación, que surge cuando el delado posea la herencia o parte de los bienes. Los actos de administración y conservación del patrimonio hereditario se valorarán de acuerdo con las normas de la gestión de negocios sin mandato.

Una vez realizada la repudiación, la autora realiza un estudio en relación con el efecto que sobre su objeto lleva consigo el destino de la herencia repudiada, pues será objeto de nueva delación distinguiendo si la herencia es testada o no, y si lo es en concepto de legítima o no. En la sucesión testada se debe tener en cuenta la voluntad del testador, aunque el orden subsidiario de efectos que se derivan del Código Civil serán la preferencia de la sustitución vulgar, posteriormente la fideicomisaria, y, por último, tendrá lugar el acrecimiento producido por la repudiación del heredero.

En la sucesión intestada existe un nombramiento abstracto de heredero que una vez abierta la sucesión se convierte en una vocación o llamamiento eventual. En este supuesto, tras la repudiación, recibirán la delación aquellos a quienes corresponda por designación legal. Plantea y resuelve dos situaciones: la repudiación de un llamado abintestado conjuntamente con otros sujetos, donde se produce el efecto de aumento automático y forzoso de las cuotas del resto de los llamados de un mismo grado; y, el supuesto de si el repudiante fuera el único llamado preferente o siendo varios todos repudiaron, en cuyo caso la ley llamará a los sujetos según las reglas de prioridad y subsidiariedad hasta llegar al último escalón: el Estado. También profundiza en la ausencia del derecho de representación para el supuesto de la repudiación, pues no se produce el llamamiento de la estirpe del renunciante frente a los casos de premoriencia, indignidad o incapacidad para suceder.

Por último estudia los efectos particulares de los supuestos de legítima y mejora. El legitimario que rechaza la herencia, rechaza simultáneamente lo que le corresponde por legítima. No obstante, el Código Civil diferencia entre el destino de la parte correspondiente a la legítima de la atribuida al tercio de libre disposición de acuerdo con sus peculiares caracteres, fines, y destinatarios de ambas. La renuncia de la legítima no revierte a la herencia pues sigue siendo legítima y va destinada a los legitimarios no renunciantes. Respecto al tercio de mejora, y considerándose que es disponible, se admite la regla del acrecimiento por institución conjunta.

Noviembre 1995

«La previa excusión del deudor en la acción subrogatoria», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES, págs 995 a 1018.

SUMARIO: I. La peculiaridad del artículo 1111 del Código Civil.—II. La adecuada interpretación de la excusión previa.—III. La posición jurisprudencial.

COMENTARIO: Analiza el autor en el presente trabajo la acción subrogatoria, entendida como un medio inmediato para la inmisión de los acreedores en la esfera jurídica de sus deudores.

Frente a la situación existente en el Code Civile, y en el Codice Civile, en nuestro Código Civil, art. 1111, se establece la obligación previa de perseguir los bienes en que esté en posesión el deudor para poder ejercitar todos sus derechos y acciones. Tal afirmación lleva consigo aparejada multitud de interrogantes acerca del sentido y de la justificación de la previa excusión de los bienes del deudor.

Se comienza realizando un estudio histórico de la acción subrogatoria, o mejor dicho de su inexistencia en el Proyecto de 1851, que paradójicamente si fue introducida y justificada por García Goyena en su obra posterior en base a diversos preceptos.

Matiza el autor, como la fórmula legal del art. 1111 no tiene precedentes en nuestro ordenamiento, y como cuando aparece en el actual Código se realiza mediante un planteamiento que no era usual en los Códigos civiles utilizados por el legislador, ya que en dicho precepto se exige al acreedor que acude a la vía subrogatoria haber perseguido previamente los bienes de que esté en posesión el deudor. De forma que el autor con el presente estudio, realiza una «reconducción *a posteriori*» del supuesto, para llegar a una interpretación del texto, con las dificultades que ello implica, pues como hemos señalado el citado precepto no tiene precedentes ni en el Derecho histórico ni en el comparado.

El análisis se centra en llegar a una adecuada interpretación de la excusión previa, esto es, qué es lo que el legislador pretende al señalar expresamente «perseguir los bienes del deudor», pues puede entenderse el simple ejercicio de los derechos concernientes al mismo y entonces resultaría que para que los acreedores puedan ejercitar en vía subrogatoria los derechos que no haga valer el deudor, deben previamente haber procedido al ejercicio de todos los derechos que competen al mismo. O, también puede entenderse que por persecución se realice una ejecución forzosa de los bienes del deudor, y, posteriormente, se proceda a ejercitar unos derechos inactivos del deudor. Esto supondría que para intentar la vía subrogatoria previamente habría que embargar y realizar los créditos del deudor, con las paradojas que ello supondría.

Tras un estudio sistemático del estado de la cuestión, y las diversas tesis expuestas por los estudiosos del tema, entre otros por FIGA FAURA, GULLÓN BALLESTEROS, DÍEZ PICAZO, LACRUZ, ATAZ LÓPEZ —quienes dejan clara constancia de los defectos de la formulación legal, de la inconsecuencia que ella supone—, y tras realizar un análisis de la posición jurisprudencial, expone y analiza su opinión: es necesario excluir la previa excusión del deudor, que la textualidad del artículo 1111 reclama. Pues al igual que ocurre en los demás Códigos civiles frateros, no hace falta la previa excusión del deudor para ejercitar la acción subrogatoria.

Propone incluso una nueva reformulación del precepto —«los acreedores, sin perjuicio de perseguir los bienes de que esté en posesión el deudor. ...»— de manera que, la subrogatoria no excluya que los acreedores puedan pasar a la inmediata realización de sus derechos, lo cual no supone que si dichos

acreedores se circunscriben a aquella haga falta, para que puedan ejercitar los derechos y acciones del deudor, haberlos perseguido infructuosamente de manera previa.

«Notas acerca del Convenio de la Haya sobre adopción internacional», por M.^a VICTORIA MAYOR DEL HOYO, págs. 1019 a 1043.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Información preliminar sobre el Convenio.—III. Preámbulo —IV. Ambito de aplicación del Convenio.—V. Condiciones de las adopciones internacionales.—VI. Autoridades centrales y organismos acreditados.—VII. Condiciones de procedimiento respecto a las adopciones internacionales.—VIII. Reconocimiento y efectos de la adopción.—IX. Disposiciones generales.—X. Cláusulas finales.—XI Conclusiones.—Bibliografía.

COMENTARIO: Trata el interesante estudio de la adopción en un ámbito concreto, la adopción internacional. Tema puesto de moda por los medios de comunicación como consecuencia del tratamiento inhumano al que están siendo sometidos miles de menores desamparados en todo el mundo —consecuencia de guerras y catástrofes—, y, el consiguiente, aumento de adopciones de niños extranjeros.

Junto con la exposición de las razones de la proliferación de la adopción internacional, y sus problemas, estudia las posibles soluciones apuntadas, no en las regulaciones nacionales sino las aportadas desde instrumentos supranacionales. Tras señalar la existencia de diferentes Convenios sobre la adopción tendentes a mejorar la institución, no sólo en Latinoamérica, o en la Conferencia de La Haya, o en Europa, y exponer la insuficiencia de todos ellos, recoge la necesidad del Convenio objeto de estudio —relativo a la Cooperación Internacional y a la Protección del Niño en Materia de Adopción internacional de la Haya de fecha 29 de mayo de 1993, cuyo principal interés se centra en la protección del niño.

Se trata de un convenio multilateral y jurídicamente vinculante cuyo punto de partida se encuentra en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. En este convenio se buscó la garantía del interés del menor, a través del establecimiento de un sistema de cooperación entre los países mediante la designación de Autoridades Centrales y una distribución de responsabilidades entre países de origen y de recepción.

La autora realiza un riguroso estudio del convenio siguiendo y analizando su propia sistemática. Comienza con el preámbulo introducido como consecuencia de la peculiaridad del Convenio, donde se deja claro que la adopción internacional es un recurso subsidiario cuando estos niños no pueden encontrar una familia adecuada en su país de origen. Dentro de su articulado, destaca la posibilidad de adopción por una persona sola, —objeto de muchas discusiones— frente al criterio establecido en su Preámbulo de la búsqueda de una familia para el adoptado, sustitutiva de la biológica. Se detiene en el estudio de las condiciones necesarias para la adopción, tanto las que corresponden a las autoridades competentes del Estado de origen, como las del Estado de recepción. Igualmente se analiza el tema de la cooperación entre las autoridades centrales del Estado de origen y el de recepción, que eviten abusos en las adopciones, y lo más importante el estado de la cuestión en

nuestro país, señalándose que será la autoridad central, en concreto la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, el órgano competente. Detalla minuciosamente los deberes y medidas que las Autoridades centrales deberán tomar directamente o contando con la cooperación de las autoridades públicas u otros organismos debidamente acreditados.

Dentro del procedimiento a seguir para la adopción trata de los informes de las autoridades centrales, de los requisitos exigidos al país de origen —quien confía el niño a los padres adoptivos—, la entrada, salida y traslado del niño de un país a otro, la irrevocabilidad de la adopción, la posibilidad de abstenerse de realizar la adopción durante el período de prueba, y, por último, quienes intervienen en dicho procedimiento.

Una vez seguido todos estos trámites, la adopción será reconocida de pleno Derecho en todos los Estados parte que sólo podrán negarse por razones de orden público.

Finaliza la autora el estudio haciendo referencia a la necesidad de que España ratifique el Convenio objeto de estudio.

Diciembre 1995

«El alcance del error de derecho en el artículo 6.1 CC», por JOSÉ M.^a PEÑA LÓPEZ, págs. 1107 a 1122.

SUMARIO: I. Estructuración del análisis del artículo 6.1 del Código Civil.—II. Relación entre los supuestos de hecho de los párrafos primero y segundo del artículo 6.1 del Código Civil: *1. El supuesto del párrafo segundo como un supuesto diverso del contenido en el párrafo primero. 2. El supuesto del párrafo segundo como un supuesto idéntico al contenido en el párrafo primero. 3. Postura adoptada en orden a la relación existente entre ambos supuestos: el supuesto del párrafo segundo como un supuesto específico con respecto al supuesto genérico contenido en el párrafo primero.*—III. Efectos jurídicos derivados de estos supuestos del artículo 6.1. del Código Civil: *1. La incidencia de la diversa concepción del principio «ignorantia iuris non excusat» en la atribución de relevancia jurídica al «error iuris». 2. Naturaleza de la relevancia atribuida al «error iuris» por el artículo 6.1, párrafo segundo, del Código Civil: A) Concepción de la relevancia concedida como una prescripción de Derecho excepcional. B) Fundamento y consecuencias de la posición mantenida: Concepción de la relevancia jurídica atribuida al «error iuris», por el párrafo segundo del artículo 6.1 del Código Civil, como una prescripción de Derecho normal.*

COMENTARIO: En este trabajo se analiza el artículo 6.1 del Código Civil. El interés del mismo se centra en la búsqueda de una relación entre los supuestos de hecho del párrafo primero —la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento—, y, el segundo —el error de Derecho únicamente producirá aquellos efectos que las leyes determinen.

El autor realiza un estudio de diferentes posturas doctrinales, como la de Lalaguna para quien la mención separada entre el que desconocía el derecho, y el que erró, en dos párrafos distintos hay que radicarla en el objeto, de

manera que la ignorancia de la ley estaría constituida por la falta o el defectuoso conocimiento del derecho objetivo, mientras que el error de Derecho lo sería del derecho subjetivo; o, la posición de Morales quien da al art. 6.1 el alcance siguiente: la ignorancia de las normas no excusa de su cumplimiento salvo en los casos en que las leyes así lo establezcan. Tras el análisis de estas posturas, él mantiene una tercera, que podríamos considerar intermedia, al señalar que el *error iuris* es un supuesto específico con respecto al supuesto genérico de la ignorancia. A su juicio, el error sería una especie de ignorancia inconsciente porque consiste en la creencia de que algo es o no es de una determinada manera cuando en realidad es de otra.

En último término estudia los efectos jurídicos derivados de los supuestos del art. 6.1 CC. Comienza analizando la incidencia de la diversa concepción del principio «ignorantia iuris non excusat» en la atribución de relevancia jurídica al *error iuris*. Así, dicha máxima señala que la ignorancia o el *error iuris* no liberan del cumplimiento del deber jurídico ignorado o desconocido, o del exacto cumplimiento del deber defectuoso o inexactamente conocido. Ambas concepciones tienen un alcance diverso. Pues, o será relevante la culpa interviniente en el desconocimiento o en el mal conocimiento de los deberes, o, será relevante el *error iuris* en orden al despliegue de efectos favorables para el errante. No obstante, en la actualidad, la doctrina, la jurisprudencia y las distintas legislaciones señalan que el cumplimiento de las leyes constituye una exigencia de la eficacia o efectividad de las leyes que no puede condicionarse al conocimiento que tengan de ellas los ciudadanos. Se admite, la relevancia de la ignorancia o *error iuris* en orden al despliegue de efectos favorables para el ignorante o para el errante.

A continuación, el autor examina la naturaleza de la relevancia atribuida al *error iuris* por el art. 6.1, párrafo 2.º del CC. Tras exponer como la doctrina entiende que la relevancia de signo favorable del *error iuris*, constituye una relevancia constitutiva de Derecho excepcional, ya sea entendida como una excepción al principio de irrelevancia en orden al cumplimiento de los deberes, ya sea como excepción a un presupuesto principio o regla de irrelevancia genérica del *error iuris*, él mantiene que la relevancia favorable del *error iuris* constituye Derecho normal.

«A propósito del orden público en el sistema español de Derecho internacional privado», por FRANCISCO JAVIER ZAMORA CABOT, págs. 1123 a 1135.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Apartado I Dimensión positiva: 1. Artículo 12.3 del Código Civil. 2. *El orden público en los Convenios vigentes para España*.—III. Apartado II. Dimensión práctica 1. *Divorcio*. 2. *Varia*.—IV. Conclusiones.

REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO

Número 12 (Octubre-Diciembre 1994)

«La seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario en España y Alemania: La práctica notarial y registral», por BURCKHARDT LOBER y JOSÉ LUIS PINEDO DEL RÍO, pág. 9.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria.—III. Mecanismos de garantía jurídica del tráfico inmobiliario: 1. *La inspección registral*: 1.1. *La obligación de inspeccionar el Registro*. 1.2. *Medios de comunicación entre la Notaría y el Registro*. 1.3. *Contenido obligatorio de la información registral*. 1.4. *Plazos*. 1.5. *Valoración*. 2. *La Auflassungsvormerkung*. 3. *La cuenta fiduciaria notarial*: 3.1. *Realización del pago sin cuenta fiduciaria notarial*: A) Aspectos generales. B) Exigibilidad del comprador del pago del precio. C) Pago del precio al vendedor. D) Transmisión de la posesión. 3.2. *Realización del pago mediante cuenta fiduciaria notarial*: A) Aspectos generales. B) Exigibilidad al comprador del pago del precio. C) Pago del precio al vendedor. D) Transmisión de la posesión. 4. *La financiación del precio*: 4.1. *Acuerdo de cooperación*. 4.2. *Acuerdo de garantía limitado*. 5. *El acuerdo real de transmisión de la propiedad y la inscripción en el Registro de la Propiedad*.—IV. Conclusión. Versión castellana de las disposiciones legales alemanas. Modelo de escritura de compraventa sin cuenta fiduciaria (versión castellana reducida). Lista de abreviaturas. Bibliografía.

«Valor y efectos del documento notarial extranjero en España», por GUILLERMO PÉREZ-HOLANDA FERNÁNDEZ, pág. 59.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Elaboración y eficacia del documento notarial extranjero: su patología: 1. *Requisitos de su creación*: A) *Respecto de la autoridad interviniente*. B) *Respecto de las formas utilizadas*. 2. *La eficacia del documento*.—III. Recepción del documento notarial extranjero en España: 1. *Forma exigida como requisito de efectividad (ad probationem)*: A) *Valor probatorio del documento*. B) *Valor ejecutivo*. C) *Valor registral*. 2. *Forma exigida como requisito constitutivo (ad solemnitatem)*.—IV. El documento notarial reforzado: 1. *El refuerzo en origen*. 2. *El refuerzo en el país de recepción*.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 43 (1995)

«Reflexiones sobre *La Ley de Derecho Civil de Galicia*», por JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO, pág. 871.

Número 44 (1995)

«La preterición de herederos forzosos en el Derecho común tras la reforma de 1981», por JOSÉ MIGUEL GARCÍA MORENO, pág. 883.

SUMARIO: I. Antecedentes.—II. El artículo 814 del Código Civil antes de la reforma de 1981.—III. Problemas en torno al concepto de preterición.—IV. La dualidad de pretericiones.—V. Preterición intencional.—VI. Preteri-

ción no intencional.—VII. El Derecho de representación del artículo 814.3 del Código Civil.—VIII. Voluntad testamentaria y preterición.—IX. La acción de preterición.

Número 45 (1995)

«El instituto de la prescripción y sus orientaciones en el Derecho comparado», por GABRIEL GARCÍA CANTERO, pág. 907.

SUMARIO: 1. Algunos ejemplos de la realidad social actual.—2. El interés comparativo del tema.—3. Origen histórico y panorama comparativo.—4. Modelos que ha tenido en cuenta el legislador español.—5. Modelos de *lege ferenda*.—6. Algunas conclusiones.—7. Bibliografía.

Número 46 (1995)

«Consideración del Derecho foral como Derecho común. El sistema autónomo de Derecho civil común gallego», por JOSÉ M.^a PENA LÓPEZ, pág. 925.

SUMARIO: I. Preliminar.—II. La naturaleza de Derecho normal, común y especial del Derecho foral.—III. Naturaleza, contenido y continente del Derecho civil gallego: Naturaleza. Contenido. Continente.

Número 47 (1995)

«Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida», por VICENTE LUIS MONTES PENADES, pág. 957.

Número 48 (1995)

«El Derecho de Autor en la Unión Europea», por ANGEL FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, pág. 95.

SUMARIO: I. Introducción.—II. El Derecho de Autor en el Tratado de Roma: 1. La no mención del Derecho de Autor en el Tratado de Roma. 2. Posiciones doctrinales.—III. Primeros problemas planteados por el Derecho de Autor en la Unión Europea: 1. La primera toma de posición del Tribunal de Justicia de la CE: el caso «Deutsche Grammophon». 2. La segunda toma de posición de la CE: el caso «Sabam». 3. Valoración.—IV. La confusa situación del Derecho de autor en los umbrales de los años 80: 1. El estudio de Adolf Dietz. 2. La opción de la comisión. 3. El punto de inflexión: el caso «Gema».

4. *Valoración*.—V. El proceso hacia una acción comunitaria en materia de Derechos de Autor: 1. *Las reformas nacionales de los años 80*. 2. *La reforma comunitaria de 1985: el Acta Unica Europea*. 3. *El Libro Verde sobre Derecho de Autor y el desafío tecnológico*.—VI. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE a finales de los años 80: 1. *El caso «Cinethèque»*. 2. *El caso «Patricia»*. 3. *El caso «Basset»*. 4. *El caso «Warner Bros»*. 5. *Valoración*.—VII. Programa de trabajo y logros alcanzados en la armonización del Derecho de Autor en la CE: 1. *Programas de ordenador*. 2. *Derechos de alquiler y préstamo*. 3. *Radiodifusión vía satélite y por cable*. 4. *Plazos de protección de los derechos*.—VIII. Consideraciones finales.

Número 1 (1996)

«La relación arrendaticia urbana, hoy», por XAVIER O'CALLAHAN MUÑOZ, pág. 1.

Número 2 (1996)

«Grupos de sociedades: problemática general y regulación en el Derecho comparado», por SANTIAGO ORTIZ VAAMONDE, pág. 25.

SUMARIO: I. Problemática general de los grupos de sociedades: A) *Preliminar*. B) *Uniones de empresas. figuras afines al grupo de sociedades*: 1. *La fusión de sociedades*. 2. *El cártel o sindicación de empresas*. 3. *Los «trusts»*. C) *Sobre conveniencia de regular jurídicamente los grupos de sociedades*. D) *Concepto y notas definitorias de un grupo de sociedades*: 1. *La pluralidad de empresarios*. 2. *La unidad económica*. E) *Tipología de los grupos de empresas*. II. Tratamiento de los grupos de sociedades en el Derecho comparado: A) *Modelos legislativos*. B) *Regulación alemana de los grupos de sociedades*: 1. *Los contratos de empresa*. 2. *El contrato de dominación en particular*. 3. *La incorporación*. 4. *Grupos de hecho*. C) *Derecho brasileño de grupo de sociedades: principios generales*. D) *Regulación de los grupos en Portugal*: 1. *Sociedades coligadas que no constituyen grupo*. 2. *El grupo de hecho*. 3. *Sociedades en relación de grupo*. 4. *Contrato de grupo paritario*. E) *Normativa sobre grupos de sociedades en Francia. Los proyectos de la ley Cousté*: 1. *La primera propuesta de la ley de Cousté*. 2. *La segunda propuesta de ley Cousté*. F) *Derecho de grupos anglosajón: Soluciones a los principales problemas sobre grupos de sociedades*. Estados Unidos: 1. *Comunicación de responsabilidad entre los miembros del grupo. protección de los acreedores*. 2. *Deberes fiduciarios del accionista dominante hacia la compañía y sus accionistas. Protección de los accionistas minoritarios o externos al grupo*. Derecho inglés: 1. *Sobre la existencia en el derecho inglés de deberes fiduciarios del accionista dominante. Protección del accionista externo*. 2. *Comunicación de responsabilidad en el seno del grupo. Protección de los acreedores*. 3. *La relación del Estado con los grupos de sociedades en el Reino Unido*. G) *Los proyectos de regulación de los grupos de sociedades en el ámbito de la CEE*: 1. *Líneas generales de la regulación de los grupos de sociedades en*

el frustrado proyecto de novena Directiva. 2. La Sociedad anónima europea como holding de un grupo o filial común en el Proyecto de Sociedad Anónima Europea.—III. Conclusiones.

Número 3 (1996)

«Los procesos arrendaticios urbanos», por LUIS CASTILLO RODRÍGUEZ, pág. 63

SUMARIO: I. Introducción.—II. Fuentes y ámbito de aplicación.—III. Competencia (art. 38): 1. *La competencia objetiva.* 2. *La competencia funcional.* 3. *La competencia territorial.* 4. *Fuero territorial del Estado.* 5. *Tratamiento de la competencia.*—IV. Postulación y defensa.—V. Cuantía.—VI. Tipos procesales (art. 39): A) *Juicio de cognición arrendaticio.* B) *¿Que ocurre con el juicio de retracto?* C) *Juicio verbal arrendaticio.* D) *Juicio de desahucio.*—VII. Enervación de la acción de desahucio: 1. *En cuanto al contrato.* 2. *En cuanto al momento procesal.* 3. *En cuanto al modo de llevar a cabo la efectividad del pago.* 4. *En cuanto a su oportunidad.* 5. *En cuanto a su evitación por el arrendador.* 6. *En cuanto a las formalidades.*—VIII. Acumulación de acciones (art. 40).—IX. Recursos: A) *Consideraciones generales.* B) *Recurso de apelación.* C) *Recurso de casación.*—X. Arbitraje.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 145 (Octubre-Noviembre-Diciembre 1995)

«La dimensión temporal de la Ordenación Urbanística», por JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, pág. 11.

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. El momento histórico de la legislación urbanística española vigente.—III. La excesiva duración de la elaboración y ejecución de los Planes.—IV. La dimensión temporal de la propiedad inmobiliaria.—V. La naturaleza temporal de los planes de urbanismo y sus peculiaridades: A) *Carácter normativo de los Planes de urbanismo.* B) *Revisión y modificación de los Planes.* C) *Supuestos indemnizatorios por revisión o modificación de los Planes.*—VI. Tiempo y procedimiento: La urgencia.

«Densidad de población y garantía de los espacios libres en la modificación del Planeamiento Urbanístico (El alcance del artículo 128.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo)», por IGNACIO FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, pág. 55.

SUMARIO: I. Introducción.—2. Una delimitación más precisa del artículo 128.2: La interferencia del artículo 129 del Texto Refundido de la Ley del Suelo.—3. El fundamento del artículo 128.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo.—4. La inaplicabilidad del artículo 128.2 a los supuestos de revisión del planeamiento.—5. El incremento del volumen edificable con la densidad de población: A) *Incremento del volumen edificable sin aumento de*

la densidad de población. B) Incremento del volumen edificable con reducción de la superficie destinada a espacios libres. C) Modificaciones del planeamiento que determina el aumento de la densidad de población sin incrementar el volumen edificable.—6. El concepto de espacios libres.—7. El artículo 128.2 y los estándares urbanísticos.—8. ¿Donde deben crearse los nuevos espacios libres?—9. Conclusión: Los efectos del incumplimiento del artículo 128.2

«Actuaciones sectoriales del Estado sobre el territorio por razón del artículo 149.1.4 de la Constitución», por JOAQUÍN M.^a PEÑARRUBIA IZA, pág. 79.

SUMARIO: I. Introducción. —II. La competencia estatal.—III. La declaración de zona de interés para la Defensa, ¿es un acto político?—IV. Los principios de prioridad temporal y de competencia en los conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas.—V. Colisión entre el Estado y los Municipios: principios de prioridad temporal y de competencia.—VI. El principio de interés preferente.—VII. Conclusiones.

«Régimen de las carreteras autonómicas en Galicia», por JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, pág. 107.

SUMARIO: I Introducción.—II. Distribución de competencias.—III. Las carreteras como bienes de dominio público.—IV. Examen de la regulación legal autonómica.—V. Especial consideración a las limitaciones de la propiedad.—VI. Epílogo: Carreteras y administración única.

«El aprovechamiento tipo. Aspectos generales y específicos de los cascos históricos», por BERTA BRUSILOVSKY y TERESA FRANCHINI, pág. 127.

«Consideraciones sobre la acción pública y el medio ambiente», por ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, pág. 141.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Naturaleza y alcance del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: A) *Derecho al medio ambiente y derecho a la vida* B) *Carácter normativo del artículo 45 de la Constitución. Sus efectos jurídicos.* C) *Sobre la acción pública y el derecho al medio ambiente.*

Número 145 bis (número especial monográfico sobre Puertos)

«La ordenación portuaria de la zona de servicio en los puertos del Estado. El plan de utilización de los espacios portuarios», por JOSÉ ENRIQUE GARRIDO ROSELLÓ, pág. 13.

SUMARIO: I. Introducción: Los puertos marítimos. II.—La zona de servicio en los puertos del Estado.—III.—La ordenación portuaria de la zona de servi-

cio. El Plan de utilización de los espacios portuarios: naturaleza y efectos: 1. Planteamiento. 2. El Plan como instrumento de ordenación portuaria. 3. El Plan como instrumento de delimitación de la zona de servicio.—IV. La impugnación constitucional del Plan de utilización: 1. Planteamiento. 2. Análisis de las alegaciones.—V. La articulación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas.—VI. Conclusión.

«La ejecución de las obras en la zona de servicios de los puertos de interés general», por FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, pág. 55.

SUMARIO: 1. La solución jurídica de la Ley de Puertos. 2. La adecuación de las obras a efectuar en el dominio público portuario al planeamiento urbanístico: A) El control de la legalidad de las obras: las competencias municipales. B) El problema material del control municipal. C) La realización de obras por Autoridades Portuarias en ausencia de Plan Especial: a) La ejecución de obras en los puertos de interés general con Planes de Utilización aprobados. b) La ejecución de obras en los puertos de interés general sin Plan Especial y sin Plan de Utilización. 3. La inexigibilidad de licencia para las obras que realicen las Autoridades Portuarias en el dominio público portuario: A) Sobre la pretendida inconstitucionalidad del artículo 19.3. B) Sobre el contenido del precepto que exime de licencias las obras construidas por las Autoridades Portuarias en el dominio público portuario. C) La exención del deber de obtener licencia no se extiende a los titulares de concesiones o autorizaciones sobre el dominio público portuario. 4. La construcción de nuevos puertos y la ampliación o modificación de los ya existentes.

«El dominio público portuario estatal», por ANGEL MENÉNDEZ REXACH, pág. 79.

SUMARIO: I. Dominio público portuario y dominio público marítimo—terrestre. II. Dominio nacional y uso público de los puertos como parte del mar territorial en la legislación del siglo XIX: A) Puertos de dominio público y de dominio particular del Estado (Ley de Aguas de 1866). B) Los puertos como obras públicas (Ley General de Obras Públicas de 1877). C) Mantenimiento del dualismo en la Ley de Puertos de 1880. La zona de servicio. D) La ampliación del dominio público en el Código Civil. E) Ley de Régimen Financiero de los Puertos de 1966 y Ley de Costas de 1969.—III. Los criterios del dominio público en la nueva Ley de Puertos: A) Bienes incluidos: la exclusión de los puertos militares. B) Contenido pormenorizado del dominio público portuario estatal. C) Comparación con la configuración del dominio público marítimo-terrestre en la Ley de Costas. D) El Estado, único titular del dominio público portuario estatal.—IV. ¿Deslinde del dominio público portuario?: A) La situación en la legislación anterior. B) Legislación vigente de costas y puertos.—V. Afectación de bienes portuarios: A) Afectación a través del Plan de Utilización. B) Afectación singular por el Ministerio de Economía y Hacienda o la Autoridad Portuaria.—VI. Desafectación: A) De bienes de dominio portuario. B) Desguace y enajenación del material inservible, instalaciones no fijas y bienes muebles.

«Utilización del dominio público portuario: autorizaciones y concesiones. Régimen económico», por JOSÉ LUIS MARROQUÍN MOCHALES, pág. 123

SUMARIO: I. Introducción.—II. Títulos habilitantes para la utilización del dominio público portuario estatal. 1. Ideas previas: a) Pertenencia del dominio marítimo-terrestre estatal. b) Plan de utilización de espacios portuarios c) Uso común, general y especial, y uso privativo d) Supuestos de reserva y adscripción. 2. Disposiciones generales: a) Principio de inexistencia de la autorización o concesión demanial. b) Principio de subsidiariedad «interconcesional». c) Principio de interdicción de utilidades no acordes a los usos portuarios y a los fines propios de las Autoridades Portuarias. d) Principio de indisponibilidad del dominio público y de las facultades tuitivas del mismo. 3. Supuestos de autorización y de concesión. Elemento temporal. III. Régimen jurídico aplicable: 1. Actuaciones que preceden al otorgamiento de autorizaciones y concesiones demaniales portuarias. a) Criterios técnicos y pliegos de condiciones: —Fijación y aprobación. —Pliegos de cláusulas particulares b) Previa solicitud del interesado: —Proyecto básico y estudio económico-financiero. —Extranjeros. —Inhabilitación temporal. —Otorgamiento de concesiones mediante concurso c) Adecuación del proyecto al plan especial de ordenación del espacio portuario o, en su defecto, al plan de utilización del mismo. Proyecto de construcción. d) Prestación de fianza. e) Procedimiento: —Normativa aplicable Legislación de Costas y de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. —Trámites. *Informe del Director Técnico. *Confrontación del proyecto sobre el terreno. *Información pública. *Emisión de informes preceptivos. *Exigencia de garantías por la Administración concedente. *Audencia de los interesados. 2. Otorgamiento de la autorización o concesión: 2.1. Resolución: —Competencia —Silencio Administrativo. 2.2 Efectos: —Autorizaciones: carácter personal e intransferible intervivos. —Concesiones: carácter real y transferible intervivos. Gravámenes sobre las mismas. 3. Modificación de autorizaciones y concesiones: —Supuestos —Posible indemnización 4. Extinción de las autorizaciones y concesiones: —Advertencias preliminares: * Competencia. *Procedimiento R.D. 1778/1994 *Dictamen del Consejo de Estado. —Causas: 4.1. Renuncia del adjudicatario. 4.2. Revocación: —Autorizaciones —Concesiones. 4.3. Revisión de oficio (art. 102 LRJ-PAC). 4.4. Mutuo acuerdo. Terminación convencional. 4.5. Extinción de la concesión de servicios públicos de que la demanial sea soporte. 4.6. Rescate. 4.7. Vencimiento del plazo: 1. Prórroga. 2. Fórmula «a precario». 3. Derecho al otorgamiento de una nueva concesión. 4 Disposición transitoria cuarta de la LPEMM. 4.8. La caducidad: 1. La caducidad como medida de restauración 2. Procedimiento para la declaración de caducidad: a) Dictamen del Consejo de Estado. b) Dictamen del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo. 5. Efectos de la extinción de las autorizaciones y concesiones a) Principio general. b) Autorizaciones. c) Concesiones d) Libertad de cargas y gravámenes. e) Fianza. f) Baja de la empresa en el Registro de usos de dominio portuario.—IV. Régimen económico de las autorizaciones y concesiones demaniales portuarias: 1. Planteamiento: —Precios públicos. —Precios privados. —Precios autorizados. 2. Régimen aplicable: a) Fijación. b) Exenciones y bonificaciones. c) Exacción. d) Destino. e) Efectos del impago.

«Tiempo y concesión del dominio público», por ALFREDO GALLEG0 ANABITARTE, pág. 155.

SUMARIO: I. Planteamiento: Autorizaciones, concesiones en precario y concesiones firmes —II. Los supuestos de utilización del dominio publico de las Leyes de Puertos de 1880 y 1928 y sus Reglamentos de 1912 y 1928: A) *Los diversos supuestos que se encuentran en el Capítulo VI de la Ley de 1928, «de las obras construidas por particulares», en especial artículos 35 a 40 (38 a 43 de 1880), desarrollados en el Capítulo V de los Reglamentos de 1928 y 1912.* B) *De los diversos supuestos de «Concesiones de obras a particulares» regulados en el Capítulo VI de la Ley de 1928 y 1880, artículos 41 a 46 y 44 a 49, respectivamente, desarrollados en el Capítulo VI de los Reglamentos de 1928 y 1912.* C) *Las concesiones a perpetuidad-propiedad.*—III Un caso suelto. el Decreto de 1926, y el final: las Leyes de Costas de 1988 y la de Puertos de 1992 —IV Y nota jurisprudencial. Nota final.

«Participación privada y financiación de infraestructuras del transporte: la gestión portuaria en un mercado competitivo», por FERNANDO PALAO TABOADA, pág. 187.

SUMARIO: 1. La participación privada en la gestión portuaria —2 El modelo español de gestión portuaria.—3 La cobertura de los gastos de infraestructura y gestión.—4. Tarifas y competitividad —5. Sobre los distintos modelos de gestión portuaria.

«El régimen jurídico de la señalización marítima», por ALICIA PAZ ANTOLÍN, pág. 199.

SUMARIO: 1. Concepto y clases de señales marítimas: 1.1. *Concepto de señalización marítima.* 1.2 *Clasificación.*—2. Historia y evolución del servicio de señalización marítima —3 El servicio de señalización marítima vigente: la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante: 3.1. *Competencias estatales sobre el sistema de señalización marítima.* 3.2. *Las competencias de las Comunidades Autónomas. el balizamiento de los puertos autonómicos.*—4. Régimen jurídico de las señales marítimas.—5 La prestación del servicio de señalización marítima: 5.1. *El servicio de señalización marítima como servicio portuario: A) La actividad de prestación. B) Las formas de prestación. C) La incidencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sobre la gestión indirecta del servicio.* 5.2. *Las tarifas por la prestación del servicio de señalización marítima: A) Antecedentes y evolución. B) Regulación vigente.*

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Número 89 (Julio-Septiembre 1995)

«Cambio cultural, conflictos políticos y política en España», por JOSÉ RAMÓN MONTERO y MARIANO TORCAL, pág. 9.

SUMARIO: Materialistas y posmaterialistas en España.—La estructura de los conflictos políticos y el cambio cultural en España: *El posmaterialismo y la estructura de los «cleavages»; la definición espacial de los conflictos políticos*.—Los efectos en el sistema de partidos.—Conclusiones.—Referencias bibliográficas.

«Balance y perspectivas de cuatro cumbres iberoamericanas», por CELESTINO DEL ARENAL, pág. 35.

SUMARIO: I. Consideraciones generales.—II. El escenario de las Cumbres — III. Las Cumbres Iberoamericanas: 1. *La Cumbre de Guadalajara (1991)*. 2. *La Cumbre de Madrid (1992)*. 3. *La Cumbre de Salvador de Bahía (1993)*. 4. *La Cumbre de Cartagena de Indias (1994)*.—IV. Balance de las Cumbres.—V. Perspectivas de futuro.

«La nueva Ley Electoral en Italia», por ADRIANO PAPALARDO, pág. 61.

SUMARIO: Introducción —De Bozzi a Mattarella.—¿Uno o dos turnos? —¿Cuanta proporcionalidad? —Conclusiones.

«Ambigüedades de la transición italiana», por CESÁREO R. AGUILERA DE PRAT, pág. 81.

SUMARIO: 1. La crisis del sistema en los años noventa.—2. Factores de la quiebra del régimen.—3. Cambios en el sistema de partidos.—4. Aumento de la volatilidad electoral y retroceso de la *party identification*.—5. Las elecciones de 1994 y la formación del gobierno Berlusconi.—6. Balance provisional.—Bibliografía.

«La forma de gobierno semiparlamentaria como alternativa a la presidencial y a la parlamentaria», por EDUARDO VIRGALA FORURIA, pág. 119

SUMARIO: I. Introducción.—II. La forma de gobierno semiparlamentaria: 1. *Las deficiencias de la forma de gobierno presidencial y las propuestas de los racionalistas norteamericanos*. 2. *El primer intento de aplicación práctica de la forma de gobierno semiparlamentaria: la «Ley Fundamental, el Gobierno» israelí de 1992*. 3. *Otras propuestas semiparlamentaristas*. 4. *Análisis de la hipotética introducción en España de la forma de gobierno semiparlamentaria*.—ANEXO I: *Una propuesta articulada de forma de gobierno semiparlamentaria* —ANEXO II: *Ley Fundamental de Israel: el Gobierno, de 1992*.—Bibliografía utilizada.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 1 (1996)

«Reflexiones sobre el despido objetivo por circunstancias económicas, técnicas, organizativas y de producción», por JOSÉ JULIÁN TOVILLAS ZORZANO, pág. 9.

SUMARIO: I. Prolegómenos.—II. Primeras resoluciones de la doctrina judicial.—III. Delimitación del tema.—IV. Motivación del despido objetivo plural.—V. Formalización del despido objetivo plural.—VI. Control judicial del despido objetivo plural.—VII. Efectos del despido objetivo plural.

«La familia: entre autonomía y soberanía», por ISABEL MIRALLES GONZÁLEZ, pág. 71.

«El impuesto de bienes inmuebles (IBI) y su repercusión, en la nueva LAU 29/1994», por RAMÓN CONTIJOCH, pág. 85.

«Notas sobre cancelación de censos no divididos», por PEDRO AVILA NAVARRO, pág. 101.

«Principios inquisitivo y acusatorio en el proceso penal: un nuevo paso», por RAMÓN MACÍA GÓMEZ y MARINA ROIG ALTOZANO, pág. 105.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 217 (Julio-Septiembre 1995)

«En torno a la responsabilidad frente a los inversores de quien utiliza información privilegiada en los mercados de valores», por AURORA MARTÍNEZ FLÓREZ, pág. 953.

SUMARIO: 1. Introducción —2. El perjuicio de la contraparte del iniciado: A) *La configuración de la actuación del iniciado como un supuesto de dolo: a) Dolo causal. b) Dolo incidental. Responsabilidad precontractual.* B) *La prestación del consentimiento por la contraparte del iniciado como un caso de error.* C) *Responsabilidad civil extracontractual del iniciado: a) Consideración previa b) Presupuestos* —3. El perjuicio de los inversores que realizaron transacciones de signo opuesto a las del iniciado: A) *Supuestos en los que las condiciones del mercado no resultan alteradas por la intervención del iniciado: a) La configuración de la actuación del iniciado como un supuesto fraude en el Derecho estadounidense. b) Incoherencias y dificultades derivadas del encuadramiento del uso de información privilegiada en los mercados de valores en la figura del fraude c) Imposibilidad de tutelar a los inversores que realizaron transacciones de signo opuesto a las del iniciado en el Derecho español.* B) *Supuestos en los que la actuación del iniciado influye sobre los restantes inversores.* —4. El perjuicio de los inversores que realizaron transacciones del mismo signo que el iniciado.

«La regulación del conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», por JOSEFINA BOQUERA MATARREDONA, pág. 1007.

SUMARIO: 1 Concepto y clases de conflicto de intereses en el Derecho de sociedades.—2. Regulación del conflicto de intereses en nuestro Derecho de sociedades.—3 Tipos de conflictos de intereses: A) *Conflicto de intereses entre el socio y la sociedad.* B) *Conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad.*—4. Regulación del conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. A) *Supuestos de conflicto de intereses:* a) *La adopción de un acuerdo que autoriza al socio a transmitir participaciones de las que es titular.* b) *La adopción de un acuerdo que decide la exclusión del socio de la sociedad.* c) *La adopción de un acuerdo que libera al socio de una obligación o le concede un derecho.* d) *La adopción de un acuerdo que decida anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías en favor del socio o facilitarle asistencia financiera.* e) *La adopción del acuerdo que dispensa al socio-administrador de la prohibición de competencia.* f) *La adopción del acuerdo referente al establecimiento de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios entre el socio-administrador y la sociedad.*—5. Verificación de la existencia y determinación del conflicto de intereses.—6. Consecuencias de la existencia del conflicto de intereses: A) *Prohibición del ejercicio del derecho de voto al socio que no es parte en el conflicto de intereses.* B) *Cómputo de la mayoría y situación de conflicto de intereses.*—7. Órgano competente para imponer la abstención en la votación del socio en conflicto de intereses.—8. Ilícitud del voto y nulidad del acuerdo: A) *Legitimación de terceros para el ejercicio de acciones.* B) *Extensión de los efectos de la declaración de nulidad.* C) *Exclusión del socio y del socio-administrador.*

«Análisis crítico de las disposiciones generales de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías», por TOMÁS VÁZQUEZ LEPINETTE, pág. 1049.

SUMARIO: I. Presupuestos metodológicos.—II. Análisis de las disposiciones generales de la Convención: 1. *Ámbito de aplicación:* 1.1. *Ámbito material de aplicación.* 1.2. *Ámbito geográfico de aplicación:* 1.2.1. *Concepto de establecimiento.* 1.2.2. *Criterios espaciales de aplicación de la Convención.* 1.3. *Materias no reguladas por la Convención.* 2. *Principio de autonomía de la voluntad:* 2.1. *Exclusión contractual de la Convención.* 2.2. *Aplicación contractual de la Convención.* 3. *Forma del contrato.* 4. *Interpretación de la Convención.* 5. *Interpretación del contrato.*

«Sobre el párrafo segundo del artículo 53 de la Ley Cambiaria y del Cheque: consideraciones relativas al lugar y la forma de pago del efecto protestado», por JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ ALVAREZ, pág. 1115.

SUMARIO: I. Planteamiento del problema y solución propuesta Limitaciones derivadas de: La buena fe y el abuso de derecho.—II. Naturaleza de la relación jurídica que vincula al Notario para con el tenedor del efecto protestado y para con el pagador Su incidencia en el ámbito de los depó-

sitos notariales Referencia a los artículos 303 y 308 del Código de Comercio y artículo 1770 del Código Civil. Aplicación analógica de los artículos 1783 y 1784 del Código Civil A) *Naturaleza*. B) *Artículos 1783 y 1784 del Código Civil*.—III. Interpretación del párrafo segundo del artículo 53 de la Ley Cambiaria y del Cheque: A) *Gramatical*. B) *Finalista*. C) *Realidad social* D) *Analógica*: 1. Resolución de la DGRN de 21 de julio de 1983. 2. Artículo 216 y siguientes del Reglamento notarial.—IV. Principios Generales de Derecho.—V. Principio de la autoorganización.—VI. Los poderes y facultades de dirección que el obligado ostenta en el cumplimiento de las obligaciones. VII. Imposibilidad del ejercicio empresarial y mercantil de actividades profesionales y viceversa. Resolución de la DGRN de 23 de abril de 1993.—VIII. Dualidad de las categorías de obligaciones que para el Notario se derivan en el ejercicio de la Función Pública Notarial.—IX Otros argumentos no jurídicos: la prudencia y la experiencia. Recomendaciones de los centros directivos.

«Los documentos intervenidos por el Corredor de Comercio: forma y efectos jurídicos», por JOSÉ VICENTE MALO CONCEPCIÓN, pág. 1133.

SUMARIO. 1. La forma documental y el tráfico mercantil. A) *Forma, documentación y contrato* B) *Forma y seguridad jurídica*. C) *Seguridad jurídica, especificidad formal y tráfico mercantil*.—2. Caracterización de los documentos intervenidos por Corredor de Comercio Colegiado: A) *Concepto y clasificación* B) *La autoría del documento intervenido*. a) *Redacción del contrato*. b) *Breve esquema de la póliza bancaria intervenida*. c) *Las cláusulas generales de los contratos*. d) *La Ley de Crédito al Consumo, la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y la normativa sobre transparencia bancaria*. e) *De la producción materia del documento al auxilio en la elaboración de sus condiciones generales* C) *La póliza intervenida como documento público*.—3. Los efectos jurídicos del documento intervenido por Corredor de Comercio Colegiado. A) *Efectos probatorios*: a) *Incidencias de la doctrina sobre valoración conjunta de la prueba*. b) *Valor probatorio* B) *Efectos ejecutivos*. C) *Efectos prelatorios* D) *Efectos respecto a la pignoración de valores mobiliarios y otros objetos mercantiles*. E) *Efectos respecto a la subrogación*. F) *Efecto traditorio* G) *Efecto respecto a la transmisión de valores mobiliarios, especialmente reivindicatorio*: a) *Transmisión anterior a la emisión y entrega de los títulos*. b) *Transmisión de valores una vez emitidos y entregados los títulos o resguardos provisionales (nominativos y al portador)* c) *Transmisión de valores representados mediante anotaciones en cuenta (admitidos o no a negociación)*.—4. Conclusión.

«La ejecutividad de las pólizas bancarias de préstamo (estudio de los párrafos cuarto y quinto del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)», por MARÍA ISABEL HUERTA VIESCA, pág. 1165.

SUMARIO: I. Introducción.—II La liquidez de las pólizas de préstamo del sistema francés.—III. El documento fehaciente acreditativo de la liquidación: competencia para su emisión y contenido.—IV. La actual exigencia de notificaciones perjudiciales del saldo deudor.—V Conclusiones.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 1 (Enero-Junio 1995)

«La aplicación de medidas que implican el uso de la fuerza armada por el Consejo de Seguridad para hacer efectivas sus decisiones», por JORGE CARDONA LLORÉNS, pág. 9.

SUMARIO: I. Introducción.—II. El sistema de la Carta.—III. La práctica durante la época de la guerra fría.—IV. La práctica en el nuevo orden mundial.—V. Conclusión.

«La necesidad de la codificación en el Derecho Internacional Público», por CASTOR M. DÍAZ BARRADO, pág. 33.

«*Forum non conveniens* y Convenio de Bruselas: quiebras de un modelo de atribución de competencia judicial internacional», por ROCÍO CARO GANDARA, pág. 55.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Evolución de la doctrina anglosajona del *Forum non conveniens*.—III. Ambito de aplicación «territorial» del Convenio de Bruselas y libertad de apreciación de la competencia judicial internacional: 1. *Obligatoriedad del artículo 2.º* 2. *Responsabilidad de un Estado parte por incumplimiento del Convenio de Bruselas*. 3. *Bipartición de los «conflictos de jurisdicción»*.—IV. La sede de las sociedades en el Convenio de Bruselas y la aplicación del *Forum non conveniens* — V Conclusión final.

«Viajes combinados internacionales y responsabilidad contractual de la agencia de viajes: una aproximación conflictual», por M.ª VICTORIA CUARTERO RUBIO, pág. 81.

SUMARIO: I. Introducción: 1. *Viajes combinados de tráfico jurídico externo: concepto y fuentes*. 2. *Naturaleza del contrato y Derecho aplicable*.—II. Protección, proximidad y situación jurídica del turista-contratante de viaje combinado en el artículo 5.5.º del Convenio de Roma: 1. *Supuestos incluidos en el régimen de protección del artículo 5 del Convenio de Roma. La irrelevancia del tipo de prestaciones combinadas*. 2. *Supuestos excluidos del régimen de protección del artículo 5 del Convenio de Roma. el grado de heterogeneidad de la situación*.—III. Determinación de la ley aplicable a la responsabilidad de la agencia de viajes: 1. *Exoneración y limitación de la responsabilidad de la agencia. Precisión aséptica de la solución del problema conflictual*. 2. *El juego de las presunciones ex artículo 4 del Convenio de Roma. La organización como prestación característica*.—IV. Corrección de la «lex contractus»: 1. *Protección tipo: el contrato concluido por turista protegido vía artículo 5 con pacto de «lege utenda»*. 2. *Proyección de la protección tipo: las normas semiimperativas de DIPr de la Directiva sobre viajes combinados*. 3. *In fine. posible consideración fáctica de la ley del lugar de ejecución*.—V Conclusiones.

«*Male captus, bene detentus*: Extradición, detención y Derechos Humanos en el contexto del «Caso Roldán», por JAVIER A. GONZÁLEZ VEGA, pág. 119.

«Los tratados de la extradición en el Derecho Español (Reflexiones en torno a los *Papeles de Laos*)», por M. PAZ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, pág. 131

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Número 842 (Julio-Agosto-Septiembre 1995)

«Partición», por AGUSTÍN O BRASCHI, pág. 447

«El fideicomiso en la operatoria inmobiliaria y en la privatización de empresas y servicios (en el marco actual de nuestra reactivación económica)», por LUIS CORREA LARGUÍA, pág. 461.

«Cesión de derechos hereditarios», por MARCELO JULIO HERSALIS, pág. 475.

«Revalorización del estudio de títulos en el ejercicio de la función notarial. Especial análisis de los proyectos de reforma legislativa del artículo 1051», por MARCELO DE HOZ, pág. 485

«Interpretación de planos. Excedentes y porcentuales», por CARLOS ALBERTO OTTONE, pág. 489.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Número 196 (Julio-Diciembre 1994)

«El recurso de queja», por FLORA SEPÚLVEDA R y HÉCTOR OBERG Y., pág. 7.

«La crisis del derecho comercial en Chile», por GABRIEL RIOSECO E., pág. 23

«Modalidades de ejercicio del crédito fiscal en el impuesto al valor agregado», por ELIZABETH EMILFORK S., pág. 33.

«Biotecnología y procreación artificial: Hacia una regulación jurídica respetuosa del ser humano», por HERNÁN CORRAL T., pág. 45

«Los principios y fines del Estado de Derecho Constitucional en la Constitución de 1980 y la sustitución de la forma jurídica del Estado Unitario por la regional», por JOSÉ BIDART H., pág. 59.

«El incidente de *Luxor* y la casi intervención del Imperio Alemán en Perú durante la Guerra del Pacífico (I Parte)», por SAMUEL DURÁN B., pág. 71.

«El Ombudsman como organismo de control de la administración», por TARCISIO OVIEDO S., pág. 129.

«Situaciones de interés en el procedimiento sumario», por JULIO SALAS V., pág. 141.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Números 2-3 (1994-1995)

«Democracia, estado de derecho y poder», por RAFAEL HERNÁNDEZ COLÓN, pág. 175.

«El Derecho: ¿Aliado de la sociedad o cómplice de su descomposición?», por JUAN R. GELPI BARRIOS, pág. 183

«El arrendamiento de cosas y su naturaleza real», por JOSÉ R. LEÓN SOTOMAYOR, pág. 193.

«Gays in the Military: Catch 22 Situation», por EVELYN QUIÑONES CARRASQUILLO, pág. 215.

«Burying Your Head in the Sand Never Worked: the Need for an Effective Program to Prevent and Detect violations of Law», por DIEGO A. RAMOS, pág. 235.

«Hostigamiento sexual y la Ley 17», por JUAN R. ITURREGUI PAGÁN, pág. 249

«Capitulaciones matrimoniales», por ESTHER R. LUZÓN COLÓN, pág. 305.

«Acción de daños contra el amante del cónyuge adúltero», por SONIA I. TORRES CARTAGENA, pág. 323.

«El privilegio ejecutivo frente al derecho a la información pública», por ALEX M. LÓPEZ PÉREZ, pág. 345.

«Custodia y homosexualidad: binomio jurídico hecho realidad», por PEDRO J. MORALES GONZÁLEZ, pág. 361

«Santiago Otero vs. Dra. Eileen Méndez (94 JTS 38): un análisis de la doctrina del consentimiento informado», por VIVIAN ORTIZ PONCE, pág. 373

«La trayectoria de la Comisión de Comercio Interestatal como fuente de las enmiendas que precisa la Ley de Servicio Público de Puerto Rico», por NILSA DE LOS A. VELÁZQUEZ MATOS, pág. 381

REVISTA DE DERECHO Y REFORMA AGRARIA DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES Número 26

- «Razón de ser de la Reforma Agraria», por RAMÓN VICENTE CASANOVA, pág. 11
- «Resumen de la Evaluación de la Reforma Agraria en Venezuela», por RAFAEL ISIDRO QUEVEDO, pág. 19.
- «Hacia una Explicación Conceptual del Derecho Agrario», por GUILLERMO VÁSQUEZ ALFARO, pág. 39
- «Sí tiene Futuro la Caficultura Andina», por JEAN CHRISTIAN TULET, pág. 71.
- «Sobre las Relaciones entre las Políticas Generales (Macroeconómicas) y la agricultura», por ALEJANDRO GUTIÉRREZ, pág. 95.
- «Antecedentes Jurídicos de la Revolución Agraria en Cuba», por ORLANDO VALDÉS GARCÍA, pág. 109.
- «Política Agrícola y Reforma Agraria», por LUIS GÓMEZ CERMEÑO, pág. 125
- «La Ocupación Agraria en el Derecho Venezolano», por CARLIX DE JESÚS MEJÍAS, pág. 147.
- «El Manejo Forestal en la Guayana Venezolana», por HERMÁN FINOL, pág. 187.

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO Número 82 (Enero-Abril 1995)

- «Naturaleza humana, persona y persona jurídica (primera parte)», por JORGE ADAME GODDARD, pág. 15.
- «Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de inseminación artificial», por INGRID BRENA SESMA, pág. 71.
- «Integración económica y acuerdo de libre comercio de la América del Norte Mecanismo de solución de controversias», por MARÍA DEL CARMEN CARMONA LARA, pág. 89.
- «Elementos para una efectiva protección de los derechos de las víctimas en el proceso penal», por RAFAEL FERNÁNDEZ PÉREZ, pág. 111.
- «¿Tiene el Poder Ejecutivo de los Estados Unidos «autoridad» para interpretar y, en su caso, violar el Derecho internacional?», por ALONSO GÓMEZ-ROBLEDLO VERDUZCO, pág. 135.

- «La OIT y los pueblos indígenas y tribales», por J. R. HERNÁNDEZ PULIDO, pág. 153
- «Razón de ser del Derecho del trabajo», por PATRICIA KURCZYN, pág. 169.
- «La naturaleza jurídica del presupuesto», por MARIA DE LA LUZ MIJANGOS BORJA, pág. 205.
- «Derecho a un medio ambiente sano», por CÉSAR MOYANO BONILLA, pág. 229.
- «El Parlamento de la Unión Europea y sus competencias de control», por SUSANA THALIA PEDROZA DE LA LLAVE, pág. 259
- «La reforma electoral definitiva», por EMILIO O. RABASA, pág. 279.
- «Infracciones y delitos fiscales», por GREGORIO RODRÍGUEZ MEJÍA, pág. 291
- «El urbanismo, la ciudad y su tratamiento jurídico», por GABRIELA SÁNCHEZ LUNA, pág. 307.
- «Reflexiones jurídicas sobre el conflicto en Chiapas», por DIEGO VALADÉS, pág. 325.
- «Globalización, Estado y derecho», por JORGE WITKER, pág. 341.

Número 83 (Mayo-Agosto 1995)

- «Protección de los trabajadores frente a la insolvencia patronal», por SANTIAGO BARAJAS MONTES DE OCA, pág. 489.
- «La regulación jurídica de los debates ante los medios de comunicación», por JAIME F. CÁRDENAS GRACIA, pág. 509.
- «La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación», por JORGE ULISES CARMONA TINOCO, pág. 523.
- «La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el estado social», por FRANCISCO FERNÁNDEZ SALGADO, pág. 563.
- «El régimen jurídico para la inversión de capital extranjero en Cuba», por JUAN EMIGDIO GARCÍA CUZA, pág. 629.
- «El desplazamiento de la noción de derecho subjetivo por el de acceso a la justicia sin restricciones (sobre problemas actuales de la legitimación y el proceso judicial)», por OSVALDO GOZAINI, pág. 661
- «Consideraciones sobre los trabajadores menores en el futuro», por PATRICIA KURCZYN, pág. 693.

- «Los medios de prueba en materia penal», por RAUL PLASCENCIA VILLANUEVA, pág. 711.
- «Medio ambiente. restricción o regulación al proceso», por ELVIA ARCELIA QUINTANA ADRIANO, pág. 745.
- «La noerromanización del derecho socialista», por ALFREDO SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, pág. 757.
- «La libertad de enseñanza en España según su Tribunal Constitucional», por GRACIELA SANDOVAL VARGAS, pág. 771.

Número 84 (Septiembre-Diciembre 1995)

- «Ajuste salarial en el valor del trabajo», por SANTIAGO BARAJAS MONTES DE OCA, pág. 935
- «Los derechos humanos entre necesidad moral y contingencia social (Un ensayo de sociología jurídica)», por HÉCTOR FIX FIERRO, pág. 957.
- «Constitucionalidad de leyes y actos de autoridad», por SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, pág. 975.
- «Dotaciones agrarias en Venezuela», por STEVEN E. HENDRIX y otros, pág. 1001
- «Constitución y derechos fundamentales», por MARÍA DEL PILAR HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, pág. 1041.
- «Nuevos aspectos en el estudio de los derechos humanos y la lucha por su defensa en el Estado mexicano», por JOSÉ LUIS LÓPEZ CHAVARRÍA, pág. 1053.
- «Federalismo fiscal en México: la necesidad de redefinir el régimen de facultades constitucionales en materia fiscal», por MARÍA DE LA LUZ MUJANGOS BORJA, pág. 1075.
- «Antecedentes iusfilosóficos de *El concepto de Derecho* de H. L. A. Hart», por CRISTÓBAL ORREGO S., pág. 1091.
- «Algunas notas en relación con la tendencia de la tierra en México», por GABRIELA SÁNCHEZ LUNA, pág. 1139

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 132 (Enero 1996)

- «El proceso de toma de decisiones en el Consejo como consecuencia de la ampliación: las minorías de bloqueo», por FERNANDO DÍEZ MORENO, pág. 9.

- «Análisis jurídico de la PESC en el Tratado de la Unión y de las acciones comunes adoptadas en virtud del mismo», por ELVIRA-MÉNDEZ PINEDO, pág. 17.
- «La aplicación del derecho comunitario europeo en materia de fiscalidad en España», por ANTONIO APARICIO PÉREZ, pág. 27.
- «La visión de la jurisprudencia comunitaria sobre el impacto de la fiscalidad en la libre circulación de trabajadores», por ISAAC MERINO JARA, pág. 41
- «La crisis del Sistema Monetario Europeo», por SANTIAGO HIERRO ANIBARRO, pág. 49.
- «Los flujos financieros entre España y la CE», por MARTA MAGADÁN DÍAZ y JESÚS ISRAEL RIVAS GARCÍA, pág. 59.
- «La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Materia Laboral (1991-1993)», por VICENTE ANTONIO MARTÍNEZ ABASCAL, pág. 69.
- «La política europea en favor de las zonas de montaña y su puesta en práctica en España por el Estado y las Comunidades Autónomas», por JAVIER OLOVÁN DEL CACHO, pág. 79.
- «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de abril de 1995», por FRANCISCO JAVIER TIRADO SUÁREZ, pág. 97.
- «La propuesta de un futuro código uniforme de obligaciones y contratos en la Unión Europea», por CARLOS VATTIER FUENZALIDA, pág. 105.

