

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

---

Año LXIV    ◦    Septiembre-Octubre 1988    ◦    Núm. 588

---



## CONSEJO DE REDACCION

### PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

### CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.  
D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.  
D. Pío Cabanillas Gallas.  
D. Antonio de Leyva y Andía.  
D. José Luis Lacruz Berdejo.  
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. Juan Manuel Rey Portolés.  
D. Antonio Pau Pedrón.

### COMISIÓN EJECUTIVA:

D. Carlos Miguel Hernández Crespo.  
D. José María Chico Ortiz.  
D. Manuel Amorós Guardiola.

### 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. B. N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

---

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—28013 Madrid



# SUMARIO

*Págs.*

---

## ESTUDIOS:

- «La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981», por RAFAEL LINARES NOCI ... .. 1491
- «Protección legal de la vivienda familiar», por BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-Cañete ... .. 1583
- «Aproximación a la idea del Registro Mercantil Informativo Central. Estructura, contenido, funcionamiento y efectos. El *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, por JOSÉ M.<sup>a</sup> MÉNDEZ CASTRILLÓN ... .. 1627

## DICTAMENES Y NOTAS:

- «Estatutos de Propiedad Horizontal; abuso de derecho; defensa de los consumidores», por ALBERTO SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna. 1647

## ACTUALIDAD JURIDICA:

- Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN ... .. 1673

## JURISPRUDENCIA:

- I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ... .. 1683
- II. Resoluciones de la Dirección General, por PEDRO AVILA ALVAREZ y FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .. .. 1693
- III. Sentencias del Tribunal Supremo:
  - 1. Derecho civil:
    - b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA .. 1709
  - 3. Derecho mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS ... .. 1721
  - 4. Derecho procesal, por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ ... .. 1739

**INFORMACION BIBLIOGRAFICA:**

|                                                                                                                                               |             |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| «El derecho del pueblo de Dios (hacia un sistema de Derecho canónico)», de LOMBARDÍA HERVADA, por JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ.                | 1761        |
| «Guía fiscal del agricultor», de JOSÉ-AURELIO GARCÍA MARTÍN, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ... ..                                               | 1768        |
| «Diccionario de Derecho», de LUIS RIBÓ DURÁN, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ... ..                                                              | 1771        |
| «Jornades de Dret Andorrà.—La problemática del Dret de Societats», de MARÍA DEL CARMEN GETE-ALONSO CALERA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ... .. | 1773        |
| <b>REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN ... ..</b>                                                                                           | <b>1779</b> |

ESTUDIOS



# La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981 (\*)

**SUMARIO:** A) UN PRIMER ACERCAMIENTO A LA FIGURA DE LA PRETERICION: a) UN TEXTO ACTUAL Y UNA POLÉMICA HISTÓRICA. b) EL INICIO DE UNA NUEVA ETAPA JURÍDICA: a') *Una misma orientación: distintas vías para la preterición:* a'') Un apunte de las consecuencias de una elección. b'') La simple mención testamentaria: su alcance: a''') Diferencia o indiferencia ante algunas soluciones. b''') Mención y no intención: aparente incompatibilidad. c'') El conocimiento de una cualidad: un presupuesto general de idoneidad. d'') La incidencia de un nuevo planteamiento. e'') Puntualizaciones en torno a una nueva posibilidad: excluir la preterición. c'') La sola atribución material: otra alternativa: a'') Distintas soluciones: idéntica cobertura de los intereses de los omitidos. b'') Un conflicto de intereses: algunas consideraciones para su posible solución.—B) NUEVOS LEGITIMARIOS: EXIGENCIA DE UN MANDATO CONSTITUCIONAL: a) LOS DESCUBRIMIENTOS CIENTÍFICOS: CAUSA DE IMPREVISIONES JURÍDICAS: a') *Algunas medidas de prevención.* b') *Un dilema jurídico: existencia o no de preterición.* c') *Un embrión preterible: una posibilidad legal:* a'') La administración de la herencia: un mecanismo de eficacia discutible. d') *La nada: etéreo fundamento de unas soluciones jurídicas.* b) UNA EXPRESIÓN: ALGUNAS INTERROGANTES: a') *¿Legítima de quién?* b') *¿Qué legítima?*—C) LA REDUCCION: UN EFECTO DE LA PRETERICION: a) PRESUPUESTOS TÁCITOS Y EFECTOS EXPLÍCITOS. b) COORDENADAS BÁSICAS DE UNA INSTITUCIÓN. c) UN ORDEN PREVISTO Y SU POSIBLE ALTERACIÓN. d) DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: UNA EXPRESIÓN GENÉRICA DE CONTENIDO PARTICULAR.—D) UNA DISTINCION ACOGIDA IMPLÍCITAMENTE: PRETERICION INTENCIONAL Y NO INTENCIONAL: a) UN PUNTO DE CONVERGENCIA DE TODA PRETERICIÓN. b) COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS: DOS NOTAS A DESTACAR DE LAS VARIANTES DE LA PRETERICIÓN: a') *Contenido y vacío de una intención.* b') *Los titulares de un derecho: sujetos pacientes.* c') *Los gravados con un deber: sujetos agentes.* c) APRECIACIONES SOBRE LA INTENCIONALIDAD: SUS CONSECUENCIAS. d) UNA CUESTIÓN DE IMPORTANCIA: LA FIJACIÓN DEL MOMENTO PARA CALIFICAR LA PRETERICIÓN. e) OPOSICIÓN A LA EXISTENCIA DE UNA PRESUNCIÓN. f) ANÁLISIS DE UNAS EXPRESIONES: SU INFLUENCIA SOBRE EL DESPLIEGUE DE UNOS EFECTOS: a') *Rechazo de una teoría y aceptación de una hipótesis:* a'') Una flexibilidad unidireccional: incoherencia de una teoría. b'') Unas consecuencias paradójicas: refuerzo de un planteamiento. c'') Dos casos y una misma solución. g) UNOS EFECTOS INTER-

---

(\*) Este trabajo constituye el último capítulo de la tesis doctoral del autor, recientemente defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba.

MEDIOS DE LA PRETERICIÓN: a') *La exclusión: un medio para concretar: «En otro caso».* b') *Un texto de mayor claridad:* a'') Causa falsa o preterición o causa falsa y preterición. b'') Preterición mixta simultánea: ¿a quién beneficia? c'') El traslado de una teoría: una posible respuesta. c') *La continuación de un párrafo: su particularismo legitimario:* a'') El contraste de una expresa regulación pasada con un silencio presente: una nueva cuestión.—E) EL CONFLICTIVO TERCER PÁRRAFO: a) MULTIPLICIDAD DE PROBLEMAS Y DIVERSIDAD DE RESPUESTAS. b) UN RETO: COADYUVAR AL ENCUENTRO DE SOLUCIONES: a') *La búsqueda de una salida viable para la premoriencia:* a'') La opción intestada: su rechazo. b'') Incompatibilidades de la simple nominación. c'') El equilibrio argumental de dos opciones. d'') Una proyección institucional de corto, medio y largo alcance: razones para la defensa de esta última. b') *Desheredación e indignidad: su relación con el artículo 814, 3, del Código Civil:* a'') Inclusión literal y exclusión real. b'') La doble posibilidad del instituto de la indignidad. c') *Descendiente omitido y descendientes preteridos.* d') *El estrecho ámbito personal.*—F) UN TEXTO PRÁCTICAMENTE INMUNE A LAS REFORMAS.—G) EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE UNA VOLUNTAD SOBERANA: SUS POSIBILIDADES REALES.

## A) UN PRIMER ACERCAMIENTO A LA FIGURA DE LA PRETERICION

### a) UN TEXTO ACTUAL Y UNA POLÉMICA HISTÓRICA

Trancurridos más de dos decenios desde la última redacción del artículo 814 del Código Civil, a la que sólo, ante las escasas variaciones que introducía en el texto originario que pasaba a sustituir, con amplitud de criterio se podría calificar de reformadora (1), el legislador de 1981 se decidió a dar una formulación totalmente novedosa al mencionado artículo. Decisión que se justifica, y así se constata en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley (14 septiembre 1979) (2), no tanto por las insuficiencias que, en la regulación de esta materia, había puesto de relieve la doctrina, sino, fundamentalmente, por la ampliación de la cualidad de legitimarios a sujetos que con anterioridad no la tenían y el previsible aumento, que ello podía comportar, del número de pretericiones testamentarias (3).

Nueva formulación del artículo 814 del Código Civil que nos lleva, dentro de nuestras posibilidades, a analizar el alcance que, para el ins-

(1) La Ley de 24 de abril de 1958 se limitó a suprimir del primer párrafo del artículo 814 la siguiente proposición: «... sea que vivan al otorgarse testamento o sea que nazcan después de muerto el testador...»; a utilizar el plural en lugar del singular, al cambiar «institución de heredero» por «institución de herederos», y a ampliar el número de artículos, del 834, 835, 836 y 837 al 834 a 839, referidos al supuesto de la preterición del viudo o viuda.

(2) *Código Civil (reformas 1978-1983). Trabajos parlamentarios*, tomo I, edición dirigida por F. SANTAOLALLA, Madrid, 1985, págs. 169 y sigs.

(3) Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, que no recoge la Ley 11/1981, de 13 de mayo (ver *BOE* núm. 119, de 19 de mayo de 1981).

tituto de la preterición contemplado en el Código Civil, la misma ha venido a representar. Con todo, antes de adentrarnos en el objetivo propuesto, entendemos conveniente aclarar una cuestión previa que, aún suscitada ahora de nuevo, había constituido ya, tiempo atrás, uno de los puntos de enfrentamiento entre la doctrina patria. Concretamente estamos aludiendo a la tradicional polémica planteada a raíz de la siguiente pregunta: ¿Admite o no nuestro Código Civil una sucesión forzosa junto a la testada e intestada? Ahora, en el período de tiempo que nos ocupa (a partir de 1981), el enfrentamiento se vuelve a reproducir (4), pues si bien la doctrina mayoritariamente considera que en el Código no tiene acogida, ni siquiera en favor de los llamados herederos forzosos, una sucesión de ese carácter además de la testamentaria y *ab intestato* (5), algún autor (6), pese a ello, se aventura a mantener, por el contrario, que en aquél existe, en favor de los legitimarios, un llamamiento hecho directamente por la ley y en virtud del cual van a recibir su legítima; es decir, que la expresión «herederos forzosos» debe entenderse en un sentido técnico.

Por nuestro lado, no vamos a entrar ahora en un análisis pormenorizado de la disyuntiva (sucesión forzosa sí, sucesión forzosa no), si bien debemos señalar nuestra inclinación por la teoría que rechaza la presencia en nuestro Código Civil de un tercer género sucesorio, el forzoso, junto al testado e intestado, en atención a consideraciones como las que siguen:

— Admitir que la expresión «heredero forzoso» tiene, como título de adquisición de una sucesión forzosa, un sentido rigurosamente técnico conlleva no sólo la idea de que el mismo es el único a través del cual la ley permite adquirir la legítima, sino además que únicamente con aquél se podría adquirir ésta. De no reconocer esa vinculación entre am-

(4) Es de destacar la producida entre: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «La naturaleza de la legítima», *ADC*, tomo XXXVIII, fasc. IV, 1985, págs. 849 y sigs.; *idem*, «La naturaleza de la legítima (nota final)», *ADC*, tomo XXXIX, fasc. II, 1986, págs. 571 y sigs., y VALLET DE GOYTISOLO: «Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima», *ADC*, tomo XXXIX, fasc. I, 1986, págs. 3 y sigs.

(5) Entre otros: BOLAS ALFONSO: «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *AAMN*, tomo XXV, pág. 225; DOMÍNGUEZ RODRIGO: «El concepto de preterición en el artículo 814 del Código Civil vigente», *RGLJ*, núm. 6, 1983, página 659, en la que se rechaza una configuración de la legítima al modo de la reserva germánica; SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA: «Naturaleza de la legítima y pago en metálico», *R. J. La Ley*, núm. 4, 1984, págs. 1006 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones. I. Fundamentos*, Madrid, 1982, página 615; *idem*, «Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima», *ADC*, tomo XXXIX, fasc. I, 1986, págs. 41 y sigs.; DE LA CÁMARA: «El pago en metálico de la legítima de los hijos o descendientes después de la Ley de 13 de mayo de 1981», *ARALJ*, núm. 11, Madrid, 1983, pág. 133.

(6) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *loc. ult. cit.*, págs. 864 y sigs.

bos elementos, el primero quedaría vacío de contenido, al no concedérsele otra función que la de atribuir directamente la legítima a quienes tuvieran la condición de herederos forzosos (7).

— Aceptar que la legítima puede adquirirse por cualquier otro título que no sea el de heredero forzoso, supondría que el testador pudiera, por cualquiera de los títulos sucesorios admisibles en testamento, conferirle al legitimario; en cuyo caso éste recibiría aquella cuota legal no por sucesión forzosa, sino testada, lo que desligaría, con las consecuencias anteriormente apuntadas, la mencionada cuota de aquel título (8).

— Ante lo dicho cabe considerar que para dar un adecuado juego a la sucesión forzosa, como tercer género sucesorio perfectamente diferenciado del testado o intestado, la preterición vendría a producirse no sólo cuando el testador dispusiera de la legítima en favor de extraños, sino lo que resulta ciertamente paradójico cuando lo hiciera en beneficio de los legitimarios (9).

— El único efecto coherente para el caso de preterición sería el de la nulidad total de las instituciones que dispusieran de la porción legítima; sencillamente porque es el único que permite mantener siempre el título de heredero forzoso en el legitimario y en consecuencia la posi-

---

(7) En efecto, si se considera que cuando el Código habla de herederos forzosos no comete una imprecisión terminológica, sino, por el contrario, emplea el mismo con pleno sentido por aludir con él a un título (el de heredero forzoso), aunque peculiar por pertenecer a un tipo de sucesión distinto de la testada o intestada, suficiente para adquirir *mortis causa*, se tiene que admitir necesariamente para sostener esas afirmaciones, aun cuando no se diga de manera expresa, que la porción legitimaria se encuentra vinculada forzosamente por la Ley a dicho título.

(8) Además, en el caso de que el *de cuius* no dispusiera de la legítima pudiéndolo hacer, lo lógico sería dar entrada a la sucesión intestada y no a la forzosa, que se debía de considerar como inexistente al reconocer sobre la porción legítima facultades dispositivas al causante.

(9) Más concretamente, si la sucesión forzosa, entendida en sentido técnico, supone que la disposición en favor de los herederos forzosos venga hecha imperativa y directamente por la Ley, cabe pensar que la «preterición» podía aparecer tanto si se disponía de la legítima en favor de los herederos forzosos, lo que no deja de ser paradójico, como de quienes no lo fueran.

Con todo, se podría considerar que la citada paradoja cabría sortearla si la preterición se entendiera referida únicamente a aquellos casos en los que se hubiera dispuesto de la legítima en favor de quienes no eran herederos forzosos, pero no cuando se hacía en favor de éstos; supuesto en el que, para no alterar el planteamiento anterior (la disposición en favor de los herederos forzosos viene hecha imperativa y directamente por la Ley), entraría en juego el artículo 6, apartado 3, del Código Civil, en virtud del cual sería declarado nulo de pleno Derecho el acto (en este caso, el de disposición de la legítima por parte del testador en favor de los herederos forzosos) por ir en contra de una norma imperativa. Pero esta solución provocaría el efecto igualmente paradójico de que la reacción contra la disposición de la legítima favorable a un legitimario sería más fuerte que si esa disposición se hubiera hecho en favor de quien no lo fuera.



bilidad de hablar con pleno acierto de una sucesión forzosa en sentido técnico (10).

#### b) EL INICIO DE UNA NUEVA ETAPA JURÍDICA

Una vez aclarada, en la dirección referida la mencionada cuestión previa dirigimos nuestra atención a examinar la incidencia que ha venido a tener, sobre la figura de la preterición contemplada en el Código Civil, la Ley 11 de 13 de mayo de 1981. Propósito que afrontaremos mediante el estudio de las diferentes cuestiones que se vayan suscitando a lo largo del recorrido que vamos a emprender a través del nuevo texto del artículo 814 del Código Civil (11). Así, el primer tramo a estudiar sería: «La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima» (art. 814, 1, del CC).

La simple lectura del párrafo permite apreciar que en el mismo sólo hay, pues no aparece matización alguna que lo desdiga, una referencia a una idea general de preterición; o dicho de otra manera, que en él no se alude a un determinado tipo de preterición en particular. Afirmación que conduce a la siguiente interrogante: ¿La preterición reseñada coincide o se diferencia en algo de «la preterición» acogida en el artículo 814 del Código Civil antes de la reforma de 1981?

#### a') *Una misma orientación: distintas vías para la preterición*

La respuesta a la interrogante anterior se puede empezar a construir atendiendo a los distintos planteamientos que la doctrina ha elaborado en torno a la figura de la preterición. Orientados en ese sentido pronto nos encontramos con un gran número de opiniones doctrinales que tratan

---

(10) De propugnarse como efecto de la preterición la anulabilidad y no la nulidad absoluta, se estaría admitiendo la posibilidad de que la legítima la recibieran los legitimarios como herederos testamentarios e incluso legatarios, título que presumiblemente no impugnarian de no perjudicarles en su porción legítima, con lo que el de herederos forzosos no se podría entender como una cualidad adquisitiva de una peculiar forma de sucesión: la forzosa.

(11) Al texto del artículo 814 contenido en el Proyecto de Ley se presentaron en el Congreso de los Diputados dos enmiendas: Una, la número 435, correspondiente al Grupo Centrista (primer firmante: don Antonio Díaz Fuentes), que proponía del párrafo 1.º del artículo 814 la siguiente enmienda: «La preterición de herederos forzosos no perjudica sus legítimas, que se les reconocerán, respetando en lo posible los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias». Otra, la número 500, correspondiente también al Grupo Centrista (primer firmante: don Oscar Alzaga Villamil), en la que se ofrecía una nueva redacción del artículo 814 recogido en el Proyecto. Para más datos, ver *Código Civil (reformas 1978-1983). Trabajos parlamentarios*, tomo I, Cortes Generales, edición dirigida por D. F. SANTOLALLA, Madrid, 1985, págs. 169 y sigs.

de acotar el concepto de la institución citada, si bien todas ellas se pueden reconducir a tres grandes grupos:

— Uno, formado por quienes acogen como fundamental para no incurrir en la preterición la idea de la mención testamentaria, en el que nos encontramos afirmaciones como:

1. Si no hay atribución de bienes al legitimario, pero sí mención testamentaria, no habrá preterición (12).
2. La alusión al legitimario en el testamento para evitar su preterición debe ser siempre demostrativa de que el causante, en el momento de disponer, ha tenido en cuenta al legitimario concreto en su individualidad subjetiva (13).
3. Reconocido en el testamento algún descendiente, éste no estará preterido (14).

— Otro, al que pertenecen aquellos que rechazan la exigencia anterior y mantienen que la falta de mención en testamento no supone, si al legitimario se le confirió su legítima por algún título, incurrir en la preterición del mismo, donde aparecen expuestas ideas como estas:

1. Si no hay mención testamentaria pero sí atribución de bienes del testador al legitimario, éste podrá pedir el complemento de su legítima, pero no existirá preterición (15).
2. Si algo se hubiera recibido como legítima, por cualquier título, sólo podrá (el legitimario) ejercitar la acción de complemento, aunque no haya sido mencionado en el testamento (16).
3. La donación (se refiere a la *inter vivos*) debería servir para satis-

---

(12) COBACHO GÓMEZ: «Notas sobre la preterición», *RDP*, mayo 1986, pág. 410.

(13) LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones (conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981), Barcelona, 1981, págs. 518 y sigs.

(14) ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, artículos 806 a 857, comentados por VALLET DE GOYTISOLO, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 195 y sigs.

(15) COBACHO, *loc. ult. cit.*, pág. 410. Por su lado, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 13 de julio de 1985 (*Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 9, septiembre-diciembre 1985, págs. 230 y sigs.), tampoco resulta clarificador, porque si bien afirma que hay preterición cuando el heredero forzoso es ignorado absolutamente en el testamento, omitiéndosele en él, se está concretando a un supuesto en el que el legitimario no había recibido nada por título alguno, es decir, en el que faltaba mención testamentaria y atribución material de la legítima.

(16) O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Compendio de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones, Madrid, 1982, págs. 330 y sigs.

facer la legítima formal que al igual que la material puede cumplirse por cualquier título (17).

4. Si el legitimario recibió una donación del testador es evidente que está cumpliendo con su deber de satisfacer la legítima (18).

— Un tercero, constituido por los partidarios de considerar, como imprescindibles para no caer en la preterición del legitimario, la atribución material de la legítima y la mención o recuerdo testamentario, en el que se daban asertos como estos:

1. Ambas (la preterición intencional y la errónea) implican la concurrencia de requisitos generales como (existencia de herederos forzosos preteribles y testamento en el que no se les menciona con atribución patrimonial simultánea o simplemente relacionada (19).
2. La preterición aparece como una privación de la legítima efectuada formalmente (en testamento) por una doble vía, la ausencia de disposición patrimonial al legitimario (condición necesaria pero no suficiente) y la mediación al efecto de la (ausencia de) atribución testamentaria (20).

---

(17) LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *loc. ult. cit.*, tomo V, págs. 518 y sigs., en las que además se afirma, entre otras cosas: Imponer en esos casos (los de donación *inter vivos* en favor del legitimario) al causante un deber de mencionar al legitimario en el testamento parece un plus inútil e irracional.

(18) Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV. Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 599 y sigs., en las que se añade: Resultaría ilógico considerarlo preterido (al que recibió una donación *inter vivos*) cuando lo primero que tiene que hacer si triunfa su pretensión es realizar la imputación a su legítima de lo percibido en vida del testador. En este grupo también cabe dar entrada al concepto que de preterición dio la Comisión de Codificación, en cuya parte final se decía: «Se exceptúa el caso de que el testador, antes o después de testar, haya otorgado alguna donación en favor del omitido u omitidos, salvo que se trate de una liberalidad de uso», recogido por AMORÓS y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, págs. 1276 y sigs.

(19) BOLAS ALFONSO, *loc. ult. cit.*, págs. 199 y 200; si bien con anterioridad (páginas 191 y 192) había formulado, atendiendo a las sentencias del Tribunal Supremo, el siguiente concepto de preterición: «La falta de mención de un heredero forzoso en el testamento, o la mención insuficiente por no ir acompañada de desheredación o de disposición patrimonial hecha en el mismo testamento o relacionada en él por haberse efectuado anteriormente por cualquier otro título».

(20) DOMÍNGUEZ RODRIGO, *loc. ult. cit.*, pág. 600. Hemos de advertir que aun cuando en el texto se dice literalmente «(ausencia de) atribución testamentaria», parece que el término «atribución» ha sido colocado erróneamente en el mismo por el de «mención». La observación anterior cobra sentido cuando el mismo autor más adelante (pág. 669) explica el contenido de lo que él llama «la mención apretiriente». Ver también págs. 659 y sigs.

a") *Un apunte de las consecuencias de una elección.*—Posiciones dispares que encontraban el número de su polémica no en aquellos supuestos en los que, al estar presente la mención testamentaria y la atribución material (*inter vivos* o *mortis causa*) de la legítima, difícilmente podría apreciarse la existencia de preterición, ni por aquellos otros, antagónicos a los primeros, en los que, al faltar absolutamente la una y la otra, sólo cabía admitirla; sino en aquellos casos que al carecer de alguna de ellas (mención o atribución) las consecuencias serían distintas según la corriente doctrinal de la que se participara. En efecto, y sólo por poner un ejemplo: de mantener que la preterición se evita con la simple mención testamentaria (aunque falte, por tanto, la atribución material de la legítima), si únicamente existe una donación *inter vivos* en favor del heredero forzoso, incluso superior a aquella cuota legal, se le habrá preterido; por el contrario, si se defiende que la preterición queda excluida si el legitimario, aún sin mencionar en el testamento, recibe por cualquier título (normalmente una donación *inter vivos*) parte al menos de su legítima, resultará que aquél, en el mismo supuesto, no se entenderá preterido. Sin embargo, para la teoría que defiende la necesidad de la concurrencia de ambos requisitos (mención y atribución) para no incidir en vicio de preterición ésta no dejaría de producirse tanto en el supuesto referido como en el de existir solamente la mención testamentaria. En resumidas cuentas, la dificultad de coordinar las posiciones expuestas estriba en que las mismas fundamentan la existencia o no de preterición desde perspectivas distintas. Una, hace descansar todo el peso de la figura en la simple mención testamentaria del legitimario, con lo que resalta en ella sólo el aspecto formal de la misma; otra, utiliza como jácena de su construcción la atribución real de la legítima y destaca así su vertiente material y la tercera al conjugar las dos exigencias anteriores muestra una preterición asentada sobre un doble aspecto: el formal y el material.

b") *La simple mención testamentaria: su alcance.*—Ante este panorama centraremos nuestra atención, en un intento de extraer las primeras consecuencias, únicamente en los resultados que se derivarían de conectar los distintos efectos previstos, para cada tipo de preterición, en el artículo 814 del Código Civil con las primeras dos grandes líneas directrices anteriormente señaladas (21).

---

(21) La tercera la descartamos inicialmente porque si se llega a admitir como válida para evitar la preterición alguna de las primeras, esta última resultaría, con independencia de cuál de aquéllas lo fuera, en principio (aunque ya veremos que no necesariamente), incompatible con la misma. De otro lado, las observaciones que se hagan a cualquiera de las teorías de las que nos vamos a ocupar, pueden entenderse hechas igualmente, según la perspectiva en la que se esté, al aspecto formal o material de aquella tercera corriente doctrinal.

Empezaremos por considerar las diversas posibilidades a las que da entrada la simple mención testamentaria del legitimario. Ubicados en este punto se aprecian dos posibilidades totalmente diferenciadas:

1.<sup>a</sup> Admitir la teoría de quienes entienden en tal caso, acaecida la preterición del heredero forzoso.

2.<sup>a</sup> Participar de la opinión de aquellos otros que en idéntico supuesto (simple mención testamentaria sin atribución material por título alguno) niegan que pueda apreciarse la preterición de aquél.

a'') *Diferencia o indiferencia ante algunas soluciones.*—De conectar la primera posibilidad expuesta en el apartado precedente con los efectos previstos en el artículo 814 del Código Civil para la preterición se obtiene:

1.º Toda preterición, distinta de la no intencional de hijos o descendientes, traerá consigo el efecto de reducir la institución de heredero (22) antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.

2.º El alcance de esa reducción llegará, como parece desprenderse del artículo 814 del Código Civil, al límite necesario para cubrir sólo la legítima (más adelante entraremos a diucidar si la corta o la larga) de los herederos forzosos preteridos según la teoría que ahora tomamos en consideración.

3.º Si toda preterición, salvo la no intencional de hijos o descendientes, supone para el preterido únicamente la posibilidad de reducir, en la medida necesaria para cubrir estrictamente su legítima, las disposiciones testamentarias, queda claro que sus intereses resultarán igualmente cubiertos, por las consecuencias previstas en el artículo 851 del Código Civil, si en lugar de preteridos se entienden desheredados injustamente.

4.º Es más, podría llegarse inicialmente a pensar que los legitimarios sólo mencionados en testamento verían, en la misma medida a la ex-

---

(22) Expresión que la enmienda número 435 (presentada al Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio), cuyo primer firmante era Díaz Fuentes, consideraba poco acertada al afirmar en la motivación de la misma: «No es correcto decir, como hace el Proyecto, que se reducirá la institución de heredero, porque la de heredar es, por definición, una institución a título universal que cualitativamente no es susceptible de reducción ni de ampliación, aunque en cada caso varía su trascendencia económica, como varía previamente por la cuantía de la del heredario.

La expresión del texto del Proyecto reproduce el error usual de la «institución de heredero en el remanente», que es, en rigor, un legado.

Decir se reducirá la institución de heredero es un dislate jurídico.

puesta, satisfecha su legítima, sin necesidad de considerárseles preteridos o desheredados injustamente, mediante el ejercicio de la acción de reducción prevista en el artículo 817 del Código Civil, pero esta solución se encontraría con obstáculos como estos.

a) Si se contrasta el contenido de los artículos 814, 1, y 851 del Código Civil con el del artículo 817 del mismo cuerpo legal se aprecia que la reducción del primero o la anulación del segundo debe producirse según el orden señalado (en el que la primera afectada por la reducción o la anulación es la institución de heredero), que no aparece previsto en el texto del artículo 817 del Código Civil.

b) Lo anterior supone que si bien a los legitimarios sólo mencionados en el testamento tanto les da, al verse sus intereses protegidos en la misma medida, que se les considere preteridos (insistimos si no se trata de una preterición no intencional de hijos o descendientes), desheredados injustamente o sencillamente con derecho a ejercitar la acción de reducción del artículo 817 del Código Civil, puede no sucederle igual a los legitimarios o no, beneficiados con alguna disposición testamentaria; simplemente porque en el último caso la reducción de las mismas afectará, al no establecerse orden alguno para ello, inicialmente a todas, si bien sólo en lo que fueran inoficiosas o excesivas.

En resumen, si a los herederos forzosos nombrados sin más, les resulta en buena medida indiferente cualquiera de las tres posibilidades citadas, pues con cualquiera de ellas recibirían en principio sólo su legítima (otra cosa sería determinar el título en virtud del cual lo hicieran), no ocurre lo mismo del lado de los beneficiados, herederos forzosos o extraños, en el testamento.

b''') *Mención y no intención: aparente incompatibilidad.*—El siguiente paso, según el recorrido previsto, se habrá de dar conectando los efectos indicados para la preterición no intencional de hijos o descendientes con la idea de la simple mención testamentaria como insuficiente para excluir la preterición. Aquí nos encontramos las siguientes variantes:

1.<sup>a</sup> Que se vean afectados por la simple mención la totalidad o al menos parte de los hijos o descendientes, si bien todos deben poder considerarse preteridos no intencionalmente (24). En este caso los efectos

---

(23) Así lo entienden también: BOLAS ALFONSO, *loc. ult. cit.*, pág. 195; PINTO RUIZ: «El actual artículo 814 del Código Civil no introduce el instituto de la representación sucesoria en la sucesión testada», *RDC*, núm. 483, 1984, año XLI, páginas 2679 y sigs.

(24) En definitiva, para que el efecto previsto en el párrafo 2.º, 1, del artículo 814 pueda desplegarse es necesario que se dé la preterición no intencional en

que señala el precepto son los de anular las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial (art. 814, 2.º, 1, CC). Supuesto que cobra especial relevancia porque si bien el interés de los legitimarios simplemente mencionados (y el de los que no lo estén siquiera) será, por las radicales consecuencias previstas en el artículo 814, 2.º, 1, del Código Civil el de propugnar la existencia de la preterición de todos, el de los beneficiados por alguna disposición testamentaria de contenido patrimonial resultará justamente el contrario. Planteamiento ante el que se pueden hacer las siguientes reflexiones:

a) Es posible defender, como lo hace la teoría que ahora tomamos en consideración (25), que la mención testamentaria del legitimario es insuficiente en sí misma para evitar su preterición.

b) Admitido lo anterior resulta más discutible, aún con la simple mención en testamento de todos o parte de los legitimarios, poder hablar de una preterición no intencional total de los mismos.

En definitiva, la simple alusión testamentaria del heredero forzoso parece en principio difícil de casar con la falta de intencionalidad en el causante y en consecuencia con la posibilidad de hablar de preterición no intencional. Según esto, resulta inicialmente posible no juzgar acaecida la preterición o bien considerarla intencional, en cuyo caso, al coincidir sus efectos, carecería de importancia práctica defender la existencia de ésta o de desheredación injusta. A pesar de lo dicho cabe pensar que la simple mención no excluye siempre la intencionalidad en la preterición de tal manera que incluso con aquélla se podría incurrir en una preterición no intencional. Ahora bien, la posibilidad expuesta (preterición no intencional pese a la mención testamentaria del legitimario) requiere, a nuestro entender, como presupuesto elemental de existencia que el causante desconozca la cualidad de heredero forzoso de aquél a quien se limita a nombrar en su testamento; de lo contrario, es decir, de conocer esa cualidad y mencionarlo se podría admitir (si se acepta que la simple mención no excluye la preterición) ésta, pero no que la misma es inintencional.

c'') *El conocimiento de una cualidad: un presupuesto general de idoneidad.*—La exposición anterior hace nacer la siguiente interrogante: ¿De no darse el presupuesto mencionado, se incurriría en preterición tanto para la teoría que nos ocupa como para la que ve en la simple mención base suficiente para excluir la preterición? Pregunta que puede tener una respuesta positiva si se piensa:

---

todos los legitimarios, hijos o descendientes, con independencia de que la simple mención testamentaria incida también sobre la totalidad o sólo sobre parte de ellos.

(25) Para conocer los autores que la mantienen, ver nota anterior número 15.

1.º La teoría que ahora atrae nuestra atención fundamenta la existencia de la preterición no sobre una falta de atribución *de* la cuota tencia de la preterición no sobre una falta de atribución *real* de la cuota forzoso en el testamento, es decir, en una omisión del mismo.

2.º De acuerdo con lo dicho, si el causante se limita sin más a nombrar en su testamento al legitimario, sin conocer que el mismo tenía respecto de él esa condición, de tal manera que ni siquiera resulta posible, con arreglo a una interpretación de aquél, descubrir una intención en el *de cuius* de nombrar a éste como tal, no parece forzado llegar a admitir que el mismo (incluso para la teoría que considera la mención como suficiente para evitar la preterición) ha sido preterido, pues no cabe duda que ha resultado, a pesar de la mención, formalmente omitido legitimaria, sino sobre la idea de una ausencia de mención del heredero dición.

como heredero forzoso del causante al no nombrarlo éste en esa conque si el *de cuius* se ciñe a nombrar estrictamente en su testamento a un legitimario del que desconocía esa condición (situación, como es fácil de imaginar, nada frecuente, pues supone no sólo el desconocimiento de una determinada relación de parentesco, sino además, lo que por sí mismo ya puede entenderse como excepcional, que el causante nombre a alguien sin otro alcance que ese, es decir, simplemente por nombrarlo sin atribuirle nada (26), parece lógico pensar que de haberla conocido no se hubiera limitado a nombrarlo, sino que habría hecho alguna disposición patrimonial a su favor.

4.º No admitir, inclusive para la teoría que considera la simple mención como suficiente para excluir la preterición, que en esas circunstancias no queda ésta obviada, colocaría a sus defensores a un paso de dar entrada, en la normativa que regula la materia sucesoria en el Código Civil, a la sucesión forzosa entendida en sentido técnico, por:

a) Conforme al artículo 658, 1, del Código Civil la sucesión testamentaria es aquella que se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento.

b) Si, como hemos dicho, ni una interpretación, de acuerdo con el artículo 675 del Código Civil, de las cláusulas testamentarias (con utilización si se quiere de los llamados medios de prueba extrínsecos) permite afirmar la presencia en ellas no ya de la voluntad del causante de mencionar al legitimario como tal, sino ni tan siquiera la intención de ello, parece evidente que todo lo que resulte añadido a esa escueta mención

---

(26) Con todo, puede darse, por ejemplo: Un abuelo que nombra a un nieto extramatrimonial con el que tenía amistad, pero del que desconocía su condición de descendiente.



no será voluntad ni intención del causante manifestada en testamento y, por ende, parte de una sucesión testametaria.

c) Si junto a lo expuesto concurre, como es preciso para poder dar entrada a la idea de preterición, que el testador dispuso de todo su as hereditario, nos encontraremos con que ni por sucesión testada, al estar ausente incluso la intención del testador en el sentido expuesto, ni por sucesión intestada, por que no se llega (al tener, art. 658, 1, *in fine*, CC, un carácter subsidiario) a abrir, tiene acceso la consideración de que el legitimario nombrado, pero no como tal en el testamento por desconocer el causante esa condición de él, lo fue con dicha cualidad.

d) Si por sucesión testada (y mucho menos por la intestada, que ni siquiera llega a producirse) no cabe, por lo que hemos dicho, la posibilidad de que en la simple mención pueda entenderse incluida la cualidad de heredero forzoso, es evidente que la única manera, y puesto que la sucesión *ab intestato* no se da, de encajar la misma en la primera, por encima, por tanto, de la voluntad del causante, sería a través de una imposición legal; es decir, por la vía de una sucesión forzosa, lo que avocaría a la siguiente pregunta: ¿Qué sentido tienen los efectos previstos para la preterición en el artículo 814 del Código Civil si se admite en dicho cuerpo legal la existencia de un tercer género sucesorio como el forzoso? (27).

A lo anterior se puede objetar que la cualidad de heredero forzoso no viene conferida por el causante, sino atribuida directa o imperativamente por la ley a quienes reúnen unos determinados requisitos, de tal manera que el heredero forzoso que lo es no deja de serlo únicamente porque el testador simplemente lo mencione o lo deje de hacer. La objeción, aunque atinada, no choca con el planteamiento expuesto en el que no sólo no se rechaza, sino que ni siquiera se cuestiona que el heredero forzoso deje de tener, al menos en potencia, en ningún momento esa condición. Ahora bien, esto no empece para considerar que existe, entre la mención sin más (o por otra consideración distinta de la de legitimario) hecha en testamento y la cualidad de heredero forzoso que tiene el mencionado, una disociación, consecuencia del desconocimiento de dicha cualidad por el causante, que se traduce en la imposibilidad de reconocer, como parte de la voluntad (o intención) del causante, que aquélla

---

(27) En otros términos, si admitir la sucesión forzosa supone que la legítima la va a recibir el legitimario siempre por el título de heredero forzoso, en virtud del cual la Ley ha dispuesto imperativamente de aquélla en favor de quien la ostenta, de tal manera que cualquier disposición del testador respecto de la misma, como parece coherente mantener, será radicalmente nula, qué sentido tiene el instituto de la preterición cuando el mencionado efecto puede igualmente desencadenarse, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 3, del Código Civil, por el que se declara nulo de pleno Derecho el acto que vaya en contra de una norma imperativa.

está contemplada en ésta; de tal manera que si en la voluntad testamentaria del *de cuius* no se puede apreciar inserta la condición de heredero forzoso que, no obstante, tiene el mencionado, cabe pensar que testamentariamente éste ha resultado omitido como legitimario y, por ende, preterido, aunque legalmente haya tenido siempre, desde que se abrió la sucesión, aquella condición, de otro lado, indispensable para poder hablar de la preterición.

d'') *El alcance de un nuevo planteamiento.*—La otra variante prevista era:

2.<sup>a</sup> Que no se vean afectados por la simple mención testamentaria todos los hijos o descendientes ni todos ellos puedan considerarse preteridos. Ahora los efectos (art. 814, 2.º, 2, CC) son los de anular la institución de heredero, si bien mantendrán su validez las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. Sin embargo, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en la medida en que perjudique a las legítimas (efectos en los que profundizaremos más adelante). Supuesto contemplado en el que se ven enfrentados los intereses de los herederos forzosos simplemente mencionados (preteridos, por tanto, según la teoría a la que ahora atendemos) con los favorecidos, legitimarios o no, con una institución de heredero al beneficiar los efectos de la preterición a los primeros y perjudicar a los segundos y ocurrir justamente lo contrario de mantenerse que ese supuesto es de desheredación injusta. De distinta manera ocurre entre los beneficiados con mandas o mejoras e incluso el cónyuge instituido heredero y los herederos forzosos mencionados sin más, por cuanto los primeros se verán perjudicados en igual medida tanto si se entiende acaecida la preterición como la desheredación injusta y los segundos porque en uno y otro caso sólo recibirán lo que por legítima tenga derecho a percibir.

Distintas consecuencias previstas en los párrafos 1 y 2 del número 2 del artículo 814 que no afectan al planteamiento de fondo en la medida en que con independencia de que resulten o no afectados todos los legitimarios por la preterición ésta deberá ser, para que se desplieguen los efectos de alguno de los mencionados párrafos, no intencional de hijos o descendientes. Aserto que permite trasplantar, sin que de ello resulte en principio especial dificultad, las reflexiones hechas, al conectar los efectos de la preterición no intencional total de hijos o descendientes con la idea de insuficiencia de la mención testamentaria para evitar la preterición, al supuesto de preterición no intencional, pero parcial, de hijos o descendientes.

c'') *Puntualizaciones en torno a una nueva posibilidad: excluir la*

*preterición*.—La otra posibilidad, a la que daba entrada la simple mención testamentaria del legitimario, suponía la exclusión (a pesar de la falta de atribución material en favor del heredero forzoso) de la preterición. Opción que podía ser matizada en el sentido expuesto al contestar la pregunta que en estos términos: ¿De darse el presupuesto mencionado (desconocimiento por el causante de la cualidad de heredero forzoso de aquél a quien se limita a nombrar), se incurriría en preterición tanto para la teoría que nos ocupa como para la que ve en la simple mención base suficiente para excluir la preterición? fue formulada con anterioridad.

Pero no quedaban aquí las puntualizaciones que cabía hacer en relación con la teoría que ahora atrae nuestra atención (simple mención testamentaria excluye la preterición). En efecto, si se piensa detenidamente sobre la posición expuesta aparece de forma inmediata la siguiente duda: ¿No hay preterición porque se entiende que se produce un supuesto de desheredación injusta, o no hay ni una ni otra porque se entienden satisfechos, al menos parcialmente, los derechos legitimarios del heredero forzoso? La primera posibilidad aludida (no hay preterición porque se ha producido una desheredación injusta) nos parece poco aceptable si se toma en cuenta el punto del que partimos (simple mención, sin más, del legitimario en testamento) y se conecta con el planteamiento que aceptamos respecto de los presupuestos de existencia de la desheredación injusta (28). Conforme al mismo llegamos a mantener, y sólo por dar un apunte de ello, que de no confirmarse en el testamento (pese a una labor de interpretación del mismo realizada de acuerdo con el artícu-

---

(28) A nuestro entender, estaremos ante un supuesto de desheredación injusta (lógicamente además de si no cumple los requisitos de la desheredación justa) cuando conozcamos que la voluntad del testador es la de privar de la legítima a los legitimarios (únicos que por tener derecho a recibir esa cuota legal pueden ser desheredados); de otra manera, si se demuestra la conexión entre la voluntad de privar de la legítima del causante y quienes pueden ser privados de la misma (los legitimarios). Cualquier caso en el que no se pueda establecer fehacientemente esa relación entre los dos términos mencionados, bien porque se desconozca la voluntad del causante, bien porque aun conocida no se pueda referir a los legitimarios, deberá entenderse como un supuesto de preterición y no de desheredación injusta.

De otro lado, para que exista desheredación resulta preciso que la voluntad de privar de la legítima aparezca reflejada en el testamento, de lo contrario, es decir, cuando ninguna cláusula testamentaria reflejara expresamente la intención del causante de privar (conforme a Derecho o no) de la legítima a quienes les correspondía, ni la misma resultara, dentro de las disposiciones testamentarias, evidente como voluntad o intención del testador. lo único absolutamente cierto sería que el *de cuius* no había cumplido (si lógicamente no se admitía, de existir, la donación *inter vivos* como medio de eludir la preterición), frente a uno o más de sus legitimarios, totalmente los deberes que tenía de atribuirles, con arreglo a alguno de los títulos testamentarios, su cuota legítima correspondiente y, en consecuencia, que había incurrido en preterición.

lo 675 del CC), al menos la intención del causante de no dejar la legítima correspondiente al heredero forzoso (como acontece de existir una simple mención testamentaria del legitimario, de la que difícilmente cabe desprender intención alguna de privar de la legítima), aun cuando ésta se hubiera manifestado extratestariamente, cabía entender ocurrida la preterición antes que la desheredación injusta.

La segunda posibilidad suscitada (no hay preterición porque se entienden, siquiera en parte, cubiertos los derechos legitimarios del heredero forzoso) contaba, a nuestro entender, si la simple mención testamentaria del legitimario se hizo a título de tal, con mayores rasgos de verosimilitud si se considera que cuando eso ocurre, aun cuando falte la concreta atribución material (*mortis causa* o *inter vivos*) en favor del legitimario, ésta puede entenderse subsumida en la propia mención. En definitiva, si al legitimario se le menciona con esa cualidad en el testamento no resulta forzado entender que con ella se le está, aunque implícitamente, reconociendo también su derecho a la legítima (es decir, que existe la intención del causante de que aquél la reciba) y con ello un título testamentario, el de legatario de cuota (pues la legítima sólo puede ser activo líquido), en virtud del cual aquél va a recibir lo que por ésta le corresponda (29).

c'') *La sola atribución material: otra alternativas.*—La otra gran alternativa en estudio nos colocaba en la perspectiva de la simple atribución por cualquier título de la legítima. Desde ella era igualmente posible contemplar dos grandes opciones:

- 1.<sup>a</sup> La de entender, en tal caso, acaecida la preterición.
- 2.<sup>a</sup> La que consideraba en iguales circunstancias (simple atribución de la legítima, sin mención testamentaria alguna) que la preterición quedaba excluida.

Antes de dar paso a esos dos grandes posibilidades planteadas consideramos oportuno aclarar, en aras de una mejor comprensión del tema, que la peculiaridad de la corriente doctrinal que ahora llama nuestra atención se da lógicamente cuando ese cualquier título de atribución no es *mortis causa* (más concretamente testamentario), sino *inter vivos* (por lo general una donación); de tener aquél carácter no sólo habría dificultad en dar acceso a la idea de preterición, sino que además se

(29) En el sentido de admitir esa posibilidad se muestra VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones. I. Fundamentos*, Madrid, 1982, página 615; *idem*, «Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima» (a propósito de un trabajo de MANUEL BERNALDO DE QUIRÓS), *ADC*, tomo XXXIX, fasc. I, 1986, págs. 54 y sigs.; *idem*, «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *An. Real Ac. Juris. y Legis.*, núm. 11, Madrid, 1983, págs. 105 y sigs.

trataría de un supuesto en el que coincidiría con aquella otra directriz que exigía la mención en testamento y la atribución como necesarias para evitar aquélla. De otro lado, cualquiera de las antagónicas soluciones propuestas (favorable o desfavorable a admitir en tales casos la preterición) resulta, al igual que ocurría en planteamientos anteriores (recuérdese el hecho en torno al art. 817 CC) beneficioso o perjudicial para los intereses de los omitidos en el testamento y viceversa para los de quienes eran designados en el mismo. Más concretamente, la opción se planteaba entre la figura de la preterición y el derecho al complemento de la legítima previsto en el artículo 815 del Código Civil (30). Para los primeros, bien es cierto que la aplicación del artículo 814, 1, del Código Civil les daría tanto, al cubrir sus intereses en igual medida (derecho a recibir sólo su legítima) como la del artículo 815 del mismo Código, pero no ocurría lo mismo para los beneficiados por alguna liberalidad testamentaria, entre otras razones porque el artículo 814, 1, del Código Civil preveía un orden en la reducción de las mismas, mientras que el 815 del mismo Código actuaría indiscriminadamente (al menos desde el punto de vista del título) sobre todas ellas. A pesar de ello no nos vamos a detener especialmente en esta situación planteada al considerar que las justificaciones que encontremos más adelante a favor o en contra de la preterición podrán perfectamente trasladarse sobre la que ahora dejamos al margen.

a'') *Distintas soluciones: idéntica cobertura de los intereses de los omitidos.*—Si nos apartamos ya de esas consideraciones generales, observamos que la primera opción planteada consideraba insuficiente la simple atribución (si recordamos lo dicho sólo la *inter vivos*) para evitar la preterición del legítimo. Solución que, si bien es verdad, contaba con argumentos a su favor (31), no lo es menos que también era rechazada a través de otros muchos (32), entre los que cabe destacar el que considera poco razonable entender en tales casos (simple donación *inter vivos* para cubrir la legítima), acaecida la preterición cuando lo primero que debería hacer el preterido sería imputar a su legítima lo percibido

---

(30) La desheredación injusta queda descartada inicialmente al no existir (en el planteamiento que ahora nos ocupa) alusión alguna del legítimo en el testamento del causante.

(31) Ese era ya el parecer de la *Memoria del Tribunal Supremo de 1908*, recogida por SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, tomo X, vol. 2.º, 2.ª ed., Madrid, 1910, págs. 1137 y sigs.; *idem, op. cit.*, págs. 1137 y sigs.; PÉREZ ARDA: «Preterición testamentaria parcial», *RGLJ*, tomo 122, 1913, págs. 252 y sigs.

(32) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, 6.ª ed., tomo IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, Madrid, 1944, págs. 576 y sigs.; ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, vol. V, Sucesiones, Madrid, pág. 334.

en vida del testador (33); o aquel otro que entiende excluidos en esos supuestos el olvido total del legitimario y con ello la preterición de éste (34).

Ahora bien, como ya anticipamos, la determinación, a favor o en contra de la existencia de preterición, no dejaba de ser puramente teórica desde el punto de vista de los legitimarios que verían cubiertos en la misma medida sus intereses tanto si se les consideraba preteridos como si sólo se les concedía el derecho a pedir, en virtud del artículo 815 del Código Civil, el complemento de su legítima. Situación que se producía cuando aún admitida la preterición ésta no afectaba a hijos o descendientes o afectándoles no podía calificarse de no intencional, en cuyo caso el alcance de los efectos previstos por el artículo 814, 1, del Código Civil llegaba hasta el límite preciso para cubrir la legítima de aquél, lo que igualmente se conseguiría por el mecanismo previsto en el artículo 815 del Código Civil. De tal manera que, en cuanto a los efectos, resultaba indistinto para los omitidos en testamento (aunque beneficiados por alguna liberalidad *inter vivos*) que se propugnase la preterición o sólo el derecho a pedir el complemento de su legítima.

b'') *Un conflicto de intereses: algunas consideraciones para su posible solución.*—El panorama variaba notablemente cuando lo que se podía defender era la preterición no intencional de hijos o descendientes en cuyo caso, tanto si ésta era total como parcial, las consecuencias previstas por el artículo 814, 2.º, del Código Civil no coincidían con la del artículo 815 del Código Civil, con lo que la decisión favorable o desfavorable a la preterición cobraba una doble importancia (teórica y práctica) al beneficiar la aplicación de un artículo, el 814 del Código Civil, a los beneficiados por alguna atribución *inter vivos*, pero silenciados en el testamento y perjudicar a los favorecidos en el mismo, mientras que ocurría a la inversa de aplicarse el artículo 815 en lugar de aquél.

Ante el planteamiento realizado lo primero que parece lógico cuestionarse es si resulta posible hablar de una preterición no intencional (de hijos o descendientes) si previamente ha existido una atribución material de la legítima por un título *inter vivos* (normalmente una donación) en favor de aquéllos. Posibilidad que parece admisible, porque aún cuando en principio cabe pensar que el hecho de haber favorecido con alguna donación a un legitimario que luego resulta silenciado en el testamento induce a considerar, puesto que se conocía su existencia como parece demostrado al favorecerse con una donación, que no puede

(33) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *loc. ult. cit.*, vol. IV, págs. 559 y sigs.

(34) LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, tomo V, págs. 518 y sigs., en las que además añaden: Imponer en esos casos (donaciones *inter vivos* que cubren la legítima) al causante un deber de mencionar al legitimario en el testamento parece un plus inútil e irracional.

apreciarse falta de intencionalidad, de tal manera que aún aceptada la preterición del mismo ésta sería intencional, esa primera impresión puede quedar desvanecida si se piensa, por ejemplo, que el causante lo silenció en su testamento por creerlo fallecido, conociéndose con posterioridad a la apertura de la sucesión la supervivencia de aquél a quien se omitió sin intención alguna. Posibilidad que al dar viabilidad a ese tipo de preterición (la no intencional de hijos o descendientes) abre de nuevo la disyuntiva entre la figura de la preterición y el derecho al complemento de la legítima (35), lo que nos obliga a pronunciarnos en favor de una o de otro.

Aunque en algún caso muy concreto (donación *inter vivos* que cubría íntegramente la cuota legítimaria del único heredero forzoso del causante) se puede llegar a defender como aceptable la posibilidad de no considerar acaecida la preterición de aquel legitimario, no es menos cierto que existen inconvenientes para una aplicación indiscriminada de dicha posibilidad (36); consideraciones a tener en cuenta a la hora de decidir sobre la existencia o no de preterición, a las que se pueden añadir las siguientes:

1.<sup>a</sup> La simple atribución *inter vivos* en favor del legitimario (sin mención o recuerdo en el testamento) supone que testamentariamente

---

(35) No planteamos aquí el juego de la desheredación injusta porque entendemos que éste no tendría cabida en tales supuestos, como se desprende de considerar (ver notas anteriores núms. 28 y 30), como es nuestro caso, que la desheredación precisaba de un reflejo testamentario de la voluntad o, al menos, la intención de privar de la legítima a un legitimario.

(36) En efecto, admitir el planteamiento de que el legitimario donatario nunca se debería considerar preterido y, por tanto, imposibilitado para poner en marcha el mecanismo de preterición, aunque sí, conforme al artículo 815 del Código Civil, pedir el complemento de su legítima, si lo donado no llegaba a cubrir lo que por aquélla le correspondía, podía, no obstante, encontrarse en su aplicación con algunos obstáculos que sortear. Concretamente, de acuerdo con el artículo 1.035 del citado Código, el heredero forzoso que concurría, con otros que también lo fuesen, a una sucesión, debería llevar a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de participación. Es decir, que el deber de colacionar del artículo 1.035 se imponía al heredero forzoso que habiendo recibido en vida del causante bienes o valores concurría con otros en la sucesión. Pues bien, esto último, la concurrencia en la sucesión, es precisamente lo que le faltaba (y de otra manera no podía ser si se afirma que el de heredero forzoso no es título alguno de adquisición) al legitimario que había recibido una donación *inter vivos*, pero al que no se le concedió en el testamento título alguno para adquirir *mortis causa* ni, lógicamente, lo tenía por sucesión *ab intestato*. En definitiva, si el legitimario carecía de la condición (heredero, legatario, etc.) suficiente para adquirir *mortis causa*, difícilmente se podría afirmar que el mismo concurría a sucesión alguna y, por tanto, que estuviera sujeto al deber de llevar a la masa hereditaria los bienes o valores recibidos por título lucrativo *inter vivos*, es decir, de llevarlos a colación a una sucesión *mortis causa* de la que no iba a recibir nada (a la que no iba a concurrir) por faltarle el título preciso para ello.

aquél ha sido desconocido en la condición de tal; entre otras razones porque si bien cabe entender que la misma se encuentra latente en el donatario al recibir la donación, sólo se actualiza realmente, como se desprende de los artículos 806 y siguientes, en el momento de la sucesión.

2.<sup>a</sup> Admitir que la preterición queda excluida en cualquier caso si el heredero forzoso, aún sin estar tan siquiera mencionado en el testamento, recibe algo por donación *inter vivos* puede resultar ciertamente paradójico si se toma en consideración:

a) Es posible, porque el artículo 819, 1, del Código Civil así lo permite, que el legitimario reciba en vida del causante una donación de éste en concepto de mejora, es decir, no imputable a su legítima.

b) Aceptada la posibilidad expuesta, no cabe duda que el legitimario, ni tan siquiera mencionado en el testamento del *de cuius*, sólo tendrá a su favor un título de adquisición *inter vivos*. Admitir esto implica que, si se niega, como ocurre en nuestro caso, que el de legitimario es título alguno de sucesión *mortis causa*, deberá también entenderse que el legitimario beneficiado sólo por una donación *inter vivos*, no tiene a su favor título alguno (testado o *ab intestato*) que le permita suceder *mortis causa* al *de cuius*.

Si se comparte lo anterior, resultará, de propugnarse que basta la donación recibida por el legitimario en vida del causante para que éste no pueda considerarse preterido, que el mismo se encontrará, lo que no deja de ser un contrasentido, mejorado, pero sin posibilidad, al carecer de título sucesorio que se lo permita, de cubrir su cuota de legítima porque ni se entiende preterido ni puede ejercitar razonablemente la acción de complemento de legítima, cuando que recibió por donación es mejora y no legítima, de la que, al no recibir absolutamente nada, difícilmente podrá pedir su complemento ni mucho menos estará en condiciones, pues ni tan siquiera se alude a él en el testamento, de entenderse desheredado injustamente.

d) Además, si, como se desprende del artículo 814 del Código Civil, la preterición sólo tiene sentido respecto de herederos forzosos, parece coherente entender que si la atribución material (normalmente una donación) en favor del (mal llamado hasta el momento de la apertura de la sucesión) legitimario la realiza el causante en vida y aquél no adquiere realmente esa cualidad (la de legitimario) hasta que no llega, por fallecimiento del testador, a abrirse la sucesión, que aún con esa atribución *inter vivos* a su favor aquél pueda, al no recibirla cuando tenía verdaderamente la condición de legitimario (es decir, como legitimario en sentido pleno) considerarse preterido.

Otra cosa será que en determinados supuestos resulte aconsejable,



por el ahorro de tiempo y dinero que ello puede comportar, no dar entrada, aun entendiendo acaecida la preterición, a los efectos derivados de la misma, sino a otros (ejemplo: acción de complemento de legítima) que, en igual medida al menos que los de aquella figura, concilien, en el caso concreto de que se trate, los intereses de los omitidos y de los beneficiados por el testamento a la vez que resulten de aplicación más económica para todos ellos. En resumen, si bien en algunos supuestos, de donación *inter vivos*, por ejemplo, puede resultar aconsejable, por las razones que hemos expuesto, soslayar la aplicación, incluso defendiendo la existencia de la figura, de las consecuencias derivadas de la preterición; en otros (como se ha visto anteriormente), esa misma postura, contraria a admitir la presencia de la tan citada figura y de sus efectos de haberse beneficiado únicamente a un legitimario con una donación *inter vivos*, sería difícil de incardinar adecuadamente dentro de las normas que regulan la sucesión *mortis causa* en el Código Civil. Razones todas que hacen decantarse, por más prudente, del lado de la idea de acoger como exigencia general para determinar o no la existencia de preterición, con independencia de que en casos específicos no se desplieguen los efectos de la misma, la de que la simple atribución *inter vivos* debe ir acompañada de una referencia testamentaria, aun sucinta, en favor del legitimario beneficiado por aquélla. Consideraciones todas que resultan, como ya preveíamos, perfectamente aplicables a cualquier tipo de preterición y no sólo a la no intencional de hijos o descendientes.

## B) NUEVOS LEGITIMARIOS: EXIGENCIA DE UN MANDATO CONSTITUCIONAL

Si recordamos (37), la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley (14 septiembre 1979) ofrecía, como principal argumento de justificación de la reforma operada sobre el artículo 814 del Código Civil, el de salir con ello al paso de un previsible aumento, consecuencia de una ampliación subjetiva de la categoría de los herederos forzosos, del número de pretericiones testamentarias. Modificación del citado artículo 814 del Código Civil, que perseguía en última instancia, al igual que la introducida definitivamente sobre otros muchos del citado cuerpo legal por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, armonizar el contenido del decimonónico Código Civil con el recientemente aprobado texto cons-

---

(37) Ver nota número 2, anteriormente indicada.

titucional (38). En efecto, la citada Ley trataba de reflejar, en los artículos que modificaba, el principio constitucional de no discriminación ante la ley por razón de nacimiento contenido en los artículos 14 y 39, 2, de la Constitución, si bien dicho principio se entendía, por doctrina científica y jurídica (39), plenamente en vigor no desde la reforma introducida en el Código Civil por la citada Ley de 1981, sino desde la promulgación de la Ley Constitucional. Así, pasan a ser, según el nuevo artículo 807 del Código Civil, herederos forzosos y, por tanto, preteribles:

— En primer lugar, los hijos y descendientes tanto matrimoniales, como no matrimoniales, como, así se desprende de los artículos 108, 2, y 179, 1, del Código Civil, y los adoptivos plenos, con exclusión, artículo 180, 3, del Código Civil, de los adoptados en forma simple.

— En segundo lugar, y a falta de los anteriores (art. 807, 2, CC), los padres y ascendientes, al igual que aquéllos, matrimoniales, no matrimoniales, así como los adoptantes en forma plena (art. 179, 1, CC) y no los que hicieron una adopción simple (art. 180, 3, CC), siempre que aquéllos no estuvieran incurso en alguno de los supuestos previstos en el artículo 111 del Código Civil.

— En tercer lugar, en concurso o no con alguno de los herederos forzosos anteriormente reseñados, el cónyuge viudo (art. 807, 3, CC) que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto (art. 834 CC) (40).

#### a) LOS DESCUBRIMIENTOS CIENTÍFICOS: CAUSA DE IMPREVISIONES JURÍDICAS

Respecto de hijos y descendientes parecía encontrarse totalmente superada, tras la reforma de 1958, la cuestión de la postumidad o cuasipostumidad de los mismos, en el sentido de considerar, a los que estuvieran afectados por una u otra circunstancia, susceptibles de preteri-

(38) La Constitución Española es aprobada por las Cortes Generales el 31 de octubre de 1978, ratificada en referéndum el 6 de diciembre de 1978 y sancionada por S. M. el Rey el 27 de diciembre del mismo año (BOE núm. 3311-1, de 29 de diciembre de 1978).

(39) Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1984 (ref. Aranzadi 662) y 10 de febrero de 1986 (Rev. Jur. La Ley, tomo 1986-2, ref. 6.267, págs. 321 v sigs.); MIGUEL GONZÁLEZ: «Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1985», Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (septiembre-diciembre 1985), núm. 9, págs. 230 y sigs.

(40) Sobre una explicación de la aparente incompatibilidad entre el artículo 834 y el 945 del Código Civil respecto a la posición del cónyuge viudo en la sucesión del premuerto, ver: AMORÓS y otros, loc. cit., vol. II, págs. 1278 y sigs.

ción. Sin embargo, la tranquilidad, respecto de este tema, había venido a quebrarse a raíz de los nuevos descubrimientos científicos que permiten no sólo conservar semen humano durante largos períodos de tiempo, a través de unas técnicas de congelación del mismo, sino además la posibilidad de implantarlo con esperanza de fertilidad una vez invertido el proceso de congelación, en el útero materno (41). Avances médicos que van más allá de las previsiones del legislador y, por lo que a nosotros nos interesa, son un adecuado caldo de cultivo para generar importantes problemas en materia sucesoria, muy especialmente en el tema central que nos ocupa: la preterición. Como ya se expuso en un trabajo precedente (42), no es una simple ficción la posibilidad de que, con una adecuada utilización de las mencionadas técnicas, nacieran descendientes póstumos del causante más allá de las previsiones hechas por el Código Civil. Así se desprende de conectar el artículo 29, que habla del concebido no nacido no del que pueda serlo, con el 116 del mismo Código, que establece una presunción de paternidad con un límite máximo de trescientos días desde que se produjo la disolución del matrimonio.

a') *Algunas medidas de prevención*

Pero si lo expuesto resulta por sí mismo suficiente para dejar al menos entrever los problemas que en la práctica se pueden derivar de ese desfase entre regulación legal y desarrollo científico, lo cierto es que pese a ello una actuación previsoras del dador de semen puede paliar en buena medida las consecuencias de esa disfunción entre Derecho y Medicina. En efecto, parte de la doctrina y jurisprudencia (43) se muestran proclives a dar validez a los llamamientos, como herederos o legatarios, hechos directamente en favor de los *nondum concepti*, si bien los mismos se deben encontrar sometidos a la condición suspensiva de que el llamado llegara a nacer con los requisitos que exige el artícu-

(41) Sobre el citado tema, ver: H. ROZEMBAUM: *La pareja estéril: diagnóstico y tratamiento*, versión castellana de CASTELLS ALPUENTE, Barcelona, 1977; GONZÁLEZ MERLO: *Ginecología*, 4.ª ed., 2.ª reimp., Barcelona, 1986, y bibliografía allí citada; *Tribuna Médica*, 1 a 7 de mayo de 1987, págs. 1 y sigs.; *El Médico*, número 231, 8 a 14 de mayo de 1987, págs. 17 y sigs.

(42) LINARES NOCI: *Protección del póstumo ante la preterición*, comunicación presentada al I Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Córdoba en 1984, bajo el título: «La tutela de los derechos del menor», y recogida en el libro editado con ocasión del citado Congreso, bajo el mismo título que éste, en Córdoba, año 1984, págs. 277 y sigs., en las que además se barajan otras posibilidades aparte de las ahora referidas.

(43) Entre otros: ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Barcelona, 1987, págs. 75 y sigs.; Díez PICAZO: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 431 y sigs. (en especial, nota 1), y jurisprudencia en esas obras citadas.

lo 30 del Código Civil. De aceptarse lo expuesto, parece claro que si el *de cuius* dador de esperma utilizaba los resortes jurídicos que hemos mencionado anteriormente podría evitar, por lo que a nosotros nos interesa, una circunstancial preterición de los hijos o descendientes concebidos, tras su fallecimiento, mediante una inseminación artificial realizada en su mujer con esperma de aquél (44). Si bien ha de tenerse en cuenta que la eficacia del empleo de los citados resortes depende en no poco de una adecuada determinación de los sujetos a los que vayan referidos, de tal manera que la disposición será nula (art. 750 CC) si se hace en favor de persona incierta (45).

b') *Un dilema jurídico: existencia o no de preterición*

Pero lógicamente los problemas surgían no cuando el *de cuius* que dio semen, al prever adecuadamente las eventualidades descritas, conseguía evitar la preterición de los concebidos con posterioridad a su fallecimiento, sino en aquellos casos en los que o no había hecho un uso adecuado de los instrumentos legales a su alcance o ni tan siquiera lo había intentado. Supuestos en los que surgía el siguiente dilema: o se consideraban preteridos [los concebidos tras la muerte del donante de esperma —o la dadora de óvulos si era el caso (46)—], con lo que se dejaba en manos de la madre (o el padre) un mecanismo (el de la inseminación artificial o asistida) de utilización arbitraria que le permitiría provocar tantas pretericiones como quisiera o de lo contrario esos póstumos, siendo biológicamente tan hijos o descendientes como los demás, se verían privados de derechos legitimarios en la herencia de su padre (o madre) fallecido tiempo atrás. Perspectiva ante la que

(44) Cabía también la posibilidad de que fuese la mujer que hubiera cedido sus óvulos y posteriormente a su fallecimiento los mismos se fecundaran con esperma de su cónyuge viudo. Aquí era igualmente posible pensar en la figura de la preterición, si bien había que resolver una cuestión previa: ¿quién debía entenderse madre de la criatura que de aquella fecundación del óvulo llegara a nacer, la que lo dio a luz o la que aportó éste? Interrogante que en nuestro ordenamiento no contaba con una respuesta definitiva, si bien algún autor: MARTÍNEZ CALCERRADA: «La inseminación artificial en el Derecho», *RDN*, núm. 128, abril-junio 1985, página 206, afirma que si por la técnica empleada en la inseminación artificial ha sido necesario la aportación de óvulos de otra mujer o su función de gestación, la relación de maternidad del hijo, en caso de conflicto, se dará con la mujer que lo alumbró.

(45) ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (artículos 806 a 857), comentados por VALLET DE GOYTISOLO, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 185 y sigs., en donde se afirma que se puede considerar válida cualquier fórmula *inter ceteros* siempre que no quede duda sobre la intención del testador de incluir en ella al no designado *nominatum* de que se trate.

(46) Si bien en ese caso se debería aclarar previamente si la condición de madre, al menos jurídicamente, iba a recaer sobre la mujer que facilitó el óvulo o sobre la mujer que alumbró al nuevo ser, pues ello sería fundamental para que existiera o no una situación peculiar en materia de preterición.

nos habíamos inclinado, de acuerdo, entre otras razones, con lo dispuesto en los artículos 758, 29, y 657, todos del Código Civil, del lado contrario a considerar posible su preterición (47).

Junto a lo dicho cabía dar entrada a la existencia o no de consentimiento, por parte del marido premuerto, en orden a que su viuda pudiera hacerse inseminar con esperma que él facilitó en su momento, pero ello, a nuestro entender, no era por sí mismo suficiente para introducir alteración alguna en lo hasta ahora expuesto; porque o bien, ante la posibilidad de que existieran, si quería beneficiar a los *concepturus* introducía en su testamento una institución o legado sometidos a la condición suspensiva de que llegaran a ser personas, o, por el contrario, de no hacer disposición alguna en favor de los mismos, éstos no podrían, de acuerdo con la regulación de la sucesión *mortis causa* que hemos visto contenía el Código, considerarse preteridos, por más que el padre biológico hubiera autorizado a su viuda para utilizar el semen que dio, porque ello no supone modificación alguna de la regulación contenida en los artículos 29, 657 y 758 del Código Civil de la sucesión por causa de muerte (48).

c') *Un embrión preterible: una posibilidad legal*

Pero si las posibilidades anteriormente expuestas, concepción *post mortem* de un descendiente, eran ya atípicas dentro de las normas previstas en el Código Civil para encauzar la sucesión *mortis causa*, existían otras posibilidades que, si cabe, resultaban aún más desconcertantes. Nos referimos concretamente a la posibilidad de mantener congelado en condiciones de ser implantado con perspectivas de viabilidad, no ya óvulos o esperma, sino los dos a la vez, es decir, un óvulo

---

(47) LINARES NOCI, *op. cit.*, págs. 281 y sigs.

(48) Respecto de esta materia se ha llegado a mantener: MARTÍNEZ CALCERRADA, *loc. ult. cit.*, págs. 196 y sigs., citando a VOUIN, lo siguiente: «... no debe olvidarse que el don de la vida resulta del reencuentro de dos intenciones y que parece humana y socialmente no justificable que una mujer pueda disponer por sí sola de la descendencia del difunto —creándola o no— e incluso de 'fabricar' según su capricho los herederos del premuerto»; CAMPUZANO, CARBAJO y GONZÁLEZ: «Aspecto jurídico de las nuevas técnicas de fecundación», *Actualidad Civil* (semana del 7 al 14 de diciembre), núm. 6, 1985, págs. 294 y sigs., en donde se dice: las perspectivas que se vislumbran ante la evidencia de que pueden venir al mundo niños póstumos concebidos con el semen de un hombre fallecido son escalofrantes si no se reglamenta rápida y razonablemente esas prácticas.

La regulación que de ello se ofrezca puede ser o la de proscribir el acto sin más o, por el contrario, establecer, al menos, un plazo rígido, a contar desde la muerte del marido, más allá del cual no fuera permitido proseguir la inseminación artificial. Tal criterio se persigue ya en Australia.

ya fecundado (49). Este nuevo planteamiento abría no pocas interrogantes, si bien la fundamental para nosotros era: ¿Resultaba posible, si ese óvulo fecundado llegaba a ser persona, dar entrada, si concurrían los demás presupuestos para ello, a la figura de la preterición?

Aquí cabía hacer las siguientes distinciones:

- 1.<sup>a</sup> Que vivieran, cuando el embrión alcanzaba la condición de persona, quienes biológicamente lo propiciaron.
- 2.<sup>a</sup> Que vivieran sólo uno de los que lo generaron.
- 3.<sup>a</sup> Que se hubiera producido el óbito de ambos.

1.<sup>a</sup> En el primer supuesto, si la implantación del óvulo fecundado se daba en el útero de la mujer que lo proporcionó (50), el así concebido tendría la condición de legítimo respecto de aquellos que aportaron sus células masculinas o femeninas para ello; en definitiva, tendría la consideración de hijo matrimonial o extramatrimonial, pero en todo caso la de heredero forzoso de aquéllos y al estar dentro de las previsiones de los artículos 657 y 758 del Código Civil susceptible de ser preterido.

2.<sup>a</sup> En este supuesto había que distinguir:

— Que viviera sólo el esposo dador de espermia fecundante.

Aquí lógicamente la cuestión fundamental a debatir no se centraba en determinar si era posible o no para él, porque en principio sí lo era (51), incurrir en preterición respecto del concebido extrauterinamente (puesto que llegaba a tener la condición de persona en vida del mismo), sino en apreciar si era posible, conocida la procedencia del óvulo, la preterición de aquél en la sucesión de la mujer que aportó éste. Así, la primera duda a despejar sería si la condición de madre

---

(49) Para más información sobre el tema, ver: *Tribuna Médica*, 1 al 7 de mayo de 1987, pág. 15, y *El Médico*, núm. 231, 8 a 14 de mayo de 1987, págs. 17 y sigs., en las que se hace referencia al contenido de dos proposiciones de Ley preparadas por el Grupo Parlamentario Socialista para ser presentadas en breve en el Congreso de los Diputados: una dedicada a las técnicas de reproducción asistida y la otra a la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

(50) Si la implantación se producía en una mujer distinta a la que aportó el óvulo fecundado había que dilucidar previamente, lo que aún no estaba previsto en nuestro Ordenamiento, quién de las dos pasaba a tener la condición de madre para saber respecto de cuál de ellas había que referir la posible preterición del así concebido y nacido.

(51) Se dice en principio porque cabe la posibilidad de que se desconociera quién aportó el espermia que sirvió para fecundar el óvulo, en cuyo caso difícilmente se podría entrar en una cuestión de preterición cuando lo primero que había que contestar era: ¿heredero forzoso de quién?

de la persona nacida tras una concepción extramaterna la iba a detentar, al menos jurídicamente, la mujer que aportó el óvulo fecundado o (puesto que, como partimos ahora de la supervivencia sólo del hombre, había fallecido antes de que se produjera el desarrollo intrauterino de aquél) la que se lo hizo implantar en su seno. De predicarse la condición de madre de esta última el ser nacido podía resultar preterido en la sucesión de la misma, pero el caso no dejaría de ser normal dentro de las previsiones del Código. Si en lugar de lo expuesto se afirmaba que la madre era no la que lo alumbró, sino la mujer que dio su óvulo para que se fecundara, en ese caso podía apreciarse cierta contradicción a la hora de buscar una posible salida respecto a la admisibilidad o no de la preterición. En efecto, si el óvulo fecundado se desarrollaba y llegaba a alcanzar la condición de persona, tiempo después (desde inmediatamente, hasta el que permitiera la ciencia tener congelado ese embrión con posibilidades de desarrollo si se implantaba en un útero) de acaecida la muerte de quien lo cedió, podía pensarse que por aplicación de los artículos 657 y 758 del Código Civil, no era posible, al igual que ocurría en la congelación de esperma —o de óvulos—, hablar de una preterición del mismo. Apreciación inicial que se desvanecía si se prestaba atención al contenido del artículo 29 del mismo Código que afirmaba: «El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente». Conforme a esto, si el óvulo fecundado, aunque congelado posteriormente hasta el momento de su implantación, se consideraba comprendido, como parece razonable, en el término «concebido» se abría a través de ello la posibilidad de extender la preterición al caso de que ese ser simplemente concebido llegara a nacer con los requisitos que determinaba el artículo 30 del Código Civil.

El otro supuesto a contemplar dentro de este segundo apartado sería:

— Que viviera (cuando el óvulo fecundado llegaba a tener la condición de persona) sólo la mujer que lo proporcionó.

Respecto de ella, lógicamente cuando se produjera su fallecimiento, el ser ya nacido estaría, si era el caso, ante un supuesto de preterición que no presentaba particularidad alguna. Por lo que hace al dador de esperma (fallecido con la anterioridad que se quiera, si bien dentro de los límites fijados por la ciencia médica de conservación en perfecto estado de ser implantado con esperanza de viabilidad el óvulo fecundado) la posibilidad de preterir en su testamento, si, como es obvio,

no había hecho las previsiones oportunas en el mismo, al ser nacido posteriormente de ese óvulo que él colaboró a fertilizar vendría a introducirse, al igual que ocurría en el supuesto anterior, mediante la vía del término «concebido» a que se refería el artículo 29 del Código Civil.

3.<sup>a</sup> Que hubiera fallecido, después de la fecundación del óvulo, quienes aportaron las células masculinas y femeninas para ello (52).

En este caso la primera cuestión que habría de esclarecerse, puesto que el embrión se iba a desarrollar hasta su alumbramiento en el seno de una mujer distinta de la que aportó el óvulo (pues ésta había muerto), era la de determinar cuál de ellas sería considerada jurídicamente como madre y, en consecuencia, respecto de cuál sería heredero forzoso el nacido en esas condiciones. Si la maternidad, desde el punto de vista jurídico al menos, se decantaba del lado de quien alumbró ese ser previamente concebido, las cuestiones que de preterición se suscitaban no presentarían particularidad alguna respecto de ella. En caso contrario, fijar la maternidad en la mujer que aportó el óvulo, tanto para ésta como para el varón que dio su esperma, en este supuesto y en el anterior, referido de maternidad de favor de quien alumbró la nueva vida, las posibilidades de incurrir en la preterición del nuevo ser que llegara a formarse como persona se tendrían que canalizar, al igual que en supuestos precedentes, a través del término «concebido» empleado por el tan citado artículo 29 del Código Civil.

En definitiva, si de acuerdo con lo dispuesto en el precepto últimamente citado el concebido se tenía por nacido para todos los efectos que le fueran favorables y el óvulo fecundado extrauterinamente (con independencia de que se implantara directamente en una mujer o se congelara inicialmente para, pasado cierto tiempo, llevar a cabo esa operación) se consideraba incluido dentro del término «concebido» que empleaba el predicho artículo 29 del Código Civil, es claro que el mismo tendría derecho a que se le entendiera como nacido para todos los efectos que le fueran favorables, entre los que indudablemente estaba el de considerarlo como legitimario, al menos en potencia, y por lo mismo con derecho a percibir su legítima; es decir, susceptible de preterición si, como es natural, finalmente llegara a tener, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 del Código Civil, la condición de persona.

a") *La administración de la herencia: un mecanismo de eficacia discutible.*—Otro tema sería el de determinar qué medidas se habrían

---

(52) De haberse producido el óbito antes que el óvulo hubiera sido fecundado, la aplicación del artículo 29 del Código Civil como propiciadora de la viabilidad de la figura de la preterición resultaría mucho más discutible al no poderse hablar, al momento del fallecimiento de quienes aportaron las células femeninas y masculinas, de un ser ni tan siquiera concebido.



de adoptar en relación con el patrimonio hereditario entre tanto aquel óvulo fecundado extrauterinamente llegaba definitivamente a alcanzar o no (porque se malograra antes o después de ser implantado en un útero) la condición de persona. Inicialmente cabía pensar que sería de aplicación lo dispuesto en los artículos 959 y siguientes del Código Civil, con lo que la herencia sería colocada en administración hasta tanto se confirmara el fracaso o el éxito de aquel evento. Posibilidad que se encontraba con algunos inconvenientes en su aplicación, tales como:

1.º Es cierto que el artículo 965 del Código Civil permite colocar los bienes hereditarios en administración hasta que se verifique el parto o el aborto.

2.º A pesar de ello, no es menos cierto que el citado artículo prevé un tiempo de duración de la misma que va en función de que se verifique el parto, el aborto *o de que haya pasado con exceso*, como puede ocurrir perfectamente en los supuestos que ahora nos ocupan, *el término máximo para la gestación*.

3.º La apreciación anterior resulta confirmada en el artículo 967 del Código Civil, en donde se afirma que verificado el parto o el aborto, *o transcurrido el término de la gestación*, el administrador de los bienes hereditarios *cesará en su cargo*, dando cuenta de su desempeño a los herederos o a sus legítimos representantes.

Pese a lo dicho, cabe pensar en una mayor dilación del tiempo en que pueden estar los bienes hereditarios sometidos a administración si se atiende a que en los supuestos ahora contemplados (fecundación extrauterina del óvulo que posteriormente resulta congelado) por el hecho de haber transcurrido con exceso el término máximo para la gestación no se adquiere la certeza, a la que alude el artículo 956 del Código Civil, de que el parto no tendrá ya lugar (53).

d') *La nada: etéreo fundamento de unas soluciones jurídicas*

En definitiva, el desfase existente entre los avances de la Medicina y una adecuación a ellos del mundo del Derecho hace, como hemos visto, que muchas de las situaciones a que pueden llevar los nuevos descubrimientos científicos se encuentran, no ya inadecuadamente reguladas, sino lo que ciertamente es peor, completamente desprovistas de

---

(53) Para un mejor conocimiento de los temas relacionados con la administración de la herencia, ver: GITRAMA: *La administración de la herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, en donde se recogen (pág. 49) afirmaciones como éstas: Durante este período (el que va desde el fallecimiento del causante hasta el nacimiento del no concebido) lógicamente la herencia debe hallarse en administración.

una ordenación jurídica que al menos serviría para encauzar las posibles soluciones. Situación de orfandad legislativa que determina que el encontrar respuestas jurídicamente adecuadas a esas nuevas situaciones resulte, sencillamente porque falta la normativa en que apoyarse, poco menos que imposible, de tal manera que las que se pueden apuntar como viables son más de *lege ferenda* que de *lege data*.

Consideraciones con las que, al menos y por lo que sirva, tratamos de dejar constancia de la problemática sociojurídica que la separación entre Medicina y Derecho es capaz de generar y a la que se debe poner fin lo antes posible.

b) *Una expresión: algunas interrogantes*

La última expresión de lo que constituía la primera parte de nuestro recorrido sobre el nuevo texto del artículo 814 del Código Civil era la siguiente: «No perjudica la legítima». Expresión que planteaba fundamentalmente dos dudas:

- 1.<sup>a</sup> ¿De quién era la legítima no perjudicada?
- 2.<sup>a</sup> ¿Qué legítima no debía perjudicarse: la corta o la larga?

a') *¿Legítima de quién?*

En relación con la primera interrogante la doctrina entendía que se trataba de la legítima de los preteridos (54). Sin embargo, no parecía existir inconveniente alguno en extender ese no perjuicio de la legítima al resto de legitimarios, es decir, a los no preteridos. Esta extensión propugnada, en principio chocante por cuanto cabía pensar que los legitimarios que no fueron preteridos habían sido respetados al menos parcialmente en sus legítimas, con lo que parecía innecesario considerarlos incluidos en la frase que ahora nos ocupa, cobraba cierto sentido si se entendía como que los herederos forzosos no preteridos no debían verse perjudicados en sus cuotas legitimarias cualesquiera que fuesen los efectos derivados de la preterición de alguno de ellos, tanto si les llevasen a suceder por testamento como *ab intestato*. En definitiva, se podría entender como un complemento del artículo 813, 1, del Código Civil en el sentido de que conforme a éste el testador no podía privar a los herederos de su legítima y de acuerdo con el alcance ahora dado a la

---

(54) En este sentido: BOLAS ALFONSO: «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *AAMN*, tomo XXV, págs. 196 y sigs.; REY PORTOLÉS: «Comentarios a 'vuelapluma' de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», *RCDI*, núm. 549, marzo-abril 1982, págs. 336 y sigs.

proposición que nos ocupa «no perjudica la legítima» sería la ley la que, a través de los efectos que disponía para los casos de preterición, no podría menoscabar a los legitimarios que la recibieron, el derecho a percibir, por sucesión testada, si ésta no se derrumbaba en su totalidad, o intestada, si ocurría lo contrario, la suya, a la vez que lógicamente aseguraba, como efecto mínimo derivado en principio de toda preterición, el derecho a dicha cuota legal de quienes resultaron preteridos.

b') *¿Qué legítima?*

Respecto de la segunda interrogante, algunos autores se mostraron partidarios de considerar que la legítima que no se podía perjudicar era la corta (55), postura que parece razonable, salvo, lógicamente, que existiera un solo heredero forzoso y éste fuera preterido, en cuyo caso no tenía sentido distinguir entre una legítima corta y larga, si se piensa:

1. Uno de los presupuestos necesarios para que pueda hablarse de preterición es que el testador haya dispuesto de todo su as hereditario, es decir, que no llegue a abrirse la sucesión intestada.

2. Lo dicho supone que si el testador ha dispuesto de todo su as hereditario en favor de todos salvo uno al menos (el preterido), sus herederos forzosos, es claro que, aunque no diga concretamente que mejora a los legitimarios beneficiados en testamento, estos se pueden entender, al existir un reparto desigualitario (pues uno al menos de ellos quedó preterido) del tercio de mejora entre los legitimarios, mejorados a través de las propias disposiciones testamentarias que le confieren el mencionado tercio (56).

3. Si a lo anterior se añade, cuando sea el caso, que la preterición es intencional, resultará que lo expuesto en defensa de la existencia de mejora, podrá reforzarse con la idea de que el testador no quería, puesto que lo preterió intencionalmente, dejarle nada al omitido y obviamente mucho menos mejorarlo.

---

(55) PINTO RUIZ: «El actual artículo 814 del Código Civil no introduce el instituto de la representación sucesoria en la sucesión testada», *RGD*, núm. 483, 1984, año XLI, págs. 2679 y sigs.; REY PORTOLÉS, *op. cit.*, quien afirma, págs. 336 y sigs., que no sería un desacierto, a propósito de la opinión de VALLET sobre la mejora tácita y de la Sentencia de 23 de enero de 1959, defender que prevalecerá la tesis de la legítima corta; AMORÓS y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, págs. 1281 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales Real Academia Jurisprudencia y Legislación*, núm. 11, Madrid, 1983, págs. 103-104.

(56) Admiten la mejora tácita: ALBALADEJO: «Para una interpretación del artículo 814, 1.º, del Código Civil», *RD*, 1967, págs. 1042 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO: *Estudios de Derecho sucesorio*, vol. II, Madrid, 1981, págs. 114 y sigs.

4. Así, si por un lado se puede afirmar, aunque el testador no diga expresamente que los mejora, que existe mejora en favor de los legitimarios beneficiados testamentariamente, con lo que el tercio de mejora no se puede considerar como legítima, y de otro que el testador, si la preterición es intencional, ha querido dejar sin nada al legitimario así preterido, no resulta forzado admitir que la legítima que no se puede perjudicar de los preteridos es la corta y no la larga.

5. Admitir, de darse los presupuestos mencionados, lo contrario, es decir, que el preterido (o los preteridos) no podrá verse perjudicado en su legítima larga, supone, si se aceptan los planteamientos anteriores, desconocer totalmente la voluntad testamentaria que curiosamente resulta, aunque suponga adelantarnos en el plan de análisis proyectado, respaldada por el propio artículo 814, 5, del Código Civil.

Ahora bien, lo dicho no quiere decir que en determinados supuestos la solución propuesta no deba variarse. Tal ocurre, por ejemplo, cuando el testador no sólo incurre en la preterición de alguno de sus legitimarios, sino que además atribuye a título de legado únicamente al resto de los no preteridos, el tercio de legítima e instituye en los dos tercios restantes, de mejora y libre disposición, a un extraño; o bien incurre en la preterición no intencional de todos los legitimarios. En esos casos citados entendemos que la interpretación que se dé a la expresión: «no perjudica la legítima» no debe quedar reducida sólo a la corta, por razones como estas:

1.<sup>a</sup> El testador, como ocurre en el primer supuesto planteado, al disponer del tercio de mejora en favor de un extraño deja claras dos cosas:

- a) Que ha incurrido, al disponer de él en favor de extraños, en inoficiosidad respecto del tercio de mejora, por lo que le será de aplicación el artículo 817 del Código Civil.
- b) Que no ha querido mejorar a ninguno de sus herederos forzosos.

De tal manera que si, por un lado, nos encontramos con que las disposiciones comprensivas del tercio de mejora deben sufrir la reducción por la inoficiosidad o exceso prevista en el artículo 817 del Código Civil, y, de otro, con que el causante no ha tenido la intención de mejorar a ninguno, preterido o no, de sus legitimarios, parece que lo más acertado es distribuir igualitariamente el tercio de mejora, puesto que éste no ha dejado, en última instancia, de ser legítima, al no utilizarse para mejorar. En consecuencia, el legitimario preterido no tendría únicamente derecho a percibir lo que le correspondiera del tercio de legítima.

tima estricta (su legítima corta o individual), sino también lo que le correspondiera, como consecuencia de la reducción, del tercio de mejora que al no disponerse para mejorar se consolidó (al fallecimiento del causante) como legítima, es decir, su parte de legítima colectiva, con lo que recibiría su legítima larga. Excluir de la legítima colectiva al legitimario preterido no tendría razón de ser sobre todo si se piensa que la misma no fue distribuida desigualitariamente entre los herederos forzosos por el único que podía hacerlo: el causante (art. 808, 2, CC).

2.<sup>a</sup> En el segundo supuesto, preterición no intencional de todos los legitimarios, la solución a la que llevaría el despliegue de los efectos previstos en el artículo 814, 2.º, 1, del Código Civil para tales casos, sería, para los legitimarios, idéntica a la anterior, porque al anularse todas las disposiciones de contenido patrimonial todos ellos deberían recibir igual proporción no sólo del tercio de legítima, sino también del de mejora e incluso del de libre disposición.

En resumen, entendemos que la proposición en estudio, «no perjudica la legítima», puede considerarse por los argumentos anteriormente referidos, en sentido estricto o en sentido lato, pues el darle un único alcance (riguroso o amplio) podría llevar a soluciones injustas. En otros términos, si el causante no dispuso del tercio de mejora para beneficiar, mejorándolo, a alguno de sus hijos o descendientes legitimarios y se admite, como lo hace buena parte de la doctrina (57), que lo que no es mejora debe entenderse como legítima parece razonable que la legítima que no debe perjudicarse del preterido no sólo comprenderá su porción correspondiente en el tercio del mismo nombre, sino también la respectiva en el denominado tercio de mejora que formará con aquél la legítima larga (art. 808, 1. CC) de ese heredero forzoso preterido. Si, por el contrario, el causante dispuso adecuadamente (es decir, en favor de algún legitimario) de todo el tercio de mejora y se considera que lo que es mejora no es legítima, sólo cabe admitir que la legítima que no debe perjudicarse del preterido será la corta únicamente.

---

(57) Entre otros: VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones. I. Fundamentos*, Madrid, 1982, págs. 711 y sigs., en el que si bien afirma que una vez deferida la sucesión el tercio de mejora es legítima, en cuanto no haya sido dispuesto para mejorar..., más adelante matiza: el tercio de mejora no es verdadera legítima, ya que ésta asume su carácter frente a todos de manera absoluta; ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Barcelona, 1987, pág. 375; Díez PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, volumen IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Madrid, 1982, página 605; NÚÑEZ BOLUDA: «El orden de suceder *ab intestato* y personas con derecho a la legítima después de la reforma del Código Civil de 1981», *RDP*, septiembre 1986, pág. 747.

## C) LA REDUCCION: UN EFECTO DE LA PRETERICION

## a) PRESUPUESTOS TÁCITOS Y EFECTOS EXPLÍCITOS

El siguiente trazado del recorrido previsto sobre el artículo 814 del Código Civil discurre por: «Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias». Apenas vista la proposición transcrita, saltaban con independencia del mayor o menor acierto de predicar el: «Se reducirá» de la institución de heredero (58), de forma casi inmediata interrogantes como estas:

1. ¿Cuándo se llevará a cabo la reducción?
2. ¿En qué medida se producirá?

Para elaborar la respuesta a la primera cuestión planteada había que conectar la proposición que en este instante nos ocupa con el párrafo siguiente del citado artículo 814. Apreciación conjunta del texto de ambos apartados que por exclusión permitía conocer cuál era el presupuesto necesario para que se produjera la reducción antes referida, es decir, para saber cuándo la misma tendría lugar. En efecto, el párrafo que sigue al ahora transcrito se iniciaba con un «Sin embargo» que introducía la idea de que lo que se iba a decir era: no obstante lo dicho anteriormente (59). De tal manera que si lo que se iba a decir, no obstante lo dispuesto antes, se refería a los efectos previstos para un determinado tipo de preterición (la no intencional de hijos o descendientes), resultaba coherente entender que lo dispuesto con anterioridad también aludía a los efectos que desencadenaría una preterición distinta de la anteriormente citada. De acuerdo con ello parecía claro que lo dispuesto en la frase que ahora analizamos, «se reducirá la institución de heredero antes de que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias», eran los efectos previstos para supuestos de preterición intencional, en principio de toda clase de legitimarios, o no intencional de herederos forzosos que no fueran hijos o descendientes del causante. En resumen cuenta el párrafo recogido literalmente del artículo 814 del Código Civil contenía los efectos que provocaría una preterición que no fuera la no intencional de hijos o descendientes; en esos supues-

(58) Sobre lo desacertado de hablar de reducir la institución de heredero, ver: PINTO RUIZ, *loc. ult. cit.*, pág. 2679; Enmienda núm. 435, primer firmante Díaz Fuentes (Grupo Centrista UCD): *Código Civil (reformas 1978-1983). Trabajos parlamentarios*, tomo I, edición dirigida por F. SANTAOLALLA, Madrid, 1985, pág. 350.

(59) *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, 19.ª ed., Madrid, 1982. voz: embargo. Sin embargo: loc. conjunt. No obstante, sin que sirva de impedimento, pág. 510.

tos era cuando se debía reducir la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.

#### b) COORDENADAS BÁSICAS DE UNA INSTITUCIÓN

Respecto de la segunda pregunta que nos hicimos, ¿en qué medida se produciría la reducción?, la respuesta podía elaborarse interrelacionando la proposición que nos ocupa con la primera del artículo 814 del Código Civil. Del planteamiento anunciado se desprendía que la reducción de la institución de heredero, así como de los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias, tendría como límite infranqueable, si se quería mantener una postura coherente con el resto de artículos del Código Civil que se ocupaban de regular la legítima, el de la individual tanto de preteridos como de beneficiados testamentariamente; es decir, las coordenadas en las que se debía mover la reducción presentaban dos aspectos. De un lado, la misma debía ser suficiente para quienes resultaron preteridos recibieran al menos su legítima individual, pero de otro esa reducción no debía perjudicar tampoco la legítima de ese tipo de aquellos que la recibieron a través de las disposiciones testamentarias. En definitiva, el cálculo, al que debía ascender en cada caso la reducción de la institución de heredero, legado, mejora o demás disposiciones testamentarias, debería hacerse atendiendo a lo que se podía llamar un eje de abscisas y otro de ordenadas. El primero podría indicar el *quantum* preciso a que debía ascender la reducción para estar en condiciones de cubrir, al menos, la legítima estricta de los legitimarios preteridos (lo cual sería decir que el tercio de mejora se había utilizado adecuadamente para mejorar a uno o más de los herederos forzosos) (60); el segundo debería entonces indicar el máximo que de esa reducción precisa podía soportar cada una de las disposiciones testamentarias, sin que se viera afectada por ella, igualmente al menos, la legítima individual de cada uno de los legitimarios favorecidos en el testamento. De tal manera que esos dos ejes citados conformaban a grandes rasgos las coordenadas en las que debería moverse la reducción a la que aludimos. No admitir que la disminución debía ser suficiente para cubrir como mínimo la legítima estricta de los herederos forzosos preteridos sería contradictorio no sólo con lo dispuesto en el artículo 806 en relación con el 808, 1 y 2, del Código Civil o con los 809

---

(60) De no ser así, es decir, si el tercio de mejora no se utilizó adecuadamente para mejorar, no dejaba de ser, como ya expusimos en apartados precedentes (apartado B. subapartado b.b': ¿Qué legítima?), legítima, con lo que la porción inadecuadamente dispuesta se debería distribuir por igual entre todos los legitimarios.

y 810 del mismo cuerpo legal, sino además con lo dispuesto en el artículo 817 del citado Código. Rechazar, de otro lado, que la reducción de las disposiciones testamentarias en general (institución del heredero, legados, etc.) no debía tener el límite preciso para respetar la legítima, también individual siquiera, de los legitimarios beneficiados por alguna de ellas resultaría igualmente un contrasentido, pues podría suponer el privarles de lo recibido vía testamento para cubrir esa cuota legal mínima (que sólo en determinados supuestos y con determinados requisitos —desheredación justa, indignidad— les podía ser negada), para una vez efectuada esa operación, por exigencia de los artículos 806 y siguientes del Código Civil, reintegrársela de nuevo mediante los mecanismos de la sucesión intestada.

### c) UN ORDEN PREVISTO Y SU POSIBLE ALTERACIÓN

Ahora bien, una cosa son, como acabamos de ver, los límites en que debe moverse la reducción y otra cosa distinta es el funcionamiento de los mecanismos de reducción. Concretamente nos referimos al «cómo» debe actuar esa disminución; si indiscriminadamente, dentro de los límites antedichos, sobre todas las disposiciones testamentarias o de acuerdo con un orden previsto. La simple lectura del párrafo en análisis permite en principio afirmar que la reducción deberá actuarse en primer lugar sobre la institución de heredero y sólo posteriormente se podrá aplicar sobre legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Por tanto, queda claro que la primera afectada por la disminución será la institución de heredero, con independencia de que el instituido sea o no legitimario, si bien en el primer caso habrá de tenerse en cuenta, de un lado, para no implicarla en la reducción, la cuota de legítima individual que del legitimario instituido había sido cubierta con la mencionada designación de heredero, y, de otro, la posible mejora que vaya embebida en la propia institución de heredero para no aplicarle, en lo que fuere mejora, la prioridad en la reducción que afecta a la institución en la que se ve inmersa (61). Respecto de legados, mejoras y demás

---

(61) En ese sentido se pronuncian: ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, tomo V. Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Barcelona, 1987, pág. 386, nota 3, en donde afirma: «... la mejora hecha mediante institución de heredero sólo se reduce después que se hayan reducido las restantes instituciones de heredero, por el sencillo razonamiento de que al hablar de que se reducirá la institución de heredero antes que las mejoras, ha de referirse el Código a las hechas mediante institución de heredero, ya que de las hechas mediante legado huelga hablar, puesto que inmediatamente antes se declara reducir la institución de heredero antes que los legados (tanto los que no encierran mejora como los que la encierran)»; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 599 y sigs.



disposiciones testamentarias, la proposición en estudio no ordenaba en modo alguno la disminución de las mismas, lo que permitía pensar que en relación con éstas, aquélla, al igual que se establecía en el artículo 820 del Código Civil, iba a actuar en principio a prorrata sobre todas (legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias), si bien aquí habría de tenerse igualmente en cuenta el límite antes fijado para que esa reducción no llegara en ningún caso a menoscabar la legítima individual de los herederos forzosos favorecidos con alguna de ellas. De lo dicho parece desprenderse que la reducción prevista en el artículo 814, 1, del Código Civil, se llevará a cabo siempre, de acuerdo con el orden establecido, empezando por la institución de heredero para afectar seguida y simultáneamente, aunque a prorrata, a legados, mejoras y restantes disposiciones testamentarias. Sin embargo, esa apreciación inicial no deja de estar sometida a posibles alteraciones, consecuencia de la opción que permite variar, en el despliegue de efectos de la reducción, aquel orden legalmente fijado. Nos referimos a las amplias facultades (62) que concede el artículo 814, 5, del Código Civil al testador, hasta el punto de permitirle inicialmente todo, en lo que está incluida la posibilidad de reordenar, de una manera distinta a la prevista en el propio artículo 814, el funcionamiento del mecanismo de reducción que nos ocupa, con el único límite de dejar intactas las legítimas (63). Así pues, para cualquier tipo de preterición, salvo la no intencional de hijos o descendientes, los efectos generales previstos por el artículo 814 del Código Civil son, con la salvedad de que el testador haya dispuesto otra cosa, los de reducir la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.

d) DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: UNA EXPRESIÓN GENÉRICA  
DE CONTENIDO PARTICULAR

La expresión última del apartado anterior (disposiciones testamentarias) atrae nuestra atención en un intento de esclarecer cuáles son las disposiciones testamentarias acogidas bajo esa expresión tan genérica. En principio parece, puesto que no existe distinción alguna, que son

---

(62) Si se observa el artículo 820, 2.º, 2, del Código Civil, no reformado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, establecía la posibilidad de que el testador pudiera alterar, respecto de los legados, el orden de reducción previsto por el mismo artículo.

(63) Así lo entienden igualmente: PINTO RUIZ, *op. cit.*, págs. 2679-2680; AMORÓS y otros, *op. cit.*, vol. II, págs. 1280 y sigs.; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), comentados por VALLET DE GOYTISOLO, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 195 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales Real Academia Jurisprudencia y Legislación*, núm. 11, Madrid, 1983, págs. 109 y sigs.

todas las disposiciones contenidas en el testamento, tanto patrimoniales como no, las que se encuentran incluidas en la expresión citada. Sin embargo, si se recapacita algo sobre la misma se la puede llegar a entender con un alcance más restringido y por ello más acorde con el lugar de su ubicación. Así resulta si se piensa:

- 1.º Que tanto institución de heredero como legados o mejoras son disposiciones de contenido fundamental o exclusivamente patrimonial.
- 2.º Que aún en los supuestos en los que la preterición despliega sus efectos más radicales (art. 814, 2.º, 1, CC), las disposiciones testamentarias que únicamente se verán afectadas por los mismos son las de contenido patrimonial.

De tal manera que si se atiende a lo expuesto resulta aceptable considerar que la reducción referida a las demás disposiciones testamentarias del artículo 814, 1, *in fine*, del Código Civil afectará sólo a aquellas que sean de carácter patrimonial.

#### D) UNA DISTINCION ACOGIDA IMPLICITAMENTE: PRETERICION INTENCIONAL Y NO INTENCIONAL

El trazado previsto a estudiar continuaba así: «Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos». Del mismo ya hemos hecho alguna referencia que, aun tangencial, nos puso de relieve la idea un tanto entrevelada, pues el texto del artículo 814 del Código Civil no se refiere expresamente a todos los tipos de preterición, de que el precepto en cuestión acogía, a diferencia de lo que hasta entonces había sido regla sin excepciones en el Código Civil, la distinción entre la preterición intencional y la no intencional. En efecto, la admisión de ambos tipos de preterición en el texto del artículo 814 del Código Civil cabía desprenderla, como ya hicimos notar, de la expresión «sin embargo», en el sentido de que: si lo que seguía a la expresión citada aludía a los efectos que se iban a derivar, no obstante lo dicho anteriormente, de la preterición no intencional de hijos o descendientes, parecía claro que las consecuencias señaladas previamente eran las que provocaría toda preterición distinta de la últimamente mencionada; es decir, para la preterición intencional de cualquier legítimo y para la no intencional de éstos que no fueran hijos o descendientes. Exposición de la que se desprende que si bien el legislador se había decidido a dar entrada, en el nuevo texto del artículo

lo 814 del Código Civil, a la distinción propugnada, ya tiempo atrás, por doctrina y jurisprudencia (64) entre una preterición de uno y otro tipo, lo cierto es que aquella diferenciación no resultaba total y absoluta, pues, al menos en lo referente a las consecuencias jurídicas, éstas se identifican (art. 814, 1, CC) en los supuestos de preterición intencional de cualquier heredero forzoso y en los de la no intencional de los que no sean hijos o descendientes.

#### a) PUNTO DE CONVERGENCIA DE TODA PRETERICIÓN

Advertida la bifurcación, entre una preterición intencional y otra no intencional, plasmada en el nuevo artículo 814 del Código Civil, surgía la siguiente pregunta:

¿Cuál es el alcance real de esa dualidad advertida respecto de la preterición? De otra manera si se prefiere. ¿Preterición intencional y preterición no intencional deben entenderse o no como figuras totalmente distintas?

El núcleo de las preguntas recogidas viene dado por la pretensión de aclarar si uno y otro tipo de preterición carecen de punto alguno de contacto o si, por el contrario, existe un planteamiento que puede resultar común aun cuando acabara por bifurcarse en función de la presencia o ausencia de intencionalidad. Alternativa mencionada ante la que nos mostramos proclives, dado que el artículo que nos ocupa comienza con una referencia a una preterición de carácter genérico, a considerar que los dos tipos citados de la figura en estudio (la intencional y la no intencional) convergen en lo que pudiéramos llamar una idea básica para ambos. De acuerdo con esto, la duda a despejar será: ¿Cuál es esa idea de inexcusable presencia en cualquiera de las variantes de preterición señaladas?

Al principio del presente trabajo se ponían de relieve las distintas

---

(64) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, tomo V, vol. II, Madrid, 1910, págs. 1137 y sigs., en las que se recoge la Memoria anual del Tribunal Supremo correspondiente a 1908, en donde, al menos *de lege ferenda*, se apunta la conveniencia de distinguir la preterición no intencional de la intencional o consiente; DE LA CÁMARA: «El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos», *RDN*, 1955, tomo VII, págs. 65 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, tomo I, vol. II, Madrid, 1974, págs. 943-944; THEODOR KIPP: *Tratado de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones, vol. I, traducción HELMUT COIN; ROCA SASTRE: «Comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas», 2.ª ed. al cuidado de PUIG FERRIOL y BADOSA COLL, Barcelona, 1976, pág. 98; ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL, *RDGN*, 14 de agosto de 1959 (Jurisprudencia registral), tomo IX, años 1951-1963.

posiciones que la doctrina científica había tomado, tras la reforma de 1981, para decidir sobre la existencia o no de preterición, y, por tanto, para determinar su contenido. Posiciones doctrinales que si recordamos se colocaban, para llevar a cabo su objetivo, en tres planos distintos (uno material, otro formal y el tercero material y formal), con la consiguiente dificultad que ello suponía para encontrar una adecuada coordinación entre las teorías implantadas en cada uno de los diversos planos indicados. Ahora bien, con independencia, en principio, de la perspectiva desde la que se contemple la preterición, a nuestro entender existe un punto que debe resultar común a cualquiera de ellas, cual es: La preterición en cualquier caso debe suponer, para el legitimario afectado por ella, una privación total y absoluta de su legítima. Esto quiere decir, por tanto, que el núcleo de la institución en estudio viene dado porque el legitimario queda sin recibir su cuota de legítima; de tal manera que, con independencia de la perspectiva (formal, material o formal y material) desde la que se enfoca el estudio de la mencionada figura, en ésta siempre se debe apreciar la existencia del citado núcleo. Exigencia que resulta obvia si se piensa que afirmar la preterición de un legitimario y a la vez reconocer que el mismo ha recibido su legítima no deja de ser incongruente por razones como estas:

1.<sup>a</sup> Si el efecto mínimo a que da lugar la preterición es, como se desprende del artículo 814, 1, del Código Civil, el de permitir que los herederos forzosos preteridos vean cubierta su cuota de legítima, está claro que si se afirma que ya la recibieron, pero que pese a ello existe preterición, se estaría ante un reconocimiento puramente formal, desconectado de la realidad jurídica-práctica, de la presencia de la institución mencionada, que en el mejor de los casos privaría a los herederos forzosos considerados preteridos de lo que por voluntad del causante recibieron, *inter vivos* o/y *mortis causa*, como legítima para restituirlo de nuevo por los mecanismos de la sucesión intestada.

2.<sup>a</sup> Si se admite siquiera que los legitimarios han recibido, al menos, parte de su legítima, en realidad lo que se está propiciando no es, por más que se intente defender lo contrario, la entrada en juego de la figura de la preterición, sino la del derecho a pedir (art. 815 CC) el complemento de la misma:

De tal manera que conforme a lo dicho la preterición debe implicar en todo caso una total y absoluta falta de cobertura del derecho a recibir la legítima que tienen los legitimarios. Reconocer lo contrario, aun cuando sólo sea parcialmente, es decir, que el derecho a recibir la legítima ha sido, al menos en parte, satisfecho, daría en todo caso, como

antes hemos visto, entrada a pedir el complemento de aquella cuota legal, pero difícilmente al instituto de la preterición. De acuerdo, por tanto, con lo anterior la respuesta a la pregunta que nos hicimos: ¿Cuál es esa idea de inexcusable presencia en cualquiera de las variantes de preterición señaladas?, al quedar contestada en el sentido expuesto, revela la existencia de un punto común a cualquier tipo de preterición desde el que intentaremos fijar las diferencias, y en su caso las nuevas convergencias, que puedan apreciarse entre la preterición intencional y la no intencional.

b) COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS: DOS NOTAS A DESTACAR  
DE LAS VARIANTES DE LA PRETERICIÓN

En la labor propuesta en el apartado precedente se puede resaltar inicialmente algo que de forma palmaria se muestra como nota diferenciadora de ambos tipos de preterición la intencionalidad o la ausencia de la misma. Pero advertida esa característica diferenciadora, en seguida surgen cuestiones a dilucidar, como:

- ¿Cuál debe ser el contenido de la intencionalidad para que pueda ser referida a la preterición?
- ¿A quién se debe referir el contenido de la intencionalidad o su ausencia?
- ¿De quién ha de predicarse la intencionalidad o su falta?

a) *Contenido y vacío de una intención*

A la primera pregunta, de las recién formuladas, cabe responder, coherentes con las premisas de las que hemos partido (la total falta de satisfacción del derecho a percibir la cuota legitimaria), que el contenido de esa intencionalidad debe ser ese precisamente, el no cubrir en absoluto el derecho a recibir la legítima. Aunque, como es lógico, si lo que se produce es una preterición no intencional, no cabe hablar del contenido de intención alguna, sencillamente porque ésta falta por completo y en consecuencia difícilmente se puede dar contenido a algo, en este caso la intención, que no existe. Ahora bien, tanto si lo que hay es intención (de no satisfacer el derecho a la cuota de legítima), como si aquélla falta, es preciso, puesto que lo hemos considerado como un punto común para toda clase de preterición, que el derecho a la legítima quede totalmente sin cubrir; de no ser esta la consecuencia derivada de la intencionalidad o de la ausencia de ésta, difícilmente se podría dar acceso a la figura señalada. Con todo, podía ocurrir que,

pese a que el contenido de la intención no fuera el de no satisfacer el derecho a la cuota legitimaria, sino justamente el contrario, sin embargo, se produjera la consecuencia anteriormente indicada (65).

b) *Los titulares de un derecho: sujetos pacientes*

La segunda pregunta que nos hacíamos era esta: ¿A quién se debe referir el contenido de la intencionalidad o la ausencia de ésta?

Si, como se ha afirmado con antelación, el contenido de la intencionalidad viene dado por una ausencia total de la cobertura del derecho a la legítima, parece evidente que si el derecho a recibir ésta lo ostentan, como se desprende del artículo 806 del Código Civil, los herederos forzosos, debe ser a éstos a los que ha de referirse aquel contenido. Si lo que hay es falta de intención de dejar sin cubrir los derechos legitimarios, igualmente se habrá de remitir esa carencia de intencionalidad a los legitimarios, pues en todo caso, si la consecuencia de ello va a ser la de que éstos no vean cubierta su legítima, ese defecto sólo puede tener pleno sentido si se refiere a alguien con derecho a percibir la citada cuota legal, es decir, a un legitimario.

c) *Los gravados con un deber: sujetos agentes*

La tercera pregunta que nos formulábamos decía: ¿De quién ha de predicarse la intencionalidad o su falta?

Es claro, dada la premisa de la que se parte (no cobertura para el legitimario de su derecho o recibir la legítima), que la intencionalidad, o, en su caso, la no intención, a tener en cuenta será la de aquel que tenga el deber de satisfacer el derecho que a percibir la legítima ostentan los legitimarios, es decir, el causante de la sucesión. En definitiva, quien tiene o no la intención capaz de acarrear la consecuencia de que los legitimarios no vean en absoluto satisfecho su derecho a la citada cuota legal sólo puede ser, dentro del ámbito de la sucesión *mortis causa* en el que se mueve la preterición, aquel respecto del cual los herederos forzosos detentan esa condición. En otras palabras, sólo aquél sobre quien pesa el deber de satisfacer los derechos legitimarios de sus herederos forzosos puede tener, por lo que más adelante expondremos, una

---

(65) Por ejemplo: porque la disposición con la que el testador quería beneficiar al legitimario se viera afectada, por entenderse hecha en favor de persona incierta, por la nulidad prevista en el artículo 750 del Código Civil. Supuesto en el que, pese a todo, no hay que olvidar que la preterición del (o de los legitimarios) legitimario en cuestión podría no tener lugar si llegaba a abirse la sucesión intestada, pues no existe, en principio, traba legal alguna que le impida, por la citada vía, suceder a su causante en lo que respecta al contenido de la disposición afectada de nulidad.

intención o una no intención capaz de provocar la preterición de aquéllos (65 bis).

Así pues, de lo dicho hasta el momento se pueden apreciar nuevos puntos de común arraigo en uno y otro tipo de preterición (la intencional y la no intencional), así como alguna nota diferenciadora. En efecto, ambas manifestaciones de la preterición tienen en común los sujetos que pueden ser preteridos (los legitimarios) y aquellos que pueden preterir (los causantes de la sucesión *mortis causa* respecto de los cuales los herederos forzosos ostentan esa condición). Sólo aquéllos pueden resultar preteridos (intencionalmente o no) y sólo éstos pueden incurrir en una u otra clase de preterición. Si bien se diferencia en que en una (la intencional) se da entrada a una determinada intención (la de no dejar absolutamente nada para satisfacer los derechos legitimarios de quien —o quienes— ostenta esta condición) y en la otra por definición, al ser no intencional, no se puede dar acceso a esa intención.

c) APRECIACIONES SOBRE LA INTENCIONALIDAD:  
SUS CONSECUENCIAS

Pero no quedan con lo dicho agotadas las interrogantes que el tema en sí mismo genera porque apenas contestadas las anteriores, se plantean cuestiones como estas:

- ¿Dónde hay que apreciar la presencia o ausencia de la intencionalidad antes referida?
- ¿A qué momento hay que atender para apreciar la existencia o no de intencionalidad?

Ante la primera pregunta de las recién formuladas la respuesta adecuada a primera vista era esta: en el testamento (66). Aserto inicial que

---

(65 bis) Más adelante nos referiremos nuevamente en su incidencia sobre la calificación de la preterición, al planteamiento recogido en el texto. Junto a lo dicho cabe recordar la existencia en nuestro Código Civil de otro sujeto capaz de provocar una preterición, intencional o no, de un heredero. Nos referimos concretamente a la preterición en la partición (art. 1.080 del Código Civil), en la que, respecto de cualquier heredero (no sólo legitimario, como en la preterición del artículo 814 del Código Civil, que nos ocupa), puede incurrir el contador partidor a la hora de desempeñar su función.

(66) Pese a aludir en el texto sólo al testamento, por ser éste el negocio más típico y *sui generis* de la sucesión *mortis causa*, no se debe olvidar el posible juego en este punto del contenido de los pactos sucesorios recogido en capitulaciones matrimoniales, si bien aquél dependerá de que la existencia de éstos llegue a impedir totalmente la apertura de la sucesión *ab intestato*; de no ser así difícilmente se podrá hablar de preterición y, en consecuencia, de intencionalidad alguna referida a ésta.

parecía tener sentido si se recuerda que en nuestro Código Civil ni existe una sucesión forzosa en sentido técnico ni resulta pensable, como se desprende de los artículos 814 y 912 y siguientes, todos del Código Civil, referir la preterición a la sucesión intestada; de tal manera que sólo parecía quedar la sucesión testada, es decir, el testamento, como único negocio en el que se podía apreciar la existencia o no de la intencionalidad a la que nos venimos refiriendo. Ahora bien, esa apreciación inicial pronto entra en franca decadencia si se atienden razones como las que siguen:

1.<sup>a</sup> La intencionalidad o no intencionalidad, a las que ahora aludimos, lo único que hacen es calificar a la figura de la preterición.

En efecto, si se piensa, el texto del artículo 814 del Código Civil se refiere, como ya hemos puesto de relieve, expresamente a la preterición no intencional y de forma implícita a la intencional; referencia última que no debe confundirse con intención de preterir, porque una cosa es referir la intención a una figura (en este caso la preterición) cuyos presupuestos básicos de existencia ya se han dado y otra completamente distinta, como ocurre en el segundo planteamiento, tener simplemente la intención, con independencia de que se haga realidad o no, de que la preterición afecte a uno o más de los legitimarios (66 bis). En definitiva, no es lo mismo tener una intención: de preterir en este caso, puesto que ello solamente indica que la figura en cuestión (la preterición) puede llegar a tener realidad jurídica, que referir esa intención a la misma institución ya realmente producida; en el primer supuesto sólo es posible que la misma llegue a existir; en el segundo, no, sencillamente porque ya existe como tal. Pues bien, si se acepta, como no puede ser de otra manera, que el artículo 814 del Código Civil lo que regula son los efectos establecidos para los casos de preterición, es evidente que los está refiriendo a la preterición existente ya como verdadero instituto jurídico y no la que sólo esté en potencia (67). Así pues, confor-

---

Respecto de los contratos sucesorios, aunque también negocios *mortis causa*, su posible incidencia sobre el punto reseñado es prácticamente inexistente al centrarse nuestro estudio en la figura de la preterición de herederos forzosos en el Código Civil, en el que la doctrina o rechaza la admisión de aquéllos (ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, vol. V, Derecho de sucesiones, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1987, página 8; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, tomo VI, Derecho de sucesiones, vol. I, 8.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1978, pág. 66) o, a lo sumo, los acepta de forma excepcional y restringida (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1982, página 410).

(66 bis) Si bien no hay que olvidar que la intención de preterir constituye un presupuesto de existencia de la llamada preterición intencional.

(67) Así se puede desprender claramente del artículo 814, 4, del Código Civil cuando afirma: «Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos».



me a lo dicho, parece evidente que la intencionalidad, o no intencionalidad, comprendida en el artículo 814 del Código Civil, lo único que hace es calificar una preterición con plena existencia y no con posibilidades de llegar a tenerla.

2.<sup>a</sup> Si, como hemos visto, la intencionalidad o su falta sirven para calificar a una preterición ya acaecida (en el negocio *mortis causa* empleado para instituir), deberá también aceptarse que las mismas van a ir referidas al punto que hemos considerado común en toda preterición: la falta absoluta de satisfacción de los derechos legitimarios de los herederos forzosos.

3.<sup>a</sup> De acuerdo con lo anterior, habrá igualmente que admitir que la intención, a la que ahora nos referimos, no puede ser otra que la de no satisfacer en modo alguno la cuota legitimaria de aquellos a quienes corresponde. Es decir, la que persigue ese efecto concreto bien exclusiva bien cumulativamente con otros.

4.<sup>a</sup> Pese a lo dicho, cabe pensar que no obstante, sin tener la intención el contenido antes referido, se produzca ese efecto (falta total de cobertura del derecho a la legítima); de ser así, la intencionalidad no se podrá utilizar para calificar, a la preterición producida, de intencional, sencillamente porque si ésta lo que hace es calificar a la preterición no puede ir referida a ella cuando esa intención no asume como propia la idea que resulta básica para la existencia de toda preterición: la total falta de cobertura del derecho a la legítima que tienen los legitimarios; en ese caso, aunque se produzca ese efecto, la preterición habrá de calificarse de no intencional.

5.<sup>a</sup> Si, como acabamos de exponer, la intención que califica a la preterición, es decir, la que permite hablar de una preterición intencional, debe asumir como propio el presupuesto básico inherente a toda preterición (puesto que es ésta a la que califica, con lo que se presupone ya su existencia) y este es, como reiteradamente se ha expuesto, el de dejar sin satisfacer el derecho que a la legítima tienen los legitimarios, resultará que si esa intención apareciera, al aplicar las reglas de interpretación del artículo 675, 1, del Código Civil, ya expresa ya tácitamente reflejada en el testamento como del causante, nos encontraríamos, por lo que con anterioridad se ha dicho (68), ante un supuesto de desheredación injusta, pero no de preterición. En resumen, tanto la preterición intencional como la no intencional coinciden en que testamentariamente se manifiestan de igual manera: falta absoluta de satisfacción del derecho a la legítima de alguno o todos los legitimarios, lo cual es razonable si se piensa:

---

(68) Ver apartado A, subapartado b.e''': 'Puntualizaciones en torno a una nueva posibilidad: excluir la preterición. Y nota 35 anterior.

— En la primera (la preterición intencional), por lo que venimos diciendo, la intención calificadora de la preterición no puede apreciarse, porque de ser así se trataría de una desheredación injusta, como parte de la voluntad o intención del causante reflejada en el testamento.

— En la segunda (la preterición no intencional), porque su definición no existe intención alguna que sirva para calificar a la preterición y en consecuencia tampoco la puede haber en el testamento.

Lo dicho quiere decir que la intencionalidad o su falta, calificadora de la preterición debe encontrar su fundamento último fuera del testamento (de encontrarse en éste se trataría, como venimos insistiendo, de una desheredación injusta); pero ello no impide en absoluto para que en el mismo negocio testamentario (68 bis), puedan apreciarse indicios que permitan, en un principio al menos, conjeturar sobre si la preterición en la que ha incurrido el causante ha sido la intencional (ejemplo: porque éste, al permitírsele el párrafo 5.º del artículo 814 del Código Civil, regule los efectos de una posible preterición intencional), o, por el contrario, la no intencional (si, por ejemplo, la regulación de efectos previstos por el testador hacen referencia a una preterición de este último tipo).

Planteamiento anterior que encuentra su mayor dificultad en calibrar adecuadamente el alcance exacto de las previsiones o manifestaciones, contenidas en el negocio *mortis causa*, que permitan conjeturar sobre la existencia de una u otra clase de preterición, sin que de acuerdo con las mismas pueda darse entrada ni a una desheredación injusta, lo que, como es obvio, desplazaría a la preterición, ni, dado su contenido, a suponer, por derivarse la misma consecuencia antedicha, una verdadera institución a título de herencia o legado en favor del legitimario supuestamente preterido. Todo lo cual quiere decir que la intencionalidad o su falta, susceptible de determinar la existencia de uno u otro tipo de preterición, deberá apreciarse, sin que se descarte la existencia en el testamento de algún dato indicador de la presencia de alguna de ellas, extratestamentariamente.

En definitiva, pues, la intención fundamentadora, no meramente indicadora, de poder calificar a la preterición en ese sentido, como se ha reiterado, no puede ni expresa ni tácitamente (atendiendo a lo dispuesto en el art. 675, 1, CC) aparecer formando parte de la voluntad o intención testamentaria del causante (69): por lo que hace a la falta de in-

---

(68 bis) Recordar lo dicho en nota 66 anterior.

(69) En la línea expuesta parecen estar: DOMÍNGUEZ RODRIGO: «El concepto de preterición en el artículo 814 del Código Civil vigente», *RGLJ*, núm. 6, 1983, páginas 571 y sigs.; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones*

tención, ésta (la no intencional) debe constatarse tanto en el testamento como fuera del mismo.

Finalmente se debe aclarar que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 814 del Código Civil, la distinción entre preterición intencional y no intencional sólo tiene sentido cuando afecte a hijos o descendientes, pero no así cuando únicamente alcance a los demás legitimarios, en cuyo caso los efectos de una y otra serían, a diferencia de lo que ocurre con los primeros, idénticos.

d) UNA CUESTIÓN DE IMPORTANCIA: LA FIJACIÓN DEL MOMENTO PARA CALIFICAR LA PRETERICIÓN

La otra interrogante planteada que aún quedaba por responder era esta: ¿A qué momento hay que atender para apreciar la existencia o no de la intencionalidad que ahora nos ocupa? Pregunta a la que se puede contestar con esta afirmación: al del otorgamiento del negocio testamentario. Es decir, la preterición será calificada de intencional, o no, según que el causante en el momento de otorgar testamento estuviera en condiciones, o no, de incurrir en uno y otro tipo de preterición. Ahora bien, la solución apuntada no encuentra especial dificultad para su aplicación cuando las circunstancias que inciden sobre el causante no sufren alteración digna de resaltar, para la calificación de la preterición, desde que éste otorga testamento hasta el instante de la apertura de la sucesión; pero no acontece lo mismo si aquéllas resultan distintas en uno y otro momento, en cuyo caso se abre esta nueva interrogante: ¿A cuál de ellos se ha de atender para calificar a la preterición? Cues-

---

*Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857). 2.ª ed., comentados por VALLET DE GOYTISOLO, Madrid, 1982, págs. 169 y sigs., en los que, entre otras cosas, se afirma: «... el supuesto de preterición queda reducido al de omisión de algún legitimario en línea recta y si no resulta ni del texto ni del contexto del testamento que el testador hubiera querido excluirle»; MIGUEL GONZÁLEZ, en su «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1985», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 9, septiembre-diciembre 1985, pág. 2889, en la que afirma: «... se olvida la advertencia antes citada de VALLET: del testamento no resulta la voluntad del testador respecto de los omitidos en él. Es dudoso que la omisión de un hijo por el testador pueda valer como voluntad testamentaria de que el testador no quiere que ese hijo herede. En realidad no existe una voluntad testamentaria respecto del preterido». Con todo, VALLET DE GOYTISOLO: *Las legítimas*, tomo I, volumen II. Madrid, 1974, pág. 945, había llegado a afirmar (antes de la reforma del art. 814 del Código Civil, que ahora nos ocupa) que... «la prueba de que la preterición es intencional y no es debida a error optativo puede resultar del mismo testamento». Aunque el mismo autor en páginas anteriores llegaba a defender planteamientos en buena medida difíciles de casar con la afirmación últimamente recogida. *Las legítimas*, tomo I, vol. I, Madrid, 1974, pág. 605, nota 74, en la que mantenía que si del testamento no resultaba claramente la voluntad de excluir al omitido existirá preterición, y si no había duda alguna sobre la intención del testador de excluir al mencionado en la exposición y omitido en la disposición.

tión de no poca importancia por los efectos totalmente distintos que el artículo 814 del Código Civil establece, afectando a hijos o descendientes, para la preterición intencional y para la no intencional. En resumidas cuentas, nos estamos planteando aquí si es posible variar la calificación que merece la preterición, atendiendo a las circunstancias concurrentes sobre el causante al momento de otorgar testamento, por la que merezca esa misma figura teniendo presentes las nuevas circunstancias que puedan haber incidido sobre el causante a su fallecimiento. Pregunta últimamente suscitada que se puede responder, inicialmente, en los mismos términos en los que fue contestada la primera, es decir: al del otorgamiento del negocio testamentario, con lo que la consecuencia sería la imposibilidad de variar la calificación de la preterición hecha al momento de otorgar testamento. Respuesta que parece tener pleno respaldo en la idea de que éste se perfeccione desde el instante de su otorgamiento, de tal manera que la voluntad o intención del causante en él contenida queda cristalizada, sin posibilidades de alteración, salvo que otra declaración de voluntad, manifestada con arreglo a las formalidades previstas por la ley para testar (así se desprende de relacionar entre sí los arts. 676, 677, 678, 737, 1, y 738, todos los del Código Civil), modifique la inicialmente contenida en el testamento. Sin embargo, la solución expuesta puede sufrir alteraciones si al proyectarla sobre el ámbito de la preterición se toman en consideración las siguientes puntualizaciones:

1.<sup>a</sup> Como venimos manteniendo, la intención calificadora de la preterición en ese sentido no puede encontrarse formando parte de una voluntad o intención testamentaria; de ser así estaríamos ante un supuesto de desheredación injusta, pero no de preterición.

2.<sup>a</sup> Aceptada la premisa anterior, deberá admitirse que la voluntad o intención determinante de que la preterición pueda calificarse de intencional sólo pueda apreciarse extratestamentariamente (aun cuando puedan existir, como ya adelantamos, indicios de la misma en el testamento).

3.<sup>a</sup> De acuerdo con lo dicho, no hay obstáculo para la calificación de la preterición, atendiendo a las circunstancias del causante al otorgar testamento, no pueda variarse de acuerdo con las existentes, distintas de aquéllas, al fallecimiento del causante.

En definitiva, si la voluntad o intención predicables de la preterición no se encuentran encerradas en el negocio testamentario no tendrán por qué sujetarse a las formalidades exigidas por el Código Civil para su modificación (arts. 676 y ss CC). de tal manera que la voluntad o in-

tención, determinantes de la calificación de la preterición como intencional al instante de otorgar testamento, puede ser sustituido por otra que lleve a una calificación (que lógicamente sólo podrá ser la no intencional) más acorde con las nuevas circunstancias (falta de intencionalidad en el causante) presentes a la hora del fallecimiento del testador. Con todo, se debe aclarar que si bien la solución propuesta permitiría, al modificarse las circunstancias concurrentes sobre el testador, variar, en cualquier sentido (de intencional a no intencional o viceversa), la calificación de la figura de la preterición al momento de la apertura de la sucesión con respecto a la hecha al otorgarse testamento, no hay que perder de vista que la variación en el segundo sentido (de intencional a no intencional) resultará de aplicación más excepcional.

Planteamiento hecho que a nuestro entender no llega a colisionar ni frontal ni tangencialmente con la postura mantenida por doctrina científica y jurisprudencia en materia de interpretación testamentaria, sencillamente porque de acuerdo con el mismo no se ve distorsionado en lo más mínimo el objetivo que en la citada materia (interpretación testamentaria) tienen marcado autores y jurisprudencia, cual es el de fijar lo más nítidamente posible, sin salirse totalmente del negocio testamentario, la voluntad real del testador (70); entre otras razones, porque la voluntad o intención que nos ocupa no se encuentra reflejada en el testamento y, en consecuencia, no tiene en principio por qué verse directamente afectada por las directrices marcadas en materia de interpretación testamentaria. En definitiva, cabe admitir la posibilidad, siempre que ello no suponga tergiversar en modo alguno la voluntad real del testador, de variar la calificación de la preterición de acuerdo con las alteraciones que, desde el otorgamiento hasta la apertura del testamento, hayan experimentado las circunstancias, concurrentes sobre el causante, capaces de encuadrar a la mencionada figura en uno u otro tipo de los dos que venimos mencionando (intencional o no intencional); aunque

---

(70) Así, Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1981 (ref. Aranzadi 1.786); 26 de marzo de 1983 (ref. Aranzadi 1.644); 9 de marzo de 1984 (*Revista Jurídica La Ley*, tomo 1984-2, págs. 741 y sigs.); 29 de enero de 1985 (*Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo 1985, págs. 2347 y sigs.); 10 de abril de 1986 (*Revista Jurídica la Ley*, tomo 1986-2, págs. 802 y sigs.), entre otras; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 459 y sigs.; LACRUZ SANCHE: *Elementos de Derecho civil*, vol. V, Barcelona, 1981, págs. 264 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, tomo VI, Derecho de sucesiones, vol. 2.º, 8.ª ed., Madrid, 1979, págs. 322 y sigs.; ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, vol. V, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Barcelona, 1987, págs. 344 y sigs.

en última instancia eso será siempre una cuestión de prueba a apreciar y valorar por los Tribunales (71).

#### e) OPOSICIÓN A LA EXISTENCIA DE UNA PRESUNCIÓN

Pero, como es fácil suponer, las preguntas en el tema que nos ocupa surgen con más rapidez que las soluciones a las mismas, así lo confirma esta nueva interrogante: ¿Existe, con arreglo al Código Civil, una presunción favorable a admitir uno u otro tipo de preterición? Sobre el particular la doctrina llega a defender fundamentalmente dos posiciones:

- Una primera, sustentadora de la idea favorable a entender acaecida, salvo prueba en contrario, una preterición intencional (72).
- Una segunda, que entiende inexistente una presunción en favor de uno u otro tipo de preterición (73).

---

(71) En el sentido expuesto se muestra también REY PORTOLÉS, *loc. ult. cit.*, páginas 341 y sigs., en las que llega a hacer afirmaciones como éstas: «en el segundo (se refiere al supuesto de que el causante falleciese tras un lapso más o menos largo de tiempo desde que llegó a conocer su nacimiento o la reaparición de su descendiente legítimo), sólo probable o posible (alude a la idea de que la preterición se califique de no intencional), y se impone una indagación del por qué del comportamiento pasivo del causante en orden a otorgar un nuevo testamento en que recordase al cuasipóstumo, al póstumo nato (concebido) o al reaparecido a tiempo...». En contra de la opinión anterior se muestran AMORÓS y otros, *locución ult. cit.*, vol. II, págs. 1290 y sigs., en donde se afirma: «Por otra parte, me parece que habrá que estar al momento de otorgamiento del testamento, y no me parece relevante que haya transcurrido más o menos tiempo desde que el testador tuvo conocimiento de la existencia del hijo (se refiere al preterido) sin haber revocado el testamento». Si bien más adelante llega a matizar: «Hay que juzgar de la voluntad del testador con referencia al momento del testamento y sin introducir otros hechos sobrevenidos que los que afectaba la existencia de sus hijos o descendientes».

(72) Partidarios de la misma se muestran: BOLAS ALFONSO: «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *AAMN*, tomo XXV, págs. 196 y sigs., en las que justifica esa postura aduciendo el principio del *favor testamenti*; REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 333 y sigs., quien considera que la preterición de cónyuge y ascendientes se presume *iuris et de iure* intencional, mientras que la de descendientes (salvo en determinados supuestos) sólo *iuris tantum*; LACRUZ-SANCHO: *Elementos de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones, conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, Barcelona, 1981, págs. 518 y sigs., quienes tras reconocer que el artículo 814 del Código Civil no presume la voluntad de preterir ni su falta, afirma que la regla es la preterición intencional, con efectos más leves, y la excepción, por tanto, la que debe probarse, la errónea.

(73) Alineados en esta postura se encuentran: GIMÉNEZ DUART: «Los ajustes de la reforma: sobre la legítima y reservas», *RDN*, núm. 128, abril-junio 1985, págs. 159 y sigs., en las que además se muestra contrario a la posición defendida por REY PORTOLÉS; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 559 y sigs.; AMORÓS y otros, *op. cit.*, vol. II, págs. 1281 y sigs.

Ante la alternativa expuesta, nos inclinamos del lado de la segunda por:

1.º Del texto del artículo 814 del Código Civil no se desprende presunción alguna favorable ni desfavorable a uno u otro tipo de preterición.

2.º Para que la preterición despliegue sus efectos resulta necesario que los legitimados para ello (legitimarios preteridos o sus causahabientes) ejerciten la acción correspondiente (74).

3.º De acuerdo con lo anterior parece razonable pensar que será quien ejercite la acción por preterición el que deba probar, en consonancia con los efectos que solicita la existencia del tipo de preterición adecuado a lo pedido en la acción ejercitada (75).

4.º Si la disyuntiva es: preterición intencional o preterición no intencional, parece igualmente acertado entender, admitida lógicamente la existencia de preterición, que las variantes serán estas:

a) Si el actor (legitimario preterido o sus causahabientes) consigue demostrar el acaecimiento de uno u otro tipo de preterición será éste el que debe entenderse producido realmente (76).

b) Si, por el contrario, el actor no consigue probar la existencia del tipo de preterición que él pretende (intencional o no intencional) en ese caso sólo queda, si se ha llegado a admitir la presencia de la figura en estudio (77), reconocer acaecida, al contar la disyuntiva planteada con dos únicos términos: intencionalidad o no, la contraria, es decir, aquella que no se perseguía probar.

---

(74) Así lo entienden, entre otros: BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, págs. 232 y sigs.; DOMÍNGUEZ RODRIGO, *op. cit.*, págs. 710 y sigs.; LACRUZ-SANCHO, *loc. cit.*, vol. V, páginas 526 y sigs.; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), 2.ª ed., comentados por VALLET DE GOYTISOLO, Madrid, 1982. págs. 187 y sigs.

(75) Con todo, cabe pensar que aun acaecida realmente una preterición no intencional (de hijos o descendientes), de efectos más rigurosos (art. 814, 2, 1.º y 2.º, del Código Civil) que la intencional (art. 814, 1, del Código Civil), el legitimario preterido sólo pretenda que se desplieguen los de esta última, o bien que éstos sean, por haber hecho el testador uso de la facultad que le confiere el artículo 814, 5, del Código Civil, los únicos posibles. Supuestos en los que, al carecer de importancia práctica (porque o no se van o no se pueden pedir mayores efectos), el que se demuestre la existencia de uno u otro tipo de preterición, lo único relevante será probar que ésta existe realmente.

(76) Sin que ello deba entenderse como obstáculo alguno para calificar en forma distinta a la realizada a la preterición, que puede afectar a otros legitimarios. Si bien esta posibilidad habrá de tenerse en cuenta por la incidencia que la misma puede tener sobre los efectos a desplegar por la preterición (en especial, la no intencional total).

(77) La admisión de la existencia previa de la figura de la preterición debe entenderse como un *prius* lógico a la declaración de la intencionalidad o no de la misma, sencillamente porque con éstas lo único que se hace es calificar a aquélla.

f) ANÁLISIS DE UNAS EXPRESIONES: SU INFLUENCIA SOBRE EL DESPLIEGUE DE UNOS EFECTOS

a') *Rechazo de una teoría y aceptación de una hipótesis*

El párrafo cuyo análisis procede ahora es el siguiente: «Si resultaren preteridos todos se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial».

A la vista del mismo surgen interrogantes como estas:

- ¿Preteridos cómo?
- ¿Todos los herederos forzosos preteribles?

La primera pregunta recogida encierra la cuestión de si es preciso, para que se puedan desplegar los efectos señalados en el párrafo transcrito, que la preterición en la que se incurra sea la no intencional o resulta indiferente que esté presente o no alguna del tipo contrario, es decir, de la intencional. Sobre este punto la doctrina patria mantiene, mayoritariamente (78), que el término «preteridos» hay que referirlo, sin salvedad alguna, a los que lo han sido sin intención. Postura de la que algún autor (79) se aleja al sostener la posibilidad de que, aún cometida la preterición intencional de un descendiente y no intencional de otro, se pueda accionar por la vía del número 1.º del artículo 814, 2.º del Código Civil si no existe un tercer descendiente recordado. De las dos perspectivas ofrecidas, lo adelantamos ya, entendemos más coherente la primera, no sólo por la razón fundamental de que la propia incardinación, en el texto del artículo 814 del Código Civil del párrafo que nos ocupa, lleva a considerarla la más acertada desde el punto de vista estrictamente lingüístico (80), y por la aceptación que, como hemos señalado, tiene entre nuestra doctrina, sino además por las consecuencias a las que avocaría la aceptación de la segunda perspectiva señalada. Afirmación última que intentaremos demostrar mediante la hipótesis de aceptar como válida la teoría que no compartimos.

---

(78) VALLET DE GOYTISOLO: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, número 11, Madrid, 1983, pág. 104; BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, págs. 226 y sigs.; DOMÍNGUEZ RODRIGO, *op. cit.*, págs. 706 y sigs.; AMORÓS y otros, *op. cit.*, vol. II, página 1297.

(79) REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 349 y sigs., y en particular, nota 109. Si bien hay que aclarar que el mismo autor comienza afirmando en la citada nota: «El que el participio 'preteridos' del número 1.º se refiere sólo a los preteridos sin intención, se desprende del hecho de que ese número desenvuelve los efectos que desencadena la preterición no intencional a que se refiere la frase anterior de la que es desarrollo, puesto que se separa de ella por dos puntos».

(80) Argumento que curiosamente utiliza el propio REY PORTOLÉS, *op. cit.*, página 349, nota 109, al principio.



a'') *Una flexibilidad unidireccional: incoherencia de una teoría.*—

Si no hemos apreciado mal el significado de la teoría anteriormente citada, desde ella se defiende que los efectos contemplados en el artículo 814, 2, 1.º, del Código Civil pueden desencadenarse cuando preteridos todos los descendientes uno al menos de éstos lo sea inintencionalmente. Este punto de vista parece entender de manera flexible la expresión «preteridos todos» en el sentido de que basta con que eso ocurra y que una al menos de las pretericiones sea no intencional para que se puedan aplicar los efectos que le siguen, con lo que deja a un lado la interpretación más estricta que requiere para ello que la preterición además de afectar a la totalidad de hijos o descendientes lo haga, sin excepciones, en su forma de no intencional. Pues bien, apenas iniciados en el tema, la primera cuestión a dilucidar, dentro de la teoría con la que ahora por hipótesis trabajamos, es esta: el término «*todos*» a quién va referido: ¿a todos los herederos forzosos preteribles o sólo a los que sean hijos o descendientes? En el planteamiento hecho de la teoría que nos entretiene únicamente se alude a los descendientes (81); concreción que hace surgir el primer valladar en el desarrollo de la misma, como es: si el término «preteridos» se entiende comprensivo tanto de los que sean con intención como sin ella (siempre que exista alguno de esta categoría) nada impide pensar, atendiendo a la misma flexibilidad, que el término «*todos*» no sólo abarca a hijos o descendientes, sino a todos los herederos forzosos, es decir, también al cónyuge viudo y a los ascendientes; de tal manera que con arreglo a lo dicho será suficiente, para que se desplieguen las rigurosas consecuencias del párrafo que nos ocupa (2, 1.º, del art. 814 CC), que en una preterición total cualquiera de los que resulten entonces legitimarios sea preterido sin intención.

Con todo, la interpretación que se acaba de hacer, aunque admisible dentro de las coordenadas en que la hemos planteado, debe ser deseada al ampliar el ámbito de aplicación de los efectos más rigurosos que el artículo 814 del Código Civil hace recaer sobre el testamento, y, en consecuencia, para la voluntad del causante en él contenida: teoría favorecedora de la aplicación de esos demoledores efectos sobre la *voluntas testantis* que va en contra, como se desprende del propio párrafo 5.º del tan citado precepto, de la filosofía, favorable a aquélla, que parece inspirarlo.

En lugar de la teoría que acabamos de desterrar, por lo de negativo que tendría para el testamento, se puede colocar otra que igualmente resulte admisible dentro de la hipótesis en la que nos movemos. Esta otra teoría podía plantearse en los siguientes términos: la preterición no intencional debe ser de un hijo o descendiente, pues solamente a éstos

---

(81) REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 349 y sigs.

se refiere la preterición no intencional del párrafo del artículo 814 del Código Civil que precede al que nos ocupa actualmente. Esto quiere decir que los efectos previstos en el párrafo que estudiamos (anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial) se produciría no cuando fueran preteridos todos los legitimarios, sino si además uno de los hijos o descendientes lo llegó a ser sin intención. Desde este nuevo punto de vista, más acorde con la teoría que sólo en hipótesis compartimos, queda excluida la posibilidad de que el citado párrafo (al ser necesaria la preterición no intencional de un hijo o descendiente) pueda aplicarse cuando los legitimarios sean ascendientes, pues éstos lo son sólo en defecto de los primeros (art. 807, 1 y 2, CC). Pero una vez más surge el punto conflictivo en la teoría que analizamos, porque la pregunta vuelve a ser: ¿el término «todos» comprende sólo a hijos o descendientes o (desechada ahora la posibilidad para los ascendientes) a aquéllos y el cónyuge? La respuesta, dado el planteamiento que asume, para el término «preteridos», la teoría en la que nos movemos hipotéticamente, no puede ser otra que la de entender en la expresión «todos» incluido también el cónyuge viudo. Las razones para ello son las ya alegadas, es decir, si aquel término no se entiende (en la teoría mencionada) circunscrito a la preterición no intencional a que se refiere el párrafo que le antecede, no hay razón alguna que justifique que el de «todos» deba ceñirse a los que sean hijos o descendientes de entender este último término en un sentido restringido se produciría una flagrante contradicción en los criterios aplicados a cada uno de ellos, porque si para el primero son flexibles lo deben ser, puesto que va conectado a él de forma inmediata, para el segundo. Lo que no parece lógico es utilizar unas referencias amplias para el primero de los términos citados («preteridos») y restringido para el segundo de ellos («todos»). Aceptado este razonamiento habrá de admitirse que si en «preteridos» se incluyen los que lo hayan sido con intención o sin ella (siempre que algún hijo o descendiente lo sea de esta última forma) en «todos» se deben comprender hijos, descendientes y cónyuge.

b'') *Unas consecuencias paradójicas: refuerzo de un planteamiento.*—Planteamiento antes expuesto en cuyo análisis pasamos seguidamente a adentrarnos en orden a apreciar lo aceptable o rechazable de sus consecuencias. Si la teoría que ahora aceptamos se debe resumir, si quiere mantener una coherencia lógica en la aplicación de los principios que utiliza y no una mera arbitrariedad, en que para provocar los efectos del párrafo 2, 1.º, del artículo 814 del Código Civil es preciso no sólo que la preterición afecte a todos los legitimarios (hijos o descendientes y cónyuge viudo), sino que además la de algún hijo o descendiente (pues como hemos dicho la preterición no intencional a que alude

el párrafo 2 del artículo 814 del Código Civil va referida sólo a hijos o descendientes y no a cualquier heredero forzoso) sea no intencional, tendremos que:

1.º Si resultan preteridos no intencionalmente todos los hijos o descendientes y el cónyuge viudo beneficiado testamentariamente con su cuota legal usufructuaria no se podrá, de acuerdo con el planteamiento hecho con anterioridad, aplicar, al no incidir la preterición sobre la totalidad de los legitimarios, lo dispuesto en el párrafo 2, 1.º, del artículo 814 del Código Civil.

2.º Ante el supuesto anterior parece adecuado pensar, dado el común encabezamiento de los apartados 1.º y 2.º del párrafo 2 del artículo 814 del Código Civil, que el segundo de los apartados citados será el aplicable al faltar el requisito de la totalidad exigido por el primero, para existir una preterición no intencional de hijos o descendientes.

3.º Conforme a lo dicho, en el caso contemplado el que se desplieguen los efectos del apartado 1.º del párrafo citado, y, por tanto, los hijos o descendientes reciban por sucesión intestada todo el contenido del patrimonio hereditario, o, por el contrario, que sean los del apartado 2.º del mismo párrafo los que proceda aplicar, y, en consecuencia, que aquellos legitimarios sólo reciban por sucesión testada [salvo que las mandas o mejoras (82) devengan inoficiosas] el contenido patrimonial de la institución de heredero, depende de la preterición o no del cónyuge viudo.

4.º Se desplieguen los efectos previstos en el artículo 814, 2, apartado 1.º, o, por el contrario, los del apartado 2.º, al existir descendientes el cónyuge viudo, en uno y otro caso, sólo tendrá derecho a percibir el usufructo del tercio destinado a mejora (arts. 943 y 944 en relación con el 834 CC).

En otras palabras, no deja de ser paradójico que, conforme a la teoría que ahora proponemos, la entrada en juego de la solución más radical del artículo 814, 2, 1.º, del Código Civil o de la más atemperada del artículo 814, 2, 2.º, del mismo, se haga depender, en casos como el planteado, de la preterición o no de un legitimario (art. 807, 3.º, CC) —el cónyuge viudo— que no se va a ver beneficiado ni perjudicado por la aplicación de un apartado o de otro. Es decir, no parece muy acertado que los efectos que van a proyectarse (con mayor o menor alcance) sobre unos legitimarios (hijos o descendientes) no se haga de-

---

(82) Aun cuando en el supuesto ahora planteado, al encontrarse preteridos inintencionalmente todos los legitimarios hijos o descendientes, resulta poco menos que imposible la existencia de mejoras.

pender íntegramente de su propia preterición, sino que se precise la concurrencia de un legitimario (el cónyuge) al que le resulta indiferente que se desplieguen unos y otros; máxime cuando, como diremos más adelante, ese mismo legitimario, aun preterido, no precisa, para ver cubierta su cuota legitimaria, de los efectos de ninguno de los apartados inmediatamente referidos.

No obstante lo dicho, cabe pensar que la orientación sería favorable a admitir el planteamiento inicialmente hecho (el art. 814, 2, 1.º, CC) sólo resulta aplicable si la preterición afecta a todos los descendientes legitimarios (a alguno de forma no intencional y al cónyuge viudo) si en el mismo supuesto al antes utilizado, es decir, preteridos no intencionalmente todos los hijos, el cónyuge en lugar de recibir su cuota legitimaria solo, hubiera sido instituido heredero. De ser así, el no considerar de aplicación (conforme a la teoría en la que ahora nos movemos), al no estar él preterido, el artículo 814, 2, 1.º, del Código Civil, sino, al existir preterición no intencional de descendientes, el número 2.º del mismo artículo y párrafo, aquél (el cónyuge) saldría, al no anularse todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial (art. 814, 2, 1.º, del CC), claramente beneficiado del citado planteamiento, a lo que se sumaría el trato de favor que, para el caso de ser instituido heredero, como ahora ocurre, le dispensa, en su parte final, el artículo 814, 2, 2.º, del Código Civil. Pero esa situación, indudablemente ventajosa para el cónyuge instituido heredero, no deja de encerrar importantes paradojas internas que se traducen en colocar al cónyuge nombrado heredero en una situación más consolidada si todos los hijos o descendientes se ven afectados (como acontece en el caso expuesto) por una preterición no intencional que si la totalidad de éstos lo son por una intencional; supuesto último en el que la reducción se debe iniciar precisamente (artículo 814, 1, CC) por la institución de heredero, mientras en el primer caso ésta quedaría salvaguardada de los efectos de la preterición en lo que no perjudicase a las legítimas (art. 814, 2, 2.º, *in fine*, CC). Solución que no deja de ser desconcertante si se piensa que con arreglo a la misma la institución de heredero en favor del cónyuge va a estar más protegida de ser preteridos intencionalmente todos los descendientes legitimarios que de serlo sin intención; resultado que no se produciría si la preterición no intencional que afecta (en el caso planteado) a todos los descendientes menos al cónyuge viudo instituido se pudiera considerar suficiente (cosa que no permite, sin romper su propia coherencia interna, la teoría en que ahora nos movemos (83), para desplegar los

---

(83) En efecto, si se recuerda la teoría en que nos estamos moviendo al dar al término «preteridos» un sentido amplio, comprensivo tanto de los que lo son intencional como no intencionalmente, al de «todos», si no se quiere romper la

efectos contemplados en el artículo 814, 2, 1.º, del Código Civil y no los del artículo 814, 2, 2.º, del mismo Código. En efecto, de admitirse la última sugerencia (aplicación del núm. 1.º y no la del núm. 2.º del artículo 814, 2, CC) se anularían (en el caso planteado, incluida desde luego la institución de heredero en favor del cónyuge, todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, mientras que de ser la preterición de la totalidad de los descendientes intencional, aquélla (la institución de heredero) sólo se reduciría en la medida necesaria para cubrir las legítimas; con ello el cónyuge instituido se encontrará, como de otro lado parece lógico, más protegido en los casos de preterición intencional de descendientes que en los de preterición no intencional de los mismos; o si se prefiere dar la vuelta al razonamiento, los descendientes preteridos verán sus intereses más protegidos frente al cónyuge instituido de ser preteridos no intencionalmente que de forma intencional.

De otro lado, admitir, en la teoría que hemos aceptado en hipótesis, la posibilidad de que el vocablo «preteridos» acoge a los que lo sean con o sin intención y el de «todos» sólo incluye a hijos o descendientes, pero no al cónyuge viudo, no parece aceptable por la arbitrariedad que supone aplicar pautas dispares de interpretación, amplias para el primero y angostas para el segundo, a términos, que, como los referidos, se encuentran claramente interrelacionados.

Argumentos todos que nos llevan a defender, como ya anticipamos, que en el apartado 1.º del párrafo 2 del artículo 814 del Código Civil el término «preteridos» únicamente acoge a los sin intención y el de «todos» (con lo que damos respuesta a la segunda pregunta: ¿Todos los herederos forzosos preteribles?, de las dos inicialmente planteadas), acorde con el alcance dado al primero, sólo a los hijos o descendientes; de ello resulta que la anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial a que se refiere el apartado en cuestión se producirá únicamente cuando resulten preteridos inintencionalmente todos los hijos o descendientes (84).

c") *Dos casos y una misma solución.*—Respuesta precedente que apenas elaborada hace saltar una nueva duda: ¿Se producirán esos

propia lógica interna del planteamiento, se ha de dar igualmente un sentido amplio, lo que conduce a admitir dentro del mismo no sólo a hijos y descendientes, sino también al cónyuge viudo.

(84) Sobre qué disposiciones pueden considerarse excluidas de la frase «disposiciones testamentarias de contenido patrimonial», ver: REY PORTOLÉS, *op. cit.*, páginas 352 y sigs.; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), comentados por VALLET DE GOYTISOLO, 2.ª ed., Madrid, 1982, pág. 204; VALLET DE GOYTISOLO: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 11, Madrid, 1983, pág. 104.

mismos efectos si alguno de los hijos o descendientes no estuviera preterido pero sí desheredado justa o injustamente? Algún autor (85) ha llegado, en esos casos, a plantearse la necesidad de que ni decaiga la desheredación justa, porque ello beneficiaría al desheredado, al permitir su concurso, si su causa de desheredación no era a la vez de indignidad, en la sucesión intestada que se abría, ni la injusta se considere, por el perjuicio que ello podría reportar al preterido sin intención, motivo suficiente para impedir el juego del apartado 1.º del artículo 814, 2, del Código Civil. Posibilidades planteadas que ven mermada su posible aplicación si se piensa:

1. Desde la estricta literalidad los efectos señalados en el número 1 del artículo 814 del Código Civil están previstos para desplegarse sólo ante una preterición no intencional total de hijos o descendientes.

2. La contrastación de lo dispuesto en el número 1 del artículo 814, 2, del Código Civil, en el que se aprecian demoledoras consecuencias para el testamento, con lo establecido en el párrafo 5.º del mismo artículo, en donde resalta la protección de la voluntad testamentaria, induce a pensar que aquel apartado debe ser, si se quiere conseguir una mayor vigencia práctica del segundo, de aplicación restringida.

3. Es cierto, como afirma el autor citado (86), que compatibilizando la pervivencia de la desheredación justa con el artículo 814, 2, 1.º, del Código Civil el así desheredado no podrá salir beneficiado de la apertura de la sucesión intestada, y que no tolerar esa misma concurrencia entre el citado número 1.º del artículo 814, 2, del Código Civil y la desheredación injusta perjudicaría al preterido sin intención: pero también lo es que de admitirse esa flexibilidad en la aplicación de lo dispuesto en el tan reiterado apartado se estaría diezmando, incluso en parcelas donde la facultad de disponer debe entenderse ilimitada, el ámbito de aplicación real de la voluntad del testador y correlativamente los intereses de extraños que al aceptarse aquella directriz, favorable sólo a los legitimarios, perderían, con olvido de que junto a los tercios de legítima y mejora existe otro de libre disposición para el causante, la totalidad de los bienes hereditarios con los que éste les quiso favorecer.

4. La justificación ofrecida para mantener en los casos de coexistencia de una preterición no intencional con una desheredación justa, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 814, 2, 1.º, del Código Civil, pero salvando de la anulación la segunda institución citada, para así no favorecer al desheredado, parece poco firme si se piensa que el mis-

(85) REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 351 y sigs.

(86) Ver nota anterior (85).

mo efecto, de mantener la desheredación y, en consecuencia, no beneficiar tampoco al afectado por ella, se conseguiría mediante lo dispuesto en el número 2.º del artículo 814, 2, del Código Civil.

5. Si en los casos de preterición no intencional y desheredación justa, dada la justificación que se aduce para ello, cabe aplicar lo dispuesto en el número 2.º del artículo 814, 2, del Código Civil en lugar del contenido del número 1.º, en los de preterición no intencional y desheredación injusta podrá mantenerse una solución tan radical, como la acogida en el artículo 814, 2, 1.º, del Código Civil, que llegue a suponer, para el preterido sin intención, un beneficio mayor en este caso que en el de haber concurrido con un desheredado justamente.

En resumidas cuentas, de atender, en los dos casos referidos (desheredación justa o injusta con preterición no intencional), a los puntos indicados, el número 1.º del artículo 814, 2, del Código Civil no tendría virtualidad alguna, pues, al faltar (por concurrir una desheredación justa o injusta) una preterición no intencional total de hijos o descendientes, la subsistencia de la primera no estará amenazada y la segunda evitará el juego de los más radicales efectos previstos en el artículo 814 del Código Civil.

#### g) UNOS EFECTOS INTERMEDIOS DE LA PRETERICIÓN

##### a') *La exclusión: un medio para concretar: «En otro caso»*

El número 2.º del artículo 814, 2, del Código Civil establece: «En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto no perjudique a las legítimas».

Si nos centramos en la primera parte del texto del citado número 2.º, es decir, hasta el punto y seguido, el primer problema que nos encontramos se centra en determinar el alcance de la expresión «en otro caso», con la que se inicia este número. La pregunta, por tanto, es: ¿En qué otro caso será de aplicación lo dispuesto en ese número 2.º del artículo 814, 2, del Código Civil? La respuesta a la misma se nos antoja que puede elaborarse mediante la conexión del número que nos ocupa del artículo 814 del Código Civil con lo dispuesto anteriormente en el mismo precepto: fórmula que permitirá por exclusión conocer qué supuesto o supuestos caen dentro de la órbita del número 2.º que ahora nos ocupa. Para llevar a cabo la labor pretendida comenzaremos por atender al alcance dado al número 1.º del artículo 814, 2, del Código Civil, que precede al actualmente en estudio. La perspectiva que ello

nos ofrece permite sostener que, si el citado número 1.º del artículo 814, 2, del Código Civil se entendía de aplicación sólo cuando existiera una preterición no intencional total de hijos o descendientes, todos los supuestos en que esto ocurra quedan excluidos del número 2.º actualmente en estudio. El siguiente paso, como es fácil suponer, se centra en atender a la extensión dada al párrafo 1.º del artículo 814 del Código Civil, en éste, si recordamos, se habían incluido toda preterición distinta de la no intencional de hijos y descendientes; con lo que la respuesta en sentido positivo era que los efectos contemplados en el artículo 814, 1, del Código Civil estaban previstos para ser aplicados si se producía una preterición intencional de cualquier legitimario o una preterición no intencional de ascendientes o cónyuge (87). Lo dicho implica que el número 2.º del artículo 814, 2, del Código Civil sólo tiene vigencia, incluidos los demás supuestos de preterición en el artículo 814, 1, ó 2, 1.º, del Código Civil, en los casos de preterición no intencional parcial de hijos o descendientes (88); solución que encaja igualmente si se conecta la formulación general contenida en el apartado 2 del artículo 814 del Código Civil con el número 2.º del mismo.

b') *Un texto de mayor claridad*

Concretado el alcance de la expresión «en otro caso...» del artículo 814, 2, 2.º, del Código Civil, las consecuencias que de los supuestos de preterición en ella comprendidos se van a derivar son: «se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas».

Formulación de efectos que, además de su semejanza con la contenida en el artículo 814 del Código Civil en su versión originaria y en la posterior de 1958 (89) revela con mayor claridad que la del artículo

(87) En este sentido, COBACHO, *op. cit.*, pág. 413; DOMÍNGUEZ RODRIGO, *op. cit.*, página 690; LACRUZ y otros: *El nuevo régimen de la familia*, vol. II, La filiación. La patria potestad, La economía del matrimonio, La reforma en el Derecho de sucesiones, Madrid, 1981, págs. 191 y 192; AMORÓS y otros, *op. cit.*, vol. II, páginas 1281 y sigs.; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), comentados por VALLET DE GOYTISOLO, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 195 y sigs.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, vol. IV, pág. 600.

(88) Así, ALBALADEJO, *loc. cit.*, tomo XI, págs. 201 y 202; *idem*, *Curso de Derecho civil*, vol. V, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Barcelona, 1987, pág. 386; VALLET DE GOYTISOLO: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 11, Madrid, 1983, págs. 104 y 105; BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, pág. 228.

(89) Así, el artículo 814, en su redacción inicial, para los casos de preterición, salvo que se tratara del cónyuge viudo, establecía: «... anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas». Y en la posterior de 1958 significaba, excluida también la preterición del cónyuge viudo, lo siguiente: «... anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas».



lo 814, 1, del Código Civil (90) que la anulación (en el caso del artículo 814, 1, del Código Civil reducción) de la institución de heredero no será total si en la misma va comprendida la mejora de algún legítimo, en cuyo caso la proposición «mejoras ordenadas por cualquier título...» permite sostener sin ningún género de duda la subsistencia de la institución de heredero al menos en lo que se entienda mejora y lógicamente (art. 817 CC, aunque también lo aclara el propio párrafo en estudio) en la medida en que no exista inoficiosidad. Así pues, los efectos previstos en este artículo 814, 2, 2.º, del Código Civil inciden en primer lugar sobre la institución de herederos, pudiendo llegar a anularla en su integridad y posteriormente, y sólo en la medida de su inoficiosidad, sobre las mandas y mejoras cualquiera que sea el título por el que se dispusieron.

a") *Causa falsa o preterición o causa falsa y preterición.*—A pesar de la aparente claridad de lo expuesto, existen algunos puntos relacionados con ello sobre los que conviene detenerse. El primero se introduce con la afirmación (91) de que la preterición no intencional de ascendientes o del cónyuge no tiene por qué resolverse necesariamente a través de la vía del artículo 814, 1, del Código Civil, sino que puede serlo igualmente, solución que parece entenderse más acertada, acudiendo a lo dispuesto en el artículo 767 del Código Civil, si bien en este caso se debe probar la falsedad de la causa de la institución, así como su carácter determinante. Al observar el planteamiento hecho se aprecia que el juego de los artículos 814, 1, y 767 del Código Civil, para resolver los supuestos de preterición no intencional de ascendientes o cónyuge, se establece en forma alternativa (92), es decir, que de aplicarse lo dispuesto en el primero de los artículos citados habría que dejar a un lado el contenido del segundo. A nuestro parecer, sin embargo, la aplicación eficaz de los dos artículos citados no tiene, en el orden señalado, por qué darse con carácter excluyente, sino que puede, para lograr su recíproca complementación, hacerse en forma conjunta, lo que cabe pensar si se atiende a:

1. El juego del artículo 814, 1, del Código Civil sólo precisa que se demuestre, de acuerdo con los supuestos en que estamos ocupados, la preterición no intencional de ascendientes o/y del cónyuge.

(90) Ver en el presente trabajo, apartado C, subapartado c: Un orden previsto y su posible alteración; en particular, nota 61.

(91) BOLAS ALFONSO, *loc. ult. cit.*, págs. 226-227.

(92) Así parece desprenderse cuando se hacen, BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, página 227, estas afirmaciones: «A mi juicio, lo que ocurre es que en los casos de preterición de ascendientes o cónyuge, por error o desconocimiento de su existencia, en vez de acudir al régimen —privilegiado— del artículo 814, párrafo 2.º, habrá que utilizar la vía del artículo 767 y probar la falsedad de la causa de la institución, así como su carácter determinante».

2. El artículo 767 del Código Civil no precisa para ser aplicado la demostración de la existencia de preterición alguna, sino la de que la institución de heredero o legado se encuentre afectada por una causa falsa y que la misma ha sido determinante para que el testador dispusiera la institución o el legado.

3. De acuerdo con lo anterior, no se aprecia obstáculo alguno para que ambos artículos puedan utilizarse conjuntamente. Es decir, probada la preterición no intencional del ascendiente o cónyuge y, por tanto, cumplidas las premisas de aplicabilidad del artículo 814, 1, del Código Civil, nada impide, al así preterido, que, inconforme con las ventajas que los efectos de este precepto le pueden reportar, intente ampliarlas acudiendo a lo dispuesto en el artículo 767 del Código Civil para hacer caer disposiciones testamentarias que se salvaron de los efectos destructores del artículo 814 del Código Civil.

Ahora bien, esto no quiere decir que siempre tenga sentido acudir a la vía del artículo 767 del Código Civil para conseguir mayores ventajas sucesorias. Tal ocurre, y sólo por poner un ejemplo, cuando el cónyuge sea preterido no intencionalmente pero instituidos los hijos del causante; en este caso, aun cuando el primero llegue a demostrar que la institución (legado, por ejemplo) por la que se disponía del tercio de libre disposición en favor de los hijos se encuentra afectada, por una causa falsa determinante de la misma y con ello consiga, al hacerla caer, la apertura de la sucesión intestada, esto no le favorecería en más que el artículo 814, 1, del Código Civil lo hizo, porque al concurrir con descendientes sólo tendrá, en esa sucesión derecho a su cuota legal usufructuaria (así se desprende de los arts. 834, 943 y 944 del Código Civil).

Ocurrirá justamente lo contrario, es decir, que el cónyuge preterido sin intención se beneficiaría de la aplicación del artículo 767 del Código Civil, si (valga como ejemplo contrario al anterior) por no existir hijos ni ascendientes el causante hubiera dispuesto, mediante instituciones de heredero y legados, de todo su patrimonio en favor de extraños. En este caso, si el cónyuge se limita a demostrar su preterición inintencional sólo tendrá, conforme a lo dispuesto en el artículo 814, 1, del Código Civil en relación con el 838 del mismo Código, derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia, pero si además logra probar (art. 767 del Código Civil) la existencia de una causa falsa (que puede estar directamente conectada con la creencia errónea del testador de que el cónyuge preterido había muerto) determinante de una o más de las instituciones de heredero o legatario contenidas en el testamento, resultará que además de aquella cuota usufructuaria recibirá vía intestada

todo el contenido patrimonial de las instituciones de heredero o legatario afectadas por esa causa falsa. Planteamiento que puede hacerse extensivo a todo supuesto de preterición en el que, por los efectos previstos para esa figura, se mantengan vigentes disposiciones testamentarias que puedan ser atacadas, sin embargo, por la vía del artículo 767 del Código Civil (92 bis).

b'') *Preterición mixta simultánea: ¿a quién beneficia?*—El siguiente punto en el que conviene centrar la atención para apreciarlo más en detalle viene ofrecido por lo que algún autor (93) ha dado en llamar preterición mixta simultánea y que se produce cuando en un mismo testamento unos legitimarios resultan preteridos intencional y otros inintencionalmente. En tales casos, la duda que se advierte la introduce lo dispuesto en el párrafo 1 y en el párrafo 2, 2.º, del artículo 814 del Código Civil, pues mientras el primero se limita a establecer la reducción de la institución de heredero el segundo dispone la anulación de la misma. Ante esa perspectiva la pregunta latente es: ¿La anulación de la institución de heredero que conlleva la preterición no intencional de hijos o descendientes aprovecha también a quienes de éstos sean preteridos con intención? Respecto de este punto se mantiene:

1. Caso de anularse la institución de heredero se benefician de ello no sólo los afectados por preterición no intencional, sino también los que lo son por intencional, si bien, para eludir este último efecto, cabe un acuerdo entre el preterido sin intención y el legitimario instituido (94).

2. Cada heredero forzoso preterido se encuentra legitimario en función de sus intereses vulnerados, de tal manera que los efectos de la sanción deberán ser los estrictamente correspondientes a los mismos (de no ser así se iría contra el postulado de congruencia procesal) (95).

Posiciones que demuestran, mediata o inmediatamente, cómo el preterido sin intención cuenta, si así lo desea, con resortes jurídicos suficientes para impedir, si ese fuera el caso, que el preterido con intención pueda beneficiarse, en detrimento del primero, de la anulación de la

---

(92 bis) Para un estudio de mayor profundidad del artículo 767 del Código Civil, ver: GORDILLO CAÑAS: «El error en el testamento», *ADC*, tomo XXXVI, fascículo III, 1983; ALBALADEJO: *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo X, vol. I (arts. 744 a 773 del Código Civil), comentados por ALBALADEJO, DÍAZ ALABART, GONZÁLEZ PORRAS, GORDILLO CAÑAS y MORENO QUESADA, Madrid, 1987, págs. 327 y sigs.

(93) BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, pág. 231.

(94) BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, pág. 231, en particular, nota 41 bis, si bien en la misma establece la posibilidad de un acuerdo entre el legitimario instituido y el preterido sin intención para anular la ventaja que la anulación de la institución supondría para el preterido intencionalmente.

(95) DOMÍNGUEZ RODRIGO, *op. cit.*, págs. 706-707.

institución de heredero con la que se encuentra sancionada su preterición (96).

c") *El traslado de una teoría: una posible respuesta.*—Otro punto que conviene precisar se centra en determinar si conforme a los efectos previstos en el artículo 814, 2, 2.º, del Código Civil los legitimarios preteridos van a recibir la legítima corta o la larga. Para dar respuesta a la cuestión planteada cabe trasladar algunas de las consideraciones hechas al estudiar, del artículo 814, 1, del Código Civil, la frase: «La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima». Las mismas, por no repetir íntegramente lo allí dicho (97), se concretaban en que si el causante no dispone del tercio de mejora para beneficiar, mejorándolo, a alguno de sus hijos o descendientes legitimarios y se admite, como lo hace buena parte de la doctrina (98), que lo que no es mejora debe entenderse como legítima parece, igualmente ahora, razonable pensar que la legítima que debe recibir el preterido no sólo comprenderá su porción correspondiente en el tercio del mismo nombre, sino también la respectiva en el denominado tercio de mejora que formará con aquél la legítima larga (art. 808, 1, CC) de ese heredero forzoso preterido (99). Si, por el contrario, el causante dispuesto adecuadamente (es decir, en favor de algún legitimario) de todo el tercio de mejora y se considera que lo que es mejora no es legítima, sólo cabe admitir que la legítima que no debe perjudicarse del preterido será únicamente la corta. Ahora bien, fundamentalmente en los supuestos de preterición no intencional de algún descendiente legitimario, puede ocurrir que éste, aun utilizado el tercio de mejora en favor de alguno de los instituidos, no reciba únicamente su legítima corta sino la larga. Tal puede ocurrir si se demuestra, por ejemplo, que de haber conocido el testador la existencia del hijo preterido sin intención, no hubiera dispuesto, como lo

(96) En efecto, la posibilidad de acuerdos entre preteridos e instituidos, admitida, entre otras, por RDGRN de 10 de mayo de 1950 (*RGLJ Jur. Civil*, tomo XXX) y de 14 de agosto de 1959 (ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL: *Jurisprudencia registral*, tomo IX, años 1951-1963), permiten que el preterido sin intención no tenga por qué recurrir necesariamente a la anulación de la institución de heredero y, en consecuencia, que el preterido intencionalmente pueda obtener ventaja alguna; DOMÍNGUEZ RODRIGO, *op. cit.*, págs. 715 y sigs., así como doctrina y jurisprudencia allí (nota 226) citada.

(97) Ver. en el presente trabajo, apartado B, subapartado b.b': ¿Qué legítima?

(98) Ver nota 57 anterior.

(99) Posibilidad que parecen admitir LACRUZ y otros: *El nuevo régimen de la familia*, vol. II, La filiación. La patria potestad. La economía del matrimonio. La reforma en el Derecho de sucesiones, Madrid, 1981, págs. 191-192, cuando afirma: El descendiente preterido erróneamente no parece deba limitarse a recibir la legítima corta como si el causante al preterirle hubiera mejorado implícitamente a los demás hijos.

hizo, del tercio de mejora; es decir, si consigue probarse que la mejora realizada está afectada por una causa falsa (creencia errónea, de que sólo existían los hijos mejorados) determinante de la misma (art. 767 del Código Civil). De no demostrarse la incidencia de ésta sobre la mejora, difícilmente podrá el preterido sin intención, si se dispuso de todo el tercio correspondiente para mejorar, recibir más de su legítima corta por cuanto el propio artículo 814, 2, 2.º, del Código Civil deja a salvo, de los efectos en él previstos, a las mejoras ordenadas por cualquier título.

c') *La continuación de un párrafo: su particularismo legitimario*

El texto del párrafo 2.º del artículo 814, 2, del Código Civil, que dejamos inicialmente a un lado, y de cuyo estudio pasamos ahora a ocuparnos, dice literalmente: «No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas».

El referido texto ha suscitado, entre los autores patrios, fundamentalmente dos grandes dudas:

1.ª ¿En qué casos se debe aplicar el favor *viduitatis* en él aludido?

2.ª ¿El mismo afecta sólo a la institución de heredero? Y complementando esta segunda cuestión, de ser afirmativa la respuesta, ¿cuál es la razón de ello?

A la primera pregunta la doctrina, prácticamente sin excepción alguna, da como respuesta que sólo en los casos contemplados dentro de la hipótesis del artículo 814, 2, 2.º, del Código Civil, es decir, de preterición no intencional parcial de hijos o descendientes, se debe aplicar el beneficio que el artículo 814, 2, 2.º, *in fine*, del Código Civil establece para el cónyuge (100).

---

(100) En ese sentido, BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, pág. 230; REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 352 y sigs.; AMORÓS y otros, *op. cit.*, vol. II, págs. 1280 y sigs.; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (artículos 806 a 857), comentados por VALLET DE GOYTISOLO, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 195 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 11, Madrid, 1983, págs. 105 y sigs. Posiciones anteriores que se ven confirmadas en la enmienda número 119 presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático (UCD) (portavoz: F. Villodres García), en la que respecto del artículo 814 se proponía modificar el primer párrafo y agregar un número 3.º al segundo, y en cuya explicación se afirmaba textualmente: «No se ve, en efecto, razón alguna para que el trato privilegiado que en este orden de cosas se dispensa al cónyuge se limite al supuesto en que la preterición sólo afecte a algunos hijos o descendientes que expliquen por qué subsiste la institución en su favor y no los legados». Para más detalle, ver: *Código Civil (reformas 1978-1983)*. *Trabajos parlamentarios*, tomo I, ed. dirigida por F. SANTAOLALLA, Madrid, 1985, págs. 695 y sigs.

Respecto de la segunda pregunta la doctrina mantiene, con igual homogeneidad, que aquel beneficio del viudo únicamente acoge a la institución de heredero hecha en favor del mismo, pero no así a los legados (101). Posición, y damos respuesta a la pregunta que completa la última contestada, que algún autor (102), justifica, a nuestro entender acertadamente, con argumentos tan contundentes como estos: «Y en cuanto a que sólo se deje a salvo la atribución al cónyuge, si se canaliza a través de una institución de heredero, no puede ser más razonable, puesto que si le beneficia con un legado, el mismo está ya a salvo hasta el límite de la inoficiosidad por el juego del artículo 814, 2, 2.º, dado que los legados todos, y no sólo el hecho al cónyuge, sólo se reducen cuanto perjudiquen a las legítimas de los preteridos (legítimas aquí largas, no se olvide)».

a'') *El contraste de una expresa referencia pasada con un silencio presente: una nueva cuestión.*—Pero aclarados los puntos procedentes aparece ante nosotros una cuestión que, aun no suscitada directamente por el texto del artículo 814 del Código Civil, hace presencia en nosotros al tratar el último apartado recogido (art. 814, 2, 2.º, *in fine*, CC); cuestión que surge el contrastar la referencia que, en el referido apartado, se hace del alcance que va a tener, de darse los requisitos en el mismo exigidos, la anulación de la institución de heredero en favor del cónyuge, con el silencio, novedoso por demás (pues el texto del artículo 814 del Código Civil, en su versión originaria y en la posteriormente introducida por Ley de 24 de abril de 1958, aludía expresamente a los efectos que seguidamente señalamos), que el mencionado artículo dedica a los efectos que va a desencadenar la preterición del viudo o viuda. En efecto, el contenido del precepto en estudio (art. 814 CC) no alude en particular, como ocurría antes, a las consecuencias jurídicas que se desprenden de la preterición del cónyuge sobreviviente; ausencia de regulación individual que conectada con la afirmación indiscutible (artículo 807, 3. CC) de que el viudo o viuda es heredero forzoso, lleva a pensar que en principio la preterición del mismo dará lugar a los efectos contemplados en el artículo 814 del Código Civil en cuanto éstos puedan desplegarse por haberse cumplido los requisitos exigidos para ello (103). Sin embargo, la idea de que la preterición del cónyuge pueda acarrear, puesto que el artículo 814 del Código Civil no prevé

(101) REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 352 y sigs.; VALLET DE Goytisólo, *locución últ. cit.*, págs. 105 y sigs.; *idem*, *Panorama del Derecho de sucesiones*, volumen I, Fundamentos, Madrid, 1982, págs. 468-469; ALBALADEJO, *loc. últ. cit.*, tomo IX, págs. 195 y sigs. Posición igualmente confirmada en el Senado por el Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático, en la exposición de la enmienda número 119 (portavoz: F. Villodres García). Ver contenido de nota anterior.

(102) REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 354 y sigs.

(103) En ese sentido, REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 333-334.

otras distintas, las mismas consecuencias (otra cosa será que puedan ser cualquiera o sólo algunas de las previstas en el citado artículo) que la del resto de legitimarios puede matizarse si se piensa:

1. Tradicionalmente (art. 814 CC en su versión originaria y en la introducida más tarde por Ley de 24 de abril de 1958) los efectos previstos en el reiterado artículo han sido distintos a los del resto de herederos forzosos.

2. Es cierto que el posible argumento (104) de que la apertura de la sucesión intestada podía no garantizar, al cónyuge supeérstite, la satisfacción de la cuota legal usufructuaria que en la sucesión del difunto le correspondía, había perdido, a raíz de la modificación del artículo 953 del Código Civil (por la Ley anteriormente citada de 1958) toda posible vigencia al dejar el nuevo precepto, al contrario de lo que ocurría en su anterior redacción (105), inequívocamente claro, al afirmar: «... la legítima que *en todo caso* corresponde al viudo en la sucesión intestada...», el reconocimiento, en favor del citado legitimario, de su derecho a percibir en cualquier caso de sucesión intestada su legítima.

3. La modificación anterior no afectaba a los derechos legitimarios del cónyuge sobreviviente que seguían, al igual que antes, consistiendo, como se puede desprender de los artículos 834, 837 y 838 del Código Civil, en el reconocimiento en favor del mismo de un derecho real de usufructo. Invariabilidad en la concepción de la cuota legitimaria del cónyuge viudo que puede reconducirse a las siguientes consecuencias: Si el cónyuge sobreviviente resulta titular de un derecho real de usufructo que recae sobre los bienes que, según los casos, conforman los

---

(104) En efecto, llegado el caso (antes de la reforma del Código Civil por Ley de 1958) de abrirse la sucesión intestada por preterición del cónyuge viudo, para atribuirle mediante la misma su cuota correspondiente en usufructo, nos encontraríamos que dicho mecanismo cabía entenderlo, caso de existir descendientes, ascendientes legítimos o hijos naturales reconocidos, conforme al contenido del artículo 946: *A falta de las personas comprendidas en las tres secciones que preceden, heredarán... y los cónyuges por el orden que se establece en los artículos siguientes*, inviable para conseguir la citada finalidad. En otros términos, si el orden de llamamiento establecido por la Ley en la sucesión *ab intestato* estaba configurado como sucesivo y no como simultáneo, lo que se confirmaba en los artículos 930, 935, 939 y 946 del Código Civil, resultaba posible, al menos, pensar que en virtud de lo dicho el cónyuge viudo, siempre que concurriera con sucesores preferentes en el orden de llamamientos, no recibiría nunca su cuota usufructuaria. Aserto que parecía confirmar, *a sensu contrario*, el artículo 953 del Código Civil, único en el que aun llamados a la sucesión *ab intestato* hermanos o hijos de hermanos, se reconocía a aquél su derecho a percibir en concurso con los mismos la cuota en usufructo del artículo 837.

(105) Como se ha señalado en la nota precedente, el texto del artículo 953 del Código Civil, antes de la reforma de 1958, permitía, entendido *a sensu contrario* y en conexión con los artículos 930, 935, 939 y 946 del Código Civil, aventurar la hipótesis de que sólo en la sucesión *ab intestato* en el mismo contemplada, el cónyuge iba a recibir, en concurso con hermanos o hijos de hermanos del difunto, la cuota en usufructo del artículo 837.

tercios de mejora, libre disposición, mitad o dos tercios de la herencia, su preterición no tiene por qué provocar la caída o reducción de la institución de heredero o del resto de las disposiciones testamentarias, con la consiguiente apertura de la sucesión *ab intestato*, ni por qué existir a su favor un llamamiento legal a título de herencia o legado, sino que le basta que en el caso que nos ocupa (el de su preterición) la ley le confirme (lo que puede desprenderse de los arts. 839, 2, y 840 del Código Civil) la existencia de su derecho real que como tal podrá dirigir (al igual que si le hubiera reconocido en el testamento) contra quien sea titular de los bienes sobre los que aquél se entiende por ley constituido, sin necesidad de tener para ello la condición de heredero o legatario testado, intestado o forzoso.

Explicación que lleva a pensar, tal como ocurría antes de la reforma de 1981, que el cónyuge difunto no tiene, respecto del sobreviviente, un verdadero deber de atribuirle la cuota legitimaria correspondiente mediante la constitución en su testamento y a su favor de un derecho real de usufructo que se encuentra constituido directamente por la ley en favor de aquél y en consecuencia que no puede hablarse con propiedad (por lo que quizá el nuevo artículo 814 del Código Civil no se refiera expresamente a la misma), aun omitido totalmente en el testamento de su consorte, de la preterición del cónyuge viudo (106).

4. No admitir el planteamiento precedente y pensar que los efectos previstos en el artículo 814 del Código Civil para los casos de preterición son los aplicables cuando la misma sea de un cónyuge viudo deja mostrar cierta incongruencia si se piensa:

a) La participación legitimaria que los artículos 834 y siguientes del Código Civil establecen en favor del citado heredero forzoso consiste siempre en un derecho real de usufructo en favor del mismo.

b) Los efectos previstos en el artículo 814 del Código Civil consisten en reducir a anular total o parcialmente las disposiciones testamentarias pero no en gravarlas.

c) Si se conjugan los dos apartados precedentes resulta que para satisfacer la legítima del cónyuge viudo preterido se tendrán que reducir o anular disposiciones testamentarias cuando la satisfacción de la legítima a la que tiene derecho no precisa ni lo uno ni lo otro (107), pues simplemente requiere el que se grave con el derecho real de usufructo, la parte correspondiente de la herencia del causante.

---

(106) En este sentido: ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), comentados por VALLET DE GOYTISOLO, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 176-177.

(107) A no ser que se entienda la reducción de la institución referida solamente al derecho de usufructo y no en su integridad.



d) Finalmente, aun superadas todas las barreras anteriores, nos encontraríamos con que la aplicación, a la preterición del cónyuge viudo, de los efectos previstos en el artículo 814 del Código Civil podría dar lugar a situaciones conflictivas entre el citado precepto y los que se ocupan (arts. 834 y ss.) de regular los derechos del citado legítimo. En efecto, y sólo por referirnos a una situación concreta: si el artículo 834 del Código Civil establece que el cónyuge que concurra a la herencia con hijos o descendientes tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora y resulta que los efectos que se deben desplegar con arreglo al tipo de preterición acaecido son los del párrafo 1 del artículo 814 del Código Civil (reducir la institución de heredero antes que legados, mejoras y demás disposiciones) se producirá una clara contradicción entre ambos preceptos, porque mientras el primero (artículo 834 CC) señala que el usufructo recae sobre el tercio destinado a mejora el segundo (art. 814, 1, CC) afirma que se reducirá en primer lugar la institución de heredero que puede no comprender, y aquí estaría el conflicto normativo, el mencionado tercio de mejora que es precisamente el que debe soportar aquel derecho real. Es más, incluso habiéndose mejorado, con la totalidad del tercio correspondiente para ello, a través de la propia institución de heredero la reducción curiosamente afectaría, por lo admitido al hablar de ese tema (108), antes al resto de la institución que al tercio de mejora, utilizado en este caso para mejorar, cuando el derecho de usufructo que quiere salvaguardarse, como acabamos de decir, debe recaer sobre el susodicho tercio.

Con todo, lo expuesto no quiere decir que la legítima del cónyuge viudo no encuentre protección alguna en el ámbito del artículo 814 del Código Civil, pues la misma se puede apreciar, sin que ello suponga forzar la labor de cobertura de los legítimos del citado precepto, en sus párrafos 1.º y 5.º En el primero porque al afirmar que «la preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima» pueden considerarse incluidas sin especial dificultad la legítima y la preterición del cónyuge viudo; en el segundo de los párrafos mencionados porque al decir «a salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador» puede entenderse igualmente incluida, sin mayor dificultad, la legítima de aquél. Si bien hay que aclarar que ese no perjuicio o ese dejar a salvo la legítima del cónyuge preterido debe entenderse con las matizaciones recién señaladas.

---

(108) Ver nota 61 del presente trabajo.

## E) EL CONFLICTIVO TERCER PÁRRAFO

## a) MULTIPLICIDAD DE PROBLEMAS Y DIVERSIDAD DE RESPUESTAS

El siguiente paso en el estudio del artículo 814 del Código Civil nos coloca ante el siguiente párrafo: «Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos». Nuevo trazado que presenta el texto del artículo objeto de estudio en el presente trabajo que al atraer especialmente la atención de la doctrina conduce a que ésta, en el intento de clarificar su contenido, genere, ante las distintas orientaciones que en la misma se observan, no poca perplejidad a la hora de desentrañar el verdadero significado que el mismo encierra. En efecto, y sólo por ocuparnos inicialmente de las principales cuestiones que se plantean en relación con el texto transcrito, así como la diversidad de soluciones propuestas para resolverlas, nos encontramos con:

1. La primera gran cuestión se centra en determinar si el párrafo ahora en estudio es aplicable sólo a los supuestos de premoriencia, o además a los de desheredación e indignidad del descendiente intermedio.

Sobre el particular, los autores defienden en su gran mayoría (109) la aplicación del citado artículo 814, 3, del Código Civil únicamente a los supuestos de premoriencia del citado descendiente, con lo que excluyen del mismo los casos de desheredación o indignidad que deberán solucionarse, así lo señalan, por la vía de los artículos 857 y 761 del Código Civil, respectivamente, y no por la del artículo en primer lugar reseñado. Corriente doctrinal que no llega a ser unánime al existir autores que sostienen, contrariamente a aquéllos, que tanto los casos de pre-

---

(109) Aquí se encuentran: BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, pág. 207; COBACHO, *op. cit.*, páginas 418 y sigs.; GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, págs. 159 y sigs.; DE APALATEGUI ASÚA: *Nueva síntesis del Derecho sucesorio «mortis causa»*, Málaga, 1984, página 46; LACRUZ y otros: *El nuevo régimen de la familia*, vol. II, La filiación. La patria potestad. La economía del matrimonio. La reforma en el Derecho de sucesiones, Madrid, 1981, págs. 193-194; LACRUZ-SANCHO: *Elementos de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones (conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981), Barcelona, 1981, págs. 518 y sigs.; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, págs. 599 y sigs.; AMORÓS y otros, *op. cit.*, volumen II, págs. 1281 y sigs.; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), comentados por VALLET DE GOYTISOLO, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 179 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones*, I, Fundamentos, 1.ª ed., Madrid, 1982, págs. 486 y sigs.; O'CALLAGHAN: *Compendio de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones, Madrid, 1982, págs. 330 y sigs.

moriciencia, indignidad o desheredación del descendiente intermedio caen en la órbita de referencia del artículo 814, 3, del Código Civil (110).

2. El siguiente punto, que ha acaparado la atención de buena parte de la doctrina, gira en torno a dilucidar si el mencionado párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil da entrada a un derecho de representación, una sustitución o ni a uno ni otra. En este caso la visión de los autores se diversifica como sigue:

a) Para unos (111), lo que realmente introduce el párrafo que nos ocupa es el instituto de la sustitución sucesoria *ex lege* en favor de los descendientes del descendiente no preterido.

b) Para otros (112), el término «representan» que se utiliza expresamente en el texto del artículo 814, 3, del Código Civil debe entenderse, pues así lo confirma la literalidad del precepto, como la admisión en el mismo del llamado derecho de representación, si bien ahora lo es en la sucesión testada.

c) Finalmente la doctrina (113) llega también a mantener que los

---

(110) En este sentido: PINTO: «El actual artículo 814 del Código Civil no introduce el instituto de la representación sucesoria en la sucesión testada», *RGD*, número 483, 1984, año XLI, págs. 2682-2683; REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 355 y sigs.

(111) BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, págs. 205 y sigs.; REY PORTOLÉS, *op. cit.*, páginas 320 y sigs. Por su lado, VALLET DE GOYTISOLO, en varias de sus obras: *Panorama del Derecho de sucesiones*, I, Fundamentos, Madrid, 1982, págs. 471 y sigs.; «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 11, Madrid, 1983, páginas 105 y sigs., y en ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), comentados por VALLET DE GOYTISOLO, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 176 y sigs., considera que entender en el artículo 814, 3, del Código Civil el término «representan» equivalente a «sustituyen» resultaría algo fuerte en el caso de que el hijo premuerto del causante hubiera sido mejorado y no hubiese dejado hijos matrimoniales, sino únicamente no matrimoniales desconocidos o rechazados por el abuelo testador.

(112) DOMÍNGUEZ RODRIGO, *op. cit.*, pág. 650; GARRIDO PALMA: «El nasciturus y el Derecho civil», *RDN*, núm. 120, abril-junio 1983, págs. 129-130; GIMÉNEZ DUART: «Los desajustes de la reforma: sobre legítima y reservas», *RDN*, núm. 128, abril-junio 1985, págs. 155 y sigs.; LACRUZ y otros, *op. cit.*, vol. II, págs. 193-194; O'CALLAGHAN, *loc. ult. cit.*, tomo V, págs. 330 y sigs.; ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Barcelona, 1987, págs. 71 y sigs.; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (artículos 806 a 857), comentados por VALLET DE GOYTISOLO, 2.ª ed., Madrid, 1982, páginas 195 y sigs., en donde se acepta la representación sucesoria, si bien circunscrita a la legítima; VALLET DE GOYTISOLO: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 11, 1983, págs. 108 y sigs., en la que se considera que el artículo 814, 3, del Código Civil lo que hace es atribuir a los descendientes del descendiente el *status* de legitimarios.

(113) PINTO, *loc. ult. cit.*, págs. 2680 y sigs., quien afirma que: «... no hay preterición porque *de facto* el nieto ocupa el lugar que, como legitimario, ocuparía el padre premuerto en la herencia, porque en la nominación del instituido descendiente está ya 'representada' la nominación de sus descendientes. Y más adelante continúa: «*De lege data* está claro que no se ha establecido ni el llamado derecho

descendientes del descendiente no preterido ocupan por derecho propio, sin necesidad, por tanto, de sustitución o derecho de representación de ningún tipo, la posición de legitimarios en la herencia del causante.

3. Otro de los temas centrales surgidos del texto del artículo 814, 3, del Código Civil ha dado pie a estudios doctrinales de dispar orientación, se plantea al tratar de determinar si los descendientes del descendiente no preterido tienen derecho, en la herencia del ascendiente, sólo a la cuota legítima correspondiente o, por el contrario, van a recibir la totalidad de bienes que hubieran sido dispuestos en aquélla a favor del descendiente al que ellos, conforme a la literalidad del artículo 814, 3, del Código Civil, «representan». Alternativa circunscrita a la legítima (114) o a la totalidad de la herencia dispuesta en favor del descendiente no preterido (115) que ha tomado, en las dos vertientes citadas, carta de naturaleza, como ya avanzamos, entre nuestra doctrina.

#### b) UN RETO: COADYUVAR AL ENCUENTRO DE SOLUCIONES

Vistos algunos de los principales problemas que ha suscitado la redacción del párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil y las distintas soluciones propuestas por la doctrina para resolverlas, queda ocuparnos particularmente de ello en un intento de aportar puntos de vista que al coadyuvar a ofrecer una visión más completa de las diferentes facetas comprendidas en aquel párrafo faciliten el encuentro de la solución más acertada en cada caso.

Al ocuparnos de las distintas elaboraciones doctrinales generadas en torno al artículo 814, 3, del Código Civil se ha podido apreciar cuáles eran los principales puntos de conflicto entre los autores y, en definitiva, los términos o expresiones del tan citado párrafo que los provoca-

de representación en la sucesión testada ni la sustitución vulgar presunta mencionada».

(114) PINTO, *op. cit.*, págs. 2682 y sigs.; Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 599 y sigs.; ALBALADEJO, *loc. ult. cit.*, tomo XI (art. 806 a 857), comentados por VALLET DE GOYTISOLO, págs. 195 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO, *locución últimamente citada*, págs. 108-109.

(115) COBACHO, *op. cit.*, págs. 418 y sigs.; GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, págs. 159 y sigs., si bien circunscribe ese planteamiento a los casos de premoriencia, con exclusión de los de indignidad o desheredación; REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 355 y sigs., quien igualmente refiere la representación en toda la porción hereditaria del representado a los casos de premoriencia, mientras en los de indignidad o desheredación la representación la ciñe a la porción legitimaria; LACRUZ y otros, *op. cit.*, páginas 193-194, quienes también se refieren sólo a los supuestos de premoriencia; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, págs. 518 y sigs., con el mismo alcance antes referido; AMORÓS y otros, *op. cit.*, vol. II, págs. 1281 y sigs., en los que, aunque con reservas, se muestra, igualmente solo para los casos de premoriencia del descendiente intermedio, favorable a la línea ahora defendida.

ban. Así, el primero de aquellos lo introducía la expresión «... de otro descendiente que no hubiera sido preterido...». En relación con ésta, los autores, si recordamos lo ya dicho, se mostraban partidarios de dar cabida en ella a los supuestos de premoriencia del descendiente o, con un criterio más elástico, extendían además su alcance a los casos de desheredación e indignidad del mismo. Por nuestro lado, y al no desprenderse, en principio al menos, otra cosa de la citada expresión, vamos a entenderla en un sentido lato, es decir, comprensiva tanto de la premoriencia, desheredación o indignidad del descendiente, pues, en tanto no se demuestre lo contrario, las tres situaciones permiten sostener que el afectado por cualquiera de ellas no ha resultado preterido.

El siguiente término del artículo 814, 3, del Código Civil, que daba pie a la polémica doctrinal, era el de «representa», sobre el que se había mantenido la idea de un derecho de representación, una sustitución o la de entender que en la nominación del instituido descendiente estaba ya «representada» la nominación de sus descendientes.

Distintas posiciones ante idénticos términos que llevan a hacer algunas reflexiones sobre las mismas para mostrar lo favorable o desfavorable que encierran. Labor que se puede abordar conectando cada uno de los supuestos que en principio se han considerado incluidos en la proposición «... de otro descendiente que no hubiere sido preterido...», con los diferentes significados ofrecidos del término «representan».

a') *La búsqueda de una salida viable para la premoriencia*

La línea directriz anteriormente señalada conduce a la siguiente composición:

— Premoriencia del descendiente instituido (por tanto, no preterido) con descendientes que no lo fueron.

El supuesto ahora planteado presenta la fundamental incógnita de desvelar el sentido que ha de darse al vocablo «representan».

Tema sobre el que cabe apreciar las siguientes posibilidades:

- a) Entender el mencionado vocablo como alusivo a un derecho de representación en la sucesión intestada.
- b) Juzgar en la mención del descendiente representada, sólo a efectos de nominación, la de sus descendientes.
- c) Entenderlo referido a un derecho de representación en la sucesión testada.
- d) Considerarlo como introductorio de una sustitución vulgar *ex lege*.

a'') *La opción «ab intestato»: su rechazo.*—La primera posibilidad expuesta con anterioridad supone sencillamente dar juego al derecho de representación tal y como lo regulan los artículos 924 y siguientes del Código Civil. Aplicación del mencionado derecho de presentación en la sucesión *ab intestato* que resulta perfectamente factible si se piensa:

1. En el supuesto ahora contemplado, el legitimario, fallecido antes que el causante, no pasaba a ser titular, tanto si se le había designado heredero como legatario, no ya de la porción de la herencia con la que se le pretendía beneficiar, sino ni siquiera (caso de ser nombrado heredero) del derecho a adquirirla (*ius delationis*).

2. Admitido lo anterior (116), cabe entender, siempre que no resulte aplicable ni el derecho de acrecer ni la figura de la sustitución, que aquella porción a la que estaba llamado el descendiente instituido queda vacante.

3. Conforme a lo dicho, cabe admitir, sin dificultad alguna, en virtud de lo dispuesto en el artículo 912, 3.º, del Código Civil en relación con el 658, 3, del mismo Código, que respecto de la mencionada porción hereditaria, al quedar sin titular, se abrirá la sucesión *ab intestato*.

4. Si de acuerdo con lo dicho se produce, para aquella parte de la herencia, la apertura de la sucesión intestada, se debe entender que en ella, en virtud de lo dispuesto en el artículo 933 del Código Civil heredan los descendientes del premuerto instituido, por derecho de representación.

Solución ahora analizada que parece confirmar su validez dentro de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil si aparte de adecuarse perfectamente, como acabamos de ver, a la literalidad del término «representan», se piensa que mantiene ese perfecto ajuste con el restante contenido del párrafo, pues no sólo supone que los descendientes representen al ascendiente, sino además que al abrirse la sucesión intestada a la que aquéllos son llamados, permite mantener, como señala el artículo 814, 3, del Código Civil que los mismos no se consideren preferidos.

Impresión señalada, respecto de la bondad del juego del derecho de representación en la sucesión intestada, para resolver el contenido

---

(116) De acuerdo con lo dispuesto en artículos como el 657, 758 y 766 del Código Civil. En ese sentido, ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, vol. V. Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Barcelona, 1987, pág. 77; *idem*, *Sustituciones hereditarias*, Oviedo, 1956, págs. 18 y 47, cuando afirma que si el instituido premuere al testador no recibe delación; *idem*, «La sucesión *iure transmissionis*, ADC, 1952, tomo V, fasc. III, págs. 915 y sigs.

del artículo 814, 3, del Código Civil, que empieza a ceder si se medita precisamente sobre el contenido del inciso final del tan mencionado párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil, que señala textualmente: «y no se consideran preteridos», y se tiene presente:

a) La dicción del mismo señala un efecto claro para los descendientes del descendiente no preterido en la sucesión del ascendiente, cual es el de no entender, aunque la haya, o quizá mejor, precisamente porque se da (117), acaecida la preterición de los primeros.

b) Aceptado lo anterior, parece coherente pensar que lo que el citado inciso final persigue es que no se desencadenen, en ese caso, los efectos que anteriormente se han señalado en el mismo artículo para los distintos supuestos de preterición en él contemplados.

c) Conforme a lo precedente, el efecto último perseguido por la proposición final del párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil no puede ser otro que el de evitar, a consecuencia de la preterición de los descendientes, la apertura de la sucesión intestada.

De tal manera que si el postrer objetivo del reiterado inciso final no es otro que el de no dar vía libre, respecto de la herencia del ascendiente, a la sucesión *ab intestato*, difícilmente se puede sostener con un mínimo de coherencia que, si la finalidad última del artículo 814, 3, del Código Civil es la indicada, el término «representan» utilizado en él acoja precisamente a un derecho de representación que va a actuar sobre la sucesión que se trata de eludir.

b'') *Incompatibilidades de la simple nominación.*—La siguiente posibilidad a conjugar con el supuesto de hecho que ahora nos sirve de referencia supone, si no lo hemos entendido mal, que a pesar de que los descendientes han pasado a ser (art. 807, 1, CC), al morir el descendiente intermedio instituido, herederos forzosos respecto del ascendiente causante, no se consideran preteridos por entenderse que en la nominación testamentaria del instituido va incluida de alguna forma la de los descendientes de éste. De tal manera que, circunscrita a lo dicho, la función del párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil se afirma en coherencia con ello que el citado precepto no se ocupa del

---

(117) Parece lógico pensar que el párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil se refiere sólo a aquellos supuestos en los que los descendientes del descendiente intermedio no preterido han resultado preteridos en la sucesión del ascendiente. De no afectar la preterición a los primeros (por ser instituidos herederos, legatarios, desheredados justa o injustamente, etc.), la salvedad que se hace de no considerarlos preteridos no tendría mucho sentido, porque si no lo están, no tienen por qué considerarse no preteridos; sencillamente no lo han sido y punto, sin necesidad de salvedad alguna.

contenido cuantitativo objetivo de los derechos del descendiente o a lo sumo se admite el que atribuya lisa y llanamente la legítima.

De acuerdo con esto, cabe pensar lo que sigue:

1. La disposición testamentaria (institución de heredero o legado) en favor del descendiente intermedio premuerto (según lo que mantiene la doctrina ahora vista) se debe entender caída, pues a lo sumo se considera que el artículo 814, 3, del Código Civil atribuye la legítima (118) a los descendientes.

2. Admitir lo anterior y a la vez que en la designación testamentaria del instituido se encuentran con el sólo alcance de una simple alusión nominal, incluidos los descendientes del mismo, no deja de ser un planteamiento elaborado sobre una fuerte abstracción. Es decir, negar, de un lado, la vigencia de la disposición testamentaria, a título de herencia o legado, con la que se beneficiaba al descendiente intermedio instituido y al mismo tiempo, de otro, afirmar que la misma pervive (y otro camino no queda, tal y como se quiere justificar la no preterición de los descendientes) en lo que encierra de simple nominación, da lugar a un planteamiento, cuando menos, altamente discutible por la contradicción (hacer caer y al mismo tiempo no caer una misma disposición testamentaria) que encierra dentro de sí. En efecto, si se atiende a la teoría que nos ocupa, ésta justifica la no preterición de los descendientes en hacerles extensiva la nominación contenida en la disposición testamentaria hecha en favor del descendiente intermedio instituido (119); razonamiento para cuya efectividad precisa el que se mantenga la vigencia de la disposición, al menos en la vertiente que encierra de pura nominación testamentaria del descendiente instituido, porque es en la misma donde considera incluida también la nominación de los descendientes. No defender esa vigencia mínima referida, y sí que la disposición que la acoge cae en su totalidad, conduciría a dar entrada a la preterición de los descendientes, pues éstos no podrían, de mantenerse lo dicho, considerarse ni tan siquiera mencionados en el testamento del ascendiente y, por tanto, no preteridos.

3. Sostener, al no considerar existente ni un derecho de representación en la sucesión testada, ni una sustitución vulgar presunta (120), la caída de la institución con la que se pretendía favorecer al descendiente (en el caso que nos ocupa, premuerto) conlleva a dar entrada (artículo 912, 3.º, CC) a la sucesión *ab intestato* a la que podrán con-

(118) PINTO, *op. cit.*, págs. 2683 y sigs.

(119) PINTO, *op. cit.*, págs. 2683 y sigs.

(120) PINTO, *op. cit.*, pág. 2687. Se entiende, además, que tampoco se da, como es lógico, una sustitución vulgar expresa en favor de los descendientes, pues en tal caso nada habría que ventilar respecto a una posible preterición de éstos.



currir, por derecho de representación (arts. 914 y ss. CC), los descendientes del descendiente instituido y premuerto, lo que les permitirá hacerse con su cuota legitimaria total o parcialmente al menos, en cuyo caso podrán solicitar (art. 815 CC) su complemento.

4. Conforme a lo anterior, resulta que pese a no considerar, en virtud de las razones anteriormente expuestas, preteridos los descendientes, curiosamente, sin embargo, los efectos que se desencadenan pueden llegar a ser para el testamento tan contundente como los que hubiera provocado admitir la existencia de preterición en los descendientes, con lo que la finalidad última, evitar sobre el negocio testamentario las consecuencias propias de la preterición, que parece inspirar al artículo 814, 3, del Código Civil, *in fine*, quedaría en buena medida frustrada.

5. Además, parece un tanto artificial tratar de justificar la no preterición de los descendientes en base a considerar existente una referencia, puramente nominativa de los mismos, en la institución del descendiente, cuando la apertura de la sucesión intestada, en el total, si se considera que nada reciben directamente los descendientes que pasan a ser legitimarios (art. 807, 1, CC), o en sólo una parte del *quantum* patrimonial hereditario de aquélla, si se entiende que se les atribuye directamente la legítima, determina por sí misma, al hacer herederos intestados a los descendientes, la imposibilidad de dar acceso a una posible preterición de éstos (121).

c") *El equilibrio argumental de dos opciones.*—Todo lo dicho hasta el momento induce a pensar que el principal debate, respecto al instituto que se debe entender acogido en el vocablo «representan» del artículo 814, 3, del Código Civil, se va a producir entre el derecho de representación en la sucesión testada y la sustitución vulgar *ex lege*. Decisión en favor de uno u otro de los institutos citados que encierra una mayor importancia teórica que práctica en la medida en que representación o sustitución colocarían, como se puede desprender de los artículos 924 y 780 del Código Civil, respectivamente, a los descendientes en posiciones muy semejantes (122).

---

(121) Piénsese que en el supuesto con el que ahora se trabaja (premorienza del descendiente intermedio instituido) no tiene justificación alguna el limitar su participación hereditaria a la legítima estricta (como ocurre en los casos de desheredación justa o indignidad para no favorecer más a los descendientes del desheredado o indigno que al injustamente desheredado), de tal manera que aun cuando se llegue a entender que en el artículo 814, 3, se le atribuye la legítima, eso no le privaría de participar en la parte de la institución del descendiente respecto de la que se abría la sucesión intestada.

(122) En ese sentido, también VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, Perspectiva dinámica, 1.ª ed., Madrid, 1984, págs. 358-359; ROCA SASTRE: *Estudios sobre sucesiones*, tomo I, Madrid, 1981, pág. 412, en donde afir-

Con todo, no se debe olvidar que si bien es cierto que el derecho de representación está acoplado dentro del Código Civil en la sucesión intestada (si se recuerda, el mencionado derecho se regula en la sección III del capítulo III, dedicado a la sucesión intestada), lo que pudiera utilizarse para rechazar su presencia en el artículo 814 del Código Civil, no lo es menos que la sustitución vulgar es propia, como lo demuestran los artículos 774 y siguientes del Código Civil, de la sucesión testamentaria, equilibrio argumental que podía ser roto en favor de la primera figura (derecho de representación en la sucesión testamentaria) si se piensa que ésta cuenta de su lado con el peso de la literalidad (123).

d") *Una proyección institucional de corto, medio y largo alcance: razones para la defensa de esta última.*—Pero llegados al punto anteriormente recogido, al escudriñar un poco lo que detrás del mismo puede ocultarse, aparece un tema que, por la trascendencia práctica que puede llegar a tener, atrae con mayor fuerza que el primero, con el que indudablemente está conectado, el interés de quien lo contempla; nos referimos concretamente a la cuestión de si la representación (o la sustitución, si se prefiere ese término) en favor de los descendientes va a alcanzar a la totalidad de la institución hereditaria dispuesta en favor del descendiente premuerto o, por el contrario, se debe limitar a la legítima. Tema sobre el que la doctrina había mostrado ya, si recordamos (124), de forma indistinta, sus preferencias y del que seguidamente pasamos a ocuparnos.

No se nos oculta que admitir, llamémosle así, un derecho de representación, en favor de los descendientes, sobre la totalidad de la institución (herencia o legado) con la que se pretendía beneficiar al descendiente premuerto puede encontrar dificultades de aplicación dentro del propio Código Civil si se piensa en temas como la mejora, dado el carácter de ventaja personal que las envuelve (art. 823 CC) o en artículos como el 986 del mismo Código, en donde se dispone que la porción vacante de un instituido en testamento pasará, caso de no jugar ni el derecho de acrecer ni la figura de la sustitución, a los herederos legítimos del causante. Observaciones por las que parece mostrarse como más adecuada una representación en favor de los descendientes (125)

---

ma: «Teniendo el derecho de representación un juego idéntico al de la sustitución vulgar, la introducción de aquél en la sucesión testamentaria equivaldría a establecer una sustitución vulgar *ex lege*...».

(123) En efecto, y aun sin olvidar su poca fuerza argumental, el texto del párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil dice «representan» y no sustituyen, con lo que cabe pensar que si el legislador utilizó el primer término y no el segundo es porque quiere referirse a un derecho de representación y no a una sustitución.

(124) Ver notas anteriores 114 y 115 del presente trabajo

(125) Siempre y cuando no exista realmente una sustitución voluntaria en

limitada sólo a los derechos legitimarios; sin embargo, la orientación puede ser completamente distinta si se admiten consideraciones como:

1. La expresión última del artículo 814, 3, del Código Civil «y no se consideran preteridos» permite pensar que el Código en determinados supuestos (cuando el descendiente intermedio no esté preterido) persigue que los descendientes de este intermedio, aun preteridos en el testamento del ascendiente, se entiendan como si no lo estuvieran.

2. La consecuencia inmediata de lo anterior es la de que se quiere evitar en esos casos, aun existiendo preterición, los efectos característicos de esta figura.

3. Conforme a lo anterior, lo más consecuente resulta extender la representación de los descendientes (preteridos) a la totalidad de la institución (herencia o legado) del descendiente intermedio, no sólo porque de acuerdo con el contenido final del párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil cabe pensar que si no se consideran preteridos los primeros es porque se les entiende instituidos en lo mismo en que lo fue al que representan (a lo que no se opone, sino que muy al contrario permite el texto del art. 924 CC), sino además por:

a) Si se admite que la finalidad última, perseguida por el artículo 814, 3, *in fine*, del Código Civil, es la de evitar sobre el testamento los distintos efectos de la preterición parece lógico entender, dado que el menor de estos previstos (126) por el artículo citado es, para evitar

---

favor de los descendientes, lo que podría darse si se designa genéricamente herederos a los hijos y en la misma se pueden entender comprendidos los nietos (hijos de los primeros). Sobre el particular, ver: VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, Perspectiva dinámica, 1.ª ed., Madrid, 1984, páginas 82 y sigs.; Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1981 (ref. Aranzadi 1.786); NOVOA SEOANE: «El derecho de representación según el Código Civil. Antinomias aparentes», *RDP*, tomo I, octubre 1913, diciembre 1914, págs. 143 y sigs., quien llega a afirmar que instituidos los herederos forzosos del primer grado, se entienden instituidos todos los descendientes de los mismos en línea recta. Postura mantenida por el Tribunal Supremo, entre otras, en las Sentencias de 19 de octubre de 1899 (*RGLJ Juris. Civil*, tomo 88), en la que afirmaba: «En materia de sucesiones debe entenderse que en la palabra hijos están comprendidos los nietos, a no ser que se hallen expresamente excluidos»; en semejantes términos, las de 3 de octubre de 1903 (*RGLJ Juris. Civil*, tomo 96) y la de 14 de mayo de 1928 (*RGLJ Juris. Civil*, tomo 183). De otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1952 (*RGLJ Juris. Civil*, tomo XL), en un caso de premoriencia del instituido nominativamente, afirmaba que: «en cuanto al tercio de legítima estricta nadie ha puesto en duda que dado el evento de la premoriencia, los nietos deben recibir la participación que les corresponde como herederos forzosos», si bien rechazaba su extensión a la porción libre (en la que se incluía el tercio de mejora) de la herencia testada.

(126) Aunque realmente el efecto más amortiguado de la preterición se produce en el caso de que la misma afecte al cónyuge viudo (ver, en el presente trabajo, apartado D, subapartado g.c'.a'': «El contraste de una expresa regulación pasada con un silencio presente: una nueva cuestión»), tal consecuencia no cabe

el perjuicio de la legítima, reducir la institución de heredero antes que legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias, que todo lo que sea dar acceso en el artículo 814, 3, del Código Civil a una representación que no evite al menos esos efectos más atemperados de la preterición carecería de sentido.

b) De acuerdo con lo dicho, y negada inicialmente la posibilidad de admitir, sobre el total del patrimonio hereditario contenido en la institución dispuesta en favor del descendiente premuerto, un derecho de representación en la sucesión *ab intestato* (127), cabría distinguir:

— Aceptar, sobre la institución hecha en favor del descendiente intermedio, el mecanismo de la representación testamentaria, pero limitado sólo a la parte de legítima en aquélla contenida (128). En cuyo caso se abriría, para el resto del *quantum* patrimonial contenido en la institución, la sucesión intestada a la que accederían, junto con los demás legitimarios, los descendientes representantes.

Solución de escaso sentido si se piensa que:

- Se ha de convenir que en el supuesto en que ahora nos situamos (premorienza del descendiente intermedio instituido) la institución (herencia o legado) con la que se le pretendía beneficiar queda, por esa circunstancia, sin el titular previsto por el causante.

- Ante tal evento, de aceptarse el planteamiento anteriormente recogido (representación testamentaria sólo en la cuota de legítima), la institución reseñada mantendría su vigencia, gracias al mencionado derecho de representación, en la parte que de la misma correspondía a la legítima del descendiente instituido, que pasaría con ese mismo significado y a través del mecanismo indicado, a los descendientes del premuerto, abriéndose, para el resto del patrimonio hereditario acogido en la institución, la sucesión intestada a la que concurrían, junto con los demás legitimarios que lo fueran, aquellos descendientes del premuerto.

Pues bien, de lo dicho, y aquí empiezan a surgir las incongruencias para la solución ahora propuesta, se desprende sin especial dificultad:

- El derecho de representación testamentaria, en lo referente a la

---

considerarla al referirse este párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil sólo a descendientes y no a cualquier otro legitimario.

(127) Ver del presente trabajo, apartado E, subapartado b.a'.a": «La opción intestada: su rechazo».

(128) No se debe perder de vista que la cuota legitimaria, propiamente dicha, del descendiente instituido puede variar en función de cómo se haya utilizado el tercio de mejora. Es decir, le corresponderá sólo su parte de legítima corta, si el causante dispuso, por ejemplo, de todo el tercio de mejora para mejorar a otro de sus descendientes, o bien, si no se utilizó para mejorar a ninguno, su participación legitimaria será larga, es decir, comprensiva tanto de su cuota correspondiente en el tercio de legítima estricta como en el de mejora no utilizado para mejorar.

legítima, y la sucesión intestada, en lo que concierne, si es el caso, al resto del caudal hereditario recogido en la institución, evitan en cualquier caso la posibilidad de considerar a los descendientes del descendiente premuerto, preteridos.

• Sin negar la certeza de lo anterior, idénticos efectos a los señalados se alcanzarían, tanto para los descendientes del descendiente premuerto como para el resto de legitimarios, si en lugar de admitir, con el alcance señalado, el derecho de representación en la sucesión testamentaria, se hubiera dado cabida únicamente a ese mismo derecho en la sucesión intestada. En efecto, en este último supuesto, los descendientes del descendiente premuerto recibirán, si bien ahora sólo por sucesión *ab intestato*, lo que les correspondiera como legítima más lo que tuvieran derechos, junto con los demás legitimarios, a percibir del resto del patrimonio hereditario respecto del que se había abierto la sucesión intestada; en definitiva, lo mismo que de haber jugado en favor de ellos y sobre la parte de legítima (excluida, por tanto, la mejora como tal, pero necesariamente el tercio de ese mismo nombre) del descendiente premuerto, el derecho de representación testamentaria. En otras palabras, los descendientes del premuerto, caso de jugar, con el alcance indicado, el derecho de representación testamentaria sobre la institución del descendiente, verían cubierta la cuota de legítima, a la que tuvieran derecho, a través del funcionamiento del reseñado derecho y el resto del patrimonio hereditario contenido en la institución del descendiente lo recibirían, con participación ahora de todos los legitimarios existentes, por la vía de la sucesión intestada. Reparto del patrimonio hereditario, contenido en la institución del descendiente, al que igualmente se llegaría, si bien por el camino sólo del *ab intestato*, si en lugar de mantener, a través de un derecho de representación testamentaria de alcance limitado, la vigencia de la institución del descendiente en lo que correspondiera estrictamente a la legítima de éste se la hiciera caer en su totalidad; en cuyo caso los descendientes seguirían recibiendo, al ser un mínimo garantizado por la ley, lo que por legítima correspondía al premuerto y además, encontrándose la legítima de los descendientes plenamente satisfecha, en concurso con el resto de legitimarios, lo que del contenido patrimonial de la institución caída quedara después de haberse cubierto aquella tasada cuota legitimaria.

Consideraciones todas que llevan a plantearse:

— Qué significado propio le queda entonces al párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil si, de un lado, la apertura de la sucesión intestada respecto de la totalidad de la institución hecha en favor del descendiente premuerto impediría por sí misma (arts. 924 y ss. CC) al

acceder a ella, por derecho de representación los descendientes de éste, la posible preterición de éstos, sin necesidad, por tanto, de acudir a derecho de representación testamentaria de clase alguna; máxime si, como de otro lado ocurre, la presencia de este último derecho citado en nada corrige la participación sucesoria, ni de los descendientes del premuerto ni del resto de legitimarios, en la herencia del causante. En resumidas cuentas, la pregunta sería: ¿Para qué se ha introducido el párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil, si, de acuerdo con el alcance que ahora damos al término «representan», las consecuencias que se producirían de omitirlo serían las mismas que de mantenerlo.

Ante lo dicho cabe pensar que la representación testamentaria sobre la institución del descendiente premuerto se diera no sólo respecto de su cuota de legítima, que era la que correspondía a su vez a los descendientes del premuerto, sino, además, respecto de la mejora, embebida en la institución, con la que el ascendiente causante hubiera beneficiado al premuerto. Pero en tal caso, ¿qué justificación cabe para no extender la representación testamentaria, en favor de los descendientes, a la totalidad de la institución con la que se pretendía beneficiar al descendiente intermedio? En definitiva, no existe razón alguna que, extendida la representación testamentaria a la cuota de legítima y mejora contenidas en la institución, no permita hacerlo también a los que en ésta se comprenda del tercio de libre disposición, es decir, a la totalidad de la institución.

En resumen, si se admite, como de otro lado parece razonable, que la frase del artículo 814, 3, del Código Civil «y no se consideran preteridos» persigue como objetivo fundamental librar al negocio testamentario de las consecuencias que sobre el mismo desencadena la preterición, que no son otras que las de derribar parcial o totalmente las disposiciones patrimoniales en él contenidas para, en la misma medida, dar vía libre a la sucesión intestada, todo lo que, al interpretar el contenido del tan citado párrafo 3, no conduzca a alcanzar unos efectos distintos de los que provocaría el instituto de la preterición, dejaría a aquél (el inciso final del art. 814, 3, CC) diezmando para conseguir su peculiar finalidad y con ello condenaría al mencionado párrafo a ser una mera repetición, por demás innecesaria, del desenvolvimiento de institutos y efectos que, sin la presencia del mismo, igualmente se produciría.

Consideraciones todas que llevan a aceptar la representación testamentaria, en favor de los descendientes y sobre la totalidad de la institución del descendiente premuerto, como una posibilidad que ofrece, desde

el punto de vista señalado, una coherencia propia con el texto del artículo 814, 3, del Código Civil (129).

b') *Desheredación e indignidad: su relación con el artículo 814, 3, del Código Civil*

Expuestas algunas de las razones que permiten, en caso de premoriencia, del descendiente intermedio instituido por el causante, defender la presencia en el párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil, del derecho de representación testamentaria en favor de sus descendientes que no lo fueron, queda por estudiar, de acuerdo con el plan previsto, si los supuestos de desheredación justa o indignidad del mencionado descendiente cabe considerarlos incluidos dentro de las previsiones del tan citado párrafo 3 y, en consecuencia, si en uno y otro caso puede igualmente actuar, respecto de los descendientes del desheredado o indigno no instituidos, el derecho de representación testamentaria.

a") *Inclusión literal y exclusión real.*—Conforme a lo dicho, el supuesto a contemplar sería: Desheredación justa del descendiente intermedio sin instituir a los descendientes del mismo.

Situación que abre la siguiente interrogante: ¿Se encuentra dicho supuesto dentro del ámbito de aplicación del artículo 814, 3, del Código Civil?

Para dar respuesta a la cuestión suscitada cabe tener presentes consideraciones como estas:

— La desheredación justa del descendiente intermedio supone que el mismo quede privado de sus derechos legitimarios, es decir, se trata, por tanto, no de un acto de disposición patrimonial, sino de privación de derechos (así se puede desprender del art. 857 CC).

— De acuerdo con lo anterior, carecería de sentido defender un derecho de representación testamentaria en favor de los descendientes

---

(129) Con un argumento sin demasiada consistencia jurídica (recuérdese, por ejemplo, el contenido del art. 108 del Código Civil adaptado a la vigente Constitución), VALLET DE GoytISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones*, I, Fundamentos, Madrid, 1982, págs. 470 y sigs., tras afirmar, refiriéndose al artículo 814, 3, del Código Civil, que en el mismo «representan» equivale a sustituyen vulgarmente, se muestra reticente a admitir limpiamente el instituto de la sustitución vulgar por cuanto ello sería ir demasiado lejos en casos en los que el hijo premuerto del causante hubiera sido mejorado y sólo dejara hijos no matrimoniales, desconocidos o rechazados por el abuelo testador; *idem*, «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 11, Madrid, 1983, págs. 105 y sigs., en las que mantiene la misma explicación anterior; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), 2.ª ed., comentados por VALLET DE GoytISOLO, 1982, págs. 195 y sigs., en donde vuelve a recogerse la misma idea expuesta.

del desheredado, por cuanto dicha institución llevaría a la situación nada deseable de que los representantes ocuparían en el testamento el lugar del representado, es decir, desempeñarían el único papel que a éste se le dio en el testamento, el de desheredados. Solución que chocaría abiertamente con el artículo 857 del Código Civil, en el que se afirma que: «Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima».

De tal manera que si desheredado justamente el descendiente intermedio se niega, por las obvias razones señaladas, la posibilidad de que juegue, en favor de los descendientes del mismo que no fueron instituidos, un derecho de representación testamentaria, sólo cabe entender, negada la presencia de una sucesión forzosa en sentido técnico en nuestro Código Civil, que aquéllos, al no recibir nada ni ser mencionados en forma alguna, han resultado, si el ascendiente dispuso de todo su patrimonio, preteridos. Otra cosa será que pese a ello la preterición no despliegue los efectos que le sean en cada caso propios, sino que las consecuencias de la misma, corregidas por la incidencia del artículo 857 del Código Civil, queden reducidas, como mantiene buena parte de la doctrina (130), a satisfacer, por vía intestada lógicamente, lo que les corresponda en atención escueta a sus derechos legítimos.

b") *La doble posibilidad del instituto de la indignidad.*—El supuesto ahora sería: Indignidad del descendiente intermedio sin instituir a los descendientes del mismo.

En este caso la pregunta vuelve a repetirse: ¿Se encuentra el mismo dentro del ámbito de aplicación del artículo 814, 3. del Código Civil?

Para dar respuesta a la misma cabe distinguir:

- a) Que el indigno no fuera instituido por el causante.
- b) Que el indigno sí fuera instituido por el causante.

En el primer caso se ha de tener presente:

---

(130) La idea de limitar los derechos de los descendientes del desheredado a los que estrictamente les corresponda como legítimos es defendida por: BOLAS, *op. cit.*, págs. 207 y sigs.; COBACHO, *op. cit.*, pág. 418; GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, págs. 159 y sigs.; PINTO, *op. cit.*, págs. 2682 y sigs., en las que si bien considera incluida dentro del artículo 814, 3. del Código Civil la hipótesis de la desheredación del descendiente intermedio, limita, en virtud del artículo 857 del Código Civil, la representación, en favor de los descendientes del desheredado, a la legítima; REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 355 y sigs., se expresa en parecidos términos a los del autor precedente; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV. Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Madrid, 1982, páginas 599 y sigs.; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), 2.ª ed., comentados por VALLET DE GYTTISOLO, Madrid, 1982, págs. 176 y sigs.; NÚÑEZ BOLUDA: «El orden de suceder *ab intestato* y personas con derecho a la legítima después de la reforma del Código Civil de 1981», *RDP*, septiembre 1986, págs. 746 y sigs.



— Si el causante no hizo en su testamento disposición alguna en favor del indigno, carece de sentido, en tal caso, admitir un derecho de representación testamentaria en beneficio de los descendientes de aquél, sencillamente porque no existe en el negocio testamentario disposición de ningún tipo en la que éstos puedan actuar como representantes del primero.

— Si junto a lo dicho resulta que el causante ha dispuesto de todo su as hereditario (no queda, por tanto, resquicio a la sucesión intestada) sin instituir o mencionar al indigno o sus descendientes y se admite (131) que el primero, por causa de indignidad, pierde sus derechos legitimarios que pasan a sus descendientes, parece inevitable señalar que estos últimos pueden considerarse preteridos. Ahora bien, al igual que en el caso de desheredación justa, eso no quiere decir que, como entonces se pensaba, la preterición acontecida no llegue, por el juego restrictivo que le impone el artículo 761 del Código Civil, a producir los efectos que le son característicos, sino que se limite a abrir la sucesión *ab intestato* en la medida necesaria para cubrir las legítimas de los descendientes del indigno (132).

Ante el segundo supuesto, indignidad de un instituido, cabía tener presente:

— Que la causa de indignidad, que afectaba al legitimario instituido, no dejara de surtir efecto porque el testador la conociera al tiempo de hacer testamento, o conocida después la remitiera en documento público (art. 757 CC).

— De ser así, resulta que el indigno no sólo no se puede considerar

---

(131) Así se puede desprender del artículo 761 del Código Civil. En el mismo sentido, entre otros: ALBALADEJO: *Curso de Derecho civil*, vol. V, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Barcelona, 1987, págs. 82 y sigs.; LACRUZ-SANCHO: *Elementos de Derecho civil*, tomo V, Derecho de sucesiones (conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981), Barcelona, 1981, pág. 78; Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Madrid, 1982, págs. 426-427; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, 8.ª ed., Madrid, 1979, pág. 50, si bien lo hace sin demasiada rotundidad.

(132) Defiende, entre otros, la postura de beneficiar, en base al artículo 761 del Código Civil, a los descendientes del indigno únicamente con lo que les corresponde como legitimarios: VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, Perspectiva dinámica, Madrid, 1984, págs. 351 y sigs.; BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, pág. 207; GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, págs. 159 y sigs.; PINTO, *op. cit.*, páginas 2682 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones*, I, Fundamentos, Madrid, 1982, págs. 468-469; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, páginas 599 y sigs.; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), 2.ª ed., comentados por VALLET DE GOYTISOLO, Madrid, 1982, págs. 176 y sigs. Por su lado, REY PORTOLÉS, *op. cit.*, págs. 320 y sigs., mantiene que si el descendiente indigno no fue instituido, ni tampoco su progenie, al no jugar la sustitución tácita *ex lege* del artículo 814, 3, del Código Civil, ésa podría resultar preterida voluntaria o involuntariamente.

preterido a causa de la indignidad que le aqueja, sino además por haber sido instituido, lo que supone el cumplimiento de la exigencia del artículo 814, 3, del Código Civil de que el descendiente intermedio no se encuentre preterido.

Lo anterior permite pensar en dos posibilidades:

1.<sup>a</sup> Que se niegue la aplicación del derecho de representación testamentaria del artículo 814, 3, del Código Civil, lo que provocaría, abierta la sucesión, la caída de la institución testamenaria hecha en favor del descendiente indigno, con la consiguiente entrada en juego, respecto del contenido de la institución, del *ab intestato*, al que concurrirían por derecho de representación intestada, lo que excluye su preterición, los descendientes de aquél no instituidos que adquirirían así, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 761 del Código Civil, sus derechos legítimos.

2.<sup>a</sup> Que se admitiera, como resulta al menos teóricamente posible al encontrarse no sólo el descendiente intermedio sin preterir, sino además, recogerse en el testamento una institución en su favor, la vigencia, para los descendientes del mismo, del derecho de representación testamentaria del artículo 814, 3, del Código Civil sobre la mencionada institución. Supuesto en el que dar acceso al artículo 761 del Código Civil, entendido como un precepto limitador del alcance para los descendientes de la representación a la cuota legitimaria contenida en la institución, no tendría mucho sentido si se piensa que en la misma situación colocaba a los descendientes un derecho de representación en la sucesión intestada.

Ahora bien, al aceptar como posibilidad, defendible al menos desde un punto de vista estrictamente legislativo, la comprensión del planteamiento anterior dentro del ámbito de influencia del artículo 814, 3, del Código Civil, no se nos oculta que el mismo carece de un verdadero respaldo por parte del legislador, como lo demuestra la Proposición de Ley presentada en el Congreso para reformar, entre otros muchos, el contenido del párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil (133).

---

(133) La citada proposición de Ley aparecida en el *BOCG* (Congreso de los Diputados), de 20 de septiembre de 1985, núm. 110-I, y presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, fija el siguiente texto para el párrafo 3 del artículo 814: «Los descendientes de otro descendiente premuerto al testador y que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos». En definitiva, deja claro, lo cual quiere decir que antes no lo estaba y que, por tanto, era defendible, al menos, el último planteamiento hecho, que el mismo se circunscribe a los supuestos de premoriencia y excluye, por tanto, a los de desheredación e indignidad.

La misma proposición de Ley se encuentra recogida también en: *Actualidad Civil*, núm. 2, semana del 9 al 16 de noviembre de 1985, págs. 71 y sigs.

c') *Descendiente omitido y descendientes preteridos*

De otro lado, la doctrina (134) se ha planteado el considerar, por aplicación del artículo 814, 3, del Código Civil, no preteridos a los descendientes (no beneficiados en forma alguna) de un descendiente intermedio que por fallecer antes de otorgar testamento el causante ascendiente éste no lo instituyó; o, por el contrario, entender a aquellos preteridos al no apreciarse el supuesto citado dentro del ámbito de aplicación de tal citado párrafo 3.

Solución última que parece la más coherente si se mantiene, como es nuestro caso, que la figura presente en el artículo 814, 3, del Código Civil es un derecho de representación testamentaria. En otras palabras, si no hay en el testamento institución alguna dispuesta en favor del descendiente premuerto al momento de otorgarse testamento (y precisamente por ello) difícilmente podrá jugar en favor de los descendientes del mismo un derecho de representación sobre parte alguna del testamento; de tal manera que admitido lo anterior y negada, por haber dispuesto el causante de todo su as hereditario, la vía de la sucesión intestada cobra sentido pensar que aquellos descendientes no beneficiados han resultado preteridos.

d') *El estrecho ámbito personal*

Finalmente cabe señalar, en lo concerniente a la proyección personal del derecho de representación acogido en el párrafo 3 del artículo 814 del Código Civil, que el mismo sólo se dará en la línea recta descendente («descendientes de otro descendiente», dice el art. 814, 3, del Código Civil), con lo que su campo de acción en cuanto a los sujetos es más reducido que el previsto por el artículo 925 del Código Civil, en donde si bien el primer párrafo se refiere sólo a la línea recta descendente, con exclusión de la ascendente, en el segundo acoge la línea colateral, si bien limitada a los hijos de hermanos de doble vínculo o de sencillo.

---

(134) Concretamente, por ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), 2.ª ed., comentados por VALLET DE GOYTISOLO, Madrid, 1982, págs. 176 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 11, Madrid, 1983, págs. 108 y sigs., en donde, al igual que en la obra anterior, se plantea, para tal caso y para el de en las mismas circunstancias (muerte del descendiente intermedio anterior al momento de otorgar testamento), institución de algunos hijos, pero no de otros de ese descendiente, uno doble opción que se traduce en no considerarlos incluidos dentro del artículo 814, 3, del Código Civil y, por tanto, preteridos o, por el contrario, entender que el citado artículo y párrafo les son de aplicación y excluir así su preterición.

## F) UN TEXTO PRACTICAMENTE INMUNE A LAS REFORMAS

El penúltimo párrafo del artículo 814 del Código Civil en estudio dispone textualmente: «Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos». Apartado del referido artículo que no sólo viene a ser, salvo en la mudanza del término «institución» por el de «testamento», prácticamente (135) una transcripción literal del apartado último del artículo 814 del Código Civil en su versión decimonónica y en la posterior de 1958, en las que se decía: «si los herederos forzosos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto», sino además una confirmación de principios generales vigentes en el citado Código. La primera referencia indicada, cambio del término «institución» por el de «testamento» persigue dotar de una mayor coherencia la dicción del párrafo que nos ocupa, con las distintas consecuencias que el nuevo artículo 814 del Código Civil establece para la preterición en él regulada: la segunda se limita a llevar a cabo una confirmación particular, respecto de la preterición concretamente, de reglas acogidas ya en otros preceptos. Afirmación última que se constata si, de un lado, se tiene en cuenta el artículo 32 del Código Civil, en el que se establece: «La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas», y, de otro, artículos como el 807 del mismo cuerpo legal, en el que se da a entender, sobre todo en su número 2.º: «A falta de los anteriores...», que el heredero forzoso deja de tener esa condición desde que se produce su falta de existencia. En resumidas cuentas, si, como fácilmente se puede desprender del artículo 814 del Código Civil, la preterición que en el citado precepto acoge el Código Civil, constituye una institución articulada en torno a la figura del legítimo, difícilmente se puede pensar en que la misma despliegue sus efectos si llegado el momento de la apertura de la sucesión (que normalmente coincidirá con el del fallecimiento del causante) (135 bis), resulta que aquél, al haber fallecido, carece de personalidad civil alguna y por lo mismo de la cualidad de legítimo; en tal caso sólo idealmente se puede hablar de la preterición de mismo, pero no realmente.

---

(135) Prácticamente, porque el inciso final del artículo 814, 4, del Código Civil vigente dice: «surtirá todos sus efectos», mientras que las anteriores redacciones decían: «surtirá efecto».

(135 bis) Decimos normalmente porque algún autor: DÍEZ-PICAZO: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 412 y sigs., afirma que pese a ser el hecho de la muerte de la persona el que origina la apertura de la sucesión, no obstante, el Derecho positivo admite también la apertura de la sucesión como consecuencia de la declaración oficial de fallecimiento de una persona.

puesto que falta el único sujeto del que se puede predicar la preterición, el legitimario. En síntesis, al no haber legitimario, carece de sentido hablar de la preterición del mismo. Así, en el supuesto recogido en el artículo 814, 4, del Código Civil, al morir el heredero forzoso antes que el causante, no cabe otra solución que la prevista, pues lógicamente el testamento no puede verse alterado en forma alguna por causa de preterición, sencillamente porque ésta no se ha llegado a producir, aun cuando fuera en un momento potencialmente posible. Todo lo cual induce a conjeturar si no hubiera sido más acertado que el artículo 814, 4, del Código Civil en lugar de decir «... herederos forzosos preteridos...» hubiera dicho «herederos forzosos omitidos», por cuanto realmente su preterición no llegó, aun cuando fue virtualmente posible, a producirse.

Ahora bien, como es fácil deducir, para que el testamento despliegue sus efectos con plena normalidad se requiere que todos los herederos forzosos previstos en el artículo 807 del Código Civil y que resulten omitidos en el testamento fallezcan antes que el causante de la sucesión, es decir, antes que ésta se abra (136), de no ser así no sería de aplicación lo dispuesto en este párrafo 4 del artículo 814 del Código Civil, al incurrirse en preterición respecto del (o de los) legitimario que no premurió al causante.

## G) EL RECONOMIENTO LEGAL DE UNA VOLUNTAD SOBERANA: SUS POSIBILIDADES REALES

El último trazado del recorrido previsto a lo largo de todo el texto del artículo 814 del Código Civil se concreta en la siguiente proposición: «A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador». Respecto de la misma, gran parte de la doctrina patria (137) mantiene que su contenido no hace sino reconocer al tes-

(136) Momento en el cual, como se puede desprender de artículos como los 817, 818 y 820 del Código Civil, entre otros, comienza a tener realmente eficacia la condición de legitimario.

(137) COBACHO, *op. cit.*, págs. 415 y sigs.; DOMÍNGUEZ RODRIGO, *op. cit.*, páginas 678 y sigs.; PINTO, *op. cit.*, págs. 2679 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho de sucesiones. I. Fundamentos*, Madrid, 1982, págs. 470 y sigs., en donde se afirma que el párrafo 5.º del artículo 814 del Código Civil implica un efecto semejante al logrado en el Derecho común con las cláusulas codicilar y *omni meliorem modo*; ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI (arts. 806 a 857), 2.ª ed., comentados por VALLET DE GOYTISOLO, Madrid, 1982, págs. 195 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 11, Madrid, 1983, págs. 109 y sigs.; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, 2.ª ed., Madrid, 1982, pág. 601.

tador amplísimas facultades para, si así lo desea, alterar, a través de las disposiciones testamentarias, los efectos previstos, en apartados precedentes de ese mismo artículo, para la preterición de herederos forzosos; si bien aquellas facultades no le posibilitan negar la existencia de preterición cuando realmente ésta exista. En efecto, y sólo por señalar algunas de las manifestaciones realizadas por los autores sobre el particular, nos encontramos con declaraciones como estas:

—«El testador no puede establecer que existiendo preterición se considere que ello no tiene lugar. Puede, sin embargo, regular los efectos de toda preterición...» (138).

— «... el testador pueda siempre (y por ello aún en los casos de preterición no intencional) reducir —salvo la intangibilidad de la legítima— los efectos destructivos de la preterición (139).

— «... si bien, el testador no puede imponer que habiéndola, no haya preterición, en cambio, sí puede regular los efectos de toda preterición, salvo en cuanto afecte a la legítima estricta de los preteridos, e incluso mitigar las consecuencias de la no intencional» (140).

Pese a lo dicho, no todos los autores admiten, a salvo las legítimas, una absoluta libertad del testador en orden a regular, de manera distinta a la establecida en el artículo 814 del Código Civil, las consecuencias previstas en el mismo respecto de la preterición. Prueba de ello resulta, cuando algún autor (141) sostiene que el causante no goza de tan amplias facultades en ese terreno como para poder excluir, aun sin perjudicar la legítima, a determinados bienes de la masa hereditaria, de los efectos de cualquier clase de preterición, o bien cuando algún otro (142) considera bastante dudosa la posibilidad de que los efectos de la preterición no intencional puedan ser determinados por el testador, sobre todo si se piensa que si ese tipo de preterición implica un error o una imprevisión difícilmente se puede admitir que, existiendo ésta, el causante a la vez disponga cuáles deben ser sus consecuencias.

En resumidas cuentas, pues, con las salvedades antes apuntadas, parece que el texto del artículo 814, 5, del Código Civil concede al testador amplísimos márgenes para regular de forma distinta a como lo hace el mencionado artículo, los efectos de toda clase de preterición. Sin embargo, ese holgado margen de maniobrabilidad que, sobre los efectos

(138) COBACHO, *op. cit.*, pág. 415.

(139) PINTO, *op. cit.*, pág. 2680.

(140) VALLET DE GOYTISOLO: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, número 11, Madrid, 1983, págs. 109-110.

(141) DOMÍNGUEZ RODRIGO, *op. cit.*, págs. 651 y sigs.

(142) AMORÓS y otros, *op. cit.*, vol. II, Madrid, 1984, págs. 1280 y sigs.

previstos en el artículo 814 del Código Civil, se le concede a la voluntad del causante no lo es tanto si se piensa:

1. Las disposiciones de causante regulando los efectos de la preterición respecto de los preteridos no pueden ser tan imprecisas que no se llegue a saber exactamente en favor de quién son dispuestos; en tal caso, se podría determinar, a raíz de lo dispuesto en el artículo 750 del Código Civil, la nulidad de la citada disposición.

2. Si lo anterior es cierto, no lo es menos que las referidas disposiciones (hechas por el testador para regular en su caso los efectos de posibles —preterición no intencional— o conocidas —preterición intencional— pretericiones), tampoco pueden ser tan concretas que lleguen a suponer, en favor de los «preteridos», una institución, un legado o incluso una desheredación injusta.

En definitiva, pese a que el artículo 814, 5, del Código Civil no establece, salvo el del respeto a las legítimas (143), ninguna traba para que la voluntad del causante prevea, con plena libertad, los efectos que el mismo quiere para caso de incurrir en preterición, esa disponibilidad no se mueve, por las razones antes apuntadas, dentro de márgenes tan amplios como en un principio pudiera parecer, sino muy al contrario debe hacerlo entre el angosto pasillo (quizá más aparente que real) que queda entre el campo de la disposición afectada por la incertidumbre y el de la disposición carente de toda duda. En otras palabras, si el testador prevé, para el caso de preterición, unos efectos, sin concretar para quiénes están previstos, corre el riesgo de que la disposición que los contenga resulte, en virtud de lo dispuesto en el artículo 750 del Código Civil, nula y si, por el contrario, salvando las legítimas, determina perfectamente los sujetos para los que están dispuestos, puede, por el contrario, dar lugar, por entenderseles instituidos herederos, legatarios o desheredados, a que los mismos no se puedan considerar preteridos; supuestos ambos en los que, o por nulidad de la disposición en la que se regulaban los efectos de la preterición, o porque realmente no se incurre en ella, el causante no habrá conseguido, en última instancia, modificar el régimen de efectos previsto en el artículo 814 del Código Civil para la preterición en él contemplada.

RAFAEL LINARES NOCI

Profesor de la Facultad de Derecho de la  
Universidad de Córdoba

---

(143) Entiéndase tanto la corta como la larga, pues ambas deben quedar, lógicamente, cada una con las peculiaridades con que el Código las ha diseñado, a salvo de lo ordenado por el testador. Es decir, éste no puede contravenir las normas que con carácter imperativo regulan una y otra (ver arts. 806 y sigs. y 823 y sigs. del Código Civil).





# Protección legal de la vivienda familiar

**SUMARIO:** CONSIDERACIONES GENERALES.—ELEMENTOS BASICOS PARA LA PROTECCION: VIVIENDA DE LA FAMILIA.—LA HABITUALIDAD EN SU UTILIZACION.—A QUE DERECHOS SE REFIEREN LAS LIMITACIONES LEGALES.—AMBITO TERRITORIAL DE ESTA NORMACION ESPECIAL: A) TERRITORIALIDAD DE LAS NORMAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD. B) TERRITORIALIDAD DE LAS NORMAS EN LAS SOCIEDADES DE GANANCIALES. C) TERRITORIALIDAD DE LAS NORMAS APLICABLES A TODOS LOS REGÍMENES MATRIMONIALES.—CONTENIDO DE LOS DERECHOS PROTECTORES: EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIALES TRANSITORIAS.—CONTENIDO EN LAS SITUACIONES DE SEPARACION JUDICIAL Y DIVORCIO: A) CUESTIÓN PREVIA. B) DERECHO QUE PUEDE CONVENIRSE. C) REGISTRACIÓN E IMPUESTO.—CONTENIDO DEL DERECHO EN LOS CASOS DE NULIDAD.—CONTENIDO DE LOS DERECHOS PROTECTORES DURANTE LA VIGENCIA DEL MATRIMONIO: A) NORMA APLICABLE SÓLO EN LAS SOCIEDADES DE GANANCIALES. B) NORMA APLICABLE A TODOS LOS REGÍMENES MATRIMONIALES.—CONTENIDO DE LOS DERECHOS PROTECTORES AL DISOLVERSE UNA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

## CONSIDERACIONES GENERALES

Los ordenamientos jurídicos vienen dando cada vez más importancia al domicilio conyugal, por entender que él constituye el aspecto real del principio de conservación de la familia como un ente social.

Esa idea plasmó definitivamente en la Ley de 13 de mayo de 1981, reformadora de un gran conjunto de preceptos de nuestro Código Civil. Lo cual se llevó a efecto mediante tres grupos de normas referentes: unas, a la permanencia de una vivienda como domicilio conyugal en situaciones excepcionales de la familia; otras, dedicadas a evitar que la vivienda habitual de la familia pueda ser despojada de ese hecho, en perjuicio de la misma, por actuaciones sólo queridas por uno de los cónyuges; y otras, dedicadas a conceder un derecho de adquisición preferente, en cuanto al piso que constituya la vivienda habitual de la

familia, al cónyuge sobreviviente, continuador único de la unidad familiar nuclear, cuando este piso forme parte de la masa ganancial partible entre ese cónyuge y los herederos del premuerto.

Salvo algunos atisbos de esa protección a que aludiremos más adelante, los antecedentes básicos de este principio los encontramos en las legislaciones extranjeras, pues no puede tenerse como una muestra de esa protección el pacto de «casamiento en casa» del Derecho aragonés, cuyos postulados miran más al aspecto económico del patrimonio familiar que al ético y de convivencia de ella en sí misma.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (*Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, pág. 299) estiman que esa reforma de nuestro Código en este aspecto se basa en normaciones del Derecho anglosajón (*Matrimonial Homes Act.*, de 1967).

Sin embargo, el precedente legislativo más remoto de entre los vigentes y de más directo entronque con nuestra nueva formulación legal en la materia, lo encontramos en las legislaciones danesas y noruegas. En Dinamarca se determinó, por el artículo 18 de su Ley de 18 de marzo de 1925, que cuando se trate de inmuebles que «sirvan de domicilio de la familia o en el que ambos cónyuges o el otro cónyuge ejerce una profesión» se exigirá, para su enajenación por el cónyuge que tenga ese derecho, el consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, la autorización judicial.

En Noruega rige en esta materia la Ley de 20 de mayo de 1927, que en su artículo 14 dispone que el cónyuge que pretenda enajenar o hipotecar el inmueble que sirva de casa familiar o sea necesario para el ejercicio de la profesión de ellos, requerirá el consentimiento del otro cónyuge.

A ello se añade, por el artículo 16 de la misma Ley, que el acto dispositivo otorgado con infracción de esa norma será un acto anulable, lo cual podrá pedirse por el cónyuge no enajenante dentro de los tres meses contados desde que haya tenido conocimiento del acto y, en todo caso, dentro del año siguiente a su publicidad, la cual puede realizarse a través de la inscripción registral, si se tratara de inmuebles, o por la tradición si fueran muebles.

En Holanda, y según los artículos 87 y 88 de su Código Civil, para que el cónyuge aportante o adquirente del inmueble que sirva de habitación a ambos cónyuges pueda disponer de él, se precisa la autorización del otro cónyuge.

Argentina, en el artículo 1.277 de su Código Civil (redactado por Ley 17.711, de 22 de abril de 1968), contiene la misma prohibición, pero permitiendo, como en Dinamarca, que la falta de consentimiento del cónyuge pueda ser suplida por una autorización judicial.

En el mismo sentido se muestran las legislaciones de varios estados de los Estados Unidos de América, como los de Texas, California, Colorado, ambos Dakota, Minesota, Montana, Nebraska, Nueva Hampshire, Vermont y Wyoming.

Y todo ello sin entrar a analizar la legislación de los numerosos países en los que la prohibición se refiere sólo al ajuar doméstico, como ocurre en Alemania (art. 1.369 del BGB).

En nuestra Patria, ambas protecciones han sido recogidas en el Código Civil, después de la reforma de 1981, en su artículo 1.406, en el, al tratar de las adjudicaciones en pago de los derechos del cónyuge en la sociedad de gananciales, concede una preferencia de adjudicación del local donde éste ejerza su profesión, cualquiera que sea la causa originadora de la liquidación de esa sociedad de gananciales, y otra sobre la vivienda habitual de la familia, si la liquidación se debiere a la muerte de uno de los cónyuges.

No obstante, nuestro Código no se ha limitado a esa protección. Ha determinado prohibiciones de enajenar la vivienda habitual de la familia en ciertos supuestos (art. 1.320 CC); ha previsto una inversión de cierta presunción, como es la de ser bien propio el adquirido a plazos antes del matrimonio y pagado después (arts. 1.354 y 1.377 CC). Llegando incluso a establecer —ampliando lo concedido por el mismo Código antes de la reforma de 1981— un legado legal de los bienes constitutivos del ajuar doméstico (art. 1.231 CC), que nosotros no estudiaríamos por limitarnos a la vivienda habitual de la familia.

Y esa protección a la vivienda la continúa aún en los casos en que el vínculo matrimonial haya desaparecido o esté en suspenso, como ocurre con la serie de normas que dedica a la materia al desarrollar la separación judicial, el divorcio o la nulidad del matrimonio (arts. 90, 1.º, B); 96 y 103, 2.ª, CC).

En resumen, y según los casos, la prohibición o limitación consistirá: En un derecho de preferente adjudicación al abonarse el haber de uno de los cónyuges en la sociedad de gananciales. En una prohibición de realizar actos que atenten a la facultad de usar. En alterar la titularidad de un bien adquirido por compra a plazos. Y en la concesión de un derecho real de disfrute, de carácter personalísimo, en las separaciones, divorcios y nulidades.

#### ELEMENTOS BASICOS PARA LA PROTECCION: VIVIENDA DE LA FAMILIA

Que la protección legal, en sus varias modalidades, se refiere a la vivienda habitual de la familia, es algo evidente que no requiere demos-

tración. Esa expresión se utiliza literal o conceptualmente por todos los preceptos en la materia. Lo cual requiere precisar previamente qué es lo que debe entenderse por vivienda.

El término vivienda es sinónimo de morada o de habitación. Esta se define como el edificio o parte de él que se destina para ser habitado. Y añadiéndole a ese concepto la connotación de familiar, tendríamos que decir que vivienda familiar es el edificio o parte de él que se destina a ser habitado por una familia.

Para esa definición nos resulta relevante precisar qué debe entenderse por familia. Término que no se encuentra definido por el legislador, quizá por dar por supuesto su concepto, pero que es usado en numerosas normas jurídicas de nuestro ordenamiento.

Fijándonos en la primera de nuestras normas legales, la Constitución, veremos que en ella se dice sólo respecto a la familia en el párrafo 1.º de su artículo 39: «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia».

Esta orfandad legal en cuanto al concepto, obliga a acudir a la doctrina, en la que hoy predominan las definiciones de tipo restringido.

PÉREZ MARÍN (*Apéndice Diccionario Derecho Privado*, pág. 470) la define diciendo que es la compuesta por personas que conviviendo en la misma casa o vivienda están sometidas a la misma dirección o autoridad familiar, a la vez que están unidas por vínculos matrimoniales (los padres) o por los de consanguinidad muy próxima (ascendientes que sobrevivan, descendientes). Y habiendo quedado algo anticuada esa denominación en virtud de las últimas reformas en el Código Civil, habrá de añadirsele que esa consanguinidad comprenderá tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial y la adoptiva (art. 108 CC).

LEHMANN, en definición de gran sencillez y concisión (*Tratado de Derecho Civil*, vol. IV, pág. 11), lo hace diciendo: «Familia, en sentido jurídico, es el conjunto de personas vinculadas por el matrimonio o el parentesco (descendencia)».

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (*Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, pág. 10) recogen varias otras, diciendo que NIMKOFF define la familia como «una comunidad más o menos duradera de esposo y esposa, con o sin hijos, o de hombre y mujer solos o con hijos», y que para BURGESS y LOCKE es la constituida por «una multiplicidad de personas vinculadas por matrimonio, vínculos de sangre o adopción, que constituyen conjuntamente un solo núcleo de convivencia».

Dichos autores siguen manifestando que la familia nuclear constituye una comunidad total de vida entre padres e hijos: un ámbito vital, cerrado y autónomo frente al Estado y a la sociedad. «Es —dice LECHER— más que una coordinación de individuos autónomos: sobre el

bien individual y los intereses personales de sus miembros hay un bien y un deber familiar común que requiere la devoción y la capacidad de sacrificio de todos».

Ese nexo citado, sin denominarlo, por LECHELER, pudiera inducir a considerar como tal las hoy denominadas eufemísticamente como «uniones sentimentales», dado que, sin atreverse a recoger esa situación de una forma clara en el articulado del Código sobre la adopción, en su última reforma al efecto (Ley de 11 noviembre 1987), ha introducido esa idea en forma subrepticia, como disposición secundaria y casi transitoria, diciendo en la disposición adicional tercera de esa Ley reformadora de la adopción: «Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relaciones de afectividad análoga a la conyugal».

Pese a lo endeble del precepto, relaciones de «afectividad» análoga a la conyugal y a lo impreciso del mismo, análogas «a las conyugales», es evidente que dos de las situaciones protegidas en orden a la vivienda habitual de la familia son de imposible aplicación a esas particularísimas situaciones, pues nunca podrá darse entre los componentes de esas parejas una sociedad de gananciales. Asimismo, menos podrán plantearse entre los formantes de ellas las situaciones de separación legal, divorcio o nulidad de matrimonio. Ni tampoco podrá serlo la prohibición de enajenar el domicilio habitual de la familia por la sola voluntad del cónyuge titular de él, pues ello se recoge en el artículo 1.320 del Código, que está contenido en las «Disposiciones generales» del título dedicado al régimen económico «matrimonial».

Nosotros entendemos que el término familia tiene un distinto contenido en su utilización por estas normas protectoras de nuestro Código. Para todas esas normas sólo existirá la familia a que ellas se refieren existen unos «cónyuges» como cabezas de ella (arts. 90, 91, 96, 103, 1.320, 1.357, 1.406 y 1.407 CC), no teniendo el carácter de tal, a estos efectos, la formada por un viudo y su descendencia, como puede citarse como ejemplo. A lo sumo, si se pretendiese que el derecho que se concede al cónyuge sobre esa vivienda es personalísimo, habría de entenderse que ese carácter se referirá en cuanto a la familia del mismo, la cual podrá estar formada por su titular, junto con las personas que tienen derecho a los alimentos entre parientes a que se refieren los artículos 142 y siguientes del Código, en su caso, o sea, si viven reunidos.

No podemos terminar este apartado sin recoger lo dicho por J. CASTÁN en su libro sobre *Familia y propiedad* (pág. 13), pues pese a haber

sido publicado en el año 1956, conserva gran frescura en orden ser una información para el derecho constituyente en el futuro.

Se dice por dicho tratadista: «Desde el punto de vista de los ideales jurídicos, merece ser bien acogida la tesis de la personalidad de la familia. Las ventajas de ella son indudables. El reconocimiento de esa personalidad por el Derecho positivo daría solidez a la institución, familia, frente a los individuos y frente al Estado y prestaría a las normas del Derecho familiar una estructura más orgánica y una técnica más clara y precisa que las que hoy tienen. Las teorías de los regímenes matrimoniales, la de la explotación familiar y del patrimonio familiar, que aquí nos interesa especialmente, podrían desenvolverse muy bien por el cauce que les ofrecería la existencia jurídica autónoma de la familia».

### LA HABITUALIDAD EN SU UTILIZACION

Al estudiar la reforma del Código en este extremo, ya podemos apreciar que es de imprecisa terminología. Imprecisión que continúa con el término de habitualidad, que utiliza reiteradamente.

En el apartado B) del artículo 90 del Código Civil se habla de «vivienda» y de «familiar». En el artículo 91 se repite lo de «vivienda familiar», expresión en la que se insiste en el 96 y el 103, 2.ª, y en el 1.357, todos del repetido Código.

Quizá se llegue a mayor precisión en otros preceptos.

En el artículo 1.320 se habla ya de «vivienda habitual» «de la familia».

En el artículo 1.406, 4.º, se refiere a «la vivienda» donde tuviese la residencia habitual.

En el artículo 91 del Reglamento Hipotecario se dice en su párrafo 1.º. «la vivienda habitual de la familia»; en el párrafo 2.º se refiere al «posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges», y en el 3.º se refiere a la cuota indivisa «de la vivienda familiar habitual».

El artículo 144, 5. del mismo Reglamento Hipotecario se refiere a «la vivienda habitual de la familia», dándole tal importancia al requisito de la habitualidad, que llega a eximir de la exigencia que por él se establece al supuesto de que resulte del mandamiento judicial «que la vivienda no tiene aquel carácter», o sea, no es la morada «habitual» de la familia.

Por último, no refiriéndose ya a la vivienda habitual de la familia, sino a los bienes que son objeto del legado legal estatuido por el artícu-

lo 1.321 del Código Civil, todos ellos muebles, habla de ropas, mobiliario y enseres que constituyan el ajuar, añadiendo, y esto ya sí nos interesa, «de la vivienda habitual común de los esposos».

Es, pues, evidente que el carácter de habitualidad es determinante en todos los supuestos legales de protección de la vivienda familiar. Muchas viviendas pueden utilizarse por la familia en forma no habitual, como ocurre con los chalés o casas de recreo, las viviendas vacacionales, etc. A ninguna de éstas pueden aplicarse las normas de protección de que tratamos. Y es que esta habitualidad en la utilización de una vivienda por la familia no será otra cosa para el legislador que la concreción del domicilio civil que se regula en el mismo cuerpo legal.

El Código, en su artículo 40, 1.º, es bastante expresivo al efecto: «Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Y cambiando el nombre pero no la idea, antes bien, precisándola, se dice por el artículo 15 de la Ley de Bases de Régimen Local (de 2 abril 1985): Todo español o extranjero que viva en territorio español deberá estar empadronado en el Municipio en el que «resida habitualmente». Quien viva en «varios» Municipios deberá inscribirse «en aquél en que habitara durante más tiempo al año». Los españoles que «circunstancialmente» se hallen viviendo en un Municipio que no sea el de «su residencia habitual» podrán inscribirse como transeúntes. Precepto en el que resultan bastante significativas, a nuestros efectos, las palabras que hemos entrecomillado.

Añadiéndose por el artículo 16 de la misma Ley de Bases que son vecinos los españoles mayores de edad que «residan habitualmente» en el término municipal y figuren inscritos con tal carácter en el Padrón, y que, además, sean mayores de edad. Estos son los verdaderos cabezas de familia; de aquella familia que consiguientemente tiene su residencia habitual en el Municipio. No siendo ya vecinos, sino sólo domiciliados, los españoles menores de edad, y las personas que, aun siendo mayores, vivan «en el domicilio» de un vecino.

Con dificultad, con premiosidad, vamos tratando de extraer de nuestro ordenamiento jurídico un principio general de Derecho que nos resuelva la cuestión. Y por ello, siguiendo en el análisis de esa legislación, debemos pasar al artículo 12 del Texto refundido de Régimen Local (de 18 abril 1986), el que «respecto a los menores o incapacitados», no ya sólo a los menores a los que se refería la Ley de Bases, estatuye que tienen la obligación de empadronar los padres, tutores o residentes mayores de edad «con los que habiten», con clara distinción así entre

el cabeza de familia y los posibles componentes de ella, con la consecuencia de que será domicilio habitual de ella el de aquel cabeza de la misma.

Finalmente, para precisar aún más este concepto de vivienda habitual, hemos de acudir a otra norma que también es de carácter administrativo. Nos referimos al Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 10 de noviembre de 1978, que expresa:

«Art. 1.º *Concepto*.—Se entenderá por vivienda de protección oficial la que destinada a domicilio habitual y permanente tenga...».

A todo lo dicho convendrá añadir, para precisar conceptos, y en concreto el del domicilio familiar, que los cónyuges están obligados a vivir juntos (art. 68 CC), situación que se presume, salvo prueba en contrario (art. 69 CC), y ello lo será en el «domicilio» que fijen de común acuerdo y, por su falta, el determinado por resolución judicial (artículo 70 CC).

Con todo lo dicho, entendemos que queda suficientemente precisada cuál pueda ser la vivienda a la que van encaminadas las normas protectoras de que nos ocupamos.

## A QUE DERECHOS SE REFIEREN LAS LIMITACIONES LEGALES

Es principio general de Derecho que ante cualquier limitación de un derecho, su interpretación, tanto legal como jurisprudencial o doctrinal, ha de realizarse restrictivamente.

Es más, en cuanto a las normas restrictivas de que nos ocupamos, la legislación ha omitido, no ya el efectuar una interpretación de ellas, sino incluso el realizar una precisión jurídica en la terminología que utiliza. Todo ello originará dudas y cuestiones que tendrán que ser elaboradas por la jurisprudencia, lo cual ha sido ya iniciado.

Efectivamente, si bien refiriéndose sólo a los preceptos que recogen limitaciones en la facultad dispositiva del titular de la vivienda destinada, durante el matrimonio, a vivienda habitual de la familia, se han dado dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros cuyo contenido es de bastante interés.

Se dijo por la Resolución de 26 de octubre de 1987 (BOE de 21 noviembre), en el apartado 10 de sus Fundamentos de Derecho:

«10. El último de los defectos de la nota recurrida plantea la cuestión de si el cónyuge nudo propietario del piso en el que la familia tiene la residencia habitual precisará o no el consentimiento de su consorte para hipotecar ese derecho, habida cuenta



de que no es la nuda propiedad, sino la especial relación jurídica entablada con el usufructuario la que habilita para el goce y disfrute de aquél, aun cuando de la literalidad del artículo 1.320 del Código Civil parece desprenderse la respuesta afirmativa, la finalidad práctica de esta norma, cual es el impedir que los actos unilaterales de uno de los cónyuges puedan provocar el desalojo del hogar familiar, así como su carácter excepcional para el caso de que los derechos pertinentes correspondan privativamente a uno de los esposos, imponen la respuesta negativa.»

El otro fallo, de 10 de noviembre de 1987 (BOE del 26), se dictó respecto a la enajenación de una cuota *pro indiviso* sobre el piso o vivienda habitual de la familia. En él se dice en sus Fundamentos de Derecho:

«1. Con la finalidad de evitar que ingresen en el Registro actos impugnables y, a la vez, con la de contribuir a la realización de los fines pretendidos con la norma sustantiva, el artículo 91 del Reglamento Hipotecario exige —para la inscripción del acto dispositivo que recaiga sobre un inmueble apto para vivienda y en el que no concurra el consentimiento o la autorización prescritos en el artículo 1.320 del Código Civil— bien la justificación de que el inmueble no tiene el carácter de vivienda habitual de la familia, bien que el disponente lo manifieste así.»

«Mas en los supuestos cuestionados, como ocurre en otros órdenes de cuestiones, no deben exagerarse en la calificación registral las exigencias formales. No deben, pues, imaginarse hipotéticos derechos individuales de un comunero sobre el uso o goce de la cosa común, los cuales no derivarían naturalmente del título de comunidad, sino de un eventual acuerdo comunitario posterior, que no consta, y que, por cierto, vendría a entorpecer la extinción de la comunidad.»

El contenido de estos fallos y, por ende, el principio en que parecen inspirarse, nos han de llevar a la conclusión de que las limitaciones estatuidas para la enajenación de la vivienda que constituya la residencia habitual de la familia han de referirse a aquellos derechos que afecten o puedan afectar «a su utilización».

Por ello, cuando el derecho enajenado no afecte a la utilización por la familia de la vivienda de que se trate como morada habitual de ella, la enajenación se regirá por las reglas ordinarias, como ocurrirá si lo enajenado, por limitarse la enajenación a una parte del contenido

del Derecho de que sea titular o por no tenerse más que ese derecho, consistiera en una nuda propiedad, en una servidumbre negativa, en un derecho de elevar nuevas plantas o en otros que, como ellos, no afectan al uso inmediato del piso dedicado a esa vivienda. La enajenación quedará excluida de las normas restrictivas de que tratamos.

Cuando la enajenación dimane necesaria y jurídicamente de un negocio jurídico anterior a la utilización de la finca como vivienda habitual de la familia, su posterior utilización por ésta con aquella finalidad, vendrá condicionada siempre al derecho que en ese momento tengan sobre ella el cónyuge de que se trate, sufriendo las limitaciones que afecten a ese derecho. Con ello, la posterior enajenación del piso en virtud de alguno de aquellos derechos preexistentes, no puede ser afectada por las limitaciones dispositivas establecidas al tratarse de ser la vivienda habitual de la familia, pues por dedicarse la vivienda a ese uso, no pueden alterarse derechos preexistentes, sólo alterables por el consentimiento de su titular.

Igualmente, y como subcaso del anterior, cuando la enajenación actual sea sólo la ejecución de un negocio anterior en el que iba involucrada y el que debido a esa circunstancia hubo de ser consentido por el cónyuge no propietario del piso vivienda habitual de la familia, no se requerirá ahora el reiterar ese consentimiento, ni menos ser exigido por cualquier funcionario interviniente en la enajenación.

La razón básica para esa afirmación nos parece evidente. Para ello vamos a considerarlo en atención a la constitución de una hipoteca y a la enajenación que de ella pueda derivarse.

Según el artículo 1.320, 1.º, del Código Civil y el 144, 5.º, del Reglamento Hipotecario, el consentimiento del cónyuge no propietario, o la autorización judicial en su caso, serán requisitos necesarios para «disponer de los derechos sobre la vivienda familiar». Y según el artículo 1.857, 2.º, del Código Civil y el 138 de la Ley Hipotecaria, el hipotecante ha de tener la libre disposición de los bienes hipotecados en el momento de constituir la hipoteca.

De otra parte, la enajenación que pueda derivarse de la hipoteca está ya inscrita en forma potencial, en el mismo momento de constituirse la hipoteca.

Por todo ello hemos de concluir que es en el instante de constituirse la hipoteca cuando habrá de exigirse el consentimiento para la enajenación por parte del cónyuge no titular, o la autorización judicial; completándose con ello la capacidad dispositiva de la vivienda, aunque ella no se realice de momento, pero sí posibilitando desde ahora la posible futura enajenación. Hemos así de deducir que no se requerirá un nuevo complemento de la capacidad dispositiva de la vivienda habitual de la

familia, cuando por el impago de la obligación asegurada sea necesario enajenar judicial o notarialmente (en la ejecución ante Notario) la finca hipotecada.

En los otros dos grupos de preceptos protectores de la familia no se requiere precisar a qué derecho del titular se refiere la norma protectora referente a la vivienda familiar.

En el grupo recogido en la regulación de la sociedad de gananciales, es claro el derecho a que se refiere, el de propiedad en todo caso, o el de usufructo si fuera posible: Tanto en el caso de adquisición a plazos de la vivienda y cuya adquisición como finca propia se convierte por la Ley en comunidad en ella entre el cónyuge adquirente y su sociedad de gananciales; como en el derecho de preferente adjudicación al cónyuge sobreviviente, al liquidarse por ello la sociedad de gananciales, de la vivienda habitual de la familia de que aquella sociedad sea propietaria o dueña de un usufructo que no se haya extinguido al morir el cónyuge de que se trate.

Por último, el derecho a que se refiere el primer grupo de normas protectoras, las formantes de todas las dedicadas a las situaciones de separación judicial, divorcio o nulidad, no alude a qué derechos en la vivienda pueda tener alguno de los cónyuges, que es de lo que ahora tratamos, sino a cuál se va a conceder al otro cónyuge, como después veremos.

### AMBITO TERRITORIAL DE ESTA NORMACION ESPECIAL

Es esta la última de las cuestiones de carácter general referentes a la figura de que tratamos. Pero tiene la peculiaridad de que no es posible un tratamiento unitario de ella respecto a las diversas modalidades en que se manifiesta en nuestro Derecho la protección a la vivienda familiar. Cada uno de los grupos de preceptos dedicados a esa protección tiene un tratamiento distinto en orden a su ámbito territorial.

No obstante, para precisar después la cuestión en orden a cada uno de esos grupos, conviene tener en cuenta lo que sobre ello se dice en las diversas Compilaciones forales de nuestra Patria.

La Compilación de Cataluña apenas recoge alguna normación en la materia. Sólo dedica al Derecho de Familia en sentido estricto los artículos 4, 5 y 6, redactados los dos primeros por la Ley de 2 de marzo de 1984 y el último por la de 25 de mayo de 1987, o sea, redactados mucho después de la reforma del Código Civil en la materia, que lo fue en el 1981. En todo caso, esos preceptos no se refieren ni siquiera

remotamente a la cuestión de que venimos tratando, como se aprecia con la simple lectura de los mismos.

La Compilación balear no contiene ningún precepto propio referente al Derecho de Familia.

Ni tampoco los contiene la Compilación gallega.

La Compilación aragonesa es, con la de Navarra, la que dedica mayor número de preceptos o modalidades típicas en esa región en orden al Derecho de Familia, pero todos ellos, tanto en su primitiva redacción como en las realizadas por las reformas de 16 de noviembre de 1978 y de 21 de mayo de 1985, reformas que han afectado a los preceptos de ella dedicados a este Derecho y que comprenden los artículos 4 al 22, inclusive, salvo los 11, 13 y 22, que se han conservado inalterables, se refieren a cuestiones muy distintas a las de separación legal, divorcio y nulidad, por lo que las protecciones que se realizan en esas situaciones excepcionales respecto a la vivienda habitual de la familia, quedan inalteradas en orden a su aplicación a todo el territorio nacional, como después precisaremos.

Finalmente, es la Compilación navarra la que dedica un mayor número de preceptos al Derecho de Familia, casi todos ellos reformados, actualizándolos, por la Ley de 1 de abril de 1987; incidiendo incluso en normación paralela a la del Código Civil, respecto de algún supuesto de protección a las viviendas de que nos ocupamos.

Entrando ya en el estudio de la aplicación de las normas protectoras en orden al Derecho interregional, trataremos la cuestión en orden a cada caso de los tres grupos que pueden ser considerados.

#### A) TERRITORIALIDAD DE LAS NORMAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

Las normas protectoras del primer grupo se configuran como uno más de los extremos en el que deberá existir un convenio al efecto entre los cónyuges, o en su defecto decisión judicial, previa o coctáneamente al presentarse la demanda en los procedimientos judiciales de separación judicial (arts. 81, 90 y 103 CC), en los de divorcio (arts. 86, 90 y 103 del CC) o en los de nulidad del matrimonio (arts. 90 y 103 CC).

Todos esos preceptos tienen como característica común la de estar comprendidos entre los que nuestro Código dedica al procedimiento judicial conjunto respecto a esas tres situaciones. Siendo así normas procesales que, como tales, son de orden público y de aplicación general, salvo los escasísimos supuestos en los que por ellas mismas se dispone alguna excepción en orden a la autonomía de la voluntad, como ocurre con la sumisión en relación con la competencia judicial, y aún ello en

un orden limitado (art. 56 LEC), en lo demás, su aplicación es general en todo el territorio nacional.

Para demostrar la generalidad de esas normas, comprendiéndose así entre ellas las protectoras de la vivienda familiar, nos bastaría con transcribir un precepto de nuestro Código Civil.

Se dice por su artículo 13, 1: «Las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del título VI de libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España».

No obstante la expresa referencia a la aplicación general de estos preceptos, por estar comprendidos en el título citado, podría propagarse por alguno que los referentes a la vivienda familiar, al tratarse de una norma dirigida a la economía, si no ya de un matrimonio sí de situaciones derivadas de él, estarían comprendidos en la excepción determinada en ese artículo 13. Por ello vamos a insistir en esta determinación, pero llegando a la misma solución de la aplicación general de los preceptos, aunque por distintas vías jurídicas.

Ha de admitirse que la exigencia de presentar con la demanda de separación, divorcio o nulidad el acuerdo entre los cónyuges sobre la utilización de la vivienda familiar son normas básicamente procesales.

También hemos de considerar que en la misma Ley de 7 de julio 1981, en la que se recogían esta y otras reformas de nuestro Código Civil, se comprendió en sus disposiciones adicionales otras normas procesales en la materia, si bien advirtiéndose que ellas se dictaban: «En tanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Por eso la anunciada reforma no se llevó a cabo. Antes bien, al reformarse la Ley Procesal el 6 de agosto de 1984 se dispone, en un lugar en cierto modo anómalo, dado que lo hace en su disposición derogatoria, una norma muy general sobre materias procesales, sin distinguir entre ellas, diciendo: «Los procesos sobre separación, divorcio y nulidad del matrimonio continuarán rigiéndose por las disposiciones adicionales de la Ley 30/1981, de 7 de julio».

Es más, según resulta del artículo 32 y de las reglas 6.ª y 8.ª del 149, ambos de la vigente Constitución, el contenido de aquellos preceptos del Código son materia de absoluta competencia del Estado, en los que en su aplicación a todo el territorio nacional no se podrá dar ningún conflicto de orden interregional que pudiera exigir la aplicación del artículo 16 del Código Civil.

B) TERRITORIALIDAD DE LAS NORMAS DE LA SOCIEDAD  
DE GANANCIALES

Pasando ya a otro grupo de normas protectoras, consideremos a las recogidas por aquel Código en el capítulo IV del título III del libro IV, dedicado a la sociedad de gananciales, cuya sola enunciación ya revelan lo concreto de su aplicación.

En una de ellas, y siempre dentro de una situación de ganancialidad, se atribuye al cónyuge sobreviviente un derecho de preferente adjudicación en pago de su haber en la sociedad, de la vivienda habitual de la familia, cuando ella formara parte del patrimonio ganancial (artículo 1.406, 4.º, CC). Y en la otra norma se considera en parte ganancial la vivienda comprada a plazos antes del matrimonio, pero cuyos plazos, total o parcialmente, se abonan después de celebrado, con dinero ganancial o presuntivamente tal (art. 1.357, en relación con el 1.354 del CC).

Aún hemos de precisar previamente, respecto a este grupo de normas legales, que dentro de nuestro Derecho matrimonial, tanto en el común como en el foral, se perfilan claramente dos grupos: Preceptos de carácter general, aplicables a todos los matrimonios, cualquiera que sea el régimen matrimonial concreto por el que se rijan, y preceptos de carácter particular, dedicados a la regulación de uno u otro régimen concreto matrimonial, tengan éstos o no el carácter de supletorios si faltaren las capitulaciones matrimoniales al efecto.

Y esa dualidad obligará a determinar que los preceptos referentes a sistemas matrimoniales concretos no son generalizables a otros, siendo así de aplicación limitada. Limitación que también alcanza al ámbito territorial del régimen matrimonial de que se trate. Sin que por ello obste a que pueda ampliarse ese ámbito territorial normal, aplicando los preceptos a otra región, común o foral, en los casos en que ello venga determinado por un precepto de una u otra clase.

En consecuencia, los dos preceptos a que antes nos hemos referido (1.406 y 1.357 CC) serán aplicables en todos los territorios no aforados recogidos por el Código Civil. Pero en virtud de lo que apuntamos al final del párrafo anterior, regirán también:

En cuanto a Cataluña, cuando se pacte como régimen económico matrimonial el de gananciales, dado que en ese supuesto se regirá éste, en primer lugar, por las normas convenidas y, en defecto de pacto, por las normas del Código Civil».

Respecto a Navarra, en la regulación del régimen legal de conquistas, con tantas analogías al de gananciales, se ha llegado a transcribir casi literalmente los preceptos protectores de la vivienda familiar que

hemos comprendido en este grupo, lo cual nos llenó de perplejidad, al no comprender el porqué de esa dualidad.

Así, al tratar la Compilación de cuáles sean los bienes privativos de cada cónyuge, dice en el párrafo 2.º del apartado 2 de la ley 83 que, «si se tratara de la vivienda o ajuar familiares, el bien adquirido corresponderá *pro indiviso* a lo sociedad de conquistas y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas». En excepción a lo que dice por el párrafo 1.º de ese mismo número, casi idéntica a la existente entre los dos párrafos del artículo 1.357 del Código Civil y con casi idéntico contenido al de ambos párrafos de ese artículo.

Y al hacerlo de la liquidación de la sociedad de conquista, recoge una normación análoga a la del artículo 1.406 de Código Civil respecto al derecho de preferente adjudicación, diciendo que en los casos de disolución por muerte de uno de los cónyuges tendrá derecho el cónyuge viudo a que se le entregue, en pago de su haber, hasta donde éste alcance, y siempre que tenga el carácter de bien común, «la vivienda que fuere la residencia habitual del matrimonio», pudiendo exigir también que en vez de adjudicársele su propiedad se le adjudique el derecho de habitación sobre aquella vivienda.

Por último, la Compilación vizcaína determina en su artículo 44 que «la comunicación foral, constante matrimonio, no se opondrá a la existencia de bienes gananciales, carácter que tendrán todos los que merezcan esa consideración con arreglo al Código Civil».

### C) TERRITORIALIDAD DE LAS NORMAS APLICABLES A TODOS LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES

Nos queda por analizar el ámbito interregional del tercer grupo de preceptos protectores. En él sólo se contiene un precepto, por el que se instituye una modalizada prohibición de enajenar la vivienda habitual de la familia durante la vigencia del matrimonio, cuando aquélla pertenezca a uno solo de los cónyuges. Norma muy similar a la contenida en el artículo 96 del mismo Código, pero con la gran diferencia de que en el caso de esta última no existe ya matrimonio, dada la previa separación judicial, divorcio o nulidad, y de que el cónyuge que parece ser favorecido por ella es ya titular de un derecho real, u otro que sea posible, sobre el piso de que hablamos, lo que no ocurre en los supuestos del artículo 1.320 del Código, que es el comprendido en este grupo.

El precepto que ya hemos citado es el artículo 1.320 del Código, el cual está comprendido en el capítulo I del título III del libro IV, dedicado a «Disposiciones generales». Y esa idea de estar ante una

disposición general la refuerza el mismo precepto al decir, en forma genérica, que la limitación en la facultad dispositiva procede siempre que «tales derechos pertenezcan a uno de los cónyuges», lo cual ocurrirá, en todo caso, en los regímenes de separación de bienes, y sólo en el caso de que la vivienda pertenezca a uno solo de los cónyuges, no a la sociedad conyugal, cuando se esté en las comunidades de frutos, ganancias y adquisiciones onerosas, o sea, cuando la vivienda sea, propia de uno u otro cónyuge. En los regímenes de participación, aun siéndoles aplicables esa limitación, parecería algo dudoso si ello procediera por su aspecto de régimen de separación o por el régimen ganancial, cuestión que queda resuelta a nuestro juicio por el artículo 1.413 del referido Código, que aplica a ese régimen, como normas supletorias de los preceptos que a él dedica, las «relativas al de separación de bienes».

Ese carácter de disposición general obligará a sostener lo ineludible de su aplicación a cualquiera de los regímenes matrimoniales en los que existan bienes propios de los cónyuges, tanto en forma absoluta como coetáneos con la existencia de otros comunes. Y dándose esas circunstancias, será indiferente cuál sea la normativa, común o foral, que regule su nacimiento, desarrollo y extinción.

No debiendo olvidarse nunca que el fin único del precepto es ayudar a la permanencia de la familia, así como de su base física, el hogar familiar. Sólo parecen excluidos de ella los regímenes de comunidad universal, pero de hecho no es así, dado que en éstos se exige el consentimiento de ambos cónyuges para enajenar cualquier bien.

La idea básica campea con gran precisión en Navarra. Se establece en su ley 75 que en la interpretación de todos los pactos y disposiciones voluntarias, costumbres y «leyes» se «observará el principio fundamental de la unidad de la casa» y de sus explotaciones agrícolas, ganaderas y forestales, así como el de «su continuidad y conservación en la familia». La aplicación a ella de la norma del artículo 1.320 no sólo es procedente por su carácter general, sino que se ve estimulada por esa ley 75.

En Vizcaya no hay cuestión, pues ese doble consentimiento conyugal es la regla general: El artículo 43 de su Compilación determina que a virtud de la comunicación foral se harán comunes por mitad entre marido y mujer todos los bienes muebles o raíces, tanto aportados como adquiridos. Añadiéndose por el artículo 45 que la enajenación o gravamen de los bienes raíces comunicados, constante matrimonio, «necesitará del consentimiento de ambos consortes».

En la Compilación aragonesa, la reforma llevada a cabo por la Ley de 21 de mayo de 1985 dio una nueva redacción a su artículo 51, al



decir: «Corresponde a cada cónyuge la administración y disposición de sus propios bienes. Pero necesitará el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial, para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual o el mobiliario ordinario de la misma, o para sustraerlos al uso común».

Se observa fácilmente que en Aragón no sólo se transcribe el precepto del Código, sino que se amplía la prohibición recogida por éste, al exigir también el consentimiento del cónyuge no disponente o la autorización judicial sustitutoria, no ya sólo para los actos de disposición de esa vivienda, sino incluso para los que provoquen el que tanto esa vivienda como su mobiliario puedan ser sustraídos del uso común.

En Cataluña se da idéntica situación a la que ya expusimos para Vizcaya, cuando exista en la comarca de Tortosa capítulos en los que se pacte el *agermanament*; según resulta del artículo 59 de la Compilación después de la reforma de 20 de marzo de 1984. Conforme a ese precepto, convenido aquel régimen, se ponen en común los bienes aportados y los adquiridos por cualquier título, así como las ganancias o lucros, y la existencia de esa comunidad obligará a la codisposición.

Si se tratara del campo de Tarragona y se hubiera pactado la asociación a compras y mejoras, habrá de tenerse en cuenta que el párrafo 2.º del artículo 53 de la Compilación considera como derecho supletorio, después de los pactos y de los artículos de esa sección, a «las disposiciones del Código Civil en cuanto lo permita su naturaleza específica»; lo cual ha de predicarse respecto al artículo 1.320 de él, pues el precepto tiene un carácter excepcional, el cual conserva en su aplicación al campo de Tarragona, sin que ello haya sido desvirtuado por la reforma llevada a cabo en otros preceptos de la referida sección, la cual, dado el que su fecha (de 20 marzo 1984) es posterior a la reforma del Código en este extremo, ha conocido y podido desvirtuar el carácter de excepción del precepto del Código, si así lo hubiere estimado.

Respecto a las demás comarcas catalanas, así como respecto a Baleares, no se contiene nada en sus respectivas Compilaciones en orden a disposiciones generales que sean aplicables a todos los regímenes matrimoniales, que más o menos detalladamente se regulan en el articulado de aquéllas, y en las cuales se desvirtuase directa o tácitamente la prohibición recogida como norma de excepción por el citado artículo 1.320 del Código.

Habrà de concluirse que el referido precepto será aplicable a todas las regiones forales donde no esté sustituido por otro de idéntico contenido, de conformidad con el artículo 1, 1.º, de la Compilación de Cataluña, el 1.º de la de Baleares, sin aludirse a las otras regiones forales, pues allí es indiscutible la aplicación de su contenido; y según

también el párrafo 3.º del artículo 149 de la vigente Constitución, especialmente en su inciso final, al decir: «El Derecho estatal será en todo caso supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas».

Y no se diga que aquel artículo 1.320 está en contraposición con otros reguladores de éste o aquél régimen económico matrimonial concreto, pues ello ocurre también entre él y los preceptos del mismo Código Civil referentes a los distintos regímenes que por él se regulan detalladamente. Ello es necesario, pues esa contraposición existirá siempre entre una regla general y su excepción, como ocurre con ese precepto. Son precisamente las excepciones, o sea, los supuestos concretos contrarios a las reglas generales, los que confirman a éstos, según ya un antiguo principio de Derecho, al decir: «exceptio firmat regulam, in casibus nom exceptis» (la excepción confirma la regla general en los casos no exceptuados), o más concisamente, «exceptio denotat regulam» (la excepción confirma la regla).

#### CONTENIDO DE LOS DERECHOS PROTECTORES: EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIALES TRANSITORIAS

Aparentemente, nuestro Código sólo parece considerar como situaciones de crisis matrimoniales los supuestos de separación judicial, divorcio y nulidad. Pero frente a esos supuestos que denominaríamos de crisis definitivas, admite más o menos veladamente otros de carácter transitorio, como son los de separaciones de hecho, abandono de la familia, imposibilidad de prestar consentimiento e incapacidad o ausencia de uno de los cónyuges.

Todas ellas implican una situación de crisis en el matrimonio; pero sólo hasta ahí se extiende la analogía. En lo demás, las reglas legales aplicables a unas y otras son distintas, y obligan a considerar los dos grupos con que hemos iniciado el presente apartado, de crisis transitorias y crisis matrimoniales definitivas.

El Código contempla situaciones en las que, sin llegarse a la ruptura total en las personas y bienes, existen hechos que impiden la marcha normal del matrimonio, especialmente en el orden económico.

Inicia esa serie de situaciones el artículo 1.387, al decir: «La administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea el tutor o representante legal de su consorte».

Y se completa esa afirmación en orden a los supuestos en que pueden plantearse esas situaciones, con lo dispuesto por el siguiente artícu-

lo 1.388: «Los Tribunales podrán conferir la administración a uno solo de los cónyuges cuando el otro se encontrare en imposibilidad de prestar consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho».

Determinándose a su vez como norma reguladora de las facultades del cónyuge administrador, según el artículo 1.389: «El cónyuge en quien recaiga la administración en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores tendrán para ello plenas facultades, salvo que el Juez, cuando lo considere de interés para la familia y previa información sumaria, establezca cautelas o limitaciones».

«En todo caso, para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial».

Como aclaración debe decirse:

a) La facultad de administrar comprende la de disponer, pues de otro modo no tendría sentido el párrafo 2.º del precepto. Y porque así lo presupone el artículo 1.390, al hablar de actos dispositivos por uno solo de los cónyuges.

b) La referencia al derecho de suscripción preferente no lo es a un acto de disposición. El que lleva a efecto ese derecho de suscripción preferente sólo está realizando una inversión de frutos, rentas o metálico de bienes que él administra, o sea, en definitiva, una adquisición, acto completamente opuesto al de alguna disposición o enajenación de ciertos bienes.

A la vista de esos preceptos y con base en su contenido, podemos pasar ya a considerar el extremo específico de que venimos tratando: la protección de la vivienda habitual de la familia. En cuyo punto hemos de sentar previamente algunas cuestiones básicas.

De las otras cuatro series de normas en que ha cristalizado esa protección, las primeras en orden a la numeración de su articulado, son evidentemente inaplicables. Ellas se refieren a convenios previos, o a situaciones posteriores, a lo que hemos llamado crisis definitivas. A matrimonios que van a extinguirse en virtud de proclamarse mediante el correspondiente fallo judicial, que se está ante una separación judicial, ante un divorcio o ante una nulabilidad de matrimonio; algo completamente opuesto en su idea básica a las crisis de que ahora tratamos, o sea, a situaciones de matrimonios que, con más o menos dificultades, se trata de hacerlos subsistir.

Tampoco debemos de tener en consideración el último grupo (numeral) de esas protecciones. Este se contrae a un derecho de preferente

adjudicación de la vivienda habitual de la familia, cuando tenga el carácter de bien ganancial, pero sólo si la liquidación de esa sociedad conyugal se debe al fallecimiento de uno de los cónyuges. Situación completamente opuesta a las aquí consideradas, que tienen por base un matrimonio que subsiste.

Nos quedan así dos grupos de normas protectoras respecto a las cuales considerar su aplicación o no en estos casos de crisis matrimoniales transitorias: La que exige un complemento de capacidad para que el cónyuge titular de la vivienda habitual de la familia pueda enajenarla válidamente, y la que cambia a titularidad privativa de la vivienda adquirida a plazos por uno de los cónyuges, cuando, pagándose aún esos plazos, se destinase aquélla a ser ocupada por la familia.

Respecto a ambos supuestos, y si estuviéramos en los casos a que se refiere el antes transcrito artículo 1.387, resultará que, «por ministerio de la Ley», se habrán reunido en uno de los dos cónyuges las siguientes facultades en el orden patrimonial: la administración y plena disposición de sus bienes propios, incluidos los inmuebles; la administración de los bienes del otro cónyuge, junto con la facultad de disponer de sus inmuebles si obtiene al efecto la autorización judicial complementaria (arts. 186, 3.º, y 271 CC); y la administración y disposición de los bienes gananciales, que cuando se trate de los actos dispositivos sobre los inmuebles, requerirá también esa autorización judicial complementaria (art. 1.389, 2.º, CC).

En virtud de esa situación, si la vivienda habitual de la familia que se enajene fuere propia del cónyuge a quien se han atribuido esas administraciones, bastaría su solo consentimiento para la validez de la enajenación, pues en virtud de aquella representatividad, en su consentimiento va ínsita la aprobación al efecto del otro cónyuge, dado que este último consentimiento del cónyuge que no sea el titular dominical de la vivienda, al que se refiere el artículo 1.320 del Código, no constituye en sí mismo una enajenación, pues él no tiene ningún derecho que enajenar, sino una simple manifestación de que, con la enajenación pretendida, no se produce un perjuicio para la familia, o que se admite la realidad de éste por circunstancias que no han de indicarse. Parecerá que con ello se está atribuyendo a uno de los cónyuges una posibilidad de perjudicar por sí solo a la familia, por ello aquella unidad de administración se basa en la presunción de buena fe, que informa asimismo el contenido del artículo 156, 4.º, del mismo Código, que en estos mismos supuestos, o sea, en los de falta, ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, determina que «la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro», sin que por ello se le haya ocurrido designar un vigilante o censor de la actuación por uno solo de los

cónyuges, en materia en la que se debe actuar también en defensa de la familia.

Y si la vivienda de la familia que se pretenda enajenar perteneciera al cónyuge tutelado o ausente, dado que en esos casos se requeriría que el cónyuge tutor obtuviese la autorización judicial para ello (arts. 186, 3.º, y 271, 2.º, CC), resultaría que la simple petición de esa autorización implicaría el asentimiento del cónyuge solicitante a la enajenación de la vivienda, por aplicación en toda su plenitud del principio de los actos propios, reconocido reiteradamente por la jurisprudencia desde la Sentencia de 27 de diciembre de 1873 hasta ahora, y expresada antes en el *Digesto* (libro I, tít. XVII, reg. 155), al decir: «Factum cuique suum, nom adversario nocere debet» (a cada uno le debe perjudicar su propio hecho, y no a la parte contraria). A mayor abundamiento, existe también una autorización judicial, incluso más rigurosa si cabe en sus postulados que la expresada en el artículo 1.320 del Código.

Cuando el supuesto protector fuese el de conceder una presunción de ganancialidad de ciertas adquisiciones de viviendas, la solución antes apuntada no puede aplicarse.

La protección opera de la siguiente forma: *a)* Una persona no casada adquiere por compra por precio aplazado una vivienda, la cual será así de su propiedad particular. *b)* Con posterioridad y sin que se hayan terminado de abonar los plazos, el adquirente contrae matrimonio, bajo el régimen de ganancialidad, y dedica esa vivienda a ser la habitual de la familia. *c)* Desde ese instante, si los sucesivos plazos se abonan con dinero ganancial, alterando la presunción normal de que la adquisición no cambia de carácter, y sin perjuicio del reembolso procedente a la sociedad de gananciales, se establece una copropiedad entre el cónyuge adquirente y su sociedad de gananciales, aún imprecisa hasta que se ultime el pago (art. 1.354, en relación con el 1.357 CC). *d)* En cada uno de los asientos expresivos de los pagos de los sucesivos plazos, en los cuales se dé ya esa alteración de la cualidad del titular, se expresará el carácter ganancial del plazo (arts. 58, 1.º, y 91, 2.º, RH). *e)* Ultimado el pago, la vivienda corresponderá en *pro indiviso* al cónyuge adquirente y a la sociedad de gananciales, en proporción al valor de las aportaciones respectivas (art. 1.354 CC), para cuya determinación «se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges», lo cual se recogerá en el Registro de la Propiedad mediante la oportuna nota marginal (art. 91, 3.º, RH).

La simple lectura de esas circunstancias pone de relieve que si bien el cónyuge administrador puede pedir por sí solo la nota marginal de pago de los sucesivos plazos, incluso con confesión de su ganancialidad (artículo 1.324 CC) o la presunción legal de ella (art. 1.361 CC); no

ocurre lo mismo con el «convenio» que determine que proporción de la vivienda es propia y cuál ganancial. Estamos ante un conflicto de intereses, previsto y resuelto por el artículo 299 del Código, el cual ordena el nombramiento de un defensor judicial que represente al incapacitado (incapaz o ausente) que tenga un conflicto de intereses con su representante legal.

En el otro grupo de situaciones matrimoniales anormales, o sea, imposibilidad de prestar consentimiento, abandono de familia o separación de hecho, no existe ya esa unidad plena de administración, y la más o menos modalizada de disposición, en cuanto a los tres patrimonios involucrados: el propio del cónyuge actuante, el ganancial y el del cónyuge tutelado. Aquí este último patrimonio permanece en administración y disposición de su titular, cuyas facultades en ese orden no han sido alteradas; la unidad sólo se produce entre el ganancial y el del otro cónyuge.

Esa independencia obliga a determinar que tanto para el asentimiento del cónyuge no titular, en orden a la enajenación de la vivienda habitual de la familia, como para el convenio determinante de cuál participación es ganancial y cuál propia en la vivienda comprada a plazos, en las circunstancias y con los requisitos antes expresados, se requerirán las declaraciones al efecto de ambos cónyuges, cada una con su respectivo contenido, y la de asentimiento a la básica emitida por el otro cónyuge, sustituible por la autorización judicial en su caso.

La última cuestión a considerar respecto a este grupo de situaciones es la referente a las formas: documental y registral.

En los casos del artículo 1.387 parece claro que, al transferirse por ministerio de la Ley la administración de los bienes gananciales al cónyuge nombrado tutor o representante legal, bastará acreditar este extremo mediante certificación del Registro Civil, o de las del Registro de la Propiedad si esas situaciones se hubieren hecho constar en los folios de las fincas del incapaz o del ausente, para poder aplicarse las situaciones y exigencias antes expuestas.

Sólo hemos de aclarar, que desdobladas y precisadas las situaciones de incapacidad en las dos figuras de la tutela y de la curatela por la reforma del Código de 1983, esa dualidad no pudo ser tenida en cuenta por el referido artículo 1.387, el cual procede de la anterior reforma del mismo Código en 1981. Por ello, la incapacidad más o menos amplia, debida a «las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma» (artículo 200 CC), puede dar lugar, según el contenido de la sentencia, bien a una tutela (art. 222, 2.º, CC) o bien a una curatela (art. 287 CC),

ambas incluidas en la antigua terminología de tutela única admitida en aquella fecha para ambas situaciones.

En el orden registral la cuestión es más simple. El asentimiento para la enajenación por uno de los cónyuges de la vivienda habitual de la familia se recogerá en el asiento de transmisión de ella como un requisito más de los necesarios para poderse extender aquél. Y si se tratare del convenio sobre las respectivas participaciones del comprador a plazos de la vivienda dedicada con posterioridad a residencia habitual de la familia y de la sociedad de gananciales, ello originaría una nota marginal principal, o sea, sustitutoria de un asiento de esta última clase (artículo 91, 3, RH).

En los casos del artículo 1.388, la cuestión es más compleja. En primer lugar, hay que aclarar que esa situación de «imposibilidad de prestar consentimiento», frase con origen en la reforma de 1981, es demasiado imprecisa y no tiene entidad jurídica *per se*, sino que dará lugar a una tutela o una curatela, apreciada por el correspondiente Tribunal, ello a la vista de la reforma del Código de 1983, tutela que nos llevará al artículo 1.387.

De otra parte, tanto el abandono como la separación de hecho no constituyen actos jurídicos, ni siquiera hechos queridos por las partes por los efectos jurídicos inherentes a ellos, sino simples hechos que dan lugar a ciertas situaciones jurídicas.

Finalmente, esas situaciones jurídicas no llevan como secuela necesaria el atribuir a uno solo de los cónyuges la administración y la disposición modalizada, de los bienes gananciales, sino el que a su vista puede o no el Tribunal «conferir» esa facultad al otro cónyuge.

La prueba de ese abandono o separación de hecho no puede ser alegada y apreciada por el Notario o el Registrador, sino sólo por el Juez. Es la posible decisión de éste la que tendrá que ser tenida en cuenta por aquellos funcionarios, así como por cualquiera otros ante quien se ejerciten derechos involucrados en las transferencias de facultades antes indicadas.

Todo ello no obsta a que en virtud de la facultad de modificar el régimen matrimonial durante la vigencia del matrimonio que recoge el artículo 1.317 del Código, puedan los cónyuges hacerlo en la forma que pacten, dentro de los llamados convenios de las separaciones de hecho, en las cuales serían también posibles otros acuerdos sobre el ejercicio, no sobre la tenencia de la patria potestad, según determina el artículo 156, 1.º, del Código, e incluso pueden pactar sobre la facultad de obligar uno de los dos cónyuges a los bienes del otro, en el ejercicio de lo que la doctrina alemana denomina «la potestad de la llave»; todos

los cuales podrán pactarse a la vista de los artículos 1.318 y 1.319 del repetido Código.

## CONTENIDO DE LOS DERECHOS PROTECTORES EN LAS SITUACIONES DE SEPARACION Y DIVORCIO

### A) CUESTIÓN PREVIA

No nos interesa, a efectos del presente, el aspecto procesal de esas situaciones, incluso tampoco nos interesa el aspecto civil, salvo lo que se refiera a la vivienda habitual de la familia. Respecto a ella, hemos de precisar que habrá de distinguirse entre estados provisionales de esas situaciones, correspondientes al período de la litis, y estados definitivos, surgidos ya con ese carácter al dictarse la oportuna sentencia.

No puede negarse esa dualidad de situaciones, manteniendo la tesis de la inmutabilidad del acuerdo previo a la demanda de separación o divorcio.

La misma Ley de 7 de julio de 1981, reformadora de todos estos preceptos del Código Civil, al regular el procedimiento judicial de las separaciones, divorcios y nulidades, en regulación que se preveía como transitoria hasta que se reformase la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero que se ha transformado en definitiva al realizarse esa reforma de la Ley Procesal (por Ley de 6 agosto 1984), como lo ha expresado así ella misma en su disposición derogatoria, parte de la base de esa dualidad de situaciones, provisional y definitiva. Para la primera prevé su anotación, en su caso, en el Registro de la Propiedad, en tanto que para la segunda predica ya su inscripción.

En el párrafo 2.º de la disposición adicional novena de la citada Ley de 7 de julio de 1981, dice: «A petición de parte, podrán ser anotadas o inscritas las demandas y sentencias de separación, nulidad y divorcio». Norma procesal que, como hemos dicho, subsiste después de la reforma citada de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley de 6 agosto 1984), pues se expresa por el párrafo 3.º de la disposición derogatoria de ésta: «Los procesos sobre separación, divorcio y nulidad del matrimonio continuarán rigiéndose por las disposiciones adicionales de la Ley de 7 de julio de 1981».

Esa dualidad era, por otra parte, indispensable. Pese a que el acuerdo entre los cónyuges regulador de la situación familiar y económica se le configure como «necesario» para interponer las demandas de separación o divorcio (arts. 81, 1.º, y 86, párrafo final, CC). Esa necesidad sólo resulta como tal en escasos supuestos, y aún en ellos, como en



todos los restantes, ese convenio expresivo de cierta autonomía de la voluntad en estas materias no es definitivo, pues está sometido a la aprobación o al rechazo por el Juez (art. 90, párrafo 2.º, CC). Aparte de ello, ese convenio podrá ser afectado considerablemente por las decisiones judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos (art. 92, 2.º, del CC), como así mismo por la determinación de cómo han de contribuir los padres a las necesidades de aquéllos (art. 93 CC) y las referentes a la tenencia de esos hijos (art. 96 CC), en todos cuyos casos tendrá que adecuarse aquel convenio a estas nuevas situaciones.

En definitiva, la situación que se aplique durante la sustanciación de esos litigios, sólo puede predicarse como provisional y anotable en el Registro.

Por ello se precisa con carácter general por el artículo 106 del Código Civil: «Los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo».

En tanto que la que se predique por la respectiva sentencia tiene ya el carácter de definitiva e inscribible en el Registro, o de ser convertida la anotación en inscripción si no se alterase el contenido al pasar de una o otro de esas situaciones. No obstante a este carácter definitivo el que al alterarse fundamentalmente en el futuro las circunstancias tenidas en cuenta por el fallo judicial, se modifique éste, judicialmente o por nuevo convenio (art. 90, párrafo 3.º, CC), con la correspondiente inscripción registral que recoja esas modificaciones.

Hay que hacer una última observación. Venimos hablando y dando por sentado que la actuación registral consistirá en una anotación o una inscripción. Parece que hemos olvidado que el artículo 96, 2, del Reglamento Hipotecario dispone: «Las resoluciones judiciales que afecten a la administración o disposición de los bienes de los cónyuges se harán constar por nota marginal». Pero no ha habido tal olvido, sino sólo en cuanto a explicar que ese precepto no es aplicable a estos supuestos.

Si hubiere antinomia entre el precepto de la Ley Procesal y el del Reglamento Hipotecario, habría de solucionarse aquélla aplicando con preferencia aquél. El Código Civil dispone en su artículo 1.º, 2.º: «carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior». Pero realmente no existe contraposición.

La posible inscripción de las sentencias de separación y divorcio originan «la disolución del régimen económico matrimonial» (art. 95 CC), y, además, la de separación, «produce la separación» de los casados y hace cesar la posibilidad «de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica» (art. 83 CC) y la de divorcio provoca «la

disolución del matrimonio» en virtud de la «sentencia que así lo declare» (artículo 89 CC).

Se aprecia así que, una vez dada la separación o divorcio, no existe posibilidad de que una resolución judicial pueda afectar a la administración o disposición de bienes de los cónyuges, al no existir ya éstos, sino en tiempo pasado. A mayor abundamiento, y siendo ello aplicable también a las anotaciones extendidas durante la litis pendencia de estas dos situaciones, los cónyuges que ya no son tales, y cuyos patrimonios están ya separados, al realizar actos de administración o disposición de los bienes, no pueden ser de los de un cónyuge por el otro, que ya no se permiten al plantear éstos demandas (art. 102 CC), se estará ante las enajenaciones, hipotecas, etc., de los bienes del cónyuge de que se trate, con sus efectos propios, sin atenderse registralmente a las personas que los realicen, aparte de que para calificar sus capacidades, subjetiva y objetiva, haya de apreciarse su situación matrimonial.

#### B) DERECHO QUE PUEDE CONVERTIRSE

Pese a la situación de provisionalidad que tenga el acuerdo o la decisión judicial respecto a la vivienda habitual de la familia durante la sustanciación del proceso, o a que la situación predicada en la sentencia con el carácter de definitiva, sea susceptible de modificación posterior, como ya hemos dicho, el derecho a que unas u otras se refieran no es modificable en su naturaleza, aunque pueda serlo en cuanto al tiempo de duración o a ser sustituido por otro.

El legislador, al tratar de este derecho en el Código, no ha precisado de cuál se trate. Se ha limitado a decir al efecto las siguientes frases, en uno u otro de sus preceptos.

En el apartado B) del párrafo 1, del artículo 90 habla de «atribución del uso de la vivienda».

En el párrafo 1.º del artículo 96 vuelve a insistir en la frase «uso de la vivienda familiar» y el párrafo 3.º lo hace al «uso de tales bienes».

En la circunstancia segunda de las estatuidas por el artículo 103 se dice que habrá de determinarse «cuál de los cónyuges ha de continuar el uso de la vivienda familiar», así como qué medidas cautelares se hayan adoptado «para conservar el derecho de cada uno».

Quizá por tener ideas preconcebidas, no nos hayamos fijado con claridad en el significado de la palabra. Ni la hayamos relacionado con la obligación impuesta por el artículo 91 del Código, de que en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en la ejecución de las mismas —no hay que olvidar que ellas se referirán también a aquel uso— se determine «las cautelas y garantías respectivas, estableciendo

las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiere adoptado ninguna».

El legislador, al utilizar el término «uso», no lo hace en el sentido de denominación de un derecho, y menos del derecho real de uso que, al referirse sólo a inmuebles fructíferos, se aplica únicamente a las fincas rústicas y, a lo sumo y en raros supuestos, a los edificios y empresas industriales. Derecho real lo suficientemente notorio, como para no incurrirse en equívocos en cuanto al mismo por el legislador.

Con esa genérica referencia se ha tratado de conseguir que el cónyuge que conserve, o al que se le atribuya, «la facultad de usar», la tenga en todo caso y en todas las situaciones posibles, siempre en atención a cuál sea el derecho que tenga sobre la vivienda el cónyuge titular de ella, que va a ser privado de aquella facultad de uso. Y dado el que esta capacidad objetiva puede ser muy varia en su duración, amplitud, etc., la referencia a cuál sea lo que se pretende conceder al cónyuge que vaya a usar la vivienda, no puede sintetizarse *a priori* en un derecho determinado, sino que habrá de dejarse a las partes, o al Juez, la facultad de configurar en cada caso concreto el derecho que faculte para ese uso, que se conceda por el cónyuge titular al que no tenga ninguna titularidad sobre el piso, o convenio entre ambos si el piso perteneciere a la sociedad conyugal.

Resulta así que serán los cónyuges o el Juez, en su caso, los encargados de configurar jurídicamente el derecho que se transmita al otro cónyuge, de entre los regulados por nuestra legislación, para lo cual tanto los unos como los otros tendrán en cuenta los requisitos básicos siguientes, los cuales no afectarán en lo demás al derecho que se acuerde:

1.º No es indispensable el conceder ese uso a través de un derecho real, aunque éste se encuentre comprendido dentro del que tenga el concedente sobre la vivienda objeto de él.

2.º El derecho que se conceda tendrá siempre una duración limitada, no pudiendo serlo con carácter indefinido; duración que unas veces será un plazo a día cierto, como resulta del supuesto del párrafo 3.º del artículo 96, y en los demás lo serán a día incierto. Debiendo entenderse que ese «no haber hijos» a que se refiere aquel precepto no es una referencia absoluta, sino sólo a no existir hijos sometidos a la llamada familia nuclear, no teniendo este carácter los que vivan fuera de ella con plena independencia.

3.º Se precisará el carácter de inalienabilidad e inembargabilidad del derecho de que se trate, así como el de personalísimo: todo ello como medida «cautelar» para conservar la finalidad prevista por el legislador respecto a ese derecho (art. 103, 2.º, CC).

4.º Se expresará, al efecto de su constancia registral para su validez contra terceros que el derecho que tenía el cónyuge concedente, el cual ha quedado limitado o minorado por el que se haya transmitido al otro cónyuge, quedará mermado en orden a sus facultades dispositivas, mientras subsista el derecho concedido, en cuanto a no ser posible la enajenación por su titular sin el consentimiento del otro cónyuge, o sea, de aquel de ellos a quien se haya transmitido el derecho que comprenda la facultad de uso de la vivienda familiar (art. 96, párrafo final, CC). En definitiva, la plena venta del piso requerirá el que se enajenen conjuntamente por ambos cónyuges, los derechos concedidos y los que subsistan en el cónyuge concedente.

Respecto a este extremo, conviene precisar que esta prohibición limitada de enajenar se encuentra entre las permitidas por el artículo 26 de la Ley Hipotecaria, pero no como una de las establecidas por la Ley, ya que no resulta evidente en cuanto a cuáles sean los supuestos de que se trate, sino como constituida a título gratuito por imperativo legal. Si bien entendemos que, pese a la generalidad con que se expresa el citado artículo 96, esta garantía sólo procederá cuando el derecho concedido al cónyuge, comprensivo del uso de la vivienda, pueda verse perjudicado por la enajenación del derecho del concedente, no en los demás casos, en los que por inoperancia a este efecto, constituiría un verdadero «abuso del derecho», y éste, cometido por el mismo legislador, si bien susceptible en parte de ser paliado por la autorización judicial, la cual se configura como supletoria de la del otro cónyuge.

Esta prohibición peculiar deberá ser registrada, como propugna LUNA SERRANO y parecen aceptar LACRUZ Y SANCHO (*Elementos de Derecho Civil*, t. IV, pág. 260). Registración de una limitación que, al estar dotada de permanencia, se realizará mediante un asiento de esta característica, o sea, por una inscripción, y no por uno tan transitorio como la anotación que se propugna, por parte de la doctrina. No obstante, en la generalidad de los supuestos, ella estará recogida en forma especial como un elemento del derecho transmitido, en la inscripción que origine el derecho que se transmita al cónyuge no titular de la vivienda familiar.

También conviene aclarar, antes de pasar más adelante en el estudio de ese impreciso derecho que se transmite al cónyuge no titular, que el hecho de que el legislador no permita en este caso la enajenación con la sola afirmación de que no se está enajenando la vivienda habitual de la familia, como el que se prevé por el párrafo 2.º del artículo 1.320 del Código, no es ningún olvido ni puede originar ninguna laguna a completar con una interpretación analógica, como se ha dicho por algunos.

Pese a lo dicho por VENTOSO (*Actos conmemorativos del cincuentenario del...*, ed. 1986, Centro de Estudios Hipotecario, págs. 136 y ss.) y por lo que él cita, dado que la Ley hay que interpretarla por lo que ella dice y no por lo que pensarán decir sus redactores, no es posible aplicar a este supuesto la posibilidad de enajenar la vivienda por declarar el disponente que no es la habitual de la familia, pues si desaparece el matrimonio por el divorcio, mal podrá sostenerse que existe una familia, o sea, una situación superior a la mera existencia de vínculos familiares, la cual, con la utilización habitual de la vivienda, impida su enajenación como libre, pues lo que ya existe es un sujeto de derecho, que ostenta uno que implica ese uso, sin que así tenga ya interés para nada cuál sea el derecho que se haya concedido al resolver judicialmente una de esas situaciones matrimoniales.

Ahora bien, esta discusión nos parece algo bizantina. El párrafo final del artículo 96 del Código dice textualmente: «Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial». Y ello da lugar a unas derivaciones de carácter necesario.

Para que pueda surgir la prohibición habrá tenido que existir un convenio aprobado por el Juez o una decisión judicial sustitutoria, en la que se precise qué es lo que el cónyuge titular de la vivienda transmite al que va a ocuparla con la familiar.

Si lo transmitido fuere algún derecho real limitativo, su sola inscripción impedirá toda actuación jurídica en perjuicio del cónyuge adquirente del mismo, por parte del anterior titular, el cual sólo conservará una titularidad limitada por el derecho que transmitió. La plena enajenación de la vivienda después de esa división de titularidades requerirá el que ambos cónyuges, conjunta o separadamente, enajenen cada uno su derecho, y, en junto, la plena titularidad, como hemos dicho antes.

Si lo transmitido al otro cónyuge fuera sólo el derecho de uso, estaremos en casi idéntica situación, pues lo transmitido será un derecho de comodato, como con más detalle veremos en otro apartado del presente, que ha de respetar el transmitente.

Y si se entendiese que la prohibición de enajenar va encaminada sólo al cónyuge adquirente del uso, estaremos en un reforzamiento del punto 3.º de los que antes hemos expuesto.

En principio, y salvo que el derecho que se le transmita al cónyuge que tiene derecho al uso de la vivienda familiar sea uno de los llamados derechos reales innominados, éste será un derecho real de usufructo, con las peculiaridades que hemos recogido en los cuatro puntos anteriores, o un derecho real de habitación, en el que además de recoger todas las peculiaridades expresadas en aquellos cuatro números, se pacte como

*conditio juris* de él que la ocupación por el habitacionista se extiende a toda la vivienda.

De otra parte, no siendo indispensable el que ese uso habitual que se va a transmitir al otro cónyuge adopte la forma de algún derecho real concreto, tampoco lo es siquiera el que adopte la forma de derecho real genérico.

A ese efecto no estimamos posible el que ese uso se conceda a través de un arrendamiento, pues la falta de toda posible renta desvirtuaría en su totalidad aquel contrato. Pero sí lo será mediante otro contrato que, sin originar un derecho real, permita un uso gratuito de la vivienda. Contrato que nuestro Código denomina y regula como de préstamo de uso de cosa no fungible (como lo es la vivienda), o sea, como un comodato. En el cual predomina el carácter de gratuidad para el comodatario (art. 1.740 CC), que es un requisito ineludible para la transmisión de ese uso al cónyuge no titular de la vivienda familiar por parte del que lo sea.

Parecerá un poco forzado un derecho de comodato recayente sobre un inmueble, pero esto ya está superado. La ley 539 de la Compilación navarra lo admite expresamente, y la doctrina y la jurisprudencia también lo han hecho, incluso esta última, al considerar el precario como una variedad de comodato y admitir con reiteración la posible situación de precarista en las tenencias de inmuebles.

Muchos juristas opinarán que ese contrato está ya obsoleto, pero fuere ello o no cierto, es apropiadísimo para el supuesto que estudiamos, con el cual podrá así recobrar su virtualidad.

Sea cual fuere el derecho real o el obligacional pactado, los gastos ordinarios de conservación y uso, y las contribuciones que procedan como gravamen de la utilización de la cosa, serán de cargo del cónyuge usufructuario (arts. 500 y 504 CC), del habitacionista (art. 527 CC) o del comodatario (art. 1.743 CC).

Finalmente, los estudios hechos hasta ahora sobre esta cuestión de que venimos tratando, ponían mucho hincapié en los supuestos de que el único derecho que se tuviera por uno u otro de los cónyuges fuese el de arrendamiento de la vivienda habitual de la familia, el cual pasaría al cónyuge a quien se le atribuya su uso, bien por pacto o bien por decisión judicial.

La posibilidad de la cesión del contrato de arrendamiento al otro cónyuge que se autoriza por el artículo 24, 1.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y el hecho de que esa facultad de cesión se atribuya al Juez en sustitución del cónyuge obligado a ella, resolvían el problema. Pero ello era así en una situación arrendaticia en la que, como las existentes antes del 30 de abril de 1985, la prórroga de los arrenda-

mientos originaría el que la posible cesión de ellos tuviese un apreciable valor jurídico. Sin embargo, desaparecida por el Real Decreto-ley de esa fecha la prórroga forzosa, estableciéndose la duración de ellos sólo por el plazo estipulado libremente, la cesión de esos arrendamientos tendrá tan menguado contenido que apenas serán tenidos en cuenta en los convenios entre los cónyuges o en la decisión judicial sustitutoria.

### C) REGISTRACIÓN E IMPUESTO

Pasando al problema de la registración del derecho que haya sido concedido y cuya registración es casi obligatoria como la más apropiada medida cautelar o de garantía de aquel derecho, garantía que en general se propugna como indispensable por el artículo 91 del Código; resultará evidente que es plenamente posible la registración de los derechos reales de usufructo o de habitación, no sólo ya por tratarse de derechos reales, sino por disponerse expresamente en cuanto a ellos esa inscripción por el número 2.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria.

El problema surge cuando el negocio realizado se refiera a un comodato. Este es un derecho personal y, por tanto, no inscribible. Pero a pesar de esa evidencia, no debe ella de hacernos olvidar que hay que garantizar al cónyuge al cual se le conceda ese derecho que no va a ser perturbado en su ejercicio en el futuro; para lo cual se nos dirá que para ello puede acudir a cualquiera de las formas de garantía admitidas por la Ley.

No obstante, la disposición adicional novena de la Ley de 7 de julio de 1981, sin distinguir cuál pueda ser el contenido de la sentencia de separación, divorcio o nulidad, contenido que deberá recoger lo procedente sobre esta cuestión, ordena el que a petición de parte se inscriba aquélla. Y si bien no es posible materialmente el inscribirlas cuando no se refieran a inmuebles, si así se hiciese pese a que no contenga un derecho real, cuando se trate de inmuebles, esa inscripción tendrá que hacerse constar en el folio de la vivienda dada en comodato, puesto que es esa registración del contrato la única forma de garantizar, frente a terceros, el que pasen las obligaciones y derechos del comodato a los herederos de los contratantes, como dispone el artículo 1.742 del Código Civil, ya que ese respeto del contrato por los herederos «modifica desde luego» «algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles», como exige para toda registración el artículo 7 del Reglamento Hipotecario.

Nos queda por tratar el aspecto fiscal de la cuestión, materia generalmente olvidada por el legislador civil, pero de tanta importancia en la realidad, que ella puede hacer inoperante una institución nueva, como

ha ocurrido con la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, y en mayor medida aún con las unidades mínimas de cultivo.

Para el problema que nos ocupa nos bastará con transcribir el número 3.º del apartado B) del artículo 48 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (de 30 diciembre 1980), que considera como exentas de este impuesto:

«3. Las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales». Exención de evidente aplicación, dado que estamos ante una adjudicación «ordenada por la Ley», hecha a un cónyuge como pago de los derechos que a él y a sus hijos competen respecto del órgano societario matrimonial, todo ello dentro del principio de protección a la familia que luego aplica el mismo precepto al declarar exentas «las garantías que presten los tutores».

## CONTENIDO DEL DERECHO EN LOS CASOS DE NULIDAD

Todo lo dicho en el supuesto anterior para las separaciones y divorcios, es aplicable íntegramente al presente de nulidad del matrimonio.

La única especialidad radica en que si la vivienda habitual de la familia hubiera sido adquirida a título oneroso por uno de los cónyuges, durante el matrimonio declarado nulo, si en la sentencia de nulidad se hubiese declarado la mala fe de uno solo de los cónyuges, podrá el otro, según dispone el artículo 95, 2.º, del Código, optar por no aplicar a la liquidación del régimen económico matrimonial las normas propias de aquel de que se trate, sino las determinadas por el Código Civil para el «régimen de participación y el (cónyuge) de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte».

Con ello, al adjudicar al cónyuge de buena fe la vivienda familiar que se había adquirido a título oneroso durante el matrimonio, no surgirá ninguna necesidad de convenio ni de restricción en el dominio en cuanto a ella.



## CONTENIDO DE LOS DERECHOS PROTECTORES DURANTE LA VIGENCIA DEL MATRIMONIO

Durante la vigencia del matrimonio son únicamente dos los preceptos determinantes de una protección del uso habitual de la vivienda por la familia. Uno, dado para todos los matrimonios, sea cualquiera el régimen económicos de ellos, como expresamos en el apartado que dedicamos al ámbito territorial de esta especial normación, y que es el básico y casi único, en las legislaciones extranjeras; y otro, dado sólo para los supuestos de existir una sociedad de gananciales. Empecemos por este último.

### A) NORMA APLICABLE SÓLO EN LAS SOCIEDADES DE GANANCIALES

El artículo 1.357 del Código Civil sienta una presunción tajante sobre el carácter de privativos de los bienes adquiridos antes del matrimonio, aunque por haber sido comprados a plazo resultara que algunos de esos plazos se abonaron ya durante el matrimonio, con dinero ganancial. Esto último sólo obligaría a reembolsar a la sociedad de gananciales el importe de los plazos cuyo metálico fuese ganancial (art. 1.358 del CC).

A este principio general sólo se le señala una excepción resultante de aquel artículo 1.358, en relación con el contenido del 1.354, que declara que es aplicable a ella.

A la vista de todo ello, puede concretarse la excepción diciendo: Si lo comprado a plazos antes del matrimonio fuere una vivienda; si después de contraídas las nupcias se destinare la vivienda a residencia habitual de la familia; si dándose esas circunstancias el importe de los plazos entregados fuere dinero ganancial; la titularidad jurídica de la vivienda no será ya la de un bien propio del cónyuge adquirente, sino que se configurará un condominio entre él y su sociedad de gananciales, en el cual las cuotas respectivas se fijarán en proporción a la parte que en el precio de la vivienda correspondan a los pagos gananciales y a los privativos.

No estamos ante una norma dispositiva, sino ante una interpretativa o accesoria de otra. Siendo en ésta en la que se modaliza la interpretación, aplicándole el principio general de derecho informador de todo lo que aquí tratamos, de que ha de mantenerse en cuanto sea posible a la familia en la utilización de la vivienda familiar.

Fijada la conclusión, se notaba la falta de disposiciones reguladoras del modo de llegarse a la pretendida por el legislador. Ello se suplió,

en cuanto a las viviendas inscritas en el Registro de la Propiedad, por la reforma en el Reglamento Hipotecario por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, al estatuir en los párrafos 2.º y 3.º de su artículo 91:

«2. El posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad no alterará la inscripción a favor de éste, si bien en las notas marginales en las que se haga constar con posterioridad, los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado.»

«3. La determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del artículo 1.357, 2, del Código Civil, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges y se practicará mediante nota marginal.»

El precepto adolece de un defecto bastante común en las reformas parciales de leyes de cierta extensión. Redactan con precisión el precepto que recoge el principio que se va a introducir, pero descuidan bastante su entronque con el resto del cuerpo legal en el que va a insertarse.

La nota marginal de haberse realizado el pago de alguno de los plazos convenidos se lleva a efecto en virtud del «consentimiento» del acreedor. Véase para ello el párrafo 2.º del artículo 58 del citado Reglamento. A los interesados en que se extienda esa nota sólo se les reconoce el derecho a instarla. El pago de una deuda puede realizarse legalmente, a veces, por persona distinta al deudor, como puede verse, por ejemplo, en el artículo 1.210 del Código Civil. Pero no sin el consentimiento del acreedor, ya que el único caso en que se autoriza otra cosa es en los supuestos de ofrecimiento de pago y consignación (artículos 1.176 y 1.181 CC), en los que el Juez «sustituye» la voluntad del acreedor renuente, por una causa u otra, a cumplir un deber que tiene derecho a exigir el deudor, pero siempre existiendo previo conocimiento de la voluntad del deudor de cumplir su obligación.

Es plenamente voluntario por parte del deudor comparecer en el documento de pago otorgado por el vendedor y manifestar, no sólo que el metálico del pago es ganancial o presuntivamente tal, sino también el que la vivienda ha pasado a ser habitual de la familia. Ni el Notario que recoge la declaración del acreedor de haber cobrado puede saber, y menos expresar por su propia decisión esas cuestiones, ni el Registrador puede exigirlo, pues al desconocer si se da esa situación, tendría

que exigirla en todos los casos, y a esta interpretación extensiva del precepto es imposible llegar.

Respecto a la determinación de la existencia de una cotitularidad entre el cónyuge comprador y la sociedad de gananciales, así como respecto de la de las cuotas de uno y otra, de la lectura del precepto resulta que este es un acto voluntario de los cónyuges, si bien entendemos que alguno de éstos puede compeler al otro a ese efecto, requiriendo la intervención judicial en caso de negativa, por estarse ante una actuación a que la Ley obliga a los cónyuges.

Hemos de insistir aún en esta falta de adecuación de la nueva norma, o sea, del actual artículo 91 del Reglamento Hipotecario a las restantes del mismo.

El artículo 58 de aquél, referente a la forma de hacer constar en el Registro el pago de los plazos en las compraventas de ese orden; sólo PREVE, como es lógico, la declaración del acreedor de haberlo cobrado, para, a la vista de ella, originar la nota marginal a efecto.

Pero esa declaración de voluntad, que como tal y según el párrafo 2.º del artículo 144 del Reglamento Notarial, tendría que recogerse en una «escritura pública», era susceptible de prestarse en forma predeterminada, como podría ser el pacto en la misma escritura de venta en el que se materializasen los plazos en unas letras de cambio lo suficientemente identificadas, conviniéndose que para acreditar los sucesivos pagos bastaría un acta notarial de estar satisfechas y poder del deudor la letra o letras de que se trate.

Hemos de insistir aún en esta falta de adecuación de la nueva norma, o sea, el actual artículo 91 del Reglamento Hipotecario, a las restantes de ese cuerpo legal.

Hemos visto que el artículo 58 del mismo sólo prevé, como es lógico, la declaración del acreedor de haber cobrado, para con ella originar la nota marginal al efecto. Pero esta declaración de voluntad, que como tal y según el párrafo 2.º del artículo 144 del Reglamento Notarial tendría que recogerse en una «escritura pública», era susceptible de estar predeterminada en cuanto a su forma.

Podría pactarse en la escritura de venta que los diferentes plazos se concretaran en letras de cambio, cuya identificación se recogiese, y que bastaría entonces para originar la nota marginal de pago, el «acta notarial» de estar satisfecha y en poder del deudor la letra o letras de cambio de que se trate.

Ahora bien, el artículo 91 obliga a otra declaración, la de que el pago del plazo de que se trate lo es con dinero privativo o con dinero ganancial; declaración que, como no pudo estar prevista en una compraventa realizada siendo soltero el comprador, constituirá hoy una de-

claración de voluntad, que como tal habrá de adoptar la forma de escritura pública. Declaración que puede hacerse conjuntamente por ambos cónyuges, conforme al párrafo 1.º del artículo 93 del Reglamento Hipotecario, o sólo por el cónyuge comprador, conforme a lo dispuesto por el número 4.º del mismo precepto; pero que en todo caso requerirá la previa de que el piso o vivienda adquirido a plazos, siendo soltero el adquirente, ha sido destinada «a vivienda familiar», lo cual no puede hacerse ya por uno solo de los cónyuges, pues es bastante taxativo al respecto el artículo 70 del Código Civil, al decir que «los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez teniendo en cuenta el interés de la familia».

Y continuando con esa idea, observaremos que también faltan preceptos intermedios para adecuar el otro párrafo del artículo 91 del citado Reglamento, a los restantes del mismo, en concreto al artículo 54.

El artículo 91, 3, se limita a exigir que mediante la declaración conjunta de ambos cónyuges se lleve a efecto la determinación de «la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter de ganancial». Con ello resultará que la cuota indivisa que tenga el carácter de bien privativo, no figurará en forma precisa en el folio registral, sino de forma indirecta, como resto de un todo al que se le ha sustraído la específica cuota ganancial.

Frente a esa imprecisión nos encontramos con un precepto hipotecario de carácter netamente imperativo, el artículo 54 de dicho Reglamento, que aun permitiendo la proindivisión en finca perteneciente a un mismo titular, pero con porciones que «tengan distinto carácter o distinto régimen», exige en todo caso y en forma ineludible que se precise la porción ideal de cada condueño. Debiendo también sobreentenderse, aunque no se diga por el precepto, que esta declaración de comunidad no podrá realizarse hasta que, por ultimación del pago del precio, pueda saberse qué parte de él y de la finca es propia y cuál ganancial.

No hay duda de que pueden armonizarse todos esos preceptos mediante labor de los juristas, no exenta de opiniones contrapuestas, que se refrende al final por la jurisprudencia. ¿Pero por qué no pudieron redactarse los preceptos en forma que resultara aquélla innecesaria?

## **B) NORMA APLICABLE A TODOS LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES**

Esta se encuentra recogida en el artículo 1.320 del Código Civil, incluido en el capítulo dedicado a las disposiciones generales aplicables a todos los regímenes económicos matrimoniales. Transcribimos su contenido, pues es necesario analizar su terminología para comprender el precepto, así como su contenido y alcance.

«Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.»

«La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.»

El artículo es, en muchas de sus expresiones, una copia de los correspondientes daneses y noruegos, como dijimos en el primer apartado del presente.

Su contenido ha sido recogido expresamente en el artículo 51 de la *Compilación aragonesa* (reformada por Ley de 21 mayo 1985; *BOA* del 23) al decir: «Corresponde a cada cónyuge la administración y disposición de sus propios bienes. Pero necesitará el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual o el mobiliario ordinario de la misma, o para sustraerlos al uso común».

Se advierte que estamos ante una prohibición de enajenar. Y de entre las tres recogidas en el artículo 26 de la Ley Hipotecaria en atención a su origen, único precepto en que se recoge esa trilogía y casi único en la normación de estas prohibiciones, como son: las prohibiciones de disponer legales, las judiciales o administrativas y las voluntarias, es obvio que estamos ante una prohibición del grupo de las legales.

Pero las prohibiciones han de clasificarse también, en atención a su contenido, en absolutas y relativas.

En las primeras, la prohibición de enajenar involucra el hecho de que entre las facultades atribuidas normalmente al derecho de dominio, al estar éste sometido a una prohibición de enajenar absoluta, falta la facultad de disponer. No es que ésta pertenezca a otro, o que esté condicionada, sino que no existe, y por eso se dijo por la Resolución de 20 de diciembre de 1929 que estas prohibiciones limitan las facultades del titular de un derecho, sin atribuir por ello un correlativo derecho a otra persona.

En consecuencia, esta prohibición no puede ser eludida mediante una autorización judicial para la venta de bienes de menores (RR de 13 julio 1905, 28 agosto 1907, 23 julio 1924 y 22 junio 1943), ni por una subasta, aunque sea judicial (R de 21 abril 1949), ni incluso por una venta de este orden, pues el Juez, si obra en representación del deudor, aunque lo haga en virtud del imperio que la Ley le atribuye, no puede transmitir más derechos de los que tenía el demandado a quien representa (R de 13 julio 1933), ni siquiera pueden vulnerarse por la

conurrencia de quienes pueden beneficiarse indirectamente de la prohibición (R de 23 marzo 1926). En definitiva, y como dijo el Supremo en Sentencia de 27 de mayo de 1959, estas prohibiciones restringen siempre la capacidad de Derecho, y su violación provoca «la nulidad de pleno derecho del acto o negocio celebrado».

No se requiere más para determinar que la prohibición que se estatuye por el artículo 1.320 del Código es sólo una prohibición relativa. Debiendo entrarse a precisar el alcance de esa relatividad en todos sus extremos.

En primer lugar sólo procederá cuando la vivienda pertenezca a uno solo de los cónyuges, pues a pesar de la defectuosa redacción del precepto, no puede entenderse incluido en el 1.322 sobre capacidad de los cónyuges, como sostiene LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA (*Elementos de Derecho Civil*, t. IV, pág. 31). Es atrayente la idea de que al referirse el 1.322 a los supuestos en que «la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro», comprenda también el supuesto del 1.320; pero ello lo estimamos improcedente.

El consentimiento, diríamos mejor asentimiento, del otro cónyuge, previsto en el artículo 1.320, puede ser «suplido» por la autorización judicial, el del 1.322 no puede ser suplido sino mediante la confirmación expresa o tácita, salvo que la cosa sea ganancial, en que se permite la autorización judicial supletoria (art. 1.377 CC).

El consentimiento del cónyuge no disponente del 1.322 puede ser impugnado por el otro cónyuge o por «sus herederos», en tanto que al 1.320 difícilmente podría aplicársele esto, ni siquiera por analogía, pues si falleciese el cónyuge que debe asentir, no podrían hacerlo los herederos, dado que faltaría ya la base para aplicarlo, pues ya no se estaría ante una vivienda habitual de la familia, al no existir una de éstas con esa dualidad de cónyuges cabeza de familia.

Finalmente, el 1.322 no contempla el supuesto de convalidación a favor del adquirente de buena fe, en base a la manifestación errónea o falsa que se le hizo por el cónyuge enajenante.

En segundo lugar hemos de destacar de nuevo la posibilidad de que el asentimiento a prestarse por el cónyuge no titular es susceptible de ser sustituido por una autorización judicial.

El incumplimiento de esa prestación del asentimiento o autorización judicial, no subsanado por su prestación con posterioridad, al originar sólo una anulabilidad del acto o contrato dispositivo, permitirá el que pueda tener lugar la caducidad de la acción de anulación dentro de los cuatro años siguientes al momento en que el cónyuge de que se trate hubiere tenido conocimiento suficiente de dicho acto, lo que difi-

cilmente podrá dejar de suceder aun sin existir ese consentimiento, dada la posesión real por la familia de la vivienda y del pase de ella al adquirente que la consumación de la enajenación provocaría, o bien contados esos mismos cuatro años desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio (art. 1.301, en relación con el 1.300 CC).

Por último, estamos quizá ante el único precepto sanador de una transmisión por la existencia de buena fe en el adquirente, en que así se reconoce, pues dice que «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe». Y ante esa expresión, hay que destacar que ese tercer adquirente de buena fe a que se refiere el precepto lo es tanto el civil como el hipotecario. Este, si cabe, reforzada su adquisición como plenamente válida, si después de ser tercer adquirente civil adquiere la cualidad de tercer adquirente hipotecario.

Complemento de esta normación civil, y para el supuesto de que todo ello se mueva dentro del aspecto hipotecario, por estar inscrita la vivienda y pretenderse inscribir también su enajenación, tenemos el artículo 91 del Reglamento Hipotecario en la redacción dada al mismo por el Real Decreto de 10 de octubre de 1984, por el que se dice:

«Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda familiar». Fase inicial que ya requiere un comentario por su desacertada redacción.

Lo correcto, dado el contenido del precepto, sería el haberse expresado en esta o parecida forma: Para disponer de la vivienda habitual de la familia, el cónyuge titular de ella... Con ello no habría duda de que ese párrafo del artículo 91 del citado Reglamento se refería al supuesto excepcional del artículo 1.320 del Código.

Pero con la redacción actual, el consentimiento de ambos cónyuges para la enajenación de la vivienda habitual de la familia, se exige: No sólo en forma excepcional, y con suplencia peculiar del que deba ser prestado por el cónyuge del vendedor, a que se refiere el artículo 1.320 citado; sino también cuando la vivienda habitual de la familia perteneciere a la masa de bienes de la comunidad conyugal, tanto si ésta es universal como si lo es de frutos y ganancias, e igualmente tanto si esas dos comunidades lo son de Derecho común del foral. Conclusión imposible. pues en ninguna de ellas es posible sustituir el consentimiento del cónyuge no enajenante, por algo tan poco demostrativo como es la manifestación de no ser la vivienda habitual de la familia, según continúa diciendo el precepto antes transcrito.

La procedencia o no de aplicarse la exigencia del consentimiento enajenador o del asentimiento a éste o la autorización judicial sustituto-

ria la expusimos ya en el apartado anterior del presente que dedicamos al: Ambito territorial de esta especial normación.

Continúa diciendo aquel precepto hipotecario: «Será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges, que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter».

Resto del párrafo que, si cabe, es aún más desafortunado. En primer lugar ha olvidado que también puede realizarse la inscripción si en vez de esa exigencia se acompaña el asentimiento por el cónyuge no titular o la autorización judicial en su defecto, e incluso, excepcionalmente, si se acredita que se ha producido la caducidad de la acción de impugnación del acto anulable.

Por último, la expresión «actos dispositivos», que son los de enajenación limitada, es muy vaga; pero ello ya no es culpa del precepto hipotecario, sino del civil.

De ellos hemos tratado en el apartado: A qué derecho se refieren las limitaciones legales, en conclusiones que resumidas podríamos precisar diciendo: la limitación dispositiva afecta sólo a las enajenaciones que total o parcialmente afecten a impedir el uso normal de una vivienda.

Hemos de recordar que en el subapartado B), Derechos que pueden convenirse, del apartado Contenido de los derechos protectores en las situaciones de separación y divorcio, tratamos de la inexistencia de cualquier similitud entre la prohibición del artículo 1.320 de que ahora hemos tratado, y la del párrafo final del 96, también del Código Civil.

No queremos acabar el presente sin recordar que, al declararse que la vivienda enajenada constituye la habitual de la familia, y consentir en esa enajenación el cónyuge no titular, no se requerirá el que el transmitente declare que el piso o vivienda no está arrendado como exige el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, puesto que el ocuparlo la familia, si la ocupación es total, resulta incompatible con un arrendamiento, y, si es parcial, ella podría, a lo sumo, coexistir con un arrendamiento también parcial, que, al tener este carácter, no puede dar lugar a un retracto arrendaticio, conforme a lo dicho por el artículo 47 de aquella Ley. y, al no existir posibilidad de que surja un derecho de retracto arrendaticio, no será posible aplicar aquel otro artículo 55 que recoge la exigencia de la aludida declaración (o la notificación que él prevee en su caso).

E igualmente, dado que en la casi totalidad de los casos que se plantean, la vivienda habitual de la familia será un piso de un edificio en propiedad horizontal, habrá de estarse a lo dispuesto en el nuevo párrafo 2.º de la obligación quinta del artículo 9.º de la Ley de Propiedad



Horizontal (de 21 julio 1960), añadido por la Ley de 23 de febrero de 1988, reformadora de aquella otra, por el que se dispone: «En la escritura por la que se transmite el piso o local a título oneroso deberá el transmitente declarar hallarse al corriente en el pago de los gastos, o, en su caso, expresar los que adeudare; el transmitente a título oneroso quedará sujeto a la obligación legal de saneamiento o por la carga no aparente de los gastos a cuyo pago esté afecto el piso o local».

El contenido de ese nuevo párrafo y, a la vista del anterior a él, no modificado por la reforma, nos parece de Derecho necesario. Pero de todas formas, siguiendo la misma tónica que manifestamos antes, hemos de decir que se realizan las reformas legales, sin preocuparse apenas de su entronque con el resto de la legislación, y así, en ésta ha quedado sin precisar si procederá o no aplicar ese nuevo párrafo a las enajenaciones forzosas, tanto judiciales como por apremios fiscales, etc., y, en caso afirmativo, quien cumplirá esa obligación, dado que difícilmente podría serlo el titular del piso transmitido, pues generalmente se encontrará en situación de rebeldía judicial o de no presencia en el expediente administrativo. Cuestiones en las que no debemos entrar ahora, por no encajar plenamente en la estudiada en este trabajo, teniéndonos así que limitar a esta breve alusión.

Una última cuestión relativa a estos dos preceptos, el artículo 1.320 del Código y el 91 del Reglamento Hipotecario, es la resuelta por la Resolución de 17 de diciembre de 1987 (BOE de 2 febrero 1988).

Abordó la misma la cuestión de si la declaración exigida por el artículo 91 citado en los casos de venta por apoderado se entenderían confederadas implícitamente a éste o requerirían manifestación expresa del poderdante en el poder o en otro documento al efecto. La acertada postura de la resolución quedó sintetizada en el párrafo que transcribimos:

«2. Debe entenderse, si no se quiere dificultar el tráfico injustificadamente, que quien tiene poder por Ley —y lo mismo debe concluirse respecto al apoderado voluntario— para vender una finca tiene, también, poder para realizar, por el representado, las declaraciones que ordinariamente han de realizar los vendedores, conforme al Código y a la legislación notarial o registral, a fin de que el acto de la venta sea debidamente escriturado e inscrito. Entre estas declaraciones puede estar la expresión de la casa que constituye la residencia habitual del representado (cfr. artículos 156, 4.º y 6.º, y 1, 62 RN), y otras relativas a la finca misma, entre las que debe destacarse ahora 'la designación de las cargas o gravámenes y, en general, la de toda clase de responsabilidad a que puedan estar afectos los bienes objeto del contrato' (cfr. ar-

título 175 RN). Por lo mismo deben también incluirse otras declaraciones, como la que prevé el artículo 91 del Reglamento Hipotecario, pues se refiere a una situación que, por su naturaleza, no debe tener, para el acto de la venta y para los terceros, mayor relevancia que las cargas reales; como habría de incluir incluso las relativas a la situación arrendaticia de la finca vendida (cfr. artículos 55 LAU y 91 LAR), a pesar de la posible mayor trascendencia que para el adquirente tendría la falsedad de la declaración.»

### CONTENIDO DE LOS DERECHOS PROTECTORES AL DISOLVERSE UNA SOCIEDAD DE GANANCIALES

La protección al cónyuge supérstite es antigua, aunque es ahora cuando ha alcanzado más importancia y extensión.

Nuestro Código, antes de la reforma de 13 de mayo de 1981, concedía a la viuda, con cargo al caudal hereditario o al de la herencia del marido, los vestidos de luto (arts. 1.379 y 1.427 CC en su anterior redacción). Y al cónyuge sobreviviente, fuese el marido o la mujer, le atribuía el derecho a recibir, sin incluirse en el inventario de los bienes gananciales, el lecho, las ropas y los vestidos de uso ordinario (artículo 1.420 CC en su anterior redacción).

Hoy, la protección al cónyuge viudo, sea cual fuere y, por ende, a la familia, es más amplia.

En orden al patrimonio mobiliario y sin tener en consideración la clase de régimen económico matrimonial que regía entre los cónyuges, ordena que al fallecer uno de los cónyuges, «las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregará al que sobreviva sin computárselo en su haber», y entendiéndose legalmente que no se comprenderán en ese ajuar «las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor» (artículo 1.321 CC, redacción de la Ley de 1981).

Sin entrar más a fondo en el contenido del precepto, pues nos venimos ocupando únicamente de los inmuebles, sólo diremos que nos parece estar ante un legado legal.

La otra protección involucra ya la existencia de una sociedad de gananciales, en cuya liquidación actúa. Y de cuyas medidas de protección excluimos tratar aquí del local en que se ejerce la profesión (artículo 1.406, 3.º, CC), por no referirse el mismo a la vivienda familiar de que tratamos.

La protección de la vivienda la recoge el Código en la siguiente forma:

«Art. 1.406. Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: .....

4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual.»

Sobrentendiéndose en ese precepto lo que se dice por la Compilación navarra de que la vivienda de que se trate y respecto a la que se ejercite el derecho de preferente adjudicación, fuere ganancial, pues es obvio que, en otro caso, no entrará en el haber liquidable de esa sociedad.

Esta disposición a la que al principio del presente denominados derecho de preferente adjudicación, no se le configura como obligatoria para el cónyuge que pueda ejercitarla, sino como potestativa. Se dice «tendrá derecho», pero, por ende, éste podrá ser renunciado, conforme al artículo 6.º, 2, del Código, sin que su redacción haya sido de otra parte la de una norma imperativa que anularía de pleno derecho todo acto que no la respetara, según dispone el mismo artículo 6.º, 3. La utilización o no de esa facultad no será motivo para calificar de defectuosa la liquidación de una sociedad de gananciales en la que el cónyuge viudo no la ejercite.

Completando el precepto, se prevé en el siguiente artículo 1.407 que el cónyuge pueda pedir esa adjudicación, bien propiedad o bien en un derecho de habitación a su favor, todo dentro de su haber y abonando en dinero el exceso que sobre él pueda suponer esa adjudicación.

Parece que hemos silenciado la posibilidad de atribuirse al cónyuge un derecho «de uso», que repudiamos en apartados anteriores como forma de recoger la utilización de la vivienda familiar, pero ello está justificado. El artículo 1.407 se refiere a los supuestos 3.º y 4.º del artículo 1.406, o sea, a la adjudicación al cónyuge del local donde estuviera ejercitando su profesión o de la vivienda habitual. El «uso o habitación» de que trata el 1.407 se referirá a uno y otro derecho de utilización, según la naturaleza de la cosa.

Pese a la aparente limitación en la aplicación de este beneficio al cónyuge sobreviviente, que aparentemente lo será donde rija el Derecho civil común, que es donde se determina como régimen matrimonial supletorio el de gananciales. Hemos de entender que siempre que se apliquen las normas del Código sobre la sociedad de gananciales, sin hacerse exclusiones, se aplicarán los preceptos indicados. Ello ocurre en Cataluña, donde se dispone por el artículo 52 de su Compilación:

«Para que exista sociedad de gananciales es necesario estipularla expresamente en capitulaciones matrimoniales, rigiéndose por lo pactado y en defecto de pacto por las normas del Código Civil.»

De otra parte, si no la norma, sí el principio, es recogido también en algunas Compilaciones forales. Y así, casi en copia literal respecto a esta cuestión, se dice en la navarra:

«Ley 91. *Adjudicación preferente.*

En la liquidación de la sociedad de conquistas, cada cónyuge tendrá derecho a que le sean adjudicados en pago de su haber, hasta donde éste alcance, los siguientes bienes, siempre que tuvieran la condición de comunes:

.....  
5) En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda que fuere la residencia habitual de matrimonio.

En los casos de los números 1), 4) y 5) el cónyuge viudo podrá exigir que se le atribuyan los bienes en propiedad o sólo el derecho de uso o habitación sobre los mismos»... «El cónyuge viudo de segundas o posteriores nupcias del finado no podrá exigir el uso o la habitación respecto a los bienes adjudicados a los hijos o descendientes de anterior matrimonio del difunto.»

BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE

Registrador de la Propiedad  
Académico de Número de la Real Academia  
de Jurisprudencia y Legislación de Granada

# Aproximación a la idea del REMIC: Estructura, contenido, funcionamiento y efectos. El Boletín Oficial del Registro Mercantil

Uno de los aspectos más interesantes de la próxima reforma del Derecho mercantil, tanto desde el punto de vista estrictamente registral como desde el jurídico material, está constituido, sin duda alguna, por el denominado en el argot jurídico REMIC, o Registro Mercantil Informativo Central, y su consecuencia más importante, el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, en anagrama *BOREM*.

Así, el artículo 18 del Proyecto de Ley de reforma parcial del Código de Comercio previene que «dentro de los dos días siguientes a aquél en que se hayan practicado los asientos registrales, se comunicarán por los respectivos Registros Mercantiles a un Registro Central, que dispondrá de un Boletín Oficial en el que se publicará necesariamente un extracto o mención de los datos esenciales de los asientos practicados en los Registros Mercantiles. Una vez realizada la publicación en el Boletín Oficial, se hará constar ésta en el Registro Mercantil correspondiente».

En nuestro ordenamiento jurídico, la definición del conglomerado REMIC-BOREM no constituye, *estricto sensu*, una auténtica novedad, porque ya el vigente artículo 16 del Código de Comercio señala en su último párrafo que «en la Dirección General de los Registros y del Notariado existirá un registro central de carácter informativo cuyo alcance y funcionamiento se regulará en el Reglamento del Registro Mercantil». En el mismo sentido, el párrafo 2.º del artículo 30 establece que «se publicará un *Boletín Oficial del Registro Mercantil* en el que se dará información suficiente de los datos esenciales del Registro Central que

el Reglamento determine, y en el que se insertarán, además, aquellos anuncios y avisos que establezcan las disposiciones en vigor».

Sin embargo, este mandato legal, a pesar de los quince años transcurridos (fue introducido por la Ley de 21 de julio de 1973), no se ha llevado a efecto, y es ahora, con la entrada de España en las Comunidades Europeas y la necesaria adaptación de nuestra legislación mercantil al Derecho comunitario cuando se pretende su puesta en vigor, si bien con una diferencia fundamental, y es que mientras que la incorporación del REMIC y del boletín no hubiera supuesto una alteración sustantiva en el sistema de publicidad legal contemplado en los artículos 24 y siguientes del Código de Comercio y artículo 2 del Reglamento del Registro Mercantil, ahora este sistema se va a ver profundamente afectado por las Directivas de la Comunidad.

El REMIC tiene su origen en la primera Directiva comunitaria en materia de sociedades mercantiles adoptada por el Consejo de Ministros de las Comunidades el 9 de marzo de 1968, la cual, entre otros aspectos, determina sintéticamente que los actos e indicaciones relativos a la constitución y funcionamiento de las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones habrán de ser objeto de publicidad obligatoria, imponiendo, como medio para hacerla efectiva, la inserción de tales datos en el boletín oficial que determine cada Estado miembro, con la trascendencia sustantiva que resulte de la oponibilidad frente a terceros de los actos e indicaciones, desde el momento en que tenga lugar dicha publicación (art. 3, núms. 4 y 5).

Es decir, lo que realmente ordena la Directiva es la creación, en cada Estado comunitario de un boletín especial *ad hoc*, como medio formal obligatorio de la publicidad legal, de modo que los actos e indicaciones de una sociedad que la misma prevé, sólo serán oponibles a tercero a partir de la fecha de su publicación en dicho boletín. No impone, por tanto, la existencia de ningún registro central o unificado, limitándose, en esta materia, a señalar en su artículo 3, números 1 y 2, que «en cada Estado miembro se abrirá un expediente para cada sociedad, en un registro central, o en el registro de comercio o registro de las empresas. Todos los actos e indicaciones sujetos a la obligación de publicidad, conforme al artículo 2, se incluirán en el expediente o se transcribirán en el Registro; en cualquier caso, del expediente deberá resultar el objeto de la transcripción hecha en el Registro».

Sin embargo, el legislador español ha entendido que este boletín requiere como presupuesto y soporte técnico imprescindibles un Registro de estas características, que almacene toda la información a publicar, y que además sirva para subsanar una de las más incómodas lagunas de nuestro Registro Mercantil (RM), como es la necesidad de tener que

conocer previamente el domicilio de una sociedad para acudir al RM correspondiente, en busca de la información deseada.

Para tener una idea aproximada de lo que el REMIC significa, y en vista de los trabajos llevados a cabo por la Comisión que, en la Dirección General de los Registros y del Notariado, estudió este tema, dividiremos su exposición en cuatro apartados: estructura, contenido, funcionamiento y efectos.

## ESTRUCTURA

El REMIC se configura como un Registro único para todo el territorio nacional, ubicado en Madrid, que funciona bajo la dependencia del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y que tiene por finalidad la ordenación, en forma que permita su consulta y publicidad, de los datos de las inscripciones registrales que reglamentariamente se determinen; la publicación del *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y la de cualesquiera otros datos que por disposición legal se le encomiende.

Es decir, la estructura del REMIC responde a su triple finalidad: a) almacenamiento y archivo de una serie de datos provenientes de todos los RRMM de España; b) publicación del *BOREM*, y c) publicidad de su contenido a través de la expedición de notas simples informativas.

A este respecto hay que señalar que esta es una de las posibles definiciones del REMIC, ya que, apriorísticamente, se le podía haber situado en otras dos posiciones:

1. Como un archivo general y duplicado de la totalidad de las inscripciones que se practiquen en los RRMM.
2. Como un índice de sociedades, en el que, por su denominación, constarán su domicilio y datos registrales.

La primera solución se rechazó por varias razones. En primer lugar, porque no se ve la utilidad de trasvasar al REMIC el total contenido de los RRMM, si tenemos en cuenta que siendo éste, fundamentalmente, un soporte técnico del boletín, carece de sentido alimentarle con una información que después no se va a publicar. Y ello sin contar la enorme complejidad técnica y material que supondría el llevar a cabo el trasvase de tal cantidad de información. En segundo lugar, porque, aun admitiendo esta posibilidad, resulta irracional pretender sacar a la luz un boletín periódico que contuviera todas y cada una de las inscripciones registrales, y, en fin, porque la Directiva tampoco exige tal cosa,

sino la publicación de «determinados actos e indicaciones», los que la misma previene, pero no la creación de un Registro de esa naturaleza.

La segunda solución, la más fácil y sencilla, no se admitió por razones opuestas a las que se acaban de exponer, y si bien hubiera sido la más idónea para dar cumplimiento a lo previsto en la Ley de 21 de julio de 1973 —como paso previo al sistema que ahora se implanta—, es lo cierto que el mandato de la Directiva de publicar un boletín que contenga una serie de hechos y actos relativos a las sociedades, y generador de determinados efectos jurídicos, impide confeccionarlo con meras referencias registrales.

Estos razonamientos obligaron a contemplar una tercera vía, intermedia, según la cual el REMIC se estructuraría, ciertamente, como un inmenso índice de todas las sociedades (incluso con recuperación de las ya inscritas), pero sobre las que se reflejarían, únicamente y de forma extractada, alguna de sus vicisitudes, las más importantes relacionadas con su constitución y funcionamiento, de forma que el REMIC sea capaz de ofrecer, en cada momento, una imagen precisa de la situación jurídica y financiera de la sociedad.

La estructura interna del REMIC está, todavía, por determinar. En los anteproyectos y estudios del Reglamentos y Ordenes ministeriales que yo he conocido sólo aparece con claridad la figura del «Encargado», como máximo responsable del mismo, pero sin que esté regulada su procedencia ni forma de nombramiento. Tampoco está perfilado su organigrama ni su dirección técnica. Aquí me limito a recordar las palabras de un ilustre mercantilista, AURELIO MENÉNDEZ, que, en un reciente ciclo de conferencias organizado por los Colegios Notarial de Madrid y de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en colaboración con la Universidad Complutense, reclamaba para nuestra Corporación la gestión de esta nueva institución, por razones de eficacia y de seguridad jurídica.

En su aspecto externo, la conexión entre el REMIC y los RRMM se prevé en el futuro totalmente informatizada, y no sólo para lograr la mayor rapidez y seguridad en los movimientos de información, sino para facilitar al usuario el acceso al dato que desee, desde cualquier RM, con independencia del Registro en que la sociedad se halle inscrita. Sin embargo, esta previsión exige una serie de medios técnicos y humanos altamente especializados, no susceptibles de improvisación, por lo que la situación actual y la prudencia aconsejan comenzar por un sistema de fichas, ya conocido de los Registradores, y sobre el que se dispone de la necesaria experiencia, dejando para una fase posterior su informatización total.

Estas fichas o impresos, que en principio van a ser el nexo de unión



entre los RRMM y el REMIC, tendrían aproximadamente las siguientes características: por cada Registro seguirán una numeración correlativa dentro del año natural, sin distinguir el tipo de acto o indicación reflejada ni el modelo utilizado; dicho número, junto con el de las hojas de que conste se consignará en el margen superior del impreso; en su cabecera llevarán estampado el sello del respectivo Registro, y su remisión se hará constar por nota al margen del asiento correspondiente, con expresión del número de impresos remitidos (un solo asiento puede originar varias fichas). La misma nota figurará al pie del título despachado. Mensualmente, y a los efectos de comprobación y control, los Registros enviarán al REMIC un parte expresivo de los impresos remitidos, indicando en forma global o pormenorizada, en su caso, su numeración respectiva. Los impresos constarán de un triple ejemplar autoadhesivo: uno se remitirá al REMIC, otro quedará archivado por plazo de un año en el RM y el tercero se entregará al interesado al serle despachado el título para que él mismo pueda controlar su correcta publicación. El REMIC, al tiempo de recibir los impresos cumplimentados en los RRMM, asignará a éstos un número de entrada y su fecha, llevando un fichero de seguimiento, para hacer constar los datos relativos a la fecha de su recepción, identificación de los impresos e información remitidas por cada RM.

Habrà diferentes clases de modelos de impresos, según la clase de acto o indicación de que se trate, para facilitar su cumplimentación.

## C O N T E N I D O

Antes hemos hecho referencia a las tres posiciones en las que, teóricamente, podría situarse el REMIC. optándose por el criterio de incorporarle únicamente los datos a publicar por el boletín. Como resulta obvio que éste no puede ser, en cuanto a su tamaño, peso y dimensiones, una especie de guía telefónica monstruosa, queda excluida la reproducción íntegra, no ya de todas las inscripciones, sino la de una sola inscripción. Esta solución, acorde con el mandato de la primera Directiva, deja abierto el problema, a pesar de ello, de su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, dicha Directiva establece en su artículo 2, 1.: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que la obligación de publicidad en las sociedades se refiera, al menos, a los actos e indicaciones siguientes:

- a) El acto constitutivo y los estatutos, si éstos fueran objeto de documento separado.

- b) Las modificaciones de los actos enumerados en el apartado a) incluida la prórroga de la sociedad.
- c) En cualquier modificación del acto constitutivo o de los estatutos, el texto íntegro del acto modificado en su nueva redacción.
- d) El nombramiento e identidad, así como el cese en sus funciones, de las personas que, como órganos previstos por la Ley, o como miembros de tales órganos:

- tengan el poder de obligar a la sociedad frente a terceros y de representarla en juicio;
- participen en la administración, inspección o control de la sociedad.

Las normas de publicidad deberán precisar si las personas que tienen el poder de obligar a la sociedad pueden actuar solas o si deben actuar conjuntamente.

- e) Al menos una vez al año la cifra del capital suscrito, cuando el acto constitutivo o los estatutos mencionen un capital autorizado, salvo que todo aumento de capital suscrito implique una modificación de los estatutos.
- f) El balance y la cuenta de pérdidas y ganancias de cada ejercicio. El documento que contenga el balance deberá indicar las circunstancias personales de quienes, con arreglo a la ley, estén obligados a certificar el balance. (A continuación una serie de precisiones sobre las sociedades de responsabilidad limitada del Derecho alemán, belga, francés, italiano y luxemburgués, así como para las sociedades anónimas cerradas del Derecho holandés, que no hacen al caso.)
- g) Cualquier cambio del domicilio social.
- h) La disolución de la sociedad.
- i) La Sentencia que declare la nulidad de la sociedad.
- j) Los nombres y circunstancias personales de los liquidadores y sus facultades respectivas, a menos que tales facultades resulten expresa y exclusivamente de la Ley o de los estatutos.
- k) El fin de la liquidación y la cancelación en el Registro en los Estados miembros en que esta última produzca efectos jurídicos».

Como fácilmente se puede deducir de esta prolija enumeración, hay supuestos como los comprendidos en los apartados a), b) c) o f) que son de imposible aplicación *ad pedem literae*: no es técnicamente factible editar un boletín que contenga, completas, las escrituras de constitución y los estatutos de todas las sociedades, por lo que, teniendo en

cuenta que el contenido del REMIC no es otro que el del boletín, se desechó la idea de una aplicación a rajatabla de la Directiva en todos sus términos. Había que buscar un punto intermedio en el que, respetando su esencia, fuera posible compaginarla con las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico y las exigencias técnicas de un boletín que resulte posible de manejar.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que las Directivas, dentro del catálogo de las fuentes comunitarias, y según dispone el artículo 189, 3, del Tratado de Roma —a diferencia de los reglamentos, que son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro— permiten a los Estados acomodar la forma y los medios de su aplicación; obligan en cuanto al resultado que debe conseguirse, pero dejando a salvo la competencia de los órganos nacionales para su adaptación.

Además, esta Directiva, que, no olvidemos, data ya de veinte años, está contemplando la existencia de unos Registros mucho más atrasados que nuestro RM. Así, el artículo 3 de la misma señala que «en cada Estado miembro se abrirá un expediente en un Registro central, o bien en un Registro Mercantil o Registro de Sociedades, por cada una de las sociedades inscritas». Sin perjuicio de que quepan otras interpretaciones, a *prima facie*, del precepto transcrito resulta que se piensa en una especie de fichero índice de sociedades en el que se abra una carpeta o caja para cada una de ellas donde se almacenarían todos los documentos públicos, privados, judiciales y administrativos que le afecten. Hasta aquí, lo que se pretende es ordenar todo este archivo y darlo a conocer a través de una publicación oficial, con los consiguientes efectos jurídicos. No es este, desde luego, el caso del RM español ni de la publicidad que ofrece. Por ello, el legislador, consciente de este problema, ha tomado una postura congruente, que compagina el mandato comunitario con su aplicación práctica, y así, el artículo 18 del Proyecto de Ley de reforma parcial del Código de Comercio prevé que «el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* publicará... un extracto o mención de los datos esenciales de los asientos», es decir, no de la totalidad de los mismos.

Aún así, y rechazando la tesis de una transcripción íntegra de las escrituras de constitución y de los estatutos al REMIC, se planteó otro problema de gran magnitud: ¿Cómo extraer el objeto de una sociedad? ¿Es posible desglosarlo y reducirlo al impreso que ha de enviarse? Teóricamente al menos existen varias soluciones, por ejemplo, incluir únicamente el objeto principal, despreciando los restantes, lo cual nos conduce directamente a una nueva interrogante, como es la manera de averiguar cuál sea éste de entre los previstos estatutariamente: otra solu-

ción sería considerar como objeto principal el primero de los que se citen; cabría también codificar los objetos sobre la base de los criterios que utiliza la Hacienda Pública para conceder la licencia fiscal..., incluso se pensó en pergeñar un concepto nuevo, no jurídico, el de «actividad social básica», que elaboraría el Registrador como una verdadera amalgama de todos los objetos sociales. Todos estos criterios, y otros más, fueron, finalmente, desechados. Efectivamente, si lo que se pretende es que el REMIC recoja con la mayor exactitud posible un cierto contenido de los libros registrales, no se puede permitir manipulación alguna que pueda desnaturalizar las normas, pactos y fines que las partes han decidido libremente establecer al tiempo de constituir una sociedad, sobre todo si tenemos en cuenta que esos pactos, cuando se publiquen en el boletín, van a ser oponibles a terceros.

Por tanto, y después de examinar este problema en profundidad, pues es, probablemente, el más serio de los que plantea la incorporación y adaptación de la primera Directiva, se tomó la decisión de excluir el objeto social de los datos que deberían incluir el REMIC y publicar el boletín, estimándose, por el contrario, como de inclusión necesaria los siguientes:

- la constitución de la sociedad;
- el hecho del depósito del programa fundacional;
- denominación, duración, con la fecha del comienzo de sus operaciones y domicilio;
- cifra de capital suscrito y desembolsado;
- órganos sociales de administración, vigilancia y control, identidad de sus miembros, fecha de nombramiento y duración del cargo;
- modificación de cualquiera de los datos e indicaciones anteriores;
- transformación y fusión;
- cuentas anuales y otros documentos contables en forma de mención de su depósito;
- suspensiones de pagos y quiebras;
- disolución;
- nombramiento e identidad de los liquidadores;
- nulidad de la sociedad, judicialmente declarada;
- liquidación y cancelación de los asientos registrales;
- datos registrales de la sociedad.

Entendemos que todavía podrían haberse reducido más, limitándolos a lo imprescindible: la denominación de la sociedad, fecha de constitución, domicilio, capital suscrito y desembolsado y liquidación, junto con una referencia genérica o «algún estado especial», en el que se

incluirían las suspensiones de pagos, quiebras, nulidad, disolución y transformación, parecen suficientes para que el REMIC cumpla plenamente su función, que no es otra que la de informar, en un primer nivel básico, de los datos fundamentales de la sociedad, y orientar al que tenga interés en un conocimiento más profundo o detallado, al RM competente, donde el dato a consultar consta en toda su extensión. Además, al reducir el número de impresos y simplificar su confección, se agilizaría todo el proceso, disminuyendo las posibilidades de error.

## F U N C I O N A M I E N T O

Puede resultar pretencioso describir el funcionamiento de un organismo que ni siquiera está legalmente constituido, sino en fase de proyecto, y que aún, antes de ver la luz, será objeto, probablemente, de diversas modificaciones sobre el esquema que estamos dibujando. Sin embargo, algunas cosas pueden adelantarse.

Hemos visto cómo el REMIC recibe de los distintos RRMM un extracto de algunas inscripciones para almacenarlas y publicarlas. Esta publicación tiene dos variantes: de oficio, a través del *BOREM*, del que más adelante nos ocuparemos, y a instancia de parte, mediante la expedición de «simples notas informativas», según dispone el último párrafo del artículo 23 del Proyecto de Ley de reforma del Código de Comercio. El Anteproyecto de Reglamento del REMIC que conozca preveía, también, que la publicidad podría hacerse efectiva «por consulta interactiva a su base de datos en la forma que determinara el Ministerio de Justicia», pensando en la obtención informática y directa de estos datos, sobre todo en vía de regreso del REMIC a los RRMM. Esta es una cuestión fundamental, porque si una de las finalidades que se persiguen con el REMIC es llenar la laguna de nuestro sistema de publicidad —que requiere el conocimiento del domicilio de la sociedad como requisito *sine qua non* para averiguar en qué RM se halla inscrita— y facilitar así la creación de la llamada «ventanilla única», se hace imprescindible establecer esta doble comunicación entre el REMIC y los Registros Mercantiles, de tal modo que el interesado pueda conocer en cualquier RM la información básica de una sociedad, sea cual sea su domicilio.

Ahora bien, esta posibilidad requiere la informatización de todo el proceso, por lo que en una primera fase, al efectuarse la conexión por medio de fichas, el flujo de la información discurre en una sola dirección, la que comienza con la práctica del asiento registral y termina en el *BOREM*. (Ello no obsta para que, una vez que comience a funcionar,

el REMIC pueda resolver el problema del domicilio de las sociedades, a medida que éstas vayan incorporándose a su archivo.)

Una vez practicado el asiento, un extracto del mismo se plasmará en el impreso, ya encasillado, al que hemos hecho referencia; dentro del plazo legal —dos días a partir de la fecha de la inscripción, según el nuevo artículo 18 del Código de Comercio—, éste se enviará al REMIC, que lo archivará y publicará posteriormente, bien a través del *BOREM*, bien a través de las notas informativas que expida. La mecánica del proceso es ya conocida de los Registradores Mercantiles. La novedad estriba en la mayor complejidad del impreso, y especialmente en que la remisión se hará constar al pie del título que lo motivó y al margen de la correspondiente inscripción. Se ha entendido que este es el mejor modo de conectar ambas instituciones, REMIC y RRMM, y que la nota al margen puede alcanzar gran importancia caso de que el REMIC no reciba el dato o lo publique incorrectamente. Por otra parte, es el medio idóneo para acreditar el cumplimiento de los plazos legales y ofrece al interesado una garantía complementaria de su derecho, como es que el extracto de la inscripción se ha remitido al REMIC para su publicación. En su caso, permitirá delimitar responsabilidades ante posibles errores.

Una vez el REMIC reciba el impreso lo almacenará en su índice informatizado, en el lugar correspondiente a la sociedad de que se trate. Si la ficha fuera defectuosa, por carecer de los requisitos necesarios, incompleta o ilegible, se rechazarían sin su toma de razón, poniéndolo en conocimiento del RM remitente, mediante la oportuna comunicación. Cuando del cotejo del impreso con el contenido del REMIC, resultara alguna discordancia, se oficiará al Registrador Mercantil para que subsane el error o la omisión, pero sin paralizar por ello la publicación del dato, si éste es congruente con la realidad jurídica. (De ahí que no pueda hablarse de tracto.) El Registrador, entonces, aclarará el contenido del impreso, lo rectificará o remitirá uno nuevo, haciéndolo constar por nota marginal. (Hay previsto un modelo de ficha de rectificación de errores.) Si el error tiene su origen en el REMIC, éste lo subsanará de oficio.

## E F E C T O S

Al tratar de los efectos del REMIC hay que tener en cuenta dos aspectos: el REMIC en sí mismo considerado y el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*.

En cuanto al primer aspecto, hay que señalar que el REMIC es un Registro de naturaleza administrativa, que, como hemos venido sos-

teniendo, se sitúa como un puente entre los RRMM y el *BOREM*, y cuya finalidad es el almacenamiento y posterior publicación, por sí, y a través del boletín, de la información que recibe. La eficacia de sus publicaciones se determina en el artículo 23 del Proyecto de Ley de reforma del Código de Comercio, apartado último: «El Registro Central sólo podrá expedir simples notas informativas».

Ello es consecuencia lógica del sistema previsto en el artículo 22 del mismo Código, conforme al cual existe una doble fuente en orden a la producción de efectos: la inscripción, y la publicación en el *BOREM*, como especialidad en cuanto a la fecha a partir de la cual algunos datos registrales son oponibles a tercero. Por tanto, cuando el REMIC expida notas o certificados de su archivo fuera del ámbito del boletín, éstas no pueden tener otro valor que el puramente informativo. Efectivamente, en el REMIC «no se inscribe nada», sino que se traslada un cierto contenido de las inscripciones que se practican en otros Registros, los Mercantiles, de modo que el traslado de esta información nada añade a la eficacia que la propia inscripción pueda tener. No obstante, estas notas, al provenir de un organismo público y ser reflejo de las inscripciones practicadas en los RRMM, que están bajo la salvaguardia de los Tribunales, gozan de una presunción de veracidad y exactitud *iuris tantum*, en términos semejantes a las notas que expiden los Registros de la Propiedad y Mercantiles.

En cuanto al segundo de los aspectos citados, es decir, al *BOREM*, constituye, sin duda alguna, el de mayor enjundia jurídica de todos los relativos al REMIC. Está contemplado en el artículo 22 del futuro Código de Comercio: «Sin perjuicio de los efectos de la inscripción cuando ésta sea obligatoria, las escrituras y demás actos y documentos sujetos a inscripción, sólo serán oponibles a los terceros de buena fe después de la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*.

»Esta publicación no será oponible para actos realizados antes del decimosexto día siguiente a aquel en que la publicación tuviera lugar, frente a terceros que prueben que les fue imposible conocer los hechos inscritos y publicados.

»Cuando las escrituras y demás actos y documentos a que se refiere este artículo sean publicados en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* con un contenido diferente al que aparece inscrito en el Registro, esa publicación no podrá ser opuesta a los terceros de buena fe, pero éstos podrán utilizarla en lo favorable.

»Las escrituras y demás actos y documentos sujetos a inscripción que no hayan sido inscritos y publicados no podrán ser opuestos a terceros de buena fe, pero éstos podrán invocarlos en lo favorable, a menos que la falta de publicidad legal les prive de efectos.»

La legislación española recoge, pues, la creación del *Boletín del Registro Mercantil*, como antes lo hicieron sus homónimas europeas, todas ellas en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 6 de la primera Directiva, según el cual «los actos e indicaciones que se mencionan en el apartado segundo (más arriba transcrito), serán objeto de una publicación íntegra, o en extracto, o bien bajo la forma de una mención que señale el depósito del documento en el expediente o su transcripción en el Registro, en el boletín oficial designado por el Estado miembro».

El *Boletín Oficial del Registro Mercantil* español, al que denominamos en anagrama *BOREM*, será una publicación periódica que se distribuirá al público mediante suscripción o por venta directa de ejemplares sueltos, y que tiene por objeto la publicación de los datos e indicaciones que reglamentariamente se determinen, así como los anuncios y avisos que establezcan las disposiciones en vigor. Su periodicidad, formato y características técnicas serán fijadas por Orden ministerial.

Su finalidad es doble: por un lado, publicar la información procedente de los RRMM y archivada en el REMIC, y, por otro, sustituir al *Boletín Oficial del Estado* en todas aquellas misiones que ahora le encomienda la Ley de Sociedades Anónimas (convocatorias de Juntas, Orden del Día, acuerdos de disolución, etc...). En su caso, también podrá publicar verdadera propaganda de las sociedades, como medio de financiación adicional.

La primera finalidad es la de mayor importancia, pues es donde encuentra su auténtica sustantividad, alterando, notablemente, el sistema de publicidad mercantil ahora vigente. Este viene determinado por lo dispuesto en los artículos 26 del Código de Comercio —«los documentos inscritos sólo producen efecto legal en perjuicio de tercero desde la fecha de su inscripción...»— y artículo 2 del Reglamento del Registro Mercantil —«se presume que el contenido de los libros del Registro es conocido de todos y no podrá invocarse su ignorancia»... «Los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efectos respecto de terceros»—.

Cuando entren en vigor las nuevas disposiciones legales, las referencias de la inscripción y de su fecha, habrá que remitirlas en buena medida a la publicación en el *BOREM* y al juego de plazos que en el mismo se establecen.

Con carácter previo, conviene puntualizar que la creación de un boletín oficial que publique los datos previstos en el artículo 2 de la primera Directiva, se ha ido cumpliendo en todos los Estados miembros, si bien con distinta fortuna. Así, JOSÉ DOMINGO RODRÍGUEZ (*Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica*



*Europea*, págs. 70 y ss.) pone de relieve que mientras que en Alemania y Suiza ya se disponía de un boletín semejante y sus respectivos ordenamientos atribuían a la fecha de publicación de la inscripción el momento a partir del cual despliega sus efectos la publicidad (por lo que la aplicación de la Directiva no ha supuesto modificaciones de fondo, salvo en cuanto al número de datos), en otros países, como Francia, por el contrario, el artículo 43 del Decreto de 1967 señalaba que los efectos de la inscripción se producían desde la fecha de la inscripción misma; y si bien estaba prevista la publicación de ciertos datos en el *BODAC*, tal publicación carecía de efectos jurídicos sustantivos, habiendo sido objeto de fuertes críticas la adaptación del Derecho francés, que afecta, únicamente, a determinados contenidos registrales.

En Italia, donde incluso se arbitró un sistema de boletines regionales y otro central, el *BUSARL* se publica con enorme retraso, lo que ha dado lugar a gravísimos problemas que han llegado a motivar interpelaciones parlamentarias. (En este país, la adaptación de la Directiva se hizo recogiendo literalmente el artículo correspondiente de aquella en este punto.)

En nuestro Derecho es bastante posible que la implantación del *BOREM* no resulte pacífica y provoque multitud de problemas, porque, al margen de la experiencia negativa de los ordenamientos en que se ha introducido, debemos tener en cuenta que vamos a pasar de un sistema en el que el efecto jurídico se produce automática e indubitadamente a partir de la fecha de la inscripción, a otro en que, para que el hecho inscrito sea oponible a tercero se requiere:

- a) Rellenar un impreso con el extracto de la inscripción.
- b) Depositar el impreso en el correo.
- c) Que el REMIC, cuando lo reciba, le dé entrada y lo incorpore, debidamente «traducido», a su archivo.
- d) Remitirlo al *BOREM* (lo que en sí mismo dará lugar a otro proceso).
- e) Que se publique el dato en el *BOREM*.
- d) Que el tercero «se esté quietecito» durante los primeros dieciséis días de su publicación, porque si no, todavía puede ser necesario un procedimiento legal para ventilar si el perjudicado pudo conocer o no los hechos inscritos... no sabemos ya hace cuanto tiempo por el correspondiente RM.

En vista de lo expuesto, no parece que se pueda afirmar que los cambios y reformas que se avecinan en esta materia vengán a mejorar la situación presente. Se hace imprescindible que el futuro Reglamento del Registro Mercantil aborde toda esta problemática exhaustivamente, conec-

tando la norma legal con la eficacia de la inscripción —salvaguardada expresamente al comienzo del artículo 22— y así evitar en lo posible la existencia de situaciones jurídicas confusas o atípicas, que sin duda se pueden producir, tan contrarias a la seguridad jurídica y a la esencia de la publicidad. (MANUEL DE LA CÁMARA advierte sobre la dudosa aplicabilidad del artículo 1.473 del Código Civil, en el caso de que el comprador que primero inscribe en el Registro de la Propiedad sea una sociedad anónima, inscrita en el RM, pero no publicada en el boletín, o cuando la compraventa se ha efectuado dentro de los dieciséis días siguientes a la publicación, lo que considera inadmisibles. «Fundación: escritura y estatutos. Suscripción y desembolso». *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*.)

Sin perjuicio de todo ello, un somero examen del artículo 22 nos permite deducir que contempla dos clases de «tercero», el que denominaremos simple, y el pluscuamperfecto.

A tercero «simple» se refiere el párrafo primero: «Las escrituras y demás actos y documento sujetos a inscripción sólo serán oponibles a los terceros de buena fe, después de la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*». Este tercero es el que actúa confiado en lo que publica el BOREM, sin que se le imponga o exija ninguna obligación especial. Basta con que actúe de buena fe, lo que se presume, para estar protegido por los pronunciamientos del Boletín, sin necesidad de consultar el Registro, ni de desarrollar actividad alguna: lo que no se publica, no le perjudica, y lo puede desconocer. Ahora bien, ¿es posible la buena fe, no ya contra el Registro, sino cuando el tercero ha llevado a cabo su actuación conociendo expresamente una realidad jurídica registral que le afecta? En otras palabras, la revocación de un cargo, por ejemplo, debidamente inscrita y notificada esta inscripción por acta notarial, ¿caso no impide que el tercero pueda ampararse en que tal revocación no ha sido publicada en el BOREM para desconocer su existencia? La contestación ha de ser forzosamente positiva, tanto por la lógica del sistema como por la propia dicción del artículo 22 del Código de Comercio, cuyas primeras palabras, «sin perjuicio de los efectos de la inscripción...», implican que la misma es capaz de enervar la presunción legal de la buena fe, desplegando sus efectos desde su fecha. (Y ello sin acudir al artículo 2 del Reglamento del Registro Mercantil, cuya vigencia íntegra habrá que poner en tela de juicio una vez entre en vigor la nueva Ley.)

El párrafo 2 del artículo 22 —copia del artículo 6, 5, de la Directiva— contempla, a nuestro juicio, otra clase de tercero. En efecto, dicho párrafo establece que «esta publicación no será oponible para actos realizados antes del decimosexto día siguiente en que la publicación tuviera lugar, frente a terceros que prueben que les fue imposible conocer los hechos inscritos y publicados».

Aquí, para que el tercero pueda desconocer lo publicado en el boletín durante los primeros dieciséis días desde su fecha, deberá acreditar que le fue imposible averiguar su contenido; es decir, que, a diferencia del caso anterior, para estar protegido, sí si le exige el haber desarrollado determinada actividad, la necesaria para conocer la existencia de tales hechos, de modo que podemos afirmar que la presunción legal juega en su contra, ya que para zafarse de ella deberá probar que le fue imposible conocerlos. Por eso, siguiendo la terminología hipotecaria, le llamamos «pluscuamperfecto». La simple posibilidad material —que no opera en el supuesto del párrafo primero— de haber podido conocer la inscripción, o tener acceso al boletín donde consta el dato que le perjudica, debe ser suficiente para impedir «la prueba del hecho negativo» que se le impone (*sic*).

Los dos últimos párrafos del artículo 22 se refieren, si bien parcialmente, a la problemática de los errores, sin duda uno de los aspectos más importantes del nuevo orden jurídico a implantar. Legalmente están previstos dos casos: el de la discordancia entre lo publicado por el *BOREM* y el RM, y la falta de publicación de algún dato sujeto a ella. La discordancia entre el *BOREM* y el RM se resuelve, razonablemente, con la prevalencia del contenido de la inscripción, de manera que el boletín no podrá perjudicar al tercero, que, sin embargo, podrá utilizarlo en lo favorable; este es el tercero «simple», protegido por la presunción legal de la buena fe; por tanto, es de aplicación lo dicho con anterioridad, es decir, que esta presunción quedará destruida si se acredita que conoció, efectivamente, el dato registral erróneamente publicado, en cuyo caso, la inscripción le afectará íntegramente, también para lo perjudicial, porque, como se ha señalado, no puede haber buena fe contra el Registro cuando se conoce su contenido.

El último párrafo del artículo 22 contempla la otra variante del error, como es la no publicación del dato, adoptando la misma solución, utilización en la favorable y no oponibilidad en lo desfavorable. Sin embargo, aquí el precepto mezcla, aparentemente, dos cuestiones que es preciso deslindar, la inscripción y la publicación. Si «las escrituras y demás actos y documentos no han sido inscritas», no pueden ser publicadas y, en consecuencia, no podrán ser opuestas al tercero, que podrá utilizarlas en la favorable, a menos que «la falta de publicidad legal les prive de efectos». Pero si han sido inscritos pero no publicados, estamos ante la regla general del párrafo primero, ya comentada, sin que pueda hablarse de «falta de publicidad legal», que existe a partir de la inscripción.

Sintetizando, en fin, la doctrina del artículo 22, podemos destacar las siguientes conclusiones:

- 1.<sup>a</sup> La publicación del *BOREM* incide y modifica los efectos automáticos de la inscripción, pero únicamente respecto a los datos e indicaciones que contenga, de modo que su ámbito de aplicación se contrae a las menciones que reglamentariamente se determinen, quedando, en consecuencia, fuera del mismo, elementos tales como la identidad de los fundadores, estatutos, objeto social, emisión de obligaciones, etc..., cuyo régimen de publicidad no se verá afectado.
- 2.<sup>a</sup> Aún dentro de los datos que son de publicación obligatoria en el *BOREM*, para que sean oponibles a tercero se requiere:  
*a)* que hayan transcurrido dieciséis días desde la publicación, y *b)* que lo publicado esté conforme con la inscripción registral en la que tiene su origen.
- 3.<sup>a</sup> Para los actos realizados dentro de los dieciséis días siguientes al de la publicación habrán de marcarse reglamentariamente las pautas que permitan determinar cuándo al tercero le fue imposible conocer el hecho inscrito y publicado, es decir, qué clase de actuación le será exigible, para estar amparado por el precepto legal. Mientras tanto, y hasta que demuestre lo contrario, la Ley presume que conoció tales hechos desde su publicación.
- 4.<sup>a</sup> Si existe alguna discordancia entre lo que conste en el *BOREM* y la inscripción registral, prevalecerá esta última, pero el tercero de buena fe podrá aprovechar del boletín lo que le sea favorable, a condición de que no tenga un conocimiento previo del contenido del Registro.
- 5.<sup>a</sup> Todos los efectos del *BOREM* se producen «sin perjuicio de los de la inscripción», según establece en su comienzo el artículo 22, de manera que habrá que reconducir a ésta, es decir, al RM, cualquier laguna, duda o controversia que surja con motivo de su aplicación.

La incardinación teórica y práctica del conglomerado REMIC-*BOREM* en el Derecho mercantil español no va a ser fácil. Será necesario, de un lado, que el futuro Reglamento del Registro Mercantil regule, del modo más detallado posible, todas y cada una de las situaciones que se puedan plantear. De otro, que el *BOREM* refleje del modo más inmediato y exacto los hechos inscritos y anotados. De nada valdría la más perfecta y completa regulación legal, si no va acompañada de resultados prácticos, bien por falta de medios o por su mala utilización.

Por ello, sería deseable, en aras del principio de seguridad jurídica, que su introducción fuera paulatina, con un período transitorio en el que algunos RRMM pilotos pudieran poner en marcha el mecanismo, sin

mayor trascendencia ni efectos, y así prevenir y solucionar, anticipadamente, los problemas que únicamente la práctica puede sacar a la luz.

Y hasta aquí, una aproximación a la idea del REMIC y a sus consecuencias en nuestro ordenamiento y en la vida diaria de un Registro Mercantil. Sin tratar han quedado multitud de aspectos simplemente apuntados, como su organización interna, el modo de gestionarlo, las personas encargadas de su dirección, plazos de publicación del *BOREM*, responsabilidades por su incumplimiento, toda la problemática de los errores y sus efectos en el tráfico jurídico... y un largo etcétera. No ha sido el objeto de este breve comentario el abordarlos, lo que en todo caso puede resultar prematuro, sino el apuntar algunas consideraciones muy generales que pueden ser útiles para la reforma reglamentaria en curso, y ofrecer un adelanto de lo que es, o pretende ser, este nuevo medio de publicidad mercantil y de las obligaciones registrales que conlleva. Si estas líneas sirven al menos de ayuda a los RRMM para su puesta en marcha, y en la nueva labor que van a tener que desarrollar, habrán cumplido, sobradamente, el objetivo con que fueron escritas.

JOSÉ MARÍA MÉNDEZ-CASTRILLÓN  
Registrador Mercantil de Madrid



# DICTAMENES Y NOTAS





# DICTAMEN: Estatutos de Propiedad Horizontal; abuso de derecho; defensa de los consumidores

De conformidad con una práctica tradicional, constantemente seguida por los juristas españoles, vamos a distinguir en nuestro Dictamen los siguientes apartados: Supuesto de hecho, Cuestión consultada, Dictamen propiamente dicho y Conclusiones. Aunque por la brevedad del supuesto vamos a permitirnos refundir los dos primeros en uno solo.

## I. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTION CONSULTADA

Un promotor inmobiliario formula al Letrado que suscribe una consulta concretísima sobre la que desea conocer su opinión jurídicamente fundada para —de acuerdo con ella y si se estima procedente— comparecer ante Notario a fin de otorgar una escritura de declaración de obra nueva con un determinado contenido.

El propósito del promotor consultante es inquirir acerca de la posibilidad de incorporar a dicha escritura una cláusula redactada por él y que habría de incluirse, caso de respuesta afirmativa, en los Estatutos del edificio. Por ello, la cuestión a la que debe responderse consiste sencillamente en examinar la validez o invalidez de esa cláusula y, por tanto, el juicio jurídico que merece su eventual incorporación a una escritura de declaración de obra nueva y constitución del edificio correspondiente en régimen de propiedad horizontal. Dicha cláusula es la siguiente:

«Los departamentos del edificio que no se hubieren vendido por la entidad mercantil 'X., S. A.' (promotora del edificio), mientras permanezcan en posesión de dicha sociedad no contribuirán a los gastos de reparación, conservación o entretenimiento del portal de entrada a las viviendas y escaleras de acceso, así como a ningún otro gasto que se genere por la utilización de elementos comunes» (\*).

## II. DICTAMEN

El fundamento para incorporar semejante cláusula lo encuentra su promotor —que también lo es del edificio— en el principio de libertad de contratación que consagra el artículo 1.255 del Código Civil, de una parte; y, de otra, en el carácter unilateral que tiene la declaración de obra nueva (en la que no existe contraparte). Ello, desde el punto de vista estrictamente jurídico, pues del lado de los hechos —o de la economía, si se quiere— se alega incluso una razón justificante: puesto que la entidad promotora no utiliza los elementos comunes del edificio que está vendiendo y, mientras lo vende, tampoco debe contribuir a los gastos surgidos por la utilización de dichos elementos comunes.

En principio, pues, la cuestión parece razonable: puesto que no se utilizan los elementos comunes, tampoco se debe contribuir a los gastos comunes.

Planteadas de esta forma la cuestión, nuestra respuesta como Letrados sólo puede ser una de las que siguen, cada una de ellas con muy distintas consecuencias:

1.<sup>a</sup> La negativa, si entendemos que dicha cláusula no tiene cabida dentro del amplio campo que a la autonomía de la voluntad dispensa nuestro ordenamiento. Y ello por sobrepasar alguno de los límites declarados infranqueables.

En este caso aconsejaríamos al cliente que desista de introducir una tal cláusula en la escritura, por ser contraria a Derecho. Otorgando, por supuesto, la escritura de obra nueva, pero sin incluir en ella la cláusula discutida.

2.<sup>a</sup> La afirmativa, si entendemos que nada se opone a la introducción de dicha cláusula en la prevista escritura pública. Primero, porque tiene un fundamento razonable, el señalado por el promotor consultante, y, segundo, porque ni la ley ni la moral ni el orden público

---

(\*) Es costumbre en los Dictámenes la escasez de citas, reducidas las más de las veces a simples referencias de algunos autores especialmente autorizados.

En este caso, sin embargo, vamos a apartarnos algo de esta costumbre. Por una parte, para favorecer la continuidad de la lectura. Por otra, porque la novedad del último apartado reclama, a nuestro juicio, un mayor apoyo doctrinal, cuando lo haya.

(únicos límites señalados a la autonomía de la voluntad por el artículo 1.255 del Código Civil) se oponen a su contenido, autorregulador de unas relaciones jurídicas que se desenvuelven en el mundo privado de los negocios.

Con esta respuesta afirmativa bajo el brazo, el cliente acudiría acto seguido a su Notario solicitando de él el otorgamiento de la escritura que incluya la cláusula debatida. Ello comporta indefectiblemente que el cliente debe someterse, de nuevo, a un profesional del Derecho como es el Notario, que por imperativo reglamentario (1) debe realizar su juicio de legalidad sobre el contenido de la escritura solicitada. Y como consecuencia de este juicio, dos son las posibles contestaciones del Notario:

*Primera.*—Denegar la autoización de esa escritura si la estima contraria a la Ley. Abundando, claro, en los mismos argumentos aludidos.

*Segunda.*—Autorizar la escritura solicitada, con incorporación de la cláusula objeto del dictamen. En cuyo caso, necesariamente debe hacer constar en el cuerpo de la escritura que la autoría de dicha cláusula corresponde al otorgante, pues el Reglamento Notarial, desde la reforma de 1984, dispone en su artículo 147, 4.º, que «en el texto del documento, el Notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y, si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación» (2).

Con lo que, resumiendo, dos son las posibles respuestas:

- A) Estimar la cláusula contraria a Derecho y, por tanto, aconsejar su olvido al promotor.
- B) Estimarla válida y, consecuentemente, recomendar su incorporación al documento notarial, con indicación en éste de que la cláusula ha sido redactada conforme a minuta presentada por el promotor.

Pues bien: ante esta opción, nuestra postura es la primera, es decir, la de estimar la cláusula contraria a Derecho, recomendando su no inclusión primero y su olvido total después. Y ello, por tres grandes grupos de razones:

---

(1) Artículo 145 del Reglamento Notarial: «.. Esto, no obstante, el Notario no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización notarial cuando, a su juicio, el acto o el contrato, *en todo o en parte*, sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres...» (el subrayado es nuestro).

(2) Como enseña AVILA ALVAREZ, el «en su caso» debe entenderse en el sentido de «en todo caso» (en que se presente minuta). es decir, «que no queda a discreción del Notario el consignar tal circunstancia u omitirla» (ver su obra *El instrumento público en la reforma de 1984*, Madrid, 1985, p. 36).

## PRIMER GRUPO DE RAZONES

Nos referimos aquí a las consecuencias mismas que en la vida económica real de los futuros propietarios del edificio tendrá la introducción de la cláusula. O, lo que es igual, el conflicto de intereses sobre el que va a proyectar su eficacia. Es decir, el «propósito negocial», en palabras de FEDERICO DE CASTRO.

Atendiendo a esta faceta, la respuesta negativa se impone sin duda por los siguientes motivos:

*Primero.*—Puesto que la declaración de obra nueva (acto unilateral) constituye un «pie forzado inesquivable» para las posteriores compraventas de viviendas y locales (actos bilaterales) —en el sentido de que necesariamente se apoyan en ella y en ella se diseña con trazo indeleble el perfil jurídico de los departamentos que luego se adquieren—, la introducción de una tal cláusula supone la imposición de la misma a los futuros compradores que, lo quieran o no, habrán de estar al contenido de dicha cláusula si quieren adquirir departamentos en dicho edificio. Con lo que se les está imponiendo condiciones generales de contratación, de las que nos ocuparemos más adelante.

La inesquivabilidad de la cláusula convertirá en fuegos de artificio la «asistencia especial» que el Notario debe prestar a la parte compradora por mandato del Reglamento Notarial, cuando dispone que «sin mengua de su imparcialidad, el Notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra, y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella» (art. 147, 3.º).

Pues bien: si el Notario puede y debe informarle del sentido de la cláusula, no cabe que el comprador la acepte, la niegue o la module, sino que en todo caso debe pasar por ella.

*Segundo.*—Las razones reales para la introducción de la cláusula. Se dice por la sociedad promotora que ella no debe contribuir a los gastos comunes, pues no utiliza los elementos comunes. Falso.

Elementos comunes son, entre otros muchos, el portal de entrada y acceso a las viviendas, las escaleras, los distintos ascensores, los servicios generales del edificio como luz, agua, servicio de limpieza, etc... Entre los que hay que incluir también, cuando existe, el portero del edificio y los servicios que presta.

Ello supone que cuando comienza la promoción del edificio y hasta que son vendidos todos sus departamentos, el promotor utiliza asiduamente sus distintos departamentos a través de sus empleados, que muestran las viviendas a las personas interesadas en su eventual adquisición, acudiendo con frecuencia al mismo y haciendo uso del portal, encendiendo luces del mismo y de las escaleras y pasillos comunes, utilizando

dichos pasillos y ascensores. Y cuando existe portero al servicio del inmueble (cuyo sueldo es, sin lugar a dudas, un gasto común) con bastante frecuencia suele actuar como agente, mandatario, comisionista o corredor de la sociedad promotora mostrando los pisos, anticipando alguna de las condiciones de venta, poniendo en contacto a unos con otros, remitiendo a los eventuales compradores a las oficinas de la sociedad promotora, etc... Y es evidente que todas estas actuaciones del portero suponen una ocupación para éste que le impide dedicar ese tiempo a las necesidades del edificio o de los restantes propietarios.

Por tanto, la razón de hecho alegada como fundamento de la cláusula debe quedar definitivamente excluida, pues la sociedad promotora no sólo no deja de usar los elementos comunes, sino que los utiliza con bastante intensidad, como ha quedado expuesto.

*Tercero.*—Piedra de toque para examinar la cuestión que nos ocupa es la de contrastar las consecuencias de la cláusula en dos casos concretos: cuando la sociedad no logra vender algunos departamentos del edificio (pongamos, como ejemplo, la mitad) y cuando no logra vender ninguno.

En el primer caso, al incorporar la cláusula a los Estatutos, ello significará que los distintos compradores, aunque tienen asignada la cuota que conforme a los parámetros legales (art. 5, 2, Ley de 21 julio 1960) corresponde a cada una de las viviendas, deben, sin embargo, contribuir a los gastos comunes en proporción doble a dicha cuota, para así «llenar el hueco» que dejan las viviendas no vendidas por la sociedad, que no contribuyen al pago de los gastos comunes. Con lo que, de hecho, de cara a la conservación del edificio, tienen una carga doble de la que por razón de las cuotas deberían satisfacer. A la vez, la entidad promotora (no se olvide: dueña de la mitad de las viviendas a todos los restantes efectos) no contribuye, sin embargo, a la mitad de los gastos que conforme a su cuota debía satisfacer.

El caso extremo dentro de esta situación es el de la promoción totalmente fallida, en la que la sociedad queda dueña de todos los departamentos al no poder venderlos. En este caso, no cabe trasladar los gastos comunes que surjan a ningún otro propietario, pues ningún otro propietario hay en el edificio. Lo que indefectiblemente lleva a que sea la sociedad promotora la que haya de abonarlos en su integridad, es decir, en la misma proporción en que es dueña de los departamentos del edificio.

La rotundidad del caso extremo pone de relieve la imposibilidad fáctica y jurídica de la cláusula; imposibilidad que es igualmente predicable, a nuestro juicio, en todos los demás casos no extremos, y que nos reafirma en nuestro criterio de no admitir tal cláusula en los Esta-

tutos. Lo que se ha observado nítidamente en el caso extremo debe ser igualmente trasladable a los casos no extremos. En aquél subyace el mismo conflicto de intereses, mas lo extremo de la situación nos revela cuál debe ser la pauta general: todo propietario, incluida la sociedad promotora, debe satisfacer los gastos comunes que surjan en proporción a su cuota en la comunidad.

*Cuarto.*—Si se repara con detenimiento en el tenor literal de la cláusula, se observa que afirma que «mientras las viviendas permanezcan en posesión de dicha sociedad mercantil no contribuirán a los gastos comunes».

Es decir: no se condiciona el *no pago* al efectivo *no uso*, por lo que sin necesidad de interpretaciones forzadas o sutiles, esta cláusula puede dar cobijo a situaciones en que la sociedad promotora utilice para sí (esto es, para sus propios fines sociales, aparte de usarlas como piso-piloto) dichas viviendas, o que ceda algunas de ellas a terceras personas (familiares, amigos de los socios), gratuitamente o mediante contratos temporales de arrendamiento, que constituya sobre las mismas un derecho de usufructo o de habitación, etc...; o que se sirva de los locales comerciales como almacén de materiales; o de las plazas de garaje para el aparcamiento de vehículos de la empresa o de sus empleados, etcétera...

Y en todos los casos, sin obligación de contribuir a los gastos comunes del edificio, puesto que la sociedad sigue manteniendo la posesión de los respectivos departamentos (posesión a título de dueño de los artículos 432, 447 y 448 del Código Civil).

Con lo que se llegaría a una situación paradójica: existiendo un uso efectivo de elementos comunes, ciertos propietarios quedan exonerados estatutariamente de abonar su parte proporcional en los gastos comunes. La injusticia de la situación creada es palmaria, y todo ello es posible gracias a la introducción de la discutida cláusula.

Amparándose en el tenor de la cláusula, la sociedad la interpretará sin duda en el sentido de que «mientras no venda cada departamento (momento en que pierde su posesión), no ha de contribuir a los gastos comunes».

## SEGUNDO GRUPO DE RAZONES

Comprendemos en este apartado las objeciones a la cláusula provenientes de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 (en lo sucesivo, LPH). Tales objeciones son, a nuestro juicio, de peso.

El punto de partida es el artículo 9 de la Ley, que al señalar las

obligaciones de todo propietario en régimen de propiedad horizontal incluye en su apartado quinto la de «contribuir, *con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido*, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización».

A la vista del precepto, creemos que todo propietario (*sic*) debe contribuir a los gastos comunes con arreglo a su cuota y no de otra forma (3). Lo que permite concluir que la obligación de contribuir tiene carácter de *ius cogens*, inderogable por los particulares so pena de destruir los cimientos mismos del régimen de propiedad horizontal. Lo demuestra palmariamente el último párrafo del artículo mencionado cuando dispone que «para la aplicación de las reglas precedentes se reputarán generales los gastos que no sean imputables a uno o varios pisos, *sin que la no utilización de un servicio exima del cumplimiento de las obligaciones correspondientes*».

La interpretación conjunta de este párrafo y del anterior revelan que dicha obligación recae sobre todos los propietarios sin excepción, no es renunciable al propio capricho, y repele exclusiones o exoneraciones discriminatorias o injustificadas.

Nuestra opinión resulta avalada —creemos— si se enmarca toda la cuestión consultada dentro de una visión más amplia, cual es la de examinar el papel que desempeña la cuota dentro del régimen de propiedad horizontal.

Dicha cuota sobre el total edificio es, junto con la propiedad privativa sobre el piso o local, el contenido material y sustantivo de la llamada propiedad horizontal. Dicha cuota señala:

- a) El porcentaje de cada propietario en la propiedad de los elementos y servicios comunes del inmueble. Y llegado el caso de destrucción del edificio, el porcentaje que cada propietario tiene en el solar (art. 21 LPH).
- b) El porcentaje de voto en las Juntas de propietarios, de impor-

---

(3) El inciso de este precepto, que dispone la obligación de contribuir con arreglo a la cuota «o a lo especialmente establecido», ha de ser entendido como enseñan doctrina y jurisprudencia. Es decir, permitiendo criterios distintos de la cuota estatutaria por dos tipos de causas:

- a) Cuando haya acuerdo unánime de todos los propietarios (por suponer alteración de estatutos).
- b) Cuando «lo especialmente establecido» traiga su causa de diferencias en la real naturaleza y destino de los varios departamentos (viviendas, locales, garajes). Como se ve, sólo la fuerza del consentimiento, en el primer caso, y las diferencias «constitucionales» basadas en la naturaleza del objeto, en el segundo, posibilitan que decaiga el criterio de contribución conforme a la cuota. Como se ve, no son de recibo las distinciones fundadas en motivos *intuitu personae*.

tancia notabilísima para la adopción de acuerdos que no impliquen «aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los Estatutos» (art. 16, 2, LPH).

- c) El porcentaje de cada uno en el levantamiento de los gastos comunes del edificio. Lo que determina la correspondiente deuda, jurídicamente exigible a cada propietario.

Y en esta última faceta hay un aspecto de importancia extraordinaria y que debemos resaltar; nos referimos a la conexión o ligazón existente entre la deuda (determinada por razón de la cuota) y la consiguiente responsabilidad. Y dentro de ésta, la afección real de piso o local, establecida con carácter preferente —y con derogación parcial del orden de prelación establecido en el artículo 1.924 del Código Civil— por el artículo 9, 5.ª, de la LPH en su proposición segunda:

«Al pago de estos gastos producidos en el último año y a la parte vencida de la anualidad corriente estará afecto el piso o local, cualquiera que fuere su propietario actual y el título de su adquisición, siendo este crédito a favor de la comunidad de propietarios preferente a cualquier otro, sin perjuicio de las responsabilidades personales procedentes.»

Contemplado así este aspecto pluridimensional de la cuota, y en particular la conexión *deuda-cuota-responsabilidad-afección real*, resalta entonces la dificultad de excluir el papel de la cuota en uno de sus frentes —el de la deuda precisamente—, manteniendo, sin embargo, en todo su vigor las facetas positivas, atributivas de derechos. Y si se admitiera la exclusión del papel de la cuota a efectos de determinación de la deuda, ¿en qué se apoyaría la afección real del artículo 9, 5.ª, 2.ª, (materia de responsabilidad)? Sólo sería admisible a base de admitir una afección sin deuda y, por tanto, una responsabilidad sin deuda.

Y es sabido que los casos excepcionales en que nuestro Derecho admite una disociación entre los dos aspectos configuradores de la obligación (deuda y responsabilidad; arts. 1.088 y 1.911 CC) son tasados y fijados expresamente por el legislador (a modo de ejemplo: arts. 1.801 y 1.897 CC; arts. 837 y 587 C de C). Y en la LPH no existe una norma como las citadas, que ampare una tal disociación. Es más: hay una norma que abiertamente nos dice lo contrario.

Como es sabido, la autonormación unilateral de los particulares no puede modificar cuestiones de responsabilidad —materia de orden público— que son absolutamente indisponibles por vía unilateral, salvo en algunos negocios a título gratuito (por ejemplo, art. 1.807 CC); sien-



do sólo «matizables» (4) por vía bilateral o contractual (ejemplos: artículos 1.152 y 1.826 CC; art. 140 LH, etc.). Todo lo cual nos reafirma en nuestra postura contraria a la mencionada cláusula.

Por tanto, la sociedad promotora seguirá conservando su cuota en la propiedad del edificio o, en su caso, en el solar resultante de la demolición o ruina; conservará sus votos proporcionales en las Juntas de propietarios, y le guste o no —creemos— debe seguir contribuyendo en esa medida marcada por la cuota al levantamiento de los gastos comunes, para cuya garantía estableció el legislador la afección real preferente. Admitir otra cosa sería una «exclusión voluntaria de la ley aplicable» (art. 6, 2, CC), con evidente «perjuicio a terceros».

Sin necesidad de hacer elencos exhaustivos de autores que se han ocupado del tema, sí podemos recoger las conclusiones a que llegan destacados especialistas cuando se plantean supuestos iguales, afines o semejantes al que nos ocupa en este dictamen.

Así, BATLLE (que tanta influencia tuvo en la elaboración de la LPH de 1960) se pregunta si puede algún propietario excluirse de las cargas que implican las cosas comunes renunciando al uso de éstas (5). Y responde en estos términos:

«Desde luego, no se trata de renuncia a las cosas, sino a su uso. Lo primero no es posible sin renunciar a la parte privativa de la que son anejo inseparable (párrafo 2.º del art. 396), pero ¿y lo segundo?»

En Italia algunas sentencias de la Corte de Casación habían admitido la posibilidad de la renuncia al uso y, consiguientemente, el descargo de los gastos.

... ..  
Téngase en cuenta, además, que la cuestión ha podido ser regulada convencionalmente, que en su tiempo se pudo recurrir al Juez para evitar el grave perjuicio y que, en todo caso, las innovaciones no exigibles no obligan al disidente, y se verá que una medida de prudencia elemental aconseja *resolver negativamente* la cuestión, siendo de alabar que la propia legislación recoja este criterio con una declaración terminante, como la que contiene el último párrafo del artículo 9.º de la Ley de Propiedad Horizontal: 'Sin que la no utilización de un servicio exima del cumplimiento de las obligaciones correspondientes'» (6).

En idénticos términos se manifiesta FUENTES LOJO (7), que recoge resumidamente esta argumentación de BATLLE, aportando además la doc-

(4) Aquí habría que incluir todas las reservas posibles que una afirmación y un concepto de este tipo requieren.

(5) Debe recalcar que el supuesto que contempla BATLLE es distinto del que nos ocupa, ya que, en nuestro caso, no hay ningún tipo de renuncia al uso, sino sólo a los gastos.

(6) BATLLE: *La propiedad de casas por pisos*, 7.ª ed., Editorial Marfil, Alcoy, 1973, págs. 141-143.

(7) Juan V. FUENTES LOJO: *Suma de la propiedad por apartamentos*, Librería Bosch, 3.ª ed., corregida, aumentada y puesta al día, tomo I, Barcelona, 1978, páginas 347 y sigs. (también en págs. 304-305).

trina de la importante Sentencia de 18 de junio de 1970 (8). Y que en trance de elevar a definitivas sus conclusiones afirma explícitamente que «no sería válida la cláusula de exoneración total de gastos, si el titular exonerado disfruta de los servicios y locales, vista la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1970, que antes hemos transcrito» (9).

VENTURA-TRAVERSESET Y GONZÁLEZ se manifiesta en términos aún más rotundos:

«La no utilización de un servicio, no exime de contribuir al cumplimiento de las obligaciones correspondientes.

El propietario del piso bajo que no sube en el ascensor, no queda libre de los gastos del mismo. El vecino de la planta baja ha de pagar los gastos de portería. Esto es lógico, y esto lo abonan los artículos 3 y 5, que hablan de cuota de participación en los gastos, sin hablar de diferentes cuotas, según de qué gastos se trate.

Pero, sin embargo, las palabras «a lo especialmente establecido», del número 5 del artículo 9, parecen admitir el pacto de contribuir algunos propietarios a los gastos en forma distinta a la de su cuota.

Nos resistimos a admitir una excepción en tal contribución de gastos a favor de unos propietarios que luego tienen un derecho de voto íntegro con arreglo a su cuota (art. 16), e incluso una cuota íntegra en el valor del inmueble (art. 3), que debe constar en el Registro de la Propiedad (artículo 8 de la Ley Hipotecaria) con trascendencia para tercero, y que puede suponer una cantidad a percibir si se diera por extinguido el régimen de propiedad horizontal (art. 21)» (10).

Y, por último, MARIANO FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (11) se inclina por la opinión permisiva de la cláusula, siempre que —subráyese esto: pág. 586— el acuerdo de exclusión de los gastos se haya adoptado por unanimidad y «posteriormente al otorgamiento de dicho título» (se refiere al título constitutivo de la propiedad horizontal).

En otra obra más reciente (publicada dentro de los *Comentarios*, dirigidos por el profesor ALBALADEJO) (12), este mismo autor basa su discurso en la distinción entre la renuncia al uso (cuando ello es posible) y el simple no uso de elementos comunes. En estos términos:

---

(8) De ella resulta vertebral el siguiente párrafo: «... no hay disposición alguna que permita que una vez fijada la cuota de participación, se exima a algunos del pago de los gastos de conservación anejos a su participación.». Véase dicha sentencia en FUENTES LOJO, *ob. cit.*, pág. 349.

(9) *Ob. cit.*, pág. 352.

(10) A. VENTURA-TRAVERSESET Y GONZÁLEZ: «Derecho de propiedad horizontal», Bosch. Casa Editorial, Barcelona, 1961, pág. 213.

(11) M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, 2.ª ed., Madrid, 1973, páginas 590-599 y 643-646.

(12) M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, tomo V, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1985, págs. 275-277.

«Así, en nuestra opinión, en ciertos supuestos de 'servicios comunes' susceptibles de individualización, la renuncia al mismo realizada en momento oportuno aun cuando no aparezca en los estatutos ni se haya adoptado en junta de propietarios por unanimidad, produce el efecto de la exclusión del gasto.

Mas hemos hablado de renuncia al uso y disfrute de elementos y servicios comunes. Vamos, pues, a hacer algunas referencias al tema.

Comenzaremos el mismo diciendo que si por renuncia entendemos el abandono o dejación del derecho a usar y disfrutar de una cosa o derecho, resulta evidente que puede efectuarse la del uso de algún servicio o elemento común.

Ello sentado, vamos a inquirir cuál pueda ser el resultado de esa acción en orden a los 'gastos generales'. *La solución es clara: ninguna. Y ello porque el legislador ha establecido, en el párrafo que estamos comentando, que '...la no utilización de un servicio no exime del cumplimiento de las obligaciones correspondientes'.*

Constituye éste el principio general que habíamos ya indicado en cuanto a la distribución de los gastos y que es admitido sin discusión por nuestros Tribunales.

No obstante, como todo principio general, no tiene un alcance absoluto, admitiendo excepciones, entre las cuales cabe indicar:

a) La relativa a aquellos servicios en que la misma impida al renunciante de modo total su utilización.

b) La referente al establecimiento de innovaciones no exigibles realizadas en elementos y servicios comunes, dado que si las mismas fuesen acordadas por mayoría, el disidente, o si se prefiere, el renunciante a la innovación, de conformidad con lo prevenido en el artículo 10, 11, y siempre, claro es, que los gastos excedan del importe de una mensualidad ordinaria, no viene obligado a contribuir al costo de su implantación y mantenimiento.

c) Cuando la renuncia al uso y disfrute haya sido aprobada por unanimidad en junta de propietarios, siempre que el acuerdo se extienda a la exención del gasto del servicio o elemento a cuyo uso y disfrute se ha renunciado.

Por último, vamos a hacer una referencia al supuesto de simple no uso de algún elemento común. La regla general, como ya hemos indicado, es que todo propietario de piso o local sito en edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal viene obligado a contribuir con arreglo a su cuota a los gastos comunes. Por tanto, el mero 'no uso' no exime de dicha contribución. Sin embargo, el carácter de necesidad atenuada de las normas de la Ley de Propiedad Horizontal, y muy especialmente la concesión que a la voluntariedad se contiene en el artículo 5, III, de la misma autorizan a que, bien en los estatutos, bien por acuerdo adoptado por unanimidad, el no uso de ciertos elementos y servicios comunes tengan repercusión en los gastos de su mantenimiento y conservación, pudiendo eximirse, por tanto, al propietario que 'no use' de contribuir al gasto correspondiente.

Para que ello tenga efectividad es necesario que la exención esté contenida en los estatutos o que haya sido acordada en junta de propietarios por unanimidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, 1.º, en relación con este párrafo.»

En particular, debemos destacar como merece lo que dice este autor en nota a pie de página (13), ya que parece redactada teniendo en mente un caso como el que nos ocupa en este dictamen. Dice así esa nota:

(13) *Ob. cit.*, pág. 277, nota 36.

«Por lo que a este aspecto se refiere, ha de repetirse que si los estatutos hubieren sido redactados por el promotor-constructor-vendedor una vez iniciada la venta por pisos del edificio en cuestión unilateralmente y, por tanto, sin contar con los adquirentes de pisos o locales aun cuando fuere uno solo, *ni los estatutos ni, por tanto, la exención tienen validez, como ha declarado el Tribunal Supremo.*»

En suma, y para concluir este apartado, las opiniones vertidas en estos trabajos nos reafirman en nuestra opinión contraria a la cláusula tantas veces mencionada. Y más si se tiene en cuenta que todas las opiniones recogidas (salvo la última) fueron emitidas antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y de la legislación que desarrolla su artículo 51. Lo que nos conduce ya al apartado siguiente.

### TERCER GRUPO DE RAZONES

Si alguna duda existía hasta aquí, las razones de este tercer grupo nos inclinan ya decididamente por la postura contraria a las cláusulas que nos ocupan. Y tales razones encuentran su base en dos principios de nuestro ordenamiento, que son los que recogemos a continuación.

#### A) *El principio contrario al abuso de derecho*

El título preliminar del Código Civil tiene, como es bien sabido, valor «quasi-constitucional». Por tanto, sus normas se proyectan sobre todos los sectores de nuestro ordenamiento, tanto privado como público. Pues bien, dentro del título preliminar tenemos el artículo 7, 2, que dispone:

«La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas *judiciales o administrativas* que impidan la persistencia en el abuso.»

A la vista del precepto, creemos que el caso que nos ocupa encaja perfectamente dentro de su *tatbestand* o supuesto de hecho. En efecto, como dice DE CASTRO (14), tres son los elementos esenciales del abuso de derecho:

---

(14) DE CASTRO: «El ejercicio de los derechos», en su obra *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 140. La aplicabilidad del abuso de derecho a la propiedad horizontal es admitida (¿podría alguien sostener lo contrario?) explícitamente por FUENTES LOJO, *ob. cit.*, pág. 99.

- a) *Uso de un derecho objetivo o externamente legal*: El derecho del propietario único-promotor-constructor y vendedor a realizar por sí solo la declaración de obra nueva, con redacción de los Estatutos por los que se ha de regir la propiedad horizontal.
- b) *Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica*: El de los futuros propietarios de las viviendas integradas en la propiedad horizontal.
- c) *Inmoralidad o antisociabilidad de ese daño, manifestada en forma objetiva o bajo forma objetiva*: En este caso el dato es objetivo: el daño que sufren los compradores de viviendas.

A la misma conclusión se llega siguiendo el tenor literal del artículo 7, 2, ya que nos hallamos en presencia de un acto jurídico que:

- *Por la intención de su autor*: El propósito de la entidad promotora de librarse de unos gastos que, en principio y por razón de propiedad, le corresponden.
- *Sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho*: Entendiendo en este caso que el derecho cuyos límites sobrepasa la sociedad promotora es el de otorgar ella la declaración de obra nueva.

Que hacerla le corresponde a ella es cuestión no discutible. Mas la introducción de una tal cláusula compromete inequitativamente el *status* jurídico-real de todas las viviendas del edificio; y ello, sin ninguna base real (*ex re*), sino sólo en atención a privilegios personales (*ex personae*). Y ahí es precisamente donde se sobrepasan los límites normales del ejercicio del derecho a declarar la obra nueva.

- *Con daño para tercero*: Dicha cláusula produce un resultado tan favorable para la sociedad como perjudicial para los restantes propietarios futuros de viviendas, y además perfectamente valuable: la mayor contribución a los gastos comunes que deben realizar los demás propietarios. Hay un traslado o repercusión de la carga económica que suponen los gastos comunes del edificio.

Como se ve, dada la concurrencia de todos los elementos prevenidos en el artículo 7, 2, resulta clara —a nuestro juicio— la existencia de un abuso de derecho, derivado de la predisposición del contenido contractual de las futuras compraventas, con carácter unilateral.

Podría pensarse que es objeción a este planteamiento la dicción final del precepto, cuando afirma la necesidad de medidas «judiciales y administrativas» que impidan la persistencia en el abuso. En relación con ello, no nos cabe la menor duda de que el Notario carece de la

*auctoritas judicial*, así como de la *potestas administrativa*, por lo que una interpretación literalista del artículo 7, 2, excluiría al Notario de la lucha contra el abuso del derecho que en dicho precepto se contiene.

Sin embargo, si atendemos a la interpretación espiritualista o finalista que imponen los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, a la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas» del artículo 3, 1, del mismo y, sobre todo, al juicio de legalidad que debe desplegar el Notario con carácter previo al ejercicio de sus funciones (art. 145 RN), nos inclinamos a sostener que éste debe colaborar asimismo en la evitación del abuso del derecho, que en nuestro ordenamiento tiene el carácter de auténtico principio general del Derecho.

No en vano el juicio notarial de legalidad debe atender tanto a la Ley como a la costumbre como a los principios generales del Derecho, únicas fuentes admitidas en nuestro sistema de acuerdo con el artículo que inicia nuestro Código Civil. Y entre los principios se halla, como creemos haber recordado, la evitación del abuso del derecho.

Es cierto que muchas veces no le será posible al Notario la lucha contra ese abuso de derecho, que ni siquiera llegará a percibir (así, cuando una escritura *per se* inobjetable sea una simple pieza aislada en un mecanismo de abuso más complejo). Mas en aquellos casos en que le sea preceptible, debe tratar de evitarlo, como sucede en el caso que nos ocupa, en el que se puede evitar el abuso de derecho que se cometería en las enajenaciones posteriores mediante un «filtro» adecuado de la declaración de obra nueva.

Nos reafirma en esta opinión las consecuencias que tendría la contraria: el Notario no puede contemplar impasible situaciones de abuso de derecho que se sucedan indefinidamente ante él, tranquilizando su ética profesional y su conciencia con la idea de que los Tribunales y la Administración lucharán contra ese abuso.

Resultaría paradójico que el abuso de derecho quedara extirpado de los ámbitos judicial y administrativo (o, al menos, pudiera ser combatido en ellos) y, sin embargo, circulara como «moneda corriente» en la contratación no patológica, que es la notarial; es decir, en la normalidad de la vida de los derechos. Sería tanto como convertir el «Notaría abierta, Juzgado cerrado» de JOAQUÍN COSTA en «Notaría abierta, ante-sala del Juzgado» (15).

---

(15) Ello produciría el efecto de traslado a los instrumentos públicos notariales de la «Ley de Gresham» de la economía, que se condensa en la famosa frase de que «la moneda mala sustituye, en la circulación, a la buena». O lo que sería su equivalente, «las cláusulas abusivas expulsarían, en el tráfico jurídico, a las equitativas».

B) *La legislación de defensa de los consumidores*

Desde hace unos años podemos hablar en nuestro ordenamiento de otras normas, que hemos de tener muy en cuenta en la cuestión dictaminada. Nos referimos a las normas nacidas al calor del artículo 51 de la Constitución de 1978, que persiguen la protección y defensa de los consumidores. Es básico el artículo 51 de la Constitución en su apartado:

1. «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los *legítimos intereses económicos de los mismos*» (16).

Este artículo —ha dicho A. BERCOVITZ (17)— ha venido a reconocer al más alto nivel los derechos que con carácter general se considera que deben tener los consumidores y su efecto fundamental radica, según el artículo 53, 3, de la propia Constitución, en que su contenido se constituye en principio que ha de inspirar las nuevas leyes que se promulguen y también la actuación de las autoridades y los Tribunales. Por supuesto, añadimos nosotros, este principio ha de inspirar también la reinterpretación de las leyes ya citadas en el sentido de mayor protección al consumidor.

Pues bien: a la vista de estos artículos 51, 1, y 53, 3, de la Constitución no nos cabe la menor duda de que puede hablarse en nuestro Derecho de un principio constitucional de protección a los consumidores, incardinable —dentro de la clasificación trimembre de FEDERICO DE CASTRO entre principios de Derecho natural, principios tradicionales y principios políticos (18)— entre estos últimos, es decir: nos hallamos ante un principio general de Derecho del tipo de los llamados políticos (en el sentido más jurídico del término, tal y como lo entiende DE CASTRO).

Y en aplicación de esos artículos constitucionales se ha dictado la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, LCU), de 19 de julio de 1984, que trata de irradiar ese princi-

---

(16) De este precepto se ha dicho que «es una norma importantísima, que condicionará en el futuro amplios sectores de la legislación como normativa de los actos mixtos, de relación entre empresarios y consumidores». VICENT CHULIÀ: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, tomo I, 2.ª ed., Librería Bosch, Barcelona 1986, pág. 10.

(17) A. BERCOVITZ: «La protección de los consumidores en el Derecho español», en la obra escrita en colaboración con su hermano R. BERCOVITZ: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987. Las palabras citadas en pág. 95.

(18) FEDERICO DE CASTRO: *Derecho civil de España*, tomo I, 2.ª ed., IEP, Madrid, 1949, págs. 421 y sigs.

pio general del Derecho a los sectores que se han estimado más necesitados de él.

Pero continuemos con su valor como principio general de nuestro Derecho, pues ello constituye una afirmación esencial. Implica que el criterio de defensa del consumidor no queda reducido a un espacio jurídico acotado y cerrado dentro de nuestra legislación, inconexo y aislado de cualesquiera otros sectores tradicionales. No. No se trata de añadir (por decirlo académicamente) una nueva lección a las ya abundantes explicaciones que hoy deben realizarse en las aulas de nuestras Facultades de Derecho, como si se tratara de una episódica moda jurídica (que también las hay). Muy al contrario, su conceptualización como principio general de Derecho implica reconocer su fuerza operativa en todos los sectores de nuestro ordenamiento jurídico, al modo de un potente haz de luz que se proyecta sobre una realidad hasta entonces sólo iluminada por otros focos, permitiendo ver facetas antes sólo vistas en penumbra, cuando no abandonadas a la más absoluta oscuridad. El criterio de defensa del consumidor pasa así a ser como un pigmento que debe teñir, colorear o impregnar todo el sistema. Continuando con el ejemplo académico, no se trata de añadir una nueva lección, sino de re-escribir todas las ya escritas, tomando en cuenta esa nueva orientación.

Y así, sin ninguna pretensión de exhaustividad, pueden mencionarse figuras muy diversas que en el futuro recibirán el beneficioso influjo del principio de defensa del consumidor, como la materia de competencia desleal, la publicidad comercial, la responsabilidad extracontractual (sobre todo la llamada responsabilidad del fabricante), las ventas ambulantes, a domicilio, por correo o con sorteos, las copraventas de bienes muebles, bien pagadas en el acto, bien a plazos (fundamentalmente la Ley de 17 julio 1965); el arrendamiento urbano (19), toda la materia de préstamos —especialmente los préstamos bancarios, hipotecarios o no— el transporte en todas sus modalidades (sobre todo el transporte de personas), todo el sector de seguros, la total actividad bancaria, el *leasing* mobiliario o inmobiliario, etc. . Incluso se habla de los derechos humanos o de la personalidad (20).

Además de su influencia en sede de ineficacia e interpretación de los contratos en general, así como de la responsabilidad por los tratos preliminares a la perfección de los mismos o culpa *in contrahendo*. Y las

---

(19) V. GARCÍA CANTERO: «El contrato de arrendamiento urbano y la Ley del Consumidor», AC, núm. 40, 1987, págs. 2431-2443. No así el arrendamiento rústico, ya que en éste el posible consumidor no es tal desde el momento en que la Ley de Arrendamientos Urbanos exige ser profesional de la agricultura (art. 14).

(20) Así, M. ANGELES PARRA LUCÁN: «La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios bajo la óptica de los derechos de la personalidad», AC, núm. 7, 1988, págs. 401-413.



consiguientes imbricaciones del tema con la Comunidad Económica Europea y las Comunidades Autónomas.

Pues aunque a muchos extrañe, un sector que también se va a ver coloreado por este nuevo «pigmento jurídico» será sin duda el de la contratación sobre bienes inmuebles. Singularmente, la contratación «en masa» sobre bienes inmuebles, por la incidencia que sobre ella tendrá la problemática de las condiciones generales de contratación. Veamos cómo.

La aplicabilidad de la LCU a la contratación sobre inmuebles no plantea la más leve duda: el propio legislador ha querido disipar las que pudieran surgir, incluyéndolas *expressis verbis* en el artículo 1, 2, de la Ley:

«A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, *bienes muebles o INMUEBLES*, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.»

Y no podemos sino sumarnos a la opinión de A. BERCOVITZ cuando considera «un acierto la mención expresa de los bienes inmuebles» (21).

Esta aplicabilidad se extiende a toda contratación inmobiliaria, y en consecuencia también (y muy especialmente, decimos nosotros) a la contratación en masa. Estamos pensando, básicamente, en una figura que ha devenido masiva en nuestro país: la propiedad horizontal. Y por analogía con ella, las urbanizaciones privadas (22). Incluso en otra figura novísima, que aún carece de toda reglamentación en nuestro Derecho: la multipropiedad, que precisamente se está dando a conocer a círculos cada vez más amplios de personas como consecuencia de los abusos que a través de ella se están realizando (23).

(21) A. BERCOVITZ: «Ambito de aplicación y derechos de los consumidores en la LCU», en A. y R. BERCOVITZ: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Ed. Tecnos, 1987. Las palabras citadas, en pág. 134.

(22) La contemplación de las urbanizaciones a través del prisma analógico de la propiedad horizontal tiene perfecto acomodo, a nuestro juicio, en el artículo 4. 3. del Código Civil. Y son muchos los autores que se han manifestado partidarios de esta extensión. Así, SAPENA: «Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas», *RDN*, núm. 57-58, pág. 96; CHINCHILLA: «La parcelación de fincas rústicas con fines urbanísticos y sus problemas», *RDEA*, 1966, págs. 131 y sigs.; CAMY, *RD*, junio 1971; ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 7.ª ed., III, págs. 431 y sigs. Ed. Bosch, Barcelona, 1979; CHICO: «Las urbanizaciones, la Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad», *RCDI*, 1971, págs. 481-529; GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, 5.ª ed., tomo I, Madrid, 1988, pág. 630. Amén de una abundante y consolidada jurisprudencia.

(23) Sobre la multipropiedad, véase LORA-TAMAYO: «La multipropiedad», *Noticias CEE*, núm. 15, abril 1986, págs. 75-81. Y del mismo autor: «Eficacia en España de documentos formalizados en países extranjeros», en el libro que recoge las *Ponencias al III Congreso Nacional del Notariado Español*, Junta de Decanos

Por todo lo cual, podemos considerar consumidores, a los efectos de la LCU, no sólo a los adquirentes de viviendas de que habla A. BERCOVITZ (24), sino también a los de parcelas integradas en una urbanización, así como a los adquirentes de un inmueble en régimen de multipropiedad.

Centrado así su ámbito de aplicación inmobiliaria, veamos ahora en qué medida les afectan las Condiciones Generales de Contratación (en lo sucesivo, CGC) (25). Es esta una materia que en modo alguno puede considerarse ajena al Notariado desde el momento en que el artículo 147 *in fine* del Reglamento Notarial las ha incorporado a su texto.

de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1988, págs. 177-213, especialmente páginas 207 y sigs.

Ver también E. MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES: *Soluciones notariales al llamado fenómeno de la multipropiedad o propiedad a tiempo compartido*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1987. XAVIER O'CALLAGHAN: «La multipropiedad», AC, núm. 27, 1987, págs. 1663-1680. CALO-CORDA: *La multipropiedad*, EDESA, Madrid, 1985. Y el total contenido del número 135 de la *Revista de Derecho Notarial*, cuya sección doctrinal se dedica íntegramente al tema de la multipropiedad.

No debemos pasar de largo sin reflexionar sobre la experiencia actual de la multipropiedad: cuando las grandes sociedades multinacionales (especialmente inglesas) han querido abusar de los particulares y, por ende, del sistema jurídico español, han evitado premeditada y alevosamente la escritura pública, sirviendo el documento privado de solar idóneo sobre el que levantar sus abusos. Y el primer sector social y profesional —antes incluso que el Fisco— que ha alzado su voz y su esfuerzo contra tales abusos ha sido precisamente el Notariado. Así, la III Jornada Notarial Iberoamericana (Palma de Mallorca, junio de 1987) dedicó su ponencia íntegramente a la multipropiedad.

(24) A. BERCOVITZ, *ob. cit.*, pág. 134. Aquí habría que incluir también a los adquirentes de plazas de garaje para uso particular. No, por contra, a los adquirentes de plazas de garaje con fines comerciales. Ni, por supuesto, a los adquirentes de locales comerciales.

(25) En este tema es fundamentalísima e imprescindible la aportación del profesor FEDERICO DE CASTRO. Tratar de encontrar algún trabajo específico que canalice y compendie las ideas del desaparecido profesor en este campo de la lucha contra los abusos de los profesionales de la *lex mercatoria* es casi una ofensa para la memoria del maestro, pues toda su obra rezuma esa idea, verdadera *Weltanschauung* de su monumental obra jurídica. Como no podía ser de otra forma, dada su concepción principal del Derecho, centrada en la persona y en la evitación de los abusos mediante la realización de la justicia.

Así, comenzando con su «Derecho civil de España», IEP, Madrid, 1949, tomo I, páginas 335-337, debe seguirse con el capítulo primero de «El negocio jurídico», INEJ, Madrid, 1971, págs. 11-51, que establece la doctrina general de la autonomía privada.

Y entre los trabajos monográficos, son de destacar:

- «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1975 (publicado antes en ADC, 1961, págs. 295 y sigs., y que constituyó su discurso de ingreso en la RAJL).
- «Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el Proyecto de Ley Uniforme sobre la Venta», ADC, 1958, págs. 1003-1040.
- «Naturaleza de las reglas para la interpretación de la Ley», ADC, 1977, páginas 809-855.

Y en torno a ellas, la mejor doctrina notarialista ha efectuado un importante esfuerzo constructivo, especialmente con ocasión del XVI Congreso Internacional del Notariado Latino (26).

Pues bien: la LCU define dichas condiciones generales en su artículo 10, 2:

«A los efectos de esta Ley, se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no pueda evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate.»

A nosotros no nos cabe duda de que la cláusula que nos ocupa se puede subsumir en la definición de la LCU, ya que:

- Es una cláusula redactada por una empresa precisamente al otorgar la declaración de obra nueva, que es un acto jurídico *unilateral* y *configurador*. Precisamente por su carácter configurador, se aplica inequívocamente en los posteriores contratos de compraventa que la sociedad otorgue. Vistas así las cosas, no nos cabe duda de que en la declaración de obra nueva se sientan las bases de una contratación en masa o en serie.
- Dicha aplicación no puede ser evitada por los futuros adquirentes de viviendas, si éstos en verdad quieren ser sus dueños.

- 
- «El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*», ADC, 1979, págs. 619-725.
  - «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», ADC, 1982, págs. 987-1086.

Sobre esta aportación del profesor DE CASTRO pueden consultarse los siguientes trabajos, todos ellos contenidos en el fascículo III de 1983, correspondiente al *Anuario de Derecho Civil* (y que fue publicado como homenaje a su fundador):

- AMORÓS GUARDIOLA: *Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro*, págs. 1129-1147.
- CABANILLAS SÁNCHEZ: *Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor*, págs. 1191-1206.
- FIGA FAURA: *El profesor Federico de Castro y el Derecho mercantil*, páginas 1321-1325.
- DE LOS MOZOS: *Aproximación metodológica a la obra de Federico de Castro*, págs. 1547-1566.

Debe consultarse también el libro de GARCÍA AMIGO: *Condiciones generales de la contratación*, Edersa, Madrid, 1969. Y su artículo: «La relación contractual de transporte entre las agencias y sus usuarios: Legislación y condiciones generales de la contratación». *RDM*, núm. 94, 1964, págs. 311 y sigs. Aunque en sentido colateral, pueden verse algunas de las observaciones contenidas en otro libro suyo: *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Ed. Tecnos, Madrid, 1965.

(26) V. A. RODRÍGUEZ ABRADOS, L. ROJAS MONTES e I. SOLÍS VILLA: «Necesidad social de la imparcialidad del redactor del contrato», ponencia de la Delegación española al tema III. *RDN*, núm. 116, 1982, págs. 227-402, especialmente págs. 367 y sigs.

Creemos demostrado con ello que esta cláusula resulta abusiva, ya que establece una posición de ventaja económica en beneficio de una de las partes —la sociedad promotora—, determinada unilateralmente por ella misma, seguida de la correlativa posición de desventaja para los «consumidores de bienes inmuebles», y que carece de «causa» justificadora (en el sentido más jurídico del término).

Pues bien, respecto a estas cláusulas abusivas, el legislador establece la sanción de nulidad de pleno derecho, teniéndolas por no puestas (artículo 16, 4, LCU). Es decir: nulidad parcial en base al tradicional «utile per inutile non vitiatur». Y si la cláusula es nula de pleno derecho, creemos que el Notario debe negarse a autorizar la escritura que contenga una tal cláusula, en base a lo que dispone el tantas veces mencionado artículo 145 del Reglamento Notarial:

«... El Notario no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización notarial cuando, a su juicio..., el acto o el contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes...»

Como se ve, el camino seguido —*contratación sobre inmuebles-CCG-LCU-artículo 145 del Reglamento Notarial*— nos conduce inexorablemente a una respuesta única: el Notario, que debe actuar en todo caso «conforme a las leyes» (art. 1 Ley Orgánica del Notariado), debe ajustarse en primerísimo término a la Constitución y a la LCU de 19 de julio de 1984, dictada en aplicación de aquélla.

Desde la entrada en vigor de la Constitución, inexcusablemente debe atenderse al criterio de defensa del consumidor que inspira nuestro sistema. De tal manera que si antes de ella podían desatenderse a nivel jurídico (distinto del nivel político, por supuesto) consideraciones de esta naturaleza, desde su entrada en vigor hay que tenerlas muy en cuenta, dado que incluso constituyen un principio general de nuestro Derecho. Al Notario también le concierne la afirmación de que «es preciso que el intérprete —Juez o jurista en general— oriente la interpretación bajo una inspiración constitucional» (27).

Porque si la doctrina civilista y mercantilista puede discurrir largamente sobre el lugar sistemático que la LCU debe ocupar en nuestro ordenamiento y las funciones que en él tiene encomendadas, en el ámbito notarial no nos cabe duda de que una función capital de la misma es la de recoger con presteza las aspiraciones y metas de la sociedad

---

(27) XAVIER O'CALLAGHAN: «Incidencia de la Constitución en la aplicación del Derecho civil», AC, núm. 1, 1988, págs. 1-7. Las palabras mencionadas, en página 6. Insiste en la misma idea en la pág. 7, cuando afirma que «todo jurista, pues, debe interpretar las normas de acuerdo con la Constitución y con los principios que en ésta se inspiran».

a la que sirve como vehículo de su libertad civil (28), rellenando de contenido tangible y concreto el fundamentalísimo deber de imparcialidad del Notario (29). Y es en aplicación de aquel principio y de este deber por lo que —creemos nosotros— el Notario *debe* denegar la autorización de cualquier escritura pública que contenga una cláusula como la que nos ocupa.

La postura que defendemos supone incorporar al Notario al tren imparable de la protección de los consumidores, de manera que junto al control administrativo y judicial exista también un control notarial, el que deriva de la intervención de un funcionario competente, justo y responsable, que por la propia esencia de su misión deba ayudar a las partes a conseguir el resultado que pretenden por el medio mejor, que es siempre el más corto, seguro y económico (30).

Si el Notario está en el lugar que le ha asignado la sociedad, es precisamente porque nunca se ha resignado a ser el furgón de cola. Antes al contrario, siempre ha sido abriendo brecha en el progreso jurídico. Recuérdese la sociedad de responsabilidad limitada, el usufructo universal de viudedad, las cláusulas estatutarias de restricción a la libre transmisión de las acciones de una sociedad anónima. Y en la hora presente, las urbanizaciones privadas, la multipropiedad, la defensa del consumidor de inmuebles, etc...

Todo lo cual hace que la colaboración que el Notario presta a la

---

(28) El entendimiento del Notario como vehículo principalísimo e imprescindible de la libertad civil de los ciudadanos nos parece un enfoque extraordinariamente fecundo, muy especialmente a partir de los mimbres que proporciona la Constitución de 1978. Porque no nos cabe duda de que la libertad civil de los ciudadanos encuentra el camino recto para su realización a través del Notario; hay otros caminos, pero tortuosos: uno es patológico: el judicial; otro es intervencionista y fiscalizador: el administrativo. Pero éste es un punto que rebasa con mucho los límites del presente Dictamen.

(29) El deber de imparcialidad del Notario, de tan extraordinaria importancia en la realidad de nuestros despachos de cada día, casi va elíptico en nuestro Reglamento Notarial, que sólo alude a él —y como de pasada— en el artículo 147. Sobre él, es fundamental el trabajo de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: «El deber de imparcialidad del Notario», en el volumen *Jornadas Notariales de Poblet*, años 1962-1971, Colegio Notarial de Barcelona, 1974, págs. 145-193.

(30) SAPENA, CERDÁ BAÑULS y GARRIDO PALMA: *Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores*, ponencia de la Delegación española al XIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Barcelona, 1975. Ponencia recogida en la obra publicada por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España: *Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Barcelona, 1975, tomo IV, páginas 11-139 (las palabras citadas, en pág. 103).

Esta ponencia se incardina, a nuestro juicio (y con varios años de anticipación), en la misma línea del presente Dictamen, postulando un control notarial no exigido *expressis verbis* en la legislación positiva sectorial. Por contra, GARCÍA AMIGO (*Condiciones generales de los contratos*, Edersa, Madrid, 1969, págs. 174 v sigs.) desconoce la fuerza que puede tener este control notarial de las CGC y postula sólo controles judiciales, administrativos y legales.

legislación de defensa de los consumidores no quede reducida, dentro de la esfera de la contratación en la normalidad de la vida, a bellas palabras inanes. Si como ha dicho GARCÍA CANTERO «el panorama que ofrece la LCU es vacilante e inseguro; apenas si se ha iniciado su invocación ante los Tribunales; hay grandes dudas interpretativas que no ha resuelto de modo unánime la doctrina» (31), sólo una firme defensa de esta legislación por parte del Notario logrará una implantación y enraizamiento social de la nueva normativa. Implantación que será mucho más lenta y dificultosa si sólo se acude para ello a otras vías.

Y no sólo somos nosotros los que propugnamos esta postura beligerante del Notario (no se olvide: tan profesional del Derecho como funcionario público; y ambas facetas indisolublemente unidas) en pro de la legislación de defensa de los consumidores. También RODRIGO BERCOVITZ lo propugna cuando afirma:

«En todo esto yo creo que, como en tantas otras ocasiones y en tantas otras materias, los Notarios tienen una función importante de protección del consumidor.»

«Aprovecho para abundar en una recomendación que en otras ocasiones he señalado: la conveniencia de realizar todos los contratos sobre viviendas directamente en escritura pública. Ya sé que eso automáticamente plantea problemas en relación con el tema de los impuestos. Pero, en definitiva, la escritura pública proporciona una buena protección al adquirente, y es una pena que se prescinda de ella frecuentemente sin motivo alguno» (32).

Semejante propuesta nos parece digna de la mayor receptividad, lo que sobre redundar en provecho de los consumidores y del bien ganado prestigio notarial, disipará los recelos, suspicacias o alusiones indirectas que recoge el mismo R. BERCOVITZ cuando afirma, en otro párrafo de esa misma página:

«Como ven ustedes (se está refiriendo al art. 147 del Reglamento Notarial) —otra cosa es que los Notarios cumplan siempre fielmente con este precepto—, les impone una obligación de información jurídica de ambas partes y, consecuentemente, de la parte habitualmente más débil del consumidor, en relación con todo tipo de contratación, por lo que a nosotros nos incumbe, en relación con contratación de vivienda. No hay que olvidar que muchas veces quien designa al Notario es la empresa inmobiliaria y éste, como es lógico, tiene que cuidar a sus clientes. Las cosas son así.»

La velada —y no tan velada— crítica que denotan estas palabras debe tratar de ser eliminada en sus raíces. Y para ello, somos de la

---

(31) GARCÍA CANTERO: «El contrato de arrendamiento urbano y la Ley del Consumidor», AC, núm. 40, 1987, pág. 2439.

(32) R. BERCOVITZ: «La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la LCU», en la obra escrita en colaboración con su hermano ALBERTO, antes citada: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Ed. Tecnos. Madrid, 1987 (las palabras citadas, en pág. 258).

opinión de que el Notariado se debe incorporar al tren —imparable, por otra parte— de la protección y defensa de los consumidores. Sin ejercer, por supuesto, ningún tipo de funciones judiciales ni hacer uso de potestades administrativas; mas circunscrita a su ámbito natural, debe asumirse sin reservas.

### III. CONCLUSIONES

Como resulta de lo expuesto, el presente dictamen puede compendiarse en una simple respuesta a la consulta formulada: la negativa rotunda. Y ello por cuatro motivos fundamentales:

*Primero.*—Por la situación de abuso y prepotencia económica que produce, contraria a toda idea de justicia y equidad.

*Segundo.*—Por estar abiertamente en contradicción con la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con el último párrafo de ese mismo artículo. Ambos, a nuestro juicio, preceptos de carácter imperativo.

*Tercero.*—Por sentar las bases documentales que posibilitan un claro abuso de derecho contrario a lo dispuesto en el artículo 7, 2, del Código Civil.

*Cuarto.*—Por oponerse frontalmente al criterio constitucional y legal de protección y defensa del consumidor, que el Notario no puede obviar en ningún caso a la hora de formular el juicio previo de legalidad que el artículo 145 del Reglamento Notarial le impone.

Tal es nuestro dictamen, que sometemos gustosamente a cualquier otro parecer mejor fundado.

ALBERTO SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA  
Notario





# ACTUALIDAD JURIDICA



## 1. INFORMACION LEGISLATIVA

### A) ACUERDOS INTERNACIONALES Y DERECHO COMUNITARIO

1. *Convenio sobre formas de los testamentos.*—En el *Boletín Oficial del Estado* del día 17 de agosto se publica el Instrumento de ratificación del Convenio hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, cuyo texto se publica.

La norma general viene recogida en el artículo primero, según el cual una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma si ésta responde a la Ley interna:

- a) Del lugar en que el testador hizo la disposición, o
- b) De la nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o
- c) Del lugar en el cual el testador tenía su domicilio, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o
- d) 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, o
- e) Respecto a los inmuebles, del lugar en que estén situados.

La revocación también será válida en cuanto a la forma si responde a una de las leyes antes relacionadas.

2. *Modificación de la Ley de Bases de Delegación al Gobierno para aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas.*—La Ley 18/1988, de 1 de julio, modifica el artículo 5.º de la Ley citada, en el modo que se ordena en su artículo único, que dice:

Los puntos 2 y 3 del artículo 5.º de la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de Bases de Delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas, quedarán redactados del siguiente tenor:

«2. La Comisión Mixta para las Comunidades Europeas estará compuesta por el número de Diputados y Senadores que establezcan las

Mesas de las Cámaras en sesión conjunta, al inicio de cada Legislatura, garantizando, en todo caso, la presencia de todos los Grupos Parlamentarios y, en su caso, también de las Agrupaciones.

La Presidencia de la Comisión corresponderá al Presidente del Congreso de los Diputados o al Diputado o Senador en quien éste delegue con carácter permanente.

Las votaciones se realizarán por el sistema de voto ponderado, en función del número de miembros de cada Grupo Parlamentario en una y otra Cámara.

3. Para el cumplimiento de sus fines, la Comisión Mixta para las Comunidades Europeas:

*a)* Conocerá tras de su publicación, a los efectos del artículo 82, 6, de la Constitución española, de los Decretos Legislativos emitidos en aplicación del Derecho derivado comunitario.

*b)* Deberá ser informada por el Gobierno de los proyectos normativos de las Comunidades Europeas que puedan afectar a materias sometidas a reserva de Ley en España.

*c)* Recibirá del Gobierno la información que obre en su poder sobre las actividades de las Instituciones de las Comunidades Europeas respecto a la aplicación y puesta en práctica de la adhesión de España a las mismas.

*d)* Deberá ser informada por el Gobierno de las líneas inspiradoras de su política en el seno de las Comunidades Europeas, así como de las decisiones y acuerdos del Consejo de Ministros de las Comunidades Europeas.

*e)* Podrá elaborar informes sobre las propuestas de Reglamentos, Directivas o Decisiones que la Comisión de las Comunidades Europeas presente al Consejo de Ministros.

*f)* Establecerá relaciones de cooperación con los órganos del Parlamento Europeo. La Comisión Mixta podrá, asimismo, celebrar reuniones conjuntas con los Diputados españoles en el Parlamento Europeo.

*g)* Mantendrá una relación de recíproca información y colaboración con las Comisiones existentes en otros Parlamentos nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, que tengan competencias similares a la Comisión Mixta Congreso de los Diputados-Senado.

*h)* Podrá someter por el procedimiento reglamentario a las Mesas de ambas Cámaras, informes o dictámenes que considere de especial interés, en las materias que sean competencia de la Comisión Mixta.»

## DISPOSICION TRANSITORIA

La decisión de las Mesas del Congreso y del Senado en sesión conjunta, acerca de la composición de la Comisión Mixta en la tercera Legislatura, tendrá lugar a la entrada en vigor de esta Ley.

## B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. *Ley de Costas de 28 de julio de 1988.*—Viene a sustituir a la de 26 de abril de 1969 y a la de Protección de las Costas Españolas de 10 de marzo de 1980.

Tiene por objeto, según su artículo 1.º, la determinación, protección, utilización y policía del dominio público marítimo-terrestre y especialmente de la ribera del mar. En el artículo 3.º se consideran bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal: 1) la ribera del mar y de las rías, que incluye también la zona marítimo-terrestre y las playas; 2) el mar territorial y las aguas interiores con su lecho y subsuelo, y 3) los recursos naturales de la zona específica y la plataforma continental. En el artículo 4.º se hace una larga enumeración que comprende otros once supuestos concretos de dominio público estatal, ampliado en el artículo 5.º a las islas formadas por causas naturales en el mar territorial. Según la disposición transitoria segunda, número 3, los islotes que actualmente sean de propiedad particular conservarán esta condición, pero sus playas y zona marítimo-terrestre serán de dominio público.

Los bienes de este dominio público estatal son inalienables, imprescriptibles e inembargables, pudiendo tan sólo ser objeto de uso y aprovechamiento mediando concesión o autorización, de acuerdo con las disposiciones de esta Ley.

En los artículos 11 a 16 se regula el preceptivo deslinde que se efectuará por la Administración del Estado, con reflejo en el Registro de la Propiedad.

Para inmatricular fincas situadas a menos de cien metros de la ribera que lindan con el dominio público, deberá acreditarse mediante certificación de la Administración del Estado que no se invade dicho dominio. También podrá el Registrador comunicar de oficio la solicitud de inscripción, pudiendo proceder a la práctica del asiento si no hay respuesta de la Administración en plazo de treinta días.

En el título II (arts. 20 a 30) se regulan las limitaciones de la propiedad sobre terrenos contiguos a la ribera del mar, que se concretan en las servidumbres legales de protección, de tránsito y de acceso al mar y en la llamada zona de influencia.

En el artículo 31 se establece que la utilización del dominio público marítimo-terrestre, del mar y su ribera, será libre, pública y gratuita para los usos comunes que no requieran obras o instalaciones. En caso de existir éstas, se precisa previa concesión (art. 64).

En la disposición final tercera se dispone que esta Ley ha entrado en vigor el día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, o sea, el día 29 de julio.

2. *Ley del Mercado de Valores*.—Tiene también fecha de 28 de julio de 1988 y regula los mercados que llama primarios y secundarios de valores negociables emitidos por personas o entidades públicas o privadas.

En el preámbulo se justifica su necesidad para potenciar nuestro mercado de valores ante la perspectiva de un mercado europeo de capitales para 1992, con el fin de que el mercado español se encuentre en condiciones apropiadas para poder competir.

En su disposición final se señala que la Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación, aunque se concede un plazo transitorio de un año para los preceptos específicos de las Bolsas de Valores y para los Agentes de Cambio y Bolsa.

En el artículo 13 se crea la Comisión Nacional del Mercado de Valores y en el 31 se consideran mercados secundarios a las Bolsas, el mercado de Deuda Pública y aquellos otros de anotaciones en cuenta. La creación de Bolsas de Valores corresponderá al Gobierno, salvo los casos de competencia concedida a Comunidades Autónomas.

En los artículos 62 a 75 se regulan las sociedades y Agencias de Valores y en el artículo 108 se determina el régimen fiscal de las operaciones sobre valores, declarándose en principio la exención en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, salvo en los casos excepcionales que se indican en el mismo precepto.

3. *Ley de Carreteras de 29 de julio de 1988*.—Regula, en 41 artículos, la planificación, proyección, conservación, financiación, uso y explotación de las carreteras estatales, que son aquellas no traspasadas a las competencias de las Comunidades Autónomas, por exceder del territorio de alguna de ellas.

En las Disposiciones generales se distinguen y definen las autopistas, autovías, vías rápidas y carreteras convencionales. Es importante la sección 1.ª del capítulo III, referida a las limitaciones de la propiedad y que comprende los artículos 20 a 28. Se establecen las zonas de dominio público, de servicio y de afección.

Son de dominio público, según el artículo 21, los terrenos ocupados por las carreteras estatales y sus elementos funcionales y una franja de terreno de ocho metros de anchura en autopistas, autovías y vías rápidas

y de tres metros en el resto de las carreteras, a cada lado, medidas desde la arista exterior.

Según el artículo 22, la zona de servidumbres alcanza hasta los 25 metros en autopistas, autovías y vías rápidas y ocho metros en el resto de las carreteras.

La zona de afección llega hasta los 50 metros en las carreteras ordinarias y los 100 metros en las otras tres.

En estas zonas de servidumbre y afección no podrán realizarse obras, usos o plantaciones de árboles si no media la previa autorización administrativa.

### C) NORMAS AUTONÓMICAS

1. *Castilla-La Mancha*.—La Ley de 31 de mayo de 1988, sobre Conservación de suelo y protección de cubiertas vegetales naturales, regula las actuaciones dirigidas a paliar los efectos de la erosión, favorecer la conservación de los suelos y proteger las cubiertas vegetales. Su texto puede verse en el *Boletín Oficial del Estado* del 9 de julio siguiente.

2. En *Castilla y León* se han publicado la Ley de 5 de julio de 1988 sobre reforma de la Ley de Gobierno de la Administración regional y la de 15 de julio sobre financiación de la minería. Se insertan ambas en el *Boletín Oficial de Castilla y León*, en los días 8 y 20 de julio, respectivamente.

3. *Galicia*.—La Ley de 26 de mayo de 1988, de la Función Pública de Galicia, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 23 de julio siguiente, ordena y regula el personal al servicio de esta Comunidad Autónoma, en el marco de la legislación básica del Estado.

4. *Navarra*.—El Decreto Foral de 1 de junio de 1988 establece el régimen administrativo aplicable a la sucesión legal en favor de esta Comunidad Foral, en su condición de heredera *ab intestato* que le atribuyen las leyes 304 y 307 de la Compilación Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra.

En el título I se detallan las actuaciones para obtener la declaración judicial como heredera de esta Comunidad; el título II se refiere a la administración y enajenación de los bienes hereditarios; el III regula las cuentas de liquidación y distribución del caudal, y en el IV se determina el destino de la herencia. En el artículo 24, último del Decreto Foral, se dice que la Comunidad Foral de Navarra aplicará la herencia a instituciones de beneficencia, instrucción, acción social o profesionales, por mitad entre instituciones de la Comunidad y municipales de Navarra.

Su texto íntegro se publica en el *Boletín Oficial de Navarra* del día 8 de julio pasado.

5. *Valencia*.—Por Ley de 24 de junio de 1988, publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad Valenciana* del 2 de julio siguiente, se regulan los Parajes Naturales de esta Comunidad, que serán aquellos que en atención a su interés comunitario, sean declarados como tales por sus concretos y singulares valores científicos, paisajísticos o educativos, con la finalidad de atender a la conservación y mejora de su flora, fauna, diversidad genética, constitución geomorfológica, especial belleza u otros componentens de muy destacado rango natural, así como de su entorno.

## II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Segundas Jornadas sobre la nueva Ley de Propiedad Intelectual*. Se han celebrado en Madrid en los días 23 y 24 de junio pasado, organizadas por la Asociación Literaria y Artística para la Defensa del Derecho de Autor (ALADDA), en colaboración con el Ministerio de Cultura, la Sociedad General de Autores de España y la Asociación Colegial de Escritores de España, con el ánimo de contribuir al esclarecimiento de los problemas que plantea en nuestro tiempo el derecho de autor y singularmente las soluciones aportadas por la nueva Ley española.

Las reuniones comenzaron con un discurso de bienvenida del Presidente de la Asociación organizadora, profesor ESPÍN CÁNOVAS, que hizo referencia a los momentos que han jalonado la inquietud española hacia estos estudios y recordó las anteriores reuniones de carácter internacional que se han celebrado hasta ahora.

En estas Jornadas han intervenido eminentes juristas y destacadas figuras de las letras, las artes y otras actividades conexas, como la editorial. Destacamos a los profesores KOMMANTOS, de la Universidad de Atenas, y FRANÇON, de la de París, Presidente y Secretario, respectivamente, de la Association Litéraire et Artistique Internationale (ALAI), y al Presidente de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, señor LATOUR BROTONS. Además del profesor ESPÍN, Director de las Jornadas, asistieron los señores VALENTÍN CORTÉS, ANDRÉS SOREL, MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ CÁNOVAS, MANUEL HEREDERO, ANTONIO DELGADO y otros. El Colegio Nacional de Registradores estuvo representado por JAVIER NAVARRO. Registrador General de la Propiedad Intelectual.

Las Jornadas se cerraron con una intervención del Subsecretario del Ministerio de Cultura.

2. *Jornadas sobre el Agua en Valencia*.—A mediados de junio pa-



sado se han celebrado en dicha ciudad, bajo el título «El agua, factor del desarrollo valenciano», estas reuniones de estudio, organizadas por la Generalidad y la Universidad Politécnica de Valencia.

Han sido estudiados, como temas básicos, los siguientes:

- Los recursos hidráulicos de la Comunidad Valenciana.
- El agua en la agricultura.
- Abastecimientos urbanos e industriales.
- Evacuación y depuración de las aguas.

Han asistido profesionales, técnicos, empresarios y usuarios de las aguas integrados en las comunidades de regantes. Con este motivo hizo acto de presencia la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Aguas (AIDA).

3. *Libro sobre la letra de cambio.*—En el Ilustre Colegio Notarial de Madrid se celebró un acto el día 29 de junio para presentar el libro de don BRUNO AGUILERA BARCHET, Profesor de Historia del Derecho y de las Instituciones y Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, titulado *La historia de la letra de cambio en España*.

4. *Curso sobre Urbanismo.*—Durante el mes de junio se ha celebrado uno de los habituales cursos sobre esta materia que viene desarrollando la *Revista de Derecho Urbanístico*. Corrió a cargo de los prestigiosos profesores y profesionales señores BASSOLS, GONZÁLEZ NAVARRO, MERELO, GONZÁLEZ BERENGUER, MINGO DE MIGUEL, PORTO, SANZ BOIXAREU, CARRETERO, FRANCO QUIJADA, ORTEGA y ARMENGOT.

Las lecciones han girado en torno al régimen jurídico del urbanismo, en sus variados aspectos civil, administrativo, fiscal y otras facetas de esta materia.

5. *Curso de verano de la Universidad Complutense.*—Se ha celebrado en El Escorial durante los meses de julio y agosto, sobre diversos temas jurídicos y sociales.

Aquí destacamos el curso referente al «Primer centenario del Código Civil», que tuvo lugar en los días 18 a 29 de julio y del que ha sido Director don LUIS DÍEZ PICAZO, Catedrático de Derecho Civil, Magistrado del Tribunal Constitucional y también Presidente del Consejo de Redacción de nuestra Revista.

Han intervenido los siguientes señores: GARCÍA GALLO, Académico de Jurisprudencia; DELGADO ECHEVARRÍA, de la Universidad de Zaragoza; CAFFARENA, de la de Málaga; VALLET DE GOYTISOLO, Académico, Notario y Consejero de Redacción de esta Revista; GORDILLO, de

la Universidad de Sevilla; MIQUEL, de la Autónoma de Madrid; RODOTÁ, de la Universidad de Roma; PANTALEÓN, de la de Santander; GARCÍA AMIGO, de la Complutense, y HERNÁNDEZ-GIL, Presidente del Consejo General del Poder Judicial.

# JURISPRUDENCIA



# I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 20 de abril de 1988.*—TITULARIDAD REGISTRAL.—Cuando en el Registro aparece claramente el nombre y domicilio del titular debe citársele personalmente a juicio, no valiendo la citación por edictos.—Sala Segunda.—Ponente: Sr. López Guerra (BOE, 5 de mayo).

*Hechos.*—Demandados en juicio de menor cuantía diversos copropietarios de una finca, se dirigió la demanda contra algunos nominalmente y, además, «contra otros comuneros cuya identidad desconozcan los actores» y «contra cuantas personas o entidades se consideren afectadas». Ya en la contestación a la demanda se opuso que en la certificación registral aportada por los actores figuraban una serie de titulares, varios de los cuales no habían sido demandados. Pese a ello, la sentencia de Primera Instancia fue desestimatoria de la excepción, siendo confirmada tanto en la Audiencia Territorial como en el Tribunal Supremo.

El promovente del recurso de amparo, copropietario de la finca en litigio, que no había sido demandado *a pesar de figurar su domicilio en la correspondiente certificación registral*, tuvo noticia de la sentencia adversa cuando ya era firme, y por ello recurre ante el Tribunal Constitucional invocando el artículo 24 de la Constitución, pidiendo la nulidad de actuaciones para que sean emplazados personalmente todos los titulares registrales cuyos domicilios consten en el Registro de la Propiedad y que no resulten condenados los titulares registrales que no hayan sido demandados.

El Ministerio Fiscal informó adhiriéndose y señalando que todas las afirmaciones del actor se fundamentan en la existencia de una certificación registral en la que consta el nombre de 76 titulares registrales de la finca, de los que sólo han sido demandados 37, incluyendo a los restantes en la frase de «los demandados y otros comuneros cuya identidad desconocen los actores, son titulares registrales de un solar sito en este término municipal...».

De lo expuesto por el actor se deduce que toda su argumentación se basa en su condición de titular registral y en el conocimiento de dicha titularidad por parte de los demandantes, al aportar con la demanda una certificación registral en la que constaban todos los comuneros, incluido el actor. *Esta certificación registral es básica como supuesto fáctico. Si en ella aparece el nombre del actor o de su causante como titular registral de la finca objeto de la pretensión, el recurrente debió ser demandado*

y, consiguientemente, emplazado y citado personalmente, y si se desconocía el domicilio, tema también de controversia en el proceso, a través de la citación edictal, pero con los requisitos exigidos por la Ley, para que, aunque difícilmente, pudiera el proceso ser conocido por el actor.

**Fallo.**—El Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado y declara la nulidad de las sentencias en lo que afectan al recurrente, titular registral no citado personalmente, en base, entre otros, a los siguientes

**Fundamentos jurídicos.**—2. Por lo que se refiere al concreto contenido del amparo que se solicita, este Tribunal ha tenido amplia ocasión para pronunciarse sobre la relevancia de la correcta práctica de las citaciones, notificaciones y emplazamientos para que se lleve a cabo la tutela judicial efectiva que dispone el artículo 24, 1, de la Constitución, y se evite la indefensión que ese mismo artículo proscribiera. El conocimiento de la misma existencia del proceso y de la demanda allí formulada es, claramente, requisito indispensable para que los demandados puedan hacer valer sus derechos mediante la oportuna comparecencia y alegaciones. A estos efectos, la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé la forma de efectuar las oportunas notificaciones, emplazamientos y requerimientos, que en el supuesto de que no conste el domicilio de la persona que deba ser notificada o de que se ignore su paradero podrán realizarse mediante el *Boletín Oficial de la Provincia* o, en su caso, en la *Gaceta de Madrid* (artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La forma en que se efectúe el llamamiento a juicio de los demandados, de acuerdo con las previsiones legales, resulta de especial relevancia en cuanto que debe posibilitar que aquéllos puedan efectivamente conocer el proceso, personarse en él y promover el oportuno debate contradictorio. Por ello, y como este Tribunal ha señalado reiteradamente, siempre que ello sea posible debe verificarse el emplazamiento personal de quienes hayan de comparecer en juicio como partes, a fin de que puedan defender sus derechos. Si tal emplazamiento no pudiera hacerse de forma personal y en el propio domicilio, el emplazamiento mediante edictos se muestra como remedio subsidiario; pero no ha de olvidarse que el fin que con ese procedimiento edictal se persigue sigue siendo el mismo, esto es, el conocimiento por parte de los demandados del procedimiento iniciado y la demanda deducida. Por lo que los términos del edicto deberán, en lo posible, conducir a ese conocimiento, de manera que los afectados tengan oportunidad, siquiera reducida (por las mismas características de la notificación edictal), de llevar a cabo las actuaciones que estimen convenientes para su defensa.

3. En el presente caso, y de lo que resulta de las actuaciones, el hoy recurrente figuraba como titular registral —junto con otros 75— del solar objeto del litigio iniciado por demanda de mayor cuantía presentada ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Las Palmas de Gran Canaria. No obstante, la demanda (*pese a que acompañaba certificación registral en que figuraba la identidad del solicitante de amparo*), a la hora de precisar contra quién se dirigía, procedía a enumerar, individualmente, a 37 titulares registrales, sin incluir en ellos al solicitante de amparo, y a continuación añadía, en expresión genérica, «y cuantas personas o entidades se consideren afectadas o puedan sentirse interesadas con las pretensiones de la presente demanda». *La demanda, pues, se dirigía* (como se indicaba en la misma a continuación) *contra los titulares regis-*

*trales del solar objeto del litigio, pero sólo se citaba expresamente a parte de ellos.*

El Juzgado de Primera Instancia procedió a los oportunos emplazamientos, y por lo que se refiere a los demandados no identificados individualmente en la demanda, lo hizo por edicto publicado en el *Boletín Oficial de la Provincia*, en que, junto a la referencia a dos herencias yacientes, se emplazaba a «cuantas personas o entidades se consideren afectadas o puedan sentirse interesadas con las pretensiones de la demanda», sin hacerse otra precisión respecto a la identidad de los emplazados ni sobre el contenido y objeto de la demanda.

4. De lo expuesto se deriva ciertamente que el recurrente no ha sido objeto de notificación personal en su domicilio, notificación que, de acuerdo con los artículos 264, 266 y 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina apuntada de este Tribunal, debería ser el medio usual para el conocimiento, por parte del afectado, de la pretensión frente a él deducida. Consta, no obstante, en las actuaciones, que se efectuó un emplazamiento, en forma genérica, mediante edicto, y ello según lo dispuesto en el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé que de no constar el domicilio de la persona que haya de ser notificada, el emplazamiento se haga por cédula que se insertará en el *Boletín Oficial de la Provincia*, como se hizo en el caso que ahora se contempla. Pero los términos en que el emplazamiento se realizó no permiten apreciar que, incluso dentro de la reducida posibilidad de conocimiento que ofrece un edicto judicial de este tipo, se ofreciera una oportunidad al hoy recurrente para que tuviera noticia del procedimiento, al omitirse tanto su nombre como el mismo objeto del litigio incoado. Por tanto, hay que concluir que de aplicarse al recurrente en amparo las resoluciones que se impugnan, se le vendría a causar un perjuicio a sus derechos e intereses sin que haya tenido la oportunidad de personarse en el procedimiento que a esas resoluciones dio lugar, ni de efectuar las alegaciones que estimara convenientes, pues efectivamente el fallo de la sentencia dictada en apelación, y confirmada en casación, contiene una condena «a los demandados», sin excluir en forma alguna a quienes no fueron expresamente identificados en la demanda. El hoy recurrente, incluido entre los demandados, siquiera en forma genérica y sin individualizar, se encuentra, pues, sujeto a un pronunciamiento condenatorio sin haber oído ni tener posibilidad de ello, lo que conduce a estimar que efectivamente ha visto vulnerados sus derechos a la tutela judicial efectiva y a la no producción de indefensión.

F. C. D.

2. *Sentencia de 17 de diciembre de 1987.*—ANOTACION PREVENTIVA DE DEMANDA.—Cuando el Tribunal la deniega por no prestarse la fianza, no se menoscaba el derecho a la tutela judicial efectiva.—Sala Segunda (Suplemento BOE, 8 de enero de 1988).

*Hechos.*—1. a) El actor formuló con fecha 15 de septiembre de 1984, ante el Juzgado número 6 de Barcelona, demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don T. C., reivindicando diversos bienes inmuebles, fijándose la cuantía en 100 millones de pesetas. En dicha demanda solicitaba, asimismo, la anotación preventiva de aquélla en los Registros de Santa Coloma de Farnés, Arenys de Mar y Granollers.

b) Por Auto de 14 de diciembre de 1984, del mencionado Juzgado, se admitió a trámite la demanda y se decretó la anotación preventiva, condicionándola a que el actor presentara fianza en cuantía de 25 millones de pesetas.

c) Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Territorial de Barcelona, fue desestimada por Auto de 26 de febrero de 1987.

El actor solicita de este Tribunal que declare la nulidad del Auto de la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Barcelona impugnado. Aduce como violados los artículos 14 y 24, 1, de la Constitución Española. Respecto al primero, afirma que condicionar el derecho indiscutible de un particular que litiga, asistido del beneficio de justicia gratuita, a anotar preventivamente su demanda en el Registro de la Propiedad, a una caución de 25 millones de pesetas, es imposibilitar el ejercicio del derecho. Por ello sostiene que la exigencia de dicha caución viola el principio de igualdad preconizado en el artículo 14 de la Constitución Española. Igualmente se incumple la obligación constitucional de tutela efectiva. A juicio del recurrente, la argumentación del Auto impugnado consistente en valorar, para fijar la caución, el perjuicio económico para el titular registral, no justifica la que califica de inadecuada y desmesurada caución, que puede ser sustituida por otras medidas de garantía, máxime cuando en el caso presente el recurrente carece de bienes. Por ello entiende que se vulnera el artículo 24 de la Constitución Española cuando se condiciona la anotación preventiva de demanda a una caución imposible, ya que equivaldría a convertir las decisiones judiciales en meras declaraciones de intenciones.

2. Por Providencia de 8 de abril de 1987, la Sección acuerda tener por recibido el escrito de demanda de amparo, y por personado y parte en nombre y representación de don C. P. M., a la Procuradora doña C. A. R. Asimismo, se concede un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y al solicitante del amparo, para que dentro de dicho término aleguen lo que estimen pertinente respecto a la causa de inadmisión de carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte de este Tribunal, conforme a lo establecido en el artículo 50, 2, b), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

3. El Fiscal, en escrito de 22 de abril de 1987, alega que la exigencia de fianza no afecta para nada al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que no impide el acceso al proceso ni al desarrollo del mismo, sino que afecta únicamente a la anotación preventiva de la demanda, que constituye una garantía del demandante, pero que no es contenido esencial del derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución Española. Es una pretensión periférica al derecho fundamental y, por tanto, su existencia no tiene trascendencia constitucional, respecto al citado artículo 24 de la Constitución Española, a no ser que la respuesta jurídica a la misma no estuviere fundada en Derecho y razonada. En este caso, el órgano judicial razona y funda la respuesta, que para el actor constituye la violación denunciada. La finalidad de la anotación preventiva es enervar la fe pública registral, lo que supone para el propietario de la finca o fincas inscritas un perjuicio económico, en cuanto limita el derecho a la disponibilidad de los bienes inmuebles, que hay que valorar atendiendo a la acción y a su naturaleza. La fianza se conecta directamente con los posibles perjuicios que puedan irrogar y no guarda relación con la posición económica del actor. El Juez, en el ejercicio de esta potestad, tiene que ponderar estos posibles perjuicios, y con base en ellos determinar la cuan-



tía de la garantía, independientemente de la posición económica del demandante, porque si no se hiciere así estaríamos avalando la posibilidad de un fraude procesal. Es fácil deducir una demanda y solicitar la correspondiente anotación preventiva por un insolvente, lo que supondría no prestar fianza por esta condición y producir de manera intencionada unos perjuicios sin fundamento ni realidad jurídica.

La anotación preventiva supone una limitación de los derechos del demandado, que deben ser salvaguardados por los órganos judiciales, por su propia naturaleza. Esta limitación tiene como base un posible derecho. La ponderación o equilibrio entre ambos derechos, el del autor, que no es un derecho actual, como dice la resolución, y el de los demandados, es objeto de estudio por auto de la Sala, y con base en esa ponderación se mantiene la fianza, que la Audiencia no considera irracional ni arbitraria, con fundamento en esos argumentos jurídicos y valorando la relación económica entre la cuantía de la fianza y la de los bienes que son objeto del proceso, y que, en este caso, alcanzan la cantidad de 100 millones de pesetas. La demanda carece de contenido constitucional, porque la resolución que se impugna está razonada y motivada.

La presunta violación del artículo 14 de la Constitución Española carece de fundamento, porque al tratarse de la violación del principio de igualdad, como consecuencia de la aplicación de los Tribunales de la norma jurídica, es exigencia necesaria y *sine qua non* la aportación por el actor de un «término de comparación» que no se ha aportado, por lo que no cabe la confrontación con la resolución impugnada y la determinación de la presunta discriminación.

Por ello interesa del Tribunal Constitucional dicte auto desestimando la demanda.

**Fallo.**—El Tribunal Constitucional desestima el amparo solicitado, por entender que la negativa del Tribunal, motivada por la no prestación de la fianza fijada, no disminuye el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24 de la Constitución. Así lo razona en los siguientes

**Fundamentos jurídicos.**—1. El ahora recurrente en amparo ante este Tribunal Constitucional había formulado, en 15 de noviembre de 1984, demanda de juicio ordinario de mayor cuantía reivindicando diversos bienes inmuebles, contra determinados adquirentes de los mismos, inscritos en el Registro de la Propiedad. Previamente había obtenido el beneficio legal de justicia gratuita. La demanda civil se refiere a complejos problemas de declaración de derechos, partición de herencia, reivindicación de bienes inmuebles procedentes del abuelo del actor, quien en prolijo testamento estableció el sistema de heredamiento, sustituciones y condiciones, discutido en el juicio en razón de los actos dispositivos de bienes —voluntarios o por ejecución judicial— realizados por el fiduciario (padre del actor) a partir del año de 1911. La demanda fijó —y aceptó por el Juzgado— como valor de la pretensión el de 100 millones de pesetas.

En la propia demanda, con invocación del número 1 del artículo 42, del primer párrafo del artículo 43, ambos de la Ley Hipotecaria, y del artículo 139 de su Reglamento, se solicitó la anotación preventiva de aquélla, ofreciendo «indemnizar —en la medida de sus posibilidades— los perjuicios que de la anotación pudieran derivarse para los demandados en caso de ser absueltos». El Juzgado de Primera Instancia admite la

demanda y decreta la anotación preventiva de la misma en el Registro de la Propiedad, pero condicionada a la prestación de fianza en cualquiera de las clases admitidas en Derecho, excepto la personal, en la cuantía de 25 millones de pesetas.

Interpuesto por el demandante recurso de apelación contra este particular de la providencia del Juzgado, la Audiencia Territorial de Barcelona lo resuelve, confirmando el proveído, por Auto de 26 de febrero de 1987, contra el cual se formula el presente recurso de amparo, entendiéndose por el actor que dicho Auto vulnera los artículos 14 y 24, 1, de la Constitución Española.

2. El recurrente mantiene que se viola el artículo 14 de la Constitución Española al exigírsele la prestación de fianza, cuando de ello está exento por su reconocida condición de beneficiario de justicia gratuita. Pretende así hacer aplicables los efectos de este beneficio a la prestación de fianza, mediante una interpretación y aplicación extensiva del artículo 30, 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exime al litigante con ese beneficio de «hacer los depósitos que sean necesarios para la interposición de cualesquiera recursos». Y sostiene que el Juez así debió acordarlo.

En realidad lo que aquí el recurrente introduce es un problema de aplicación de las normas, cometido propio y exclusivo de la jurisdicción ordinaria, puesto que su queja se refiere a que dicha jurisdicción debió aplicar por analogía el artículo 30 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, extendiendo el supuesto de hecho que prevé esta norma (depósitos para recurrir) a las hipotecarias (arts. 42 y 43 de la Ley Hipotecaria y 139 del Reglamento), que permiten al Juez (art. 139 citado) exigir fianza al actor para prevenir los perjuicios que la anotación registral pudiera causar al demandado absuelto.

3. No indica el recurrente —en su no muy explícita demanda— cómo se opera aquí la desigualdad a la que alude con su cita del artículo 14 de la Constitución Española, es decir, si su referencia se concreta a la desigualdad en la Ley o causada por la Ley o bien a la resultante de la aplicación de la Ley. Pero es claro que ninguno de esos dos supuestos se dan en el caso. No puede hablarse, en efecto, de desigualdad como efecto de la regulación de dos normas distintas, justamente por prever situaciones o supuestos de hecho dispares, como lo son los referidos a depósitos para recurrir o interponer cualquier recurso (art. 30, 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por un lado, y de otro, la exigencia, potestativa en su concesión por el Juez, de caución para salvaguardar el posible perjuicio causado por una medida cautelar, medida que exige del Juez una ponderación de los intereses contrapuestos en el proceso civil. El primer supuesto es un obstáculo, un presupuesto legal de acceso al recurso, del que se exime al litigante impecune para completar con su exención el beneficio de justicia gratuita, ya que ésta ha de entenderse aplicable a todas las instancias y a las exigencias que la Ley establece de orden público procesal, en tanto que el segundo, la caución es una garantía accesoria, una medida cautelar que la Ley autoriza adoptar al Juez en beneficio de la parte demandada, quien con la anotación preventiva ve restringidos sus derechos inscritos en cuanto a su eventual disponibilidad. Son, pues, dos normas distintas, que responden a hipótesis diferentes y que se orientan hacia una finalidad dispar.

4. Por lo mismo, y si la referencia es a la desigualdad en la aplicación de la Ley, la conclusión negativa debe ser idéntica. Para que pudiera

hablarse de esa desigualdad se precisaría, en efecto, aportar el término de comparación y acreditar en qué casos se ha aplicado la norma en cuestión de modo distinto o contrario, con resultado discriminatorio, y por el mismo Juez o Tribunal, según reiteradísima doctrina de este Tribunal, de ociosa cita. Porque exigir, tal como antes se indicó, que lo que el Juez debiera haber hecho era eximir de fianza al demandante, aplicando el artículo 30 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por analogía, con todo lo que este método de integración normativa tiene de excepcional, o en el mejor de los casos, de subsidiario (art. 4, 1, del Código Civil), sería ir más allá de lo que la tutela judicial postula y de lo que a este Tribunal compete, en tanto en cuanto se trata de un problema de legalidad ordinaria, no ya por lo que se refiere a los supuestos de hecho cuya semejanza es inexcusable para la integración analógica, sino a la apreciación judicial de esos hechos y de la «identidad de razón» (art. 4, 1, del Código Civil citado), que es, asimismo, imprescindible que concurra en dichos supuestos semejantes, en el sentido de que postulen el mismo tratamiento en Derecho. Y es evidente que, como resulta del auto judicial que se impugna, ni se da esa semejanza de supuestos ni concurre la identidad de razón o igual finalidad, justamente porque al tratarse de dos normas (la procesal y la hipotecaria) no puede en modo alguno hablarse de vacío normativo o de laguna legal ni, consiguientemente, de que la norma que se trata de aplicar «no contemple un supuesto específico, pero regule otro semejante» (art. 4, 1, del Código Civil), ya que el supuesto al que se trata de aplicar viene ya regulado por otra norma (arts. 42 y 43 de la Ley Hipotecaria). Ni siquiera, pues, desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva podría considerarse que al no aplicarse la analogía que se postula, se hubiera vulnerado ese derecho fundamental (art. 24, 1, de la Constitución Española), ya que la negativa está suficientemente fundada en la resolución impugnada como lesiva.

5. Más relación tiene con el derecho constitucional a la tutela efectiva el segundo motivo que se alega, referido a la cuantía de la caución o fianza señalada por el Juez para acordar la anotación preventiva de la demanda.

Se dice por el recurrente que no es razonable exigir a un litigante con derecho de justicia gratuita reconocido, la prestación de una fianza de 25 millones de pesetas, porque hace inútil e impide el ejercicio de su derecho.

La anotación preventiva de demanda, según los preceptos hipotecarios antes reseñados, se configura como un asiento en el Registro, de eficacia temporal limitada al tiempo del proceso judicial, relativo a derechos no inscribibles, que tiende a garantizar el ejercicio de una acción y a evitar la inutilidad del fallo haciendo posible su ejecución. Constituye, pues, una garantía, cuya constancia registral favorece, por el juego de la fe pública, que el derecho o interés de la parte se mantenga seguro frente a posibles terceros. Pero no constituye una pretensión autónoma, sino, como antes se dice, una garantía para la efectividad del derecho material que se discute en el proceso. Este es, por un lado, el interés de la parte que solicita la medida cautelar y que se satisface con la adopción de la misma.

Pero justamente porque hay un interés contrapuesto (principio de contradicción procesal y material), la Ley también se cuida de garantizarlo y otorga al Juez la facultad —por tanto, potestativa— de fijar la caución, su forma y cuantía, en atención al perjuicio económico que el asiento registral produce al titular inscrito y demandado. No juega, por tanto,

aquí la capacidad económica del actor, al menos con más intensidad que la valoración del perjuicio que pueda sufrir el demandado, sino propiamente ese perjuicio, porque hay que tener en cuenta que, en la mayoría de los casos, frente a la presunción legal de firmeza del derecho del titular inscrito, lo que se opone por el actor es una pretensión de principio no inscribible y generalmente calificable de derecho expectante o, al menos, sujeto a discusión. Es ese interés concretado en el eventual perjuicio el que el Juez ha de ponderar, junto con las demás circunstancias, entre las cuales, como se razona en el auto impugnado, la de la cuantía discutida en el proceso (100 millones de pesetas), que motivó, en definitiva, la fijación de la fianza de 25 millones.

Esto se califica por el recurrente de inconstitucional, es decir, la exorbitancia de la caución, porque le impide en la práctica el ejercicio de su derecho a la anotación preventiva al carecer de bienes. Pero, como ya se ha indicado, esa ponderación y valoración de los intereses en pugna es hecho, y detalladamente, por el auto en cuestión. Cabría, pues, decir que lo así resuelto lo ha sido en el ámbito de la competencia judicial propia, por los cauces legalmente previstos, y que la cuestión se reduce a un problema de legalidad ordinaria ajena al control institucional. Mas como lo que se alega es indefensión, causada por una interpretación y aplicación, que se dice desmedida, de las normas legales, equivalente a falta de tutela judicial, conviene hacer las siguientes precisiones.

Desde esa perspectiva cabe, en efecto, que este Tribunal se pronuncie acerca de la efectividad de esa tutela y si en el caso se ha dado o no una interpretación arbitraria, infundada o patentemente errónea, causante de una vulneración del derecho constitucional del acceso a la jurisdicción, que es en lo que consiste, en esencia, el derecho reconocido en el artículo 24, 1, de la Constitución Española.

6. Ya se ha dicho que la resolución judicial impugnada como lesiva contiene una razonada, detallada y explícita fundamentación de su fallo, que decidió, valorando los intereses en juego, la correcta exigencia de la fianza en la cuantía indicada. Alude también el auto a la jurisprudencia de este Tribunal con la cita de las Sentencias del Tribunal Constitucional 62/1983 y 113/1984. En ellas se sienta la doctrina de que, en términos generales, el requisito de la fianza no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto no resulte prohibitiva o particularmente gravosa. Pero esta doctrina, preciso es observarlo, recayó en materia penal, en fianzas sobre querrela o libertad provisional. Consecuentemente, lo que puede ser decisivo en ese ámbito no puede ser trasladado sin más al orden jurídico en el que se desenvuelve el proceso que ha motivado este recurso de amparo, proceso de carácter civil para la decisión de intereses privados, aquí económicos, y sin la trascendencia de los derechos que en aquel otro orden se debaten. Por eso tiene sentido la prohibición de exigir fianzas inadecuadas obstativas al ejercicio de la acción popular (penal) que establece el artículo 20, 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bien que salvando la legitimidad de la fianza con el requisito de su adecuación, y que no exista norma parecida en los otros órdenes jurídicos.

Eliminada, pues, la tesis de la extensión del beneficio de justicia gratuita a la exigencia de fianza, y circunscrito el problema a la jurisdicción civil y a las relaciones *inter privados*, cobra todo su interés el recuerdo de lo antes dicho acerca de la naturaleza de la anotación preventiva de demanda y la consiguiente facultad judicial de exigencia de caución para

acordarla. La tutela judicial, se ha dicho reiteradamente, garantiza el acceso a la jurisdicción y a una respuesta judicial fundada en Derecho, no necesariamente concorde con la pretensión de la parte, pero que tampoco vulnere algún derecho constitucionalmente reconocido. Aquí se alega que esta tutela le ha sido negada al recurrente. Pero no ha sido así.

En efecto, según todo lo expuesto, no puede decir esa parte que su derecho al proceso le ha sido impedido por el auto en cuestión. Lo que dicha resolución le ha suspendido —no impedido— es la constatación registral de una petición accesorio del derecho principal y material que ejercita en el proceso en el que esa petición se formula, proceso que sigue sus trámites y en el que se decidirá en consecuencia. La anotación preventiva de su demanda no afecta al fondo de su derecho, respecto del cual se dará respuesta en sentencia. La anotación es sólo una garantía de la ejecución, en su caso, y la vicisitud positiva o negativa de su acuerdo no impide el ejercicio del derecho principal, aunque la negativa pueda significar un inconveniente o una mayor dificultad de ejecución. Pero esa dificultad hipotética es también la que pueda afectar a la parte demandada, a quien la Ley protege también con la fijación y exigencia, en su caso, de la fianza. No puede, pues, considerarse que en este contraste de intereses privados distintos se vulnere la tutela judicial por condicionar a una fianza, cuya adecuación se razona por el Juez, la concesión de una petición accesorio de garantía que ha de alcanzar (la garantía) a las dos partes enfrentadas, y que en modo alguno impide que el proceso siga su curso.

**F. C. D.**



## II. Resoluciones de la Dirección General

Por PEDRO AVILA ALVAREZ y  
FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

*RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 17 DE DICIEMBRE DE 1987 («BOE» DE 2 DE FEBRERO).*

Resumen de su doctrina:

- Aun faltando en la enajenación de una vivienda la manifestación de no ser ésta vivienda habitual de la familia, no puede negarse la inscripción de la enajenación si de otro modo se justifica fehacientemente dicha circunstancia.
- El que tiene poder por Ley —y lo mismo se diga del apoderado voluntario— para vender una finca, tiene también poder para hacer la manifestación de que dicha finca no constituye la vivienda habitual de la familia del vendedor.

A) *Antecedentes de hecho*.—Son bien simples: En escritura de compraventa de una finca urbana propiedad privativa de un cónyuge, otorgada en 1985 por el apoderado (según escritura de poder de 1981) del propietario, se manifestó por dicho apoderado que la citada finca no era el domicilio conyugal (*sic*) del propietario.

B) *Nota del Registrador*.—Presentada la escritura de compraventa en el Registro de la Propiedad acompañada de la escritura de poder, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del título precedente por *no hacerse personalmente por el disponente* la manifestación del artículo 1.320 del Código Civil, de no constituir la vivienda vendida la habitual de los cónyuges». Fecha y firma.

C) *Recurso*.—El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo con la nota transcrita alegando para su revocación, en sustancia, lo siguiente:

1. El artículo 1.320 del Código Civil no se pronuncia expresamente sobre la posibilidad de la representación porque admitida ésta como regla general en materia de declaraciones con eficacia jurídica, no es necesario aplicar el principio en cada negocio o declaración concreta.

2. Tampoco se deduce la excepción a la regla general de admisibilidad de la naturaleza jurídica de la declaración discutida, que puede concretarse así:

Desde el punto de vista del comprador: el derecho del cónyuge actuaría en el tráfico como una carga oculta, y para impedirlo, el artículo 1.320, 2, preconstituye una prueba de la inexistencia de la carga a favor del comprador de buena fe, o sea, que para éste la declaración del vendedor tiene un efecto preventivo de la evicción.

Desde el punto de vista del vendedor: éste no emite una declaración de voluntad, sino que constata mediante una declaración de ciencia, un hecho externo a él y perceptible por cualquiera.

Desde el punto de vista del apoderado: éste está obligado en nombre del vendedor a la entrega y saneamiento de la cosa vendida (art. 1.461), entrega que debe otorgar la posesión (art. 1.474).

3. Es extraño que se rechace en la nota la declaración del artículo 1.320 y no se siga el mismo criterio respecto a las declaraciones (también contenidas en la escritura calificada) referentes a la inexistencia de arrendamientos y cargas (arts. 55, 2, de la Ley de Arrendamientos Urbanos y 175 del Reglamento Notarial) que son de naturaleza similar a la de aquélla.

4. No cabe aplicar aquí por analogía el criterio restrictivo de la representación que se aplica, v.gr.:

a) A las declaraciones o derechos personalísimos en que puede acudir a la figura del nuncio, porque aquí, como el domicilio es variable y la previsión del artículo 1.320 se refiere al momento de la venta, aunque el poder contuviera la declaración del vendedor al respecto, la garantía del comprador exige que el apoderado que utiliza el poder años después de su otorgamiento realice independientemente su declaración.

b) A la confesión (art. 1.231 del Código Civil) porque aquí no se trata de hechos personales del confesante, sino de hechos externos o que no afectan sólo al declarante.

5. De la letra del artículo 1.320 se deduce que el legislador está pensando en la posible intervención de un tercero (apoderado) porque prevé al lado de la falsedad, el error y nadie se equivoca sobre cuál es el domicilio habitual de su familia.

D) *Informe del Registrador*.—Este alegó en defensa de su nota, en sustancia, lo siguiente:

- La declaración que se discute no admite la representación: la posesión del colectivo familiar, como cualquier otra, puede ser controvertida (art. 445 del Código Civil) y aun sin contienda en muchos casos sólo puede ser apreciada por el propio disponente.
- Admitiendo la representación aumentan las posibilidades de error porque cabe que después de otorgado el poder, el poderdante (ignorándolo el apoderado) cambie de domicilio o de estado civil. Y haciendo la declaración el propio disponente no sólo disminuye el riesgo de error, sino que se pueden imputar claramente al causante del mismo las responsabilidades que se deriven.



- No hay similitud entre la declaración que nos ocupa y las referentes a la situación arrendaticia de la finca o a su estado de cargas porque el arrendamiento puede ser percibido por el apoderado y el posible error o falsedad en cuanto a él no afecta a la eficacia del negocio, y el estado de cargas es constatable por la simple publicidad del Registro.
- Los poderes han de interpretarse restrictivamente sin que en ellos quepa aplicar el aforismo «quien puede lo más, puede lo menos», ni entenderse comprendidas determinadas facultades, como la de fijar un presupuesto del negocio (caso del recurso), máxime si el poder fue concedido antes de la entrada en vigor del artículo 1.320.

E) *Auto presidencial*.—El Presidente de la Audiencia Territorial confirmó la nota registral fundándose en que la representación no puede abarcar las meras declaraciones de conocimiento, sobre todo cuando el negocio afecta al interés de la familia, y en que si bien la transmisión puede hacerse por medio de representante, la declaración que nos ocupa deberá estar, como en todo negocio de familia, especialísimamente prevista y ordenada por el representado, cosa que no sucede en este caso, en el que el poder no contiene instrucciones al respecto.

F) *Apelación*.—El Notario recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º Que es posible prestar por representación declaraciones de conocimiento insertas en el negocio y que producen efectos jurídicos, y así, el artículo 1.709 del Código Civil incluye el mandato representativo. 2.º Que el interés familiar solamente restringe la representación en algunos supuestos concretos, y, por tanto, en la regulación del artículo 1.320 del Código Civil, es el párrafo 1.º el que protege el interés de la familia del disponente, y en el párrafo 2.º se dirige a proteger el interés del adquirente y, en definitiva, el tráfico negocial. 3.º Que la falta de instrucciones del mandante no produce en el artículo 1.719 del Código Civil insuficiencia de poder, ya que en su párrafo 2.º prevé cómo debe actuar el mandatario en tal caso.

G) *Doctrina de la Dirección General*.—Vistos los artículos 1.320 del Código Civil; 18 de la Ley Hipotecaria; el del Reglamento Hipotecario; 156, 4.º y 6.º; 162, y 175, del Reglamento Notarial; 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y 91 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, la Dirección General sienta la siguiente doctrina:

1. En el supuesto del presente recurso, el Registrador calificador sostiene que la manifestación prevenida en el artículo 1.320 del Código Civil, en el caso de enajenación de vivienda privativa por vía de representación, ha de ser hecha personalmente por el cónyuge titular sin que baste la formulada por el representante. Sin embargo, ha de tenerse presente que el citado precepto no exige manifestación alguna positiva o negativa para la validez de la enajenación; ésta dependerá en cuanto al extremo que ahora se debate, de la no concurrencia de la circunstancia de ser la vivienda transmitida la habitual de la familia o, en otro caso, de la observancia del consentimiento o autorización pertinente. Aquella manifestación se prevé únicamente como un instrumento de protección del tráfico, de potestativa utilización por los contratantes, y que permite mantener al adquirente de buena fe en su adquisición, aun cuando la manifestación fuere errónea o falsa. Por tanto, no es el artículo 1.320 del Código Civil

el que puede fundar la nota recurrida, sino, en su caso, el artículo 91 del Reglamento Hipotecario, que aun cuando trae causa de aquél, preceptúa la concurrencia de esa manifestación negativa con finalidad diferente. Efectivamente, esta norma reglamentaria trata de obviar la dificultad calificatoria respecto de esa circunstancia de hecho —ser o no vivienda habitual familiar— en virtud de la limitación de los medios que en tal cometido puede utilizar el Registrador (art. 18 de la Ley Hipotecaria); con la exigencia de esa manifestación negativa —dadas las repercusiones que para su autor se desencadenarían en caso de falsedad— se obtiene garantía suficiente, a los solos efectos de practicar la inscripción, de la no concurrencia de aquella circunstancia y consiguiente validez del acto dispositivo unilateral; es, pues, porque permite presumir la validez del acto a efectos registrales y no porque el adquirente quede definitivamente protegido, por lo que este precepto reglamentario exige la manifestación negativa para acceder a la inscripción; así, aun faltando esa manifestación no podría negarse el asiento si de otro modo se justificase fehacientemente que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia.

2. Debe entenderse, si no se quiere dificultar el tráfico injustificadamente, que quien tiene poder por Ley —y lo mismo debe concluirse respecto al apoderado voluntario— para vender una finca, tiene también poder para realizar, por el representado, las declaraciones que ordinariamente han de realizar los vendedores, conforme al Código y a la legislación notarial y registral, a fin de que el acto de la venta sea debidamente escriturado e inscrito. Entre estas declaraciones puede estar la expresión de la casa que constituye la residencia habitual del representado (cfr. arts. 156, 4.º y 6.º, y 162, del Reglamento Notarial) y otras relativas a la finca misma, entre las que debe destacarse ahora «la designación de las cargas o gravámenes y, en general, la de toda clase de responsabilidad a que puedan estar afectos los bienes objeto del contrato» (cfr. art. 175 del Reglamento Notarial). Por lo mismo deben también incluirse otras declaraciones, como la que prevé el artículo 91 del Reglamento Hipotecario, pues se refiere a una situación que, por su naturaleza, no debe tener, para el acto de la venta y para los terceros, mayor relevancia que las cargas reales; como habría de incluir incluso las relativas a la situación arrendaticia de la finca vendida (cfr. arts. 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y 91 de la Ley de Arrendamientos Rústicos), a pesar de la posible mayor trascendencia que para el adquirente tendría la falsedad de la declaración.

H) *Resolución*.—La Dirección General resuelve:

Estimar el recurso interpuesto, revocando el auto apelado y la nota del Registrador.

COMENTARIO.—I. Cuando en el panorama jurídico español apareció en 1981 por primera vez la norma protectora de la estabilidad del hogar familiar, los Registradores se encontraron con que había que cumplir un precepto carente de desarrollo reglamentario y ante la dificultad de probar si cada piso vendido es hogar familiar o no, para exigir o no la actuación de ambos cónyuges en la enajenación, interpretaron el párrafo 2 del artículo 1.320 del Código Civil como si dijera: Para la disposición por el cónyuge propietario sin consentimiento del otro, *bastará* la manifestación de aquél de no constituir el inmueble vendido la vivienda habitual

de la familia; con tal manifestación, el adquirente de buena fe será mantenido en su adquisición, aunque aquélla resulte errónea o falsa. Con ello, claro está, no se excluía ni la posibilidad de probar por otros medios (excluyendo, creo yo, los documentos privados y las declaraciones testificales) la circunstancia de no tener el carácter de vivienda habitual de la familia, ni la validez de la escritura sin manifestación alguna al respecto, ni la plena inscribibilidad de esta escritura completada con la prueba (referida a la fecha de aquélla) de la indicada circunstancia.

La aludida orfandad reglamentaria duró hasta el 12 de noviembre de 1982, en que se introdujo un párrafo en el artículo 91 del Reglamento Hipotecario para dispensar del consentimiento del cónyuge no propietario en su redacción (permitía, según su letra, cuando el inmueble «constituía la vivienda habitual de la familia. 2) Cuando aun no justificándose dicha circunstancia el disponente manifestare que concurre. Tal precepto nos pareció perfectamente ortodoxo, aunque no dejaba de tener algún defecto en su redacción (permitía, según su letra, cuando el inmueble «constituye la vivienda habitual de la familia», declarar o justificar que no tiene tal carácter, queriendo, sin duda, referirse al caso de que el inmueble *podiera constituir* tal vivienda).

Pero por razones políticas que no es procedente comentar ahora, en 1984, por Real Decreto de 10 de octubre, se dio nueva redacción al precepto reglamentario, y de aquellos polvos vienen estos lodos, porque a cambio de corregir aquel defecto, se mutiló la posibilidad de justificar que la vivienda no tiene el carácter de habitual de la familia y se dejó como única solución la manifestación del disponente.

Y no se trata de alancear ahora a moro muerto porque en 1985 (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto, pág. 1080: «La reforma de la reforma»), comentando la reforma de 1984, escribí: «Entendemos que la reforma se ha excedido un tanto... o varios tantos. El Código Civil lo que viene a decir es que la declaración del disponente es bastante a efectos de tercero de buena fe, pero no que aun demostrándose el 'no carácter' de vivienda habitual de la familia, del inmueble de que se trate haya de exigirse la declaración del disponente (en defecto de consentimiento conyugal o autorización judicial). Si se demuestra que el inmueble no tiene aquel carácter, no es aplicable el artículo 1.320 del Código Civil ni es justificable la exigencia del novísimo artículo 91, 1».

Ahora bien, ¿puede reprocharse al Registrador del caso que nos ocupa demasiado apego a la letra del artículo 91, 1, y olvido del Código Civil? A mi juicio, no. Posiblemente su discurso fue (o pudo ser): Ya que no acreditáis que la vivienda no sea familiar, baste la manifestación al respecto, pero, al menos, que ésta sea formulada por el propio disponente para que si es falsa o errónea, sea él quien sin escapatoria posible cargue con las consecuencias. Y este discurrir no parece rechazable de plano.

Pero también sería exagerado afirmar que la Dirección General en esta resolución se ha apresurado a rectificar el artículo 91, 1, del Reglamento Hipotecario sin ser llamada a ello. Y digo que sería exagerado:

1.º Porque no puede hablarse de apresuramiento cuando el texto reglamentario dicho lleva ya dos años de vigencia. .

2.º Porque no lo rectifica, sino que lo interpreta.

3.º Porque la nota calificadora, a pesar de mi «interpretación» dada anteriormente, también puede entenderse en el sentido de que da como

única solución la manifestación personal de no constituir el piso vendido la vivienda habitual de la familia.

Así, pues, no es inoportuno que la resolución sienta la que yo considero buena doctrina, que se hallaba contenida en el antiguo artículo 91, 1, y que hoy habrá que buscar al final del fundamento 1 de la resolución que nos ocupa: Aun faltando la manifestación negativa, no podría denegarse la inscripción si (de otro modo) se justificase fehacientemente que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia.

Pero interesa aclarar cierta aparente contradicción que se observa entre dos pasajes del mismo fundamento 1. Por un lado, se afirma que la manifestación negativa «permite mantener al adquirente de buena fe en su adquisición, aun cuando la manifestación fuera errónea o falsa». Y, por otro lado, declara que el precepto reglamentario exige la manifestación negativa para acceder a la inscripción, «porque permite presumir la validez del acto a efectos registrales y no porque el adquirente quede definitivamente protegido». Y digo contradicción aparente porque en la última frase lo que quiere indicarse es que el precepto reglamentario exige un requisito para la inscripción, no un requisito para la protección que deriva de otro precepto (art. 1.320, 2) y puede obtenerse sin inscripción.

II. El fundamento 2 es el que en realidad viene a resolver el problema planteado, a saber: si la manifestación negativa que venga a efectos registrales a eximir de la prueba de que el piso transmitido no es la vivienda habitual de la familia, ha de ser hecha por el mismo disponente o cabe que se formule por un apoderado, aunque a éste se le haya conferido la representación en estas circunstancias:

- 1.º Con carácter general y sin instrucciones concretas al respecto.
- 2.º Con varios años de antelación al momento de la transmisión.
- 3.º Cuando aún no se hallaba vigente el actual artículo 1.320 del Código Civil.

A) Para resolver el problema, la resolución no atiende al carácter excepcional de la representación en Derecho de familia porque aquí no se trata de un acto o negocio de tal carácter, sino del reconocimiento de un hecho o situación de los que se deducirán consecuencias en la regulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges, lo cual es bastante distinto. Tampoco acude al aforismo *potest facere per alium quod potest facere per se ipsum* ni al argumento (que también aparece en los informes) de que «quien puede lo más, puede lo menos», sino que se apoya, sin citarlo, en otro aforismo: «quien quiere el fin, quiere los medios» (quien quiere la venta, en este caso el poderdante, quiere también los trámites y declaraciones necesarios u ordinarios en las ventas, según la terminología de la resolución), así como en el argumento *a simili*.

Pero he de confesar que no encuentro gran similitud entre la declaración o manifestación que nos ocupa y las otras a que se refiere la resolución: las de los artículos 156 y 162 del Reglamento Notarial, la del artículo 175 del mismo Reglamento y las de los artículos 55 y 91 de las Leyes de Arrendamientos Urbanos y Rústicos, respectivamente. En efecto: Las normas citadas del Reglamento Notarial tratan de que se fijen los elementos personales del acto o negocio y no de proteger directamente

a personas determinadas. Y en cuanto a las restantes, ni el titular de la carga queda perjudicado por la declaración errónea o falsa del vendedor respecto a la existencia de aquélla ni el arrendatario pierde su derecho de tanteo porque se omita la existencia del arrendamiento; en cambio, el cónyuge no propietario puede verse en la calle si la declaración del otro es falsa.

Por otra parte, en los casos que la resolución considera equiparables, la facultad dispositiva del propietario del bien no está influida por la existencia de la carga o del arrendamiento: existan o no éstos, la facultad de disponer es la misma; en cambio, en el caso que nos ocupa, el cónyuge propietario con su sola manifestación falsa se evade de la limitación que el párrafo 1 del artículo 1.320 le impone.

Por ello no parece descabellada la exigencia de que una declaración tan trascendente humana, social y jurídicamente, se formule personalmente por el cónyuge para que éste se responsabilice de la declaración directamente y no se diluya la responsabilidad de una declaración falsa entre el propietario-poderdante (que no advirtió), el apoderado (que no pidió instrucciones) y acaso el sustituto de éste (que se limitó a firmar).

Las circunstancias que, según he dicho, concurren en este caso en el poder (carácter general, excesiva antelación, anterioridad a la vigencia del artículo 1.320), ¿agravan la situación? Lo único que podría decirse es que no puede sentarse la presunción que cabría con poder de distintas características (especial, de fecha cercana al acto representativo y posterior a la vigencia del art. 1.320): que cuando el propietario por sí solo apodera para la venta es porque considera que está facultado para vender por sí solo y que, por tanto, no se trata de vivienda familiar. Pero sobre no ser segura esta presunción, no podría fundarse en ella una responsabilidad del propietario si la vivienda resultase hogar familiar.

B) La resolución alude en el fundamento 2 a un argumento de índole práctica en el que conviene insistir: el de la dificultad que implicaría para el tráfico negar eficacia a la declaración del apoderado. En efecto, con la exigencia de la manifestación personal del propietario desaparecería la posibilidad de acudir para la enajenación de viviendas privativas de personas casadas al mecanismo tan útil de la representación (o, al menos, de la concedida con carácter general), so pena de recargar aquélla con los gastos e incomodidades de tres escrituras: la de compraventa, la previa de poder y la de manifestación del propietario. Y como esta manifestación no podría ser anterior a la venta (porque siempre cabría que entre la manifestación y la enajenación, la vivienda pasase a ser familiar) ni posterior (porque se haría al adquirente correr el riesgo de que resultase que la manifestación no pudiera formularse sin falsedad, si bien cabría la investigación del adquirente al respecto) habría de ser ¡simultánea!, es decir, que sería necesaria la intervención del poderdante en la venta, que es lo que se trataba de obviar con el conferimiento de la representación.

Parece, pues, según todo esto, que nos colocamos ante un dilema: o exigimos el «personalismo» en la declaración (con lo que indirectamente aumentamos la protección al cónyuge no propietario y disminuimos la facilidad del tráfico) o permitimos la sustitución en la declaración (con lo que facilitamos el tráfico y podemos disminuir la protección al cónyuge).

III. No quisiera terminar este comentario sin hacer tres observaciones: a la resolución, a la escritura y al informe registral, respectivamente.

1) Se afirma en el fundamento 1 que el artículo 1.320 «no exige manifestación alguna positiva o negativa para la validez de la enajenación». Y esto es cierto; pero como la que nos interesa es la notarial, se me ocurre preguntar: ¿Es que la actuación del Notario podrá ser tan aséptica, tan, descomprometida, y su calificación tan escasa, que no indague si se trata o no de vivienda familiar habitual para determinar técnicamente a quien o quienes corresponde la facultad dispositiva y expresar en la escritura su juicio? Claro que tal juicio del Notario puede faltar porque previamente determine que lo vendido *no puede constituir* vivienda familiar; pero entonces no estaríamos en el ámbito del artículo 1.320 ni, por ende, del artículo 91, 1, del Reglamento Hipotecario.

2) No me parece acertado que se indique en la escritura calificada que la finca que se vende no es el domicilio conyugal del propietario, porque lo que se exige para la disposición «unilateral» es que la vivienda no sea la habitual de la familia, y creo que no son sinónimas las expresiones «vivienda familiar» y «domicilio conyugal». Y es fácil que en el supuesto de anormalidad del matrimonio, el declarante entienda que la vivienda ya ha dejado de ser el domicilio conyugal, aunque siga siendo el domicilio de la familia, antes que cese la aplicabilidad del artículo 1.320 y empiece la del 96 del Código Civil. Y, en todo caso, no se ve la utilidad de sustituir la expresión legal y reglamentaria por la que ahora critico.

3) Conviene hacer una puntualización acerca de la afirmación del Registrador respecto a la especificación de facultades en los poderes para venta («todo poder de venta —dice— debe contener especificadas determinadas facultades»), en relación con la interpretación restrictiva que propugna los poderes en general.

Es indudable que, como se lee en las Instituciones de Justiniano, *is, qui exequitur mandatum, non debet excedere finem mandati*, y que, como dice la Resolución de 29 de septiembre de 1965, «todo poder debe ser interpretado con sumo cuidado a fin de impedir que por averiguaciones más o menos aventuradas tenga lugar una extralimitación por parte del apoderado en las facultades que se le han confiado, que ocasione perjuicios a los mandantes, y por eso los funcionarios encargados de autorizar esta clase de escrituras deberán poner la máxima atención en la redacción de sus cláusulas para que aparezcan con indudable claridad y se reflejen bien los actos que pueden realizarse y los límites que al apoderamiento han querido, en su caso, establecerse».

Pero hay que tener en cuenta que las escrituras de poder suelen recargarse, ante el temor de que se queden cortas, con cláusulas... o especificaciones que no son necesarias, pero que a fuerza de repetirse por inercia llegan a parecer imprescindibles. Ahora bien: su falta no debe llevarnos a la conclusión de que no han querido concederse las facultades a que se refieren. V.gr.: una cláusula que no suele faltar es la final de «otorgar y firmar los documentos públicos y privados necesarios o convenientes a los fines de este poder». ¿Es que puede entenderse, si falta esta cláusula en el poder para vender, que sólo se autoriza para vender verbalmente? Sería absurdo aquí decir que el poder ha de interpretarse restrictivamente.

Pero el estudio detallado de este punto nos llevaría muy lejos y tampoco sería muy oportuno aquí, por lo que hago punto final.

PEDRO AVILA ALVAREZ

*NO ES INSCRIBIBLE LA VENTA DIRECTA DE UNA FINCA MUNICIPAL DE PROPIOS, SIENDO PRECISA, EN TODO CASO, LA SUBASTA PUBLICA, AUNQUE LA FINCA ESTE DESTINADA A UN SERVICIO PUBLICO GESTIONADO POR LA COMPAÑIA TELEFONICA NACIONAL DE ESPAÑA, QUE ES UN SUJETO PRIVADO* (RESOLUCIÓN DE 26 DE ABRIL DE 1988. «BOE» DEL 20 DE MAYO SIGUIENTE).

*Hechos.*—I. El Ayuntamiento de Ayna, en sesión plenaria de 13 de julio de 1983, acordó vender a la «Compañía Telefónica Nacional de España», previa segregación, una parcela calificada de bien de propios destinada exclusivamente a la construcción de una central telefónica.

La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha autorizó dicha enajenación por Resolución de 29 de septiembre de 1983.

II. Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad de Yeste, fue calificada con la siguiente nota: «Cumplido el artículo 429 del Reglamento Hipotecario, se deniega la inscripción solicitada por no haberse cumplido el requisito de subasta pública exigido por los artículos 190 de la Ley de Régimen Local y 98 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, sin que pueda admitirse la autorización de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para proceder a la enajenación directa y sin que puedan aplicarse por analogía las normas reguladoras de la cesión gratuita. Siendo el defecto señalado insubsanable, se deniega la inscripción.—Yeste a 27 de febrero de 1985.—El Registrador.—Firma ilegible».

III. El Letrado don Luis Giménez Blanco, en representación de la «Compañía Telefónica Nacional de España», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que la «Compañía Telefónica Nacional de España», en virtud de las bases de su contrato concesional, aprobadas por Decreto de 31 de octubre de 1946, y en particular por lo dispuesto en la base primera, detenta la exclusividad del establecimiento, desarrollo y explotación del servicio telefónico en todo el territorio del Estado; que la calificación registral no se ajusta a lo preceptuado por el artículo 98 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1955, ya que este caso no es el previsto en los artículos 189 de la Ley de Régimen Local y 95 de su Reglamento, por cuanto la parcela enajenada tiene un valor inferior al 25 por 100 del presupuesto municipal anual. Que aun admitiendo la exigencia legal de la subasta pública, al ser la Compañía Telefónica concesionaria exclusiva del servicio telefónico con ubicación en el área municipal, deviene imposible dicha subasta cuando, incluso por propio ministerio de la Ley, sólo puede haber un postor, siendo posible analogar el supuesto de la contratación municipal directa que arbitra el artículo 41, punto 2.º, del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 19 de enero de 1953.

IV. La Registradora de la Propiedad en defensa de su nota alegó que la opinión doctrinal mayoritaria a que ella se adscribía sostiene la necesidad, como regla general, de la subasta pública para la enajenación por los Ayuntamientos de sus bienes propios, con base, primero, en la Ley de Régimen Local y en la dicción literal del artículo 190; en la redacción del artículo 168 y siguientes, donde no hay referencia alguna al valor del suelo, por lo que no cabe establecer diferente régimen jurídico para las enajenaciones, según sean superiores o inferiores en valor al 25 por 100 del presupuesto anual del municipio, y en que quede fuera de todos los supuestos en los que excepcionalmente cabe la venta directa, incluido

el de «enajenación de parcelas no utilizables», pues éstas necesariamente tienen que ser vendidas a los colindantes; y segundo, en la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, cuyo artículo 169, 1.º, exceptúa del trámite de subasta las enajenaciones para «edificios de servicio público» de propiedad pública o particular, que requieran un emplazamiento determinado sin propósito especulativo, como centros parroquiales, culturales, sanitarios o instalaciones deportivas, y en el que, dado su carácter meramente enunciativo, podría incluirse el servicio telefónico, pero la exigencia de que se trate del «patrimonio municipal del suelo» impide su aplicación al supuesto que se examina, pues de la certificación unida a la escritura pública de venta no consta que el Ayuntamiento de Ayna tenga constituido su patrimonio municipal del suelo; que la circunstancia de ser la «Compañía Telefónica Nacional de España, Sociedad Anónima», quien tenga en exclusiva el establecimiento, desarrollo y explotación del servicio telefónico en todo el territorio nacional no justifica el prescindir del ineludible requisito de la subasta, y que si se trataba de asegurar el destino del terreno a vender, existen otras vías legales para ello (expropiación de terrenos y propiedades e imposición de servidumbres necesarias. Cfr. Bases 1.º y 6.º del contrato entre el Estado y dicha Compañía, aprobado por Decreto de 31 de octubre de 1946), y, por último, que la autorización por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para la referida enajenación, ni podría suplir a la subasta ni de por sí era válida, porque según la normativa correspondiente, la Junta de Comunidades tenía transferidas las competencias para autorizar enajenaciones de bienes cuyo valor excede del 25 por 100 del presupuesto.

V. El Presidente de la Audiencia Territorial de Albacete confirmó la nota de la Registradora, fundándose en los mismos argumentos alegados por este funcionario manifestando en el considerando cuarto que no cabe concebir el anuncio de la venta de un inmueble en subasta pública sometida a una condición ilícita o de imposible cumplimiento para cualquier postor que no sea la Compañía Telefónica, en virtud de lo establecido en los artículos 1.116 del Código Civil y 24 del Reglamento de Contratación.

*Resolución.*—La «Compañía Telefónica Nacional de España» apeló el auto presidencial insistiendo en sus alegaciones, pero la Dirección General, vistos los artículos 190 y 198 de la Ley de Régimen Local; 7, 13, 95, 98-1.º, 100 y 103 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales; 13 de la Ley de Contratos del Estado, y 167, 168 y 169 de la Ley del Suelo, resolvió con fecha 26 de abril de 1988 confirmar plenamente la nota de la Registradora de la Propiedad de Yeste y el auto apelado, basándose para ello en los siguientes

*Fundamentos de Derecho.*—1. La cuestión debatida en este recurso se centra en la inscribibilidad de una transmisión por venta directa de un bien municipal de propios de valor inferior al 25 por 100 del presupuesto ordinario de la Corporación transmitente y destinado a un servicio público gestionado por un sujeto privado, cual es la «Compañía Telefónica Nacional de España».

2. Sostiene el recurrente que la exigencia de subasta pública para la enajenación de bienes municipales de propios se limita a la de aquellos cuyo valor exceda del 25 por 100 del presupuesto anual de la Corporación titular, por cuanto los artículos 190 de la Ley de Régimen Local y 98, 1.º, del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, que imponen



aquel requisito, se refieren únicamente a las enajenaciones que deban ser autorizadas conforme a los artículos 198 de la Ley de Régimen Local y 95 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales. Sin embargo, esta argumentación es incompatible con la adecuada interpretación de los preceptos debatidos. El contenido normativo de éstos se predica respecto de los bienes propios en toda su extensión sin restricción alguna por razón de valor; las referencias que en ellos se contienen a los artículos 198 de la Ley de Régimen Local y 95 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales no indican sino el carácter acumulativo de las autorizaciones que puedan ser pertinentes. Así resulta del tenor literal y de las consideraciones lógicas y sistemáticas; se guarda armonía con el principio general de libre concurrencia que domina en la contratación por las Administraciones Públicas (art. 13 de la Ley de Contratos del Estado y art. 13 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales); se excluye al dejar huérfano de regulación específica, en cuanto a la forma, un supuesto tan frecuente como el de la enajenación de bienes propios de valor inferior al tope indicado; se justifica la minuciosa regulación, en los preceptos inmediatos, de supuestos de excepción a la necesidad de subasta, máxime cuando alguno de ellos, el del artículo 100 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, se refiere precisamente a bienes de escaso valor económico. Dicho criterio viene confirmado, para su ámbito específico, por la Ley del Suelo, que tras proclamar la necesidad de subasta (art. 168), con carácter general e independiente del valor de los bienes afectados, no hace excepción sino por razón del destino y del sujeto adquirente (art. 169).

3. Por otra parte, no cabe encajar el supuesto de hecho debatido en ninguna de las excepciones a la necesidad de subasta pública previstas legal y reglamentariamente dado el carácter privado del sujeto adquirente (art. 167 de la Ley del Suelo), el título de adquisición (art. 190 de la Ley de Régimen Local), la no justificación de estar el bien afecto integrado en el patrimonio municipal del suelo y ser destinado al cumplimiento de las previsiones del Plan General (art. 169, 1.ª, b, en relación con el 92 de la Ley del Suelo), la no calificación del terreno como parcela no utilizable (artículo 100, en relación con el 7.º del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales) o incluso en la línea argumental del recurrente, la ausencia de tasación adecuada (art. 103 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales) que permitiera prescindir de la autorización oportuna. Ni siquiera debe examinarse si las Comunidades Autónomas pueden dispensar de la subasta pública, porque sin prejuzgar ahora sus competencias al respecto, la autorización aportada en el caso discutido no sólo no libera de tal requisito, sino que confirma su necesidad.

4. Por último, tampoco cabe admitir la alegación del recurrente en el sentido de que al ser la «Compañía Telefónica Nacional de España» concesionaria exclusiva del servicio telefónico, la subasta devendría imposible por cuanto legalmente no cabría más que un solo postor. Si ningún precepto permite excepcionar, en el caso debatido, la exigencia de dicha subasta, ello implica que el destino pretendido para el bien a enajenar tampoco puede ser condicionante de la participación en aquélla no determinante de su resolución, sino que ha de concurrir en plano de igualdad con cualquier otro de carácter privado que pudiera concursar y no puede ser tenido en cuenta por la Corporación convocante de la subasta para la modalización, pues resulta ajeno al ámbito propio de su actuación.

COMENTARIO.—Tres son las cuestiones planteadas en este recurso, que quedan resueltas de este modo:

1.º La subasta es la regla general y constituye requisito necesario para enajenar bienes municipales de carácter patrimonial. Esta subasta debe realizarse en todo caso, aunque el valor de la finca no alcance el 25 por 100 del presupuesto municipal anual. Si excede hará falta, además, la licencia administrativa. Pero la subasta es precisa siempre.

2.º Aunque la «Compañía Telefónica Nacional de España», que es una sociedad privada, goce de una posición especial en cuanto al establecimiento del servicio telefónico, pudiendo expropiar terrenos e imponer servidumbres, ello no supone en modo alguno una excepción al principio general de sujetarse al trámite de subasta si adquiere por compra bienes municipales.

3.º No es procedente una autorización administrativa, emitida por órganos autonómicos, para tratar de «suplir» la falta de esa subasta, máxime cuando en el propio documento se reconoce y confirma su necesidad.

Tanto el auto presidencial como la resolución de nuestro Centro Directivo han recogido los impecables argumentos de la Registradora de la Propiedad titular de Yeste, nuestra compañera María de los Angeles Cuevas Aldasoro, redactora de la nota calificatoria, y que, en definitiva, se centran en aclarar que la «Compañía Telefónica Nacional de España» carece del privilegio de adquirir bienes municipales por contratación directa. La normativa de Administración Local no admite esta excepción ni la citada Compañía puede alegar el monopolio de la explotación del servicio telefónico intentando ampliarlo hasta la adquisición de bienes para esas instalaciones; la subasta ni es superflua ni imposible; por el contrario, es necesaria.

Veamos los puntos antes señalados:

A) *Necesidad de la subasta*.—Las entidades locales para enajenar sus bienes de propios han de cumplir, como regla general, el requisito de la subasta pública, según resulta de la legislación vigente: 1) La Ley de Régimen Local (Texto Refundido aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955 en su art. 190 y 98 del Reglamento) al regular la enajenación de bienes de propios y desafectados, no contrae exclusivamente el requisito de subasta pública a los de valor que exceda del 25 por 100 del presupuesto anual de la entidad local, como pretendía la sociedad recurrente, cuando en sus disposiciones ningún otro precepto hace mención a las enajenaciones de bienes con valor inferior al 25 por 100, y por ello los Ayuntamientos podrían enajenarlos con libertad absoluta, e imponen, por el contrario, la necesidad del requisito de subasta, en la Ley de Régimen Local, las razones siguientes: 1.ª La interpretación literal del artículo 190 de la Ley sobre la que se extiende y resume diciendo que su texto exige la subasta siempre, la desafectación para los bienes de dominio público y autorización administrativa si se trata de bienes que exceden en su valor del 25 por 100 del presupuesto municipal anual. 2.ª El contenido de los artículos 163 y siguientes de la Ley del Suelo, al disponer el artículo 168, 1, que las enajenaciones de terrenos pertenecientes a las Entidades Locales requerirá subasta pública, disposición que si parece no regular todas las

enajenaciones de bienes de propios, sí cabe apuntar la posibilidad de que el párrafo citado pueda considerarse interpretación auténtica del artículo 190 de la Ley de Régimen Local, y regular a continuación la Ley del Suelo en los artículos 169 y 170, los supuestos de enajenaciones de terrenos excluidos de subasta por autorizarse la enajenación directa, en términos tan detallados que ningún supuesto más puede excluirse de su interpretación *a sensu contrario*. 3.ª La interpretación lógica del artículo 190 de la Ley de Régimen Local, que contempla desde una triple perspectiva: 1) lo concerniente a las permutas, exceptuadas del trámite de subasta en el inciso segundo del precepto, de forma que no pueda limitarse el primero a los bienes cuyo valor excede del 25 por 100 del presupuesto anual y permitir que queden sin regulación legal las permutas de bienes que no alcancen el valor mencionado, lo cual implicaría un grave peligro, teniendo en cuenta que las permutas a que se refiere el artículo 98, 2, del Reglamento de Bienes, exigiendo un expediente previo para acreditar la necesidad de efectuarlo y la equivalencia de las prestaciones, son las mismas reguladas en la Ley y donde luego no están excluidas las de bienes cuyo valor no superó el 25 por 100 del presupuesto anual; 2) la regulación de los bienes municipales en la Ley de Régimen Local, tan detallada y minuciosa en sus distintos aspectos, analizándolos a la vista de sus artículos 188, 189, 190, 191, 198 y 201, que no puede concebirse dejar sin regulación legal la enajenación y permuta de bienes de propios o de dominio público desafectados cuando su valor no excede del 25 por 100 del presupuesto de la entidad local; 3) y la enajenación de parcelas no utilizables, definidas en el artículo 7, número 2, del Reglamento de Bienes, en términos que permiten deducir el escaso valor que han de tener, que difícilmente alcanzará el límite indicado, que puede mermarse incluso por lo dispuesto en el artículo 100, 2, del Reglamento para el supuesto de que sean varios los propietarios colindantes, y si estas parcelas, conforme al número 1 del citado artículo 100, están exceptuadas de subasta y se enajenan directamente al propietario o propietarios colindantes o se permutan con terrenos de los mismos, dos conclusiones pueden destacarse: una, que si la Ley exceptúa del trámite de subasta los terrenos cuyo valor no exceda del 25 por 100 tantas veces aludido, el precepto resulta de todo punto innecesario, y otra, que la razón de ser de la excepción no está en el valor de los terrenos, sino en la falta de licitadores, por cuanto si en los términos no son utilizables para la entidad local, tampoco lo son para posibles licitadores, y únicamente los propietarios colindantes podrían obtener alguna utilidad, lo que explica su venta directa a los mismos, cuya causa justificativa está en la naturaleza de los propios terrenos y no en la voluntad de la entidad local. II) La enajenación de bienes municipales de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (Texto Refundido aprobado por Decreto 1346/1976, de 9 de abril), sobre la que, tras aludir a la posibilidad de constituir el patrimonio municipal del suelo, referida en el artículo 89, 1, de la Ley, que en la certificación unida a la escritura no consta respecto al Ayuntamiento de Ayna, se ocupa, en primer lugar, de las cesiones gratuitas o por precio inferior al de coste de terrenos, reguladas en el artículo 167 de la Ley, para destinarlos a fines que redunden en beneficio de los respectivos municipios, agregando que si bien es cierto que la instalación del servicio telefónico va a redundar en beneficio del municipio, el precepto no es aplicable al presente caso por las consideraciones siguientes: 1.ª El artículo no exige que se trate de terrenos

pertenecientes al patrimonio municipal del suelo, pero tal exigencia parece inexcusable, porque dicho artículo y los que le siguen son simple desarrollo del principio general contenido en el precedente sobre cesiones de los terrenos del patrimonio municipal del suelo y porque la Ley del Suelo es una Ley Especial Reguladora del Urbanismo, por lo que no es lógico entender que regule la cesión de bienes municipales en general. 2.ª La certificación unida a la escritura no acredita que el precio de enajenación sea inferior al de adquisición, y de ambas parece desprenderse que entre el Ayuntamiento y la Compañía se ha celebrado un contrato de compraventa normal. 3.ª La «Compañía Telefónica Nacional de España, S. A.», no es una entidad ni institución pública, sino una compañía mercantil anónima sometida al Derecho privado, concesionaria del servicio público telefónico, con los derechos propios de una entidad mercantil y los que le ha otorgado el Estado en materia de expropiaciones y establecimiento de servidumbres, regulados en el Reglamento para la ejecución del convenio con el Estado en sus artículos 52 y siguientes. Y respecto a las cesiones a título oneroso, el artículo 169, 1, de la Ley exceptúa del trámite de subasta, impuesto como regla general por el artículo 168, 1, las enajenaciones para, entre otros fines, edificios de servicio público, de utilidad privada o particular, que requieran un emplazamiento determinado sin propósitos especulativos, como centros parroquiales, culturales, sanitarios o instalaciones deportivas, relación enunciativa y no limitativa, por lo que podría incluirse el servicio telefónico; pero la exigencia de que se trate del patrimonio municipal del suelo, en este caso expresa, impide su aplicación al supuesto que examina.

B) *No hay excepción en favor de Telefónica.*—Sobre las facultades excepcionales de la Compañía recurrente, su representación sostiene que aun admitiendo que el trámite de subasta fuese necesario, éste sería imposible por cuanto solamente puede haber un postor; pero en realidad no existe analogía entre el caso contemplado y el previsto en el número 2 del artículo 41 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, por cuanto: 1) hay que distinguir entre las adquisiciones de bienes por las Corporaciones Locales y las que realiza una compañía mercantil anónima; 2) no puede confundirse el régimen establecido para aquellas adquisiciones por las Corporaciones legales, con las normas reguladoras de la enajenación de sus bienes, susceptibles de tal enajenación. Y es inexacto que no hay subasta si concurre un solo postor, ya que a la misma pueden concurrir todos los que lo estimen conveniente, aunque posiblemente lo hiciera sólo la Compañía Telefónica, pensando que nadie pretenda adjudicarse una finca que después será expropiada. Por otro lado, dicha Compañía tiene atribuido en exclusiva el establecimiento, desarrollo y explotación del servicio telefónico en todo el territorio nacional (base 1.ª del contrato entre la misma y el Estado, aprobado por Decreto de 31 de octubre de 1946), para cuya prestación tiene a su alcance facultades excepcionales otorgadas en la base 6.ª del mencionado contrato, que son: 1) la concesión por el Estado, mediante una resolución del Gobierno, cuando lo solicite la Compañía, de los derechos y servidumbres que sean útiles para los fines que requiera la misma y que el primero pueda otorgarle, para la instalación y conservación de los postes, líneas, alambres, cables y apoyos, cañerías, conductos, edificios y otros medios y obras, según lo exija el servicio; 2) y la posibilidad de expropiación de terrenos y propiedades e imposición de las

servidumbres necesarias para los fines anteriormente mencionados. Y a los del recurso interesa subrayar la facultad de expropiar de la Compañía, sobre la base de la declaración de utilidad pública prevenida en la citada base 6.ª, facultad regulada en los artículos 54 y siguientes del Reglamento para la ejecución del contrato antes mencionado, cuyo artículo 58 tiene incluso una general declaración de utilidad pública para todas las obras y servicios mencionados en el contrato de concesión. En consecuencia, iniciado en forma el expediente de expropiación forzosa por la Compañía, puede llegar a un convenio amistoso con el Ayuntamiento, en cuyo caso no sería exigible el trámite de subasta pública, por ser aplicable la legislación sobre expropiación forzosa y tener por objeto la conclusión del expediente, evitando dilaciones y perjuicios; pero lo que no puede admitirse es que una Corporación Local venda directamente a la Compañía Telefónica sin que exista una previa expropiación forzosa, porque en tal caso hay que estar a la legislación sobre Régimen Local o, en su caso, sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, que exigen, con ciertas excepciones, la subasta pública, como se ha visto con anterioridad.

C) *La autorización administrativa.*—Con razón se afirma en el fundamento 3 de la Resolución de la Dirección que ni siquiera es preciso examinar si las Comunidades Autónomas pueden dispensar de la subasta pública, porque, sin prejuzgar sus competencias, la autorización aportada al caso discutido no libera de tal requisito, sino que incluso confirma su necesidad.

No obstante, ha de observarse que los artículos 189 de la Ley de Régimen Local y 95 del Reglamento de Bienes exigen autorización del Ministerio de Administración Territorial o de la correspondiente Comunidad Autónoma, si se le ha transferido tal competencia, cuando el valor del inmueble a enajenar exceda del 25 por 100 del presupuesto ordinario de la Corporación, sin que esto ocurra en el caso que nos ocupa, como certificó el Secretario. Se pretende, además, con dicha autorización permitir la enajenación directa de la finca, tesis inadmisibles, pues a la Comunidad se han transferido competencias para autorizar enajenaciones de bienes cuyo valor exceda del citado 25 por 100 del Presupuesto (art. 321 del Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto; anexo I del Real Decreto 3530/1981, de 29 de diciembre, sobre transferencias de funciones y competencias del Estado en materia de Administración Local, y Real Decreto 1661/1983, de 20 de abril, sobre consolidación de transferencias afectadas en fase preautonómica); pero lo que en modo alguno se le ha transferido es la competencia, ni, por tanto, puede ejercerla para autorizar enajenaciones directas de bienes inmuebles en contra de lo dispuesto por la Ley General (arts. 148, 1, 2.º y 149, 1, 18.º, de la Constitución). Y se alude, además, en la autorización citada, a una interpretación amplia de los artículos 95 del Reglamento de Bienes y 3 del Real Decreto 1710/1979, de 16 de junio, admitiendo la enajenación directa cuando ésta se realice a entidades o instituciones públicas y redunde en beneficio de los habitantes del término municipal, lo cual implica una interpretación amplísima de las normas reguladoras de la cesión gratuita, que no puede admitirse, ya que dicha cesión y la enajenación son figuras totalmente distintas y con importantes diferencias de régimen jurídico, pues basta recordar, en tal sentido, los artículos 95 y 96 del Reglamento de Bienes, que establecen los requisitos que han de cumplirse para la cesión gratuita, o el artículo 97 del citado Reglamento, que establece la

reversión al patrimonio de la Corporación de los bienes objeto de la cesión gratuita si los fines no se cumplen en los cinco años siguientes o si el destino no se mantiene en los treinta siguientes.

En resumen, la «Compañía Telefónica Nacional de España», entidad particular, carece de todo privilegio en esta materia para poder orillar unas normas que mientras estén vigentes hay que cumplirlas. Claro que podría haber utilizado la expropiación forzosa, bien directamente contra el municipio o contra otro postor si lo hubiera. Pero nunca por las buenas. Para hacer cumplir la Ley estaba allí la Registradora de Yeste, cuya calificación e informe han sido plenamente confirmados.

F. C. D.

### III. Sentencias del Tribunal Supremo

#### 1. DERECHO CIVIL

##### B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

**CONGRUENCIA: EL JUEZ PUEDE APLICAR FUNDAMENTOS DISTINTOS A LOS FIJADOS POR LAS PARTES** (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1987).

*Doctrina de la sentencia.*—La congruencia ha de estar en función directa con las pretensiones principales y accesorias oportunamente deducidas, entendiendo por tal su formulación en los escritos fundamentales. Normalmente, la congruencia viene condicionada por el principio procesal de identificación de las acciones y excepciones; pero la operatividad en nuestro sistema procesal de los principios *iura novit curia* y *da mihi factum dabo tibi ius* abren paso a la teoría de la sustanciación, permitiendo así al Juez aplicar a los hechos alegados fundamentos distintos y hasta connotaciones contrarias a las fijadas por las partes.

**LA PRESCRIPCION DE ACCIONES HA DE TRATARSE DE MODO RESTRICTIVO** (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1987).

*Doctrina de la sentencia.*—La prescripción de las acciones, como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, no es instituto fundado en la justicia intrínseca, y por ello ha de tratarse de modo restrictivo, cual tiene establecido este Tribunal Supremo en Sentencias como la de 8 de octubre de 1980 y 19 de septiembre de 1985. Según la más reciente jurisprudencia de esta Sala, interrumpe la prescripción extintiva la papeleta de conciliación, aunque el acto conciliatorio no esté seguido de demanda dentro de los dos meses siguientes (Sentencias de 17 de abril de 1980, 14 de junio de 1982, 29 de octubre de 1983, 22 de octubre de 1984 y 15 de marzo y 15 de julio de 1985).

**LOS CONSIDERANDOS NO PUEDEN INCURRIR EN INCONGRUENCIA.  
CASACION DE LA PRUEBA DE PRESUNCIONES (SENTENCIA DE 30 DE  
MARZO DE 1987).**

*Doctrina de la sentencia.*—No son los razonamientos consignados en los considerandos de la sentencia recurrida para fundamentar su fallo los que pueden incurrir en incongruencia, sino lo reflejado en éste, porque el principio de congruencia, al referir el axioma *sententia debet esse conformis libello*, hay que entenderlo poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia en cuestión, es decir, guardando conexión entre lo pedido y lo concedido, de tal manera que los considerandos tienen como reducida finalidad el contribuir a vivificar y esclarecer los pronunciamientos que integran el fallo (Sentencia de 31 de mayo de 1985).

Tiene sentado esta Sala que la respuesta directa y coherente, así como la exigencia de exhaustividad, significan una racional adecuación del fallo a las peticiones de los litigantes y al supuesto fáctico en que se basan, pero no una literal concordancia entre ambos, y por ello, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la aportación probatoria, le está permitido al sentenciador establecer su juicio crítico de la manera que entiende más ajustada, pues lo que importa es que los pronunciamiento del fallo tengan eficacia bastante para dejar resueltos todos los extremos que fueron materia del debate.

La prueba de presunciones puede impugnarse en casación en dos puntos: uno al amparo del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, afectante a la existencia del hecho de que ha de partir la inducción, y otro al amparo del número primero de dicho precepto procesal, encaminado a combatir la precisión y rigor del enlace entre ese hecho y el que se trata de demostrar, sin que quepa por la mera y distinta apreciación de la importancia y trascendencia del enlace o relación existente entre el hecho demostrado y aquel que se trata de inducir, la casación de la sentencia de instancia, pues el juicio lógico del Tribunal *a quo* sólo es censurable cuando notoriamente falta ese enlace preciso y lógico entre el hecho demostrado y el que se trata de inducir, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las del raciocinio lógico.

**LA CULPA EXTRA CONTRACTUAL CONSISTE EN EL ACTUAR NO AJUSTADO A LA DILIGENCIA EXIGIBLE (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1987).**

*Doctrina de la sentencia.*—La culpa extracontractual sancionada en el artículo 1.902 no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar experiencia —lo que sería imprudencia temeraria—, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar; en el obrar sin el cuidado y atención necesaria para evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos, a lo que ha de añadirse que cuando hay posibilidad de una maniobra evasiva para evitar la colisión, y quien puede realizarla no la lleva a efecto, es obligado entender que actuó de manera negligente; de otra parte, se viene advirtiendo con insistencia por



este Tribunal Supremo que si bien el artículo 1.902 descansa en un básico principio culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino, además, todos los que la prudencia imponga para evitar el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación de resarcir (Sentencias, entre otras, de 21 de junio de 1985 y 24 y 31 de enero de 1986).

**NO SE IDENTIFICA LA ACCION CAMBIARIA CON LA EJECUTIVA**  
(SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1987).

*Doctrina de la sentencia.*—Como tiene declarado esta Sala, es algo ya superado la obsoleta posición que identifica la acción cambiaria con la ejecutiva, y así, actualmente está perfectamente admitido por la jurisprudencia que el tenedor de una letra pueda ejercitar la pertinente acción, tanto ejecutiva como ordinaria, directamente contra el aceptante o su avalista, e incluso la ordinaria regresiva (Sentencias de 27 de septiembre de 1974, 9 de febrero de 1981 y 12 de julio de 1983, entre otras).

**EL SUSPENSO NO SUFRE UNA INHABILITACION EQUIVALENTE A LA INCAPACIDAD** (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1987).

*Doctrina de la sentencia.*—Cual tiene declarado esta Sala en Sentencias de 9 de abril de 1985 y 11 de febrero de 1986, la declaración judicial de suspensión de pagos no produce en el deudor ninguno de los efectos personales inmediatos que origina la declaración de quiebra, pues conserva la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, con las limitaciones que el Juez estime conveniente y siempre contando con el concurso de los interventores para determinadas operaciones, lo que lleva consigo la posibilidad de que, aun después de surgida tal situación, sean entablados juicios ordinarios contra el suspenso, sin que a ello sea obstáculo la declaración de insolvencia provisional, a lo que ha de añadirse que los actos del suspenso sin el concurso o acuerdo de los interventores lo único que crearían es la posibilidad de que éstos o, en su caso, los acreedores ejercitasen las correspondientes acciones legales en orden a la ineficacia de tales actos si les resultaren perjudiciales, pues no se da aquí, como ocurre en la quiebra, una inhabilitación equiparable a la incapacidad, sino una actuación de los interventores similar a una *auctoritas interpositio*, de forma que no es el acreedor quien tiene que demandarlos, correspondiendo al suspenso reclamar su concurso, revelando su mala fe al no hacerlo y pretender sacar provecho de ello.

**CONVENIENCIA DE CAUTELAS FISCALIZADORAS SOBRE EL USUFRUCTUARIO CON PODER DE DISPOSICION (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1987).**

*Doctrina de la sentencia.*—El testamento concedió a la viuda usufructuaria facultad para disponer de ciertos bienes «en caso de necesidad que apreciará en conciencia la esposa legataria», es decir, sin tener que alegar previamente tal necesidad, pero ello no exime de que tal necesidad había de existir desde luego, y que tenía que ser de algún modo acreditada, y este hecho no aparece probado, sino más bien lo contrario, es decir, que disfrutaba de una posición económica desahogada, y en estas circunstancias cabe apreciar por parte de la vendedora usufructuaria una venta con dolo o abuso con finalidad de burlar los legítimos intereses de los nudo propietarios; de tal forma que como previo al acto dispositivo debería constar que el rendimiento de los bienes usufructuados era insuficiente para subvenir a las necesidades de la usufructuaria, pues en otro caso resultaría injustificada la venta. Y por ello se ha puesto de relieve la conveniencia de medidas o cautelas fiscalizadoras, especialmente si la facultad dispositiva del usufructuario se otorga como facultad genérica, que no requiere de suyo necesidad de justificar, y entre estas cautelas se ha señalado la de prestar asentimiento a la enajenación el nudo propietario o un tercero (Sentencias de 14 de abril de 1905 y 5 de marzo de 1926). En todo caso, aunque no se llegue al establecimiento de estas cautelas, ha de responder la facultad dispositiva del usufructuario a una causa jurídica lícita que permita apreciar y probar su grado de necesidad, y que la venta de bienes es suficiente para satisfacer dicha necesidad, que no ha de ser debida al mal uso de los derechos correspondientes al usufructuario.

**EL CREDITO REFACCIONARIO NO NACE NECESARIAMENTE DE UN PRESTAMO (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1987).**

*Doctrina de la sentencia.*—El recurso parte de la idea restrictiva predominante en la doctrina científica de considerar como tal solamente al nacido de un préstamo destinado a la construcción, conservación o reparación de una cosa, y dice fundamentarse en el espíritu de la Ley Hipotecaria, que, sin definirlo, habla en el artículo 59 de la anotación que puede pedir el acreedor refaccionario por las cantidades que «anticipare», recogiendo la postura adoptada por el Derecho romano y las Partidas, siendo así que del contrato de ejecución de obra no se deriva que el constructor concediera préstamo alguno al propietario demandado, obligándose a la construcción de una nave industrial en un plazo determinado, aparte de que el principio *par conditio creditorum* obliga a interpretar los privilegios de los acreedores restrictivamente. La Sala de Instancia señala que la ampliación del concepto, que se abre paso en la más moderna doctrina, atiende a precedentes históricos más próximos, cuales el artículo 1.927, apartado segundo, del Proyecto de 1851, que otorgaba privilegio especial a los gastos de construcción y reparos mayores, sobre los bienes que los causaron, y el artículo 1.874 del propio texto al mencionar como titulares de esos créditos a los arquitectos, empresarios, oficiales, obreros y los que suministran materiales al propietario para la construcción o reparación de

sus edificios u otras obras; que una interpretación sistemática del artículo 59 de la Ley Hipotecaria permite también ampliar el concepto primitivo, al contemplar el artículo 60 «la cantidad de dinero o efectos en que consistan los mismos créditos» o que su anotación exige que consten «los datos suficientes para liquidarlos al terminar las obras contratadas».

El crédito refaccionario no nace necesariamente de un préstamo, en el sentido técnico-jurídico que ha de darse a este contrato, sino también de aquellos otros que hayan contribuido por modo directo al resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble, y la palabra anticipar que usa el artículo 59 de la Ley Hipotecaria para anotar las cantidades entregadas de una vez o de modo sucesivo, ha de entenderse de modo amplio y comprensivo del adelanto que el contratista ha de hacer para ejecutar la obra, siendo la palabra «cantidad» una referencia a la valoración y determinabilidad a que alude el artículo 1.273 del Código Civil, máxime cuando el artículo 60 de la propia Ley habla de «dinero o efectos en que consistan los mismos créditos», a lo que ha de añadirse que no es a la Ley Hipotecaria a quien corresponde definir el concepto, sino al Código Civil, perteneciendo a aquélla solamente la publicidad en materia inmobiliaria.

**EL PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA ES SOLO UNA VIA DE APREMIO CONTRA LOS BIENES. AUTORIDAD DE LA DOCTRINA DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1987).**

*Doctrina de la sentencia.*—El procedimiento regulado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria no es un juicio declarativo, ni siquiera un ejecutivo, sino simplemente una vía de apremio dirigida directamente contra los bienes hipotecados, no precedida de fase alguna de cognición, es decir, no hay acción personal ni previa discusión o contención, y en su tramitación se reduce al máximo tanto la intervención del deudor como la del tercero, al objeto de impedir la suspensión del procedimiento, salvo en los cuatro supuestos excepcionales taxativamente fijados por el artículo 132.

La doctrina llamada jurisprudencial de la Dirección General de los Registros, si bien no es propiamente jurisprudencia, dado el carácter administrativo del Centro que resuelve, sin embargo es usual reconocerle una notoria autoridad, sobre todo en los casos en que ninguna otra doctrina o normas se aducen en contra de la fundada opinión de dicho Centro.

**EL CONTRATO DE OBRA NO PRECISA QUE EL PRECIO SE CONCRETE DE ANTEMANO (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1987).**

*Doctrina de la sentencia.*—El contrato de obra o empresa es aquel en que el profesional se obliga a prestar al comitente no propiamente su actividad profesional, sino el resultado producido por la misma, o lo que es igual, una prestación de resultado íntimamente ligado con la finalidad deseada y prevista por los contratantes. En el contrato de obra no es preciso que el precio se concrete de antemano o en el instante de celebrarlo, siendo suficiente que dicha determinación pueda realizarse después,

tanto por los propios interesados o por un tercero, como por el propio juzgador de instancia, atendida la tasación pericial practicada en el curso de la misma, o incluso a través de la apreciación de otros elementos probatorios. En el llamado contrato de arquitecto, el precio viene predeterminado por las tarifas oficiales que rigen al respecto, por lo que no cabe hablar de falta de precio cierto para de ello deducir la nulidad del contrato. En cuanto a la forma, no puede ignorarse que, como principio elemental y básico de toda contratación, en nuestro ordenamiento positivo rige el sistema espiritualista que informa aquél, hasta el extremo de que ninguna forma es exigida para la validez de los contratos, salvo en casos muy concretos y específicos, que precisamente por ello están expresamente previstos por la Ley. Y tales principios conformadores del susodicho sistema espiritualista que en nuestro Derecho positivo instaura el Ordenamiento de Alcalá y mantiene inalterado el vigente Código Civil, se proyectan sobre aquel contrato en cuya virtud se encarga a un arquitecto la elaboración de un proyecto de edificación, sin que pueda afectar a la validez del contrato el no cumplimiento de las complementarias formalidades escritas de orden administrativo.

**EL CONCEPTO DE RUINA HAY QUE EXTENDERLO A LOS DEFECTOS DE CONSTRUCCION QUE EXCEDAN DE LAS IMPERFECCIONES CORRIENTES (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1987).**

*Doctrina de la sentencia.*—Es bien conocida la doctrina ya consolidada de esta Sala, según la cual el término «ruina» que utiliza el alegado artículo 1.591 no debe quedar reducido al supuesto de derrumbamiento total o parcial de la obra (ruina física), sino que hay que extenderlo y ampliarlo a aquellos defectos de la construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato (Sentencias, entre otras, de 30 de septiembre de 1983 y 5 de marzo de 1984), viniendo a significar unos defectos constructivos configuradores del concepto de «ruina funcional» sancionado por esta Sala y ya elaborado por la más reciente doctrina científica en consonancia con las necesidades y exigencias del mundo de la construcción, en el que confluyen intereses y supuestos complejos de no siempre fácil delimitación de las responsabilidades respectivas.

**DISTINCION ENTRE EL CONTRATO DE DEPOSITO Y OTROS AFINES (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1987).**

*Doctrina de la sentencia.*—La doctrina científica enseña que debe distinguirse el contrato de depósito propiamente dicho, que no tiene otra finalidad sino la guarda y custodia de bienes a disposición del depositante, de otros contratos en los que, entre otras prestaciones, se encuentra la del deber de custodia, pero cuya finalidad y naturaleza jurídica son diferentes (por ejemplo, comisión, hospedaje, transporte) y cuyas consecuencias en orden al incumplimiento admiten matizaciones respecto del deber que corresponde al mero depositario. En este caso se encuentra el contrato

de transporte aéreo, en el cual la responsabilidad del porteador se extiende a la custodia.

**OBLIGACION DEL ARRENDATARIO DE AVISAR CON URGENCIA AL ARRENDADOR POR LOS DAÑOS PRODUCIDOS EN LA COSA. COMPENSACION DE CULPAS (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1987).**

*Doctrina de la sentencia.*—El párrafo 2.º del artículo 1.559 del Código Civil, incidiendo una vez más en la brevedad del plazo, establece la obligación del arrendatario de poner en conocimiento del dueño con urgencia la necesidad de llevar a cabo todas las reparaciones comprendidas en el número 2.º del artículo 1.554, y aun cuando esta expresión repudie toda demora, lo cierto es que no fija temporalmente el plazo dentro del cual ha de verificarse la notificación o aviso, por lo que ha venido entendiéndose en función del daño producido y de las causas generadoras del mismo, exigiéndose un plazo perentorio y urgente en aquellos supuestos en que el resultado dañoso se viene produciendo de forma continuada y agravando el mal causado con el transcurso del tiempo, y permitiéndose mayor elasticidad cuando el mal ocasionado haya sido debido a causa única y en la que el transcurso del tiempo no agrave sus consecuencias, todo ello con el fin de que el arrendador, al tener cabal conocimiento, pueda proceder a hacer las reparaciones necesarias para conservar las cosas en estado de servir para el uso a que están destinadas.

Ha venido siendo axiomático en los principios generales de Derecho aquel que contempla el supuesto en que el propio perjudicado comparte la contribución a la producción del daño con la del agente, toda vez que, a diferencia de los demás supuestos de causación culposa, no surge un deber de indemnización, sino una disminución de la que él puede exigir, ya que se trata de una conducta que toda persona diligente debe evitar. De ahí que la conducta del perjudicado tenga una importancia extrema en tanto en cuanto sea contributiva en el nexo causal, ya que se trata de compensar no culpa con culpa, sino mediante criterios objetivos y abstractos valorar su incidencia en el nexo causal y provocar, en fin, su compensación, que en última instancia ha de producirse en el *quantum* de la indemnización. Este resultado se obtiene poniendo a contribución la llamada compensación judicial, entendiendo por tal la que surge por orden del Juez en aras de un principio de equidad y *ex officio judicis*, supuesto en el que, como ya decían los clásicos, el Juez *non tantum declarat, sed inducit compensationem*, tratándose así de una sentencia atributiva.

**NO PUEDE INTERPRETARSE RESTRICTIVAMENTE LA INTERPRETACION DE LOS PUNTOS SOMETIDOS A LA DECISION DEL ARBITRO (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1987).**

*Doctrina de la sentencia.*—El examen de si hubo o no exceso jurisdiccional en los laudos, traspasando el árbitro los límites objetivos del compromiso, ha de examinarse y valorarse no ateniéndose para ello a la literalidad de las cláusulas compromisorias, sino procurando inducir la voluntad de las partes (Sentencia de 24 de febrero de 1987), pues la inter-

pretación de los puntos sometidos a la decisión del árbitro no puede hacerse de manera restrictiva y de forma que coarte su libertad para resolver con toda la amplitud que el conjunto de lo pactado imponga racionalmente (Sentencia de 13 de junio de 1985), de modo que si bien los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están obligados a interpretarlos con demasiada restricción, apartándose de la misión amistosa que se les confía.

El árbitro puede decidir las facetas de la cuestión expresamente sometida a su consideración y vinculadas a la misma como consecuencia lógica y obligada, lo que evitará, además, un pronunciamiento abstracto e impreciso, impropio de una decisión judicial a la que todo laudo ha de equipararse y difícilmente conciliable, además, con la finalidad del propio arbitraje.

**LA LITISPENDENCIA REQUIERE IDENTIDAD ENTRE AMBOS PROCESOS. LOS ACTOS PROPIOS HAN DE REALIZARSE PARA DEFINIR LA SITUACION JURIDICA DEL AUTOR (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1987).**

*Doctrina de la sentencia.*—Es doctrina de esta Sala la de que la litispendencia en nuestro Derecho procesal, como excepción dilatoria para impedir la simultánea tramitación de dos procesos con igual contenido mediante la exclusión del promovido en segundo lugar, institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada o de la univocidad procesal y del legítimo derecho de quien la esgrime a no quedar sometido a un doble litigio, requiere las mismas identidades que aquella excepción perentoria (*exceptione rei iudicatae affinis ad modum est exceptio litis pendens*, conforme al texto clásico), y en tal sentido jurisprudencia reiterada exige que la identidad entre ambos procesos se produzca en cuanto a los sujetos, a las cosas en litigio y a la causa de pedir, de suerte que para su estimación es necesario que entre el pleito pendiente y el promovido después exista perfecta identidad subjetiva, objetiva y causal, siendo ineficaz la defensa en otro caso, como acontecerá cuando las cosas litigiosas sean diversas o distintos los fundamentos de la pretensión, entendiéndose por tales los hechos y su calificación jurídica.

Los actos propios, para ser tenidos como expresión de consentimiento y obligar a su autor a respetarlos, han de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo inalterablemente la situación jurídica del autor de los mismos, y no puede concluirse que la entidad actora, al consignar por las razones que fueran, entre las que probablemente no estarían ausentes las fiscales, en la escritura de compraventa unas cantidades de precio y suma adeudada ficticias y además inferiores a las reales, actuase precisamente con la finalidad de definir una situación jurídica que le obligase a su posterior respeto, impidiéndole la reclamación de la deuda real.

**RESPONSABILIDAD POR DAÑOS: INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA ESFERA LABORAL (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1987).**

*Doctrina de la sentencia.*—Si bien es cierto que esta Sala viene proclamando reiteradamente que el principio de la responsabilidad por culpa es el básico de nuestro ordenamiento y el acogido en el artículo 1.902, no es menos cierto que esta Sala también ha creado diversos paliativos, cuales son acentuar el rigor con que debe ser aplicado el artículo 1.104, la responsabilidad por el riesgo y la inversión de la carga de la prueba, creando la presunción *iuris tantum* de que medió culpa por parte del agente, consistiendo este paliativo de la inversión de la carga de la prueba, procedente de la esfera laboral, donde actualmente tiene por principal asiento el número 3 del artículo 84 de la Ley General de la Seguridad Social, en presumir, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo.

**LA FIGURA DEL PROMOTOR ES EQUIPARABLE A LA DEL CONTRATISTA (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1987).**

*Doctrina de la sentencia.*—Esta Sala tiene ya manifestado, entre otras, en Sentencia de 20 de junio de 1985, que la figura del promotor es equiparable, en cuanto a consecuencias jurídicas, a la del contratista, contemplada en el artículo 1.591 del Código Civil, aun cuando no se encuentre incardinado en el mismo por razones de carácter puramente cronológico, al no ser conocida la figura del promotor-constructor al tiempo de la promulgación del Código Civil. Mas una vez surgida la referida figura al campo de la realidad jurídico-social, genera la misma causa responsabilidad que dicho texto legal impone al contratista, en cuanto por su calidad de promotor crea actividades proyectadas sobre la construcción y cómo la misma ha de llevarse a cabo, lo cual le vincula en relación a los terceros adquirentes, ya que éstos al realizar la adquisición de los pisos y locales contemplan la garantía que les depara el promotor.

**CONTRATOS EN EXCLUSIVA: PUEDEN QUEDAR REVOCADOS SI EL CONCESIONARIO VENDE LOS PRODUCTOS DE LA COMPETENCIA (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1987).**

*Doctrina de la sentencia.*—En los contratos en exclusiva pactados sin límite temporal, cual acontece con el aquí contemplado, la resolución o revocación del mismo por la voluntad de uno de los contratantes es factible, sin perjuicio, claro es, de las consecuencias de todo orden, y en especial de las indemnizatorias que pueden derivar de la actuación de quien hubiere resuelto indebidamente el contrato (Sentencia de 11 de febrero de 1984). Entra dentro del marco de la lógica negocial mercantil que las expectativas de la venta en exclusiva de una marca de cerveza en un punto geográfico determinado queden frustradas si quien ha obtenido dicho privilegio comercial se dedica a vender el mismo producto elaborado por los competidores de la sociedad actora.

**RESPONSABILIDAD DEL APAREJADOR (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1987).**

*Doctrina de la sentencia.*—Reiterada doctrinal jurisprudencial dice que el aparejador, como colaborador técnico de la construcción, viene sometido a responsabilidad en lo concerniente a la solidez del edificio y perfecta acomodación de las obras a los proyectos del arquitecto (Sentencia de 10 de enero de 1985).

**NO ES NECESARIO QUE LOS CUENTAPARTICIPES SEAN COMERCIANTES. LA CONTRATACION MERCANTIL ESTA INSPIRADA EN EL PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1987).**

*Doctrina de la sentencia.*—Si bien es cierto que del contenido literal del artículo 239 del Código de Comercio podría entenderse que los cuenta-participes han de ser comerciantes, sin embargo, tal extremo es intrascendente. Como ya declaró esta Sala en la muy antigua, pero reiterada Sentencia de 8 de julio de 1894, siempre que el gestor sea comerciante el contrato tendrá naturaleza mercantil, siendo patente que en numerosos casos quienes aportan determinado capital al negocio no son otros comerciantes, sino, por el contrario, personas totalmente ajenas a la actividad mercantil. Lo que verdaderamente importa es que las operaciones a las que se destinan tales capitales sean mercantiles, según se desprende de las afirmaciones que se contienen en la propia Exposición de Motivos del Código de Comercio.

La contratación mercantil, como la civil, está inspirada en el principio de autonomía de la voluntad, consagrado en el artículo 1.255 del Código Civil, autorizando así a modificar el esquema del contrato tipo previsto por el legislador hasta el punto de deformarlo mediante la combinación o adición de pactos especiales, dando así vida a un nuevo contrato distinto que la doctrina califica de «atípico». El artículo 2.º del Código de Comercio admite expresamente estas figuras contractuales al prescribir que «los actos de comercio, estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él».

**INDOLE SUBSIDIARIA DE LAS DECLARACIONES TACITAS DE VOLUNTAD (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1987).**

*Doctrina de la sentencia.*—La figura de la declaración tácita de voluntad, como forma mediata de manifestación de la misma, que ha querido catalogarse entre los principios generales del Derecho con generosa liberalidad (Sentencias de 21 de febrero de 1922, 19 de junio de 1952, 21 de diciembre de 1984 y 24 de febrero de 1986), ha cobrado carta de naturaleza por razones de índole práctica, obedeciendo a la interpretación usual de una conducta determinada que, si por sí misma no es esencialmente indicativa de una declaración de voluntad, se infiere, sin embargo, que tal conducta debió ser una forma expresiva de voluntad, a modo del conocido *inditio voluntatis*, y que encuentra su más genuina expresión en las *facta conclu-*



*dentia*, y a las que el Derecho sólo reconoce una alternativa de índole subsidiaria cuando de primar la forma tácita se trata.

**RECURSO DE REVISION: EL PLAZO ES DE CADUCIDAD (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1987).**

*Doctrina de la sentencia.*—El recurso de revisión es el más extraordinario de todos los recursos (Sentencia de 17 de diciembre de 1977) y de singularidad excepcional (Sentencia de 18 de noviembre de 1977), habida cuenta que su objeto es volver sobre una sentencia firme, combatiendo la presunción de veracidad de la cosa juzgada. De ahí el ineludible rigor con que debe ser tratado. Cuando el motivo alegado en la demanda es el cuarto del artículo 1.796 y se acusa una maquinación fraudulenta, esta Sala ha exigido constantemente que se date el descubrimiento del fraude para tomar raíz de inicio del plazo del artículo 1.798, añadiendo que dicho plazo es de caducidad. Un plazo de caducidad y no de prescripción, según reiterada jurisprudencia. No puede ofrecer duda alguna que pasado ese tiempo, el recurso habrá caducado, dice la Sentencia de 18 de marzo de 1976. A partir de esa naturaleza, el cómputo no puede efectuarse tomando en consideración lo dispuesto en las leyes procesales para el de los plazos establecidos por meses, esto es, aplicando el Decreto-ley 5/1973, de 17 de julio, por el que se declaran inhábiles a efectos judiciales todos los días del mes de agosto de cada año, y que es el antecedente del artículo 183 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni los artículos 303 a 305 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tienen que ver con el cómputo del plazo del artículo 1.798, que debe hacerse, como plazo civil que es, de fecha a fecha y conforme a lo que dispone el artículo 5 del Código Civil, esto es, sin descontarse en ningún caso los días ni el inhábil mes de agosto.

**LAS NORMAS ADMINISTRATIVAS NO PUEDEN FUNDAMENTAR EL RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1987).**

*Doctrina de la sentencia.*—Las normas meramente administrativas no pueden fundamentar el recurso de casación civil por infracción de Ley, el que únicamente se concede por las normas del ordenamiento jurídico en el sentido y contenido del artículo 1 del Código Civil, o sea, el formado por la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho (Sentencias de 3 de febrero de 1986 y 8 de julio de 1985).

El abuso del Derecho es una institución de equidad para la salvaguardia de los intereses que todavía no alcanzan protección jurídica (Sentencia de 26 de abril de 1976).

J. Q. S.



### 3. JURISPRUDENCIA MERCANTIL

Por R. SÁNCHEZ DE FRUTOS

#### I. COMERCIANTES Y AUXILIARES

*COMERCIANTES. REQUISITOS* (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1987).

La condición de comerciante o empresario requiere no sólo el dato real de la actividad profesional con habitualidad, sino también un dato de significación jurídica que, no exigido en el artículo 1 del Código de Comercio, consiste en el ejercicio del comercio en propio nombre y en la atracción hacia el titular de la empresa de las consecuencias jurídicas de la actividad empresarial, y esto hace que el accionista no sea comerciante por ese simple dato y que el administrador sólo lo sea en el sentido vulgar o puramente económico, por no actuar en su propio nombre, sino en el de la sociedad, de forma que si es cierto que cabe la posibilidad de las llamadas sociedades de acomodo, aparentes o de fachada, como personas interpuestas o testaferros que ocultan a un empresario individual, único accionista, con abuso de la personalidad social.

#### II. SOCIEDADES

##### A. Anónimas

*CENSORES DE CUENTAS: NOMBRAMIENTO POR LA MINORIA; QUIENES LA COMPONEN* (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1987).

En la designación de censores de cuentas, cuando no hay unanimidad, debe entenderse por minorías a aquellos socios cuyo voto fuera plenamente contrario y no a los que solamente se abstuvieron, pues caso contrario supondría un manifiesto fraude de Ley y un claro abuso de Derecho, privando a aquéllos de una facultad incuestionable y prioritaria (ver Sentencia de 14 de mayo de 1985), produciéndose una disgregación artificiosa del Consejo de Administración para impedir que los socios minoritarios pudiesen nombrar un censor de cuentas, siendo tal actuación contraria al espíritu del artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas, y que los que se abstuvieron en la primera votación no puede afirmarse

que constituyan minoría disidente o disconforme —la abstención no es ni adhesión ni oposición— para participar en la segunda ., llevando a la Audiencia a apreciar la existencia de un fraude de Ley en la interpretación del artículo 108 citado y una conducta abusiva de Derecho..., y al crearse en la segunda votación esa mayoría artificiosa, se olvida que el precepto aludido constituye una norma de Derecho imperativo o necesario, no susceptible de modificación y mucho menos de derogación (Sentencia de 15 de octubre de 1971), y que nunca se permite que con una división del grupo mayoritario pueda frustrarse el derecho que la Ley concede a la minoría.

Finalmente, si se viola el espíritu del artículo 108, ya citado, si se transgrede la intención del legislador al promulgarlo, es claro que nos encontramos ante una nulidad de pleno Derecho, contemplada en el artículo 6, 3, del Código Civil, y el fraude de Ley a que se ha hecho alusión ha de entenderse como una manifestación amplia de los actos contrarios a la Ley, basados en abuso de derechos ajenos, cuya esencia radica en el ataque a los derechos subjetivos de otro (Sentencia de 16 de marzo de 1987), de forma que la sanción se encuentra en el número citado del artículo 6 y no en el número 4, que requeriría la existencia de la llamada norma de cobertura, pero recordando que es de esencia al fraude la violación del contenido ético legal.

**IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES: CONVOCATORIA POR CARTA. PERSONAS QUE «PUEDEN» ASISTIR A LAS JUNTAS. ASISTENCIA DE NOTARIO (ART. 59 DE LA LEY). NEGATIVA A ENTREGAR CERTIFICACION DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS (ART. 66 DE LA LEY). DERECHO A EXAMINAR LAS CUENTAS CUANDO NO SE TRATA DE APROBARLAS (ART. 110 DE LA LEY) (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1986).**

No se requiere que la convocatoria por carta, además de las del *Boletín Oficial del Estado* y periódico, sea hecha con el mismo plazo de antelación que el de estas publicaciones, cuando de los estatutos sociales no resulta así establecido claramente.

Con carácter general cabe afirmar que del artículo 59 de la Ley no puede desprenderse que exista la prohibición legal de que asistan a la junta personas que no reúnan la condición de socio, sino que la norma en cuestión se limita a regular la legitimación ordinaria —como derecho— para asistir a la junta. Pero incluso existen otros supuestos dentro de la misma Ley de Sociedades Anónimas que permiten la asistencia de personas no accionistas (caso del usufructuario si se le atribuye el derecho de voto, art. 41; comisario del sindicato de obligacionistas, art. 115. .). En el presente caso, la sentencia recurrida atribuye la condición de socio a don (extremo que obliga a recordar que este proceso no es idóneo para discernir la concurrencia de la condición de socio), y frente a ella el recurrente no sostiene ni aduce argumento alguno que desvirtúe tal afirmación; debiendo concluirse, en fin, por lo que concierne a la concurrencia de un Notario a la junta, que el criterio sobre su admisión o no a la misma pertenece a la propia junta (o al órgano de la misma con facultades para ello), entendiéndose en todo caso que su asistencia —como la de otras personas no accionistas, si se autoriza, por ejemplo, periodis-

tas— se efectúa por razón del título y función con que se le permite la presencia.

La negativa de una entidad a la entrega de la certificación de acuerdos (según el art. 66 de la Ley de Sociedades Anónimas), como *posterius* que es de la adopción de éstos y a su documentación, no comporta *per se* la nulidad radical de los acuerdos.

La puesta de las cuentas a disposición de los accionistas con quince días de antelación a la celebración de la junta, que dispone el artículo 110 de la Ley de Sociedades Anónimas, se prescribe para la junta en que se trate de la aprobación de las cuentas. En el presente caso en modo alguno se trataba de la aprobación de las cuentas, y si bien es cierto que en el caso de disolución, el acuerdo debería de haber sido precedido de información sobre la situación contable de la sociedad, tal situación tampoco se da en el caso de autos, en donde no se adoptó tal acuerdo, aparte de que en tal caso, el tema debería ser reconducido al ejercicio del derecho de información, que previene y regula el artículo 65 de la Ley de Sociedades Anónimas.

**IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES: CARACTER RESTRINGIDO DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS DE IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. FORMULACION DEL BALANCE Y CUENTA DE RESULTADOS FUERA DE PLAZO; EFECTOS. REPARTO DE BENEFICIOS CONTRARIO A LOS ESTATUTOS. CASOS DE IMPOSIBILIDAD DE NOMBRAR CENSORES (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1986).**

Según tiene declarado esta Sala, en Sentencia de 28 de enero de 1986, el proceso especial establecido en los artículos 67 a 70 de la Ley de Sociedades Anónimas está circunscrito a la censura, dentro de breves plazos de caducidad, de acuerdos determinados por contravenir el ordenamiento legal o el estatutario o por causar lesión a los intereses sociales en beneficio de uno o más accionistas; pero fuera de estas hipótesis específicas deberá acudir al juicio ordinario, donde se ventilan cuestiones de otra índole que las tenidas en cuenta por el legislador para configurar aquella vía impugnativa de las decisiones adoptadas por la junta (Sentencias de 25 de enero de 1968, 28 de septiembre de 1970 y 27 de diciembre de 1973); y si la de 20 de marzo de 1975 advierte que la pretendida nulidad de la condición de socio no puede ser opuesta como causa de impugnación de un acuerdo utilizando el cauce procesal del artículo 70 de la Ley en tanto los Tribunales no se hayan pronunciado al respecto, por su parte, la Sentencia de 2 de noviembre de 1985 resuelve que la cuestión de la invalidez de un testamento rebasa los estrechos límites de ese procedimiento, que no permite declaraciones de derechos, y por ello lo que concierne a la eficacia o ineficacia de una disposición *mortis causa* en que se apoyan los derechos de socio tiene que ser marginada de este proceso especial y remitido al declarativo, a que alude el párrafo 2.º del artículo 68.

Como tiene declarado la Sentencia de 19 de mayo de 1983, la circunstancia de que los administradores formulen fuera del plazo de cuatro meses, contados a partir del cierre del ejercicio social, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria explicativa, no acarrea por sí sola la nuli-

dad del acuerdo de la junta general aprobatorio, ya que se trata de un lapso exclusivamente establecido por el artículo 102 para ponerlo en armonía con lo previsto en el artículo 110, por lo que siempre que esta norma legal haya sido observada es irrelevante que la formulación de los documentos se haga después de transcurridos los cuatro meses contados a partir del cierre del ejercicio social, y desde luego nada puede obstar a la válida redacción del balance y cuentas el hecho de que el acuerdo no haya sido llevado al libro de actas del Consejo, mencionado en el artículo 78 de la Ley, por lo mismo que no es requisito esencial para su eficacia.

Establecido en los estatutos sociales que «las acciones preferentes de la serie B percibirán un interés fijo anual mínimo del 5 por 100 cualquiera que sea el resultado del ejercicio», la junta que decidió «plicar el beneficio, previa deducción de la reserva legal, a atender las obras necesarias para el entretenimiento, conservación y mejora del inmueble propiedad de la Compañía, que son absolutamente imprescindibles, y autorizar al Consejo para que destine el remanente, si lo hubiere, a reservas voluntarias», se excedió, porque si bien es correcto el acuerdo de utilizar parte de los beneficios en las reparaciones urgentes e imprescindibles del inmueble que es sede de la compañía, la cantidad restante no puede ser sustraída a su normal destino de atender al pago del dividendo (art. 107 de la Ley), pues, como tiene resuelto este Tribunal en Sentencia de 30 de noviembre de 1971, no está permitido a la junta general contrariar los estatutos e impedir el reparto del beneficio para constituir un fondo de reserva, además del legal ordenado en el artículo 106.

Con arreglo a la doctrina jurisprudencial, principalmente recogida en las Sentencias de 4 de abril y 31 de octubre de 1984 y 4 de marzo de 1985, si bien la actuación de los accionistas censores de cuentas, regulada por el artículo 108 de la Ley, está sometida a normas de Derecho necesario por cuanto que se trata de un órgano imprescindible para la fiscalización y censura de la gestión social mediante el estudio y la revisión del balance y de las cuentas de cada ejercicio, podrá ser excluida en los casos en que su nombramiento no sea posible por la inexistencia de dualidad de administradores y accionistas, como acontecerá frecuentemente en las sociedades anónimas sin accionariado múltiple («cerradas») o en las de modesto capital, con administración desempeñada por todos los accionistas, que es el supuesto contemplado por las Sentencias de 31 de mayo de 1957, 7 de febrero de 1967 y 30 de enero de 1974, o bien cuando por el reducido número de socios no es factible la designación de dos accionistas que no sean administradores.

*IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES POR EL PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 67 Y SIGUIENTES DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS. LEGITIMACION (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1986).*

A tenor del artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas y la doctrina de esta Sala (Sentencias de 30 de enero de 1970, 19 de enero de 1974, 8 de junio de 1981, 12 de julio de 1983, 28 de enero de 1984 y 25 y 29 de noviembre de 1985), la viabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales adoptados en junta general requieren no sólo la constancia de la oposición en el sentido de «salvar su voto» quien esté en desacuerdo con la voluntad

mayoritaria, sino la expresa y formal oposición al mismo, indicativa de que formulará impugnación, no bastando con poner en la antefirma expresiones como «en desacuerdo» o «no conforme con el contenido».

Véanse Sentencias de 22 de diciembre de 1986 y 30 de noviembre de 1987.

**IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES POR EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DEL ARTICULO 67 Y SIGUIENTES DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS. LEGITIMACION (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1986) (VÉASE SENTENCIAS DE 17 DE DICIEMBRE DE 1986 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 1987).**

No consta probado que el actor haya «manifestado expresamente en las juntas generales su oposición a cada uno de los acuerdos impugnados, inmediatamente de ser adoptados cada uno de los mismos». En las certificaciones de las respectivas juntas generales tan sólo consta «se adoptó por mayoría, con el voto en contra de don..., los siguientes acuerdos...». El requisito exigido por el artículo 69 de hacer «constar en acta su oposición al acuerdo impugnado», no puede ser sustituido por la previa manifestación ante Notario en la que el accionista haga constar que de antemano se opone a los acuerdos que vayan a adoptarse (en junta que aún no se ha celebrado), porque no es lógico admitir una indiscriminada oposición al resultado de una votación que se desconoce. El ser accionista no legitima a éste para impugnar los acuerdos sociales por el procedimiento especial regulado en los artículos 67 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas, por el simple hecho de que la impugnación se base en que los acuerdos objeto de la misma son contrarios a la Ley, porque si bien es cierto que tales acuerdos pueden ser combatidos indistintamente por el procedimiento especial o mediante el ejercicio de la acción de nulidad en procedimiento declarativo ordinario (en cuyo caso, la legitimación activa es amplísima hasta el punto de que incluso los accionistas que hayan votado a favor del acuerdo podrán ejercitar la acción de nulidad por tratarse de acuerdos radicalmente nulos, sin que tal acción esté sometida a un plazo de caducidad), en cambio, cuando la vía escogida sea el procedimiento especial de impugnación, para que el accionista que haya votado en contra del acuerdo esté legitimado activamente será requisito indispensable que de forma expresa haya hecho constar en acta su oposición al mismo. Sin desconocer que esta Sala, en sus Sentencias de 31 de enero de 1972 y 11 de noviembre de 1978, ha mantenido especiales criterios, atendiendo a las singularidades de los casos concretos, lo cierto es que numerosa y uniforme jurisprudencia, anterior y posterior a las citadas resoluciones, viene manteniendo que es requisito previo de legitimación activa o procedibilidad para el ejercicio de la acción impugnatoria por el procedimiento especial establecido en el artículo 70, el haber hecho constar en el acta de la junta su oposición a los acuerdos objeto de la impugnación, no siendo suficiente a tales efectos la mera emisión del voto contrario a la aprobación de tales acuerdos, ya que no existiendo éstos, en tanto no se verifique el recuento de los votos obtenidos y sea proclamado el resultado de la votación, los disidentes no pueden manifestar, sino con posterioridad a dichos momentos en que el acuerdo se perfec-

ciona o adquiere consistencia jurídica, su voluntad de oponerse al mismo, y sin que sea óbice para la aplicación de esta doctrina lo establecido en las citadas Sentencias de 31 de enero de 1972 y 11 de noviembre de 1978, cuyas afirmaciones no es dable generalizar al ser únicas respecto a los supuestos que respectivamente contemplan (Sentencias de 6 de julio de 1963; 20 de febrero de 1968; 30 de enero de 1970; 21 de octubre de 1972; 27 de abril y 10 de diciembre de 1973, esta última, por error de la Colección Legislativa, aparece con fecha del día 8; 30 de enero de 1976; 5 de enero de 1978, y 4 de marzo de 1980). La falta de legitimación activa del demandante ciertamente constituye un defecto de procedibilidad, que puede y debe ser apreciado de oficio, según tiene declarado esta Sala, entre otras, en Sentencias de 30 de enero de 1970, 19 de enero de 1974 y 4 de marzo de 1980).

*IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES POR EL PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 67 Y SIGUIENTES DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS. LEGITIMACION (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1987) (VÉASE SENTENCIAS DE 17 Y 22 DE DICIEMBRE DE 1986).*

La legitimación, como cualidad que la Ley atribuye a una persona para figurar como parte en un proceso determinado, requiere, en su aspecto activo, no sólo la inicial pertenencia del Derecho, sino también que se cumplan los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico en cada caso concreto. Así es reiterada la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 30 de enero de 1970, 21 de octubre de 1972, 27 de abril y 10 de diciembre de 1973, 19 de enero de 1974, 30 de enero de 1976, 5 de enero de 1978, 4 de marzo de 1980, 25 y 29 de noviembre de 1985 y 9 de mayo y 17 y 22 de diciembre de 1986), en el sentido de que para el ejercicio de una acción impugnatoria por el procedimiento del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas es indispensable que quienes concurren a la junta hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo impugnado, cual señala el primer inciso del artículo 69 de la propia Ley y recoge con absoluta claridad la Sentencia de 4 de marzo de 1980, al decir que es «exigencia para los accionistas que concurrieron a la junta en que fueron adoptados los acuerdos sociales que se traten de impugnar por la vía que regula el artículo 70, como requisito previo de legitimación o procedibilidad para el ejercicio de su derecho, el haber hecho constar en el acta de la junta su oposición a los mismos, no siendo suficiente a tales efectos la mera emisión del voto contrario a la aprobación del acuerdo o acuerdos, ya que no existiendo éstos en tanto no se verifique el recuento de los votos obtenidos y sea proclamado el resultado de la votación, los disidentes no pueden manifestar, sino con posterioridad a dichos momentos en que el acuerdo se perfecciona o adquiere consistencia jurídica, su voluntad de oponerse al mismo».



**IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. QUORUM DE ASISTENCIA**  
(SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1987).

Salvo que la propia convocatoria lo establezca claramente, existiendo en el orden del día puntos que requieran un quórum de asistencia superior a otros, deben cumplirse los quórums superiores para tratar y decidir incluso los que no requieran tal porcentaje de asistencia.

**IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. JUNTA GENERAL: REPRESENTACION DE UN ACCIONISTA POR PERSONA NO IDONEA, PERO QUE YA FUE ADMITIDA EN JUNTAS ANTERIORES. DIFERENCIAS ENTRE JUNTAS ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS. ACCIONES DE NULIDAD Y ACCIONES DE IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES** (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1987).

*Antecedentes.*—La sociedad demandada en junta general celebrada el 25 de junio de 1980 admitió en representación del demandante accionista al Letrado don... , que carece de parentesco con su representado. La misma sociedad, cambiando inesperadamente de opinión y sin previo aviso denegó a dicho representante ostentar la misma representación con voz y voto en la junta —cuyos acuerdos se impugnan ahora— de 25 de octubre de 1983; celebrándose la misma junta, permitiéndose la presencia de dicho representante, pero sin poder actuar sin facultades de apoderamiento. La junta cuyos acuerdos se impugnan, que se celebró sin la asistencia del demandante ni se permitió en ella por el Presidente y Secretario la actuación del representante de aquél, adoptó, entre otros acuerdos, el de aumento del capital social. En esta ampliación de capital participó el demandante, si bien precediendo a la suscripción de las acciones que le correspondían una carta dirigida notarialmente al administrador de la sociedad en la que manifiesta su abierta disconformidad con el acuerdo de ampliación y anuncia su propósito de acudir a los Tribunales para impugnarlo, carta seguida inmediatamente de la demanda impugnatoria. El accionista demandante había hecho la inscripción de sus acciones, de carácter nominativo, en el libro de socios, con más de cinco días de antelación a la celebración de la junta objeto de impugnación.

*Doctrina de la Sala.*—La argumentación de que la junta de 1980 y la de 1983 son de distinta clase, pues una fue ordinaria y la otra extraordinaria, carece de consistencia: 1) Porque ambas clases de juntas, según ha observado ya esta Sala (Sentencia de 31 de octubre de 1984), no presentan diferencias sustanciales, y con excepción de la periodicidad de las ordinarias, no difieren ni en cuanto a asuntos ni, desde luego, en cuanto a garantías respecto a convocatoria y celebración, por lo que es indudable que no puede hacerse depender de una simple cuestión de denominación la eficacia de los acuerdos tomados. 2) Ello justifica el criterio de que, no obstante, lo dispuesto en los estatutos acerca de ser exigible una representación por otro accionista o por el cónyuge o pariente dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, ha de admitirse la representación intentada para la segunda junta por venir impuesta por la buena fe, que obliga, a tenor de los artículos 7, apartado 1, y 1.258 del Código Civil, como módulo de ejercicio de los derechos; lo mismo que ya se admitió en

la primera, y según es ya doctrina jurisprudencial uniforme (Sentencias de esta Sala de 8 de mayo de 1961 y 5 de julio de 1986), a cuyo tenor si en juntas anteriormente celebradas se le tiene reconocido a un socio una representación determinada, no puede impugnarse tal representación en juntas posteriores. 3) Al haberse denegado la participación en la junta del accionista demandante, no obstante presentar un representante debidamente habilitado, ni darle nueva oportunidad para comparecer personalmente, ello invalida la junta y hace nulos los acuerdos tomados en ella (Sentencias de 24 de junio de 1968 y 2 de abril de 1976); a lo que no obsta que el socio no admitido no influya en la mayoría, pues fue privado en todo caso no sólo del voto, sino de dejarse oír y participar en la deliberación, puesto que, como ya declaró esta Sala (Sentencias de 10 de octubre de 1973 y 14 de marzo de 1974), la validez de una junta no depende de sus resultados, sino simplemente de su legal constitución.

Los artículos 56 y 58 de la Ley de Sociedades Anónimas no presuponen la privación a ningún accionista de su derecho a participar en las deliberaciones y votaciones efectuadas en las juntas, ni permiten que se prescinda de ninguno de ellos que intente dicha participación, sino que tales preceptos dan por supuesta la posibilidad de todos los accionistas a la asistencia a las juntas con los derechos inherentes a su condición, de los que fue privado el representante habilitado suficientemente por el demandante.

Como declaró la Sentencia de esta Sala de 8 de junio de 1981, la normativa vigente sobre impugnación de acuerdos distingue entre acciones de nulidad de los acuerdos por ser contrarios a la Ley, y acciones de impugnación de los acuerdos que se opongan a los estatutos o lesionen en beneficio de uno o varios accionistas los intereses de la sociedad.

#### *CONVOCATORIA JUDICIAL DE JUNTA: EL REQUISITO DE LA CITACION A LOS ADMINISTRADORES (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1987).*

Es doctrina de esta Sala, sentada últimamente en la Sentencia de 1 de abril de 1986, la de que el Juzgado debe oír a los administradores con carácter previo a la convocatoria de la junta, pues así lo ordena el artículo 57 de la Ley de Sociedades Anónimas, lo que ha de considerarse cumplido con la citación en forma para ser oídos los administradores de la sociedad.

#### *MODIFICACION DE ESTATUTOS SOCIALES Y NOMBRAMIENTO DE CONSEJEROS (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1986).*

Ambas son materias que han de acordarse en junta general, por lo que no pueden ser delegadas ni aun por la propia junta.

*CONVOCATORIA DEFECTUOSA DE LA JUNTA. EFECTOS (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1987).*

El razonamiento de que el artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas no establece una facultad impugnatoria de carácter general, sino referida exclusivamente a aquellos acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad, y sólo esos acuerdos sociales serán susceptibles de impugnación por el procedimiento previsto en los siguientes artículos de la propia Ley, y concretamente, en su artículo 70, no puede prosperar, porque es indudable que la bondad intrínseca de los acuerdos sociales encuéntrase condicionada al cumplimiento y observancia de cuantos requisitos determinan la convocatoria y constitución de las juntas en que se adopten, lo que, en definitiva, puede entenderse como el principio de legalidad formal, que encuentra su representación más genuina en el primer párrafo del artículo 48, al expresar «los accionistas constituidos en junta general debidamente convocada». Dicho principio se satisface fundamentalmente con una convocatoria regular (arts. 49, 53, 54, 56 y 57) y mediante la constitución válida de la junta (arts. 51, 58 y 64), y de aquí que los defectos cometidos en el cumplimiento de tales particulares deban viciar de nulidad no sólo a los propios actos de la convocatoria y constitución de la junta, sino, por vía extensiva, a los acuerdos sociales adoptados en el curso de la misma, lo cual conduce a que la impugnación prevista en el repetido artículo 67 se aplique igualmente a los supuestos hechos mención y sea dable utilizar al efecto el procedimiento específico del artículo 70 de la Ley. La tesis acabada de exponer es coincidente con la doctrina mantenida en las sentencias de esta Sala, siendo de citar, entre otras, las de 21 de mayo de 1965, 21 de mayo y 23 de noviembre de 1970, 31 de mayo y 12 de julio de 1983 y 25 de mayo de 1984, llegando a decir la de mayo de 1965 que «al referirse el texto legal a la impugnación de los acuerdos sociales, no cabe duda que contempla, ante todo, la procedencia y efectos de los mismos, desde un punto de vista 'intrínseco', pero no excluye las cuestiones referentes a su validez por motivos 'extrínsecos', que, en cada caso, ha de ser apreciada según la índole y gravedad de los defectos denunciados; labor que ha de quedar encomendada a la pericia y prudencia de los Tribunales, aunque es obvio que los defectos extrínsecos tendrán influencia decisiva en la impugnación del acuerdo, si se falta a algún trámite o requisito esenciales o que la Ley imponga bajo sanción expresa de nulidad, o aun sin ello, cuando afecten visiblemente a la legal constitución de la junta, falseen sus resultados o éstos se obtengan con vulneración o desconocimiento inexcusable de los derechos de información y determinación», y la de julio de 1983, que «no puede mantenerse que la convocatoria judicial para la celebración de la junta general extraordinaria de accionistas y las cuestiones en torno a la procedencia de la misma y a su corrección legal sean separables, como antecedente obligado que es, de los acuerdos que en la junta pudieran recaer, de tal suerte que hayan de impugnarse independientemente una de otros, con regímenes distintos, reservándose el de la Ley de Sociedades Anónimas, regulado por los artículos 67 a 70, sólo para los acuerdos contrarios a la Ley que se opongan a los estatutos o lesionen los intereses de la sociedad, pues, en efecto, si los acuerdos se adoptan en juntas convocadas en contradicción a la Ley o a los estatutos, ello trasciende a los acuerdos adoptados en la junta».

**CONSEJO DE ADMINISTRACION. LA RENOVACION TOTAL SOLO ES ADMISIBLE EN CASOS EXCEPCIONALES (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1988).**

El principio de renovación parcial del Consejo se establece en el segundo inciso del párrafo 1.º del artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin que en contra de la nulidad del acuerdo de renovación total valga el argumento de interpretación teleológica que establece el artículo 3, 1, del Código Civil, ya que la limitación legal responde a la doble exigencia de que en ningún instante quede la sociedad sin administradores, como sucedería si se aceptase el cese simultáneo de todos ellos, y de salvar el principio de unidad y continuidad en la gestión social, de suerte que acreditado que —aun marginando la diaphanidad del texto legal— la situación de cese total se produjo, aunque sean inmediatamente después reelegidos algunos o alguno de los cesantes, se está ante lo que el mandato legal contempla y veda al prohibir, en circunstancias normales, la renovación total del órgano, atenta la normativa a impedir aquel vacío y riesgo con independencia de la posibilidad de reelección de los concretos consejeros, de modo que la decisión jurisdiccional que anula el acuerdo de renovación total del Consejo no sólo no infringe el artículo 3, 1, del Código Civil en su orientación interpretativa, sino que lo deja a salvo ciñéndose al texto, al espíritu y a la finalidad del artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas.

**MODIFICACION DE ESTATUTOS. REQUISITOS DE CONVOCATORIA (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1988).**

Debe expresarse en la convocatoria de la junta general con la debida claridad los extremos que hayan de ser objeto de modificación; la fórmula genérica que se utiliza no cumple con dicho requisito, al ser evidente que la expresión «estudio de los estatutos sociales para posible modificación» no cumple con la claridad que exige el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Es doctrina la de que no se cumple la exigencia legal cuando no se anuncia cuáles sean los artículos que se vayan a modificar, y al no hacerlo así se va contra la *ratio legis* del precepto en cuanto sustrae al conocimiento de los accionistas convocados un elemento de información de la máxima importancia, si tenemos en cuenta que por ser la materia de la reforma de los estatutos de gran trascendencia, ha de ser tratada con el mayor rigorismo, hay que evitar que surjan elementos de sorpresa.

*C. Sociedades irregulares*

**SOCIEDAD NO INSCRITA. EFICACIA ENTRE PARTES. DERECHO DE INFORMACION. SU ALCANCE (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1986).**

El derecho de información no puede quedar circunscrito a que quince días antes de la celebración de la junta se ponga a disposición de los accionistas el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta

sobre la distribución de beneficios, la memoria explicativa y el informe de los censores de cuentas.

En nuestro ordenamiento positivo no puede hablarse de la figura de la sociedad anónima irregular, pues la escritura pública y la inscripción registral son requisitos esenciales, y mientras ambos no se cumplimenten, no puede hablarse de sociedad anónima ni de que el ente tenga personalidad, siendo inexistente para terceros (Sentencias de 6 y 9 de marzo de 1981), ello es, sin perjuicio de que lo pactado vincule a los socios y sea válido entre ellos (cual señala la segunda de las sentencias citadas), aunque no como tal sociedad, sino como pacto antecedente a su constitución y con eficacia de obligar, por no afectar a terceras personas extrañas; no puede afirmarse, pues, que la escritura de sociedad no inscrita carezca de valor alguno: sus firmantes quedan vinculados por los pactos en ella contenidos y vienen legalmente, compelidos a realizar cuantos actos y gestiones sean precisos para obtener la inscripción de la sociedad (art. 13 de la Ley de Sociedades Anónimas) y dotarla así de personalidad y vida externa (Sentencia de 6 de febrero de 1964).

*SOCIEDAD IRREGULAR. EFICACIA ENTRE PARTES (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1986).*

Las irregularidades de una sociedad pactada verbalmente, no trasciende a las relaciones entre los socios que la constituyeron (Sentencia de 7 de octubre de 1961), pues, como pusieron de relieve, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 21 de mayo de 1960 y 21 de diciembre de 1955, «el contrato de sociedad es esencialmente consensual, de tal modo que aunque se aporten a ella bienes inmuebles o derechos reales, sin el otorgamiento de la escritura pública que en tal caso exige el artículo 1.667 del Código Civil, ha de producir sus efectos en cuanto a los derechos y obligaciones de los socios entre sí, sin que la falta de ese requisito formal impida las acciones mutuas que les competen».

*SOCIEDAD IRREGULAR, PERO MERCANTIL. REGIMEN (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1988).*

Ya esta Sala, en Sentencia de 21 de junio de 1983, admitió la existencia de sociedad irregular mercantil concertada en documento privado y aun de forma verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades a las colectivas con aplicación específica del Código de Comercio. Habrá de estarse, por tanto, en primer lugar, a lo convenido en el contrato privado. Al constituirse una sociedad proyectada como anónima, pero sin llegar ésta a tener existencia legal, resulta una sociedad irregular dedicada a actividades comerciales sin constitución de personalidad jurídica distinta de las de los socios que la componen; por tanto, evidente es que a falta de todo pacto en contrario, las aportaciones incluso de bienes inmuebles no salieron de la propiedad de los socios singulares, que conservaron su dominio respectivo hasta en trance de liquidación, como reconoció la Sentencia de 17 de septiembre de 1984. De todo ello se deduce que el pacto y las disposiciones del Cód-

go de Comercio (arts. 121 y 222) permitieron en el caso litigioso mantener la disolución de la sociedad sin tener que recurrir a la norma del artículo 1.669 del Código Civil más que en cuanto a su mandato de no constitución de persona jurídica independiente.

#### D. Cooperativas

*IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES POR NO HABER SIDO CITADOS A ASAMBLEA TODOS LOS SOCIOS E IMPEDIR LA PARTICIPACION EN LA JUNTA A ALGUNOS. CARACTER DE LA INVALIDEZ (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1986).*

El acto determinante de la exclusión de los socios de su concurrencia a la asamblea es un acto radicalmente nulo, al privarse de derechos constitucional, legal, reglamentaria y estatutariamente reconocidos, aparejando la nulidad de los acuerdos y la de los que posteriormente pudieran adoptarse por órganos ya viciados en su actuación.

*ASAMBLEA GENERAL. PLAZOS DE CONVOCATORIA (SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1987).*

Si bien es cierto que los artículos 24, 3, de la Ley de Cooperativas y 49, 5, de su Reglamento (años 1974 y 1978, respectivamente) ordenan que la convocatoria deberá hacerse con una antelación mínima de diez días y máxima de veinte, no es menos cierto que dentro de dicho lapso de tiempo los estatutos pueden fijar el que estimen conveniente atendiendo a las circunstancias específicas de la cooperativa, y cuando en dichas normas estatutarias se establece que entre la convocatoria y su celebración medien quince días, se introduce una norma imperativa a la que deben atenerse los rectores de la entidad bajo sanción de nulidad si no se respeta el mínimo ordenado.

### III. TITULOS VALORES

#### A. Letra de cambio

*EFFECTOS DE LA CAMBIAL FRENTE A TERCEROS. TIMBRE INADECUADO (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1986).*

La letra de cambio, como instrumento de crédito que es, produce efecto frente al aceptante incluso cuando la acción cambiaria ordinaria es ejercitada por el tercer poseedor de la misma, no excusando de su obligación a aquél por la falta de protesto, en cuanto ello, como tiene declarado esta Sala, sólo es necesario para el ejercicio de la acción de regreso contra el librador y endosantes (Sentencias de 6 de febrero de 1954, 7 de mayo de 1957, 26 de octubre de 1961, 19 de noviembre de 1971, 27 de septiem-

bre de 1974, 22 de noviembre de 1976, 26 de febrero de 1981 y 17 de octubre de 1984).

Cual tiene también manifestado esta Sala de forma persistente, además de que la vulneración de las leyes de carácter fiscal no limitan ni restringen los efectos jurídicos de los actos y contratos en lo que a sus aspectos civiles se refiere, y de que no pueden enervarse los derechos de quienes litigan por normas de esa naturaleza en un recurso que, como el de casación por infracción de ley y doctrina legal, viene referido a la infracción de una normativa *ius* privatística, porque también dichos preceptos tienen acceso a la casación, y todo ello, claro es, sin perjuicio de las sanciones que quien tenga competencia para ello pueda acordar por dichas infracciones (Sentencias de 6 de noviembre de 1929, 18 de marzo de 1932, 25 de enero de 1963, 28 de septiembre de 1970, 23 de octubre de 1983 y 13 de octubre de 1986).

**DESCUENTO BANCARIO. DESCUENTO Y PROVISION DE FONDOS. ACCION CAMBIARIA Y ACCION CAUSAL. PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1986).**

El contrato de descuento, estudiado en varias ocasiones por la jurisprudencia (Sentencias de 9 de febrero de 1945, 14 de abril de 1980, 21 de noviembre de 1984, 20 de febrero de 1985 y 24 de junio de 1986), en virtud del cual el Banco descontante entrega el importe de un crédito no vencido a su cliente, cedente o descontatario, con deducción de los intereses que corresponden por el tiempo que falta para su vencimiento, recibiendo la titularidad del crédito cedido, admite varias modalidades en razón a la naturaleza de ese crédito, y cuando está incorporado a la letra de cambio, se produce el llamado descuento cambiario, en el cual la titularidad que el Banco adquiere frente a terceros ajenos al contrato de descuento es la que figura en la propia letra, que es, en este caso, la de tomador-tenedor, la cual, en principio, le permitía dirigirse contra el aceptante, en acción directa, de naturaleza cambiaria, mientras que frente al librador-descontatario-cedente tenía la opción de ejercitar la acción cambiaria de regreso o la acción dimanante del contrato de descuento, si la letra, presentada a tiempo, no hubiere sido pagada por el aceptante.

Lo que el descuento cambiario no supone, dada la naturaleza del crédito recibido por el descontante que adquiere una letra de cambio, es el crédito causal basado en la provisión de fondos, pues la cesión de la provisión de fondos no es inherente a cualquier endoso, sino que es otra índole de negocio que requiere la específica notificación propia de la cesión ordinaria, como recoge, de acuerdo con unánime doctrina, el actual artículo 69 de la Ley Cambiaria y del Cheque. Esta notificación ha de ser distinta del normal protesto, puesto que éste solamente acredita la condición de tenedor legítimo o de comisionista del legitimado activamente para el cobro, pero no que sea, a su vez, titular del crédito constitutivo de la provisión de fondos (Sentencia de 20 de enero de 1978). Al no provenir la cesión de la provisión ni del endoso o toma de la letra ni del contrato de descuento, y al no haberse notificado nunca tal cesión, como exige el artículo 347 del Código de Comercio, el Banco tenedor no puede ejercitar las acciones correspondientes a tal cesión.

No constando que el aceptante de las letras las haya pagado, ni tam-

poco que no recibiera en su día del librador las mercancías cuya compraventa originó las letras, debe admitirse que el aceptante que compró mercancías al librador no las pagó, a falta de demostración que le incumbía frente al tenedor de la letra que no es su librador, llevan a enfocar el problema a la posibilidad de un enriquecimiento injusto por parte del aceptante, que recibió las mercancías y no las pagó, correlativamente al empobrecimiento del descontante, tomador de las letras significativas del precio de tales mercancías, que pagó su importe al librador y no lo percibió del aceptante.

La acción correspondiente a este enriquecimiento injusto, que resulta no del contrato de descuento, en el cual no es parte el aceptante, sino del curso de las letras de cambio, debe prosperar, puesto que dicha acción, dimanante, como se ha dicho, del curso de las letras de cambio, cuando no procede la cambiaria por cualquier causa y no se tiene legitimación para la causal, como ocurre en este caso, y alguno de los obligados cambiarios realizó las prestaciones que le correspondían sin obtener la contraprestación a la que tenía derecho, mientras otro obtuvo una ganancia sin contraprestación, no está sujeta al plazo de prescripción de tres años del artículo 950 del Código de Comercio, sino al general de quince años establecido en el artículo 1.964 del Código Civil, conclusión a la que se llega tras muchas dudas doctrinales, ya que nunca se le ha asignado un tratamiento unánime, buena prueba de lo cual es el actual artículo 65 de la Ley Cambiaria y del Cheque, que le asigna un plazo especial (tres años a partir de la extinción de la acción cambiaria), lo que lleva a estimar que anteriormente el tiempo de prescripción era el correspondiente a cualquier acción de enriquecimiento injusto sin plazo especial, es decir, el de quince años (Sentencias de 5 de mayo de 1964, 9 de noviembre de 1965 y 5 de octubre de 1985, entre otras).

**DESCUENTO BANCARIO Y DERECHO DE REGRESO. PROTESTO DEFECTUOSO (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1987).**

El negocio jurídico de descuento bancario de letra de cambio instrumentado a través del endoso de la cambial, ya se califique como contrato de préstamo mutuo, ya de compraventa, o de completo y atípico, como lo califican las Sentencias de esta Sala de 20 de abril de 1978, 14 de abril de 1980 y 21 de noviembre de 1984, convierte al Banco descontante en titular pleno de la letra, del crédito en ella incorporado y, por ende, en acreedor cambiario, produciendo tal contrato, como efecto principal, el derecho del Banco de exigir y la obligación del descontatario de devolver o restituir la cantidad anticipada; pero la efectividad de tal derecho y consiguiente obligación está supeditada al cumplimiento por la entidad bancaria de determinadas obligaciones, entre las cuales y como fundamental debe destacarse la de devolver al endosante la letra de cambio descontada con la misma eficacia jurídica que tenía cuando le fue transmitida por endoso, lo cual implica no sólo que la letra se haya protestado, sino que lo haya sido en forma para que la letra no resulte perjudicada, pues, en definitiva, si el regreso de reembolso no es más que la realización de la garantía que asumen los anteriores obligados cambiarios, con la particularidad de que el pago por uno de ellos, que no sea el aceptante, sólo



libera al que paga y a los que le siguen en el orden de los endosos, conservando respecto a los anteriores el derecho de regreso; derecho de regreso que en defecto de voluntaria satisfacción puede actuarse ejercitando la acción ejecutiva que acompaña a la letra debidamente protestada, es manifiesto que el perjuicio de la cambial y, en consecuencia, la pérdida de su fuerza ejecutiva impide el ejercicio de la acción de regreso, en cuanto privaría al endosante pagador de la acción de tal naturaleza propia de la letra, ya para dirigirla contra el aceptante, ya para actuarla contra los anteriores endosantes como obligados cambiarios; sin olvidar que si dicho perjuicio se ha producido por culpa o negligencia de persona no obligada cambiariamente, en este caso de funcionario notificador del protesto, pueda ejercitar contra ella las acciones que procedan y sin que, por tanto, sea lícito devolver la letra perjudicada al endosante descontatario para que éste actúe unos derechos que sólo a él corresponde ejercitar, pues si bien no cabe imputar negligencia al Banco en los defectos del protesto que anulan la acción ejecutiva, menos culpa cabe atribuir al endosante que no era propietario de la letra al tiempo del perjuicio y que, además, debe recibir la cambial en vía de regreso con los documentos complementarios que permitan el ejercicio de la acción ejecutiva.

**CARACTER CAUSAL O ABSTRACTO DE LA LETRA DE CAMBIO (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1988).**

La letra funciona como título causal en las relaciones del librador con el tomador, en las del endosante con el endosatario y en las del librador con el librado, pero como título abstracto en las demás relaciones que puedan existir entre los distintos firmantes de la letra y, por supuesto, entre tomador y aceptante, pues el primero no interviene en el contrato subyacente por el simple hecho de ser letras «a la orden».

**C. Otros títulos valores**

**COMPRAVENTA DE ACCIONES FUERA DE BOLSA. LEGISLACION APLICABLE (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1987).**

Hay que dejar sentado que tanto la Ley de 23 de febrero de 1940 como el Decreto-ley de 1964 son disposiciones de carácter netamente bursátil, quedando, por tanto, excluidas de su ámbito de aplicación mercantil común extrabursátil.

Como señala un importante sector de la doctrina existe una fundamental distinción entre *operaciones a plazo* y *operaciones con precio aplazado*, porque en éstas lo único que queda aplazado es el pago efectivo de un precio *convenido desde que el contrato se perfecciona*, quedando eliminada esa «búsqueda del lucro en aleatorias diferencias», que es precisamente lo que la Ley de 1940 trató de evitar. Sin entrar a resolver si las citadas operaciones con precio aplazado —en determinados supuestos— están o no prohibidas como operaciones realizadas en Bolsa, lo que no cabe dudar es de su plena validez y eficacia en la contratación mercantil

común extrabursátil, porque no existe disposición legal que lo prohíba. En definitiva, este tipo de contrato no es sino una modalidad de la compraventa mercantil que aun estando por su objeto —títulos valores— sujeta a determinadas formalidades coincidentes con las operaciones bursátiles, no están, sin embargo, sometidos al especialísimo régimen regulador de las llamadas propiamente «operaciones de Bolsa».

#### IV. CONTRATOS MERCANTILES

##### *INEFICACIA DE LA VENTA DE ACCIONES ANTES DE SER INSCRITA LA SOCIEDAD EN EL REGISTRO MERCANTIL (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1987).*

Tanto el artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas como la doctrina legal que ha hecho aplicación de su contenido, mantienen el carácter tajante de la prohibición de transmitir acciones mientras no esté inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, con la consecuencia de nulidad radical, hoy prevista en el artículo 6, 3, del Código Civil, que hace totalmente ineficaz el contrato en cualquier concepto, no solamente en el de compraventa, sino en el de precontrato, sin que pueda ser de aplicación la doctrina de los propios actos (Sentencia de esta Sala de 24 de febrero de 1986, que recoge anterior jurisprudencia) ni de la buena fe, al tratarse de un negocio jurídico contra Ley libremente aceptado por ambas partes y no inducido por ninguna de ellas, lo cual conduce a tener a los litigantes como partes implicadas en la sociedad, en concepto de socios accionistas, que debieron conocer el alcance de sus actos evidentemente contrarios a la seguridad jurídica respecto de los verdaderos terceros e incluso de los demás accionistas, ajenos al negocio; actos que, por tanto, tienen que producir solamente los efectos previstos en el artículo 1.303 del Código Civil, es decir, la restitución recíproca de las prestaciones.

##### *EJERCICIO DE LA ACCION DERIVADA DE UN CONTRATO DE DESCUENTO. PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1987).*

El contrato de descuento es aquel en que el Banco, previa deducción del interés o tipo de descuento, anticipa al cliente el importe de un crédito no vencido contra tercero, mediante la cesión, salvo buen fin, de dicho crédito, por lo que ejercitada la correspondiente acción derivada de tal contrato, aunque se afirme por una de las partes ser legítima poseedora de unas cambiales (las descontadas), no implica que nos encontremos en el ejercicio de una acción cambiaria (que prescribe a los tres años), sino de la personal (de plazo quince años).

## V. DERECHO MARITIMO

*TRANSPORTE MARITIMO INTERNACIONAL. LEGISLACION APLICABLE (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1987).*

Estamos en presencia de un contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque sometido a la Ley sobre Transporte Marítimo Internacional de 22 de diciembre de 1949, que incorporó a nuestra legislación el Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924 sobre unificación de reglas en materia de conocimiento de embarque en el transporte internacional de mercancías por mar, pues en el presente supuesto litigioso se dan, sin duda, los requisitos que se contienen en los dos primeros artículos de la precitada Ley Especial de Transportes Marítimos de Mercancías (transporte de mercancías por mar, de ámbito internacional y con emisión de un conocimiento de embarque o documento similar), lo que excluye la aplicación al caso discutido del Código de Comercio, que establece en su párrafo segundo del artículo 952, el valor y trascendencia de un presupuesto para que no decaiga la acción para pedir la indemnización por los daños de las mercancías, mientras que en la Ley específica de 1949, de aplicación al presente litigio, el alcance de tal aviso, según la mejor doctrina marítima española y extranjera, interpretando el Convenio de Bruselas de 1924, afecta sólo, y no en forma decisiva, a la prueba para la determinación del daño.

*ACCION SOBRE ENTREGA DE CARGAMENTO. PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1988).*

Tanto el artículo 952 del Código de Comercio, como la Ley de 22 de diciembre de 1949 sobre conocimientos de embarque (art. 22), coinciden sustancialmente en establecer dos requisitos para la eficacia de la acción entablada por responsabilidades nacidas del transporte marítimo: en primer lugar, formalizar protesta o reserva al tiempo de la entrega de la mercancía o en las veinticuatro horas siguientes, período que en la citada Ley de 22 de diciembre de 1949 sobre unificación de reglas para los conocimientos de embarque en los buques mercantes se amplía hasta los tres días siguientes a la entrega si las pérdidas o daños no son aparentes; en segundo lugar, ejercitar la correspondiente acción de resarcimiento por atrasos, daños o faltas sufridos en los objetos transportados en el plazo de un año, contado «desde el día de entrega del cargamento en el lugar de su destino o del que debía verificarse según las condiciones de su transporte».

## VI. QUIEBRAS Y SUSENSIONES DE PAGOS

A. *Quiebras*

*EL CONYUGE DEL QUEBRADO NO ES COMPLICE, AUNQUE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES DE SEPARACION Y ADJUDICACION DE BIENES DE LA COMUNIDAD CONYUGAL SEA POSTERIOR A LA FECHA DE RETROACCION DE LA QUIEBRA* (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1987).

Calificada como fraudulenta la quiebra del comerciante individual don..., y cómplice en la misma su esposa doña..., el único tema que es objeto del presente recurso se contrae a cuestionar la atribución de complicidad que respecto a la referida doña... contiene el fallo impugnado. Dicha atribución de complicidad tiene por exclusivo fundamento el determinado por la circunstancia de que operante como régimen económico del matrimonio referido el de la sociedad legal de gananciales, con fecha 26 de enero de 1981 otorgaron ambos cónyuges escritura de capitulaciones matrimoniales estipulando el régimen de separación de bienes y atribuyendo, al procederse a la disolución y liquidación de la preexistente sociedad de gananciales, el único bien inmueble que formaba parte de su haber y que tenía carácter ganancial a la esposa, habiéndose señalado como fecha de retroacción de la quiebra la de 22 de diciembre de 1980.

Según establecía el párrafo último del artículo 1.322 del Código Civil en la redacción que le fue dada por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas constante matrimonio no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, conteniendo idéntica disposición el artículo 1.317 del propio Código, tal como quedó redactado por la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en el título III de su libro IV, siendo inconcuso que la aplicación de la citada normativa determina en supuestos cual el que es objeto del presente recurso de casación, que la responsabilidad del patrimonio ganancial existente con anterioridad a la disolución y liquidación de la sociedad del mismo carácter perviva, al efecto de que sobre los bienes que integraban dicho patrimonio puedan hacerse efectivas las deudas contraídas por el marido en el ejercicio del comercio que, con conocimiento y sin oposición expresa de la esposa, venía desarrollando, según al respecto autoriza la preceptiva contenida en los artículos 6 y 7 del Código de Comercio, derivando de ello que el negocio jurídico de otorgamiento de capitulaciones constante matrimonio, estableciendo el régimen de separación de bienes en sustitución del de gananciales, al no poder perjudicar el derecho de los acreedores del esposo comerciante para hacer efectivos sus créditos sobre todos los bienes que integraban la preexistente sociedad de gananciales, no se pueda incardinar en la circunstancia del número 10 del artículo 890 del Código de Comercio, según la que se reputará quiebra fraudulenta cuando se hayan simulado por el quebrado enajenaciones de cualquier clase que éstas fuesen, ya que no se producen, a virtud del alcance que ha de concedérsele a la preceptiva legal aquí invocada, las «condiciones objetivas» para que el fraude se origine.

RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

#### 4. DERECHO PROCESAL

Por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

##### *CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: CASO DE VENTA «A PORTES DEBIDOS» (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1986).*

*Hechos.*—Se desprenden de lo que se dice a continuación.

Ponente: Don Rafael Casares Córdoba.

*Doctrina de la Sala.*—No constando sumisión expresa o tácita de las partes, ni que éstas fijaran expresamente el lugar de entrega de la mercancía, pero sí que ésta viajó del establecimiento de la vendedora en Elche (Alicante) a la de la demandada en Los Llanos de Aridane (Las Palmas) a portes debidos, esto es, por cuenta y riesgo de la adquirente, debe entenderse lugar de entrega de la mercancía el del establecimiento de la vendedora, y en él habrá de efectuarse el pago del precio, conforme a los artículos 1.171 y 1.500 del Código Civil, en relación con el 50 del Código de Comercio, lo que hace que deba estimarse competente el Juzgado de Elche, correspondiente al domicilio de la demandante vendedora, conforme a la regla 1.ª, artículo 62, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y doctrina jurisprudencial interpretadora (Sentencias de 9 de abril, 31 de mayo y 26 de octubre de 1984 y 15 de abril de 1985).

RICARDO DE ANGEL

##### *PROCEDIMIENTO DE NULIDAD DE ACTUACIONES DEL ARTICULO 132 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1986).*

*Hechos.*—Nos remitimos a los que resultan de la doctrina de la Sala que se reproduce.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don Matías Malpica González-Elipe.

*Doctrina de la Sala.*—El presente recurso de casación se contrae al procedimiento de nulidad de actuaciones prevenido en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, que el deudor ha instado por haberse hecho la consignación del resto del precio de remate transcurridos los ocho días que establece el artículo 131, regla 15.ª, de dicho texto legal; es decir, la diferencia entre la cantidad depositada y aquella en que fue aprobado el remate en el acto de la subasta, lo que estima el deudor, demandante en este procedimiento, incurre en nulidad, y cuya demanda, que fue desestimada, ha

sido, por el contrario, por la Sala de Apelación, declarada procedente con la subsiguiente declaración de nulidad de la consignación efectuada el 2 de febrero de 1982, y sin efecto alguno el remate de la subasta celebrada el 21 de enero del mismo año.

El primer motivo del recurso, con sede en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos que, obrando en autos, demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, a cuyo propósito señala, en primer término, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número dos, que fue objeto de apelación, lo que es de rechazar, no sólo por cuanto como tal es forzosamente documento que ha tenido en cuenta la Sala *a quo* para hacer una valoración propia de los datos fácticos obrantes en las actuaciones, sino muy principalmente porque siendo por definición el recurso de apelación el que revisa íntegramente —en el fondo y la forma, las apreciaciones de hecho y la aplicación del Derecho— las conclusiones contenidas en dicha sentencia, por lógica razón, esta resolución ha de carecer de aquellos valores que la pudieran hacer, como tal documento, instrumento irrefutable a efectos de casación, pues ello predeterminaría siempre la obligada y absurda consecuencia de que la sentencia de apelación viene condicionada, en el aspecto de las cuestiones de hecho, por las afirmaciones de la de primer grado, lo que haría superflua en gran parte la institución procesal de la doble instancia.

Igualmente se citan como documentos, a efectos del primer motivo alegado, el testimonio del auto de adjudicación de 23 de febrero de 1982, que ya figura inscrito en el Registro de la Propiedad, así como absolución de posiciones del codemandado señor I. G., cuyos instrumentos probatorios obviamente carecen de la calidad casacional que pretende atribuirseles; el primero, porque no es sino consecuencia del acto procesal cuya nulidad se demanda, y que al ser efecto y no causa de la actuación judicial cuya idoneidad se cuestiona carece de la operatividad y eficacia precisa para demostrar el error de la Sala de Apelación, y el segundo, porque su naturaleza intrínseca de medio de prueba de absolución de posiciones le priva del carácter documental del que debe estar investido el instrumento a que alude el artículo 1.692, 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 596 y 602 de la citada Ley y 1.218 y 1.225 y siguientes del Código Civil.

De lo expuesto se infiere como corolario el rechazo del primer motivo y nos lleva al análisis del segundo motivo, que con base en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción por aplicación errónea de la Ley de 20 de diciembre de 1952, en su artículo 3.º, al deducir que ha modificado la regla 15.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. En efecto, hay que constatar para el debido análisis del tema jurídico propuesto lo siguiente: a) El artículo 3.º de la Ley de 20 de diciembre de 1952 contiene el mismo texto —salvo la cuantía de la multa, que aquí es materia irrelevante— que el Real Decreto de 2 de abril de 1924 en su artículo 2, de suerte que antes y ahora la misma causa existe para aplicar o no la literalidad que en ambas redacciones legales se contiene para los supuestos previstos específicamente en la regla 15.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria; ahora bien, en el caso que aquí se contempla no se trata de un trámite en que se dé con exclusiva ponderación el impulso del Juez y en el que juegue de forma excluyente el principio de preclusión

a que se alude, por ejemplo, en la Sentencia de 19 de diciembre de 1983; principio de preclusión que es el que anida en la *ratio legis* del artículo 3 de la Ley de 20 de diciembre de 1952, pues es el caso que la regla 15.ª del artículo 131, que establece un trámite específico para un procedimiento privilegiado y especial, no puede ser examinada y resuelta a la luz de normas generales y cuyo trámite singular está transido hasta la saciedad del impulso potestativo de las partes interesadas, en que poco o nada juega el de la dirección de oficio, pues ya se advierte que «si en el plazo fijado no consignase el rematante complemento del precio, a instancia del actor, del deudor o del tercer poseedor... se declarará sin efecto el remate y se reproducirá la subasta celebrada», lo que quiere decir que no sólo tiene que ser a instancia del actor acreedor, sino de cualquiera de los demás interesados principales, como son el deudor o el tercer poseedor, con lo que se incluye una actividad derivada conducente a la realización de valor del inmueble hipotecado, única finalidad del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, lo que le da un matiz insólito y desconocido en cualquier procedimiento ordinario, incluso de ejecución (véanse los artículos 1.504 y 1.506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y que no se limita a pedir se declare sin efecto el remate, sino también y coetáneamente, a reproducir la subasta. b) Consecuencia de lo expuesto es que el deudor no debió ni pudo plantear un juicio declarativo de nulidad de actuaciones al amparo del artículo 132 de la Ley Hipotecaria, toda vez que sí pudo y debió utilizar el remedio procesal ordinario que tenía a su alcance en la misma regla 15.ª del artículo 131 de la citada Ley, sin necesidad de recurrir a un medio extraordinario y costoso como es el utilizado, y que, como es sabido, sólo puede serlo con éxito cuando no haya otro medio ordinario de subsanar el defecto procesal denunciado (Sentencias de 6 de julio de 1911 y 11 de noviembre de 1911). c) Como quiera que el término para consignar de ocho días señalado en la regla 15.ª, tantas veces citada, sería de los prorrogables, a tenor de los artículos 306 y 310 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su anterior redacción, durante cuya vigencia tuvieron lugar las actuaciones, quíerese decir que *in extremis* pudo verificarse la consignación al día siguiente del término —noveno día—, como así aconteció, con vista de lo dispuesto en el artículo 2 del Real Decreto de 2 de abril de 1924, no modificado en ningún particular, salvo la cuantía de la multa, según se ha dicho, por el artículo 3.º de la Ley de 20 de diciembre de 1952.

RICARDO DE ANGEL

**RECURSO DE REVISION: CARACTER EXTRAORDINARIO. NO CABE CUANDO SE TRATA DE DOCUMENTO CREADO CON POSTERIORIDAD A LA SENTENCIA CUYA REVISION SE SOLICITA** (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1986).

**Hechos.**—Las consideraciones de hecho se desprenden de la parte de la sentencia que se reproduce a continuación.

El Supremo declara no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Mariano Martín-Granizo Fernández.

**Doctrina de la Sala.**—La presente revisión va dirigida a atacar, por el cauce del número 1 del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,

la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Vigo el 23 de junio de 1983, en la cual, entre otros pronunciamientos, se condenaba a los demandados «a satisfacer la indemnización de los daños y perjuicios causados a los actores por incumplimiento de sus obligaciones, cuya cuantía se fijará en ejecución de sentencia». Dicha indemnización venía referida a los siguientes tres extremos acreditados por el conjunto de las pruebas practicadas: 1) «No estar dotadas de las plazas de garaje estipuladas» las viviendas enajenadas. 2) Que «pese a tener seis alturas, no se ha dotado al edificio del ascensor preceptivo, que debía haberse instalado según la normativa vigente». 3) La devolución del sobreprecio que los vendedores de las viviendas percibieron por razón de altura. Para apoyar la revisión, la actora presentó una certificación expedida por el Ayuntamiento de Vigo el 4 de junio de 1985, que, según ella, de haber sido conocida por el Juzgador de Instancia la resolución impugnada hubiere sido otra. Contra dicha sentencia no se intentó por ninguna de las partes recurso alguno.

La revisión instada no puede prevalecer: a) Porque el documento que la sirve de base no tiene encaje, como muy bien dice el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, en el número 1 del artículo 1.796 de la Ley Rituaria, en cuanto: ni ha sido detenido por «fuerza mayor» o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia cuya revisión se pretende, ni se trata de un documento decisivo. Así, en primer lugar, el fallo de la sentencia aquí impugnada no se dicta en favor de la parte actora exclusivamente, ya que si bien la demanda fue aceptada, también lo fue la reconvencción formulada por los demandados, entre los cuales se encontraba la ahora reconviniente. Por otra parte, se trata de un documento creado con posterioridad a la sentencia cuya revisión se pretende, lo que, según doctrina de esta Sala, impide su estimación a los efectos pretendidos (Sentencias de 27 de enero de 1928 y 3 de julio de 1944). A su vez, es un documento expedido por Oficina Pública en el que, además, no se hace constar cuándo los datos en él contenidos podían haber sido conocidos por el público en general, extremo de interés a los efectos del artículo 1.798 de la Ley Procesal. Por último, ha de tenerse en cuenta que, según constante jurisprudencia, la interpretación de los supuestos contenidos en el artículo 1.796 de la referida Ley ha de llevarse a cabo con criterio restrictivo, habida cuenta que la finalidad perseguida por la revisión es la vulneración del riguroso y casi absoluto principio de irrevocabilidad de los fallos (Sentencias de 27 de enero de 1928; 3 de julio de 1944; 23 de enero, 10 de marzo y 14 y 27 de diciembre de 1962; 3 de mayo de 1967; 15 de noviembre de 1983, y 18 de enero de 1985).

RICARDO DE ANGEL

**RECURSO DE REVISION: INICIO DEL COMPUTO DEL PLAZO DE TRES MESES. NO SE GANO SENTENCIA INJUSTAMENTE** (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1986).

*Hechos.*—Los de la fundamentación jurídica que se reproduce. Se declaró por el Supremo improcedente el recurso de revisión.

Ponente: Don Rafael Pérez Gimeno.

*Doctrina de la Sala.*—Con la finalidad de que a partir de un determi-



nado momento las sentencias sean absolutamente inatacables, el artículo 1.798 de la Ley Procesal dispone que en los casos en que el ordenamiento admite el recurso de revisión contra una sentencia firme, el plazo para interponerlo es el de tres meses, contados desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude o desde el día del reconocimiento o declaración de la falsedad, siempre que, además, dicho plazo esté comprendido dentro de los cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia que hubiera podido motivarlo, por lo que si, en el caso de litis, los hechos que el actor califica de fraudulentos y que le sirven de base para solicitar la rescisión de la sentencia firme de desahucio dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca, son los mismos que fundamentaron la querella por estafa formulada ante el Juzgado de Instrucción de Salamanca, es evidente que el conocimiento de los mismos, a los efectos del cómputo del indicado plazo de tres meses, debe partir de la fecha de dicha querella, es decir, del día 30 de noviembre de 1984, por lo que cuando el 5 de junio de 1985 se presenta la demanda de revisión había transcurrido con exceso el indicado plazo de caducidad, lo que determina su rechazo.

A mayor abundamiento debe dejarse constancia que los supuestos hechos fraudulentos que sirven de soporte a la demanda de revisión, si bien hipotéticamente pueden constituir el presupuesto fáctico de una acción resolutoria del contrato de compraventa e incluso, en determinadas circunstancias, de una acción penal por estafa, en modo alguno pueden tipificarse en la hipótesis que contempla el número 4.º del artículo 1.796 de la Ley Procesal, pues la sentencia de desahucio que se trata de rescindir no puede afirmarse que se ganó injustamente en virtud de maquinación fraudulenta, cuando el título que le sirvió de fundamento consistió en una escritura de compraventa, que mientras subsista confiere a C. la propiedad del inmueble del que se desahució al aquí demandante.

RICARDO DE ANGEL

**CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: NO SE TRATA DE ESTO, SINO DE EVENTUAL LITISPENDENCIA (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1986).**

*Hechos.*—Se deducen de la propia doctrina de la Sala, en breve texto que se reproduce más abajo.

Ponente: Don Antonio Carretero Pérez.

*Doctrina de la Sala.*—La presente cuestión de competencia la entabla, por inhibitoria, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Las Palmas de Gran Canaria, para seguir conociendo de diligencias de ejecución de sentencia canónica de separación, frente al Juzgado de Primera Instancia de Oviedo número 3, que conoce de la ejecución de sentencia de divorcio entre los mismos cónyuges a los que se refiere la sentencia canónica.

La materia principal a la que se refiere la cuestión de competencia es de división de la sociedad conyugal de gananciales.

No se trata, pues, de una cuestión de competencia territorial, aunque se ha planteado y tramitado como tal, sino de litispendencia que impide a un Juzgado conocer del mismo asunto pendiente en otro y, en definitiva, para dirimir la cuestión, ha de acudir al artículo 91 del Código

Civil, que ordena al Juez del divorcio, a cuya competencia se sometieron ambos cónyuges, dictar todas las medidas en el orden personal y económico consecuentes a la disolución del vínculo, incluso modificando las adoptadas con anterioridad en cualquier proceso, por lo que impide que prospere la cuestión de competencia promovida por el Juzgado de Las Palmas de Gran Canaria, con apoyo en una litispendencia inexistente.

RICARDO DE ANGEL

**RECURSO DE REVISION: DEBE SER DESESTIMADO POR NO TRATARSE DE DOCUMENTO DECISIVO A EFECTOS DE LA SENTENCIA CUYA REVISION SE SOLICITA** (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1986).

*Hechos.*—La afirmación de hecho se desprende de la propia doctrina de la Sala.

El Supremo declara no haber lugar al recurso.

Ponente: Don José Luis Albácar López.

*Doctrina de la Sala.*—Planteada por don Ramón M. P. demanda de juicio o recurso de revisión contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona en 31 de mayo de 1983, por la que estimando la demanda de juicio de cognición entablada por doña Clementina M. L. contra don Ramón M. P., se declaraba resuelto el contrato de arrendamiento suscrito entre las partes, y basándose la demanda de revisión en lo dispuesto en el apartado 1.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede denegar su estimación, toda vez que no se cumplen los requisitos que en dicho precepto se exigen para la prosperidad del recurso de revisión, ya que ni, por una parte, el documento que se alega como decisivo pudo ser habido antes de la firmeza de la sentencia de la Audiencia Provincial, por constar con anterioridad inscrita en el Registro Civil la defunción a que se refiere, ni se ha acreditado por el recurrente, como debiera, que tal documento resulte decisivo a efectos de la sentencia, de forma que en el supuesto de constar en autos hubiere dado lugar a una sentencia distinta; a lo que debe añadirse que la interposición del recurso se produjo después de pasados tres meses de la anotación en el Registro del fallecimiento de doña Josefa L. C., momento éste en que debe reputarse aparecido el documento, razones todas ellas por las que es procedente, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, desestimar el presente recurso de revisión.

RICARDO DE ANGEL

**RECURSO DE REVISION: NO CABE CONTRA SENTENCIAS DE CASACION. NO HAY CONSTANCIA DE QUE HUBIESE HABIDO RETENCION DE DOCUMENTOS** (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1986).

*Hechos.*—Se deducen con claridad de los propios fundamentos jurídicos de la sentencia.

El Supremo declara no haber lugar al recurso.

Ponente: Don José Luis Albácar López.

*Doctrina de la Sala.*—Interpuesto por doña Hortensia, doña María, don

Julio, don Esteban y don José Luis M. P. ante este Tribunal Supremo demanda de juicio por recurso extraordinario de revisión contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal de 24 de marzo de 1983, y tramitado que ha sido con arreglo a Derecho tal demanda, debe ahora declararse no haber lugar a la estimación del recurso de revisión en atención a las siguientes razones: Primera. Que es doctrina reiterada de esta Sala la de que el recurso de revisión no puede interponerse nunca contra las sentencias de casación, tanto si estiman como si rechazan el recurso, ya que únicamente puede admitirse cuando se dirija contra la sentencia de instancia, caso de que haya quedado firme en sus acuerdos o se haya desestimado el recurso de casación contra ella entablado o contra la sentencia que el Tribunal Supremo pronuncie sobre el fondo por haber casado y anulado la recurrida, por lo que, en el supuesto que nos ocupa, habida cuenta que la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1983, recaída en recurso de casación interpuesto contra la dictada por la Audiencia Territorial de Madrid de 30 de enero de 1980, declaró no haber lugar al precitado recurso de casación adquiriendo, en su consecuencia, firmeza la dictada por la Audiencia Territorial, es obvio que el recurso de revisión debía entablarse contra tal sentencia y no contra la dictada en su día por el Tribunal Supremo denegando el recurso de casación. Segunda. Que, por otra parte, no concurren los requisitos que el número 1.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige para la prosperidad del recurso de revisión, toda vez que ni existe en los autos constancia de que los documentos que ahora se presentan hayan permanecido retenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se dictó la sentencia, ni, en cualquier caso, se trata de documentos decisivos, que en caso de ser conocidos en su día hubieren podido determinar una sentencia diferente, puesto que en las actuaciones obran documentos similares que fueron ya tenidos en cuenta por el Juzgador de Instancia. Tercera. Que, finalmente, tampoco cabe la estimación del recurso al amparo del número 4.º del artículo 1.796, ya que en la demanda ni siquiera se concreta a qué clase de conductas cabe imputar las maquinaciones fraudulentas a que tal precepto se refiere, ni menos aún se acredita que haya existido durante el pleito un fraude que hubiera influido decisivamente para que se dictase una resolución injusta; razones todas ellas por las que procede la expresada desestimación del recurso de revisión.

RICARDO DE ANGEL

**CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: CONTRATO DE TRANSPORTE. COMPETENCIA DEL JUEZ DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO, POR CUANTO NO SE PUEDE OBLIGAR A EJERCITAR, ENTRE NACIONALES ESPAÑOLES, ACCION ANTE TRIBUNALES EXTRANJEROS (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1986).**

*Hechos.*—Se desprenden del texto de la doctrina de la Sala.

Ponente: Don Jaime Santos Briz.

*Doctrina de la Sala.*—La base de hecho, derivada de los documentos acompañados a la demanda, que se ha de tener en cuenta para resolver esta cuestión de competencia por inhibitoria, se integra por el contrato

de transporte de un cargamento de verduras que la entidad actora concertó desde ... (Almería) a Berlín (Alemania Federal), siendo porteadora la empresa demandada, Transportes I. F. G., con domicilio en ... (Alicante). La entidad actora, S. A. T. V., con domicilio en ... (Almería), presenta con la demanda, entre otros, un documento «carta de porte internacional» de fecha 8 de enero de 1982, que es calificado como «contrato de transporte», en el que constan las condiciones con que se llevó a cabo el transporte; entre otras menciones, consta la «mercancía asegurada por el transportista en 1.500.000 pesetas» y «seguro por cuenta del exportador», pero no se acompaña contrato alguno de seguro ni se hace alusión a intervención de la aseguradora, ni se cita a ésta para nada. La demanda se presenta ante el Juzgado del domicilio del demandante, Juzgado de Primera Instancia número 3 de Almería, y la cuestión de competencia se plantea por el Juzgado de Orihuela a instancia del demandado, allí residente. Se sostiene por el primero la competencia en base a ser el domicilio del demandado, ante la dificultad de acudir al del lugar del contrato radicante en el extranjero; por el segundo de los Juzgados se alega fundamentalmente el artículo 24 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, que atribuye la competencia al Juez del lugar del domicilio del asegurado, es decir, de la compañía demandante.

Ha de tenerse en cuenta que la acción personal ejercitada se apoya exclusivamente en un contrato de transporte, en el que la mención de un seguro es accidental o secundaria y no se especifica, como sería preciso para basar en el dicho seguro la competencia, pues se desconoce el contenido de tal contrato y su aseguradora, la que no interviene. De ahí que ante el carácter de principal que ostenta, como base de la acción ejercitada, el contrato de transporte haya de acudirse para decidir la competencia no al artículo 24 de la Ley de Contrato de Seguro, sino al artículo 62, regla 1.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo tenor es fuero preferente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, lugar que según el relato del escrito inicial radica en el extranjero, ante cuyos Tribunales no puede obligarse a ejercitar la acción entre nacionales españoles, en cuanto, según el artículo 22, número 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, son competentes los Juzgados y Tribunales españoles con carácter general cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los mismos, «así como cuando el demandado tenga su domicilio en España». Y dentro de España, excluido el lugar de cumplimiento del contrato, ha de estimarse competente en este caso, según el artículo 62, regla 1.ª, de la Ley Procesal Civil, el Juez del lugar del domicilio del demandado; todo ello en defecto de sumisión de cualquier clase, que no consta de lo actuado.

RICARDO DE ANGEL

**CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: COMPETENCIA DEL JUEZ DEL LUGAR EN QUE EL VENDEDOR TIENE SU ESTABLECIMIENTO MERCANTIL, POR ENTENDERSE, EN PRINCIPIO, QUE EN EL FUERON ENTREGADAS LAS MERCANCIAS (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1986).**

*Hechos.*—Los que se describen en el texto que sigue.

Ponente: Don Rafael Pérez Gimeno.

*Doctrina de la Sala.*—Ejercitándose en la demanda que inicia esta litis una acción personal dimanante de un contrato de compraventa mercantil —en súplica de que se declare resuelto tal contrato con las consecuencias inherentes a tal declaración—, no existiendo sumisión expresa ni tácita y sin que conste si las mercancías viajaban por cuenta y riesgo del vendedor o del comprador, es de aplicar al caso la constante doctrina de esta Sala, según la cual debe atribuirse la competencia al órgano jurisdiccional del lugar donde el vendedor tiene su establecimiento mercantil, por entenderse, en principio, que en él fueron entregadas las mercancías y en él debe satisfacerse el precio, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.500 y 1.171 del Código Civil, en relación con la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley Procesal Civil; doctrina atributiva de la competencia, tanto para la hipótesis de solicitarse el cumplimiento del contrato como para el supuesto de pretenderse su resolución, y que lleva a decidir la presente cuestión a favor del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Murcia, por ser esta población la del establecimiento del vendedor y en el que debe presumirse se entregó la mercancía a falta del más elemental principio de prueba en que apoyar la solución contraria, pues incluso la circunstancia de que el precio se girase por transferencia bancaria desde Ceuta, domicilio del comprador actor, a Alcantarilla (Murcia), lugar del establecimiento del vendedor, abona tal conclusión, en cuanto el pago no se entiende realizado hasta que su importe es percibido por dicho vendedor; todo ello sin que existan motivos para hacer una especial condena en costas, entendiéndose de oficio las causadas en esta competencia.

RICARDO DE ANGEL

**CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: COMPETENCIA DEL JUEZ DEL LUGAR DEL ESTABLECIMIENTO DEL VENDEDOR DE MERCANCIAS REMITIDAS POR CUENTA O RIESGO DEL COMPRADOR (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1986).**

*Hechos.*—Resultan del texto de la sentencia que se reproduce.

Ponente: Don José María Gómez de la Bárcena López.

*Doctrina de la Sala.*—Sin absoluto prejuizar sobre la naturaleza jurídica del contrato que a las partes ligue, lo cual escapa, como cuestión de fondo, a la resolución de la competencia, ésta ha de dirimirse, en los supuestos de falta de sumisión expresa y de que el contrato se haya concertado verbalmente, a la vista de la documentación aportada por las partes, la que es reveladora, en principio, tanto del contexto de las facturas referentes a mercancías, con expresión de cantidad y calidad de la misma, precio o importe en pesetas, y singularización de «ventas en firme», como de la circunstancia de que el transporte se concierta con «flete en destino», lo que *ab initio* excluye la posibilidad de existencia de un contrato de comisión y más patentiza la realidad de una compraventa mercantil, a la vista de lo cual, y como acertadamente denota el Ministerio Fiscal en su dictamen, la misma ha de resolverse, visto el contenido de la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la reiterada doctrina de esta Sala, en favor del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Logroño, lugar donde está ubicado el establecimiento del ven-

dedor o suministrador de las mercancías remitidas por cuenta y riesgo del comprador o adquirente de las mismas.

RICARDO DE ANGEL

**CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: COMPETENCIA DEL JUEZ DEL LUGAR EN QUE FUERON ENTREGADAS LA MAYOR PARTE DE LAS MERCANCIAS (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1986).**

*Hechos.*—Se deducen de la doctrina que se reproduce.

*Ponente:* Don José María Gómez de la Bárcena López.

*Doctrina de la Sala.*—De acuerdo con el dictamen emitido por el Ministerio Fiscal, y reiterando lo ya dicho por esta Sala en sus Sentencias de 3 y 5 de noviembre de 1984, ante la clara constancia en las facturas aportadas de la inclusión en las mismas de los portes relativos a los suministros efectuados, ha de decidirse la competencia a favor del Juzgado de Distrito de Vitoria número 3, lugar donde fueron entregadas la mayor parte de las mercancías y tiene su domicilio la entidad vendedora, y por ende, del cumplimiento del contrato, siendo de aplicar lo normado en los artículos 62, regla 1.ª, de la Ley Procesal, en relación con los 1.500 del Código Civil y 50 del Código de Comercio; todo ello sin hacer expreso pronunciamiento sobre las costas causadas.

RICARDO DE ANGEL

**RECURSO DE CASACION ESPECIAL CONTRA AUTO DICTADO EN EJECUCION DE SENTENCIA: CARACTERES DE ESTE RECURSO. NO HAY EXTRALIMITACION CUANDO EN EL PERIODO DE EJECUCION SE DECIDE SOBRE UNA CUESTION ACCESORIA QUE SEA TAMBIEN LOGICA Y NATURAL CONSECUENCIA DE LO ACORDADO EN EL FALLO. INTERPRETACION DEL FALLO DE ACUERDO CON LOS RAZONAMIENTOS INFORMADORES DE MISMO (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1986).**

*Hechos.*—Lo que interesa es la doctrina de la Sala, de la que se desprenden los hechos que dieron lugar a la misma.

El Supremo declara no haber lugar al recurso.

*Ponente:* Don José Luis Albácar López.

*Doctrina de la Sala.*—Promovido por don Joaquín, doña María del Pilar, doña Inmaculada y don José Antonio C. M., herederos de don Joaquín C. C., recurso de casación especial del artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contra el Auto dictado por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid de 30 de abril de 1983, recaído en ejecución de sentencia; para su resolución ha de tenerse muy en cuenta la doctrina sustentada por esta Sala en torno a estos recursos, que cristaliza, entre otras, en Sentencias de 25 de septiembre de 1978 y 14 de marzo de 1980, y que destaca las siguientes características: Primera: Por la especial naturaleza del recurso difiere esencialmente de los casos contemplados en los artículos 1.692 y 1.693 de la propia Ley Procesal, asemejándose más por su contenido, aunque no venga así configurado, a un recurso de exceso de poder encaminado a determinar si la resolución recurrida se ajusta

o no a la sentencia que puso fin al debate o, por el contrario, se extiende a resolver puntos que no fueron objeto de controversia, no decididos de consiguiente, o bien si lo proveído en la fase ejecutiva se halla en contradicción con el fallo, puesto que en cualquiera de estas situaciones el error que se invoca envuelve sustancialmente un exceso de poderes ejecutivos por transgresión de los términos de la ejecutoria o abarcando más de lo que comprenden, recurso que por su naturaleza excepcional evidenciada por la literalidad del precepto y la del artículo 955, párrafo 2.º, tiene significado limitativo, sin posibilidad de interpretaciones extensivas ni analógicas y por ello circunscrito a los casos que enuncia, sin que venga permitido apoyarse en ninguno de los motivos enumerados en los artículos 1.692 y 1.693 de la referida Ordenanza (Sentencias de 5 de diciembre de 1959, 14 de octubre de 1961, 27 de febrero y 23 de abril de 1963, 27 de abril de 1967, 4 de abril y 21 de junio de 1968, 4 de mayo de 1971 y 2 de julio de 1972). Segunda: En ese recurso especialísimo, que desborda los límites típicos de la casación, se defiende la sentencia contra las actuaciones practicadas en ejecución de la misma, debiendo verificarse la confrontación entre los términos intangibles del fallo y los de la resolución judicial que se dicte para su efectividad (Sentencias de 14 de febrero de 1979 y 18 de noviembre de 1971, entre otras), bien entendido que no surgirá tal discrepancia si los pronunciamientos no se oponen en realidad al contenido de la ejecutoria o se limitan a fijar las obligadas deducciones y el verdadero alcance de la resolución que se ejecuta (Sentencias de 18 de diciembre de 1962 y 24 de mayo de 1967), pues de igual modo que no puede tacharse de incongruente el fallo que resuelve en sentencia las pretensiones deducidas, aunque no haya acomodación literal con lo postulado, tampoco contravienen lo acordado las resoluciones dirigidas a llevar a cabo una sentencia firme, ya que asiste a los Tribunales la indeclinable facultad de interpretarla valiéndose para ello, si preciso fuere, y como elemento de auténtica interpretación, de las consideraciones que le sirvieron de base y fundamento jurídico en cuanto reveladoras de la *ratio decidendi*, por lo que no se producirá extralimitación ni, por consiguiente, exceso de poder, cuando en el periodo ejecutivo se decide sobre una cuestión accesoria que sea también lógica y natural consecuencia de lo acordado, interpretando el fallo de acuerdo con sus razonamientos informadores en cuanto sean demostrativos de su verdadero alcance o se resuelvan puntos que constituyen aspecto insoslayable del tema controvertido a que atañe la ejecutoria (Sentencias de 12 de marzo de 1959, 4 de enero de 1964, 7 de octubre de 1970, 25 de junio de 1971 y 10 de junio de 1975), pero evitando siempre demasías que llevarían a una auténtica revisión de lo resuelto (Sentencias de 5 de diciembre de 1959 y 25 de enero y 11 de octubre de 1972) (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1980).

La aplicación de la antedicha doctrina al supuesto de autos nos lleva a la necesaria desestimación de los motivos 1.º y 2.º del recurso, en los que se denuncia la resolución de puntos no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia, como la condena a don Joaquín C. C. al abono de una determinada cantidad y subsiguiente embargo, cuando, según se alega, la sentencia tan sólo ordena la rendición de cuentas, motivos que habrán de perecer si tenemos en cuenta que, por una parte, el fallo de la sentencia firme, a cuya ejecución se procede, condenó al citado señor C. C. no sólo a rendir cuentas detalladas y justificadas, sino que también incluye «la liquidación de beneficios, pérdidas y gastos», por lo que habrá

de entenderse lógicamente que el embargo decretado no es sino una consecuencia lógica del fallo, acordada precisamente para llevar a cabo lo ordenado en el mismo, lo que determina la improsperabilidad de estos dos primeros motivos.

Lo mismo habrá de suceder con los motivos 4.º y 6.º, en los que la decisión de puntos no controvertidos se concreta, respectivamente, en la inclusión dentro de la ejecutoria de la liquidación de los años 1972 y 1973, en el motivo 4.º, y en la de la aplicación de cláusulas del contrato que se dicen no controvertidas en el pleito, en el 6.º, y que por las razones más arriba expuestas, y dado que, como anteriormente se expuso, es doctrina jurisprudencial que para la ejecución de la sentencia han de tenerse en cuenta no sólo los términos en que ésta aparezca redactada, sino también los que sean consecuencia natural ineludible de la esencia jurídica de la situación que resuelven, deben ser rechazadas.

Finalmente, no mejor suerte merecen los motivos 3.º y 5.º, en los que denuncia que el auto recurrido provee en contradicción con lo ejecutoriado, tanto al considerar como fecha inicial de la liquidación el año 1965 —motivo 3.º— como al no haberse valorado al practicar las liquidaciones las aportaciones de los socios, contradicción que para ser apreciada en casación es preciso que los pronunciamientos recurridos no se ajusten a las declaraciones que la sentencia contenga o que modifiquen, alteren o decidan nuevos derechos ampliando o reduciendo los términos de la resolución, cuyo cumplimiento vincula a los contendientes y al propio juzgador, lo que en modo alguno puede imputarse a la resolución hoy recurrida, toda vez que no se acredita que la sentencia que se ejecuta excluyera de la liquidación los años 1965, 1966, 1972 y 1973, por todo lo cual deben claudicar también los motivos 3.º y 5.º.

RICARDO DE ANGEL

**RECURSO DE REVISION BASADO EN MAQUINACION FRAUDULENTE: EXISTE ESTA CAUSA CUANDO EL BANCO EJECUTANTE SEÑALA COMO DOMICILIO DE LA DEMANDADA UNO QUE LE CONSTA QUE YA NO LO ES** (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1986).

*Hechos.*—Se desprenden con claridad de los fundamentos jurídicos que se reproducen.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de revisión.

Ponente: Don Jaime Santos Briz.

*Doctrina de la Sala.*—El recurso alega como causa de revisión la contenida en el número 4.º del artículo 1.796 de la misma Ley Procesal, es decir, haber ganado sentencia firme injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta; hace consistir la maquinación fraudulenta en que constando al ejecutante, Banco H., S. A., el verdadero domicilio de la recurrente en Toro, calle ..., 10, sin embargo, fue citada y emplazada en Zamora, calle ..., 1, 5.º A, lo que motivó su declaración en rebeldía y consiguiente indefensión en el proceso seguido. En las pruebas practicadas en este recurso se aprecia que el ejecutante había dirigido la correspondencia a la ejecutada hasta el mes de julio de 1983 a su domicilio indicado en Zamora, pero después la misma entidad dirigió cartas y extractos de cuenta al domicilio de Toro, que es donde reside, y así consta,



hasta el 30 de julio de 1984, y, sin embargo, la demanda fue dirigida en el mes de enero de 1985, consignando como domicilio el anterior sin razón que lo justifique. Estas circunstancias no pudieron tener otro designio que dificultar o impedir, como realmente hicieron, que llegase a la demandada el emplazamiento o citación para juicio con el deliberado ánimo de provocar su indefensión, es decir, que la sentencia fue ganada por medio del ardid de no dirigirse al domicilio real conocido por la ejecutante, dándose después una relación de causa a efecto entre ese proceder contrario a la buena fe y la resolución judicial. Esa maniobra artificiosa cabe dentro de lo que la Ley expresa como maquinaciones fraudulentas, según ha declarado muy reiteradamente esta Sala (Sentencias de 20 de febrero, 14 de marzo de 1984 y muchas otras anteriores, 14 de diciembre de 1960 y 19 de octubre de 1962, entre otras), dificultando o impidiendo el derecho de defensa por no haber tenido conocimiento del planteamiento de la demanda (Sentencias de 23 de noviembre de 1983, 3 de mayo de 1984 y otras).

Según lo expuesto es procedente dar lugar a la revisión por la causa alegada de haberse probado maquinaciones fraudulentas para ganar sentencia firme (art. 1.796, núm. 4.º), debiendo declararse así y rescindir la sentencia recurrida, como preceptúa el artículo 1.806 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y con los pronunciamientos ordenados en los artículos 1.799, apartado 1 (devolución del depósito constituido), y 1.807, apartado 1, y los efectos, en su caso, determinados en el artículo 1.808, todos de la citada Ley Procesal Civil. Y en cuanto a costas, dada la causa de revisión probada, es procedente que sea condenada a su pago la parte recurrida.

RICARDO DE ANGEL

***DILIGENCIAS PREPARATORIAS DE JUICIO EJECUTIVO: NO CONSTITUYEN EL COMIENZO DEL JUICIO, QUE SE INICIA PROPIAMENTE POR LA DEMANDA (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1986).***

*Hechos.*—Se trataba de un recurso de casación por quebrantamiento de forma, por la manera en que se había hecho la citación al recurrente en unas diligencias preparatorias de ejecución sobre letras de cambio.

El Supremo declara no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Mariano Martín-Granizo Fernández.

*Doctrina de la Sala.*—El presente recurso de casación por quebrantamiento de forma consta de una sola motivación, amparada en el número 1.º del artículo 1.693 de la legislación procesal anterior a la reforma instaurada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto. Su razón de ser se encuentra en la infracción que, según el recurrente, se ha cometido respecto de los artículos 1.430, 1.431 y 1.432, en relación con los 272, número 3.º, y 279 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto el demandado en el juicio ejecutivo del que es consecuencia este recurso no fue citado para las diligencias preparatorias de ejecución interesadas en su momento procesal por el demandante. Se alega, además, a los efectos de justificar el recurso, que lo interesado por el actor, en cuanto a dichas diligencias se refiere, fue la citación del demandado para reconocimiento de la firma que aparece en la letra de cambio que servía de base a la acción ejecutiva, así como

para que admitiese adeudar el importe que figuraba en referida cambial, no obstante lo cual, infringiendo lo dispuesto en los preceptos que se citan como vulnerados, «la cédula de citación no contiene más que la expresión de que se le cita para prestar confesión judicial», no expresándose en ella ni el objeto ni la cantidad adeudada, lo que hace incidir la misma en los defectos formales que se denuncian en el motivo instrumentado.

La motivación y, consiguientemente, el recurso no pueden prosperar, dado que en argumentación parece no haberse tenido en cuenta: a) Que las llamadas «diligencias preparatorias» del juicio ejecutivo son anteriores a la iniciación de éste, en cuanto la intervención en ellas del deudor no supone contienda y sí, únicamente, comprobación de unos hechos. b) Que el llamado juicio ejecutivo, según la doctrina procesalista inspirada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se inicia por medio de demanda. c) En consecuencia, no es exacto, cual pretende el recurrente y así lo manifiesta en este motivo, que el mismo comience «desde que el acreedor insta del Juzgado unas diligencias preparatorias de dicho juicio». d) No ha existido, por tanto, ni quebrantamiento de normas procesales ni, consiguientemente, indefensión, dado que al ejecutado y hoy recurrente le estaba abierto el camino de la oposición a la ejecución, de la que hizo uso en el momento procesal pertinente alegando la nulidad del juicio al amparo del número 1.º del artículo 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo cual es evidente que no se ha visto privado en ningún momento del derecho de defensa, así como tampoco de la posibilidad de alegar los medios de oposición que la Ley Rituaria concede a los ejecutados. e) El contenido de la motivación queda, por tanto, fuera del ámbito de la casación por quebrantamiento de forma.

RICARDO DE ANGEL

**PRUEBA: CONCESION DE LA PRUEBA A UN LITIGANTE: NO PUEDE FUNDAMENTAR EL RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1986).**

*Hechos.*—Se alegaba por la recurrente en el recurso de casación que la sentencia de la Audiencia había estimado la pretensión de la recurrida —la alegación de cosa juzgada—, a pesar de que esta parte no había acompañado a su demanda los documentos en que basaba dicha excepción ni había designado los archivos donde pudieron hallarse los originales, contra lo dispuesto en los artículos 504, 505 y 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acreditando lo pertinente en período probatorio, pero no en esa fase de alegaciones.

El Supremo declara no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

*Doctrina de la Sala.*—El único motivo de casación deducido se basa en el número 5.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto dice que habrá lugar al recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, para los efectos del número 2.º del artículo 1.691, por denegación de cualquier diligencia de prueba admisible según las leyes y cuya falta haya podido producir indefensión, alegándose como infringidos los artículos 504, 505 y 506 del propio texto legal, ya que con la contestación a la demanda no se acompañaron los documentos

en que se fundaba la excepción perentoria de cosa juzgada, ni se designaron los archivos donde pudieran encontrarse los originales. Sin necesidad de mayor argumentación, ha de rechazarse el recurso por las siguientes razones: A) Según reiterada jurisprudencia, los únicos motivos útiles para el recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio son los expresamente determinados por la Ley, no pudiendo ampliarse por analogía ni *a contrario sensu* (Sentencias de 21 de marzo de 1891, 15 de marzo de 1917, 21 de febrero de 1927, 2 de julio de 1941, 7 de marzo de 1957 y 22 de marzo de 1960). B) Son denunciables en casación por el número 5.º del artículo 1.693, los vicios consistentes en una denegación por los órganos jurisdiccionales de cualquier diligencia de prueba admisible según las leyes, pero no la concesión de una prueba al litigante contrario, aunque se haya hecho ilícitamente, pues en este último caso el artículo 567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíbe que contra las providencias que otorguen alguna diligencia de prueba se admita recurso alguno (Sentencias de 19 de octubre de 1903, 2 de marzo de 1925, 13 de marzo de 1928 y 21 de abril de 1934), y ello revela el diferente tratamiento jurídico que el legislador ha dado a los supuestos de denegación u omisión de un medio de prueba respecto de aquellos otros en que se otorga, lo que no es dable corregir al intérprete, ya que no lo permiten ni la letra ni el espíritu del precepto, inmodificado en la Ley de Reforma Urgente 34/1984, de 6 de agosto.

RICARDO DE ANGEL

**ARBITRAJE DE EQUIDAD (RECURSO DE NULIDAD CONTRA EL LAUDO): RENUNCIA DE UNO DE LOS ARBITROS A EMITIR EL LAUDO. OPORTUNIDAD DE LAS PARTES DE SER OIDAS. PRESUNTA NULIDAD DEL AUTO DE FORMALIZACION. FACULTAD DE LOS ARBITROS PARA CALCULAR LA DEUDA. LA FINALIDAD DE ESTE RECURSO NO ES CORREGIR DEFICIENCIAS DEL LAUDO (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1986).**

*Hechos.*—Los transcribimos tal y como los narra el fundamento de Derecho 1 de la sentencia.

El laudo que es objeto de este recurso de nulidad fue dictado, según la escritura en que consta, por dos de los árbitros de equidad designados, en unión de un tercero que posteriormente presentó la renuncia de su cargo, para resolver en equidad la controversia existente entre la entidad denominada S. y la denominada F. y otra llamada M., constituidas estas dos en agrupación temporal de empresas bajo el anagrama C. El laudo fue adoptado por mayoría de votos, no concurriendo el árbitro disidente a las últimas sesiones decisorias del arbitraje. Este árbitro había sido designado por S. y los otros dos concurrentes, y que formaron mayoría designados uno por C. y otro a través de designación judicial. Fueron 47 los puntos objeto de decisión y se estableció en la misma escritura que «la negativa de uno de los árbitros a comparecer al otorgamiento de la correspondiente escritura pública no invalidará la plena eficacia del fallo dictado por los dos restantes árbitros» (ap. VI, E, de la demanda). Durante la tramitación del arbitraje de equidad se fijó un plazo común para alegaciones escritas, que fue utilizado por ambas partes, y seguidamente

otro nuevo plazo para nuevas alegaciones, que también fue utilizado por ambas, acompañando a tales escritos una extensa documentación, y solicitando ambas la práctica de diversos medios de prueba, todos los cuales fueron aceptados por los árbitros realizándose la práctica de las pruebas propuestas en todos los casos. En concreto, la recurrente S. se dice que presentó un escrito de alegaciones de 333 folios, otro de contestación de 111 folios y un escrito de resumen de pruebas y alegaciones de 419 folios, y documentos anejos que, según expresa el laudo, añaden un total, salvo error en el recuento efectuado, de otros 3.185 folios. La tramitación de arbitraje se extendió desde el 25 de mayo de 1985 hasta el 20 de septiembre siguiente. Concurrieron a esa tramitación los tres árbitros, así como a las sesiones deliberatorias finales de los días 26 a 29 de septiembre de 1985, por un total de treinta horas y media, en cuyas sesiones se incluyó la aceptación por la mayoría del Tribunal del criterio de que la entidad recurrida C. no estaba condicionada para cobrar el importe de sus servicios a S. a que esta última cobrase previamente de la entidad libia concedente de las obras, N., las correspondientes sumas. Así la situación de la decisión del arbitraje, el día 3 de octubre renuncia a su cargo como árbitro don Jaime Pedro H. R., árbitro nombrado a propuesta de S., entidad que en el laudo es condenada a pagar a su contraparte 1.035.599.965 pesetas, fijándose un plazo de noventa días a partir de la fecha del laudo para su pago; el laudo lleva fecha de 19 de octubre y fue firmado únicamente por los árbitros, que formaron la mayoría, y no por el disidente, renunciante en los días anteriores. Antes de esa fecha final, los árbitros con fecha 8 de octubre de 1985 acordaron para mejor proveer citar a los representantes de las partes para ser oídos sobre el concreto argumento desarrollado por C. en su escrito llamado de resumen de pruebas y alegaciones, citándose a las partes y al árbitro disidente para ser oídas aquéllas, a cuya audiencia, convocada para el 14 de octubre, no compareció el dicho árbitro disidente ni la entidad S. Todas las decisiones sobre los 47 puntos objeto del arbitraje fueron adoptadas por mayoría de dos de los árbitros, no concurriendo, como ya se dice, a firmar el laudo el árbitro que renunció ya en avanzado período decisorio del laudo.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Jaime Santos Briz.

*Doctrina de la Sala.*—El recurso se articula en cinco motivos, los dos últimos con carácter subsidiario para el supuesto de no estimación de alguno o todos los anteriores. El primero de ellos, «al amparo del motivo 2.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El laudo ha sido dictado—se dice— fuera del plazo señalado en el auto de formalización judicial del compromiso». El motivo aparece formulado de forma equívoca, en cuanto que habiendo el laudo recaído con fecha 19 de octubre de 1985 cuando el período para dictarlo concluía posteriormente, no puede decirse que haya recaído fuera del plazo, si no es partiendo del supuesto no acorde con los hechos expuestos de que el árbitro disidente no intervino en la decisión, cuando lo cierto es que hasta última hora estuvo tomando parte en las decisiones y sólo unos días antes de ser firmado formuló una renuncia a su cargo de árbitro, dejando así a su libre arbitrio conferir eficacia o ineficacia al laudo ya estudiado y deliberado por los tres árbitros. Es decir, que el supuesto fáctico reflejado en lo actuado en este recurso no es el de laudo emitido por dos de los tres árbitros nombrados, que se estima por el recurrente por ello nulo, sino el supuesto

de laudo aceptado, tramitado y decidido por los tres árbitros; pero uno de ellos no lo firmó por disentir del criterio de los otros dos, que forman mayoría, a cuyo disenso le dio forma de renuncia solemne a su calidad de tal árbitro de equidad. La renuncia tuvo lugar, como ya se dice, en la fase decisoria, cuando ya se sabía por los árbitros el resultado del laudo y su sentido, y a través de esta renuncia tuvo lugar en realidad un desistimiento, de tal forma que de no declararse la validez de tal laudo, la misma quedaría al arbitrio del renunciante y, en definitiva, al de la parte que lo propuso, yendo contra sus propios actos de previo acatamiento a la decisión arbitral. Este Tribunal Supremo en numerosas sentencias recaídas bajo la legislación de arbitraje anterior a la vigente, pero plenamente aplicables al supuesto debatido (Sentencias de 23 de diciembre de 1892, 5 de enero de 1897, 21 de junio de 1906, 5 de octubre de 1910, 29 de enero de 1912, 12 de diciembre de 1921 y 28 de marzo de 1930), ha venido a declarar que no es causa de nulidad que sirva para fundamentar un recurso de casación el hecho de que el laudo haya sido emitido sólo por dos de los tres árbitros nombrados, habiendo tratado de desvirtuar la actual recurrente esa doctrina mediante la denominación del motivo, no como emitido por número insuficiente de árbitros, que no es causa de nulidad según el artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino el haber recaído el laudo fuera de plazo; lo que no aconteció, dando lugar ese solo hecho a la desestimación del motivo, y además porque a la decisión concurren los tres árbitros, y hubo mayoría de votos a favor de una decisión determinada, y negándose después el árbitro que votó en contra de la mayoría a concurrir a la firma del laudo, ya que previamente había renunciado a su condición arbitral. Doctrina a la que no puede oponerse la sostenida por la única sentencia de este Tribunal en, al parecer, distinto sentido de 13 de julio de 1982, en la que uno de los árbitros, con anterioridad a la fase decisoria y por motivos de incompatibilidad, se vio obligado a renunciar a su cargo; supuesto distinto del que ahora es contemplado, en que la renuncia sobrevino con posterioridad a conocerse el sentido del fallo del laudo, cuando ya estaba configurada la mayoría de dos de los tres árbitros. Por todo ello, el motivo primero debe ser desestimado.

El motivo segundo se formula «al amparo del motivo cuarto del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los árbitros —se dice— no han concedido a mi parte la oportunidad de ser oída y de presentar las pruebas». Tanto en la fase de alegaciones como en la probatoria se ha dado a las partes siempre traslado de todos los escritos de las fases de alegaciones y prueba y de los documentos anejos presentados por la contraparte, bajo la más absoluta igualdad de trato entre ambas partes. Los términos del debate quedaron perfectamente perfilados en los escritos de alegaciones y contraalegaciones. Se dice por la recurrente en el desarrollo de este motivo, que el tema fundamental controvertido por las partes antes y después de formalizado el arbitraje, se circunscribía a determinar la validez o nulidad de una serie de cláusulas incorporadas al contrato de 22 de mayo de 1979, «por las que las principales obligaciones contraídas por S. frente a C. se subordinaban al previo cumplimiento de las mismas por la entidad libia N. frente a S.». Mas es de observar que la discusión de esas cláusulas, sobre todo de la quinta, la más controvertida, forma parte de la temática a resolver por los árbitros y propiamente no es objeto de ninguno de los 47 puntos a discutir y resolver. La discordia sobre

esa interpretación de cláusulas no puede ser traída a este recurso de nulidad, cuya resolución forma parte del libre criterio de los árbitros. Ciertamente, los árbitros, como ya declaró esta Sala en Sentencia de 22 de octubre de 1982, no pueden traspasar los límites del compromiso, resolviendo cuestiones no sometidas a su decisión; pero esto no implica que estén obligados a interpretarlo restrictivamente, de manera que se coarte su función decisoria, sino que la naturaleza y finalidad del arbitraje permite una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, pudiendo reputarse comprendidas aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y que sean consecuencia lógica y obligada de las que se han planteado. Y, en todo caso, como declaró la Sentencia de 20 de febrero de 1982, la función del recurso de nulidad no es corregir las deficiencias en la decisión de los árbitros ni interferir en el proceso de su elaboración, creando dificultades al móvil de paz y equidad que preside el arbitraje privado, desnaturalizándolo de sus características esenciales de sencillez y confianza, pues lo contrario significaría un total examen del fondo del asunto, que la especial naturaleza de este recurso extraordinario no consiente. En ningún caso pueden servir de base al recurso de nulidad las estimaciones de las partes relativas a la justicia del laudo ni las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión (Sentencias, entre otras, de 11 de junio de 1907, 17 de diciembre de 1909 y 16 de febrero de 1982). En el caso debatido se dio a ambas partes las mismas oportunidades de defensa y pruebas, por lo que en todo momento, según lo actuado, quedó a salvo el principio de audiencia bilateral y de contradicción; aunque, por otro lado, de acuerdo con la intrínseca naturaleza del arbitraje de equidad, los árbitros no tienen precisión de acomodarse al rigor de las reglas procesales o sustantivas establecidas por la Ley, sino meramente su apreciación en equidad, que precisamente por su carácter y naturaleza —como declaró la Sentencia de 20 de diciembre de 1985— tiende a eliminar el riguroso sometimiento a las normas de Derecho. Por ello no puede hablarse de alteraciones de la litis ni de modificaciones del objeto del arbitraje, que, en otro aspecto, forman parte del fondo de las cuestiones planteadas y debatidas, ni tampoco el concepto de incongruencia de las resoluciones tiene en el juicio de equidad el mismo sentido que en el proceso ordinario, siempre que, como ocurrió en este caso, el fallo del laudo se atenga a los temas litigiosos que se le ofrecieron a resolver. Por todo ello ha de decaer también el motivo segundo de los formulados.

Por las mismas consideraciones recién apuntadas debe ser igualmente desestimado el tercero de los motivos, que es continuación del anterior y formulado en idénticos términos, para añadir otros supuestos que, según la recurrente, implicaron infracción del principio procesal de contradicción. De lo actuado deriva que las dos partes implicadas en el arbitraje tuvieron las mismas oportunidades de alegaciones, oposiciones o contraalegaciones y formulación o proposición de pruebas y su práctica; quedando, claro es, a la lógica y arbitrio de cada parte la forma, términos literales o circunstancias de redacción de cada uno de los escritos presentados a los árbitros, y tratando éstos dentro de su función propia de subsanar las posibles deficiencias a través de una última comparecencia para mejor proveer, a la que no asistió la recurrente ni intervino en ella, sin que en momento alguno se le coartase o limitase de algún modo su posibilidad de alegación u oposición.

El motivo cuarto se formula, como ya se dijo, con carácter subsidiario, «al amparo del número 1.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El auto de formalización judicial del arbitraje es nulo», y se estima así por la recurrente porque no contiene los puntos controvertidos objeto de arbitraje con infracción, según el recurso, del artículo 10, apartado 4.º, párrafo 2, en relación con el artículo 17, apartado 3.º, de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953. Como ya se expuso, los puntos objeto de controversia y sometidos a la decisión de los árbitros son 47, que se recogen en la escritura de laudo, y son los que fueron resueltos a través de los correspondientes apartados por el fallo recaído. Ciertamente, el auto de formalización judicial del arbitraje no contiene literalmente dichos 47 puntos, que lo hubiesen alargado inútilmente, en cuanto mediante remisión expresa e inequívoca al escrito del Procurador señor A. de 25 de febrero de 1985 (subapartado B del apartado VI) no cabe duda de cuál es el tema de la controversia, según las normas que se invocan como infringidas, y cuáles son las circunstancias de dicha controversia; las partes no han disentido en sus escritos acerca del objeto del arbitraje recogido en los repetidos 47 puntos, con lo que es evidente que quedan suficientemente fijados a través de la remisión que se hace en el apartado 2.º de la parte dispositiva del auto de formalización de arbitraje de fecha 14 de mayo de 1985, cuya copia obra en estas actuaciones. En definitiva, la referencia que se contiene en la resolución judicial cumple con el requisito que exige el número 4.º del artículo 10 de la Ley de Arbitraje Privado, que, por tanto, no ha sido infringido en este caso, lo que da lugar a la desestimación de este motivo.

El quinto y último de los motivos, también formulado con carácter subsidiario, se ampara en el número 3.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque, según la recurrente, «los árbitros han resuelto puntos no sometidos a su decisión»; concretamente, se acusa al laudo de haber realizado una reducción de sumas dinerarias de moneda libia a dólares USA, y de estos últimos a pesetas, para lo cual —se dice— no estaban autorizados por los compromitentes. El punto 47 de las cuestiones a resolver en este arbitraje faculta a los árbitros para determinar, respecto de las reclamaciones objeto de la controversia, el importe que cada una de las partes se deba abonar recíprocamente «y establecer, previa la correspondiente compensación, la cifra que, en definitiva y en su caso, una de las partes deba abonar a la otra, fijando al efecto el plazo para el pago». Es lógico entender que dentro de este punto y en determinación de la cifra «que en definitiva» cada parte deba abonar, se incluya para poder cumplir debida y completamente ese encargo la reducción a la moneda española de las sumas en moneda extranjera derivadas del contrato entre ambas litigantes, pues de otra forma el encargo expresado hubiera quedado sin cumplir en su totalidad. Ello de acuerdo, además, con la doctrina ya citada de la Sentencia de esta Sala de 22 de octubre de 1982, en el sentido de que los árbitros en su misión decisoria pueden reputar comprendidas en las cuestiones a decidir aquellas facetas que se hallen íntimamente vinculadas a la misma y que sean consecuencia lógica y obligada de las que se han planteado. Todo ello abona también la desestimación de este motivo, y con el mismo, la de todo el recurso.





# INFORMACION BIBLIOGRAFICA



HERVADA, LOMBARDÍA: *El derecho del pueblo de Dios (hacia un sistema de Derecho canónico)*. Pamplona, 1970.

## I. *Presentación general del libro*

Los libros se escriben siempre con un objetivo, desde una posición moral y política, suelen tener delante una doctrina a la que continúan o frente a la que innovan (es decir, son dialécticos), y suelen tener unos fines y presupuestos ideológicos. Por eso lo más enriquecedor de la polémica científica es exponer las implicaciones y fundamentos extrajurídicos de un libro. El libro de los profesores HERVADA y LOMBARDÍA es un claro paradigma de esta afirmación: no es importante en cuanto innovación personal de sus autores, sino por las corrientes teológicas, culturales y sociales que subyacen entre sus líneas y que lo explican. El libro recoge las aspiraciones y objetivos de todo un modo de ser de cierta sociedad española, que pretende adaptarse a lo moderno sin abandonar las esencias «eternas» nacionales. Si se me pidiese resumir en muy pocas palabras el contenido del libro, yo diría que el conflicto entre lo «eterno» y lo moderno se pretende resolver aceptando lo ajeno «formalmente» (terminología, rito y gesto), pero conservando lo propio esencialmente. Esa clave más profunda del libro traducida a lenguaje teológico-canónico significa que escrito en un tono rabiosamente escolástico y tradicional, toma terminología, actitudes y modos protestantes; en definitiva, se va a presentar como «europeo» en todo aquello que no sea sustancial. Se trata de una reinterpretación del mundo desde la perspectiva teológica de «siempre», pero «traducida» a modernidad terminológica en todo lo que no atente contra el «dogma». En definitiva, puede decirse que lo más característico de la obra es la pretensión de hacer católica y ortodoxa la terminología protestante, o si se quiere, presentar con terminología protestante el dogma católico más tradicional.

Creo, por tanto, que la perfecta comprensión de los planteamientos del libro nos exige situar la crisis de la conciencia española en el contexto general de la crisis de la conciencia europea. Crisis enmarcada por la terrible tragedia de las dos guerras mundiales y la pérdida de la supremacía cultural y política europea.

## II. *La crisis de la conciencia europea y sus claves teológicas*

Resulta evidente para cualquier pensador europeo que la terrible tragedia que se abatió sobre Europa en las dos guerras mundiales es algo más que la obra de unos desalmados, corruptos o perversos alemanes. La explicación más razonable a dicha tragedia es la de ser el resultado de

los planteamientos y líneas generales del idealismo burgués del siglo XIX, con profundas raíces teológicas. Por ello, las corrientes más progresistas de la teología cristiana europea, tanto católica como protestante, ha abandonado el optimismo hegeliano de la preguerra y se muestra decisivamente influida por una crisis de conciencia teológica de raíz kierkegaardiana.

Puede afirmarse que en Teología el siglo XX se abrió con el célebre curso en la Universidad de Berlín del renombrado teólogo luterano Adolfo von HARNACK sobre la esencia del cristianismo. Von HARNACK teologizaba el ideal hegeliano de identificar Dios y la historia, y presentaba al pueblo alemán, protagonista de la gesta de la Reforma protestante, como escogido por la historia para hacer presente el ideal humanista del desarrollo del espíritu. El propio HARNACK y los más importantes teólogos alemanes encabezaban el manifiesto de apoyo de los intelectuales a la política belicista del emperador Guillermo II, publicado el 4 de agosto de 1914. La guerra era justificada por la teología «oficial» luterana como la universalidad de la historia, y la victoria el estandarte prometido a Alemania, el nuevo pueblo sacerdotal. Es el ambiente que domina todo el movimiento del Kulturprotestantismus, cuyo terrible epílogo final será el demoníaco nacional-socialismo. Un führer, un partido y un pueblo no son sino la manifestación real de la identificación total entre el hombre y el Estado, entre religión y civilización, entre organización y pueblo (que tiene sus más profundas raíces filosóficas en la obra hegeliana). Un panteísmo histórico y una organización divinizada que arrojan al hombre inerte a los pies del Estado, y siendo el pecado la individualidad, le niega el derecho a buscar refugio tanto dentro de sí mismo como en Dios y en la verdad.

No es extraño entonces que subrayando las claves religiosas de la tragedia europea, la reacción de la teología protestante de postguerra se centre en subrayar la idolatría profunda de la organización divinizada. La renovación de la teología alemana tiene dos nombres decisivos: K. BARTH y P. TILICH; ambos se declaran profundamente influidos por la filosofía de KIERKEGAARD, autor que representa en el plano filosófico la más radical reacción contra la filosofía hegeliana. Frente al optimismo de la historia como espíritu, subraya KIERKEGAARD la noción personal de pecado (en sus libros, la desesperación o el pecado y el concepto de la angustia); frente al hombre integrado en la totalidad del sistema, aparece el hombre solitario, desnudo y abandonado ante su Dios (es el tema de temor y temblor); frente a la identidad individual del hombre, subraya KIERKEGAARD la importancia de lo femenino: la mujer es más perfecta que el hombre, la salvación por la mujer, las organizaciones exclusivamente masculinas presentan perfiles de lo demoníaco, la guerra es obra de hombres, los hombres solitarios carecen del personalismo del alma femenina y se dejan llevar por la tentación de absolutizar el poder (es el tema de ejercitación del cristianismo y de los dos diálogos sobre el primer amor y el matrimonio), el hombre es mezquino, la mujer es humilde y está más próxima a Dios que el hombre. Frente al optimismo del sistema redentor (de la verdad encontrada, de la seguridad en las propias creencias), presenta KIERKEGAARD la grandeza de la duda; la verdad es totalidad (HEGEL), pero ningún humano la tiene; así, la duda y la relatividad es parte esencial del pensamiento, la sabiduría es necesariamente la búsqueda y el fracaso de un ser arrojado a la existencia al que se le niega por el pecado la comprensión del ser. En definitiva, en la filosofía hegeliana lo exterior

es superior a lo interior, la fe en KIERKEGAARD es la paradoja de la supremacía de lo interior.

Pero la reacción de KIERKEGAARD era, sobre todo, una reacción religiosa. Destaca en su ejercitación del cristianismo, que el cristianismo se hacía pagano mientras se convertía en ciencia. Se hizo pagano al edificar un imperio, el reino del absoluto: el sistema. El sistema es antiestético e irreligioso. Hacer de Cristo sistema significaba que Cristo dejaba de ser crucificado para ser crucificador. Era el ángel caído que levantaba de nuevo los ojos, pues el sistema como absoluto permitía negar tanto la realidad del hombre como la realidad de Dios. La crítica a HEGEL tenía profundas raíces cristianas e intensas implicaciones teológicas. Se funda en que diviniza lo establecido y hace de la conciencia del individuo una forma de lo malo. La jerarquía, la organización y el sistema significan una voluntad de regir el mundo y sustituir la acción del espíritu. Oponiéndose a HEGEL, se opone KIERKEGAARD a todo cristianismo institucional y, sobre todo, a cualquier pretensión de divinizar una organización, un rito y una jerarquía en nombre de Cristo. La crítica al sistema hegeliano que hace KIERKEGAARD es una profunda introspección en el espíritu protestante, pues subraya la analogía de los sistemas hegeliano y escolástico como divinización del hombre en nombre de la verdad y de la historia: el orden establecido que se deifica y no deja lugar para Dios ni para el hombre. La consecuencia para el sector crítico del pensamiento europeo cristiano y judío que se funda en KIERKEGAARD es presentar el nazismo como una versión secular de la divinización del poder y de la organización, que continúa la unidad histórica de la persecución de los judíos (Jules ISAAC). La reacción de KIERKEGAARD, que continúa la moderna teología protestante y la filosofía política antihegeliana, afirma que el individuo no se salva por integrarse en el sistema, que el hombre está sustancialmente inserto en el pecado, y que la historia es la duda, la existencia del hombre es el sufrimiento, la desesperación y la angustia del pecado. El hombre es anterior a cualquier eclesiología o sistema organizativo. Autodeificarse en su nombre era la tentación más sutil de la serpiente, el animal más astuto: y seréis como dioses, les dijo.

El impacto de KIERKEGAARD, como digo, fue decisivo en la teología protestante de postguerra. La importancia de lo femenino inspira el pensamiento de BARTH (cfr., en particular, la doctrina de la creación en el tomo II, vol. IV, de su dogmática). La creación no es obra de un *Deus solitarius*, sino un *Deus trinus*; haciéndolos hombre y mujer, los hace semejantes a su naturaleza y cocreadores; destaca BARTH que del alma femenina emana una fuerza que subyuga completamente el alma masculina; el hombre sin mujer es impresionable y cae fácilmente en lazos de dependencia satánica. También SCHLEIERMACHER insistía sobre ese punto: las mujeres son más felices que nosotros; lo que hacen no ocupa más que una parte de su personalidad, porque ellas están volcadas en la fuerza del corazón y la belleza de la vida interior y de los ensueños (*Aus Schleiermachers Leben*, vol. I). TERESA DE JESÚS es la fuente principal no negada de acceso al alma femenina en un Paul TILICH, que frente a la teología luterana tradicional redescubre el valor de la mística como temor y temblor del pensamiento religioso. De la misma forma, la teología protestante moderna tiende a identificar el mal con el sistema escolástico (TILICH: Hitler nunca podría ser el Anticristo, pues le falta gloria religiosa); según BARTH, el sistema escolástico se funda en la analogía *entis*, que permite

identificar a Dios y a Cristo con la Iglesia organizada y divinizar en su nombre al hombre y su voluntad de poder; TILICH se refiere a la ontológica tendencia a la absolutización y demoniatización de lo sacerdotal-simbólico-sacramental. Los sistemas religiosos absolutistas, igual que los sistemas políticos fascistas, intentan evitar que sus súbditos conozcan otras creencias. La organización divinizada es enemiga de la creatividad y sustenta el valor de la obediencia por encima del triunfo de la verdad. La persecución, la intolerancia y el fanatismo son el resultado de una organización divinizada, que persigue, destruye y mata en nombre de Dios y la verdad. La introspección en la crítica del sistema hegeliano es, pues, necesariamente una introspección en sus auténticas y profundas claves religiosas. BARTH utiliza, finalmente, la alegoría del gran inquisidor tomada del cuento de DOSTOIEVSKI en *Los hermanos Karamazov*. Cristo es encarcelado por el sistema (el cardenal inquisidor), que no puede admitir lo milagroso, lo tremendo y lo fascinante de la relación del hombre con Dios.

En el ámbito estrictamente canónico, la gran crítica a la Iglesia sistema se produce en el siglo XIX, principalmente en la obra del gran canonista protestante Rudolf SOHM. Aplica SOHM al Derecho canónico métodos hegelianos, y concluye que la Iglesia es un sistema de organización. La teología sacramentaria es una consecuencia de la noción jurídica de Iglesia y está al servicio de la misma. Quizá la más importante aportación de SOHM es poner de manifiesto la estricta dependencia entre la teología de los sacramentos y la teología de la Iglesia, que se elabora cuando surge el concepto de Iglesia corporación o persona jurídica. La Iglesia es neuma y está libre de toda ley; la divinización del Derecho fue el error más trágico de la Iglesia. La Iglesia organización se edifica sobre el concepto eucarístico de transustanciación, que transforma la potestad humana en divina. La Iglesia es un sistema de organización cerrado que se funda en el concepto de sacramento como su principal *a priori* dogmático.

### III. *La Iglesia española en el contexto de la crisis de la conciencia europea*

Aunque las causas, sin duda, son muy complejas, no estaría de más ver en el espíritu religioso intolerante una de las causas del atraso político y económico de la España moderna (los siglos XVII y XVIII son siglos oscuros). Una España regida por castas dirigentes fanáticas e ignorantes, que no necesitan buscar la verdad porque la saben de antemano, y que carecen de laboriosidad y espíritu productivo, y que tampoco fomentan la cultura porque no hay mejor cultura que la obediencia y la «única» verdad. La tradición persecutoria de la sociedad española es la más decisiva de Europa (no en vano expulsó a judíos y moriscos y quemó sañudamente a los herejes), intolerancia que impidió el desarrollo de un espíritu científico o artístico. En España, como también en Latinoamérica, las clases dirigentes son las más señoriales del mundo, donde el amo no sólo quiere ser obedecido, sino también adorado; no quiere el trabajo de su siervo, sino su alma. España cerrada sobre sí misma se negaba a conocer el mundo. Avanzado el siglo XIX todavía escribe MENÉNDEZ PELAYO una apología del inquisidor en su *Historia de los heterodoxos españoles*, y autores como BALMES y DONOSO CORTÉS identifican claramente modernidad y protestantismo y se niegan a aceptar lo europeo por anticristiano. Con todo, el siglo XIX, sobre todo tras las guerras napoleónicas y carlistas, va a co-

nocer una profunda reacción interna de la sociedad española, la autoconciencia del atraso español frente a Europa y de sus profundas razones teológicas; por ello, el siglo XIX, y sobre todo el XX, asisten al desarrollo del espíritu ilustrado, y dentro de la Iglesia española, a la pérdida del protagonismo de la Iglesia diocesana, al desarrollo de órdenes entregadas a la enseñanza, y en la Universidad de Deusto los jesuitas inician la reconquista económica de España mediante la formación de élites económicas e intelectuales seculares. La crisis de la Iglesia española, al contrario de la crisis religiosa en Europa, no es una crisis eclesiológica, sino una crisis «económica». La comparación de la realidad española que subdesarrolla frente a una Europa protestante moderna era sangrante. Y una acusación común en el siglo XIX (FENELON, Madame de SEVIGNE, LAVALETTE): el catolicismo es causa de atraso económico. La Iglesia en el siglo XIX, espoleada por los jesuitas, intenta la reeducación de las élites sociales y culturales españolas. Se fomenta y asume como propios los valores económicos y culturales del mundo moderno, que ya, al modo islámico, no se van a identificar, como sucedió durante las guerras carlistas, con el Satán demoníaco. Se pretende asumir lo moderno y renovar España, pero ello sin pagar el tributo de su crisis eclesiológica. Un ideal teológico «modernizador» sin crisis de conciencia: ésta es la Iglesia española. Las mentes más modernas comprenden que un militar es siempre necesariamente una solución temporal.

La mirada a Europa, sobre todo en los albores del siglo XX, no deja de aterrar a algunos de los modernizadores. En los ambientes educados en las ideas de MENÉNDEZ Y PELAYO, BALMES y DONOSO, se interpreta la crisis eclesiológica como la corrupción de la «teología» e incluso se habla de la traición de ciertos sectores oficiales de la Iglesia; el terror entre las clases conservadoras es tanto más trágico cuanto se asiste, aun dentro de la Iglesia, a la crisis del jesuitismo histórico. En España, ante la crisis de la eclesiología clásica, cierta parte de las clases dirigentes, contestada además por una guerra civil, hace suyo el ideal de modernización, pero también de conservación, de la España de siempre y sus valores morales. No representan una crisis religiosa, sino los ideales de una clase dirigente, que comprende que la defensa de su mundo se hace, sobre todo, mediante la religión y en la teología. Pero ¿qué es modernizar? Para esta corriente, modernizar no es cambiar estructuras, sino exaltar el trabajo, la obra personal bien hecha, la sabiduría. Representa, sin duda, un gran salto adelante frente al cura diocesano carlista, que veía en la ciencia moderna «cosas del demonio». Pero... ¿es compatible la sabiduría con la obediencia intencionada al dogmatismo escolástico? ¿Se puede ser sabio cerrando los ojos al mundo de la teología y filosofía moderna y a las razones de su crisis eclesiológica? ¿Pueden olvidarse sin examinar las razones profundas ideológicas y organizativas, los siglos oscuros de persecución e intolerancia? ¿Abandonan las castas sacerdotales fanáticas e ignorantes su voluntad de regir el mundo? ¿Debe servir la sabiduría a las castas sacerdotales? Pero ellos no se plantean así los problemas. El reino de Dios ya ha sido encontrado y formalizado (la autoridad, la jerarquía, la obediencia, el rito). Se pretende sólo modernizar el reino de Dios, pero ¿qué es modernizar el reino de Dios? El libro que hoy comento presenta una hipótesis de modernización: modernizar el reino de Dios es, desde una perspectiva estrictamente jurídica, someter su actuación a forma y publicidad, trasladar a la Iglesia las categorías jurídicas del siglo XIX alemán

(conformadoras del Estado prusiano de la reunificación alemana), elaboradas por autores como JELLINEK y STAHL —que, por cierto, eran judíos—, y hacer de la Iglesia un orden formal de Derecho, desarrollando la teoría de la constitución, actuación formal del poder y derechos del ciudadano

#### IV. Fuentes y metodología del libro

Como el propio libro anuncia en su título, pretende construir un «sistema» de Derecho canónico. Pero ¿qué es un sistema? Se recogen y adaptan las preocupaciones de la ciencia canonista italiana y la teoría del ordenamiento, que, a su vez, incorporaba las categorías de la dogmática alemana del siglo XIX (y muy en particular de R. SOHM). El Derecho canónico es el Derecho formal y público de la Iglesia; se pretenden sentar las bases teóricas de la Iglesia como organización. El libro no es una obra aislada, sino que es el hito final de un conjunto de estudios y publicaciones de lo que podríamos denominar la «escuela de la Universidad privada de Navarra» (LOMBARDIA: «Sobre las características peculiares del ordenamiento canónico», *Temis*, 5, 1959; HERVADA: *El ordenamiento canónico*, Pamplona, 1966; REINA: *Naturaleza del Derecho canónico*, Madrid, 1966; DE LA HERA: *Introducción a la ciencia del Derecho canónico*, Madrid, 1978). Por la identidad de ideas concluimos que no se trata de una obra aislada, sino de un movimiento «eclesial» modernizador mediante la adaptación a la Iglesia de categorías del Derecho público secular.

Según el libro que hoy comentamos, el mérito de la doctrina italiana es haber hecho del Derecho canónico algo más que exégesis, es haberlo hecho ciencia o sistema mediante la teoría del ordenamiento (pág. 208). La crítica a la doctrina italiana se hace veladamente en la página 157: quisieron sustituir el Derecho natural (eufemismo que significa la escolástica) por la *Allgemeine Rechtslehre* o teoría general del Derecho (error trágico, con cita de MARITAIN). Otras críticas (págs. 210 y sigs.) es que los italianos son poco dados a «discutir» las cuestiones teológicas previas, no consiguen una adecuada integración del Derecho divino en el humano y que su normativismo les conduce a conservadurismo y hierarcológia (este reproche se encamina a presentar el libro como moderno). Estas afirmaciones muestran las auténticas claves o limitaciones del libro: absolutismo autoritario, jerarquía dogmática, sacramentalismo ritual y teología escolástica. La teoría sustancial de la Iglesia sigue siendo la de siempre, y lo que se pretende es adaptar en lo posible a la Iglesia los modos de comportamiento y actuación del Estado moderno (publicidad de la organización, de los actos, y derechos formales de los particulares). El objetivo real del libro es intentar llevar al ánimo del lector la convicción de que un sistema autoritario puede ser también democrático, que el ritualismo está lleno de contenido y que la teología escolástica se puede formular con palabras de modernidad.

El sistema de Derecho canónico no sólo tiene la pretensión de modernidad, sino también de realidad dada (pág. 146); es ciencia porque estudia fenómenos (pág. 152), pero ¿qué fenómenos estudia?, y ¿para qué formalizar el Derecho de la Iglesia?: el fin primordial parece ser el de «racionalizar la función jerárquica» (pág. 245); desde una perspectiva crítica quizá queda también la impresión de que la teoría del pueblo de Dios no tiene en sí misma ninguna finalidad, sino sólo la de «racionalizar la función jerárquica». El sistema, aunque evidentemente esto no se dice de



forma expresa, es la jerarquía que va a ser racionalizada. El pueblo de Dios no es en sí mismo el sistema, ni siquiera el fin del sistema; el sistema es la jerarquía, y la publicidad sólo es instrumento de una jerarquía más racional. Es, pues, un libro escrito desde la jerarquía, en la jerarquía y para la jerarquía. El pueblo de Dios es la gran idea modernizadora de la Iglesia, pero ¿qué es el pueblo de Dios?, ¿cómo se pertenece al mismo?, ¿qué funciones eclesiales le competen? La realidad es sumamente decepcionante, pues el pueblo de Dios se identifica como los que obedecen o deben obedecer a la jerarquía.

#### V. *Concepto, significado y fin del pueblo de Dios*

Tomar en consideración el pueblo de Dios es utilizar las categorías calvinistas sobre la Iglesia institucional siguiendo muy de cerca los principios de la institución cristiana de CALVINO. El concepto de pueblo de Dios como conjunto de los electos es típicamente calvinista —que se inspira seguramente en la noción judía de pueblo sacerdotal—; la contraposición entre Iglesia visible (institución organizada), misterio eclesial (conjunto de predestinados por la fe), es una de las claves dogmáticas de la organización de la Iglesia reformada; la Iglesia, como conjunto de fieles, refleja una noción clave de la visión individualista de la organización presbiteral; se pertenece a la Iglesia por la fe, no por la sumisión, y la organización se funda en la comunicación eclesiástica y no en el poder. La descentralización es entonces una consecuencia necesaria de una Iglesia democrática. El libro del pueblo de Dios desarrolla los principios calvinistas de organización de la Iglesia, pero sólo para hacerlos aceptables a la más rabiosa catolicidad: la Iglesia se funda en la comunión eclesial, aunque, claro, es una comunión «jerárquica» (pág. 328); los llamados principios constitucionales (pág. 329) son principios calvinistas: descentralización, autonomía y colegialidad, como también la distinción de funciones (página 384): ministro y doctor. Si se llevasen efectivamente a la práctica constituirían los principios de una Iglesia presbiteral; pero no se asuste el lector católico, en el libro que hoy comentamos son todas ellas meras formulaciones «modernizadoras» de un modo de ser la jerarquía. El rizo se riza en la página 323: la sociedad eclesiástica no es la jerarquía, pero la jerarquía representa la vertebración de la unidad societaria. El pueblo de Dios tiene una dimensión comunitaria que se estructura orgánicamente por el principio jerárquico (pág. 34) (tiene no es, y la jerarquía lo estructura...; pero... ¿cómo lo estructura?, sin duda, por la obediencia). Las ideas parecen evidentes: lo comunitario es una «dimensión» del pueblo de Dios; la obediencia, su esencia.

Según el libro que comentamos, la Iglesia tiene también una constitución. Pero... ¿de dónde nace la idea de constitución de la Iglesia? Sin duda, la constitución de la Iglesia es la formulación dogmática del ideal calvinista de la palabra de Dios como institución del reino de Dios en la tierra, de la palabra de Dios como elección de los predestinados por la fe; la constitución de la Iglesia no es sino la formulación jurídica del ideal protestante de la escritura sola. Pero no se preocupe el lector católico, que el libro que hoy comentamos no va a deducir esas consecuencias: la constitución de la Iglesia es un misterio y sólo nos interesa en sus aspectos jurídicos (pág. 231); la referencia a la constitución tiene el sentido primordial de buscar una condición constitucional del fiel (pág. 271). Pero

me llama la atención que cuando se busca delimitar la condición constitucional del fiel no se da relevancia a la fe, sino primordialmente al vínculo de sujeción (se es fiel por obedecer, no por creer), porque evidentemente para el libro, aunque no lo diga expresamente, la auténtica constitución de la Iglesia es la jerarquía.

El libro está presidido por un modo de escribir que consiste en que toda afirmación va acompañada inmediatamente de su contraria. Así, el principio de igualdad de los fieles (eufemismo para designar el sacerdocio universal protestante) es «condición», aunque «fundamental» (podría decirse también fundamento condicional); el «fiel» es «sacerdote»; la desigualdad entre fieles y sacerdotes no es esencial, sino funcional, aunque, claro, la diferencia de funciones es constitucional y los titulares (eufemismo que significa los jerarcas) reciben la función del fundador y no de la comunidad. A este modo de escribir que afirma lo contrario de lo que afirma, afirmando las dos cosas a la vez, aunque quedándose definitivamente con la de siempre, se le llama «dinamicidad» y «fuerza dinámica» (pág. 38). Ser Papa (pág. 40: el Papa «es», el pueblo de Dios «tiene») es una condición, pero constitucional; ser cristiano es ser sacerdote, pero no incorporado a la jerarquía (pág. 44). En definitiva, se rodea los principios escolásticos de siempre de terminología protestante; el eufemismo de no llamar a las cosas por su nombre es modernidad, pues la potestad humana (es decir, la organización jerárquica) existe y es fuente del Derecho en virtud de Derecho divino (pág. 50).

Es curioso constatar que el ideario del pueblo de Dios no se toma directamente de las propias fuentes protestantes, sino a través del ideario democrático del mundo secular moderno. El Estado secular moderno hace del hombre el fin de la organización, anterior a la organización misma; la sociedad se rige por el espíritu y no por la voluntad de un dictador o clase burocrático-sacerdotal. La supremacía del mundo protestante se explica porque en ellos se antepone la fe a la organización, la responsabilidad personal a la obediencia, la verdad a la sumisión servil al poder. Estos son también los principios sobre los que se quiere edificar el Estado moderno; la Ley se hace para servir al hombre y no el hombre para servir a la Ley. Pretender desde posiciones religiosas que el Estado moderno carece de principios morales es un gran error: la filosofía y el Derecho formulan profundos ideales humanistas de justicia y pretenden edificar la libertad y dar respuestas a los retos del hombre ante su presente. Pero no nos limitemos al aspecto crítico del libro; el libro representa un gran adelanto frente al catolicismo tradicional, ha favorecido la apertura del mismo hacia los grandes retos de la modernidad, y seguramente por la exaltación de la sabiduría y el trabajo tiene dentro de sí los gérmenes de su propia autocrítica.

JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ

GARCÍA MARTÍN, JOSÉ AURELIO: *Guía fiscal del agricultor*. Banco de Crédito Agrícola. Madrid, 1987. Un tomo de 370 págs.

Al editar esta obra, el Banco de Crédito Agrícola ejerce las obras de misericordia de enseñar al que no sabe y dar buen consejo a quien lo necesita, pues nadie se encuentra más carente de información que el sector

rural español. La verdad es que los agricultores están también faltos de otras muchas cosas, y no me refiero a las cacareadas ayudas o subvenciones que se publican a bombo y platillo y luego se dan con cuentagotas a cambio de prestaciones onerosas y obligaciones leoninas. La agricultura necesita, ante todo, comprensión: que la sociedad sepa lo que estos hombres hacen realmente y aprenda a darles a cambio lo que precisan.

Y una de las cosas más necesarias, junto a ayudas técnicas y económicas, es un correcto y eficaz asesoramiento jurídico y fiscal. Porque resulta que la Administración, encastillada en sus despachos centrales o autonómicos, está totalmente alejada de la realidad y sigue tratando a la agricultura, a la hora de imponer tributos, igual que a otros sectores económicos de renta mucho más elevada.

Así, en la agricultura de grupo, se piensa alegremente que toda asociación es una sociedad potente y con saneadas rentas y ganancias, cuando lo que realmente buscan los hombres del campo no es acrecentar ganancias, sino aminorar pérdidas, que es muy distinto. De este modo, resulta curioso, por ejemplo, que ahora se ande regateando a las agrupaciones más típicamente rurales, las Sociedades Agrarias de Transformación, continuadoras de aquellos memorables Grupos Sindicales de Colonización, unos beneficios fiscales que gozaban, con asenso unánime, desde la Ley de Exenciones de 1906. Pero éste es otro cantar y luego volveremos sobre él.

Lo más sobresaliente de este libro es su gran claridad y la sencillez con que explica el entramado normativo de nuestro régimen fiscal, aplicable al campo en su gran mayoría. La *Guía*, como se nos dice en su introducción, presta atención prioritaria a los impuestos exigibles por razón del ejercicio de actividades agrícolas, ganaderas o forestales en sentido propio; es decir, aquellas que no suponen procesos de transformación o los industriales derivados de dichas actividades, aunque a veces estas actuaciones rozan a las puramente agrarias y suponen campos limítrofes con las propiamente agrarias.

Atendiendo a su finalidad práctica y divulgadora, hace de entrada un esquema del sistema impositivo en cuanto se refiere a las actividades agrarias, con la siguiente clasificación:

A) Impuestos locales de gestión estatal: Contribución Territorial y Licencia Fiscal del Impuesto Industrial.

B) Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio: Impuestos sobre la Renta y del Patrimonio de las Personas Físicas, de Sociedades y de Sucesiones.

C) Impuestos indirectos: Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Impuesto sobre el Valor Añadido e Impuestos especiales.

En la *Contribución Territorial Rústica y Pecuaria* hay que tener en cuenta que al aplicarse este impuesto por la mera posesión de bienes rústicos o el mero ejercicio de actividades ganaderas independientes, afectará casi sin excepciones al empresario agrícola, por lo que es explicado con todo detalle. Se estudian sus normas generales; la tributación de las actividades agrícolas, ganaderas o forestales; sus exenciones o bonificaciones, y las obligaciones especiales de los llamados ganaderos independientes, así como las particularidades de las fincas rústicas en relación a esta contribución.

Parece que al agricultor, como tal, no debería afectarle la *Contribución*

*Territorial Urbana*. Sin embargo, aparte de que vive en una casa y como tal tributa, también puede afectarle marginalmente en cuanto que a veces hay problemas de deslinde de la naturaleza rústica o urbana de las fincas cercanas a poblaciones. Por eso se recogen estas cuestiones en especial.

En cuanto a la *Licencia Fiscal del Impuesto Industrial*, existen ciertas actividades complementarias de las propiamente agrarias, que por ser calificadas tributariamente como industriales suponen la aplicación de este impuesto. El libro hace por ello un estudio resumido, centrado más bien en delimitar cuáles son esas actividades agrarias que inciden en la posibilidad de ser consideradas hechos imponible.

El *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas* afecta, en general, a muchos empresarios agrícolas individuales, por la simple razón de las rentas que perciben. En consecuencia, se estudian los aspectos esenciales del mismo y con más detenimiento lo que se refiere a los rendimientos derivados de las actividades agrarias. Aun siendo un impuesto tan divulgado y conocido de todos, no viene nada mal su exposición amplia y detallada. Sobre todo, en términos muy fáciles para los agricultores, a quien va destinada, con unos casos prácticos clarificadores.

El *Impuesto sobre el Patrimonio de las Personas Físicas* se expone en cuanto a sus normas generales, con detención especial en la valoración de las fincas rústicas y las explotaciones agrarias, explicando también la tributación por razón de la propiedad de estos elementos objetivos de la hacienda agraria.

En el *Impuesto sobre Sociedades* se hace primero un tratamiento genérico y después se incide de modo especial en las formas características que suele adoptar la agricultura de grupo. Con este motivo hace un estudio detallado del régimen fiscal de las cooperativas del campo, contenido en su Estatuto específico de 1969, a la espera de la nueva regulación fiscal anunciada por la Ley de Cooperativas de 1987. El autor defiende la tesis, que compartimos plenamente, corroborada por la jurisprudencia, de que las Sociedades Agrarias de Transformación deben gozar de igual trato que las cooperativas, de acuerdo con una normativa no modificada y que es actualmente el Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto. Esperamos que en el anunciado Estatuto Fiscal se confirme esta tesis de la equiparación.

El *Impuesto sobre Sucesiones* es tratado muy brevemente, aunque de modo suficiente para dar una idea de las obligaciones fiscales para caso de transmisión hereditaria de la empresa agrícola.

El *Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados* se contempla bajo el mismo prisma de la brevedad, pero dando ideas claras sobre el hecho imponible, las autoliquidaciones y demás obligaciones formales, con especial referencia a los supuestos de no sujeción, exenciones o bonificaciones que se aplican al ámbito agrícola.

El *Impuesto sobre el Valor Añadido*, ese «regalo» que nos han hecho las Comunidades Europeas, afecta de forma importante a la empresa agraria, por lo que, junto a las cuestiones de tipo ordinario, se estudian de modo preferente los regímenes especiales aplicables a la agricultura, la ganadería y la pesca, y con mayor profundidad lo referente al régimen simplificado, actividades incluidas, condiciones para su aplicación, contenido, obligaciones formales y cálculo de los ingresos.

Dentro del apartado de los *Impuestos especiales* se estudia el que puede afectar a los agricultores, aunque sea de modo tangencial o indi-

recto, como es el impuesto sobre el alcohol y bebidas derivadas, reseñando brevemente las normas aplicables.

El último apartado del libro está dedicado a dar a conocer las normas básicas de organización de los servicios tributarios y el procedimiento de la recaudación, sea en período voluntario o por vía ejecutiva. Se da noticia de la organización y funcionamiento de la inspección tributaria, junto con el nuevo régimen de infracciones y sanciones y la posibilidad de entablar recursos y reclamaciones por la vía administrativa. La contenciosa no se trata y es natural, pues requiere el concurso de profesionales jurídicos que deben saberse su oficio.

Como anexos se incluyen ejemplos de declaraciones simplificada y ordinaria del Impuesto de la Renta y otra del Impuesto sobre el Patrimonio.

El propósito práctico de informar de modo completo y a la vez sencillo se ha conseguido plenamente, por lo que es preciso felicitar al autor y animarle para que siga sacando a la luz libros de este tipo, cuando lo hagan preciso las modificaciones que sin duda impondrán las nuevas normas fiscales, cada vez más embrolladas y gravosas.

Y al Banco de Crédito Agrícola agradecerle la edición y pedirle el esfuerzo de que la difunda mucho más, para que llegue realmente a quienes va destinada. Por desgracia, no son muchos los agricultores que conozcan la existencia de este libro, que les sería utilísimo.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

RIBÓ DURÁN, LUIS: *Diccionario de Derecho*. Editorial Bosch. Barcelona, 1987. Un tomo de 655 págs.

Todos conocemos los diccionarios, enciclopédicos o no, que recogen y tratan de explicar con mayor o menor amplitud las distintas voces y conceptos que se emplean en el campo jurídico. Hace poco se ha publicado un libro, que hemos presentado y comentado aquí, que contenía precisamente una sucinta explicación de una abundante serie de conceptos hipotecarios básicos. Y no cito nombres ni títulos para evitar la suspicacia de que alguien pueda pensar que hago propagandas más o menos encubiertas.

Tampoco la hago al presentar este libro, cuyo autor no tengo el gusto de conocer. Sólo sé, porque lo dice en el libro, que es Abogado y que fue Catedrático de la Universidad Católica de Puerto Rico, y también ha sido Profesor de la Universidad Autónoma de Barcelona. No tenía otros antecedentes suyos.

Sin embargo, aparte de lo que vamos a decir del contenido de la obra, me cae bien, en principio, en cuanto que subtitula el libro así: «Los conceptos del Derecho positivo, con sus variedades terminológicas en la América hispana». Porque a medida que se acerca el quinto centenario de la obra nuestra, exclusivamente nuestra, de 1492, me resulta cada vez más antipático el vocablo «Latinoamérica», que algunos indocumentados sultan a troche y moche, sin darse cuenta del gran error que cometen. En efecto, sólo España y Portugal han aportado algo positivo desde el Río Grande hasta la Tierra del Fuego; los demás «latinos», ¿habrá que

recordarlo?, han puesto bien poco en América, y esto no siempre bueno, como, por ejemplo, la mafia y los bucaneros, sin ir más lejos. Así que, desconocido autor, pero ya amigo, gracias por recoger, junto a los conceptos básicos del Derecho positivo español, las variedades terminológicas con que tales conceptos se expresan en el Derecho de los países americanos que hablan nuestra lengua, que es el español y no el latín precisamente.

El libro está bien presentado y de él nos dice el autor que más que un verdadero diccionario de instituciones, lo es de figuras y términos jurídicos, recogiendo más de 6.000 conceptos y términos. En cada uno de ellos se explican las nociones fundamentales y básicas de las materias principales por orden alfabético, pero sistematizados en índices finales para recoger, separadas, las esferas de Derecho civil, mercantil, constitucional, administrativo, fiscal, laboral, penal, comunitario y procesal civil y penal.

Los conceptos, por el dicho orden alfabético, expresan una breve, pero certera explicación de su contenido, sin grandes pretensiones científicas ni profundidades doctrinales, que en ningún momento se pretenden. Sigue una sucinta cita de las disposiciones legales a donde puede acudir. Como ejemplo reproducimos un concepto que nos es bien conocido:

**REGISTRO DE LA PROPIEDAD** [*Derecho civil: Derecho hipotecario* (2)]. Es el organismo estatal encargado de la función pública de proclamar oficialmente las situaciones jurídicas que afectan a los bienes inmuebles en un momento determinado. Por ello, el objeto de dicho registro es la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre inmuebles (*registración*). El Registrador de la Propiedad, jefe técnico superior del Registro, examina los títulos inscribibles y decide sobre su admisión o no en el Registro. Las anotaciones o inscripciones practicables en el Registro de la Propiedad son: asientos de presentación; inscripciones propiamente dichas, extensas o concisas, principales y de referencia; anotaciones preventivas; cancelaciones, y notas marginales. El término *asiento* se utiliza para referirse a toda anotación o inscripción extendida en los libros o documentos registrales. *Asiento registral* es la anotación practicada en el correspondiente libro registral extractando el título presentado a inscripción. Entre los libros que lleva el Registro de la Propiedad hay que destacar los tres esenciales: el de inscripciones, el de incapacitados y el libro diario. El Registro se lleva por fincas, siguiendo, por tanto, el *sistema de folio real*. Existe un solo Registro con multiplicidad de oficinas, distribuidas según la *demarcación registral* y generalmente coincidente con la de partidos judiciales.

◊ Ley de 8 de febrero de 1946, Hipotecaria, artículos 1 a 5. Decreto de 14 de febrero de 1947, aprobando el Reglamento Hipotecario, artículos 1 a 3 y 41.

Para evitar repeticiones y hacer más expeditiva la consulta, hay voces que se remiten, lisa y llanamente, a otras que se refieren al mismo tema o están tan relacionadas que conviene estudiarlas unitariamente. El propio autor nos pone como ejemplo que dentro del concepto «abandono del dominio» se expone lo que es la renuncia traslativa o abdicativa y la derrelicción. Así, en el texto de una voz se pueden captar a la vez las ideas más esenciales de la misma y sus derivaciones conceptuales y terminológicas, sin necesidad de acudir a otras voces distintas, pero equivalentes.

Como los conceptos de nuestro Derecho privado tienen a veces especialidades en los territorios forales o en los diversos países hispanoamericanos, se señalan a seguido de las letras A o F estas particularidades terminológicas. Así, por ejemplo, en la voz «acción de sociedad anónima», tras exponer lo esencial correspondiente al Derecho español, se explican en párrafo aparte, precedido por la A, las variedades terminológicas usadas en otros países americanos de habla española, como «utilidades» o «acciones reservadas». En cuanto a lo foral, a continuación de la voz «capitulaciones matrimoniales», que es el término general, se recoge «espolits», que es la variedad foral de las islas Baleares; es otro ejemplo.

Para completar la idea de cada uno de los conceptos alfabéticos, se señala una numeración que los encuadra dentro de un índice sistemático, en el cual estos conceptos están ordenados de acuerdo con los criterios doctrinales en la exposición de las materias más importantes y que coincide con las asignaturas usuales en los estudios universitarios de la rama jurídica. El número del concepto, junto con la referencia a la materia jurídica del índice, se cita en el cuerpo del diccionario a continuación del título de cada concepto y antes de su texto explicativo, como hemos visto en el anterior ejemplo.

De este modo, el lector que desee ampliar el concepto o voz puede obtener en el índice sistemático las voces o nociones complementarias. La lectura de los conceptos de cada uno de los índices, con sus textos correspondientes, proporciona una idea suficiente y fundamental, aunque no sea profunda, de la disciplina jurídica esquematizada en el índice referido.

Como curiosidad final diré que no he encontrado la palabra «demanial», que modernamente utilizan algunos. El *Diccionario de la Real Academia* dice textualmente: «Que dimana o se deriva de una cosa o corresponde a ella». Como claramente se nota, poco o nada tiene que ver con la idea que nos quieren dar del dichoso vocablo. Enhorabuena al autor de este *Diccionario* por omitirlo. El Profesor Aurelio GUAITA dice, creo recordar, que para él demanial es lo mismo que dominial o .. ¡demonial! Ahí queda eso.

En definitiva, no es una enciclopedia profunda ni un diccionario de instituciones, sino sólo de voces, como ya nos había advertido el autor. Es una obra difícil de hacer, aunque parezca sencilla de leer, y puede ser útil y sobre todo práctica para encontrar o centrar algún término poco conocido y ponerlo en relación con su contenido normal o instituciones afines.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

GETE-ALONSO CALERA, MARÍA DEL CARMEN, y otros: *Jornades de Dret Andorrà. La problemàtica del Dret de Societats*. Centro de Barcelona del Instituto de Estudios Andorranos y Colegio de Abogados de Andorra. Andorra la Vieja, 1986. Un tomo de 155 págs.

Este libro recoge las ponencias y comunicaciones expuestas en las Primeras Jornadas de Derecho Andorrano, referidas en especial a las cuestiones jurídicas que en materia de sociedades se presentan en el Principado, que colinda con España por el Norte.

Resalta, a primera vista, la fuerte contraposición entre la normativa cerrada y tradicional, principalmente romanista, por la que se rigen las gentes de los valles andorranos y las vivas realidades. Las necesidades actuales exigen unas reglas más adecuadas.

La característica principal que se trasluce en los trabajos que vamos a resumir es el recelo, por no decir temor, que tienen, al parecer, las autoridades andorranas de verse «invadidos» por corrientes económicas o sociales foráneas. Al menos, ésa es nuestra primera impresión obtenida, quizá equivocadamente, en la lectura de este libro, en el que colaboran varios juristas.

Abre la marcha María del Carmen GETE-ALONSO CALERA, Catedrática de Derecho civil, con su trabajo «Notas sobre la sociedad civil particular en el Principado de Andorra», en el que, tras una introducción sobre la sociedad como contrato y como persona jurídica de carácter doctrinal, contempla las normas que la rigen en el Principado, destacando, por un lado, la falta de una reglamentación específica andorrana, propia y peculiar, en el orden civil, y por otro, la proliferación de sociedades que van tomando como modelo los esquemas de las sociedades mercantiles capitalistas. Al no existir normativa propia, la sociedad civil ha de regirse, en principio, por el «Derecho común», que en Andorra está basado en los textos del *Corpus Justiniano* y en el Derecho canónico y por la costumbre. Según los textos del *Corpus (Digesta, Instituta, Codex)*, las sociedades tienen los siguientes caracteres: La importancia del consentimiento, el carácter personalísimo, la presencia de una comunidad de intereses, el reparto de ganancias y pérdidas y la inexistencia de una personalidad jurídica y de un patrimonio separado del de los socios. De entre los dos tipos posibles, la *societas omnium bonorum* y la *unius rei o unius negotiationis*, sólo estas últimas, o sea, las sociedades particulares, se dan en Andorra y a ellas se ciñe el estudio.

A este respecto dice la autora que a finales de 1973, las sociedades civiles y las mercantiles empiezan a marchar por caminos separados; mientras que la civil no es objeto de regulación especial, la mercantil será especialmente considerada, pues interesa, sobre todo, controlar el capital de las sociedades extranjeras. Al gozar la sociedad mercantil de personalidad, se requiere para su constitución la escritura pública y su posterior inscripción en el Registro de Sociedades. Por Decreto de 27 de junio de 1973, se procede a la regulación provisional del régimen de autorizaciones para las sociedades mercantiles, que queda paralizado a mediados de octubre del mismo año, y en 1979 culmina el proceso con un Reglamento de Sociedades Mercantiles que no ha llegado a aplicarse por haber sido impugnado. La práctica nos proporciona una sociedad civil con contenido mercantil, pero esta práctica, dice la autora, no puede ser considerada como costumbre y por ello habrá de interpretarse según las normas del Derecho común.

A continuación y bajo este prisma hace un completo estudio del contrato de sociedad, empezando por el acuerdo y las cláusulas contractuales, para seguir con los elementos de la relación societaria: las aportaciones, las relaciones entre los socios, el patrimonio común, la administración y gestión de la sociedad, para terminar estudiando la responsabilidad que es personal respecto a cada uno de los socios, de carácter principal y, por tanto, ilimitada respecto de terceros.

En la ponencia de Antonio FONT RIBAS, «Problemática del Derecho de



sociedades», se estudian las principales cuestiones de éstas en Andorra, que él centra en tres puntos: primero, la delimitación de las relaciones entre sociedades civiles y mercantiles; segundo, la correcta adecuación conceptual entre empresa y sociedad para establecer el mejor marco organizador, y por último, regular la limitación de la responsabilidad, encontrando su función y justificación. En busca de las soluciones, estudia el tema de la personalidad jurídica como técnica de organización de las titularidades colectivas y de limitación de la responsabilidad y las formas y tipos de organización de la actividad empresarial.

La evolución normativa andorrana queda compendiada en una densa «Comunicación a la primera ponencia», de la que es autor Ramón VILLERÓ CAMPABADAL. Nos dice que la sociedad civil particular aparece inicialmente como consecuencia de un Decreto de 11 de junio de 1939, por el que el Consejo General ordenó que todo extranjero que quisiera residir en los valles por periodo superior a tres meses había de solicitar permiso de residencia, y para ejercer el comercio precisaba además una licencia especial, que sólo se otorgaba después de obtener informes satisfactorios por vía oficial. El Decreto sobre sociedades no concesionarias de 17 de mayo de 1940 estableció que dos terceras partes del capital y de los miembros del Consejo de Administración habían de ser andorranos, y otra disposición de 27 de junio de 1962 prescribió que solamente los súbditos andorranos podrían adquirir títulos al portador de una sociedad andorrana y el capital extranjero debe estar siempre representado por títulos nominativos. A partir de 1973 queda en suspenso la admisión de solicitudes para constituir sociedades.

El Reglamento de Sociedades Mercantiles, aprobado por el Consejo General el 19 de mayo de 1983, al considerar como capital andorrano el de las personas físicas extranjeras que justifiquen una residencia de veinte años en Andorra, con facultad de ser socios y dirigentes, afectará muchísimo al sistema de «sociedades civiles particulares», ya que son muchos los residentes con más de veinte años que se acogen a esta norma. Estos contratantes estipularán pactos sociales que han de cumplir, mientras que uno de ellos responda frente a terceros cubierto con un nombre comercial. Todos ellos continuarán teniendo fe en la palabra dada o en el pacto escrito, y en caso de conflicto reclamarán mediante la acción «pro socio» o por la *communis dividundo*, invocando los principios del título II del libro XVII de las *Pandectas*.

Blanca VILA COSTA, profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Barcelona, presenta su comunicación sobre «Problemas de reconocimiento de la personalidad jurídica de sociedades extranjeras y condiciones de establecimiento en Andorra». Como introducción nos dice que la ordenación política y económica peculiar de Andorra demanda una regulación jurídica que responda a estas tres necesidades: 1. Control de la participación extranjera en su economía, como instrumento de defensa y ahora de potenciación. 2. La imperiosa necesidad de capital exterior. 3. Mantenimiento de un nivel intensivo de agilidad en sus relaciones comerciales internas.

Las condiciones geopolíticas andorranas exigen unas determinadas garantías que se pueden concretar en el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras, permitiendo su establecimiento y apertura de sucursales y en regular la existencia de sociedades verdaderamente andorranas.

A la pregunta de cómo, después del Reglamento de 1983, pueden intervenir las sociedades extranjeras en Andorra, la autora contesta estudiando las cuestiones sobre el reconocimiento de su personalidad jurídica, sobre el ejercicio de su actividad comercial y sobre las posibles vías de intervención en la economía andorrana de dichas sociedades. Termina el trabajo analizando las dificultades de establecimiento y el ejercicio de actividades de las sociedades extranjeras, y apunta la escasez de vías de apertura.

«La aportación en materia de sociedades de la jurisprudencia andorrana» es estudiada por Ramón VIÑAS FARRÉ, diciéndonos que en el caso de Andorra se acentúa el valor de la jurisprudencia teniendo en cuenta que su sistema jurídico no está codificado. Allí, el Juez ha de aplicar el Derecho común (Romano), menos en los casos en que esté derogado por alguna Ley o costumbre contraria; en caso de existir Ley patria, el Juez debe aplicarla en su real contenido, tal como resulta de su letra y espíritu; el contenido de la costumbre andorrana se presenta muchas veces como incierto y la jurisprudencia es la que debe concretarla. Ante el silencio o insuficiencia de textos positivos, los Jueces han de dar la solución justa al caso planteado.

Dada la escasez de normas en esta materia en Andorra, los Jueces han permitido la constitución de sociedades mientras no fuesen vulneradas normas positivas. Los tipos adoptados normalmente son los previstos en el Derecho español o el francés, en sus diversas formas.

En cuanto al contrato de sociedad, no hay costumbre andorrana y por ello se acude como Derecho supletorio al Romano. Esta ha sido la decisión de los Jueces andorranos.

En cuanto al criterio de distinción entre sociedades civiles y mercantiles, la jurisprudencia andorrana adopta el objetivo, basado en las operaciones a realizar por la sociedad, dejando a un lado los criterios profesionales, la intención de las partes o el criterio puramente formal.

«Nacionalidad andorrana de las sociedades mercantiles». Joaquín FORNER DELAUGYA, tras estudiar algunas cuestiones previas, considera que según el artículo 2 del Reglamento de Sociedades Mercantiles de 19 de mayo de 1983, para que una sociedad sea considerada andorrana, debe estar constituida según las disposiciones vigentes y tener domicilio en Andorra, sin otras determinaciones que se exigían en el de 1979. También ha desaparecido la exigencia del artículo 13 del Reglamento de 1979, que impedía la apertura de establecimientos secundarios a las sociedades mercantiles extranjeras, imponiendo la creación de una filial andorrana, que debía constituirse según sus normas, inscribirse en Andorra y tener allí su domicilio social.

\* \* \*

Aquí queda el resumen-apunte de este libro, que ha abierto mi curiosidad y supongo que la de los que han llegado hasta aquí con su lectura. Los estudios contenidos en él ponen al descubierto la contraposición entre un sistema hermético ancestral y las nuevas tendencias que empujan claramente hacia el intercambio y la apertura imprescindibles para el comercio. Por ello es altamente sugestivo e interesante.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

# REVISTA DE REVISTAS



## REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Junio de 1988)

- La filiación de los nacidos con ayuda de las nuevas técnicas de procreación artificial humana*, por JESÚS Díez DEL CORRAL RIVAS, págs. 539 a 551.
- La ejecución de los laudos arbitrales con arreglo a la convención de Nueva York. Análisis de la jurisprudencia estadounidense (I)*, por MARÍA TERESA FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, págs. 552 a 578.

## REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 108 (Mayo-Junio 1988)

- Comunidades autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El Proyecto de Ley de Costas*, por JOSÉ LUIS MEILÁN GIL, pág. 13.
- El medio ambiente. Un condicionante del planeamiento urbanístico, deficientemente regulado*, por J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 37.
- Singularidades de la gestión en el sistema de actuación por expropiación*, por JOSÉ MARIO CORELLA MONEDERO, pág. 77.
- Los perímetros de protección de los acuíferos subterráneos con incidencia en la ordenación urbanística*, por RICARDO DE VICENTE DOMINGO, pág. 95.
- Legislación urbanística y legislación sectorial: Proyecto de Ley de Costas*, por FRANCISCO PERALES MADUEÑO, pág. 115.

## REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núms. 183-184 (Enero-Junio 1987)

- La interpretación de las condiciones generales de los contratos*, por JESÚS ALFARO AGUILA-REAL, pág. 7.
- Fianza y bienes de conquista*, por LUIS IGNACIO ARECHEDERRA ARANZADI, página 63.
- El deber de declaración del riesgo en la Ley de Contrato de Seguro*, por FERNANDO CALBACHO LOSADA y otros, pág. 141.

## REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 3 de 1988

- La reserva clásica en Cataluña*, por JOSEP M.<sup>a</sup> QUINTANA PETRUS, pág. 555.
- La Ley de Cooperativas catalana cinco años después*, por FRANCESC VICENT I CHULIÁ, pág. 575.
- El Tribunal de Casación de Cataluña*, por J. FRANCISCO VALLS GOMBAU, página 593.
- Transferencia de tecnología y asistencia técnica extranjeras en España*, por RAMÓN MULLERAT, pág. 623.
- La fiscalidad en los contratos de transferencia de tecnología y asistencia técnica extranjera*, por SANTIAGO AGUILAR CANOSA, pág. 647.
- La protección de los espacios naturales a través de planes especiales de urbanismo*, por MARTÍN BASSOLS COMA, pág. 657.
- Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos*, por MIRENTXU CORCOY y UJALA JOSHI, pág. 679.
- Las competencias para la regulación de las haciendas locales en la Constitución y en las leyes*, por ENRIQUE GIMÉNEZ-REYNA RODRÍGUEZ, pág. 701.
- Sobre la libertad de información y sus límites*, por RAMÓN CASAS VALLES, página 719.

## REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO

Núms. 9-10 (Julio-Diciembre 1987)

- La regulación de los mercados agrarios en España*, por JOSÉ M.<sup>a</sup> DE LA CUESTA, pág. 3.
- Las administraciones públicas españolas ante la agricultura y la industria agroalimentaria: Administración del Estado, Administración Autonómica y Administración Local*, por JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, pág. 17.
- El Derecho agrario de Galicia*, por JOSÉ M.<sup>a</sup> FRANCO GARCÍA, pág. 26.
- El asociacionismo agrario en el Derecho foral histórico*, por LUIS MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, pág. 34.
- El régimen de unidades mínimas de cultivo en las zonas de montaña*, por JOSÉ MIGUEL LOBATO GÓMEZ, pág. 54.
- El régimen de unidades mínimas de cultivo: estado actual de la cuestión y referencia al Decreto de la Junta de Castilla y León*, por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, pág. 59.
- Ponencia de síntesis del Primer Congreso de Derecho Agrario de las Comunidades Autónomas*, por ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, pág. 65.

## BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Núm. 59 (Mayo-Agosto 1987)

- Leyes sociológicas sobre los partidos políticos*, por FRANCISCO JOSÉ DE ANDREA SÁNCHEZ, pág. 433.

- Lineamientos generales del amparo en materia de trabajo*, por SANTIAGO BARAJAS MONTES DE OCA, pág. 447.
- Análisis histórico de la caducidad en el Derecho*, por LISANDRO CRUZ PONCE, página 489.
- América latina: Reflexiones sobre integración y derecho de la paz*, por LUIS DÍAZ MULLER, pág. 513.
- Al origen de la noción —principios generales del Derecho—. Lineamiento histórico filosófico*, por ENRICO PATTARO, pág. 525.
- Perspectivas sociojurídicas de las relaciones familiares*, por ALICIA ELENA PÉREZ DUARTE Y N., pág. 565.
- Vinculaciones entre el Derecho internacional humanístico, los derechos humanos y la protección internacional de los refugiados*, por CÉSAR SEPÚLVEDA, pág. 585.

Núm. 60 (Septiembre-Diciembre 1987)

- El papel de la Corte Internacional de Justicia en la solución pacífica de controversias (el caso de Nicaragua vs. los Estados Unidos)*, por MANUEL BECERRA RAMÍREZ, pág. 839.
- Nuevas reformas al Código Penal (1986)*, por ALVARO BUNSTER, pág. 857.
- Reflexiones para el establecimiento de un código urbano para el Distrito Federal*, por M.<sup>a</sup> DEL CARMEN CARMONA LARA, pág. 875.
- Abogacía, ministerio de paz social*, por CARLOS FERDINAND CUADROS VILLENA, página 887.
- Notas sobre el llamado Derecho internacional del desarrollo*, por ALONSO GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, pág. 907.
- Las elecciones legislativas de 16 de marzo de 1986 en Francia*, por MONIQUE LIONS, pág. 921.
- La función de la pena*, por DOLORES E. FERNÁNDEZ MUÑOZ, pág. 953.

## REVISTA NOTARIAL ARGENTINA

Núm. 893 (Julio-Agosto 1987)

- Cuestiones técnicas en materia de actas. Coordinación nacional*, por NÉSTOR O. PÉREZ LOZANO, pág. 459.
- La buena fe en el título preliminar del Código Civil*, por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, pág. 511.
- Venta por liquidador no inscrito. Resolución Contencioso Registral número 5/87*, pág. 537.
- La protección jurídica del «software» en el Derecho positivo argentino y la necesidad de su regulación específica*, por M.<sup>a</sup> CRISTINA ACZEL y ROBERTO MARIO BERALDI, pág. 547.
- I. Personalidad social. II. Sociedad irregular. III. Disolución. IV. Nulidad de asamblea de sociedad anónima*, por EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (h), página 563.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL DIRIGIDA  
A IBEROAMERICA  
Núm. 2 de 1988

- En defensa del título ejecutivo, en defensa del Derecho*, por ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, pág. 371.  
*La independencia de los Tribunales, garantía de su función*, por RUBÉN DE MARINO, pág. 431.  
*La invocación formal del Derecho vulnerado y el recurso de amparo constitucional*, por JOSÉ GARBERI LLOBREGAT, pág. 459.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION  
Núm. 181 (Enero-Junio 1987)

- Algunas consideraciones sobre las cuestiones prejudiciales civiles*, por ELEODORO ORTIZ S., pág. 7.  
*Dos reflexiones acerca de los principios generales del Derecho*, por LAUTARO RÍOS A., pág. 17.  
*Normas de incentivo a la inversión y fomento de exportaciones: Ley 18.634*, por ELIZABETH EMILFORK S., pág. 35.  
*La teoría de Kelsen sobre la democracia*, por GERHART KRAUS WIELINGER, página 49.  
*La orden de no innovar*, por HÉCTOR OBERG Y., pág. 57.  
*Internacionalización de los mercados de valores*, por EDUARDO TRUCCO B., página 63.  
*Impuesto al Valor Agregado en la transferencia de ciertos inmuebles con construcciones y en los contratos generales de la construcción. Una visión operativa*, por MARIO JARPA F. y GABRIELA JARPA F., pág. 85.  
*La conveniencia de modificar el nuevo Código del Trabajo*, por PABLO SAAVEDRA BELMAR, pág. 91.  
*Alcances a la condición jurídica de los minusválidos*, por MAFALDA MURILLO R., pág. 95.  
*Extensión del emplazamiento respecto de una persona jurídica requerida de pago por avisos en los diarios*, por JULIO SALAS V., pág. 101.

NOTICIAS CEE  
Núm. 42 (Julio 1988)

- Mercado interior y espacio europeo*, por JEAN RAUX, pág. 11.  
*Los fondos estructurales*, por JOSÉ A. ZARAGOZA RAMEAU, pág. 19.  
*Las entidades de seguros en la normativa comunitaria y en la doctrina administrativa de la Dirección General de Tributos sobre el IVA*, por FRANCISCO ARNAU ZOROA, pág. 37.  
*Eliminación de las fronteras fiscales en la CEE*, por LEÓN GORDON, pág. 47.  
*El Real Decreto 1455/1987, de 27 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de Aduanas*, por FERNANDO LEÓN PEÑA, pág. 55.



*El devengo en la normativa comunitaria y en la doctrina administrativa de la Dirección General de Tributos sobre el IVA*, por EDUARDO NIETO MILLÁN, pág. 65.

*Propuesta de armonización de tipos impositivos en materia de impuestos especiales*, por FRANCISCO SOLANA VILLAMOR, pág. 73.

*La ordenación de los transportes marítimos en España*, por LUIS M.<sup>a</sup> DOMÍNGUEZ RODRIGO y LEANDRO MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, pág. 81.

*El Derecho de la competencia y el transporte aéreo*, por ROSARIO SILVA DE LA PUERTA, pág. 91.

*Ayudas estatales y anti-dumping*, por FRANCIS G. JACOBS, pág. 103.

*La Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, sobre aplicación del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social y el Ordenamiento español*, por MANUEL GARCÍA FERNÁNDEZ, pág. 117.

*La financiación de la Seguridad Social en el contexto de la Comunidad Europea*, por VICENTE PÉREZ MENAYO, pág. 125.

*La reforma del Derecho contable en España*, por VICENTE MONTESINOS JULVE, pág. 143.





