

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LV, FASCÍCULO III

Julio-septiembre, 2002



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Dirección

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS
LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN

Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Coordinación

NIEVES FENOY PICÓN

Consejo de Redacción

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA	FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ	JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ
MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ	SEBASTIÁN MORO LEDESMA
JESÚS DíEZ DEL CORRAL	FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS
AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN	MANUEL OLIVENCIA RUIZ
GABRIEL GARCÍA CANTERO	JOSÉ POVEDA DíAZ
ANTONIO GORDILLO CAÑAS	LUIS PUIG FERROL
ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS	IGNACIO SOLÍS VILLA
JUAN JORDANO BAREA	

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
Estudios monográficos	
Mauro BUSSANI: «En busca de un Derecho privado europeo»	941
Susana NAVAS NAVARRO: «La sucesión intestada de la Generalidad de Cataluña»	965
Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA: «La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea »	1115
Estudios de Derecho extranjero	
Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN: «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB»	1133
María Luisa VIVES MONTERO: «Traducción de la Reforma 2002 del BGB»	1229

Bibliografía

LIBROS

- CARRASCO PERERA, Ángel/CORDERO LOBATO, Encarnación/MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Tratado de los derechos de garantía», por María del Carmen Gómez Laplaza 1311
- LÓPEZ AZCONA, Aurora: «La ruptura de las parejas de hecho. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial», por Carmen Bayod 1314
- TORRES PEREA, José Manuel de: «Presupuestos de la acción rescisoria», por María José Santos Morón 1317

REVISTAS ESPAÑOLAS

- Por Isabel ARANA DE LA FUENTE 1323

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el Estado civil (año 2001)

- Por Isabel ARANA DE LA FUENTE 1365

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS COMENTADAS

- Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ: «La cesión de suelo en concepto de participación en plusvalías y la propiedad de suelo urbano. (Comentario a la STC 54/2002, de 27 de febrero)» 1403
- Francisco VELASCO CABALLERO: «Juicio de constitucionalidad sobre los baremos para determinación y valoración tasada de los daños y perjuicios derivados de accidentes de circulación: de la STC 181/2000 a la STC 49/2002» 1417

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

- A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Josep María BECH SERRAT, María del Carmen CRESPO MORA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Albert RUDA GONZÁLEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Encarna SERNA MEROÑO, Montserrat VERGÉS VALLS-LLOVERA 1437

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica)
y Boletín Oficial del Estado.

Periodicidad: Trimestral.

Precio de suscripción: 65,00 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 20,00 € (más gastos de envío).

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: (91) 390 20 82 / 83 / 97 / 84

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 902 365 303

Fax: 91 538 21 21

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LV, FASCÍCULO III
Julio-septiembre, 2002

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2002

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

ISSN: 0210-301X
NIPO (BOE): 007-02-024-6
NIPO (M. de Justicia): 051-02-010-7
Depósito Legal: M-125-1958

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid.

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

En busca de un Derecho privado europeo

MAURO BUSSANI

Professore di Diritto Privato Comforoto mello
Facolta di Giurisprudento dekk «Universita di Trieste

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo trata de esbozar las líneas de una fructífera investigación sobre un Fénix legal. Como el ave mitológica, los rasgos precisos del «Derecho privado europeo» permanecen inciertos y envueltos en una retórica confusa.

En ocasiones, tal etiqueta se utiliza a la ligera para indicar qué constituye el Derecho privado en los sistemas legales europeos occidentales (u occidentales y orientales)¹. Otras veces, es utilizada simplemente en oposición al Derecho de Estados Unidos². En otras ocasiones, el adjetivo «europeo» hace referencia a la legislación comunitaria que afecta al Derecho privado³. Más a menudo, la etiqueta se utiliza, no ya para describir, sino para anunciar el resultado posible y esperado de las iniciativas «integradoras»⁴ puestas en marcha en Europa.

Esta última noción es la que centra las páginas que siguen. Pero, incluso desde esta perspectiva más limitada, comprobaremos que no todo está claro y que tampoco se ha alcanzado un acuerdo en este tema.

¹ Cfr. K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, 3.^a edición, T. Weir trad., Oxford, 1998, pp. 28 ss.

² Véase R. ZIMMERMANN, «Roman Law and European Legal Unity», en A. Hartkamp *et alii* (eds.), *Towards a European Civil Code*, Ars Aequi-Kluwer, Nijmegen-The Hague, 1998, pp. 21, 24 ss.

³ Entre otros, F. de LY, *Lex Mercatoria and Unification of Law in the European Union*, en A. Hartkamp *et alii* (eds.), *supra* nota 2, pp. 41 ss.

⁴ Siguiendo la terminología de Schlesinger. Véase Rudolf B. SCHLESINGER, «The Past and Future of Comparative Law», 43 *Am. J. Comp. L.* 477, 479 (1995).

Para un examen completo de la materia, en primer lugar describiré los objetivos inmediatos y a largo plazo de las principales iniciativas de Derecho comparado europeo. Luego me centraré en sus principales diferencias y, finalmente, realizaré algunas sugerencias sobre la factibilidad (y deseabilidad) de un Código Civil europeo, con especial atención en los aspectos metodológicos y en los problemas estructurales presentes en los esfuerzos codificadores.

II. UN ENFOQUE OBJETIVO DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO

La primera iniciativa de Derecho comparado europeo a la que me referiré es aquella con la que estoy más familiarizado. Se trata del proyecto doctrinal que inicié hace siete años junto con Ugo Mattei bajo el título *The Common Core of European Private Law*⁵. Hasta la fecha, involucra aproximadamente a doscientos profesores procedentes en su mayoría de Europa y de Estados Unidos y debería, en buena marcha, publicar nuevos trabajos, además del libro de Zimmermann y Whittaker sobre «buena fe» aparecido en 2000, del libro de Gordley sobre «cumplimiento de obligaciones» publicado en 2001, y del libro de Bussani y Palmer sobre «daño puramente económico», que aparecerá a finales de 2002⁶.

En pocas palabras, el proyecto busca el núcleo común del Derecho privado europeo en las categorías generales de contratos, daños y propiedad. La búsqueda se centra en identificar qué es ya común y qué es todavía diferente en los distintos sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea⁷.

⁵ El proyecto tiene dos padres culturales, ambos muy conocidos: la experiencia de los *Cornell Studies* dirigidos por Rudolf B. Schlesinger –véase el balance hecho por el propio Schlesinger: *supra* nota 4, pp. 477 ss.– y la metodología de Derecho comparado dinámico desarrollada por Rodolfo Sacco en los últimos treinta años: véase R. SACCO, «Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law» (pts. 1 y 2), 39 *Am. J. Comp. L.* 1, 343 (1991). Para una presentación más extensa y completa del proyecto, véase M. BUSSANI y U. MATTEI, «The Common Core Approach to European Private Law», 3 *Columbia J. Eur. L.* 339 (1997-1998).

⁶ Los títulos completos de los trabajos, publicados todos en Cambridge University Press, Cambridge, U. K., son: *Good Faith in European Contract Law; The Enforceability of Promises in European Contract Law; Pure Economic Loss in Europe*.

⁷ Sistemas jurídicos diferenciados no sólo por los rasgos heredados del binomio *Civil Law v. Common Law*, sino también por otras tradiciones jurídicas occidentales, o sub-tradiciones, de acuerdo con la taxonomía que uno quiera adoptar. K. ZWEIFERT y H. KÖTZ,

A su vez, las tres áreas principales –contratos, daños y propiedad⁸– se dividen en materias, que son analizadas mediante cuestionarios, herramienta clave del proyecto.

Los cuestionarios son diseñados con un grado de especificidad que requiere que los participantes contesten de forma que queden reflejadas todas las circunstancias que afectan a sus sistemas jurídicos, incluyendo todos aquellos elementos que, aún no teniendo un reflejo formal, tienen, sin embargo, un impacto práctico en las reglas operativas. Esto garantiza que no se traten de la misma forma reglas formuladas de manera idéntica (por ejemplo, un precepto legislativo idéntico), pero que, en la práctica, pueden tener diferentes aplicaciones⁹.

Este tipo de investigación parece necesaria para obtener, como mínimo, los principales trazos de un mapa geográfico fiable sobre el Derecho europeo.

El uso que se haga de este mapa no es asunto de los cartógrafos que lo han dibujado. No obstante, si resulta fiable, puede devenir imprescindible para aquel que se embarque en la tarea de preparar legislación europea¹⁰, y éste puede ser el caso del proceso que, en Europa, parece dirigirse gradualmente hacia la adopción de un *restatement* general y/o a la codificación del Derecho privado¹¹.

supra, nota 1, p. 276, consideran a los sistemas escandinavos una tradición sui generis. Los mismos autores dividen el *Civil Law* en sistemas de tradición romanista y sistemas de tradición germánica (pp. 72 y ss, 132 y ss), y, con algunos matices, hacen lo propio R. DAVID y C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grand systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 10.ª edición, París, 1992, pp. 16 ss. Cfr. También A. GAMBARO y R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, UTET, Torino, 1996. Escocia se considera un sistema legal mixto. Véase V. V. PALMER, *Mixed Jurisdictions of the World: A Comparative Study*, Cambridge University Press, Cambridge, U. K., 2001.

⁸ El proyecto no utiliza las categorías de contratos, daños y propiedad en un sentido legal positivista. Su papel –además de ser etiquetas que ayudan los participantes a detectar sus áreas de conocimiento– es el de servir como contenedores metajurídicos de problemas fácilmente localizables en un ámbito operativo: el mismo ámbito que nos enseña cómo el Derecho privado es un todo que se comunica para solucionar problemas concretos.

⁹ Esto también debería permitirnos ver aquellos elementos que pueden tener un papel oficial y determinado en un sistema jurídico, mientras que en otro pueden trabajar de forma más crítica, asistemática e inoficial. El papel de estos elementos crípticos deviene obviamente crucial cuando se intenta dibujar un mapa del Derecho aplicado. Véase R. SACCO, «Comparazione giuridica e conoscenza del dato giuridico positivo», en *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, R. Sacco (ed.), Giuffrè, Milan, 1980, 241.

¹⁰ Véase *infra*, sub. III y IV.

¹¹ Respecto al amplio trabajo del grupo encabezado por Giuseppe Gandolfi, con base en la Universidad de Pavia y que incluye a más de setenta profesores de la Unión Europea, véase G. Gandolfi (ed.), *Code Européen des Contrats. Avant-projet, Livre premier*, Giuffrè, Milan, 2001. Véase también P. Stein (ed.), *Incontro di studi su un futuro codice europeo dei contratti*, Giuffrè, Milan, 1993; G. GANDOLFI, «L'unificazione del diritto dei contratti in Europa: mediante o senza la legge?», 39 (II) *Riv. Dir. Civ.* 149 (1993); ídem, «Pour un Code européen des contrats», 91 *Rev. trim. Dir. Civ.* 707 (1992); ídem, «Verso il tramonto del concetto di "obbligazione" nella prospettiva di un codice unico per l'Europa?», 41 (I) *Riv. Dir. Civ.* 203 (1995).

Para el abogado transnacional, la situación actual en Europa se asemeja a la de un viajante obligado a utilizar varios mapas locales, cada uno con información que puede ser a menudo confusa (debido a presunciones ambiguas, sesgadas u ocultas de los legisladores *municipales*¹²). Nosotros queremos conectar comparativamente estos mapas, y no forzar, en un único mapa, la actual realidad de un Derecho divergente. En otras palabras, aunque creemos que la diversidad cultural es un activo, no deseamos aportar un enfoque preservacionista, ni tampoco queremos seguir la vía de la uniformización.

Ésta es posiblemente la diferencia cultural más importante entre el proyecto del *Common Core* y otras notables iniciativas –tales como los Principios UNIDROIT, el *Study Group on a European Civil Code*¹³ y la comisión «Lando»–, que pueden verse más alineadas con el planeamiento urbanístico que con el trabajo cartográfico¹⁴.

¹² Algunos ejemplos destacables en R. Sacco, *supra* nota 5, *passim*; A. GAMBARO, «Perspectives on the codification of the law of property», 5 *Eur. Rev. Private L.* 497 (1997).

¹³ Se trata de una iniciativa puesta en marcha por profesores europeos tras la conferencia de Scheveningen de 1997 «Towards a European Civil Code». El objetivo de este grupo es «to abstract, through highly detailed analysis covering all jurisdictions in the European Union, fundamental rules for the European patrimonial law. The intention is not to create a draft for a European civil Code; not only because the project is only concerned with a part of the subject matter which would be covered by a Civil Code, but also because the creation of a Civil Code is a political goal... The work is aimed at providing the basic research on principles necessary to lay the groundwork for the drawing up of a European civil code». En cuanto a su estructura, se han creado de momento tres grupos de trabajo formados por jóvenes investigadores de todos o casi todos los Estados miembros de la UE bajo la dirección de los profesores Drobnig y Basedow (Hamburgo), Von Bar (Osnabrück), Hondius, Barendrecht y Hessenlink (Utrecht/Tilburg/Amsterdam). El grupo de Hamburgo trabaja en el ámbito de las garantías (personales, mobiliarias y reserva de título) y seguros; el grupo de Osnabrück sobre obligaciones «no contractuales» (daños, restitución, gestión de negocios ajenos) y el grupo de Utrecht/Tilburg/Amsterdam sobre Derecho de contratos (compraventa y servicios). Véase A. HARTKAMP, «Perspective for the Development of A European Civil Code», en M. BUSSANI y U. MATTEI, «Making European Law. Essays on the "Common Core" Project», *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche*, Trento, 2000, pp. 39 y 52 ss. El «Study Group» mantiene una estrecha conexión con una iniciativa análoga, dirigida por los profesores Spier y Koziol, encargada de elaborar los *Principios del derecho de daños europeo*. Véase J. Spier (ed.), «The Limits of Liability. Keeping the Floodgates Shut», *Kluwer Law International*, 1996; J. Spier (ed.), «The Limits of Expanding Liability. Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective», *Kluwer Law International*, 1998.

¹⁴ Mientras que nuestra preocupación más inmediata es dibujar este mapa, a largo plazo esta tarea puede formar parte de la construcción de una cultura jurídica común y general en Europa. Algunos proyectos trabajan en esta construcción, como los Programas Europeos de intercambio de estudiantes. Además, la idea de diseñar una educación jurídica verdaderamente común ha hecho que muchos de los principales académicos que trabajan en el ámbito del Derecho europeo y del Derecho comparado se hayan adherido al proyecto de elaborar manuales de Derecho común de Europa. Los autores del proyecto de manuales europeos declaran que éste «wishes to uncover common general principles which are already present in the living law of the European countries... [además], rather than setting up a European law school, teaching materials are developed which can be used in such a law school, and in the curricula of other law schools as well, and by courts looking for rules and

III. LOS DIFERENTES CAMINOS DE LAS INICIATIVAS DE DERECHO COMPARADO

Las diferencias existentes entre el *Common Core* y los proyectos acabados de mencionar –en concreto, aquellos que persiguen, a través de varias vías, la uniformidad del Derecho¹⁵– requieren un

principles to decide a case through Europe»: W. VAN GERVEN, «Casebooks for the common law of Europe: Presentation of the Project», 4 *Eur. Rev. Private L.*, 67 y ss (1996); véase también P. LAROCHE, «Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe: Presentation, Progress, Rationale», 8 *Eur. Rev. Private L.* 101 (2000). Esta iniciativa tiene muchas similitudes con el proyecto del *Common Core* en el sentido de que ambos investigan los rasgos comunes del Derecho privado de los sistemas jurídicos de los Estados europeos y su objetivo no es el de imponer nuevas normas o categorías. Ambos son analíticos y no abiertamente prescriptivos. Mientras que la intención de desarrollo cultural es común tanto en el proyecto de *Common Core* como en el proyecto de elaboración de *casebooks*, las diferencias se encuentran en los destinatarios de cada iniciativa. Para empezar, la investigación del *Common Core* se dirige a la doctrina mientras que el proyecto de elaboración de manuales europeos tiene finalidades docentes. Producir materiales adecuados para fines didácticos requiere una cuidadosa selección de materiales que proporcionen a los alumnos los elementos necesarios para entender sistemas jurídicos diferentes de los suyos. Esta selección corresponde hacerla a los académicos. De hecho, la idea de este grupo de profesores es coleccionar diferentes materiales en forma de un libro de *cases & materials*, esto es, incluyendo casos, legislación, pero también materiales doctrinales, en particular pequeñas notas para situar el resto de materiales jurídicos en su contexto. Finalmente, el objetivo es proporcionar a los juristas conocimientos de Derecho extranjero a la vez que son formados como profesionales europeos en una Europa común, aunque dichos manuales se centren principalmente en los sistemas francés, alemán e inglés, y solamente introduzcan aspectos de otros sistemas jurídicos cuando contengan soluciones originales (los primeros libros publicados con esta metodología son W. Van Gerven *et alii* (eds.), *Tort Law: Scope of Protection*, Hart, Oxford-Portland, Or., 1998; W. Van Gerven, J. Lever y P. Larouche (eds.), *Tort Law*, Hart, Oxford-Portland, Or., 2000; H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon (eds.), *Contract Law*, Hart, Oxford-Portland, Or., 2002). Por su parte, el proyecto del *Common Core* también debe proporcionar materiales útiles para finalidades educativas, pero ésta no es su tarea principal: analiza áreas más específicas del Derecho y profundiza más en problemas técnicos. Además, se centra en todos los sistemas jurídicos europeos, evitando –como hace el otro proyecto– enfatizar solamente aquellas áreas que pueden considerarse guías o paradigmáticas. No obstante, se trata de diferencias de grado y tiempo más que de naturaleza: las dos iniciativas comparten muchos rasgos comunes y pueden beneficiarse mutuamente.

¹⁵ Para una descripción de los diferentes métodos de afrontar la uniformidad jurídica, véanse –entre otros–, A. ROSETT, «Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law», 40 *Am. J. Comp. L.* 683 (1992); R. ZIMMERMANN, *supra* nota 2, pp. 21, 24; ídem, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, OUP, Oxford, 2001; B.S. MARKESINIS (ed.), *The Gradual Convergence*, Clarendon Press, Oxford, 1994; ídem (ed.), *The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, Hart, Oxford-Portland, Or., 2000; P. Chr. MÜLLER-GRAFF, *EC Directives as a Means of Private Law Unification*, en A. Hartkamp *et alii* (eds.), *supra* nota 2, p. 71; O. REMIEN, «Rechtseinheit ohne Einheitsgesetz», 56 *RebelsZ* 300 (1992); L. MOCCIA, «Les bases culturelles de juriste européen: un point de vue continental», 49 *Rev. Int. Dr. Comp.* 799 (1997); J. GORDLEY, «Comparative Legal Research: Its function in the Development of Harmonized Law», 43 *Am. J. Comp. L.* 555 (1995); U. DROBNIG, «Scope and General Rules of a European Civil Code», 5 *Eur. Rev. Private L.* 489 (1997); H. KÖTZ, «How to Achieve a Common European Private Law», en F. Werro (ed.), *New Perspectives on European Private Law*, Ed. Univ. Fribourg, Fribourg (Suiza), 1998, pp. 9 ss.; F. WERRO, *Towards Denationalization of Private Law in Europe*, *ibidem*, pp. 23 ss. Cfr. R. M. BUXBAUM, «Die Rechtsvergleichung

análisis más amplio que muestre de forma clara las diferencias funcionales y metodológicas que caracterizan cada iniciativa en relación con las demás ¹⁶.

De forma general, puede observarse fácilmente que el Derecho comparado revela muchos rasgos comunes que han permanecido ocultos en el análisis jurídico tradicional, aunque esto es así porque sus instrumentos y técnicas proporcionan un análisis más cuidadoso y correcto, y no porque impongan una convergencia donde ésta no existe. Es más, un conocimiento más detallado puede conllevar una mayor integración, de tal manera que la investigación del núcleo común puede considerarse como un factor indirecto que conduzca hacia una mayor uniformidad y una menor diversidad. Además, nuestra investigación puede ser un instrumento útil para la armonización, en el sentido que proporciona información fiable para diseñar nuevas soluciones comunes que pueden funcionar en la práctica.

Sin embargo, esto no tiene nada que ver con la investigación del núcleo común en sí, que se esfuerza en producir información fiable sea cual sea su posterior aplicación práctica. En esto radica la principal diferencia entre nuestro proyecto y cualquier otra tentativa de *restatement*. Estas últimas iniciativas conllevan la búsqueda de ideales de racionalidad, armonía y reforma y, en esta tarea, es necesario seleccionar los materiales y reglas jurídicas que mejor se acomoden a ello. Se descarta todo lo que no se puede encajar en un *restatement* o algo semejante. Esto supone un anatema para una

zwischen nationalem Staat und internationaler Wirtschaft», 60 *RabelsZ.* 201 (1996); David KENNEDY, «New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance», *Utah L. Rev.* 545 (1997); H. P. GLENN, «Vers un droit comparé intégré?», 51 *Rev. Int. Dr. Comp.* 841 (1999). Sobre esta material, véase también R. SACCO, *Non, oui, peut-être*, Mélanges Christian Mouly 163 (1998); R. SACCO, «La diversité des droits», en *Mélanges en l'honneur de C.A. Cannata*, Bâle, 1999, p. 411; A. GAMBARO, *supra*, nota 12, pp. 497 ss.; M. BUSSANI, «Contrepoints sur le droit commun des obligations», de próxima publicación dentro del volumen de M. Delmas-Marty y H. Muir-Watt (eds.), *Variations autour d'un droit commun*, PUF, París, 2002.

¹⁶ Mi intención aquí no es traer a colación la oposición entre un Derecho comparado «estructuralista» (à la Sacco) y uno «funcionalista» (à la Zweigert y Kötz). En mi opinión, esta oposición no puede mantenerse para establecer cualquier visión mutuamente alternativa del mundo jurídico. Se puede sugerir como máximo la idea de un comparativismo integrador (enfaticando las analogías) como opuesto a un comparativismo contrastante (que enfatice las diferencias), con todos los límites posibles ya señalados por su proponente (R. B. SCHLESINGER, *supra*, nota 4, pp. 477 ss.). Pero una cosa parece muy clara: el debate entre estructuralismo y funcionalismo (o analogías v. diferencias) ha adquirido actualmente un intenso aroma normativo, relacionado asimismo con la creación de un marco jurídico para Europa como una iniciativa de Derecho comparado (A. di ROBILANT y U. MATTEI, «The Art and Science of Critical Scholarship», 75 *Tulane Law R.* 2001, 1053). Ésta es la razón de que lo más importante sea entender —como intentaremos hacer en las páginas siguientes— cómo aquellas diferencias se usan actualmente para aproximar contenidos de Derecho europeo.

perspectiva analítica como la nuestra: el hecho de que ya existan materiales y reglas en un sistema jurídico obliga a que éstas sean tenidas en cuenta en el análisis y que constituyan parte del «mapa» final.

En la misma perspectiva se puede calibrar la distancia entre nuestro proyecto, por un lado, y el proyecto «Lando» sobre los Principios de Derecho Contractual Europeo (PDCE), o el «Study Group on a European Civil Code», por otro, cuyos resultados «will be laid down in the 'Restatement fashion' already practised by the Lando Commission»¹⁷.

Como explica el propio Ole Lando: *a)* el objetivo primario de los PDCE «is to serve as a basis for a European Code of Contracts. They are intended as a first step»¹⁸ y *b)* difieren del *Restatement* norteamericano de Derecho de contratos puesto que requieren un enfoque más radical. No seleccionan simplemente una de entre varias soluciones existentes en un único sistema jurídico; puesto que han de proporcionar soluciones útiles para un contexto de amplia divergencia jurídica, están diseñadas para incorporar reglas que no existen como tal en ningún sistema jurídico europeo¹⁹.

A pesar de todas estas diferencias, los objetivos y técnicas de estas iniciativas («Lando», «Study Group» y el «American Restatement») son, sin embargo, muy similares²⁰. Comparten la idea básica de crear un nuevo Derecho (sin importar lo innovador que sea con relación a la situación jurídica preexistente), más que simplemente analizar el que ya existe.

Esta actitud normativa también se halla presente en los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales²¹. Aunque no se refieren específicamente al ámbito europeo de los contratos mercantiles, deben ser mencionados aquí debido a su impacto expansivo en el debate jurídico.

Estos principios están pensados para constituir un *soft law* (esto es, que no sean obligatorios), y en este sentido se oponen a

¹⁷ A. HARTKAMP, «Perspectives for the Development of A European Civil Code», en M. BUSSANI y U. MATTEI, «Making European Law. Essays on the "Common Core" Project», *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche*, Trento, 2000, pp. 39, 53.

¹⁸ O. LANDO, «Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Prosecutor of European Legislation», 40 *Am. J. Comp. L.* 573, 577 (1992). El artículo también está publicado en *RabelzZ* 261 (1992).

¹⁹ Ídem, p. 579; ídem, «Guest editorial: European contract law after the year 2000», 35 *Common Market L. Rev.* 821-831 (I), pp. 1013 ss. (1998).

²⁰ Véase, *supra*, el texto que acompaña a la nota 17.

²¹ Véase M. J. BONELL, «The Need and Possibilities of a Codified European Contract Law», 5 *Eur. R. Private L.* 505 (1997). «Harmonisation will occur for reasons exogenous to the law. Our efforts to draft unified laws are symptoms and indications of the process of unification, not their cause»: ROSSET, *supra* nota 15, p. 684.

la idea de una codificación «política». Buscan promover un marco jurídico uniforme en lugar de imponerlo por medios legislativos. Su filosofía asume que las diferencias entre los distintos sistemas legales son tan grandes que cualquier intento de unificación fracasaría²².

La elección de un enfoque de *soft-law*, no obstante, no elimina la naturaleza prescriptiva de estos proyectos: los cambios en el Derecho vigente deben obtenerse por medios indirectos, pero el objetivo final sigue siendo el cambio legal.

Así, si tuviéramos que resumir en una palabra las diferencias entre el *Common Core* y los enfoques sobre «principios comunes», ésta sería «escepticismo».

El proyecto del *Common Core* utiliza el valor del escepticismo como su criterio más importante: su objetivo es proporcionar un retrato lo más fiable y exacto posible del Derecho vigente en los sistemas europeos en determinadas materias. Si esta situación es jurídicamente eficiente o racional no constituye una preocupación de los investigadores implicados. Por el contrario, los proyectos cuya principal función es proporcionar soluciones comunes a problemas jurídicos no sólo deben hacer una selección cargada de valores sino que también entran en juego valores, no escépticos, debido a la tensión entre uniformidad y diversidad. Estos proyectos buscan asegurar, sobre la base del análisis comparado, qué solución es la mejor para regular determinados problemas legales de forma común, al mismo tiempo que ignoran la posibilidad de que las divergencias estén justificadas por varias razones.

Además, los proyectos normativos están cargados de valores en otro sentido. Sus opciones no pueden, desde luego, adoptarse por razones nacionalistas o chovinistas, sino que deben defenderse sobre la base de la aceptabilidad general o de la razonabilidad.

En este estadio, faltando una legitimidad política fuerte y completa, estos proyectos acaban abogando por ideas neutrales similares, que han terminado por confinarles en los estrechos

²² La característica del recurso a una autoridad persuasiva es otro rasgo compartido con el proyecto de los PDCE, que a pesar de tender finalmente a la redacción de un código, proporciona un marco común que funciona como un conjunto de guías jurídicas. Véase O. LANDO, *supra* nota 18, pp. 577 ss. y 584; C. CASTRONOVO, I «“principi di diritto europeo dei contratti” e l’idea di codice», 93 (1995) *Riv. Dir. Comm.* 21 (1993). Cfr. K. D. KERAMEUS, *Problems of drafting a European Civil Code*, 5 *E.R. Private L.* 475 (1997); J. BASEDOW, «Un droit commun des contrats pour le Marché Commun», 50 *Rev. Int. Dr. Comp.* 7-28 (1998); ídem, «A common law of contracts for the Common Market», 33 *Common Market L. Rev.* 1169 (1996). Véase también W. VAN GERVEN, «ECJ case law as a means of unification of private law», 5 *Eur. Rev. Private L.* 293 (1997).

límites de áreas del Derecho en las que no hay una elección pública de valores, o así lo parece (principalmente, el Derecho de contratos ²³).

Sin embargo, estas áreas no pueden ser neutrales desde el punto de vista de los valores: las reglas finalmente seleccionadas deben ser consistentes con los valores escogidos como esenciales –o tomados por rutina– por los ponentes. Estos valores se corresponden habitualmente con la ideología del mercado. Tanto los Principios de UNIDROIT como los primeros trabajos publicados por la Comisión Lando intentan evitar cualquier opción política y se afanan en mantener un tono neutral. A pesar de ello, sin embargo, como se ha puesto de relieve en estudios sobre instituciones (especialmente por los investigadores adeptos a la «economía institucional» ²⁴), no existe nada parecido a un vacío institucional, puesto que la existencia de pactos informales institucionales y la más omnipresente de todas las instituciones (el mercado –con frecuencia– en las sociedades occidentales) inmediatamente llenan los espacios donde no existe una elección institucional formal. En consecuencia, evitar opciones políticas en nombre de la neutralidad representa en sí mismo una decisión política cuya franqueza no borra su propio significado.

Nada de lo que menciono aquí persigue iniciar una cruzada contra el Mercado, sino que debe entenderse como una advertencia contra la necesidad de alcanzar un nivel de conciencia compatible con los resultados que persigue la comunidad jurídica europea.

En definitiva, el rasgo compartido por los dos tipos de iniciativa (el *Common Core* por un lado, y «Lando», «Study Group» y «UNIDROIT» por otro) es la utilización de métodos comparativos. Sin embargo, esta metodología compartida sirve propósitos divergentes y, en consecuencia, produce resultados también diferentes.

²³ El «Study Group» intenta cubrir la mayoría del Derecho patrimonial. Véase A. HARTKAMP, *supra*, nota 17, pp. 51 ss.; C. VON BAR, «The Study Group on a European Civil Code», en *Särtryck ur Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland. Häfte 4/2000*, Helsingfors, 2000, pp. 323 ss.; ídem, «Le groupe d'études sur un code civil européen», 53 *Rev. Int. Dr. Comp.* 127 (2001).

²⁴ Cfr. D. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990; E. G. FURUBOTN y R. RICHTER, *Institutions and Economic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics*, Michigan Univ. Press, Ann Arbor, 1997; O. E. Williamson (ed.), *Organisation Theory: From Chester Barnard to the Future and Beyond*, Oxford University Press, Oxford, 1996. Véase también U. MATTEI, «The Issue of European Civil Codification and Legal Scholarship. Biases, Strategies and Developments», 21 *Hastings Int'l & Comp. L. J.* 883 (1998).

IV. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE EL PROCESO DE CODIFICACIÓN EUROPEO

Las perspectivas del escepticismo y la neutralidad resultan también relevantes para enjuiciar el debate actual sobre si es factible y útil un Código Civil europeo²⁵.

Existe un gran desacuerdo entre los expertos participantes en este debate. Algunos sostienen que un código es absolutamente necesario para el diseño de un Derecho europeo común fiable, mientras que otros creen que este proyecto es irrealizable, ya sea porque las divergencias existentes en los diferentes sistemas jurídicos son todavía demasiado acusadas (y ello implica que la situación pueda cambiar en el futuro, y es entonces cuando un código podría ser factible), o ya sea porque la armonización jurídica puede o debe ser conseguida por medios diferentes a un código²⁶.

²⁵ En el ámbito institucional, merece la pena recordar que el Parlamento Europeo, en su Resolución A5 384/2001, de 15 de noviembre de 2001, y la Comisión, en una Comunicación al Consejo y al Parlamento (2001/C 255/01, en GU C 255 de 13 de septiembre de 2001, pp. 1 ss., punto 6) han apoyado la idea de una codificación, a la vez que han abierto al debate entre los académicos, profesionales e instituciones. En cuanto a los aspectos generales de este debate, véanse —entre otros— E. HONDIUS, «Towards a European Civil Code: The Debate Has Started», 5 *Eur. Rev. Private L.* 455 (1997); A. VAQUER ALOY, «La vocación europea del Derecho civil», *La Ley*, núm. 5535, p. 1 (2002); S. CÁMARA LAPUENTE, «Hacia un Código civil europeo: ¿realidad o quimera?», *La Ley*, núm. 4748, p. 1 (1999); G. Barrett y L. Bernardeu (eds.), *Towards a European Civil Code. Reflections on the Codification of Civil Law in Europe*, E.R.A. Europäische Rechtsakademie, Trier, 2002, p. 109; G. ALPA, «European Community Resolutions and the codification of “Private Law”», 8 *Eur. Rev. Private L.* 321 (2000); G. BETLEM y E. HONDIUS, «European Private Law after the Treaty of Amsterdam», 9 *Eur. Rev. Private L.* 3 (2001); K. P. Berger, «The Principles of European Contract Law and the concept of the “Creeping Codification” of Law», 9 *Eur. Rev. Private L.* 21 (2001); J. BASEDOW, «Codification of Private Law in the European Union: The Making of a Hybrid», 9 *Eur. Rev. Private L.* 35 (2001); P. LEGRAND, por ejemplo en «Sens et non-sens d’un code civil européen», 48 *Rev. Int. Dr. Comp.* 779, 800 (1996); *idem*, «Against a European Civil Code», 60 *Modern L. Rev.* 44 (1997), argumenta enérgicamente a favor del pluralismo legal, que proporciona una riqueza de soluciones y técnicas que aseguran la flexibilidad. Véase también H. COLLINS, «European Private Law and Cultural Identity of States», 3 *Eur. Rev. Private L.* 353 (1995); B. S. MARKESINIS, «Why a code is not the best way to advance the cause of European Legal Unity», 5 *Eur. Rev. Private L.* 519 (1997); V. ZENO-ZENCOVICH, «The “European Civil Code”», *European Legal traditions and Neo-Positivism*, 6 *Eur. Rev. Private L.* (1998); H. KÖTZ, «Comparative Legal Research: Its Function in the Development of Harmonised Law. The European Perspective», en *Juridiska Fakulteten I Uppsala* (ed.), *Towards Universal Laws-Trends in National, European and International Law-making*, Iustus Forlag, Uppsala, 1995; T. WEIR, «Divergent Legal Systems in a Single Member States», *ZEUP* 564 (1998). Para una perspectiva más general, véase R. SACCO, «La codification, forme dépassée de législation?», en *Rapports nat. it. au XI Congrès Int. Dr. Comp.*, Caracas, 1982, Giuffrè, Milán, 1982, p. 65; «Symposium: Codification in the Twenty-first Century», 31 *U.C. Davis L. Rev.* (1998).

²⁶ De hecho, muchos investigadores sostienen que el principio de subsidiariedad previsto en el Tratado de Maastricht precluiría tal acción. Nos referimos al principio que establece que, en ámbitos donde la UE no tiene competencias exclusivas (y el Derecho privado es claramente uno de ellos), la Unión puede intervenir solamente si los objetivos no pueden ser suficientemente conseguidos mediante la acción estatal. Véanse artículo 2 del Tratado

Con independencia de en qué parte esté cada uno a la hora de analizar la codificación europea, hay algunos aspectos que me parecen destacables, y que voy a analizar desde dos puntos de vista: el primero señala los riesgos de algunos fundamentalismos metodológicos y trata de efectuar una defensa cultural de los esfuerzos de codificación (emprendidos por investigadores). El segundo analiza los problemas que la estructura interna del «Derecho privado europeo» puede generar en cualquier esfuerzo integrador.

a) *Métodos e investigadores*

Muchos autores están inmersos actualmente en una polémica que recuerda la disputa que enfrentó durante el siglo XIX a Savigny y a Thibaut acerca de la codificación alemana.

Veremos más adelante que no es ésta la única perspectiva en la cual puede enmarcarse esta disputa. No obstante, en el presente debate «código» y «cultura» se perciben todavía como conceptos antitéticos y mutuamente excluyentes, como si un Derecho vigente pudiera existir en las actuales sociedades occidentales sin una cultura jurídica, y como si uno pudiera prescindir del otro²⁷.

Esta oposición es similar a la existente entre reformas hechas desde arriba (*top-down*) y reformas hechas desde abajo (*bottom-up*). De hecho, si alguna lección cabe extraer de la experiencia y de la historia de la tradición jurídica occidental es que el contraste entre cambio legal desde arriba o desde abajo es una oposición falsa. Todos los cambios legislativos reflejan aspectos de ambos. El derecho es en parte política (*top-down*) y en parte cultura (*bottom-up*). En otras palabras, el cambio institucional se debe a fenómenos visibles e invisibles. Es, en parte, la evolución local de instituciones y, en parte, la obra reconocida de una élite política o profesional²⁸.

de la Unión Europea y artículo 5 del Tratado de la CE. Sobre el principio de subsidiariedad, véase G. A. BERMANN, «Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States», 94 *Col. L. Rev.* 331 (1994); *idem*, «Subsidiarity: Does it Have a Future?», en M. J. Bonell (ed.), 26 *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero. Saggi, Conferenze e Seminari*, 1997; A. G. TOTH, «The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty», 29 *Common Market L. Rev.* 1079 (1992).

²⁷ La importancia del papel de la ciencia jurídica para delimitar las bases de un Derecho común en Europa es enfatizada por P. GROSSI, «Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo», 42 (II) *Riv. Dir. Civ.* 281 (1996).

²⁸ Véase A. WATSON, por ejemplo, «Comparative Law and Legal Change», 37 *Cambridge L. J.* 313 (1978); P. G. MONATERI, «“Everybody’s talking”: The Future of Comparative Law», 21 *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.* 825 (1998); y cfr. W. EWALD, «Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat?», 143 *U. Pa. L. Rev.* 1889 (1995); *idem*, «Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants», 43 *Am. J. Comp. L.* 489 (1995); M. BUSSANI, «Before and Beyond a European Civil Code», en G. Barrett y L. Bernardeau (eds.), *Towards a European Civil Code. Reflections on the Codification of Civil Law in Europe*, *supra* nota 25, pp. 109 y 110 ss.

Por consiguiente, puede reconocerse, por un lado, que elaborar un código no cierra el paso a la existencia y a la importancia de otros operadores jurídicos (principalmente, jueces y doctrina), mientras que, por otro lado, cualquier oposición académica a un código sería probablemente ineficaz si las condiciones políticas favorecieran la codificación.

Todo lo anterior, sin embargo, podría parecer un grito en vano comparado con el deslumbrante camino iniciado por el grueso de prominentes investigadores europeos hacia la consecución de nada menos que un Código Civil. La idea de codificación y el amplio éxito de que disfruta me parece, no obstante, que tienen su origen en razones socioculturales que merecen una breve mención.

En la tradición jurídica occidental, es bastante conocido que los autores jurídicos continentales y los jueces del *Common Law* se han visto a sí mismos como órganos de un cuerpo llamado Derecho, un cuerpo con un origen y un destino perenne, no eventual.

Como un guardián de estos orígenes y un albacea de su destino, el jurista ha tenido siempre a su disposición sofisticados aparatos técnicos, que varían según las condiciones históricas y geográficas en las que éste se halla. Pero esta maquinaria ha servido invariablemente para mantener la cualidad casi sacerdotal del jurista como mensajero y creador del *Corpus Juris*; un *Corpus Juris* que, a su vez, puede adoptar diferentes nombres, incluyendo Derecho romano, Derecho natural y/o Derecho racional, *Ius Commune*, *Common Law*, *Code Civil*, *Usus Modernus Pandectarum*, etc.

Parece que el jurista ya no puede seguir viviendo en este panorama cultural.

Actualmente, los legisladores nacionales y comunitario –reforzando y ampliando el marco jurídico existente, que se compone de varios niveles– han asumido gradualmente el papel de oráculos, interviniendo en cualquier campo con tal de satisfacer las demandas de grupos de presión políticamente relevantes. Esta situación alimenta el conocido fenómeno de la microlegislación, a menudo afectada por contenidos y vocabulario burocráticos. La interpretación y la aplicación de este Derecho se confieren habitualmente a mediadores, comités técnicos, agencias, las llamadas autoridades independientes o a otros órganos administrativos (de tipología tradicional o contemporánea).

El resultado final de este fenómeno es fácil de entender, como mínimo siempre que nos refiramos a Europa continental: el empobrecimiento del papel de los académicos y de su maquinaria tradicional, a los que se obliga a enfrentarse con provisiones cuya naturaleza y contenidos son progresivamente indiferentes a la tradición

jurídica dada y a la consistencia interna del sistema jurídico de que se trate.

Esta situación, trasladada al «debate sobre la codificación europea», conduce a (o apoya a los promotores de) la conclusión de que actualmente los sistemas jurídicos son muy divergentes; en otras palabras, no es el momento oportuno para aprobar un *Restatement* o un Código Civil. Una defensa así del *statu quo* se acomodaría perfectamente con la necesidad de una élite profesional de mantener el liderazgo sobre los asuntos jurídicos nacionales y transnacionales, élite profesional que iría desde abogados y jueces europeos hasta profesores continentales (principalmente)²⁹.

Éste es el origen de que una de las razones fundamentales que está detrás de la idea (y del debate acerca) de un Código Civil europeo parece ser la autocomprensión de su propio rol por (la mayoría de) los comparatistas y de los peligros a los que se exponen, que proceden tanto de la burocracia de los legisladores nacionales y comunitario como de la textura –lingüística y sustantiva– cada vez más dispersa, fragmentaria y fuera de control de las normas legales.

De ahí que la relación entre el proceso de codificación y la doctrina europea supere la clásica disputa entre Savigny y Thibaut. De hecho, no podemos suponer que la actitud burocrática y poco sistemática de los legisladores vaya a detenerse o a disminuir su alcance, ni que los operadores jurídicos (culturalmente) estrechos de miras renuncien a su actitud y abandonen sus propios intereses. En consecuencia, uno de los riesgos reales más importantes que la doctrina en pro de la integración legal europea ha de afrontar, parece ser, eventualmente, no la promulgación de un código europeo, sino más bien su ausencia. Así, la preparación y la interpretación de un código proporcionaría de nuevo a la doctrina jurídica prestigio social e indispensabilidad técnica, reinstaurando a los autores en su rol tradicional de artífices y mensajeros del Derecho.

Es en esta perspectiva en la que creo debe entenderse y apoyarse la idea de codificación y el esfuerzo realizado de forma apasionada por la academia jurídica para no perder su papel.

²⁹ No obstante, véase la posición adoptada por un importante autor de Derecho comparado: B. S. MARKESINIS, «Why a code is not the best way to advance the cause of European Legal Unity», *5 Eur. Rev. Priv. Law* 519 (1997). De acuerdo con el citado autor, más que hacia una codificación, los esfuerzos deberían tender al entrenamiento de una élite de verdaderos operadores jurídicos europeos. Sin embargo, puesto que esta élite de abogados cargaría altos honorarios a sus clientes –honorarios que probablemente constituirían un coste significativo para cada transacción legal–, sus servicios no serían asequibles a todo el mundo. Ello crearía (*rectius*: mantendría) tanto altos costes de transacción como ventajas injustas para grandes negocios frente al resto de usuarios de servicios jurídicos.

b) *La estructura interna de los sistemas jurídicos*

No voy a centrarme aquí en los aspectos técnicos de los diferentes campos del Derecho privado, cuyos problemas, sin embargo, no son fáciles de solucionar³⁰. Tampoco voy a tratar otro problema crucial acerca del hipotético código, como es el apropiado nivel semántico que debe mantener su vocabulario³¹. Ni tampoco voy a ocuparme del análisis económico del impacto de una nueva codificación, en especial de los costes de transacción en el marco multinacional europeo³².

En esta sección voy a enfatizar otra materia que considero muy importante y que, con frecuencia, es infravalorada cuando se analiza la factibilidad de un Código Civil europeo.

Déjenme empezar con una observación que puede ser trivial, pero que creo puede ayudar al lector a entender lo que quiero decir: incluso con un rápido vistazo al Derecho de la Unión Europea, nos damos cuenta de que nos encontramos frente a un sistema jurídico que tiene varios niveles o capas.

Dejando de lado otros elementos jurídicos –por ejemplo, el impacto de la doctrina en la preparación, redacción y aplicación del Derecho comunitario–, nos encontramos con tratados, directivas (y la variedad de sus transposiciones por los Estados miembros), reglamentos, el desarrollo de estas normas por autoridades nacionales y subnacionales, la aplicación de las mismas por los tribunales

³⁰ De hecho, muchos problemas aparecen por el hecho de que la propia estructura del Derecho privado obliga a los «legisladores oficiales», y también a los intérpretes, a variar el enfoque de sus esfuerzos integradores de acuerdo con las necesidades del campo en el que centran su atención. Por ejemplo, una cosa es tratar determinadas materias (como la prescripción de acciones) en las que para resolver problemas se hace necesaria una combinación de datos legislativos, una visión de la jurisprudencia y, en su caso, alguna referencia a la historia reciente o lejana. Y otra, distinta, tratar materias en las que un jurista concienciado con la integración deba disponer de una enorme variedad de instrumentos e información. Éste, por ejemplo, sería el caso concreto del Derecho administrativo y su relación con el Derecho inmobiliario. De forma similar, el funcionamiento de las transmisiones de valores y los mercados financieros deben analizarse con referencia al Derecho de sociedades, al Derecho bursátil y a la seguridad en las inversiones. Asimismo, deben tenerse en cuenta tanto el Derecho tributario como las prácticas contractuales a la hora de analizar un contrato «moderno». Cfr. M. BUSSANI, «Choix et défis de l'herméneutique juridique. Notes minimes», 50 *Rev. Int. Dr. Comp.* 735 (1998). Véase también *infra* el texto de esta sección.

³¹ Problema recientemente tratado por A. di ROBILANT y U. MATTEI en *The Art and Science of Critical Scholarship*, *supra* nota 16. Siempre que se trate de la factibilidad de un código, no hay duda de que el éxito depende de la calidad y del nivel semántico escogido por sus ponentes, de su capacidad para codificar posiciones comunes y de su habilidad para reflejar la diversidad de culturas jurídicas presentes en Europa hoy en día. Véase A. GAMBARDI, «Codice Civile», en *Digesto IV, Civile, II*, 1988, p. 442; M. J. CAMPANA, «Vers un langage juridique commun en Europe?», 8 *Eur. Rev. Priv. Law* 33 (2000); N. URBAN, «One Legal Language and the Maintenance of Cultural and Linguistic Diversity», 8 *Eur. Rev. Priv. Law* 51 (2000). No es necesario indicar que un Código Civil europeo implicaría la necesidad de una comunidad interpretativa en Europa: lo primero y lo segundo, un código común y una cultura común, se llaman mutuamente.

³² Sobre esta materia, véase U. MATTEI, *supra* nota 24, e *ibidem*, otras referencias.

nacionales, el papel supervisor llevado a cabo por el Tribunal de Justicia de la Comunidad, etc.³³.

En efecto, disponemos de diferentes niveles de elaboración, promulgación, desarrollo y aplicación de las normas comunitarias. Además, los ciudadanos de algunos Estados miembros no están sujetos a normas comunitarias a las que sí lo están ciudadanos de otros Estados miembros (porque los sistemas legales de los primeros no han adoptado todavía normativa de transposición o de desarrollo). Por otro lado, los nacionales de algunos Estados miembros comparten solamente el núcleo de parte de la legislación de la Unión Europea con los nacionales de otros Estados, puesto que los detalles en la regulación o la interpretación judicial de las normativas estatales son muy diferentes en cada Estado.

Estas características son muy conocidas y frecuentemente son tomadas en consideración en el debate jurídico³⁴. Por el contrario, este debate parece ser mucho menos consciente de otro fenómeno: la presencia de un sistema jurídico con varios niveles existe hoy en día no sólo en el contexto europeo, sino también dentro de cada sistema jurídico nacional.

Me refiero a un fenómeno que es mucho más evidente fuera de la tradición occidental actual³⁵ y que, sin embargo, también se halla presente en nuestros sistemas jurídicos³⁶: la supervivencia (o renacimiento) de diversas capas jurídicas en las que prosperan soluciones y prácticas jurídicas, al lado, o en contra, del denominado «derecho oficial», construido jurisprudencial y legalmente (reglas escritas contenidas en códigos, leyes y reglamentos³⁷).

³³ Véase L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, «La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici», *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche*, Trento, 1996.

³⁴ Véase, por ejemplo, el desarrollo del seminario organizado por Chr. JOERGES y M. J. CAMPANA: «Special Issue on Interactive Private Law Adjudication in the European Multilevel System – Analytical Explorations and Normative Challenges», 8 *Eur. Rev. Private L.* (2000); Chr. JOERGES, «Integration of Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective», en Chr. Joerges y O. Gerstenberg (eds.), *Private Governance, Democratic Constitutionalism and Supranationalism*, Luxemburgo, Office for Official Publications of the European Communities, 1998; D. A. O. EDWARD, «What Kind of Law does Europe Need? The Role of Law, Lawyers and Judges in Contemporary European Integration», 5 *Col. J. Eur. L.* 1, 10 (1998).

³⁵ Véase R. SACCO, *Le grandi linee del sistema giuridico somalo*, Giuffrè, Milán, 1985; *idem* (con M. GUADAGNI, R. ALUFFI BECK-PECCOZ y L. CASTELLANI), «Il diritto africano», en R. Sacco (ed.), *Trattato di diritto comparato*, UTET, Torino, 1995; R. SACCO, *supra* nota 5; *idem*, «Mute Law», 43 *Am. J. Comp. L.* 455 (1995); M. Doucet y J. Vanderlinden (eds.), *La réception des systèmes juridiques: implantation et destin*, Bruylant, Bruselas, 1994; M. Guadagni, «Il modello pluralista», en A. Procida Mirabelli (ed.), *Sistemi giuridici comparati*, Giappichelli, Torino, 1996, especialmente pp. 3-20, y bibliografía que allí se cita.

³⁶ Véase, por ejemplo, N. ROULAND, *Aux confins du droit*, Odile Jacob, París, 1991.

³⁷ Véase, por ejemplo, N. ROULAND, *supra* nota anterior; G. TEUBNER, *Law as an Auto-poietic System*, Blackwell, Oxford, UK-Cambridge, USA; R. SACCO, *op. cit. supra* nota 35.

Estas capas jurídicas coexisten y persiguen diversas finalidades, y alguna de ellas evita a menudo acudir al mecanismo público oficial de resolución de conflictos en el sentido que la mayoría de disputas surgidas entre los usuarios de una determinada capa no son resueltas por el circuito formal de resolución de conflictos.

Lo que quiero decir con lo anterior es fácil de explicar. Se trata del circuito que va desde la regla con origen en una autoridad —ya sea local, nacional o supranacional— hasta una solución jurídica aplicada (mediante las numerosas y variadas actividades de los operadores jurídicos que conforman una comunidad interpretativa³⁸). Incluyo también los mecanismos alternativos de resolución de conflictos adoptados en las últimas décadas en muchos países occidentales, tanto para proporcionar una solución a determinados tipos de conflictos jurídicos, difíciles de resolver de forma tradicional, como para incentivar a los ciudadanos que no acudan a un sistema judicial ordinario congestionado. Ciertamente, este último fenómeno me parece el hecho sistemático más destacable, porque: *a*) al señalar las posibles diferencias en la oferta y la demanda en el «mercado del Derecho»³⁹, se proporcionan más indicios del fenómeno que intento describir, y *b*) da un ejemplo de la variedad de herramientas de que disponen los legisladores oficiales para crear márgenes de maniobra en el tratamiento de problemas sociolegales o para construir nuevos instrumentos jurídicos «integradores».

Capas.—La estratificación a la que me refería⁴⁰ puede sintetizarse como sigue:

La primera capa es aquella controlada por normas consuetudinarias e instrumentos de solución consuetudinarios. Estas normas e instrumentos se fundamentan en valores éticos y sentimentales, y están informados por el principio de «autoridad personal». Relaciones de familia y de parentesco serían buenos ejemplos.

³⁸ Véase, por ejemplo, M. BUSSANI, «Choix et défis de l'herméneutique juridique. Notes minimes», 50 *Rev. Int. Dr. Comp.* 735 (1998); ídem (ed.), «Diritto, Giustizia e Interpretazione», en J. Derrida y G. Vattimo (eds.), *Annuario filosofico europeo*, Laterza, Bari-Roma, 1998; donde pueden consultarse los trabajos de G. Alpa, M. Barcellona, M. Bussani, J. Derrida, M. Ferraris, A. Gambaro, O. Gerstenberg, Chr. Joerges, Duncan Kennedy, U. Mattei, P. G. Monateri, R. Sacco y G. Vattimo.

³⁹ En esta perspectiva, véase, por ejemplo, Y. DEZALAY, *Marchands de droit*, Fayard, París, 1992.

⁴⁰ Para una presentación más amplia, aunque aún en desarrollo, del tema de la estratificación en el ámbito de las relaciones de Derecho privado, véase M. BUSSANI, «“Integrative” Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems», en S. Feiden y C. U. Schmid (eds.), *Evolutionary Perspectives and Projects on Harmonisation of Private Law in the EU*, EUI Working Papers, Law No. 99/7, Badia Fiesolana-San Domenico (Firenze) (1999), p. 57 [publicado también con ligeras diferencias en 8 *Eur. Rev. Private Law* 83 (2000)].

La segunda capa también está controlada por normas consuetudinarias e instrumentos de solución consuetudinarios, pero unas y otros tienen, al menos en parte, diferentes bases y naturalezas. Se enmarcan en el Derecho local tradicional y su aplicación se asegura por factores sociales y valores como el oportuno mantenimiento del orden y la confianza en que los demás van a cumplir con las normas sociales. Éste sería el caso de las relaciones de vecindad, del ejercicio de los *property rights* (sobre todo fuera de contextos urbanos)⁴¹, de un gran número de negociaciones de pequeño valor⁴² y de las transacciones habituales sobre pequeños daños derivados de accidentes⁴³.

La tercera capa es la que podríamos denominar «capa ordinaria formal», en la que se hallan la mayoría de actividades humanas —a las que se refieren habitualmente los discursos jurídicos— y en la que los comportamientos, las titularidades y las disputas son controladas con frecuencia por el Derecho «oficial» y por el circuito formal de resolución.

La cuarta y última capa es la que denominaríamos «capa del comercio transnacional», donde las normas sustantivas derivan de los usos del comercio internacional (la llamada *lex mercatoria*) y donde los operadores comerciales tienden a adoptar instrumentos de autorresolución de conflictos, utilizando sus propios jueces y sus propios tribunales⁴⁴.

Capas, falsas concepciones y subcapas.—Debemos tener en cuenta otras consideraciones:

En primer lugar, debemos referirnos a la estratificación y a su importancia para evitar falsas concepciones.

Las capas legales siempre han existido, aunque la actitud positiva mantenida desde antaño por profesores e investigadores jurídicos ha ocultado enérgicamente este fenómeno en sus tratados y

⁴¹ Véase R. SACCO, «Il diritto non scritto», en G. ALPA *et alii*, *Le fonti del diritto italiano, II: Le fonti non scritte e l'interpretazione*, en R. Sacco (ed.), *Tratt. Dir. Civile*, Utet, Torino, 1999, pp. 1, 17 ss.; A. GAMBARO, «Perspectives on the codification of the law of property», 5 *Eur. Rev. Private L.* 497 (1997).

⁴² La franja de «pequeño valor» parece irrelevante en el análisis de S. MACAULAY, «Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study», 28 *Am. Sociological Rev.* 55 (1963). Véase también B. KLEIN y K. B. LEFFLER, «The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance», 89 *J. Pol. Econ.* 615 (1981); O. E. WILLIAMSON, «Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange», 73 *Am. Econ. Rev.* 519 (1983); A. T. KRONMAN, «Contract Law and the State of Nature», 1 *J. L. Econ. & Org.* 5 (1985).

⁴³ R. C. ELLICKSON, *Order Without Law. How Neighbors Settle Disputes*, Harv. Un. Press: Cambridge, Mass.-Londres, UK, 1991, pp. 50 ss., 87 ss., 185 ss. y 209 ss.

⁴⁴ Y es en esta dimensión en la que debe apreciarse el esfuerzo de UNIDROIT para capturar este fenómeno y darle forma mediante un conjunto visible de reglas.

libros, así como en los programas y métodos educativos. Cabe recordar, por ejemplo⁴⁵, que los codificadores nacionales de los siglos XIX y XX, por un lado, incluyeron de hecho la mayoría de reglas consuetudinarias y tradicionales en sus textos y, por otro lado, pudieron confiar implícitamente en el conocimiento del Derecho por parte del poder judicial⁴⁶, estando el ámbito del comercio internacional, como hoy en día, en manos de convenios y costumbres internacionales. Sin embargo, la sombra de dos siglos proyectada sobre esta materia hace que el movimiento de codificación actual sea incapaz de respaldar soluciones que contemplen de forma enriquecedora las estratificaciones existentes. La única excepción posible la constituye, como es habitual, la atención prestada a las normas de la capa del comercio internacional. No hace falta decir que el vocabulario impreciso adoptado en la mayoría de regulaciones producidas por UNIDROIT y la Comisión Lando no representa más que una ventana expresamente abierta al juego de reglas informales.

La segunda observación, que también tiende a prevenir cualquier equivocación, se refiere a las capas que incluyen las relaciones de «parentesco» y de «vecindad».

Una posible crítica, basada en que estas capas existen debido precisamente a que lo permitiría el Derecho «formal», estaría fundado en una falsa premisa. La verdad es que, en el contexto actual, este conjunto de normas existiría de todas formas y el Derecho formal lo único que ha hecho ha sido reconocerlas sin más. Más bien cabe recordar que las dos capas mencionadas están también cubiertas por Derecho «oficial» y controladas por un «circuito formal de resolución». Sin embargo, la cuestión es que no solamente las estadísticas (que pueden permitirnos incluso una información indirecta para interpretar la realidad), sino también las percepciones sociales y la administración cotidiana del Derecho muestran que se trata de capas en las que la fuente relevante y directa del orden social⁴⁷

⁴⁵ En general, constituye un punto de partida poco original afirmar que los ciudadanos pueden convertirse en vigilantes que utilizan la autoayuda en la aplicación de las normas jurídicas; que —opuestamente— oficiales de policía pueden aplicar éticas personales en lugar de las normas en su trabajo diario; que, cuando los tribunales tienen en cuenta los usos comerciales, el Estado está aplicando normas creadas por grupos sociales (R. C. ELLICKSON, *supra* nota 43, p. 132).

⁴⁶ Véase amplia bibliografía en la materia en R. SACCO, *Le fonti non scritte*, *supra* nota 41, pp. 5 ss.

⁴⁷ Sobre el papel que juegan las normas no oficiales en la consecución del orden social, véase, por ejemplo, W. G. SUMMER, *Folkways: A Study of the Sociological Importance of Usages, Manners, Customs, Mores and Morals*, Ginn & Co: Boston, 1907 (Arno Press: New York, 1979, reimpression); L. L. FULLER, «Human Interaction and the Law», en R. P. Wolf (ed.), *The Rule of Law*, Simon & Schuster, New York, 1971; R. C. ELLICKSON,

es alguna cosa diferente al Derecho «oficial» y al circuito «formal»⁴⁸.

El último comentario se refiere precisamente a la capa «ordinaria».

Esta capa está muy lejos de ser compacta, esto es, lejos de mostrar una lógica interna y coherente que se corresponda con los rasgos de lo que los abogados nacionales (del continente) ven como un «sistema».

Además, en cada país europeo tanto el legislador como el usuario del Derecho encuentran en muchos campos otro tipo de estratificación, que afecta tanto al lenguaje jurídico —contrato, *contract* y *contrat*; daño, *tort* y *illicito*; propiedad, *property* y *Eigentum*, no son sinónimos— como a las normas jurídicas. Consideremos un conocido y claro ejemplo: el panorama europeo del Derecho de contratos.

En este campo uno se da cuenta de que los sistemas europeos se caracterizan, de forma creciente, por una evidente fragmentación, que algunos han descrito como una bipartición, pero que puede representarse de otra manera.

En primer lugar, existen los contratos de consumo, en los que un consumidor es «toda persona física que [...] actúe en un propósito ajeno a su actividad profesional» [art. 2 (b) de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores]. Se trata de contratos cuyo rasgo más significativo es la atenuación del extendido dogma del consensualismo, en concreto la idea según la cual la totalidad de los efectos de un contrato deriva del acuerdo de voluntades fijado en el momento de su formación. De hecho, basta con recordar que el consumidor puede retirar su oferta, rescindir el contrato o resolverlo, con independencia de cualquier cláusula que haya firmado⁴⁹.

En segundo lugar, tenemos los llamados contratos mercantiles, en los que ambas partes son empresarios. Estos contratos de negocios, aunque no son siempre permeables a la revisión en términos de desigualdad en el poder de negociación, quedan fuera del ámbi-

supra nota 43, y, entre los economistas, B. KLEIN y K. B. LEFFLER, O. E. WILLIAMSON, A. T. KRONMAN, citados *supra* nota 42.

⁴⁸ En ambas capas puede observarse fácilmente que las recompensas se refieren tanto a bienes, servicios u obligaciones a las que una persona asignaría un valor positivo (económico o no económico), y los castigos son bienes, servicios u obligaciones a los que una persona asignaría un valor negativo (económico o no económico). Véase, R. C. ELLICKSON, *supra*, nota 43, especialmente, pp. 123 ss.

⁴⁹ Véase W. VAN GERVEN, «A Common Law for Europe: The Future Meeting The Past?», 9 *Eur. Rev. Priv. Law* 485 (2001); R. SACCO, *Formation of Contracts*, en A. Hartkamp *et alii* (eds.), *supra* nota 2, pp. 191 ss.; C. JOUSTRA, *Consumer Law*, *ibidem*, pp. 133 ss.

to del Derecho comunitario de protección del consumidor y solamente en algunas áreas (por ejemplo, transferencias de tecnología, franquicia) quedan sujetos a normas comunitarias. Además, como hemos dicho, los contratos mercantiles⁵⁰ con frecuencia regulan tanto la elección del tribunal competente como de la ley aplicable o (la mayoría de las veces) desplazan sus litigios fuera de la jurisdicción ordinaria, atribuyendo la competencia a tribunales arbitrales compuestos por árbitros privados.

Fuera de esta bipartición, encontramos el importante y especial nicho de los contratos de trabajo (que están controlados por reglas legales en todo el continente)⁵¹ y, finalmente, el amplio grueso de lo que llamamos «contratos civiles» —que se distinguen, a su vez, entre contratos típicos y atípicos.

Capas y lecciones.—Sea cual sea el objetivo perseguido por la integración jurídica europea, para que dicha integración sea efectiva y no meramente deseable, debe tenerse en cuenta esta estratificación en varios niveles. La necesidad de tener presentes los sistemas multinivel viene reforzada si queremos ser plenamente conscientes de las relaciones jurídicas que queremos regular e incluir en un código o en otro tipo de regulación. Además, este análisis resulta necesario para entender: *i)* qué clase y qué nivel de integración se persigue; *ii)* para qué áreas del Derecho privado, *iii)* cuál es el equilibrio correcto a alcanzar entre el objetivo ampliamente compartido de reducir los costes de transacción, de una parte, y, de otra, prever opciones basadas en el mantenimiento del statu quo, la promulgación de varias directivas, la adopción de un código, la redacción de una especie de *Restatement*, etc.⁵²

⁵⁰ Especialmente en casos de contratos internacionales su régimen jurídico suele quedar delimitado por los usos comerciales internacionales, conocidos como *lex mercatoria*. Sobre la elección crítica de si incluir o no estos contratos en un código, véase K. D. KERAMEUS, «Problems of drafting a European Civil Code», 5 *Eur. Rev. Priv. L.* 475 (1997).

⁵¹ Para un examen general, R. BLANPAIN, *European Labour Law*, 7.ª ed., La Haya-Londres-Boston, 2000; B. BERCUSSON, «Freedom of Association and Fundamental Trade Union Rights», en ETUI (ed.), *A Legal Framework for European Industrial Relations*, Bruselas, junio 1999, pp. 7 ss.; S. SCIARRA, «From Strasbourg to Amsterdam. Prospects for the Convergence of European Social Rights Policy», en P. Alston (ed.), *EU and the Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 488.

⁵² Los costes relacionados con el statu quo son fáciles de especificar: revisten básicamente la forma de costes de información. En un contexto en el que diversos sistemas jurídicos pueden estar implicados en una particular transacción jurídica, la diversidad crea impredecibilidad y requiere un conjunto de profesionales especializados. En consecuencia, una parte importante de los recursos de las empresas debe destinarse a pagar a profesionales especializados en prestar servicios de asesoramiento en transacciones y litigios, en lugar de destinarse a actividades creadoras de riqueza. Sobre estos temas, véase U. MATTEI, *supra* nota 24; A. GAMBARO, *supra* nota 12.

Considerar la estratificación mencionada, sin embargo, también significa tener presente que no todas las capas de un sistema jurídico estratificado son como prendas que se pueden poner y quitar cuando uno quiera. De hecho, muy pocas de ellas lo son. Una vez que una capa ha aparecido, ya no es posible eliminarla completamente. Para ilustrar este fenómeno, sería imposible para los sistemas jurídicos «formales» francés e italiano decidir de la noche a la mañana convertirse en sistemas de *common law*.

Ciertamente, en sistemas jurídicos estratificados, no todas las capas tienen un grado de resistencia comparable con la que tiene la tradición del *civil law* en Francia o la tradición del *common law* en Inglaterra. Por ejemplo, es harto conocido que la cuarta capa, la referida al «comercio transnacional», está fuertemente armonizada en los distintos sistemas jurídicos occidentales⁵³.

Además, se puede señalar que durante las últimas décadas la capa consuetudinaria sobre la que se desenvuelven las relaciones de familia ha convergido también a través de los sistemas jurídicos, permitiendo a los individuos aceptar casi instintivamente la legislación básicamente idéntica aprobada en los Estados europeos⁵⁴. En cuanto a la segunda capa de origen consuetudinario, se puede sostener que sufrirá la misma convergencia debido a la propagación de unos valores compartidos y a que las tradiciones y raíces históricas afectarán las creencias de individuos y juristas de forma que será imposible superarlas por medio de un esfuerzo integrador *top down*⁵⁵.

La clave es, sin embargo —como han puesto de relieve obras de Derecho comparado con un enfoque histórico y antropológico⁵⁶—, que para las dos capas consuetudinarias acabadas de citar, fuertemente basadas en costumbres y en diferentes valores y tradiciones, cualquier intento de integración jurídica solamente será eficaz si las autoridades legislativas adaptan las reglas existentes a las nuevas que se pretendan adoptar.

Si todo lo anterior se considera seriamente, parece que sólo la tercera capa (a la que llamé «capa ordinaria formal» y que actualmente es la más centralizada por el Estado y, por ello, la más resis-

⁵³ Sobre (algunos de) los problemas colaterales de la armonización, véase Chr. JOERGES, «Interactive Adjudication in the European Process? A demanding Perspective and a Modest Example», en 8 *Eur. Rev. Private L.* 1 (2000).

⁵⁴ Véase, por ejemplo, R. SACCO, *supra* nota 15, p. 165.

⁵⁵ Sobre este punto, cfr., por ejemplo, P. LEGRAND, *supra* nota 26, y A. GAMBARO, *supra* nota 12.

⁵⁶ Véase, por ejemplo, P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Bari-Roma, 1996, *passim*; K. VON BENDA-BECKMANN, «Why Bother About Legal Pluralism? Analytical and Policy Questions: An Introductory Address», en *Commission on Folk Law and Legal Pluralism*, XXXIX Newsletter 1997, pp. 14 ss.

tente a una convergencia espontánea) es la que con más probabilidad va a verse afectada –de hecho, ya lo está– por el debate actual sobre la factibilidad de una integración jurídica europea mediante un código u otros instrumentos jurídicos adoptados por parte de una autoridad⁵⁷. En otras palabras, es en esta capa donde, con mayor probabilidad y en un futuro no muy lejano, se producirá un gran impacto como consecuencia de los intentos de integración por parte de las autoridades⁵⁸.

V. CONCLUSIÓN

En primer lugar, la conciencia sobre la existencia de estratificaciones jurídicas es un factor que confirma la razonabilidad de adoptar, como marco metodológico de la investigación del *Common Core*, un enfoque objetivo y una metodología de pregunta-respuesta, enfoque y metodología que requieren información sobre todos los elementos relevantes que afectan a las soluciones jurídicas de

⁵⁷ Puede ocurrir que algunas de las rutinas jurídicas, en las que se sustenta la «capa ordinaria formal», dejen de ser percibidas como óptimas. Sin embargo, no se cambian porque la posibilidad de una alternativa es simplemente ignorada, porque los costes de modificar el conjunto de instituciones están mal calculados o simplemente porque los incentivos a la modificación institucional no están instaurados adecuadamente. Es cierto, sin embargo, que debido a la complejidad del sistema jurídico como una suma de instituciones formales e informales, cada capa y cada jurista está a gusto con sus propias rutinas y percibe un cambio global como algo ineficiente o demasiado complicado. Obviamente, también hay juristas, en particular la doctrina más innovadora, que aboga por algunos cambios, sobre todo en el ámbito de las instituciones formales. Pero siempre que se analizan los aspectos más profundos del marco jurídico (aquellos aspectos que conforman y afectan la actitud cultural de los juristas), se temen los cambios o incluso se ven como imposibles. Esto es lo que hace a una tradición jurídica o, si se prefiere, al estilo de un determinado sistema jurídico, ser marcadamente *path dependent*. Sobre todo esto, véase U. MATTEI, *supra* nota 24.

⁵⁸ Si esto ocurre, la efectividad de la integración estará, en cualquier caso, determinada por la capacidad de desarrollar y controlar un nuevo y crucial instrumento. Se trata del crecimiento de un marco común para todos los juristas, operadores jurídicos y la doctrina. Para implementar el grado concreto de integración, será necesario, por ejemplo, analizar la compleja relación entre todos los «rasgos jurídicos» de los sistemas concretos, esto es, todos los elementos que conforman el Derecho (Leyes, principios generales, definiciones concretas, fundamentos, sentencias, etc.). Además, para observar el grado de integración alcanzado, será necesario no solamente conocer cómo actúan los Tribunales, sino también analizar las influencias a las que están sometidos los Jueces en un determinado sistema. Estas influencias pueden surgir porque la doctrina haya apoyado ampliamente una innovación doctrinal, pero también pueden referirse a la formación personal del Juez –un Juez que provenga del ámbito académico tenderá a poner más atención a la opinión doctrinal que un Juez que siempre haya actuado en la práctica del Derecho–. Una de estas influencias es la interpretación literal de una Ley nacional, aunque pronunciamientos judiciales previos la hayan censurado, porque siempre es posible que los Tribunales acudan al texto de un precepto legal. Esta compleja dinámica puede cambiar considerablemente de un sistema jurídico a otro, así como de un área de Derecho a otra (sobre todo esto, véase R. SACCO, *supra* nota 5, *passim*).

un determinado caso, incluyendo consideraciones de tipo práctico y político, factores económicos y sociales, contexto social y valores, así como la estructura del ordenamiento jurídico (organización de Tribunales, estructura administrativa, etc.)⁵⁹.

En segundo lugar, el conocimiento de todos los elementos relevantes y de todos los factores en juego resulta crucial para proponer una integración jurídica europea (mediante un código «tradicional», un modelo tipo *Uniformed Commercial Code* u otros) que aspire a superar las agendas personales y las nacionalidades de los órganos decisorios implicados.

En tercer lugar, la estratificación existente en los sistemas jurídicos requiere que seamos conscientes sobre qué derecho sería y podría ser efectivamente integrado o codificado, y que esta elección sea hecha en consecuencia.

En cuarto lugar, cualquier integración jurídica implica la producción de reglas nuevas para todos (o al menos para algunos de) los operadores jurídicos de los sistemas implicados. La implementación de tales normas requiere una clase de intérpretes –Jueces, Abogados, doctrina– conocedores de las nuevas normas y de sus fundamentos. La ausencia de este conocimiento a corto plazo, así como (a largo plazo) la estrechez de tradiciones fuertemente arraigadas con relación a diferentes conceptos, nociones y sus interrelaciones pueden conducir todo esfuerzo «integrador», por no decir ya una codificación, a un callejón sin salida⁶⁰.

Finalmente, en un continente que se refiere a los valores cristianos como uno de sus fundamentos nucleares, la doctrina jurídica debería ser consciente de que cualquier falta de conocimiento relevante –como habría dicho Robert Browning⁶¹– «*is not innocence but sin*».

⁵⁹ Véase M. BUSSANI y U. MATTEI, *supra* nota 5, p. 354 (apéndice 1).

⁶⁰ O hacia un destino no tan diferente al de muchos códigos importados, cuyas tumbas llenan los cementerios legales de muchas ex colonias. Véase A. GAMBARO, *supra* nota 31, p. 454.

⁶¹ *The Inn Album*, V (1875), en C. PORTER y H. A. CLARKE (eds.), *Red cotton night-cap country; The inn album; The two poets of Croisic, by Robert Browning*, New York, Boston, T. Y. Crowell & Co, 1898.

La sucesión intestada de la Generalidad de Cataluña

SUSANA NAVAS NAVARRO
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: PARTE I: I. *El régimen jurídico de la sucesión legítima con anterioridad a la aplicación de la denominada Ley de Mostrencos de 1835:* 1. El régimen sucesorio señorial y la sentencia arbitral de Guadalupe de 21 de abril de 1486: 1.1 *La intestia.* 1.2 *La exorquia.* 1.3 *La gratificación.* 1.4 *El derecho de primogenitura.* 2. *La renuncia* en la sucesión intestada regular. La excepción a la femineidad o, por contraste, el derecho del másculo; 3. *El Fiscus* como heredero intestado. Las regalías. II. *El episodio de la denominada Ley de Mostrencos de 1835 en su aplicación en Cataluña:* 1. Su contexto histórico. 2. La posición del *Fiscus* según el Derecho Romano catalán tras el Decreto de Nueva Planta. Su consideración después de la publicación de la Ley de Mostrencos de 1835. III. *El heredero in extremis en los Proyectos de Apéndice de Derecho catalán al Código Civil:* 1. El Proyecto de Apéndice de Duran i Bas. 2. La Academia de Derecho y su Proyecto de Apéndice. 3. El Proyecto de Apéndice de Almeda y Trías. 4. El Proyecto de Apéndice de Romaní i Puigdengolas y Trías i Giró. 5. El Proyecto de Apéndice de Permanyer i Ayats. 6. El Proyecto de Apéndice de 1930 revisado en 1931. IV. *La labor del Parlamento catalán durante el período republicano:* 1. *La Llei de Successió intestada de 7 de julio de 1936:* La sucesión de la Generalidad de Cataluña. 2. La autonomía financiera y el patrimonio de la Generalidad en ese período. V. *La regulación por remisión al Código Civil del artículo 248 de la Compilación de 1960.* VI. *Las referencias al Estado se entienden hechas a la Generalidad de Cataluña por mor de la Reforma de la Compilación en 1984:* 1. La técnica de las remisiones aplicada al modificado artículo 248; 2. El llamamiento de la Generalidad de Cataluña. VII. *Los artículos 27 y 28 de la Ley 9/1987, de 25 de mayo, de Sucesión Intestada:* 1. Cuestiones generales. 2. El procedimiento administrativo a seguir. PARTE II: I. *Presupuestos de la adquisición iure delationis de las herencias intestadas por la Generalidad de Cataluña:* 1. El causante ha de ostentar la vecindad civil catalana. 2. Apertura de la sucesión legal: 2.1 Previo. 2.2 Hipótesis angulares de interés respecto del llamamiento in extremis de la Generalidad de Cataluña: 2.2.1 Exclusión de la Generalidad de Cataluña como heredera legal en

testamento. 2.2.2 La distribución de toda la herencia en legados. El Derecho tortosino. 2.2.3 El supuesto del artículo 27 CS. 3. Ausencia de otros herederos intestados. El artículo 34 Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja (LUEP). 4. La previa declaración judicial de heredero en favor de la Generalidad de Cataluña: 4.1 Función. Situación de yacencia forzosa. 4.2 Legitimación procesal de la Generalidad. II. *Imposibilidad de repudiar la herencia deferida en favor de la Generalidad*: 1. El artículo 348 CS. 2. Otros derechos autonómicos. III. *La limitación de la responsabilidad de la Generalidad en cuanto heredera ab intestato. Referencia al artículo 33 en relación con los artículos 35 y 36 CS*: 1. El concepto de patrimonio de la Generalidad. La separación de núcleos patrimoniales. 2. Breve referencia a los Derechos vasco, aragonés, navarro y gallego. IV. *La administración de la herencia*: 1. Fase previa a la declaración judicial de heredero en favor de la Generalidad catalana: 1.1 Período anterior al inicio del procedimiento: 1.1.1 Sujetos que deben y pueden comunicar el óbito de una persona. 1.1.2 Administración conservativa del patrimonio hereditario. 1.2 La tramitación del procedimiento judicial hasta la declaración de herederos. 2. La herencia deferida a la Generalidad como herencia en administración «especial»: 2.1 Inicio de la administración. 2.2 La persona del administrador. 2.3 Facultades del administrador. Actos de disposición. 2.4 Responsabilidad del administrador. 2.5 Cese en las funciones administradoras. V. *La herencia «administrada» como herencia tendente a su liquidación*: 1. Los acreedores hereditarios: 1.1 Pago de los derechos de crédito. 1.1.1 Forma de pago. 1.1.2 Derechos de crédito no vencidos o exigibles. 1.2 Situación de insolvencia. 1.3 Facultades de los acreedores. 1.4 Reclamación de los derechos de crédito. 2. La liquidación de las relaciones jurídicas unisubjetivas: 2.1 La Generalidad-heredera como acreedora del causante. 2.2 La Generalidad-heredera como deudora del causante. 3. Pago de legados. 4. Aparición de nuevos acreedores: 4.1 Sucesión regida por la Ley de Sucesión Intestada (1987) o por el Código de Sucesiones (1991). 4.2 Sucesión regida por la Compilación de 1984. 5. Aparición de un heredero voluntario o legal una vez distribuido el remanente. 6. Venta de bienes hereditarios. Excepción de determinados bienes de la venta. 6.1 Sucesión regida por la Ley de Sucesión Intestada (1987) o por el Código de Sucesiones (1991). 6.2 Sucesión regida por la Compilación de 1984. VI. *Las entidades beneficiarias del remanente*: 1. La distribución del remanente: 1.1 Sucesión regida por la Ley de Sucesión Intestada (1987) o por el Código de Sucesiones (1991). 1.2 Sucesión regida por la Compilación de 1984. 2. La Junta Distribuidora de Herencias. 3. Establecimientos con derecho a una participación en el caudal relicto líquido: 3.1 Sucesión regida por la Ley de Sucesión Intestada (1987) o por el Código de Sucesiones (1991). 3.2 Sucesión regida por la Compilación de 1984. 4. La configuración jurídica de la asignación de bienes a las entidades benéfico-docentes. VII. *Bibliografía utilizada*.

PARTE I

I. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SUCESIÓN LEGÍTIMA CON ANTERIORIDAD A LA APLICACIÓN DE LA DENOMINADA LEY DE MOSTRENCOS DE 1835

Cuando se aborda el estudio de la sucesión intestada en Cataluña y se dirige la mirada, en primer término, a la doctrina catalana contemporánea¹ para analizar el objeto de nuestro comentario en los textos legales catalanes vigentes y, en un momento posterior, para remontarse a su génesis histórica, nos apercibimos de que la nota a destacar, en su evolución, es el cambio de criterio del Tribunal Supremo que representa la *sentencia de 20 de marzo de 1893*. A partir de esta decisión judicial, dicho Tribunal vino considerando insistentemente, si bien no dejó de haber alguna resolución en sentido contrario, que el Derecho aplicable en Cataluña, en materia de sucesión intestada, era el recogido por la *Ley de adquisiciones a nombre del Estado de 9-16 de mayo de 1835*, o también, denominada *Ley de Mostrencos*² que se incorporaría al Código Civil. Con anterioridad, por tanto, a dicha sentencia, se advierte, por los tratadistas, y por el propio Tribunal Supremo, que el Derecho aplicable, en territorio catalán, era el Romano y, particularmente, las *Novelas 118 y 127 de Justiniano*³.

¹ J. GASSIOT MAGRET, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1962, p. 274; L. PUIG I FERRIOL y E. ROCA I TRÍAS, *Fundamentos de Derecho Civil de Cataluña*, III, vol. II, Barcelona, 1980, p. 224.

² La exposición de motivos de la Ley 9/1987, de 25 de mayo, de Sucesión Intestada (en adelante, LSI), puso de relieve este evento al señalar que: «*Catalunya va disposar d'un règim autòcton de successió intestada –prescindint de la concreció pràctica i de la valoració que se'n pot fer– fins que una interpretació jurisprudencial poc afortunada i molt discutible de la Ley de Adquisiciones del Estado, del 16 de maig de 1835, coneguda per Ley de Mostrencos, va donar lloc a l'aplicació del sistema que després passaria al Codi Civil*». Evidentemente, este parecer también estuvo presente en el debate de dicha Ley, así el señor Pujol i Folcrà, del Grupo Popular, al defender el voto particular al Proyecto de Ley manifestará que «*la successió intestada era, sens dubte, un dels instituts més necessitats de desenvolupament legislatiu. Al llarg de tot un segle, i a causa de la interpretació que, per via jurisprudencial, imposà el Tribunal Suprem, les intestades catalanes s'han regit pel Codi Civil, excepció feta de les particularitats que, després de la revisió general a l'article 248, recull l'actual Compilació en els seus articles 249, 50 i 51*» (D. S. de 13 de mayo de 1987, núm. 72.2, P-Núm. 97, p. 4.441). El orden sucesorio intestado quedó configurado, según el artículo 2 de la Ley de 1835, del siguiente modo: 1.º Descendientes legítimos y legitimados; 2.º Ascendientes; 3.º Colaterales hasta el cuarto grado; 4.º Hijos naturales legalmente reconocidos; 5.º Cónyuge; 6.º Colaterales desde el quinto hasta el décimo grado; 7.º Estado.

³ Con Justiniano se trazó un nuevo sistema de sucesión intestada, mediante las *Novelas 118 y 127*, que abolió la legislación precedente y determinó cuatro clases de sucesores:

Ciertamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1893 marcó un punto de inflexión en el Derecho sucesorio intestado catalán, sobre todo porque ya se había publicado el Código Civil y su originario artículo 12.2 prescribía que:

«... sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como Derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus Leyes especiales.»

La cuestión, por tanto, era determinar si se podía considerar que la Ley de Mostrencos modificaba, o incluso derogaba, el Derecho catalán al tratarse de una norma de aplicación general o, por contra, no era posible, pues la misma Ley parecía dejar vigente el Derecho autóctono cuando, su artículo 2.1, preceptuaba que «corresponden al Estado los bienes de los que mueran o hayan muerto intestados sin dejar personas capaces de sucederles *con arreglo a las Leyes vigentes...*». Leyes vigentes que se referían, en el caso de Cataluña, a su legislación propia⁴. Determinado este aspecto, se resolvía el extremo relativo a la normativa aplicable a la sucesión intestada en los territorios de Derecho foral a raíz de la publicación del Código Civil y, en concreto, del viejo artículo 12, párrafo 2.º

En esta dirección, bien se puede definir la situación de la sucesión legítima en Cataluña *antes, durante y después* de la aplicación de la Ley de adquisiciones a nombre del Estado para llegar, de esta guisa, al régimen jurídico actual encarnado, básicamente, por los artículos 347 y 348 del Código de Sucesiones.

descendientes, ascendientes, hermanos y parientes en la línea colateral. En último lugar, fue llamado el cónyuge superviviente que no se contemplaba por la Novela 118, lo que provocó que permaneciera vigente la *bonorum possessio unde vir et uxor* (B. BIONDI, *Istituzioni di Diritto romano*, Milán, 1965, p. 738; J. ARIAS RAMOS y J. A. ARIAS BONET, *Derecho romano. Obligaciones. Familia. Sucesiones*, II, 17.ª ed., Madrid, 1984, p. 836). Las Noveles antecitadas no establecieron ningún límite de grado respecto de los *cognati*. De ahí que en la doctrina romanista se pueda vislumbrar una doble dirección: aquella que considera que, ante el silencio de estas disposiciones, la limitación de grado era la señalada por el edicto del Pretor (P. VOCI, *Istituzioni di Diritto romano*, 3.ª ed., Milán, 1954, p. 448; A. D'ORS, *Derecho privado romano*, 7.ª ed. revisada, Pamplona, 1989, p. 325, nota núm. 2; J. ARIAS RAMOS y J. A. ARIAS BONET, *Derecho*, II, p. 836); y aquella otra que sostiene la ilimitación de grado (J. IGLESIAS, *Derecho romano*, 6.ª ed., Barcelona, 1979, p. 690; J. MIQUEL, *Lecciones de Derecho romano*, Barcelona, 1984, p. 370). El edicto pretorio estableció la *successio ordinum et gradum* (D 38, 9, 1, 10). Las categorías de los llamados en orden sucesivo, por el Pretor, a la *bonorum possessio* eran cuatro: *liberi, legitimi, cognati, vir et uxor* (D 38, 6, 11). Se instauró un límite sólo en la categoría de los *cognati* respecto de los colaterales: el sexto grado por vía de mujer y el séptimo grado sobrino *vel* sobrina. En defecto de ellos, y cuando los gentiles no son llamados a la herencia, el *as* hereditario redundaba en beneficio del Fisco.

⁴ Así lo entendió el Tribunal de Casación de Cataluña en la época republicana. Particularmente, las sentencias de 26 de julio de 1935, de 16 y de 28 de mayo de 1936, a las que haremos referencia en líneas posteriores.

Como se ha señalado, ha sido —y es sentir común— que las Nove-las justinianas vinieron siendo aplicadas, en Cataluña, hasta la aplicación de la Ley de adquisiciones a nombre del Estado de 9-16 de mayo de 1835. Ahora bien, esta visión es parcial y simplista porque es difícilmente pensable que, desde la Recepción hasta la Edad Contemporánea (en concreto, la Ley de Mostrencos), el sistema sucesorio romano rigiera sin fisuras en territorio catalán. Del mismo parecer es Salvador Coderch, el cual manifiesta, contundentemente, que *«la respuesta es clara: de ninguna manera. Y es que en realidad se puede comprobar que a lo largo de la historia del Derecho catalán, el orden romanista se ha venido aplicando con quiebras muy importantes. Tradicionalmente la doctrina sólo ha destacado el punto de ruptura que el Derecho contemporáneo ha conservado (sucesión troncal de los impúberes, art. 251 Comp.), por aquello de que la historia se hace desde el punto de vista que interesa al presente, pero la evolución del sistema romano-catalán de la sucesión intestada ha sido muchísimo más compleja. Las deformaciones a que en ocasiones fue sometido el sistema lo hacían irreconocible o quizá, simplemente, no vigente durante largo período de tiempo y para sectores enteros de la población. De forma pura, la normativa justiniana tal vez se ha aplicado sin quiebras importantes sólo a partir de la Edad Contemporánea. Antes hay que tener en cuenta sus quiebras o, si se prefiere, la normativa específica que lo desplazaba»*⁵.

Esta *«normativa específica que [...] desplazaba»* el régimen sucesorio intestado romano —en realidad, lo hacía total o parcialmente no vigente según los casos— se concretaba en aquella normativa que regía en la época feudal, especialmente, en los *Usatges* y en varias *Colecciones de Costumbres* que, a lo largo del Medioevo, se realizaron por los juristas catalanes, así como en particulares prácticas, que se plasmaron no sólo en obras jurídicas posteriores, sino también, incluso, en las decisiones de la antigua Real Audiencia de Cataluña denominada *Sacrii Regii Senatus*. Mediante esta normativa se regulaba no sólo la sucesión en los feudos, sino también la sucesión en los demás bienes del fallecido, independientemente, en muchos casos, de que hubiera dispuesto o no de los bienes para después de su muerte. Por tanto, en este momento, el análisis debe girar en derredor del régimen sucesorio señorial.

⁵ P. SALVADOR CODERCH, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XXIX, vol. III, Madrid, 1986, p. 3. La negrita es nuestra.

1. EL RÉGIMEN SUCESORIO SEÑORIAL Y LA SENTENCIA ARBITRAL DE GUADALUPE DE 21 DE ABRIL DE 1486

A fines del siglo XIII, en 1283, las Cortes de Barcelona obtuvieron de Pedro III una Constitución (*Item quod in terris*) cuyo tenor era el siguiente:

«En las terras e locs hon los homens son acostumats de reembre, no transporten lur domicili als nostres locs si nos reeman e no puxan tenir honors e possessions...»⁶.

Este texto ponía de relieve la situación del campesinado catalán *adscrito permanentemente* a la tierra⁷ y de la cual sólo podía *desprenderse* pagando un canon (redención obligatoria, *remença*) al Señor. Junto a ello, los Señores, probablemente como consecuencia de la crisis económica y demográfica provocada por las epidemias (*el mal any primer*) y la peste negra de 1348⁸, agravaron la situación y condición de los payeses arrebatándoles no sólo los *masos rònecs* (parcelas de tierra despobladas que habían incorporado a sus explotaciones), sino también aplicando de modo abusivo los denominados «malos usos» y el *ius malectractandi*⁹.

⁶ *Constitucions y altres Drets de Catalunya, compilats en virtut del Capítol de Cort LXXXII, 1704* (Casa de Joan Pau Martí y Joseph Llopis, Estampers, Barcelona, 1973), cap. XXII, tít. XXXII, l. IV, vol. I. Se contenían particulares referencias a la cuestión del agro catalán en la Constitución *Item ordinamus et statuimus* otorgada por las Cortes de Alfonso II, en Monzón, en 1289 (cap. XXIX) y en la Constitución *Item quod aliquis homo*, otorgada por las Cortes de Jaime I, en Barcelona, en 1291 (cap. XXII). Estas Constituciones son también citadas por J. COROLEU E INGLADA, *El feudalismo y la servidumbre de la gleba en Cataluña*, Imprenta y Librería de V. Dorca, Girona, 1878, pp. 19-20; J. VICENS VIVES, *Historia de los Remensas (siglo xv)*, 1.ª ed., Barcelona, 1978, pp. 28-29; W. PISKORSKI, *El problema de la significación y del origen de los seis «malos usos» en Cataluña*, vertido del ruso por J. RODRÍGUEZ DANILOVSKY, Barcelona, 1929, p. 56; E. DE HINOJOSA, *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña*, Madrid, 1905, p. 215.

⁷ También aparece reflejada esta coyuntura socio-económica y político-jurídica en el *Usatge* núm. 36 «*Qui solidus*» (*Constitucions*, cap. VIII, tít. XXX, l. IV, vol. I):

«*Qui solidus est de seniore optime debet illi servire secundum suum posse vel secundum illorum conventionem; et senior debet ipsum habere contra conctos et nullus contra eum. Propterea nullus debet facere solidanciam nisi ad unum solum seniore, nisi concesserit ei senior cuius primum solidus fuerit.*»

Seguimos la edición bilingüe del texto preparada por F. VALLS TABERNER, *Los Usatges de Barcelona*, Departamento de Historia del Derecho de la Universidad de Barcelona. PPUB, 1984; J. COROLEU E INGLADA, *El feudalismo*, p. 10.

⁸ J. VICENS VIVES, *Historia*, pp. 32 y 43-44; J. M.ª PONS I GURI, «Motivacions jurídiques de la Sentència Arbitral de Guadalupe», *Recull d'estudis d'Història jurídica catalana*, III, Fundació Noguera, Barcelona, 1989, p. 264.

⁹ J. M.ª SALRACH, «La Corona de Aragón», IV, *Feudalismo y consolidación de los Pueblos hispánicos (siglos XI-XV)*, *Historia de España*, dir. por M. Tuñón de Lara, 2.ª ed., Madrid, 1980, pp. 310-311; J. VICENS VIVES, *Noticia de Cataluña*, 1.ª ed., Barcelona, 1980, p. 37; de este último autor vide *Historia*, p. 32. En torno al *ius malectractandi*, véase la

La cuestión del agro catalán quedó solucionada, tras largos años de luchas, revueltas, discusiones, acercamiento de las posiciones encontradas, por la *Sentencia Arbitral de Guadalupe de 1486*, la cual ha sido una de las decisiones regias más nombradas entre todas aquellas que formaban parte de la legislación real¹⁰. Fue ésta la que abordó, abiertamente, el problema de los *payeses de remensa* al abolir los malos usos: «*los quales son remença personal, intestia, cugucia, xorquia, arcia e firma de spoli violenta, y ya sea que por usages de Barchinona y constituciones de Cathalunya sean fundadas las dichas remença personal, intestia, xorquia e cugucia y las dichas arcia y firma de spoli sean por consuetud introduzidas...*»¹¹.

Constitución *Statuimus et etiam ordinamus*, otorgada por las Cortes de Jaime II, en Girona, en 1321 (*Constitucions*, cap. XXII, tít. XXX, l. IV, vol. I); también, E. DE HINOJOSA, *El régimen*, pp. 95 ss.

¹⁰ S. SOBREQUÉS I VIDAL, «Història de la producció del Dret català fins al Decret de Nova Planta», *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, Barcelona, 1972, pp. 97 y 113. Del mismo autor en la reedición llevada a cabo por el Col·legi Universitari de Girona, 1978, pp. 33 y, especialmente, 62 ss.; G. M. BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña especialmente del Civil y exposición de las instituciones del Derecho Civil del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la jurisprudencia*, I/1, Generalidad de Cataluña, Consejería de Justicia, Barcelona, 1985, pp. 273-274; L. PUIG I FERRIOL y E. ROCA I TRÍAS, *Fundamentos*, I, pp. 17 y 31-32.

¹¹ La Sentencia Arbitral de Guadalupe de 21 de abril de 1486 es recogida por J. VICENS VIVES, *Historia*, apéndice II. Dicha sentencia añadía que los malos usos «*contienen evident iniquidad, los quales sin gran peccado y cargo de consciencia no se podrian por Nos tolerar...*». En el artículo 4 se abolía «*el derecho y facultat que los seniores prettenden de mal tractar los dichos pageses...*».

Como es sabido, la *remença personal* era el rescate que debía satisfacer el campesino, adscrito al fundo (*manso*), a su Señor para poder abandonar la tierra [I. DE SOCARRATS, manifestaba que «*liber homo potest gravare suam conditionem, scilicet per pactionem, interveniente scriptura, quia potest se alterius constituere adscriptum*» (*Jurisconsulti catalani in Tractatum Petri Alberti canonici Barchinonensis, de consuetudinibus Cathaloniae inter Dominos et Vasallos, ac nonnullis alliis, quae Commemoratioes Petri Alberti appellantur, doctissima, ac locuplentissima commentaria nunc primum typis excusa, quibus feudorum materia diligentissime per tractatus*, Lugduni, 1551, folio núm. 325, núm. 1) y «*liber homo per simplicem pactionem potest se constituere hominem alicuius*» (en la misma obra, folio núm. 325, núm. 2); W. PISKORSKI, *El problema*, p. 55; J. VICENS VIVES, *Historia*, p. 28, nota núm. 64; E. DE HINOJOSA, *El régimen*, p. 221, y finalmente, véase *Constitucions*, tít. XXX, l. IV. En las *Consuetudines Dioecesis Gerundensis* (cap. 116 del manuscrito A-IV-22 de la Biblioteca de El Escorial, citado por J. M.^a PONS I GURI, *Recull*, I, Barcelona, 1989, p. 139) se advierte que «*Rustichus est astrictus gleba qui eam dimittere non potest invito domino*» (también aparece citado por J. VICENS VIVES, *Historia*, p. 29, que lo toma de la edición de ROVIRA ARMENGOL en el *Anuario de Derecho Español*, 1928).

La *intestia* era el derecho del Señor a quedarse con parte de los bienes del campesino que moría intestado.

La *cugucia* era el derecho del Señor a quedarse con parte o la totalidad de los bienes de la mujer adúltera, según hubiera sido o no inducida por su marido a cometer el adulterio (*Usatge* núm. 110 «*Similiter de rebus*», *Constitucions*, cap. I, tít. XXXII, l. IV, vol. I):

«*Similiter, de rebus et possessionibus cucuciorum, si earum maritis volentibus erit facta cugucia, ipsi et eorum seniores, equa porcione, habeant partem totam adulterantium conjugum. Si vero, quod absit, maritis, volentibus vel precipientibus (vel) assencientibus fuerit facta ipsa cucucia, illorum taliom just et justiciam habeant integriter illorum seniores.*»

De los malos usos interesa destacar dos en concreto: la *intestia* y la *exorquia*. Pero, además, no se debe omitir otro *Usatge* cuya ausencia se hace patente en el antedicho laudo, la *gratificació*, al que debe añadirse *el derecho de primogenitura*.

1.1 La *intestia*

El *Usatge* número 138 «*De intestatis*» decía lo siguiente:

«*De intestatis ab hoc seculo dicessis, si relinquerint uxores ac filios, terciam partem assequantur seniores ilorum in facultatibus eorum; si relinquerint filios et non uxores, assequantur medietatem prefati seniores, si uxorem et non filios, habeant medietatem seniores jam dicti et aliam medietatem parentes defuncti. Quod si parentes desunt, senioribus [detur totum], observatis tamen ad uxores suis directis in omnibus locis. Et ita sit de uxoribus intestatis quemadmodum dicitur superius de viris*»¹².

Así, si el intestado dejaba mujer e hijos, el Señor adquiriría la tercera parte; la mitad si dejaba hijos o mujer, si bien en este último caso debía la mitad restante hacer tránsito a los parientes y, en ausencia de éstos, adquiriría el Señor todo el caudal relicto.

El motivo o fundamento de la aplicación de este uso obedecía a la negligencia del finado al no disponer de sus bienes para después de su óbito. En este sentido, se expresaba Jacobis de Marquilles: «*causa aut dicte intestie fuit negligentia testandi rustico*» o «*... intestia quod est pena dicte negligentie*»¹³. No obstante, esta penalidad a la negligencia en que había incurrido el causante conllevaba, de hecho, paliar los conflictos que al Señor generaba la discordia que pudiera existir entre los hijos («*intestia quebat discordia inter los filios*») ¹⁴ acerca de la sucesión.

La *exorquia* obedecía a la esterilidad del campesino y que, por tanto, no tenía descendientes que sucedieran en el *mas*. En tal caso el Señor adquiriría una parte de los bienes del mismo.

La *arcia* consistía en una indemnización que recibía el Señor en caso de incendio del fundo (E. DE HINOJOSA, *El régimen*, p. 240).

Finalmente, la *firma de spoli violenta* era la cantidad que recibía el Señor por permitir que el campesino hipotecara las tierras en garantía de la dote y del *escreix* de su mujer (E. DE HINOJOSA, *El régimen*, p. 241).

En relación con los territorios que constituían la Diócesis gerundense, vide J. M.ª PONS I GURI, «Relació jurídica de la remença i els mals usos a les terres gironines (s. XIII-XV)», *Recull*, III, Fundació Noguera, Barcelona, 1989, p. 332 ss.

¹² *Constitucions*, cap. II, tít. XI, l. IV, vol. III.

¹³ J. MARQUILLES, *Commentaria super Usaticis Barchinone*, Barchinonis, J. Luscher, 1505, folio núm. 349.

¹⁴ J. MARQUILLES, *Commentaria*, folio núm. 349.

Ésta fue la justificación doctrinal que se pretendió dar a la *intestitia*. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que esta situación iba asociada a las relaciones señoriales en las que el campesino venía adscrito a la tierra como si de un *instrumento* se tratara¹⁵. Ello no quedó oculto a los juristas, que se dedicaron a su estudio y, de este modo, se manifestará que el pago de la *intestitia* era debido a la prepotencia señorial: «... *per potentiam suam, cui subditi non potuerunt, nec ausi fuerunt resistere, hoc fecerunt...*», «... *et istud est ius domini quod habet in persona et bonis hominis sui...*»¹⁶. Tampoco era ajeno a esta opinión el mismo Marquilles que, en los comentarios al *Usatge* referente a la *exorquia*, señalará que lo que hace el Señor es «*prendre de iure*» una parte de los bienes del finado¹⁷. Incluso, esta adquisición debida a un puro mandato legal aparece

¹⁵ J. VICENS VIVES enseña como «poco a poco se estableció y desarrolló el concepto de considerar a los payeses, vinculados hereditariamente a una tierra, como adscritos a ella y, por tanto, *capaces de ser transmitidos y vendidos con ella...*» (*Historia*, p. 24); J. COROLEU E INGLADA, *El feudalismo*, p. 12; E. DE HINOJOSA, *El régimen*, pp. 78 y 214; W. PISKORSKI, *El problema*, pp. 44-45; J. M.^a SALRACH, «La Corona», *Historia de España*, p. 244.

¹⁶ I. DE SOCARRATS, *Iurisconsulti*, folio núm. 507, núms. 23-24 y 26. I. DE SOCARRATS hace extensivo este parecer a la *exorquia* y así señala, en la última cita reseñada, que, de hecho, no se debe a culpa del *de cuius*: «*quae est causa quare solvitur, vel habetur intestia, vel exorchia, cum nulla infit culpa, si incontinenti perfecto decimoquarto anno decedat, vel si non habeat filios...*».

La cuestión hacía referencia al caso en que un sujeto había instituido heredera a su hija Berta, impúber. Tras la muerte del padre, falleció Berta a la edad de nueve años sin tener capacidad para otorgar testamento. Se exigió la *intestitia* por el abad de Besalú. Ahora bien, más que morir intestada sucedía que, de hecho, carecía de la posibilidad de testar. De ahí que se señalara, por el jurista precitado, que el pago de la misma se debía a la superioridad del Señor (alude a este caso W. PISKORSKI, *El problema*, p. 18).

La cuestión, en el caso descrito, no giraba, exclusivamente, en torno a la *intestitia*, sino que, en cuanto al morir Berta impúber y, por tanto, sin la posibilidad de procrear, también podía el Señor detraer la parte correspondiente en concepto de *exorquia*. No obstante, sobre ello volveremos al tratar de este último. Debe destacarse, por otro lado, que existen ciertas singularidades, en el ámbito local, y así en las *Consuetudines Gerundensis* (rúbrica XXII, cap. I) se establecía que en caso de que el vasallo finara intestado y *exorc* sólo se detraía una tercera parte, mientras que las dos terceras partes restantes se destinaban a sufragar los gastos de sepultura (vide la ed. preparada por J. COTS Y GORCHS, *Consuetudines Diocesis Gerundensis*, Librería Casulleres, Barcelona, 1929).

¹⁷ J. MARQUILLES, *Commentaria*, folio núm. 292. También este jurista catalán aludía al caso narrado en la nota anterior (folio núm. 349).

Se cohonestaba, en algunos territorios catalanes, con el derecho del Señor, el derecho de la Parroquia que detraía una parte destinada *pro anima* del causante (*Consuetudines Diocesis Gerundensis*, rúbrica XXII, cap. IV). Da también razón de ello, en concreto, en el Vallés y en Vic, J. MARQUILLES, *Commentaria*, folios núms. 350-351; E. DE HINOJOSA, *El régimen*, p. 237.

En otros casos, la totalidad de los bienes eran adquiridos por la Parroquia. J. M.^a PONS I GURI nos lo enseña en «Relació jurídica», *Recull*, III, p. 148 (Const. «*Quod bona clericorum ab intestato emparentur*»:

«*Item quod predicti clerici faciant emparari per brachium seculare bona clericorum ab intestato decedentium infra parrochian eis commissam, et quod etiam mortem ipsorem sic decedentius clericorum...*»).

contemplada en el *Usatge* número 69 «*Item statuerunt*» a propósito de la exacción de la *exorquia* cuando el *de cuius* es un noble¹⁸. Esta situación provocó que la doctrina se apercebiera de que la *intestia* «... *est poena et odiosum; ideo debet restringi...*». Sentir que se fue generalizando entre los juristas catalanes de los siglos xv y xvi.

De otra parte, debe señalarse que la sucesión ab intestato se abría no sólo cuando no se hubiera otorgado testamento –hipótesis, ésta que era la que se pretendía castigar mediante la *intestia*¹⁹– sino también cuando «... *aut iure fecit. Item id, quod fecit, ruptum, vel irritum est, aut si nemo ex eo haeres existit, aut per querelam fuit expugnatum, vel per bonorum possessionem contra tabulas subversum*»²⁰. De ahí, que se pueda afirmar, con Salvador Coderch que «aun aceptando como justa la idea de que la *intestia* castiga o penaliza en cabeza de los sucesores la *negligentia testandi* de su causante, acaba por resultar que ni eso es cierto...»²¹ y que, por tanto, se subraye, como antes hemos destacado, que la exacción de la *intestia* (también de la *exorquia*) y su adquisición por el Señor, sea en virtud de la Ley o de la costumbre como patentiza la propia Sentencia Arbitral de Guadalupe en su artículo primero.

A ello debe añadirse otra cuestión trascendente, *¿quid cuando el causante es impúber y, por tanto, carece de la capacidad necesaria para otorgar testamento?* En cierta medida, este extremo ha sido planteado en la nota número 16 cuando relatábamos el supuesto de hecho al que se refería la doctrina del siglo xvi. En esta hipótesis, recuérdese, Berta –heredera– muere impúber y, consecuentemente, sin poder disponer de sus bienes para después de la muerte. También se consideró que en dicha situación se debía la *intestia*.

Sin embargo, la doctrina manifestó, por regla general²² que, en dichas hipótesis no se debía la *intestia*: «*Est in ista patria aliter*

¹⁸ «*Item statuerunt siquidem predicti principes ut exorquie nobilium videlicet et magnatum, tam militum quam burgecium, omni tempore in principum potestate devenia(n)t, videlicet omnium illorum alodia; quia quod principi placuit legis habet vigorem...*».

¹⁹ En esta dirección, señalaba I. DE SOCARRATS que «*Ratio intestia id est, ratione iuris, quod competit senioribus, ex quo pagensis decessit nullo ab eo conditio testamenti*» (*Jurisconsulti*, folio núm. 502, núm. 3).

²⁰ I. DE SOCARRATS, *Jurisconsulti*, folio núm. 224, núm. 17; V. GIBERT, *Teórica del Arte de Notaría*, trad. por E. DE TAPIA, 3.ª ed., con notas de F. M. FALGUERA y adicionada con un Tratado de Laudemios, Barcelona, 1875, p. 289; M. DE CORTIADA, *Decisiones Reverendi Cancellarii, et Sacri Regii Senatus Cathalonie*, 1693, pars V, dec. 258, folio núm. 60, núm. 6. Pone de relieve P. SALVADOR CODERCH que el ámbito de la sucesión romana se limita ya que se rompe con la exigencia de institución de heredero [...] y se considera suficiente el codicilo, siguiendo la opinión de uno de los autores de la Glosa Ordinaria a los Usatges (G. DE VALLSECA) y de I. DE SOCARRATS (*Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 7, nota núm. 13).

²¹ P. SALVADOR CODERCH, *Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 7. La cursiva es del autor.

²² No dejan de existir excepciones y T. MIERES da muestras de ello cuando cita la opinión de J. DE MONTJUIC que consideraba que el impúber debía pagar la *intestia*, salvo

*olim observatum quod in tali casu, quo pater nullam certam quantitatem bonorum fuorum dimiserit filiis suis, quod propter intestiam talun filiorum, etiam si moriantur intestati in etate perfecta duodecim, vel quatordecim, vel etiam quinquaginta annorum, non debetur dominis eorum de legitima ipsorum filiorum non detricta aliqua intestia»*²³. A su vez, diferenciaban entre *intestatus* e *intestabilis*. El primero es aquél que puede testar y, en cambio, no lo hace; el segundo es aquel —como el impúber— que *nullo modo potest de iure testari*²⁴. Es este último supuesto el soslayado, por los autores, del pago de la *intestia* al entenderse que se trataba de una inteligencia *impropia* del verbo *intestatis*, si bien, como hemos advertido, en la práctica, no hubo tal exclusión, lo cual generó, en primer lugar, que los autores que polemizaron sobre la cuestión declararan que «*intestia est poena et odiosum; ideo debet restringi, et non trahi ad improprium intellectum*»²⁵ para hacer tránsito, en segundo lugar, a la calificación de la *intestia* como un uso contra la razón y contra la equidad²⁶.

Esta sucesiva ampliación del ámbito propio de la *intestia* hará que se aleje de su originario fundamento para derivar, precisamente, en una muestra del poder del Señor feudal.

En otro orden de ideas, fue criterio común de la época que la *intestia* consistía en la tercera parte o la mitad, según los casos, de los bienes muebles y semovientes²⁷ y, además, una vez deducidas las deudas. Por tanto, lo que el Señor adquiriría era el residuo²⁸, vedándose, de esta guisa, la entrada en el mismo al *Fiscus*.

que su padre hubiera previsto este evento y, por ende, hubiera establecido una *sustitución pupilar*: «... *licet impuberes proprie dicatur intestabilis, tamen potest decedere testatus vel intestatus [...] quando pater testatus pro se et pro filio [...]; tunc enim non dicitur impubes mori intestatus...*» (*Apparatus super Constitutionibus curiarum generalium Cathalonie*, pars II, Barcinonae, 1621, folio núm. 11, núm. 58); «... *moriente impuberes rustici filio debetur domio duo intestia, nisi pater fuerit testatus pro eo...*» (núm. 59).

²³ I. DE SOCARRATS, *Iurisconsulti*, folio núm. 507, núms. 23-24. Por ello, consideraba que si se debe satisfacer la *intestia* es, simplemente, a causa del poderío señorial.

²⁴ T. MIERES, *Apparatus*, pars II, folio núm. 11, núm. 60; I. DE SOCARRATS, *Iurisconsulti*, folio núm. 224, núm. 17, donde afirma que «*nec forsan hoc casu, illi vasalli, qui testari non potuerunt, non dicentur intestati, ut puta impuberes, furiosi, vel ni bonis est interdictum*»; J. MARQUILLES, *Commentaria*, folio núm. 100, núm. 293, en materia de *exorquia*.

²⁵ T. MIERES, *Apparatus*, pars II, folio núm. 11, núm. 61; *Costumbres de Girona*, rúbrica XXII, cap. VIII.

²⁶ J. MARQUILLES, *Commentaria*, folio núm. 293.

²⁷ I. DE SOCARRATS, *Apparatus*, folio núm. 502, núm. 3, y folio núm. 518, núm. 73; asimismo, W. PISKORSKI, *El problema*, p. 21. En el manuscrito, de la Biblioteca de El Escorial (e-II-13), sobre las *Costumbres de Girona*, se alude explícitamente a bienes muebles y semovientes (rúbrica XXII, cap. I).

²⁸ J. MARQUILLES, *Commentaria*, folio núms. 295 y 399; I. DE SOCARRATS, *Iurisconsulti*, folio núm. 512, núms. 43 ss. La cuestión se planteó no sólo en relación con la *intestia*, sino también con la *exorquia*. Respecto de ésta última, se consideraba que el Señor adquiriría «*istam partem, quan filii habere deberent, quod videtur legitima, quae debetur aere alieno*

Indica Cancr que el orden sucesorio en la vía intestada era aquel que se había recibido del *Ius Commune* con la Recepción (*Glossa communitter recepta*), de suerte que en la línea colateral se llegaba como máximo hasta el décimo grado²⁹. Si el *rusticus* fallecía sin hijos pero dejaba mujer, el Señor adquiría la mitad de los bienes citados y quedaba la mitad restante para los parientes hasta el décimo grado. En ausencia de éstos, no heredaba el cónyuge³⁰ ni, por supuesto, el *Fiscus*, sino que todo era adquirido por el Señor, si bien en este último caso quedaban a salvo los derechos de la mujer supérstite.

Consecuentemente, *se desplazaba el sistema romano* recibido con la Recepción y que se consideró imperante en el Derecho catalán hasta –repetimos– que el Tribunal Supremo determinó la aplicación en territorio catalán de la llamada Ley de Mostrencos.

Ahora bien, ¿*quid* de la sucesión en el feudo?³¹ Previamente, debe resaltarse, si bien sobre ello volveremos al tratar de la *gratificació* y de la *primogenitura*; que, en materia de feudos, deben diferenciarse, en función de la normativa que les era aplicable, tres tipos: en primer lugar, las denominadas Dignidades Mayores consistentes en *Duces*, *Comites* y *Marchiones*; en segundo lugar, las Dignidades Menores, constituidas por *Vicecomites* e *inferiores milites*; finalmente, los feudos inferiores, que carecían de dignidad alguna y que eran aquellos concedidos a los *rustici*.

En los primeros se sucedía por derecho de primogenitura. En los segundos, en cambio, tenía lugar la gratificación. Y, en los terceros, parece que –si se interpreta restrictivamente el *Usatge* «*Si a vicecomitibus*»– se sucedería de acuerdo con el orden previsto en la *Glossa communitter recepta*³², con la salvedad de que, en el feudo,

deducto et funeris impensa...» (I. DE SOCARRATS, *Jurisconsulti*, folio núm. 512, núm. 43). Se afirmará, también, que si la herencia es solvente las deudas deben pagarse con los bienes restantes una vez detraída la parte correspondiente del Señor; por contra, si no lo es, podrán cobrarse las deudas con los bienes muebles y semovientes que a aquél pertenecieran (folio núm. 512, núm. 44). Vide en relación con esta última cuestión, *Costumbres de Girona*, la rúbrica XXII, cap. I.

²⁹ J. CANCER, *Variarum Resolutionionum iuris Universalis Caesarei, Pontificii et Municipalis principatus Cathaloniae*, pars I, Barcinonae, 1760, folio núm. 80.

³⁰ El propio *Usatge* prescribía que la misma situación tenía lugar cuando era la mujer la que finaba dejando familia.

³¹ G. M.^a BROCA enseña que el feudo era una concesión temporal de carácter vitalicio que, hacia el siglo X, se convirtió en hereditario y tomó, entonces, la denominación de *feudo* (*Historia*, pp. 107 y 198; E. DE HINOJOSA, *El régimen*, p. 137). Por ello, consideramos que, en atención a esa configuración, lleva razón W. PISKORSKI al señalar que, a la muerte del sujeto, el Señor debía ofrecer, por equidad, el feudo a uno de los parientes de aquél (*El problema*, p. 14).

³² «*In successione ab intestato in feudo, prima causa est in Cathalonia liberorum [...] secunda est ascendentium [...]. Tertia et ultima est fratrum, et deinde aliorum agnatorum, sive cognatorum*” [...] “... parentibus fuid ab intestato aequaliter, nulla facta

la sucesión, en la línea colateral, sólo abarcaba hasta el séptimo grado, a excepción de que se tratara de feudos con Dignidad añadida (*Dignidades Mayores*), en cuyo caso la sucesión se extendía *ultra millesium gradum*³³. Obviamente, en este último supuesto, la imposibilidad de que el *Fiscus* fuera llamado *in extremis* se hacía paladina.

En el caso de que no se tratara de una *Dignidad Mayor* parece lícito entender que, en ausencia de colaterales hasta el séptimo grado y de cónyuge sobreviviente, el *Fiscus* llegara, en algún supuesto, a suceder en el feudo. La doctrina, en cambio, consideró que, por derecho consuetudinario, aquél quedaba excluido de dicha sucesión. I. de Socarrats lo expone de forma tajante: «*sed in feudis nunquam succedit fiscus: quia aut succedunt agnati, aut revertitur ad dominum, fisco, excluso*»³⁴.

Por tanto, la sucesión en los feudos también ofrecía ciertas *divergencias* de la ordenada, generalmente, para el caso de la apertura de la sucesión ab intestato.

No obstante, debe traerse a colación un principio que, en materia de sucesión en los feudos, imperó en Cataluña: el *principio de indivisibilidad*. Éste se aplicaba a todos los feudos, independientemente de que fueran feudos con Dignidad añadida o no. Harto significativas son las palabras de I. P. de Fontanella, el cual, al analizar las diferencias entre el *Ius Commune* y lo que se observaba en la *praxis catalana*, afirmó que «*differt item ius nostrum municipale a iure communi in hac feudorum materia, quia secundum illud est quoddam genus feudorum, quod est divisibile, feudum scilicet inferius, quod dignitatem annexam non habet... In Cathalonia verò nullum feudum potest dividi...*»³⁵. Si esto es así, resultaba que al aplicar el orden sucesorio ab intestato contenido en la Recepción, cuando el causante dejaba una pluralidad de hijos, el feudo se dividía entre los mismos quebrando, entonces, el rígido principio de indivisibilidad. Por ello, se tendió a considerar dentro del ámbito

distinctione, an sint masculi vel foeminae, succedent...» hasta el décimo grado. Después de éste, tendría lugar la sucesión en favor del cónyuge y, en último lugar, el Fisco (J. CANCER, *Variarum*, pars I, folio núm. 77, núm. 2, y folio núm. 80, núm. 38).

³³ Ilimitación en el grado que también se aplicaba «*in bonis allodialibus Comitum, Marchionum, et Ducum...*» (J. CANCER, *Variarum*, pars I, folio núm. 77, núm. 2, y folio núm. 80, núm. 38).

³⁴ I. DE SOCARRATS, *Iurisconsulti*, folio núm. 222, núm. 7, y folio núm. 495, núm. 18.

³⁵ I. P. DE FONTANELLA, *De Pactis Nuptialibus, sive capitulis matrimonialibus Tractatus*, Barcinonae, 1612, pars I, folio núm. 182, glosa XII; I. DE SOCARRATS, *Iurisconsulti*, folio núm. 227, núm. 27, y folio núm. 231, núm. 47. Más tardíamente, vide V. GIBERT, *Teórica*, p. 107; J. CANCER, *Variarum*, pars I, folio núm. 166, núms. 29, 30, 31 y 33. A esta indivisibilidad también se refiere A. DE ISERNIA, *In usus feudorum commentaria*, Lugduni, 1579, folios núms. 39 y 51; E. DE HINOJOSA, *El régimen*, p. 158.

subjetivo de la *gratificació* al payés que poseía un feudo. Es decir, en todos aquellos feudos que no pudieran considerarse *Dignidades Mayores* se aplicaba la *gratificació*³⁶.

1.2 La *exorquia*

Este *mal uso* aparecía regulado en el *Usatge* número 109 «*De rebus*» en el que se prescribía que:

*«De rebus et facultatibus de exorquiis pagensibus illis ad hoc seculo discessis, eorum seniores habeant partem illam quam deberent habere in simul filii, si ibi erant vel remansissent ab exorquiis procreati»*³⁷.

Mediante la *exorquia* se trataba de penalizar la infertilidad del vasallo que moría, por tanto, *exorc*. De hecho, la *exorquia* consistió en un cauce de ingresos en épocas extremadamente difíciles como consecuencia de las epidemias que generaron unas elevadísimas cotas de mortandad infantil³⁸. Ello condujo a que aquélla se aplicara no sólo a las personas verdaderamente estériles, sino también a aquellas que siendo fecundas no habían tenido hijos o éstos habían premuerto a sus padres e, incluso, a los impúberes que, por tanto, no gozaban, por su propia naturaleza, de la posibilidad de procrear³⁹. En el mismo sentido que se veía para la *intestia* aplicada a los impúberes, la doctrina tenderá a negar, en este supuesto, la exacción de la *exorquia*: «*quia pupillus proprie non est exorchus nec dicetur sterilis, nec est infoecundus: quia aestate naturaliter est impeditus generare et quae natura facit vel negat imputari non debent. Sterilitates enim est infecunditates, quia est contrarium fecunditatis...*» y añadía que «*soc pupulli, quibus naturale est non generare, nec procreare sobolen, non possunt proprie dicti steriles nec exorchi*»⁴⁰. Por tanto, ante el necesario pago, se señalará que la única razón del

³⁶ En esta cuestión insistiremos al tratar de la *gratificació*.

³⁷ *Constituciones*, cap. I, tít. XI, l. IV, vol. III. La versión nobiliaria de la *exorquia* se recogía en el *Usatge* número 69 (*Constituciones*, cap. I, tít. I, l. X, vol. III).

³⁸ Advierte J. M.^a SALRACH que «a la vista de los brotes epidémicos es fácil comprender que la población catalana de la segunda mitad del siglo XIV y de todo el XV, lejos de recuperarse, perdiera entre el 35 y 40 por 100 de sus efectivos» («La Corona», *Historia de España*, p. 308, vide además el ejemplo significativo de Barcelona, la cual, aproximadamente, en un siglo, llegó a perder el 60 por 100 de su población). En cuanto a la consideración de la *exorquia* como una vía de ingresos en las haciendas privadas de los Señores feudales o en las del Rey, en su caso, vide W. PISKORSKI, *El problema*, p. 16.

³⁹ W. PISKORSKI, *El problema*, p. 16. A dicho elenco el autor añade —con cita de I. DE SOCARRATS (folio núm. 507, núm. 57)— el supuesto en que el vasallo cambiara de estado y se convirtiera en clérigo. Vide *Costumbres de Girona*, rúbrica XXII, cap. VII.

⁴⁰ T. MIERES, *Apparatus*, pars II, folio núm. 11, núms. 62-63 ss.

mismo es la prepotencia señorial con el añadido de que se considerará un uso contra la razón y contra la equidad.

Debe añadirse que la *exorquia* se aplicaba tanto en la sucesión testada como en la intestada⁴¹ y ello, sin duda, es relevante sobre todo para analizar el título jurídico en virtud del cual el Señor, o en su caso el *Fiscus*, adquiriría parte de los bienes del *exorc*.

La *exorquia* era el equivalente a aquella parte que hubiera adquirido el hijo si hubiera existido, es decir, la porción correspondiente a la *legítima*⁴². Porción ésta que divergía según se aplicara la Ley goda o la Ley romana recibida con la Recepción⁴³. Por otro lado, la base de cálculo de la *exorquia* era —como para la *intestia*— la constituida por los bienes muebles y los semovientes una vez deducidas las deudas y, en su caso, los gastos de sepultura («*nam dominus habet istam partem* —se refiere a la tercera parte que se detraía en concepto de *intestia*— *quam filii habere deberent, quod videtur legitima, quae debetur aere alieno deducto et funeris impensa...*»)⁴⁴.

⁴¹ J. MARQUILLES, *Commentaria*, folio núm. 292.

⁴² E. DE HINOJOSA, *El régimen*, p. 234; J. COROLEU E INGLADA, *El feudalismo*, p. 27.

⁴³ En materia de legítima, se siguieron diversos criterios en distintas zonas del Principado. En algunos lugares, se seguía la Ley goda, la cual, según T. MIERES, estuvo muy extendida (*Apparatus*, col. V, cap. XXVIII, núm. VII); en otros, en cambio, se observó la Ley romana. La situación se mantuvo hasta que el Rey Alfonso III, en las Cortes celebradas en 1333, ordenó que se aplicara la Ley sobre la legítima romana y abolió, de este modo, la Ley goda (Const. VI, I, I del vol. III). Como es sabido, según la Ley romana —contenida en la Recepción—, la legítima consistía en la tercera parte de los bienes del causante (primera *Consuetut* añadida a continuación de la Constitución otorgada por Alfonso III en 1333), mientras que, en la Ley goda, la legítima consistía en ocho partes de las quince en que se dividía la herencia (segunda *Consuetut* insertada junto con la anterior y añadida a la ya citada Constitución de Alfonso III en 1333). Esta última fue la seguida, en Barcelona, hasta que Pedro III la redujo a la cuarta parte de la herencia (J. LALINDE ABADÍA, «El derecho sucesorio en el "Recognoverunt Proceres"», *RJC*, 1963, pp. 675-660). Ley ésta que se generalizó en todo el Principado por obra de Felipe II mediante una Constitución adoptada en las Cortes celebradas en Monzón, en 1585 (Const. cap. II, tít. V, l. VI, vol. III). Así, ya J. CANCER hará referencia a la «... *quart pars ex bonis defunctis*» (*Variarum*, pars I, folio núm. 52, cap. III, núm. 3).

I. DE SOCARRATS, en materia de *exorquia*, consideró que la legítima era la tercera parte, y que se debía al Señor con motivo de fallecer *exorc* (*Iurisconsulti*, folio núm. 512, núm. 43).

⁴⁴ I. DE SOCARRATS, *Iurisconsulti*, folio núm. 512, núm. 43; J. MARQUILLES opinaba, en la misma línea, que «... *residus bonis debeat exorquia vel debeat deduci debita et legata...*» (*Commentaria*, folios núms. 295 y 399). Añadía que, en ningún caso, se podían contar entre éstos los créditos que tuviera el campesino a su favor al tiempo del fallecimiento y lo considera como la única práctica ajustada a Derecho; (vide, también, E. DE HINOJOSA, *El régimen*, p. 236).

El primer jurista citado, no obstante, matizaba su parecer, en función de que la herencia fuera solvente o no (núm. 44): «*aut est solvendo haereditas exorchi: tunc non debent deduci debita de bonis mobilibus. Aut non est solvendo: tunc debent deduci debita de bonis mobilibus*». Nótese, por tanto, que prima el interés de los acreedores respecto del interés del Señor. Esta misma práctica se refleja en las Costumbres de Girona en cuya Rúbrica XXII, cap. I, se precisaba que:

«*Si aliquis rusticus de mansata mea moritur intestatus et exorcus, vel intestatus tantum, vel exorcus tantum, ego deo et succedere intertia parte omnium bonorum suorum*

Con la salvedad de las variedades territoriales en esta materia, bien se puede afirmar, en líneas generales, que el destino de los bienes muebles y semovientes del *de cuius exorc* era el siguiente:

1) Si fallecía *intestado*⁴⁵, el Señor detraía una tercera parte en concepto de *exorquia*; otra tercera parte por razón de *intestia*, si el causante dejaba mujer e hijos o la mitad si dejaba sólo hijos o sólo mujer. En este último caso, el resto era destinado a los parientes en cuya ausencia era adquirido por el Señor. Consecuentemente, como también se ha subrayado, el *Fiscus* quedaba excluido (*de iure* y *de facto*) de la adquisición de los bienes muebles hereditarios. Esta es la interpretación estricta de los Usatges en cuestión. Por contra, la doctrina opinaba que, en dicho supuesto, el Señor podía detraer, exclusivamente, la tercera parte de los bienes muebles y semovientes por ambos conceptos. La razón que, para ello, daban era «... *quia ista iura tan odiosa restrictive affumuntur*»⁴⁶. Las dos terceras partes restantes seguían el destino señalado en las líneas superiores. En cualquier caso, el Fisco, como bien se vé, quedaba excluido.

2) Si fallecía *testado*, el Señor sólo detraía la tercera parte al finar *exorc* y el resto, por tanto, era adquirido por el instituido heredero. *Ergo*, tampoco en este supuesto, tenía lugar el llamamiento en favor del *Fiscus*.

Descrita la situación, la cuestión se limita, en este momento, a analizar el título jurídico en virtud del cual el Señor adquiría la

mobiliium et se moventium; et duabus partibus remanentibus elevabitur sepultura, si bona sufficiunt; et si non sufficiunt, de tertia parte elevabitur; et debita et iniure elevabuntur de duabus partibus predictis. Et hoc habet locum, scilicet, quando moritur rusticus intestatus, sive habeat parentes vel liberos, sive non» (E. DE HINOJOSA, *El régimen*, pp. 234-235).

Esto lleva a que convengamos con P. SALVADOR CODERCH en que estas discusiones evidenciaban el seguimiento, quizá, de prácticas no uniformes en función de la diversidad territorial (*Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 7, nota núm. 12).

En cuanto a la versión nobiliaria de la *exorquia*, vide el *Usatge* núm. 69, el cual explicitaba lo siguiente:

«*Item statuerunt siquidem predicti principes ut exorquie nobiliium videlicet et magnatum, tam militum quam burgecium, omni tempore in principum potestate devenia [n]t, videlicet omnium illorum alodia; quia quod principi placuit legis habet vigorem. De mobiliibus illorum vero, faciant ipsi exorchi quodcunque voluerint, tam parentibus [quam] ecclesiis, sive pro illorum animabus ea atribuant*».

Manifiesta COROLEU E INGLADA que «en el *Usaje Statuerunt siquidem* se dispone también que los alodios de los nobles que mueran estériles pasen al Príncipe, estableciendo así un caso de reversión del feudo a la Corona (*sic*)» (*El feudalismo*, p. 27).

⁴⁵ Recuérdese que la sucesión legítima tenía lugar no sólo cuando el causante no quiso —o no pudo (impúber)— otorgar testamento, sino también en aquellos supuestos en los que otorgado el mismo, éste devenía inválido a consecuencia de la ineficacia de la institución de heredero.

⁴⁶ I. DE SOCARRATS, *Iurisconsulti*, folio núm. 41; J. MARQUILLES, *Commentaria*, folio núm. 351. Este inclito jurista destacó como era, ésta, la práctica seguida en Vic y el Vallés; lugar éste último donde había sido deán cerca de veinte años (E. DE HINOJOSA, *El régimen*, p. 237).

cuota pertinente o la totalidad del caudal relicto, según los casos. Ya hemos señalado, con motivo de la *intestía*, que la doctrina de los siglos XV y XVI sostuvo que la exacción de la misma obedecía a una velada prepotencia señorial y este parecer fue, a la vez, extendido hasta abarcar el caso de la *exorquia*, la cual también había ido ampliando, progresivamente, su campo de aplicación. En esta línea de pensamiento, se decía que se trataba de una adquisición por ministerio de la ley o de la costumbre. A esta corriente de opinión no fue ajeno J. Marquilles, antes bien la compartió, de modo amplio, al exponer que la adquisición de la *exorquia* por el Señor no era un supuesto de *bona vacantia*, pues, de lo contrario hubiera sido adquirida por el primer ocupante, lo cual, evidentemente, no ocurría en el régimen feudal⁴⁷. Entonces, *¿podía considerarse al Señor un adquirente a título de heredero?* La respuesta es nítida: no. Y, ello, por dos órdenes de ideas: la primera, porque heredero es aquel que, como tal, ha sido instituido en el testamento por el causante («*semel haeres, semper haeres*»); y, en el caso de que se lo considerara heredero *ab intestato*, se impondría la segunda idea: «*successio ex testamento... excludit successionem intestati*»⁴⁸. Por ello, el mismo Marquilles terminará por afirmar que se trata de una adquisición *ope legis* (*predere de iure*)⁴⁹.

Ahora bien, *¿qué sucede con el feudo cuando no existe disposición de última voluntad?* Respecto de éste, el régimen sucesorio es el mismo que el descrito *sub 1*). Según fuera una *Dignidad Mayor* o no, se aplicaría el derecho de primogenitura o la *gratificació*. No obstante, en la institución de la *exorquia*, la cuestión se presentaba en otros términos, ya que el finado moría *exorc* y, por tanto, sin descendencia, *¿a quién deberá elegir el Señor?* La solución a este interrogante se postpone hasta el estudio de la *gratificació*.

Empero, debe hacerse constar que el *Fiscus* quedaba excluido, en cualquier supuesto, de la sucesión del feudo.

1.3 La *gratificació*

Este uso aparece descrito en el Usatge núm. 31 «*Si a vicecomitibus*» de la siguiente manera:

«*Si a vicecomitibus usque ad inferiores milites obierit quis intestatus et sine legali condicione suorum fevorum, licitum erit*

⁴⁷ J. MARQUILLES, *Commentaria*, folio núm. 292.

⁴⁸ T. MIERES, *Apparatus*, pars II, folio núm. 12, núm. 69.

⁴⁹ J. MARQUILLES, *Commentaria*, folio núm. 292.

*senioribus suis stabilire suos fevos cum quibus voluerint de infantibus defuncti»*⁵⁰.

Como hemos advertido, en los feudos regía el *principio de indivisibilidad*. Por ello, se arbitraba la solución de que, cuando el detentador del feudo acabara sus días, el Señor pudiera elegir a cualquiera de los hijos para que sucediera en aquél. De esta forma, se evitaba la división de los feudos; división, que de realizarse, podía conllevar un grave perjuicio para la *economía* del Señor⁵¹.

La *gratificació* tenía como presupuesto la ausencia de cualquier declaración de voluntad del *de cuius* acerca de la sucesión en el feudo: «*sine legali condicione suorum fevorum...*». En este sentido, se entendió por la doctrina que se hacía referencia a cualquier acto de disposición ya fuera *inter vivos* o *mortis causa*⁵². Precisamente, esta disposición de la titularidad permitía al disponente la posibilidad de instituir al primogénito.

Además, la aplicación del principio de indivisibilidad llevó a un sector doctrinal a extender la *gratificació* al ámbito de la sucesión testamentaria cuando el causante había instituido una pluralidad de herederos⁵³.

Recuérdese, de otra parte, que la gratificación tenía lugar cuando se trataba de *vicecomitibus usque ad inferiores milites*. En caso de *Dignidades Mayores*, se eliminaba la facultad de elección del Señor feudal y se sucedía por derecho de primogenitura. Ello planteó la cuestión relativa al alcance, o por mejor decir, al ámbito subjetivo de la primera. Así, Callis considerará que la debida coordinación entre el Usatge número 31 («*Si a vicecomitibus*») y el número 138 («*De Intestatis*») pasaba por aplicar el primero a los nobles

⁵⁰ *Constitucions*, cap. I, tít. IV, l. VI, vol. I. Asimismo, en las *Commemoracions de Pere Albert*, cap. XXI, l. IV, vol. I (*Constitucions*, pp. 325 y 331).

⁵¹ En el Derecho común, cuando el vasallo no había dispuesto del feudo, para después de su óbito, tenía lugar la apertura de la sucesión *ab intestato* (J. CANCER, *Variarum*, pars I, folio núm. 166, núm. 36).

⁵² J. MARQUILLES, *Commentaria*, folio núm. 100; I. DE SOCARRATS indicaba que «*sine legali condicione*» equivalía a «*sine legali dispossitionem*» (*Iurisconsulti*, folio núm. 223, núms. 8 y 10); I. P. FONTANELLA (*De Pactis*, pars I, folio núm. 182, glosa XII, núm. 5), precisó que, en Cataluña, la sucesión en el feudo no sólo tenía lugar de forma intestada, sino también *ex testamento*. Más tardíamente, afirmará J. CANCER que «*In Cathalonia siquidem, per praedicta iura vasallus potest disponere de feudo ad libitum; vel inter vivos, vel in ultima voluntate*» (*Variarum*, Parte I, folio núm. 166). También, P. N. VIVES Y CEBRIÁN, *Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles*, II, Barcelona, 1833, p. 325.

⁵³ J. CANCER, *Variarum*, Pars I, folio núm. 166, núm. 38, con cita de L. DE PEGUERA; J. RAMONII, *Consilia et Sententie Senatus Regii Cathaloniae cum observationibus Jacobi Balduccii*, Bononiae, Typis Bartholomaei Recaldini et Iulii Borzaghi, 1689, Consultum núm. 42 (Federico Meca et doña Anna de Yvorra *versus* Bertrandu Desvalls, folio núm. 558, núm. 5).

incluyendo, en esta categoría, a dignidades superiores que el propio Usatge contemplaba, y el segundo a los campesinos⁵⁴. Comentaristas posteriores a la Glosa Ordinaria matizarán este criterio en el sentido siguiente: en las *Dignitates Regiae* se sucedía siempre por derecho de primogenitura; en las restantes tenía lugar la *gratificació*⁵⁵. De hecho, la cuestión no era tan diferente como pudiera parecer a simple vista ya que, en virtud de la elección, el Señor podía determinar que fuera el primogénito el que sucediera en el feudo con lo cual Dignidades Mayores e Inferiores sólo se distinguirían, a estos efectos, en que en un caso no se daría la injerencia del Señor feudal en la sucesión *ab intestato* y en el otro, en cambio, sí⁵⁶.

Una cuestión que se planteó la doctrina que, más extensamente, se dedicó al tema, fue aquella referente a qué ocurría cuando el hijo/a elegido/a por el Señor se negara a suceder en el feudo o, simplemente –como sería en el caso de la *exorquia*–, éste/a no existiera. Se consideró, en tal hipótesis, que el Señor feudal podía elegir a cualquiera de los ascendientes y, en último lugar, a los agnados. Más allá, no se podía dar una interpretación extensiva de la norma, con lo cual, en ausencia de estos últimos, el feudo retornaba a poder del concedente y se vedaba, en consecuencia, cualquier llamamiento del *Fiscus*⁵⁷. En esta línea de pensamiento, bien se puede afirmar que el régimen de la gratificación se va, paulatinamente, acercando

⁵⁴ La cuestión aparece reproducida por P. N. VIVES Y CEBRIÁN, *Traducción*, II, p. 165.

⁵⁵ J. CANCER, *Variarum*, Pars I, folio núm. 166, núm. 46; I. DE SOCARRATS, *Iurisconsulti*, folio núm. 221, núm. 4, y folio núm. 222, núm. 6 ss.

⁵⁶ J. VALLET DE GOYTISOLO enseña que la gratificación «sirvió para asegurar la aplicación del principio de primogenitura» (*Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *Fundamentos*, Madrid, 1982, p. 1065).

Además, mediante la *gratificació* se podía excluir a la fémina de la sucesión en el feudo, puesto que el Señor ostentaba el poder de escoger (el Señor) de entre los hijos, al que le pugliese (la cuestión estará presente, también, en la sucesión en las *Dignidades Reales*). En esta dirección, advertía L. DE PEGUERA que «... quod ubi sunt masculus et foemina in pari gradu semper praefertur masculus...» [*Decisiones Aurae in actu practico frequentes. Ex variis Sacri regii Concilii Cathaloniae conclusionibus collecta (cum additionibus in Quinquaginta priores quae antea sine eis editae fuerunt)*, Barcelona, Ex. Typographie Iacobi à Cendrat, 1605, Pars I, Cap. 124, folio núm. 339, núm. 17].

⁵⁷ J. CANCER, *Variarum*, Pars I, folio núm. 166, núm. 32. Añádanse: J. MARQUILLES, *Commentaria*, folio núm. 100; M. DE CORTIADA, *Decisiones*, Pars V, Dec. 258, folio núm. 64, núm. 22; I. DE SOCARRATS era verdaderamente elocuente cuando sustentaba la dirección reseñada en el texto. Aun a riesgo de fatigar al lector dejemos hablar a dicho jurista: «*quod mortuo comite, sine haerede succedent quicumque agnati etiam si centesimo sunt gradu, quia feudum est paternum. Et idem regonorum successione dicendum est: quia si moriatur tota domus Regia, et extaret unus de antiquo sanguine, et non esset alius proximor, et quod esset millesimo gradu. Tamen iure sanguinis et perpetuae consuetudinis succederet in regno*» (...) «*non obstat quod in aliis successionibus post decimum gradum admittitur fiscus, de iure consuetudinario in regnis non admittitur fiscus*». Como puede verse, se trataba de una Dignidad Mayor y, de ahí que no hallara una ilimitación de grado. En cambio, como ya se ha destacado, en caso de tratarse de feudos sin Dignidad añadida, el límite máximo era el séptimo (*Iurisconsulti*, folio núm. 222, núm. 7).

al régimen sucesorio de la sucesión legítima, aunque no lo haga totalmente⁵⁸.

Por lo demás, sólo recordar que la *intestia* y la *exorquia* fueron abolidas por la Sentencia Arbitral de Guadalupe; mientras que la *gratificació* perdurará hasta el siglo XVII⁵⁹.

1.4 El derecho de primogenitura

Se ha puesto de relieve que en las *Dignidades Mayores*, a diferencia de las restantes, se sucedía por *derecho de primogenitura*: «*ex generali consuetudine pro bono publico introducta*». Este parecer fue hecho patente en una decisión del *Sacrii Regii Senatus* de 28 de septiembre de 1538, según la cual se declaró que el Ducado de Cardona, el Condado de Prades y el Marquesado de Pallas constituían una Dignidad Real y, por tanto, se sucedía *iure sanguinis* a título de primogenitura: el sucesor era, como consecuencia, D. Fernando Folch⁶⁰.

La sucesión del primogénito permitía, al igual que la *gratificació*, mantener indiviso el feudo y conservar, de esta suerte, el *splendor familiae*⁶¹. Además, era independiente del sexo del sucesor. Es decir, debía ser el primogénito, fuera éste hombre o mujer. Así aparece, pese a que no fue de estricta observancia en todos los lugares del Principado, en las *Commemoracions de Pere Albert*, que:

«*Si mort lo castla, ol vassall, tantsolament romanent filla, aquella segons os, e observança general de Cathalunya succeira en lo feu, axí com a fill mascle...*»⁶².

En contraposición a lo que sucedía en el Derecho histórico catalán, el Derecho común impidió que las mujeres sucedieran en

⁵⁸ P. SALVADOR CODERCH, *Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 11.

⁵⁹ P. N. VIVES Y CEBRIÁN apunta la tesis de que la Sentencia guadalupeña terminó con la *gratificació* (*Traducción*, II, p. 166, nota núm. 11, y p. 325, nota núm. 2). Sin embargo, J. CANCER, en 1760, al recordar los malos usos que se encargó de eliminar la tantas veces citada Sentencia Arbitral, omite cualquier referencia a aquella (*Variarum*, Pars I, folio núm. 83, núm. 70).

⁶⁰ J. CANCER, *Variarum*, Pars I, folio núm. 166, núm. 47; I. P. FONTANELLA, *De Pactis*, cláusula 4.ª, glosa XII, núm. 8, folio núm. 264 ss; L. DE PEGUERA, *Decisiones*, I, folio núm. 312, Cap. 115, núm. 115.

⁶¹ Señala I. P. FONTANELLA —con cita del autor que, más extensamente, ha tratado el tema (L. DE MOLINA, *De Hispanorum Primogeniis*, Lugduni, 1727, Cap. IV, L. I, núm. 16)— que el principal efecto de la primogenitura «... *est et in hoc ordinatur, ut bona unita et indivisa in unum continuentur pro dignitate familiae et perpetua bonorum in ea conservacione, quae quidem in plures divisa partes de facili dilbarentur*» (*Decisiones*, 1662, Pars I, dec. 32, folio núm. 69).

⁶² *Constitucions*, Cap. XXII, vol. I, L. IV, p. 331. Esta costumbre que, en Cataluña, regía era diferente de lo que ocurría en el Derecho común, en el cual las mujeres no sucedían en las Dignidades reales (J. CANCER, *Variarum*, Pars I, folio núm. 166, núms. 55 y 56;

las Dignidades Reales. No, en cambio, en los feudos inferiores⁶³. A. de Isernia daba noticia de la práctica desarrollada en el Reino de Sicilia, que bien puede generalizarse: «... *ut succedent foeminae, non extantibus masculis... ex his descendentes, quia proles foemina, vel ex foemineo sexu descendens non succedit in feudo*»⁶⁴. Se asemejaba, de este modo, la sucesión en los feudos a aquella de los mayorazgos regulares.

El privilegio de la masculinidad era, pues, una quiebra de la institución de la primogenitura ya que, en ésta, sucedía, justamente, el primogénito –valga la repetición– fuera éste hombre o mujer. Si se excluía a ésta de la sucesión, siendo primogénita, propiamente, se excluía la primogenitura y, si a quien se consideraba sucesor era al mayor de entre los varones, entonces se estaba ante el mayorazgo; instituto que tuvo amplio desarrollo en los territorios castellanos, y que también pretendió mantener indiviso el feudo. Quizá, por ello, la doctrina catalana insistió en resaltar la diferencia existente entre el Derecho común y la *praxis* observada en la Cataluña histórica, en la cual la exclusión de las féminas no comportará, correlativamente, la elección del varón de mayor edad⁶⁵.

Esta situación era la que se presentaba en los llamados bienes feudales. En los bienes alodiales –aquellos de los cuales se puede disponer *ad libitum*– el régimen sucesorio intestado, cuando a éste se diera lugar, era, cómo no, el descrito líneas más arriba: el recibido del Derecho común. Ello conllevó enconadas controversias entre descendientes de sexo opuesto acerca del carácter de los bienes. Los hijos defenderán la posición de que se trata de bienes feudales, de los cuales, como se sabe, se excluye a las féminas y éstas, por contra, sostendrán el carácter alodial de los mismos. Los Doctores del Medioevo considerarán que, en semejantes supuestos, se entienden *in dubio pro foemina* y, por ende, los bienes son de naturaleza alodial⁶⁶. La misma cuestión aparecía contemplada por

V. GIBERT, *Teórica*, p. 106; L. DE PEGUERA, si bien consideró que ésta era «*propterea consuetudo que in nostra Catalonia viget...*», añadiendo que: «*in successione feudi non posse dari certam regulam propter diversas locorum consuetudines, et propter diversa pacta et conventiones que in eis apponi conserverunt...*» (*Decisiones*, Pars I, Cap. 124, folio núm. 338, núm. 10. En el cap. 117, folio núms. 329 ss, cita, a tal efecto, la Sentencia del Antiguo Senado de Cataluña de 27 de agosto de 1425).

⁶³ J. CANCER, *Variarum*, Pars I, Cap. XII, folio núm. 166, núm. 55 ss.

⁶⁴ A. DE ISERNIA, *In usus*, folio núms. 104 y 112.

⁶⁵ Reservamos el epígrafe siguiente para tratar de esta cuestión.

⁶⁶ A. DE ISERNIA nos ilustra, al respecto, con un caso del que no ofrece su fecha: «*Dicebat frater, vel agnatus: id quod defunctus tenuit, fuisse feudum paternum haereditarium, à quo dicent filian foeminam exclusam: quia foemina non succedit in feudo: foemina dicebat fuisse allodium: si non potest aperte probari, quod sit feudum, vel allodium, quic siet: dicitur quod mulierum (contra quan facile praesumitur: quia non succedit in feudo)*» (*In usus*, folio núm. 203).

T. Mieres, el cual sostenía que se trataba de una *presunción iuris tantum*: «*quod quodlibet praedium praesumitur alodium et liberum, nisi feudale, vel de aliqua servitute probetur*»⁶⁷.

Hay que reseñar, por otro lado, que en ausencia de descendientes, sucederían los ascendientes y, en defecto de éstos, los colaterales; si bien, como se ha notado, en esta línea no existía límite en el grado.

En definitiva, bien se puede afirmar, como lo ha hecho Salvador Coderch, que una vez abolida la *intestia* y la *exorquia*, la sucesión intestada sólo quedará excepcionada por la *gratificació* o, en su caso, la *primogenitura*⁶⁸.

2. LA RENUNCIA EN LA SUCESIÓN INTESTADA REGULAR. LA EXCEPCIÓN A LA FEMINEIDAD O, POR CONTRASTE, EL DERECHO DEL MÁSCULO

Con la Recepción se acoge el sistema romanista de sucesión intestada del que ya hemos hecho alguna mención. Ahora bien, dicho régimen fue el que importó el Derecho común y que difería, en alguna medida, del puro régimen romano.

En este sentido, en primer lugar, sucedían los descendientes; en segundo lugar, los ascendientes; tras ellos los colaterales; en penúltimo lugar, el cónyuge y, finalmente, el *Fiscus*⁶⁹. En cuanto a la línea colateral, debe remarcarse que, a diferencia del Derecho romano, el grado máximo era el décimo y no la ilimitación de grado

⁶⁷ T. MIERES, *Apparatus*, Pars I, folio núm. 62, núm. 6. En los mayorazgos —escribe R. MARTÍ Y DE EIXALÁ— era necesario que constara y, por tanto, se probara, que las cosas formaban parte del mismo. Prueba que no debía ser ambigua, pues de lo contrario se atentaba a los derechos de los sucesores de los bienes libres del último poseedor y a los derechos de un tercero que hubiera contratado con este último (*Tratado elemental del Derecho civil romano y español*, Barcelona, 1838, I, p. 335).

⁶⁸ P. SALVADOR CODERCH, *Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 11. En el caso de la gratificación, parece entenderlo, de esta forma, también P. N. VIVES Y CEBRIÁN cuando precisa que: «*en cierto modo se da aun lugar á la sucesion ab intestato en las dichas cosas feudales, porque la facultad del Señor de conceder el feudo á uno solo procede cuando hay muchos, pues que habiendo uno solo, segun esta misma ley —se refiere al Usatge en cuestión— el pariente mas inmediato sucede al feudo igualmente que á los otros bienes del vasallo*» (*Traducción*, II, p. 165).

⁶⁹ J. CANCER, *Variarum*, Pars I, folio núm. 77, núm. 2, y folio núm. 80, núm. 38; M. CORTIADA, *Decisiones*, Pars V, Dec. 258, folio núm. 61, núm. 12; V. GIBERT, *Teórica*, p. 292; P. N. VIVES Y CEBRIÁN, *Traducción*, II, p. 329. Este último autor, excluye al cónyuge tal y como lo hizo la *Novísima Recopilación* (10, 20).

Recuérdese, de otra parte, que en los feudos inferiores el grado máximo en la línea colateral era el séptimo; mientras que en las Dignidades Regias se extendía *ultra millesimum*.

como pretendió entrever Durán i Bas en su *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho Civil de Cataluña*⁷⁰.

Como hemos descrito, en las *Dignidades regias*, sucedía el primogénito, ya fuera éste hombre o mujer. La irrelevancia del sexo, en la sucesión intestada regular, se observó en el sistema romano-común. Paladinamente, lo expone Cancr cuando precisa el orden sucesorio: «... *nulla facta distinctione, an sint masculi vel foeminae, succedunt...*»⁷¹. Esta norma, sin embargo, pronto se vió truncada por la práctica *—inconcusse in Cathalonia*⁷²— que excluía a las hijas de la sucesión intestada. El mecanismo jurídico mediante el cual se arbitraba esta remoción consistió en la renuncia que hacían las hijas (usualmente, se hacía en capítulos matrimoniales) a los derechos hereditarios a cambio de la dote. Como regla general, dicha renuncia se acompañaba con una reserva: *el derecho a suceder en el futuro tanto por testamento como ab intestato y ya fuera la sucesión paterna o la materna*⁷³.

Esta situación, como era de esperar, originó intrincados pleitos. En particular, cuando las hijas que habían renunciado pretendían suceder a su progenitor, dada la reserva realizada, en presencia de descendientes de sexo masculino, los cuales, por razones obvias, se oponían a tal sucesión alegando la antecitada renuncia⁷⁴. Ante ello,

⁷⁰ La restricción al décimo grado, en la línea colateral, fue señalada por A. M.^a BORRELL I SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, V, 2.^a ed., Barcelona, 1944, p. 438, y por F. MASPONS I ANGLASELL, *Derecho catalán familiar*, vertido al castellano por J. M.^a RODRÍGUEZ-AGUILERA, Barcelona, 1956, p. 232.

⁷¹ J. CANCER, *Variarum*, Pars I, folio núm. 77, núm. 2.

⁷² I. P. FONTANELLA, *De Pactis*, Barcinonae, 1667, Pars I, folio núm. 551, núm. 3.

⁷³ I. P. FONTANELLA subrayó que, por regla general, el antiguo Senado entendió que «... *hanc ut renunciatio filiam non excludat a successione intestati patris, quando est facta aliqua salvitas, et reservatio...*» (*Decisiones*, Pars II, folio núm. 574, dec. núm. 569). También lo resalta L. PEGUERA, *Decisiones*, 1611, Pars II, cap. 65, con relación a la sentencia de 24 de octubre de 1598: «... *quia dicta renunciatio in se continet tacitam conditionem si legitime successio locum habuerit in personam renunciantis*»).

La renuncia con juramento sembró el interrogante de si ésta bastaba para excluir a la hija renunciante de la sucesión. En esta dirección, I. P. FONTANELLA, al dar razón de la práctica que se seguía en Cataluña, planteó la posibilidad de que la misma fuera nula: «... *tunc nihil nocet ista renunciatio propter magnam laesionem, quam continet et quia sine causa facta fuit renunciatio, est ipso iure nulla, ac nihil operatur et sic petere poterit filia bona materna, ac si non renunciasset*» (*De Pactis*, Pars I, glosa única, Cláus. 9, dec. 2, folio núm. 552, núm. 3). En contra de esta corriente de opinión, se dirá que la renuncia se refiere a todos los fundamentos de vocación (P. N. VIVES Y CEBRIÁN, *Traducción*, II, p. 332) a la par que se resalta que la reserva podía realizarse con una referencia genérica a la sucesión, en cuyo caso se entendería que el significado de la locución *sucesión* «... *est amplectendur... comprehendet etiam successionem ex testamento*» (folio núm. 575).

⁷⁴ P. SALVADOR CODERCH narra algunos supuestos que dieron lugar a que la antigua Audiencia catalana terciara en la materia (*Comentarios*, XXIX, vol. III, pp. 16-19); *vid.* BOFILL I BENACH, BONAVENTURA DE TRISTANY, *Sacri Supremi Regis Cathaloniae Senatus Decisiones*, Barchinonae, Ex. Typographia Raphaelis Figueró, 1701, Pars III, Dec. 123, folio núm. 547, núm. 4: «*quia filiae, per renuntiationes, quas fecerunt cum iuramento in capitulis matrimonialibus, dote contentae, ab intestati patris successione excludantur,*

se entendió por el Senado, así como por los Doctores, que la salvedad establecida no producía sus efectos cuando «*masculus aliquis concurrat cum eis, qui non renunciavit...*»⁷⁵. El derecho de primogenitura del másculo fue tan estrictamente interpretado que se excepcionaron tales reservas a la sucesión, incluso, en los supuestos de *nasciturus* («... nisi supervivat masculus...»)⁷⁶.

A su vez, la salvedad de suceder al padre o a la madre testamentariamente o *ab intestato*, tampoco operaba en la hipótesis en que la hija renunciante concurriera con alguna hermana (ora de doble vínculo, ora de vínculo simple) que no hubiera renunciado. A este supuesto se refiere M. Ferrer, en su obra *Observantium Sacri Regii Cathaloniae Senatus*, cuando narra la decisión del antiguo Senado catalán de abril de 1554: «*quod filia que dote contenta renuntiat bonis paternis et maternis cum iuramento, altera filia existente, non succedit patri ab intestato, sed sola filia que non renuntiant, et ita fuit conclusum...*»⁷⁷.

De ello puede deducirse, por tanto, que en el mismo grado sucesorio, lo que verdaderamente producía efectos jurídicos era la renuncia a la sucesión futura y no, en cambio, la reserva al respecto realizada. Y ello de forma independiente a que el beneficiado por la renuncia fuera hombre o mujer. Pero, además, pone de relieve otro aspecto o singularidad propia: la necesidad, en el Principado, de la renuncia para quedar excluido de la sucesión a cambio de la dote. En este orden de ideas, el docto Fontanella manifestará, al comparar nuestro sistema con el seguido allende, en concreto, con la práctica establecida en Perpiñán, que en ese lugar «... *quod inibi ut filia excludetur a successione ab intestato parentum non est necessaria renunciatio hae de que tractamus, sed sufficit quod sit dotata...*». Por contraposición, agrega que «*e contra tamen inreliquis serà partibus Cathaloniae non solum per simplicem dotationem non exclu-*

etiam si in illis, ius future successionis ab intestato sibi reservaverint, cum dictae renuntiationes, factae censeantur in favorem filiorum masculorum procreatorum, vel postea per patrem procreando...» (folio núm. 548, núm. 8).

⁷⁵ I. P. FONTANELLA, *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, Barcinone, ex Prae-lo, ac aere Petri Lacavalleria in via Bibliopolarum, 1645, Pars II, folio núm. 578, dec. núm. 570. En la decisión anterior, se manifestaba que: «... *dicebat ea non applicari huic casui, quo existit filius, qui non renunciavit, sed in alio casu, quando nullus existit talis sic enim interpretantur Doctores hac reservationes et non aliàs*». En esta línea, L. DE PEGUERA, *Decisiones*, Pars II, Cap. 65; A. DE RIPOLL, *Variae Iuris Resolutiones, multis diversorum Senatum decisionibus illustratae*, Barcinonae, 1631, Cap. 9, folio núm. 259 ss, núm. 125; I. P. FONTANELLA, *De Pactis*, 1667, Pars I, glosa única, cláus. 9, dec. 2, folio núm. 556, núm. 40, con cita de la Sentencia de 28 de abril de 1593 (*referente*: Hieron. Astor) y otra de 18 de febrero de la que no facilita el año (*referente*: Ioanis Sabater).

⁷⁶ I. P. FONTANELLA, *Decisiones*, Pars II, folio núm. 575, dec. 569.

⁷⁷ M. FERRER, *Observantium Sacri Regii Cathaloniae Senatus*, Barcinonae, 1608, folio núm. 276, Cap. 474. El mismo Ferrer fue *correlator* de Stephano Riurech.

*duntur filiae à successione intestatorum parentum, sed nec per renunciationes quas dote contentae faciunt, quia serà semper istae successiones ab intestate reservari solent, prout habes in nostris capitulis et videbis in reliquis serè semper omnibus, quae venient in manus...»*⁷⁸. Según ello, la renuncia a la sucesión futura se presentó como un *quid* imprescindible y la reserva que se solía llevar a cabo sólo procedía cuando «*non existantibus aliis liberis, qui non renunciarunt... ex recepta doctrina Guido Papae»*⁷⁹.

De todas formas, la interpretación de la renuncia, que hemos expuesto, no se llevó a sus últimas consecuencias, antes bien excluyó a la renunciante primogénita únicamente en igualdad de grado. La preferencia por el varón sólo se daba cuando junto a éste concurrían féminas *in pari gradu*, pues en caso contrario, es decir, cuando el másculo era de grado inferior, quedaba excluido de la sucesión: «*Si autem mulier est proximor ipsa succedit exclusis aliis remotioribus agnati»*⁸⁰.

Por otro lado, conocido es que el Derecho romano impedía la renuncia a la sucesión futura. La forma de salvar este escollo, como observa Salvador Coderch, fue recurrir al Derecho canónico el cual, precisamente, derogó dicho principio: «*Quamvis pactum patri factum a filia, dum nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum ad bona paterna regressus haberet, improbet lex civilis: Si tamen iuramento non vi, nec dolo praestito firmatum fuerit ab aedem, omnino servari debet: cum non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum»*⁸¹.

⁷⁸ El mismo I. P. FONTANELLA fundamentó su opinión en la decisión de M. FERRER que hemos referido en la nota anterior (*De Pactis*, Pars I, folio núm. 543, núm. 72, dec. 2, cláus. 9, glosa única).

⁷⁹ I. P. FONTANELLA, *De Pactis*, Pars I, folio núm. 543, núm. 74, dec. 2, cláus. 9, glosa única (también, en *Decisiones*, Pars II, dec. 569, folio núm. 575). Con la doctrina de autores franceses —como GUIDO PAPAÉ— se identifican, también, los razonamientos del Senado de Cataluña que narra M. FERRER.

De otra parte, la mención de la doctrina francesa obedece a que en los países de *Droit écrit* no rigió el sistema justinianeo, representado por las Novelas 118 y 127, en su pureza; antes bien, padeció importantes fisuras que conllevaron un componente germánico relevante. De entre estas quiebras, conviene destacar, precisamente, la renuncia de las hijas primogénitas a la sucesión de los padres (respecto a esta última cuestión, puede verse el riguroso tratamiento que hace P. SALVADOR CODERCH, *Comentarios*, XXIX, vol. III, pp. 22 ss).

⁸⁰ L. DE PEGUERA, *Decisiones*, Pars I, cap. 124.

⁸¹ P. SALVADOR CODERCH, *Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 21, y, en especial, la nota núm. 45, de la cual extraemos la cita del canon *Quamvis* de Bonifacio VIII (1299), Sextus, I, 18, 2.

La doctrina catalana se acogerá a dicho canon para sostener la validez de los pactos renunciando a la sucesión futura ya *ex testamento* ya *ab intestato*. Es, suficientemente, expresivo el propio I. P. FONTANELLA: «*Ista renunciatio de iure non valet, nisi iurisiurandi religione roboretur, ut disponit Roma. Cuimque hodie apud nos in omnibus istis renunciationibus apponatur iuramentum, sequitur quod semper valebit renunciatio et in hoc non est dubium»* (*De Pactis*, Pars I, dec. 2, cláus. 9, glosa única, folio núm. 551, núm. 2).

3. EL *FISCUS* COMO HEREDERO INTESTADO. LAS REGALÍAS

Los textos que se dedican al *Fiscus* son escasos y, cuando lo hacen, se refieren de forma incidental al mismo. No obstante, se puede constatar que el *Fiscus*, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho romano, sucedía en la herencia intestada, pues la línea colateral sólo se extendía hasta el décimo grado⁸². Tras éstos heredaba el cónyuge y, en defecto del mismo, se llamaba *in extremis* a aquél⁸³.

La cuestión que interesa –y, de ahí, la rúbrica de este epígrafe– es *¿quid del título jurídico en virtud del cual adquiriría las herencias intestadas?* En una primera aproximación, la solución a este interrogante parece clara pues obedecería al siguiente silogismo: el Derecho romano que se considera aplicable es aquél recibido con la Recepción, por tanto, el sistema sucesorio romano-común; el Derecho común, por obra de los Doctores, consideró heredero al *Fiscus*. Ergo, en Cataluña, el *Fiscus* sucedería a título de heredero.

Ésta sería la solución a la que aboca el propio Cancr cuando, al señalar el orden sucesorio intestado, afirma que es el de la *Glossa communitter recepta* con cita de Bártolo de Saxoferrato⁸⁴.

Este aspecto lo hemos analizado en otra sede, en relación con el *Código alfonsino*. Entonces manifestábamos que, interpretadas de forma conjunta las afirmaciones de A. de Iernia («... *quando non haberet haeredem quis nam Fiscus est ultimus successor*»), que, a tal efecto, se apoyaba en Baldo de Ubaldis, con las de Gregorio López, que recogía las enseñanzas del mismo Doctor, según las cuales «*titulus pro derelicto non habet locum in hereditate vacante*» la Cámara regia adquiriría *iure hereditario* las herencias intestada⁸⁵.

Conviene, no obstante, detenerse en esta cuestión, pues, como es sabido, la consagración definitiva del *Ius Commune*, como parte

⁸² Recuérdese la discusión de los autores romanistas acerca de este extremo en la nota núm. 3.

⁸³ Existían determinados supuestos en los que se anteponía, al *Fiscus*, el colegio al que hubiera pertenecido el causante (V. GIBERT, *Teórica*, p. 293).

⁸⁴ J. CÁNCR, *Variarum*, Pars I, capítulo V, folio núm. 80. Del mismo sentir es A. OLIBANI, en su obra *De actionibus in Rem civilibus et praetoriis*, Pars II, Barcinonae, 1606, el cual manifestaba que «*fiscus in duobus tantum casibus succedit ut haeres, videlicet quando est institutus, vel quando haereditates iacet ob defectum legitimorum successorum*» (Cap. 43, L. I, folio núm. 465, núm. 9); «*extra quos casus non est proprie haeres, sed loc haeredis habetur*» (núm. 10).

⁸⁵ S. NAVAS NAVARRO, *La herencia a favor del Estado (Estudio de la normativa civil, administrativa y procesal)*, Madrid, 1996, pp. 41 ss.

integrante del Derecho Catalán, se produce con el rey Martín el Humano en 1409, el cual aprobó un *Capítol de Cort* (en Cortes celebradas en Barcelona) donde se enumeraban las fuentes del derecho y, entre ellas, incluía el «... *dret comu, equitat, e bona raho*»⁸⁶. La prelación de fuentes del ordenamiento jurídico catalán fue establecida, con Felipe II (III de Castilla), mediante una Constitución, en las postrimerías del siglo XVI (1599), en la que se consideraba como Derecho supletorio del autóctono no ya, sin más, el *dret comu*, sino que éste se desglosaba en dos de sus componentes: en primer lugar, el Derecho canónico; en segundo lugar, y como supletorio de segundo grado, el Derecho romano⁸⁷. En esta dirección, acertadamente, expone la doctrina que, en definitiva, «*el Derecho romano fue sólo la materia prima de que se extrajeron los materiales para construir el derecho común*»⁸⁸.

A nuestro modo ver, es esto lo que sucede en el Derecho de sucesiones y, concretamente, en la sucesión intestada regular, en la cual se tiende a considerar por los tratadistas contemporáneos e, incluso, por el propio Tribunal Supremo que el Derecho aplicable era el romano, y, en cambio, éste era uno de los *materiales* sobre los que, después, se construiría el Derecho común y no era el puro Derecho romano el que se recibe, sino el Derecho romano contenido en la Recepción o, si se prefiere, en el Derecho común.

Si nos hemos detenido en este aspecto incidental ha sido con la velada intención de destacar que, en la materia del presente comentario, tiene sobremanera importancia, ya que el régimen sucesorio intestado del Derecho común pasará, en mayor o menor medida, a los textos legales⁸⁹. En Cataluña, será aplicado hasta finales del siglo XIX principios del siglo XX. Y, en cuanto al mecanismo jurídico-adquisitivo de las herencias intestadas por el *Fiscus*, se lo considerará heredero

Retrocédase a la época del *mos italicus*. Básicamente, se desarrollaron dos líneas de pensamiento: una representada por Baldo de Ubaldis, que es la que se acoge en *Las Siete Partidas*, y otra protagonizada por Bártolo de Saxoferrato. Ambas coincidían en el título jurídico en virtud del cual el *Fiscus* adquiriría las herencias intestadas. En cambio, divergían en orden al tipo de responsabilidad.

⁸⁶ *Constitucions*, Cap. II, Tít. XXXVIII, L. I, vol. I.

⁸⁷ *Constitucions*, Tít. XXX, vol. I, L. I: «... *hajan de decidir les dites causes segons la disposició del Dret Canonic, y aquell faltant del Civil...*».

⁸⁸ L. PUIG I FERRIOL y E. ROCA I TRIAS, *Fundamentos*, I, pp. 19-20; A. LATORRE, «El Derecho Romano como parte integrante de la tradición jurídica catalana», *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, p. 205.

⁸⁹ En relación con la obra de Alfonso X El Sabio y el Proyecto de Código Civil de 1851, nos remitimos a S. NAVAS NAVARRO, *La herencia*, pp. 38 ss.

Las afirmaciones de Bártolo de Saxoferrato son las que llegan a los juristas clásicos catalanes: *Glossa communitter recepta*. De acuerdo con ella, el *Fiscus* adquiriría las herencias intestadas a título de heredero. Ciertamente, los *bona vacantia* según señaló en 1505 Marquielles en relación con la *exorquia*, eran adquiridos por el primer ocupante, lo cual no ocurría con aquella que era detraída por el Señor. Tampoco sucedería con la herencia intestada, en la cual se vedaba la entrada a cualquier sujeto y, consecuentemente, no se podía considerar como *res nullius*. En este sentido, afirmará Mieres que: «*Fiscus occupat bona adquisita per deportatum etiam ex contractu iuris gentium, nec veniunt venientes ab intestato*»⁹⁰ y Acaci de Ripoll entenderá que: «*fiscum iure univerali succedere, quo casu dicitur succedere tanquam haeres*», según atestiguó Bártolo de Saxoferrato⁹¹, para diferenciarla de los supuestos de confiscación en los que el *Fiscus* «*non dicitur propriè haeres, tamen semper habetur loco haereditis*»⁹².

En cuanto a la responsabilidad se sostendrá, en sustancia, la misma teoría que los juristas castellanos al glosar *Las Siete Partidas*⁹³. Incluso se mantendrá la terminología de *bona vacantia*. Al

⁹⁰ T. MIERES, *Apparatus*, Pars I, folio núm. 283, núm. 14.

⁹¹ A. DE RIPOLL, *Variae*, Cap. IX, folio núm. 256, núm. 93.

⁹² A. DE RIPOLL, *Variae*, Cap. IX, folio núm. 256, núm. 93. La última afirmación —«*tamen semper habetur loco haereditis*»— intenta explicar el hecho de que los bienes confiscados, así como los adquiridos en virtud de procedimientos penales (*ex delicto devolute*), continuaban sujetos a las cargas que sobre ellos pesaban y de las cuales sólo respondían los mismos bienes. A. DE RIPOLL presenta el caso de un sujeto que es condenado a pagar una pena pecuniaria que absorbía todo el patrimonio, de suerte que su única hija soltera viera, como ilusoria, la posibilidad de obtener la dote. El Senado de Cataluña consideró que la hija podía solicitar ser dotada en los bienes paternos: «*sic certum est fiscum debere condemnari ad dotandam filiam, saltim in ea parte, quae ad eam pro legitima pertineret, quia licit bona applicantur fisco ex delicto patris, remanet tamen filio salva legitima...*» (*Variae*, Cap. IX, folio núm. 256, núm. 94); I. P. FONTANELLA presentó el mismo caso señalando que «*... bona transeunt ad eum cum onere suo*» (*De Pactis*, 1622, II, glosa IV, folio núm. 77, núm. 61). Por otro lado, la porción del heredero indigno era adquirida por el *Fiscus* (J. CANCER, *Variae*, Pars I, folio núm. 84; I. CALICII, *Margarita Fisci*, Barchinonae, Apud. Ioan. Gordolian, 1556, folio núm. 34, núm. 4). El supuesto es análogo a aquel que aparecía en las Partidas 6, 7, 16, y resultaba obvio, que, en dicho caso, el *Fiscus* no podía ser heredero: el heredero lo seguía siendo el indigno que no perdía aquella cualidad. Se consideraba, entonces, como un supuesto de confiscación cuyos bienes al formar parte de la herencia pasaban *cum onere suo*.

⁹³ Cuando el adquirente era la Cámara real, se establecía la responsabilidad *intra vires* por ministerio de la Ley. La Ley XVI del Título VII de la Partida VI, respecto de aquella porción del *as hereditario*, o todo él, que se detraía al indigno y que iba destinada al Rey, señalaba que «*deue pagar las debdas que fincaron del testador, fasta en aquella quantia que montare lo que el rescibio de la herencia*», y lo mismo sucedía en cuanto a los legados. Al glosar esta Ley GREGORIO LÓPEZ afirmó que «*et sic fiscus, licet non conficiat inventarium, non tenebitur ultra vires haereditatis (...) non possunt, colligit, quod si alicujus tenebitur factoris bona ad fiscam perveniant, non tenetur ultra quam ad eum pervenit, et intellige quando iure devolutionis, quia vacantia, seu confiscationis fiscus succederet quia tunc non dicitur in haereditate succedere...*» (GREGORIO LÓPEZ, *Las Siete Partidas del Sabio rey don Alonso el nono*, Oficina de B. Cano, Madrid, 1789, glosa núm. 4, donde cita a BARTO-

hilo de esto, explica Cortiada que «*tamen generaliter dicuntur bona vacantia, quae omnio domino, omnique iure vacua sunt...*»⁹⁴. Sin embargo, añade «... *sed ad institutum, bona vacantia dicuntur, quae Fisco qurentur et applicuntur, quando aliquis ab intestato decedit sine descendantibus, aut ascedentibus, aut absque collateralibus...*»⁹⁵. Y, Cancer nos dirá que cuando el heredero es el Fisco o, en su caso, una Iglesia, no incurre en responsabilidad *ultra vires*; aunque no confeccione el inventario⁹⁶. Por tanto, es un beneficiado de derecho, a diferencia de cuando es instituido heredero por el causante, en cuyo caso, si no lo realiza, responderá *ultra vires* como cualquier otro heredero⁹⁷.

Ahora bien, ¿a qué se considera, en esta época histórica, *Fiscus*? El *Fiscus* es, como se consideró para Castilla, la Cámara Real o, si se prefiere, la Hacienda Real. Hacienda Real que era la perteneciente a la Corona de Aragón la cual, como es sabido, se formó en el año 1137.

Como era de esperar, advierte Vicens Vives que «(en) la hacienda real catalana en la Edad Media (...) andaban confundidos los intereses privados del rey y los públicos del Estado...»⁹⁸. Esta situación estaba también presente en la Real Hacienda castellana. A tal efecto, se distinguía entre bienes propios y bienes de realengo afectos a la Corona. Dentro de esta última categoría se encontraban los bienes que poseían la nota de la periodicidad y aquellos cuya adquisición, por el rey, estaba en función del supuesto de hecho que la originaba.

La misma configuración se hallaba presente en la Real Hacienda de la Corona de Aragón. Dentro de los llamados bienes de realengo se podían discernir, según Olibani, dos grupos: *fiscalia* y *patrimonialia*⁹⁹. Los primeros son aquellos «*quae populus regi*

LO DE SAXOFERRATO; J. FEBRERO, *El Febrero adicionado ó librería de Escribanos, abogados y jueces*, IV, Madrid, 1825, p. 70). Por tanto, independientemente de la realización o no del inventario, la responsabilidad era *intra vires*. Era, en este sentido, un beneficiado de derecho. Sigue señalando el comentador de la obra del Rey Sabio que «*ex hoc apparet: ... unde secus esset, quando fiscus succederet, ut haeres, et iure haereditario*» [Un amplio resumen y tratamiento de la cuestión, que trae causa de la Glosa, puede verse en *Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii tum Caesari iuris facultate jurisconsultum. De ultimis voluntatibus (Summariis Singulorum Tractatum Lompletissimis illustrati)*, III, Pars II, Venetiis, 1584].

⁹⁴ M. CORTIADA, *Decisiones*, Pars V, folio núm. 60, núm. 4.

⁹⁵ M. CORTIADA, *Decisiones*, Pars V, folio núm. 60, núm. 5.

⁹⁶ J. CANCER, *Variarum*, Pars III, Cap. II, núms. 81-82.

⁹⁷ A. DE RIPOLL, *Variae*, Cap. XIII, folio núm. 564, núm. 459; I. P. FONTANELLA, *De Pactis*, Pars I, glosa V, folio núms. 52-53, núm. 42. Se equipara, en consecuencia, a los supuestos de confiscación y de bienes *ex delicto devolute*.

⁹⁸ J. VICENS VIVES, *Historia*, p. 42.

⁹⁹ A. OLIBANI, *De Iure*, 1600, Cap. V, folio núm. 102 ss; I. CALICII, *Margarita*, folio núm. 5. núm. 2.

prestat ad sustinenda onera Reipublica haec nulli sunt per Principem concedenda». Los segundos son «*quae ad usum principis sunt deputata et que patrimonio principis incorporantur servatis servandis, ex causis scilicet et delictis ex quib. confiscatio et sequitur incorporatio*»¹⁰⁰. Tanto unos como otros eran ingresos extraordinarios que carecían de la nota de la periodicidad y que, tal como sostuvo en su momento Martínez Marina¹⁰¹, iban destinados a la decente subsistencia del Monarca así como la defensa del territorio contra los enemigos¹⁰². Los *fiscalia* eran imprescriptibles e inalienables.

A su vez, se diferenciaba entre Regalías mayores y Regalías menores. Las primeras son inherentes a la figura del rey¹⁰³ y se cifran en los denominados derechos mayestáticos: consistían en la tregua, paz, seguridad, *emparament*, moneda, justicia y exigencia de determinados tributos¹⁰⁴. Este tipo de regalías eran imprescriptibles e indisponibles¹⁰⁵, si bien podían ser concedidas por el *Rex*¹⁰⁶.

Las segundas podían ser concedidas por el poder regio a fin de obtener rentas ordinarias (frutos y réditos obtenidos de los bienes dados en censo o arrendamiento y, en general, de los feudos).

¹⁰⁰ Se añadían a esta lista, los *bienes donados* (ilustrativo es el siguiente párrafo extraído de la obra de J. VICENS VIVES: «... no podemos prescindir del factor fiscal en la monarquía del Bajo Medievo, según el cual todo privilegio, concesión o disposición legislativa general reportaban al monarca determinados ingresos. En rasgos muy esquemáticos, el mecanismo de las mismas Cortes no era más que un intercambio entre las disposiciones legislativas del rey y el donativo de los estamentos; no había donativo sin concesiones y viceversa», *Historia*, p. 42) o *legados* y, por supuesto, los *bienes procedentes de las herencias intestadas*. A. OLIBANI, sin embargo, omite cualquier referencia a ellos (*De Iure*, Cap. VI, folio núm. 20, núm. 23); M. CORTIADA indicó que «*Bona vancantia ex iure Regali ad Fiscum pertinent et ei applicantur...*» (*Decisiones*, Pars V, Dec. 258, folio núm. 59, núm. 1).

¹⁰¹ I. CALICII, *Margarita*, folio núm. 5, núm. 2: «*Res publica habet duo patrimonia unum appellatur fiscale puta introitus et exitus Camere fiscalis puta emolumenta quae proveniunt thesaurario regio et curiae regiae extra patrimonium regium seu redditus patrimonii regni iuxta ea quae scribam infra in sexto, septimo et octavo dubiis principalibus. Alterum patrimonium est fisci seu domini regis redditus Leudae et alia iura quae habent praestationem villae regularem et Castra*».

¹⁰² Nítidamente, manifiesta A. OLIBANI que tales bienes tenían como finalidad a la que iban destinados «... *eam defendant ab inimicis: deinde ut negotia regni administrentur cum pecuniis fiscalibus... sed et vectigalia publica sunt ad id quod inventa, ut vice publicae, pontis, muri et loca publica reficiantur et conserventur*» (*De Iure*, Cap. V, folio núm. 104); I. CALICII, *Margarita*, folio núm. 27, núm. 19.

¹⁰³ Son también inseparables de la Corona las prerrogativas (A. OLIBANI, *De Iure*, Cap. V, folio núm. 102, y Cap. VI, folio núm. 121, núm. 28).

¹⁰⁴ *Constituciones*, Tit. I, L. X, vol. II (P. N. VIVES Y CEBRIÁN, *Traducción*, III, p. 388). En cuanto a la jurisdicción, véase A. OLIBANI, *De Iure*, Cap. VI, folio núm. 120, núm. 30.

¹⁰⁵ «*Supreme regalia, nullo modo concedentur quia sunt reservata in recognitionem superioritatis et supraeme potestatis...sicuti haec supreme regalia concedi nequent per Principem; quia sunt reservata in supreme potestatis recognitionem, ut dictum est, sic nec per consuetudinem, aut praescriptionem adquiri; quia haec est tacita concessio, que prohibita est in ius*» (A. OLIBANI, *De Iure*, Cap. VI, folio núm. 115, núm. 10; T. MIERES, *Apparatus*, Pars I, folio núm. 54, coll. 2, núm. 23, y folio núm. 209, coll. 4, núm. 40).

¹⁰⁶ I. CALICII, *Margarita*, folio núm. 203, núm. 28.

Por lo demás, debemos añadir que, de los bienes propios, podía disponer el Rey *ad libitum*: «... *bona potest princeps alienare, donare, sicut si res essent privatae non enim sunt fiscalia, non etiam patrimonii Caesaris, nec publico aerario incorporata*»¹⁰⁷.

II. EL EPISODIO DE LA DENOMINADA LEY DE MOSTRENCOS DE 1835 EN SU APLICACIÓN EN CATALUÑA

1. SU CONTEXTO HISTÓRICO

Tras la entrada en vigor del Código Civil, el Tribunal Supremo que hasta 1893 había considerado como derecho supletorio aplicable en Cataluña, el Derecho romano-común, sostuvo la aplicación en territorio catalán de la Ley de Mostrencos de 1835¹⁰⁸. El criterio jurisprudencial se plasmó en la *Sentencia de 20 de marzo de 1893*¹⁰⁹, cuyos razonamientos se pueden dividir en tres apartados:

¹⁰⁷ A. OLIBANI, *De iure*, Cap. VI, folio núm. 120, núm. 23.

¹⁰⁸ Tal vez fuera éste uno, entre otros, de los factores que motivaron que, en 1930, se redactara y se presentara un Proyecto de Apéndice, tras varios intentos y vacilaciones, respecto de los anteriores Proyectos y Anteproyectos. Piénsese, de otra parte, que en 1920 los ánimos foralistas condujeron a que un jurista de nota como F. MASPONS I ANGLASELL, presentara un discurso en contra de la aplicación de la Ley de Mostrencos en Cataluña que se podría resumir en el apotegma de I. P. FONTANELLA «*minima mutatio facti mutat totum ius*» (el discurso es más demagógico que jurídico; sin embargo, merece la pena leerlo para comprender la reacción catalana ante la actitud unificadora del Tribunal Supremo; *vid.* «La perturbación del régimen sucesorio de Cataluña por la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RDP*, 1920, pp. 97 ss). Por otro lado, F. PUIG PEÑA da razón de la presentación de un Proyecto de Ley en abril de 1921 en el que se declaraban vigentes, en todos los territorios forales, sus propios órdenes sucesorios *ab intestato* (*Compendio de Derecho civil*, VI, 2.ª ed., Pamplona, 1972, p. 864). Por su parte, señalaba M. ISABAL que las Audiencias intentaron salvar el Derecho foral; mientras que el Tribunal Supremo casaba las sentencias con base en un espíritu uniformizador («Los mostrencos en el Tribunal Supremo, o sea, estudio sobre la vigencia de las instituciones forales españolas en materia de sucesiones intestadas», *RDP*, 1920, pp. 69 ss).

En cuanto a la tarea *apendicular* y sus inconvenientes, *vid.* J. CAMPS I ARBOIX, *Historia del Derecho catalán moderno*, Barcelona, 1958, pp. 265 ss. La polémica surgida en Cataluña en torno a los Apéndices y en relación con el tema que nos ocupa, puede verse en «El Derecho Civil de Cataluña en el Parlamento Español», *RJC*, 1920, núm. 26, sesión de 27 de abril de 1920 (Sr. Dato), pp. 270 ss.

¹⁰⁹ Dicha resolución puede encontrarse en L. PUIG I FERRIOL, *El Derecho Civil catalán en la jurisprudencia*, 1890-1904, II, vol. I, Barcelona, 1974, pp. 538 ss. Convencionalmente, se puede afirmar que, a partir de esta decisión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inspiró «en la aspiración hacia la unificación legislativa, sin paliativos ni condicionamientos...» (F. PUIG PEÑA, *Compendio*, VI, p. 863). Uniformidad que, por otro lado, ya había destacado M. ALONSO MARTÍNEZ, *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, 1947, pp. 17 ss.

i) El Real Decreto de Nueva Planta no sólo mantiene en vigor («establece de nuevo») la legislación propia catalana, sino que marca el momento a partir del cual se consideran aplicables en Cataluña, como en todo el territorio nacional, las leyes posteriores al mismo, entre las cuales se hallaba la Ley de Mostrencos que no «consignó distinción ni excepción de ningún género» (considerando primero).

ii) No se considera infringido el artículo 12.2 del Código Civil porque éste se refiere a un estado de derecho preexistente, cual es, en la materia de que se trata, el establecido por la Ley de Mostrencos (considerando tercero).

iii) A partir de la Ley de adquisiciones, a nombre del Estado se varió el orden de suceder *ab intestato* establecido en Cataluña con arreglo al Derecho romano (considerando cuarto).

Después de un período, relativamente breve, en el que destacaron las vacilaciones del propio Tribunal Supremo ¹¹⁰, éste sentó doctrina, entre otras, con la *sentencia de 7 de julio de 1915* ¹¹¹, cuyos planteamientos se irán, en lo sucesivo, repitiendo en resoluciones posteriores ¹¹². No se invocaba ya la Ley de Mostrencos

¹¹⁰ Véanse las STS de 16 de abril de 1898 (*JC*, núm. 22, p. 104: aplica el Derecho catalán a la sucesión de los impúberes) y la STS de 1 de marzo de 1902 (*El Derecho civil*, II, vol. I, p. 544: parientes de quinto grado *versus* parientes de sexto grado en representación de un ascendiente pariente de quinto grado del difunto), en cuyo primer considerando se señala, expresamente, que «... a parte de estar bien citadas las leyes romanas (...) por tratarse de la legislación especial vigente en Cataluña...».

¹¹¹ *JC*, núm. 159, p. 994: conflicto entre hermanos de doble vínculo y vínculo sencillo que concurren con sobrinos en representación de sus ascendientes. Con anterioridad a esta resolución, el Tribunal Supremo dictó, en 1914, la Sentencia de 13 de junio (*JC*, núm. 105, p. 546: conflicto entre colaterales e hija natural reconocida), y la de 10 de junio del mismo año (*JC*, núm. 99, p. 516: conflicto entre colaterales de cuarto grado y cónyuge sobreviviente). En el considerando tercero de esta última sentencia se destaca que:

«... habiendo sido sustituida la legislación foral por la de 1835, pues para algo se han establecido las modificaciones que comprende, y esta última ley por el derecho común positivo vigente, al Código Civil hay que atenerse, como Cuerpo legal supletorio, al efecto de fijar (...) la situación jurídica del cónyuge superviviente...».

¹¹² STS de 10 de diciembre de 1919 (*JC*, núm. 54, p. 343, para Cataluña: sucesión de impúber *versus* ascendiente); 13 de diciembre de 1919 (*JC*, núm. 65, p. 423, en relación con el Derecho Foral de Aragón: conflicto entre ascendiente y colaterales por línea materna); de 11 de diciembre de 1922 (*JC*, núm. 145, respecto del Derecho Foral de Aragón: bienes reservables); de 24 de junio de 1925 (dictada en relación con el Derecho Foral de Aragón: conflicto entre colaterales de segundo y tercer grado en representación de ascendientes); de 25 de febrero de 1926 (*JC*, núm. 175, p. 765: nietos en representación de su madre *versus* viuda. F. MASPONS I ANGLASELL rebate las justificaciones que aduce el Tribunal con los razonamientos del mismo en anteriores sentencias en «La jurisprudencia sucesoria en los territorios llamados forales», *RDP*, 1926-1927, pp. 372 ss); 19 de enero de 1927 (*JC*, núm. 40, p. 200, para Aragón: conflicto entre hermanos de vínculo doble y vínculo sencillo); de 17 de diciembre de 1928 (*JC*, núm. 129, p. 616, dictada en relación con el régimen foral de Navarra); de 4 de julio de 1928 (*JC*, núm. 93, p. 549, para Aragón: conflicto entre colaterales y viudo); de 16 de enero de 1930 (*RAJ*, núm. 566, para Cataluña:

como derecho vigente en territorio foral, sino que se considera aplicable el Código Civil. Éstos son los aspectos doctrinales de interés:

i) La Ley de Mostrencos, por razón de su carácter general, tuvo completa eficacia en su observación rigurosa en todas las provincias de España, incluso las forales estableciendo un nuevo orden sucesorio *ab intestato* (considerando primero).

ii) La Ley de Mostrencos se incorporó a la legislación común, esto es, al Código Civil «... *es manifiesto que al publicarse el Código Civil quedó sometida a las prescripciones de este cuerpo legal dicha institución hereditaria, sin que, respecto de ella, pudieran revivir disposiciones de Derecho romano vigentes en otro tiempo para Cataluña y modificadas después por la repetida ley, pues según jurisprudencia establecida también en sentencias del Tribunal Supremo, el artículo 12 del Código Civil mantiene el Derecho Foral en toda su integridad, pero no lo extiende a materias que están ya fuera de su contenido*» (considerando segundo).

Ante este criterio jurisprudencial cabía mantener, en síntesis, tres posiciones ¹¹³:

i) Al derogar el artículo 1.976 del Código Civil el antiguo Derecho de Castilla y, por tanto, la Ley de Mostrencos, la sucesión intestada debía regirse por las normas forales.

ii) El artículo 12.2 del Código Civil respetaba, en toda su integridad, los derechos forales. En este sentido, la Ley de 1835 debía

sucesión del viudo); de 28 de mayo de 1930 (*RAJ*, núm. 964, para Cataluña: en cuanto a la sucesión de los impúberes); de 19 de diciembre de 1942 (*RAJ*, núm. 1, para Navarra: conflicto entre colaterales de quinto y sexto grado y el Estado); de 30 de diciembre de 1942 (*RAJ*, núm. 120, para Navarra: conflicto entre colaterales de quinto grado y el Estado); de 14 de junio de 1945 (*RAJ*, núm. 703, que aplica el Código Civil en Cataluña en relación con bienes reservables); de 24 de mayo de 1945 (*RAJ*, núm. 689, también aplica el Código Civil en Cataluña en materia de bienes reservables); de 2 de junio de 1956 (*RAJ*, núm. 2456, en *obiter dictum*, pues se trataba de la reversión del dominio útil de un censo enfitéutico); de 31 de enero de 1950 (L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Estudios sobre jurisprudencia civil*, III, Madrid, 1981, p. 506, en relación con el Derecho Foral de Vizcaya: conflicto entre herederos de dos sucesiones diferentes pero que traen causa de una anterior); de 1 de febrero de 1958 (*Estudios*, III, p. 509, en relación con el régimen foral de Navarra: viuda *versus* primos carnales del difunto por lo que hace a bienes reservables); de 10 de diciembre de 1958 (*Estudios*, III, p. 511, en relación con el régimen foral de Navarra: bienes troncales); de 20 de marzo de 1962 (*Estudios*, III, p. 513, para el régimen foral de Vizcaya: disolución de régimen económico-matrimonial y sucesión en bienes troncales).

¹¹³ La síntesis es ofrecida por F. PUIG PEÑA, *Compendio*, VI, p. 862. Asimismo, V. JAÉN, *Derecho Civil*, Madrid, 1928, p. 817; J. M.^a MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, I, 7.^a ed. corregida, aumentada, revisada y puesta al día con una introducción sobre las nuevas orientaciones del Derecho Civil español por P. MARÍN PÉREZ, Madrid, 1987, p. 127; J. CASTÁN TOBEÑAS, «La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales», *RGLJ*, núm. 125, p. 273; J. MARTÍ I MIRALLES, *Estudio sobre el artículo 12 del Código Civil*, Tipografía de J. y J. Doria, Barcelona, 1901, p. 17; F. C. DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, *Instituciones de Derecho Civil*, III, Madrid, 1932, p. 334.

quedar en vigor, pues formaba parte del derecho preexistente y tenía carácter general.

iii) Los preceptos del texto civil codificado, en materia de sucesión legítima, debían ser aplicables a las regiones forales por haber sustituido a la Ley de Mostrencos y tenían, en consecuencia, aplicación general.

El segundo de los planteamientos doctrinales se vio recogido en la *STS de 20 de marzo de 1893*. Ciertamente, la Ley de 1835 era una norma de aplicación general y, si se considerara aplicable a las regiones de derecho foral, no cabe duda de que ésta formaba parte del derecho preexistente de las mismas. Pero *derecho preexistente* a la publicación del Código Civil no era sinónimo de *Derecho Foral* que conservaba el prístino artículo 12.2 del mismo. Derecho Foral era el derecho *histórico* de un determinado territorio, esto es, su derecho autóctono. No, en cambio, todo el derecho preexistente. Dicho de otro modo, las leyes de aplicación general y, en concreto, la Ley de Mostrencos, regían dado su carácter general y no porque formaran parte del Derecho Foral al que se refería el Código Civil¹¹⁴. El Tribunal Supremo, por tanto, equiparaba derecho foral a ordenamiento jurídico civil del territorio en cuestión, entendiendo que, el artículo 12.2, conservaba *por ahora* íntegramente a éste y no sólo a aquél.

La alusión al derecho preexistente era un subterfugio utilizado por el Tribunal para entender aplicable la Ley de 1835 en Cataluña, vía artículo 12.2 del Código Civil, y considerar así que éste no se infringía. Pero era de todo punto insostenible que considerara aplicable una Ley, en virtud de un precepto del Código Civil, que otro, por contra, derogaba (*ex art. 1.976 CC*)¹¹⁵. De la misma inconsistencia resultaba el aserto de Sánchez Román, según el cual «... *formando parte del régimen jurídico de Cataluña, al tiempo de la publicación del Código, como ley de carácter general, que fue obligatoria para todas las provincias del Reino la de 9 de mayo de 1835 (...), este régimen ha de mantenerse vigente para Cataluña, lo mismo que para Navarra y Vizcaya, por iguales razones y no la modificación*

¹¹⁴ E. ROCA I TRÍAS, «El Código Civil como supletorio de los Derechos Nacionales Españoles», *ADC*, 1978, p. 274.

¹¹⁵ La aplicación de la Ley de Mostrencos, en el caso decidido por la Sentencia de 20 de marzo de 1893, obedecía, según L. PUIG I FERRIOL y E. ROCA I TRÍAS, a razones de *equidad* y, por ello, se declaró heredera intestada a la mujer del fallecido y no a los colaterales de quinto grado, que de aplicar la Novela justinianea 118 o el Código Civil habrían excluido a la primera (*Fundamentos*, III, vol. II, p. 224). De hecho, la solución de equidad era, en este caso, un tanto cuestionable, pues también podía haber sido aplicable a los colaterales del difunto habida cuenta del supuesto fáctico, el cual es transcrito por el primer autor citado en *El Derecho Civil*, II, vol. I, p. 538.

*del Código Civil (...), puesto que, además, no es posible aplicar en estos territorios el Código Civil como supletorio, sino en último lugar y grado, después de sus leyes, y costumbres propias, comunes y especiales, lo mismo de su peculiar Derecho principal que del referido supletorio, que lo sea según las mismas»*¹¹⁶.

La incongruencia a la que conduce el Tribunal Supremo fue solventada por el mismo en sentencias posteriores –así la ya citada de 7 de julio de 1915– en las que no se igualaba la expresión *Derecho preexistente a Derecho Foral* y, por ende, se sostenía que la sucesión intestada había dejado de regirse por el segundo para pasar a reglamentarse mediante normas de aplicación general, que no eran parte del *Derecho Foral*, aunque sí formaran parte del ordenamiento jurídico privado catalán¹¹⁷. Así pues, habida cuenta de que la Ley de Mostrencos fue derogada, en esta materia, por el Código Civil, debía aplicarse éste en sustitución de aquella o, como sostiene el Alto Tribunal, porque, en definitiva, fue incorporada a la *legislación común*¹¹⁸.

¹¹⁶ F. SÁNCHEZ ROMÁN Y GALLIFA, *Estudios de Derecho Civil (e historia general de la legislación española)*, VI, vol. III, 2.ª ed., Suc. de Rivadeneyra, Madrid, 1910, p. 2396. Esta posición fue defendida, por el mismo autor, en una enmienda que presentó al artículo 11 del Estatuto de Autonomía Catalán de 1932. Consideraba que, además de las materias que se reservaba el Estado en el artículo 15.1 de la Constitución republicana de 1931, debían incluirse, como exclusivas de éste, las leyes de carácter civil que dictaran las Cortes Constituyentes, «*las leyes generales en materia civil dictadas durante los siglos XIX y XX que han tenido aplicación en Cataluña y todas las materias regidas no por derecho estrictamente catalán sino por el derecho supletorio de Cataluña fijado por la Constitución de 1599*» («El Dret Civil a Catalunya. El problema de la codificació del Dret Civil Català», conferencia dada por R. COLL I RODÈS, en *Conferències sobre l'Estatut de Catalunya*, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, 1934, p. 51 (la cursiva es nuestra). También en J. CAMPS I ARBOIX, *Historia*, pp. 280 ss). Vid. la opinión de L. SILVELA en E. ROCA I TRÍAS, *El Código Civil*, p. 271.

A inconsistencia alude, también, F. MASPONS I ANGLASELL, en el comentario a la STS de 25 de febrero de 1926 (*La jurisprudencia*, p. 372) y de simplista e inexacto, J. M.ª PLANAS Y CASALS, *Instituciones del Derecho Civil español*, Librería de A. Bosch, Barcelona, 1913, p. 737.

El razonamiento del Tribunal Supremo, así como el de SÁNCHEZ ROMÁN, hubieran podido encontrar un apoyo legal en el inciso del artículo 12.2 que preceptuaba «... *sin que sufra alteración su actual régimen jurídico...*», que incluiría aquellas leyes de aplicación general, como la Ley de Mostrencos. Ahora bien, este inciso debía conectarse con el párrafo precedente en el cual se aludía a Derecho Foral (en el mismo sentido, véase J. MARTÍ I MIRALLES, *Estudio*, p. 27).

¹¹⁷ Afirman L. PUIG I FERRIOL y E. ROCA I TRÍAS que: «... *el hecho de que una ley general tenga que aplicarse en Cataluña no la foraliza*» (*Fundamentos*, I, p. 78). Además, vid. E. ROCA I TRÍAS, *El Código Civil* p. 275. Por otro lado, afirma el profesor L. DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN que este giro jurisprudencial permite pensar que la Ley de Mostrencos «*no le había servido de claro fundamento y que toda la reiterada jurisprudencia anterior no tenía una base demasiado firme*» (*Estudios*, III, p. 521).

¹¹⁸ La aplicación del Código Civil en los territorios forales «*por haber dejado, la sucesión intestada, de formar parte del régimen foral*» conllevaba que, en cuanto al modo de suceder en los órdenes, también se aplicara, obviamente, el texto civil, de manera que los ascendientes sucedían con exclusión de cualquier colateral (art. 935 Código Civil antes de la reforma por Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio).

En este sentido, tales afirmaciones conducen a la tercera de las posiciones doctrinales, arriba reseñadas, la cual partía de un hecho que debía demostrarse y que se podría postular del siguiente modo: *¿Dejaba a salvo la Ley de adquisiciones a nombre del Estado la legislación propia de los territorios forales?*

Y, por último, la primera de las corrientes de pensamiento esbozada –se consideraba aplicable la legislación autóctona tras la publicación del Código Civil al haber derogado éste la Ley de Mostrencos– permitía la siguiente interpretación: hasta la existencia del texto civil regía la Ley de Mostrencos en las regiones forales, tras él revive su derecho propio y, en concreto, el Derecho romano-común en Cataluña. El razonamiento parte de una premisa que debe comprobarse, cual es la aplicación de la tan mencionada norma de mostrencos en territorio foral. Por tanto, el interrogante que antes planteábamos debe trasladarse, también, a éste lugar.

Entre los propósitos de la Comisión al redactar y, posteriormente, publicar la Ley de Mostrencos *no se encontraba la derogación del régimen foral* en materia de sucesión legítima. La citada disposición legal no pretendía, en ningún momento, menoscabar los derechos adquiridos con arreglo a los fueros o al derogado derecho patrio (*Las Siete Partidas*), sino sólo fijar un orden sucesorio en defecto de aquel que regía en cada lugar con legislación propia. Este es el sentir generalizado en el seno de la Comisión que a tal efecto, en el Dictamen que elaboró, sostenía que «El artículo 2.º del proyecto, que no es ni puede reputarse como una nueva ley sobre las sucesiones *ab intestato*s, reconoce que toda persona que tenga derecho a la sucesión intestada, en todo o en parte, ya sea por la legislación general del reino, o ya por los fueros particulares de algunas provincias, debe conservarlo»¹¹⁹. El reflejo legal de este parecer es, como evidenció el Tribunal de Casación de Cataluña y parte de la doctrina, la expresión «... *con arreglo a las leyes vigentes...*» y ésta se consideraba suficientemente indicativa y elocuente de lo que se quería significar¹²⁰. Así, cuando varios Próceres enten-

¹¹⁹ Se manifestaba, a continuación, que: «*a falta de tales personas (aquellas que tenían derecho a la sucesión intestada según "los fueros particulares de algunas provincias") se amplía por dicho artículo el derecho de suceder abintestato...*» (Diario de Sesiones de 19 de enero de 1835, Ts. 1834-1835. La cursiva del texto es nuestra).

Entendemos que la expresión *fuero*, que se empleaba en el Dictamen, no debía impedir la inclusión del derecho propio de Cataluña, pese a que no se utilizaba dicha expresión. En definitiva, se trataba de respetar la legislación privativa de las distintas regiones.

¹²⁰ F. PUIG PEÑA observa que la Ley de Mostrencos tan sólo pretendió establecer un distinto orden sucesorio (*Compendio*, VI, p. 863). *Vid.* STS de 3 de marzo de 1868 (tercer considerando); de 15 de enero de 1867 (*JC*, núm. 9, p. 35, segundo considerando). En la misma línea, se encuentran las reflexiones de L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Estudios*, III, p. 521, y las de L. M.ª ESTRÍBALEZ, *La sucesión intestada y troncal en las regiones fora-*

dieron pertinente que se especificara y se añadiera a la mención, en el orden sucesorio, del hijo natural legalmente reconocido, las siguientes palabras: «... por lo respectivo a la sucesión del padre y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos a suceder a la madre», se señaló por el mismo estamento que, pese a que era innecesaria dicha precisión «... porque en la primera parte del artículo se conservan los derechos de sucesión *ab intestato* establecidos por las *leyes vigentes...*», «sí creía que pudiera ser oportuno para evitar cavilaciones en perjuicio de los derechos a la sucesión materna de los hijos naturales...»¹²¹. Se conserva, así, el Derecho Foral sin que la publicación del Código Civil conllevara modificación alguna al respecto.

Parte de la doctrina catalana asumió sin contrariedad, tras la Sentencia de 1893, la aplicación de la Ley de 1835 en Cataluña. En este sentido, Brocá i Amell, Vives i Cebrián, Elías i Ferrater y Pella i Forgas se limitan a señalar el orden sucesorio intestado catalán integrado por el establecido en la Ley de Mostrencos¹²². En este sentido, después de los colaterales de cuarto grado, sucedía el hijo natural legalmente reconocido, en defecto de éste el cónyuge y así, sucesivamente, hasta llegar al Estado. Ahora bien, se respetó el modo de suceder en los órdenes hasta el cuarto grado, en la línea colateral, del Derecho romano¹²³.

les según el Tribunal Supremo, Barcelona, 1961, p. 23; F. CRUZADO, «Derecho hereditario del hijo natural en Aragón en la sucesión intestada», *RGLJ*, núm. 125, p. 408; F. C. DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, *Instituciones*, III, p. 333.

¹²¹ Sin embargo, se respetó la opinión de los Sres. Próceres, ya que «no dañaba en manera alguna, pues cuando mas podría calificarse de redundante...» (D. S. de 8 de abril de 1835, Ts. 1834-1835). Al aludir a las *leyes vigentes* se preservaba el derecho del hijo natural a la sexta parte de la herencia paterna si el progenitor no dejaba hijos y mujer legítima (P. 6, 13, 8). La misma regulación se observaba en el Derecho catalán por mor del Derecho romano-común.

¹²² G. M.^a DE BROCA y J. AMELL I LLOPIS, *Instituciones del Derecho Civil catalán vigente*, Barcelona, 1880, p. 351 (en la edición de 1886, los mismos autores afirmaban que: «...combinando las disposiciones del Derecho Romano con las de la citada Ley de 16 de mayo de 1835...»); P. N. VIVES Y CEBRIÁN, *Traducción*, II, pp. 254-255; J. A. ELÍAS y E. FERRATER, *Manual de Derecho Civil vigente en Cataluña*, 3.^a ed., Barcelona, 1885, p. 781; J. PELLA I FORGAS, *Código Civil en Cataluña*, IV, Librería de A. Bosch, 1918, pp. 70-71. Añádase: J. ELÍAS, *Derecho Civil general y foral de España*, III, vol. II, 2.^a ed., Barcelona, 1884, pp. 636 ss.

El mismo parecer sostuvo B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, VII, Librería de Sánchez, 1871-1874, pp. 408 ss; F. SÁNCHEZ ROMÁN Y GALLIFA, *Estudios*, VI, vol. III, p. 2.389 ss; D. R. DOMINGO DE MORATÓ, *El Derecho Civil español con las correspondencias tomadas de los Códigos de Justiniano*, Valladolid, 1877, pp. 219 ss.

¹²³ A. CORBELLÀ, *Manual de Derecho catalán*, Reus, 1906, pp. 807-808. Este autor expone que el Derecho catalán de la sucesión legítima no contiene disposiciones especiales «por cuyo motivo, siendo supletorio del mismo el romano, este último derecho había venido rigiendo por completo la institución que nos ocupa, hasta la Ley de 16 de mayo de 1835...» (p. 807). Tras un escueto análisis de la STS de 20 de marzo de 1893 y la posterior de 1 de marzo de 1902 (que, como se recordará, señalaba expresamente que la cita de las leyes

La duda en torno a la aplicación de la Ley de 1835 la sembró Durán i Bas, por lo que hace al grado sucesorio en la línea colateral (al considerar que se extendía *ad infinitum*) y a los derechos del cónyuge supérstite¹²⁴ al «preconizar un entendimiento neorrománico del Derecho Catalán, buscando así en el Derecho romano un soporte revitalizado del propio derecho, en peligro ante la inminencia de una codificación civil sin contemplaciones»¹²⁵. No obstante, sus cavilaciones son tímidas, pues terminará por admitir la observancia de dicha Ley en Cataluña¹²⁶.

Como se ha manifestado, el Tribunal Supremo seguía aplicando el Código Civil, en materia de sucesión legítima, en Cataluña –y, en general, en todas las regiones forales– hasta la mitad del siglo xx. Pero esta doctrina tenía alguna que otra fisura: las manifestadas por el propio Tribunal en las sentencias de 16 de abril de 1898 y de 1 de marzo de 1902, de 31 de mayo de 1930 dictada para Navarra, las sentencias dictadas para Aragón de 4 de abril de 1932 y 13 de marzo de 1936 y la dictada para Navarra de 11 de julio de 1939 y las sentencias de 19 de diciembre de 1954 y 2 de junio de 1956 ambas referentes a Cataluña.

En la línea seguida por las sentencias del período republicano¹²⁷, se encuentran las resoluciones dictadas por el extinto Tribunal de

romanas era correcta) concluye que: «de las dos sentencias antedichas resulta que en la actualidad continúa vigente en Cataluña, para los órdenes sucesorios abintestato, la Ley de Mostrencos, y para los modos de suceder en dichos órdenes, el Derecho Romano, que forma parte, como supletorio, de la legislación especial de Cataluña» (p. 809). La Sentencia de 26 de julio de 1935 del Tribunal de Casación de Cataluña no le dió plenamente la razón. En efecto, la afirmación de M. CORBELLÁ conducía a la aplicación parcial, en cuanto al orden sucesorio hasta el cuarto grado en la línea colateral, del régimen establecido en Las VII Partidas, pues éstas eran las que se pretendía restablecer por la Ley de Mostrencos (A. LATO-RRÉ, *El Derecho Romano*, p. 210). La línea argumentativa del Tribunal catalán iba dirigida a considerar aplicable, no sólo en el modo, sino también en el orden de suceder, el Derecho romano. Precisamente, porque la propia Ley hacía la salvedad de las leyes vigentes.

¹²⁴ M. DURÁN I BAS, *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, Barcelona, 1883, pp. 270-271 y 273.

¹²⁵ P. SALVADOR CODENCH, *Comentarios*, XXIX, V, III, p. 38.

¹²⁶ En cuanto a los derechos del cónyuge supérstite conviene hacer alguna precisión: la inquietud que reflejó M. DURÁN I BAS, en torno a la no aplicación de la Ley de Mostrencos en materia sucesoria del cónyuge sobreviviente, obedecía a la directriz de introducir «las menos innovaciones posibles» (*Memoria*, p. 271), justamente porque se trataba de mantener el *statu quo* del Derecho Civil. En esta dirección, expresaba que: «...debiendo ser la reforma de la legislación civil como la *iuris continuatio*, como la continuación más perfecta del Derecho por el cual, con anterioridad a ella, se han regido las provincias que se llaman forales, interesa fijar ante todo el estado de ese Derecho en el momento de plantearse la reforma...» (p. 4). No porque el autor no considerara loable la concesión al cónyuge de un lugar preferente en la sucesión legítima (p. 271, de ahí que cite el Proyecto isabelino que fue elogiado por juristas castellanos).

¹²⁷ En la sentencia de 31 de mayo de 1930 (RAJ, núm. 1.834: conflicto entre colaterales de segundo grado y viuda) el Tribunal declaró que: «...la Ley de 25 de octubre de 1839... confirmó los fueros de las provincias de Vascongadas y Navarra...» (cdo. primero).

En la Sentencia de 13 de marzo de 1936 (JC, núm. 31, p. 121) el Tribunal Supremo aplicó el Apéndice Foral aragonés (publicado el 7 de diciembre de 1925) y manifestaba

Casación de Cataluña. La primera de ellas, de 26 de julio de 1935 (Ponente: Sr. Micó), la cual es la que ofrece mayor interés doctrinal al plantear y resolver, parcialmente, la cuestión ¹²⁸. Parte de la expresión del artículo 2.1 de la Ley de Mostrencos —*de acuerdo con las leyes vigentes*— a tenor de la cual subsistiría, tras ella, la legislación catalana romano-común, en materia de sucesión legítima, sin embargo, sostenía que:

«... redondea la evidente intención del legislador y lo impone la interpretación gramatical del texto, lo que se expresa a continuación del primer párrafo del aludido artículo 2.º, al leerse: “A falta de dichas personas, sucederán con preferencia al Estado...”; concepto que ratifica el del primer párrafo en el sentido de que mientras existan personas con capacidad para adquirir la herencia intestada, de acuerdo con las leyes vigentes, no puede el Estado adir la herencia, y siendo así, es claro que al establecerse a continuación un orden sucesorio con preferencia al Estado, *sólo por lo que respecta a dicho orden preferente cabe la posibilidad de entender parcialmente modificadas las leyes de carácter sucesorio*, entonces vigentes, en forma, sin embargo, de que en el resto continúen subsistiendo con la fuerza que tenían antes de la de Mostrencos de 1835, y formando parte del régimen jurídico de Cataluña» (considerando 7.º).

que: «la doctrina jurisprudencial que, iniciada con la Sentencia de 20 de mayo (*rectius*: marzo, sin duda se trata de un *lapsus calami*) de 1893, llega a la de 17 de diciembre de 1928, que sustentaba que los artículos 1.º y 2.º de la Ley de Mostrencos regían, con carácter general, en todo el territorio de la nación, modificando las disposiciones de todo el Derecho Foral en materia de sucesión *ab intestato*, la que, al publicarse el Código Civil, quedó sometida a las prescripciones de éste, no ofrece hoy, por lo que a Aragón respecta, *más que un interés puramente histórico, pues, publicado el Apéndice foral para aquel territorio, deja de tener aplicación aquella doctrina*» (la cursiva es nuestra). En la Sentencia de 11 de julio de 1939 (colaterales más allá del cuarto grado *versus* Estado. Es de notar, que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia de Pamplona, declararon heredero al Estado. Sentencia, esta última, que casó el Tribunal Supremo) el citado Tribunal precisó que: «... *el régimen imperante impone el máximo respeto al Derecho Foral, toda vez que el artículo 16 de la Constitución de la República española otorga a las regiones autónomas la legislación exclusiva y la ejecución directa en materia civil fuera de las exceptuadas en el artículo 12 de dicha Ley fundamental, creándose así una corriente jurídica diametralmente opuesta a la que sirvió de fundamento a la jurisprudencia en que descansa el fallo recurrido*» (cdo. segundo). Con la Dictadura del General Franco, el Tribunal Supremo dicta la Sentencia de 19 de diciembre de 1942 (RAJ, núm. 1) en la que trata de justificar la decisión de la sentencia anterior y, a la vez, la vuelta a la doctrina jurisprudencial anterior a ella, es decir, la aplicación del Código Civil en los territorios forales. He aquí los hechos: X. C. fallece dejando sólo un pariente de quinto grado que previene el juicio de *ab intestato* para ser declarado heredero del mismo. El Juzgado de Primera Instancia de Pamplona y también la Audiencia de la misma capital dictaron sendas sentencias en las que declaraban heredero *ab intestato* del causante a dicho pariente. Interpuesto recurso de casación por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo casó la sentencia y declaró heredero legítimo al Estado.

Vid. la Sentencia de 30 de diciembre de 1942. En concreto, el quinto considerando (RAJ, núm. 120) y la Sentencia de 2 de abril de 1941 (RAJ, núm. 494).

¹²⁸ Esta sentencia, como las posteriores que citaremos, pueden consultarse en J. M.ª PASCUAL SERRERES, *Una interpretación del Derecho Civil de Cataluña (El Derecho catalán en la práctica)*, Barcelona, 1948, pp. 24 ss, donde narra, extensamente, los hechos que originaron el pleito. *Vid.*, además, la Conclusión 2.ª, núm. 5, del *II Congrés Jurídic Català*.

En definitiva, lo que hacía el Tribunal republicano era insertar el orden sucesorio de la Ley de Mostrencos en el propio de la legislación catalana, en el mismo sentido que había señalado la doctrina catalana de fines del siglo XIX y principios del XX y, por tanto, manteniendo el Derecho romano-común en el modo de suceder en dichos órdenes. En cambio, Borrell i Soler llevará la dicción del artículo 2.1 de la Ley de 1835 más lejos al indicar que: «... *agotados todos los parientes que el Derecho Romano llama con preferencia al Estado, [serán] llamados los demás por el orden establecido en el Código, si no hubiesen sido incluidos en un orden preferente*»¹²⁹. Tras éstos, por tanto, sucedería el cónyuge y, finalmente, el Estado, que serían los únicos no comprendidos, de suerte que, la aplicación parcial de la Ley de 1835 coincidiría con el sistema romano-común, que es el que consideramos que se aplicaba por mor de la citada expresión *sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo a las leyes vigentes*¹³⁰.

Proseguía el Tribunal, en el considerando decimoquinto, señalando que:

«... habiendo dejado subsistente el CC, en toda su integridad, y de manera general, al derecho peculiar catalán, y con declaración específica regulando éste las sucesiones testadas e intestadas, es superfluo ocuparse de los *efectos modificativos o sustitutivos del*

¹²⁹ L. PUIG I FERRIOL y E. ROCA I TRÍAS, *Fundamentos*, III, p. 228, con cita de A. M.^a BORRELL I SOLER. Éste sostendrá, en 1944, que: «*basta ver el artículo 2.1 y el artículo 26 de la Ley de Mostrencos, y leer las discusiones que precedieron su publicación, para convencerse de que dicha Ley no se propuso derogar ni derogó el régimen de sucesión intestada de las legislaciones especiales*» (*Derecho Civil*, V, p. 430, nota núm. 2). Vid. el considerando segundo de la Sentencia de 28 de mayo de 1936 (Ponente: Sr. Micó, conflicto entre colaterales de sexto grado y el Estado) en J. M.^a PASCUAL SERRES, *Una interpretación*, p. 153.

¹³⁰ A ello puede añadirse el artículo 26 de la Ley de Mostrencos que, como bien observó el Tribunal catalán, derogaba «*todas las leyes, Ordenanzas e instrucciones sobre mostrencos*», es decir, «... *que el resto, lo que no fuese legislación sobre bienes mostrencos, seguía, pues, vigente, con plenitud de eficacia jurídica*» (cdo. décimo). A. ISABAL, con cita de GIL BERGES, señalaba que el artículo 26 declaró derogadas todas las leyes, ordenanzas e instrucciones sobre mostrencos, y en ello «*no puede verse una anulación parcial, sino total, de cuanto anteriormente hubiese legislado;... una verdadera abrogación... sin que tocante a derogación y abrogación de las instituciones sucesorias forales se diga ni siquiera una palabra*» (*Los mostrencos en el Tribunal Supremo*, pp. 356-357). Tales afirmaciones parten de la distinción entre *bienes mostrencos* (o vacantes) y *ab intestatos*. Y, ciertamente, así es, si bien los Doctores del Medievo los habían calificado como *bona vacantia*. Pero, aún hay más. El vetusto artículo 14 CC preceptuaba que:

«*conforme a lo dispuesto en el artículo 12, lo establecido en los artículos 9, 10 y 11, respecto a las personas, los actos y los bienes de los españoles en el extranjero y de los extranjeros en España, es aplicable a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil*».

Concretamente, el artículo 10 hacía referencia a «*la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate*» que, en el supuesto que estamos tratando, debía entenderse como Derecho Foral propio. ¿*No resulta, en realidad, contradictorio con la posición que sustentaba la jurisprudencia?*

Código por encima de las leyes anteriores, de carácter general, ya que, como hemos visto, la de Mostrencos no modificó substancialmente, ni menos abrogó, el régimen sucesorio catalán, que el CC ratificó en su vigencia».

La derogación de parte del articulado de la Ley de 1835 por el Código Civil suponía que sólo se derogaran preceptos del *Derecho común* y, en nada, se alteraría la legislación foral, que seguía subsistente en toda su integridad. Por ello, el viejo artículo 12.2 conservaba el Derecho Foral, justamente, porque no había desaparecido. El razonamiento era semejante al de aquellas sentencias que consideraban que el Código Civil había derogado la Ley de Mostrencos, en cuanto ésta era de aplicación general a todo el territorio, aquél debía aplicarse en sustitución de ella. Ahora bien, partimos de una premisa diferente: el respeto de los Derechos forales por dicha Ley o, dicho de otro modo, la presencia de una *cláusula de salvaguardia* de los mismos ¹³¹.

En efecto, además del expreso asentimiento de los ilustres Próceres y Procuradores en mantener las *leyes vigentes*, no se pretendía elaborar una nueva ley sobre sucesión legítima, tarea ésta que se dejaba para que fuera solventada mediante la elaboración de un Código Civil, movimiento codificador que estaba rodeado, como es sobradamente conocido, por una aureola de uniformidad legislativa ¹³². Por ello, se mantenía el Derecho Foral en la Ley de Mostrencos: la *cuestión foral*, y sus consecuencias en materia jurídica, debía solucionarla el futuro Código Civil. Transitoriamente, por tanto, hasta la aparición de éste, se dictaba un orden sucesorio complemento del propio de cada legislación foral. Complemento que suponía la anteposición del cónyuge, en la sucesión, a los colaterales del quin-

¹³¹ De forma rotunda, lo manifestará en la Sentencia de 16 de mayo de 1936 (Ponente: Sr. Martí Miralles) en los considerandos tercero y cuarto (*vid.* el texto, así como los hechos que originaron el fallo, en la obra de J. M.^a PASCUAL SERRES, *Una interpretación*, pp. 118 y 119). En el octavo considerando se lee:

«... siendo los preceptos citados como *infringidas disposiciones cuya finalidad fue simplemente la de modificar los artículos 954 a 957 del CC –se refiere a la Reforma de 1928– es evidente que tampoco pueden ser fundamento de casación en este territorio ya que para que la modificación de una Ley pueda ser aplicada legalmente a un región determinada es naturalmente indispensable que haya sido antes aplicable la Ley modificada, lo que no sucede en el presente caso, puesto que los citados artículos del CC no lo eran en Cataluña, que ya tenía una legislación propia reguladora de la sucesión intestada y, por tanto, como a obligada consecuencia, tampoco han podido regir en Cataluña las disposiciones citadas como *infringidas* en el séptimo motivo de casación».*

Vid., también, los considerandos tercero y sexto de la Sentencia del mismo Tribunal de 28 de mayo de 1936.

¹³² S. NAVAS NAVARRO, *La herencia*, p. 25 ss.

to al décimo grado y la aparición del hijo natural legalmente reconocido en la sucesión del padre ¹³³.

Publicado el Código Civil, se respetan los derechos forales y la transitoriedad que, en este sentido, parecía manifestarse en la Ley de 1835 queda solucionada. Derogada por aquel cuerpo, éste se coloca como supletorio después del propio de cada legislación foral. Luego, por tanto, la sucesión legítima regulada por el mismo queda como supletoria de la propia de cada región foral ¹³⁴. Supletoriedad, no obstante, que deberá atenerse a los principios del Derecho peculiar de cada uno de dichos territorios ¹³⁵.

En conclusión, la Ley de Mostrencos no pretendió derogar —y no lo hizo— el derecho Catalán en materia sucesoria, a la sazón vigente y todo su empeño se cifró en abolir la legislación represora de Carlos III ¹³⁶. En cambio, siguió vigente como Ley de aplicación general, por lo que respecta a los bienes inmuebles vacantes o sin dueño conocido. Materia ésta que quedará fuera del Derecho Foral, pero que integrará el ordenamiento jurídico civil catalán.

¹³³ En sus justos límites, por tanto, la aplicación de la Ley de 1835 no suponía un atentado contra la legislación foral, antes bien, suponía un *complemento en sentido positivo* y, en definitiva, sus principios informadores pasarán a los trabajos codificadores y apendiculares del Derecho catalán hasta llegar a la propia Compilación de 1960. Lo cuestionable, por suponer ciertamente una innovación en el Derecho catalán, era la reserva establecida, en el artículo 2 del citado texto legal, respecto a los bienes raíces de abolengo. Y, en este sentido, llevaba razón el Memorial de Greuges cuando señalaba que: «*Todas las leyes que desde el decreto de Nueva Planta se han dictado con carácter obligatorio para Cataluña... se elaboran en vista y consideración al derecho de Castilla, y casi todas o contradicen al nuestro, o no se avienen con él. Y todavía viene a complicar esa situación anómala la aplicación hecha por tribunales que no conocen profundamente nuestro Derecho*» [*Memoria en defensa dels interessos morals i materials de Catalunya*, 2.ª ed., Barcelona, Estampa de Lluís Tasso Serra, 1885, p. 190, citado por P. SALVADOR CODERCH, «El Derecho Civil de Cataluña (comentario al nuevo art. 1.º de la Compilación catalana)», *RJC*, 1984, p. 815, nota núm. 31].

¹³⁴ De forma magistral, lo expone L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, a propósito de la tarea compiladora del Derecho *especial* de Vizcaya, Álava, Cataluña, Islas Baleares e, incluso, de la redacción, en su día, del Apéndice Foral Aragonés. *Meditaciones que hacemos nuestras*: «...*todos estos Cuerpos, donde hoy ha cristalizado los que en su día se llamaron Derechos Forales, contienen normas especiales en materia de sucesión ab intestato. A la vista de este hecho legislativo cabe plantear el siguiente dilema: o bien las Compilaciones se han mantenido fieles a su función de compilar, y entonces no era cierta la tesis jurisprudencial de la derogación de la sucesión foral ab intestato, o bien no han sido tales Compilaciones y al menos en este punto han procedido a "resucitar" o a "restaurar" unas normas que llevaban casi siglo y medio derogadas*» (*Estudios*, III, p. 522).

¹³⁵ Cuestión ésta que pone de relieve la doctrina respecto del prístino artículo 248 de la Compilación de Cataluña de 1960 y que la reforma de la misma, en 1984, se cuidará de destacar (disp. final 4.ª).

¹³⁶ Este espíritu de la Ley es manifestado, también, por J. CASTÁN TOBEÑAS, *La sucesión*, p. 272.

2. LA POSICIÓN DEL *FISCUS* SEGÚN EL DERECHO ROMANO CATALÁN TRAS EL DECRETO DE NUEVA PLANTA. SU CONSIDERACIÓN DESPUÉS DE LA PUBLICACIÓN DE LA LEY DE MOSTRENCOS DE 1835

En el sistema sucesorio intestado regular romano-común la cláusula de cierre fue el llamamiento *in extremis* del *Fiscus*. Éste ya no será como en la Edad Media la Cámara del Rey de la Corona de Aragón, sino que, dada la unificación política, por *Fiscus* habrá que entenderse la Hacienda regia castellana, única en todo el Reino. En esta dirección, es menester destacar el artículo 41 del Decreto de Nueva Planta según el cual Felipe V se arrogaba «*las Regalías de fábricas de Monedas, y todas las demás llamadas mayores y menores, me quedan reservadas...*»¹³⁷. La Hacienda Real aparecerá, posteriormente (en concreto, en la Ley de Mostrencos), sustituida por el Estado como heredero *ab intestato*.

En esta línea, debemos recordar las afirmaciones que hicimos, en otro lugar, al analizar la Ley de Mostrencos en relación con la abolición de las vinculaciones, señoríos y mayorazgos. Entonces señalábamos que la solución más efectiva para la sufragación de los *vales reales* fue la obra desamortizadora y no, en cambio, los bienes que se pudieran obtener *iure haereditario*, ya que si, realmente, se hubiera vislumbrado como solución plausible, se habría reflejado en su normativa, que no sólo reinstauraba, en gran medida, el sistema sucesorio del Código alfonsoino, sino que, además, respetaba los Derechos forales¹³⁸. Los bienes, por tanto, obtenidos irían destinados a amortizar la deuda pública (art. 13 de la Ley de 1835), previa realización del inventario.

Esta situación –el Estado como último heredero legítimo con arreglo al sistema sucesorio romano común– variará con la II República. Dos serán los textos legales a tener en cuenta para el Derecho Civil catalán: el Estatuto de Autonomía Catalán y la Ley de Sucesión Intestada de 7 de julio de 1936.

¹³⁷ El artículo 37 del mismo Decreto explicitaba que:

«*Todos los demás oficios que habia antes en el Principado, temporales, perpetuos, y todos los comunes, no expresados en este mi Real decreto, quedan suprimidos y extintos; y lo que á ellos estaba encomendado, si fuere perteneciente á Justicia ó Gobierno, correrá en adelante á cargo de la Audiencia; y si fuere perteneciente á Rentas y Hacienda, ha de quedar á cargo del Intendente, ó de la persona ó personas que yo diputase para esto.*»

¹³⁸ S. NAVAS NAVARRO, *La herencia*, p. 22, nota núm. 2.

III. EL HEREDERO *IN EXTREMIS* EN LOS PROYECTOS DE APÉNDICE DE DERECHO CATALÁN AL CÓDIGO CIVIL

Seguiremos, en la exposición, el orden cronológico de aparición de los mismos ¹³⁹, por lo que, en primer término, debemos centrarnos en el elaborado por M. Durán i Bas en 1883.

1. EL PROYECTO DE APÉNDICE DE DURÁN I BAS

En la *Memoria*, que precede al Proyecto, hace ver su autor cómo el Derecho sucesorio *ab intestato* romano-catalán era, en sus principios generales, semejante al Derecho castellano ¹⁴⁰ y, por ello, salvo algunos aspectos concretos, que el mismo autor va especificando, el artículo CCCXXIII prescribió que:

«Las sucesiones intestadas se rigen por las reglas del derecho común salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.»

Los subsiguientes preceptos contienen algunas innovaciones a observar en el definitivo Apéndice, si bien una de ellas ya se había aplicado por mor de la Ley de adquisiciones a nombre del Estado de 1835:

– El artículo CCCXXVIII, párrafo segundo, acoge lo estatuido por la antedicha Ley en orden al hijo natural legalmente reconocido y, así, determinó que «*si el difunto no ha dejado parientes colaterales dentro del cuarto grado, los hijos naturales sucederán en la totalidad de su herencia*».

– «*Los derechos de la viuda, sea o no pobre, en la sucesión hereditaria de su esposo se rigen por las reglas del Derecho Común*» (art. CCCXXXIV).

Éstas eran, pues, entre otras, las *excepciones*, en materia de sucesión legítima que consideraba que regían en Cataluña (art. I) ¹⁴¹.

¹³⁹ Respecto de la oficialidad o privacidad de los Proyectos –cuestión que nos es ajena–, cabe remitirse a la exposición realizada por P. SALVADOR CODERCH y A. MIRAMBELL I ABANCÓ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA, XXVII, vol. I, p. 47, nota núm. 108.

¹⁴⁰ «... *el cual no ofrece diferencias verdaderamente notables con el de Castilla*» (M. DURÁN I BAS, *Memoria*, p. 269).

¹⁴¹ «*En Cataluña regirán en materia de Derecho civil las excepciones introducidas para su territorio en el Código general o en leyes especiales y, en su defecto, las disposiciones de dicho Código.*»

No obstante, esta remisión al Derecho común debía pasar por el *filtro* –toléresenos la expresión– de los principios del Derecho catalán. Efectivamente, el *artículo II* precisaba que:

«en todos los casos en que para la aplicación de dichas excepciones aparezca incompatibilidad entre ellas y las disposiciones de Derecho común que igualmente sea necesario aplicar para *completarlas*, deberá acudirse a las que han regido según la ley única, título 3.º, libro I, volumen 1.º, de las antiguas constituciones de Cataluña.»¹⁴².

Además, consideró, como ha quedado dicho, que la línea colateral se extendía *ad infinitum* (*art. CCCXXXIII*) potenciando, en esta dirección, el principio familiar como base de la presunta voluntad del testador.

En cambio, no dedicó ningún artículo a la sucesión legítima del Estado, lógica consecuencia de que la línea colateral fuera indefinida y de que se atendiera al principio familiar y no al del afecto¹⁴³.

2. LA ACADEMIA DE DERECHO Y SU PROYECTO DE APÉNDICE

El Proyecto en cuestión se incardina en el esquema diseñado por el Código Civil y, a tal efecto, lo hace extensivo a Cataluña¹⁴⁴. Evidentemente, ello debía tener su reflejo en la regulación que se llevaba a cabo de la sucesión legítima:

i) El hijo natural legalmente reconocido y los legitimados por concesión real heredarán tras los colaterales de segundo grado (*art. 96*).

ii) Los colaterales restantes y el cónyuge heredarán según el orden que establece el Código Civil (*art. 98*). Este último tendrá derecho a percibir, cuando concurra con hermanos o hijos de hermanos del difunto, la tercera parte de la herencia en usufructo (*art. 100*).

¹⁴² Semejante disposición se contendrá en el Proyecto de Apéndice revisado de 1931 [*art. 3, Apéndice de Derecho Catalán al Código Civil* (proyecto formulado antes de la promulgación del Código, por el eminente juriconsulto don Manuel Durán y Bas. Revisado y completado por la actual Comisión, constituida de acuerdo con el Real Decreto de 24 de abril de 1899)].

¹⁴³ M. DURÁN I BAS, *Memoria*, pp. 273 ss.

¹⁴⁴ Su *artículo primero* lo prescribía explícitamente:

«Se hace extensivo a Cataluña el Código Civil, redactado de conformidad con lo dispuesto en la Ley de 11 de mayo de 1888, y aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889, con las modificaciones que se consignan en los siguientes artículos de este Apéndice.»

iii) La innovación más llamativa para el Derecho catalán, y que muestra la extensión que se hacía del Código Civil, se encuentra en el artículo 20.2, que dice así:

«Podrá también deferirse, en una parte, por voluntad del hombre y, en otra, por disposición de la ley.»

La modificación, por mejor decir, la eliminación del principio *nemo pro parte* viene justificada en la exposición de motivos, en la que tras señalar que debe conservarse *por ahora*, se añade: «*al decidirse y realizarlo así en su proyecto, la Academia de Derecho no ha entendido que debía transportarla, como tampoco la intestada, sin mutilaciones ni enmiendas. Muy al contrario, ha expurgado del régimen sucesorio cuanto conceptúa ya arcaico y sin vida y ha aceptado aquellas instituciones y aquellos preceptos del Código que, sin contrariar el espíritu y tendencia del régimen jurídico catalán, representan un progreso, acercando de esta suerte la distancia entre el Derecho general y el especial del Principado*»¹⁴⁵. Esta aproximación –que se verá también en la Ley de Sucesión Intestada de 1936– aparece así motivada: «... imponiendo a los herederos *ab intestato* la obligación de cumplir las demás disposiciones del testamento, cuando fuese ineficaz la institución de heredero, aunque no contenga la cláusula rutinaria llamada codicilar, sancionando por múltiples textos del Derecho romano y *sin necesidad, por tanto, de la aplicación del discutido principio nemo pro parte...*»¹⁴⁶.

Esta última modificación que, sin ninguna aporía, puede calificarse de radical, no llegó a plasmarse, con fortuna, en el texto del Proyecto. En efecto, el artículo 91, al explicitar las causas de apertura de la sucesión legítima, precisaba, en su párrafo segundo, que ésta tiene lugar «*cuando el testamento no contiene institución de heredero*», añadiendo que en ese sentido quedaba modificado el artículo 912 Código Civil. Es decir, se excluía el inciso final «... *en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto*». Por ello, aunque el Proyecto derogó *in toto* el sistema de fuentes tradicional, en sus disposiciones transitorias determinó que la aplica-

¹⁴⁵ ACADEMIA DE DERECHO DE BARCELONA, *Proyecto de Apéndice del Código Civil para Cataluña*, 1896.

¹⁴⁶ *Proyecto*, p. 42. *Vid.*, el artículo 22, según el cual:

«*Tanto si la herencia es deferida por testamento como si lo es por ministerio de la ley, los herederos deberán cumplir las disposiciones de los codicilos válidos y no revocados que haya otorgado el testador.*»

ción del Código Civil no debía implicar la introducción en Cataluña de instituciones y preceptos excluidos del Apéndice¹⁴⁷. En esta dirección, difícilmente puede considerarse que el pensamiento de la Academia de Derecho llegara a hacerse efectivo en el texto de aquél y, por tanto, concluir que, pese a las intenciones, se llegara a abolir el apotegma *nemo pro parte*.

Finalmente, nada se advertía respecto de la sucesión legítima del Estado. Pero entendemos que haciéndose extensivo el Código Civil a Cataluña y, dada la literalidad de la disposición transitoria –al impedir la introducción de instituciones y preceptos expresamente excluidos del Apéndice–, además de la remisión específica al cuerpo legal civil, en el orden sucesorio de la línea colateral no existía inconveniente alguno para sostener que, como norma de cierre del sistema, en defecto de parientes colaterales heredaría el Estado, el cual destinaría los bienes en la dirección que señalaba –y señala– el artículo 956 del Código Civil.

3. EL PROYECTO DE APÉNDICE DE ALMEDA Y TRÍAS

Este Proyecto viene caracterizado por hacer extensivo, igual que el anterior, el Código Civil a Cataluña y, en esta línea, su primer artículo reproduce el artículo 156 del Proyecto de la Academia de Derecho. El artículo 1 decía así:

«se hace extensivo a Cataluña el Código Civil, redactado de conformidad con lo dispuesto en la Ley de 11 de mayo de 1888 y aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889, con las *modificaciones que se consignen en el articulado de este Apéndice.*»¹⁴⁸.

Las modificaciones que se transcriben, en cuanto a la sucesión legítima se refiere, eran:

i) Los supuestos de apertura de la misma [el art. 209 i) f) preceptuaba que: «queda, en este sentido, modificado el art. 912 del Código Civil»; *vid.* el párrafo segundo del art. 209 en relación con los arts. 65 y 67].

¹⁴⁷ Respecto de la derogación del sistema de fuentes tradicional, *vid.* artículo 156 del Proyecto. La D. T. explicitaba que: «regirán las contenidas en el CC, sin que, empero, por virtud de ellas puedan jamás entenderse introducidas en Cataluña instituciones y preceptos excluidos de este Apéndice.»

Más datos en P. SALVADOR CODERCH y A. MIRAMBELL I ABANCÓ, *Comentarios*, XXVII, vol. I, pp. 45 ss.

¹⁴⁸ J. ALMEDA y M. TRÍAS I DOMÈNECH, *Anteproyecto de Apéndice del Derecho Catalán al Código Civil*, Imp. Casa Provincial de Caridad, s/f.

ii) Se posterga al cónyuge sobreviviente: tendrá derecho a la herencia tras los colaterales de cuarto grado [el art. 216 *i. f.* precisaba que «*queda, en este sentido, modificado el art. 946 del Código Civil*»].

Por contra, se mantenía:

i) La sucesión del hijo natural legalmente reconocido y los legitimados por concesión real (art. 219).

ii) El grado en la línea colateral se extiende hasta el sexto grado «*sin distinción de líneas, no preferencia entre ellos por razón del doble vínculo*» (art. 223).

En cambio, no se encuentra ningún artículo dedicado a la sucesión legítima del Estado —como en el Proyecto anterior—, lo cual no impide señalar que éste fuera llamado a la misma como *norma de cierre del sistema*. No sólo la lectura del primer artículo del Proyecto permitiría inferir dicha conclusión, sino también la disposición final (art. 431), en cuya virtud se derogaba *in toto el sistema tradicional de fuentes*¹⁴⁹.

4. EL PROYECTO DE ROMANÍ I PUIGDENGOLAS Y TRÍAS I GIRÓ

Este Proyecto contenía una innovación en materia de sucesión legítima del Estado: se anteponían a éste los derechos sucesorios de determinadas entidades de carácter benéfico-docente, a las cuales hubiera pertenecido el finado. El *artículo 721* señalaba que:

«a falta de consorte y de colaterales hasta el sexto grado, sucederán las Corporaciones piadosas, caritativas, científicas y de auxilio mutuo a que el difunto perteneciere al tiempo de su muerte, concurriendo por igual en el caso de pertenecer a varios y, en defecto de ellas, sucederá el Estado en la forma que prescriben los artículos 956, 957 y 958 del Código Civil.»¹⁵⁰

¹⁴⁹ El artículo 431, disposición final, se expresa en estos términos:

«*Quedan derogados todos los Usages, Constituciones, Capítulos y Actos de Cortes, Pragmáticas, Privilegios, Costumbres generales y locales, Sentencias reales y arbitrales, Concordias y Bulas Apostólicas, Disposiciones del Derecho canónico, Novelas y Cuerpo de Derecho romano, y demás Cuerpos legales que constituyen el Derecho Civil foral de Cataluña, y quedarán sin fuerza ni vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el Derecho supletorio.*»

¹⁵⁰ F. ROMANÍ I PUIGDENGOLAS Y J. DE DIOS TRÍAS I GIRÓ, *Anteproyecto de Apéndice al Código Civil para el Principado de Cataluña*, Hijos de J. Jesús, Impresores, Barcelona, 1903.

Los autores justificaban esta anteposición de los establecimientos benéficos en el Prólogo de su obra cuando destacaban que «*En fin, antes de llamar al Estado ha creído (la Comisión) que, de conformidad con el Derecho Romano vigente y con los principios sociológicos de organización corporativa tan propios de nuestra convivencia social, los bienes de la persona que no deja parientes dentro de aquel grado, hayan de pasar a las corporaciones indicadas en el artículo 721*»¹⁵¹.

Para el resto de modificaciones puede reproducirse, en líneas generales, el esquema trazado respecto del Proyecto de Apéndice anterior (ahora, son los arts. 703, 719, 720 y 722).

El Apéndice declaraba, por otra parte, aplicable en Cataluña disposiciones concretas del Código Civil¹⁵², si bien se cuidaba de evitar su virtualidad jurídica en materia de interpretación y de fuentes vía principios generales del Derecho¹⁵³.

5. EL PROYECTO DE APÉNDICE DE PERMANYER I AYATS

Este Proyecto no ofrece nada destacado en materia de sucesión legítima del Estado. En concreto, los artículos 1.219 a 1.221¹⁵⁴ se limitan a transcribir literalmente los artículos del Código Civil, lo cual no debe extrañar dada su estructura formal.

Se repiten, por un lado, las modificaciones respecto del Código Civil anteriormente transcritas en los artículos 1.173.3, 1.205, 1.216, 1.217 y 1.218. Por otro lado, reaparece la posibilidad de que

¹⁵¹ F. ROMANÍ I PUIGDENGOLAS y J. DE DIOS TRÍAS I GIRÓ, *Anteproyecto*, p. 27.

¹⁵² El artículo 7 explicitaba que:

«*Son aplicables a Cataluña las siguientes disposiciones del Código Civil:*

1.º *Las que en este Apéndice se declaran especialmente aplicables.*

2.º *El título preliminar, excepto en el artículo 12, cuya disposición queda sustituida en Cataluña por las disposiciones del presente Apéndice.*

3.º *Las disposiciones del Título 4.º, libro I, excepto en su sección 4.º».*

¹⁵³ El artículo 8 del Proyecto así lo expresaba:

«*para la aplicación de los principios generales de derecho, establecida en el artículo 6.º del Código Civil, se observará la siguiente prelación: 1.º las reglas establecidas en este Apéndice y aplicables a casos análogos al dudoso; 2.º las establecidas en la opinión científica o en las legislaciones especiales o extranjeras, en casos iguales o análogos; 3.º el Derecho canónico comprendido en las cuatro compilaciones del Corpus iuris canonici; 4.º el Derecho romano comprendido en las compilaciones del Corpus iuris civilis.*»

¹⁵⁴ J. J. PERMANYER I AYATS, *Proyecto de Apéndice al Código Civil*, Imprenta de la casa Provincial de Caridad, Barcelona, 1915.

la herencia se defiera parte por voluntad del causante y parte por ministerio de la ley (art. 709.4)¹⁵⁵.

Finalmente, sólo debe mencionarse la referencia que se hace a los principios generales del derecho en el artículo 6.2¹⁵⁶.

6. EL PROYECTO DE APÉNDICE DE 1930 REVISADO EN 1931

Conocido es que el Proyecto de Apéndice de 1930 fue una revisión del elaborado por M. Durán i Bas, lo cual puede explicar que no se mencione a la sucesión legítima del Estado. En efecto, «*al preconizar un entendimiento neorromanista de la sucesión ab intestato*», Durán i Bas considera, ya se ha dicho, que la línea colateral se extiende hasta el infinito y de ahí, por tanto, que difícilmente se pensara en una *norma de cierre del sistema*, pues siempre existiría algún pariente con derecho a la herencia. Sin embargo, el Proyecto de 1930 consideró, por contra, que la línea colateral sólo se extendía hasta el sexto grado (art. 349)¹⁵⁷. Era necesario, pues, prever la inexistencia de parientes llamando a *alguién* que se hiciera cargo de la herencia intestada. En este sentido, debe recurrirse al sistema de fuentes que el Proyecto establecía:

– En su *artículo 1* se precisaba que en defecto de los preceptos del Apéndice o de costumbre que los complete «*se aplicarán, como derecho supletorio, las disposiciones del Código y de las leyes de carácter general que lo modifiquen o completen...*».

– Además, el *artículo 3* señalaba que «*en todos los casos en que para la aplicación de dichos preceptos aparezca discrepancia entre ellos y las disposiciones de Derecho común deberá acudirse a*

¹⁵⁵ El artículo 709.4 señalaba:

«*Y aun existiendo testamento puede deferirse en parte por disposición de la ley rigurosamente obligatoria.*»

Ello se coonestaba mal con el artículo 1173.3 del mismo Proyecto que precisaba que la apertura de la sucesión legítima tenía lugar, entre otras, cuando el testamento carecía de la institución de heredero.

¹⁵⁶ Decía así:

«*cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho, especialmente los de la legislación romana y los fundados en la doctrina de los autores basada en la misma.*»

¹⁵⁷ Nótese que se desatendía la reforma del Código Civil de 1928, que había limitado dicha sucesión al cuarto grado.

*las que han regido según la ley única, título 30, libro I, volumen I de las antiguas Constituciones de Cataluña»*¹⁵⁸.

La aplicación supletoria del Código Civil, en este punto, no entraña ningún tipo de *discrepancia* entre los preceptos del primero y los del Apéndice, ni tampoco se trata de una *institución excluida* por el mismo —a la que hacía referencia el Proyecto de Apéndice elaborado por la Academia de Derecho (DT)—. Por tanto, como *norma de cierre del sistema*, el heredero *ab intestato in extremis* era el Estado (arts. 956 ss.).

Finalmente, cuatro aspectos deben destacarse:

i) Expresamente se señala la incompatibilidad entre la sucesión voluntaria y la sucesión legítima (art. 339).

ii) Se conservan los derechos sucesorios del hijo legalmente reconocido, respecto del padre, tras los colaterales de cuarto grado. Se mantiene la diferencia respecto del CC (art. 939, antes de la reforma de 1981).

iii) desaparece el derecho sucesorio del viudo/a (art. 349) si bien conserva, la viuda, la cuarta marital (art. 350).

iv) Se sigue primando a la familia *legítima* en detrimento de la *ilegítima*, como también sucedía en los Proyectos anteriores.

IV. LA LABOR DEL PARLAMENTO CATALÁN DURANTE EL PERÍODO REPUBLICANO

«La reivindicació —afirma Coll i Rodés— a favor del nostre dret no és pas una cosa nova ni una reclamació de darrera hora; molt altrement, en tots aquelles demandes, en totes aquelles peticions que s'havien fet a darrers del segle XIX i en els anys correguts d'aquest segle, a favor de l'autonomia de Catalunya, en totes elles figu-

¹⁵⁸ Vid. la correspondencia de estos preceptos con los del Proyecto revisado de 1931 en P. SALVADOR CODERCH y A. MIRAMBELL I ABANCÓ, *Comentarios*, XXVII, vol. I, pp. 60-61, notas núms. 140 ss.

En otro orden de ideas, pero conectando con el apartado anterior en torno a la Ley de Mostrencos, el artículo 5 del Proyecto prohibía, para la interpretación de los preceptos del Apéndice «*ni como aclaración o complemento de sus disposiciones, la jurisprudencia que sobre materia del Derecho Civil especial de Cataluña haya podido establecerse a partir de la promulgación del Código Civil por los Tribunales o dependencias administrativas del Estado contraria a los preceptos de este Apéndice*» (vid. su homónimo en el Proyecto de PERMANYER I AYATS, art. 15). Esta circunstancia fue aprovechada por el Tribunal de Casación de Cataluña en la sentencia de 26 de julio de 1935 para rechazar la aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo negadora de la aplicación del Derecho Civil catalán a la sucesión legítima (léase su vigésimo considerando, en el que transcribe algunos párrafos extraídos de la Introducción al Proyecto de Apéndice).

rava, en primer terme, la reclamació de la facultat legislativa en ordre al Dret Civil, amb la sola manifestació del fet diferencial que oficialment estava reconeguda»¹⁵⁹.

El àmbit *oficialmente reconocido* en el que, el Parlament catalán, o por mejor decir, la Generalidad podía moverse dentro del Derecho Civil era ofrecido por el artículo 15.1 de la Constitución Española de 9 de diciembre de 1931. Éste prescribía, como es notorio, que:

«Corresponde al Estado español la legislación, y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias:

1.^a (...) y en cuanto a la legislación civil, *la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos, personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España.*»¹⁶⁰.

En todo lo demás, por tanto, y siempre que hubiera sido asumido en su Estatuto, correspondía a la Generalidad la competencia exclusiva sobre la *legislación civil*¹⁶¹. En esta dirección, el artículo 11

¹⁵⁹ R. COLL I RODÉS, «El Dret Civil», p. 45.

¹⁶⁰ *Constituciones Españolas*, edición a cargo de G. PECES BARBA, G. Madrid, 1986. En el texto constitucional republicano no hay rastro de los derechos forales atribuyéndose, por tanto, competencias civiles independientemente de que hubieran tenido o no Derecho civil propio (P. DE ELIZALDE Y AYMERICH, «Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas» en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, II, IEF, Madrid, 1979, p. 737). En el mismo sentido, afirma B. CLAVERO ARÉVALO que: «la Constitución de 1931 ... guarda silencio sobre el fenómeno foral, no atendiéndolo ni civil ni políticamente; en la misma se admite sencillamente la atribución a los parlamentos regionales de la legislación civil, salvo ciertas reservas del Estado (...) en cuya composición se sitúa apropiadamente el estatuto catalán de 1932. En el caso del estatuto vasco de 1936, que en principio tampoco se sitúa en otra perspectiva, surge en cambio el tema foral, pero esto, primariamente, para dejarse bien sentado que la competencia regional en materia civil no ha de entenderse limitada de otro lado por la existencia de derecho foral (...) aunque también aparece aquí luego alguna referencia más historicista a un incierto "Derecho Foral vasco" se logran competencias sobre materia foral porque se recibían en general respecto al Derecho civil...» («Historia jurídica y Código político: los derechos forales y la Constitución», *AHDE*, 1980, pp. 147-148, nota núm. 25).

¹⁶¹ Tanto la Constitución republicana como el Estatuto de Autonomía catalán utilizaban la expresión *legislación civil* (el segundo señalaba «legislación... en materia civil»). El Estatuto de Núria de 2 de agosto de 1931 (Proyecto de Estatuto Catalán) prescribía, en su artículo 11, que correspondía al Poder de la República la legislación y a la Generalitat la ejecución en las funciones siguientes:

a) Legislación penal, mercantil, obrera y procesal. En cuanto a la legislación civil, las formas legales del matrimonio y la ordenación del Registro Civil.

Sin embargo, el artículo 13.a) atribuía a la Generalitat la competencia plena sobre la regulación del Derecho civil y la legislación hipotecaria, con la excepción señalada en el artículo 11 a).

Al hilo de esta distinción terminológica, afirman P. SALVADOR CODERCH y A. MIRAMBELL I ABANCÓ que: «"Derecho civil" es un concepto más amplio que "legislación civil" si

del Estatuto de Autonomía catalán de 15 de septiembre de 1932 decía que:

«Corresponde a la Generalidad la legislación exclusiva en materia civil, salvo lo dispuesto en el artículo 15, número 1, de la Constitución...»¹⁶².

Con base, por tanto, en esta competencia procedió la Generalidad a elaborar y promulgar la *Llei de Successió Intestada* de 1936¹⁶³, la cual supuso una reforma, en profundidad, de la sucesión intestada en Cataluña aproximándose a la regulación del Código Civil.

1. LA LLEI DE SUCCESSIÓ INTESTADA DE 7 DE JULIO DE 1936. LA SUCESIÓN DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA

La Ley, que rubrica este epígrafe (en adelante, LSI), fue objeto de una viva polémica, en el seno del Parlamento de Cataluña, entre las fuerzas políticas, por aquel entonces, presentes¹⁶⁴. En el tema que comentamos, conviene destacar dos aspectos. El primero de ellos hace referencia, por su importancia para el subsiguiente, a la extensión del grado en la línea colateral. El segundo se centra, propiamente, en la sucesión de la Generalidad de Cataluña.

El artículo 14 prescribía que:

«L'herència es defereix per l'ordre següent:

Primer.—Als descendents, per ordre de proximitat de grau.

Segon.—Als ascendents més pròxims, germans i nebots, fills de germà premort.

y sólo si se entiende que este último denota sólo las normas que prohíben o prescriben comportamientos. No, en cambio, en el caso, común en la tradición jurídica codificadora, de que se entienda que el segundo concepto se refiere también a las normas sobre (producción de) normas. Por tanto, la ambigüedad de la primera expresión era otra fuente potencial de problemas. Pero entendida en el primer sentido, posibilitaba obviamente la creación de un sistema distinto al del C.C. Que ello era defendible en el contexto del proyecto lo prueban las exclusiones del artículo 11. a) que no aluden a la legislación sobre fuentes del Derecho» (Comentarios, XXVII, vol. I, p. 81, nota núm. 185). La expresión «Derecho civil» desaparece en el definitivo Estatuto catalán pero, sin embargo, se conserva la de «legislación civil» cuyo concepto se presupone. La cuestión no es gratuita, por cuanto esta expresión se repite en la vigente Constitución española en su artículo 149.1 8.º

¹⁶² Se sigue aquí el texto aparecido en el *Butlletí Oficial de la Generalitat de Catalunya* de 5 de octubre de 1932.

¹⁶³ *Butlletí Oficial de la Generalitat de Catalunya* de 10 de julio de 1936 (núm. 192).

¹⁶⁴ Un buen resumen del clima político puede verse en P. SALVADOR CODERCH, *Comentarios*, XXIX, vol. III, pp. 43-44. Por supuesto, también, en el *Diari de Sesions del Parlament*: en concreto, el núm. 237, de 16 de junio de 1936 (Discurso del señor Diputado Gerhard, representante de la *Unió Socialista de Catalunya*).

Tercer.—Al cònjuge supervivent.

Quart.—Als altres col·laterals fins al quart grau, als col·laterals de cinquè i sisè graus, sempre que existeixi convivència amb el causant.

Cinquè.—A la Generalidad de Catalunya.»

El voto particular de *Unió Socialista de Catalunya* eliminaba del orden sucesorio propuesto, a los ascendientes y a los colaterales, consecuencia de su oposición radical al derecho hereditario. Así, tras los descendientes heredaba el cónyuge y, en defecto de éste, la Generalidad¹⁶⁵. Se primaba, exclusivamente, a la familia nuclear justificándose en razones de orden social y práctico, lo que provocaba que se prefiriera, por tanto, «*el vincle psicològic i ètic... espiritual del matrimoni*» sobre el vínculo biológico de la sangre¹⁶⁶. Por último destacaba el hecho de que, en el Código Civil, se había restringido la línea colateral al cuarto grado, mientras que, en el Proyecto, se mantenía hasta el sexto, si bien condicionado a la convivencia con el difunto, cuestión esta última acerca de la que se polemizó¹⁶⁷.

Por su parte, la *Lliga Catalana* criticaba al Proyecto presentado el excesivo alejamiento que manifestaba respecto de la legislación tradicional catalana¹⁶⁸. Proponía que la línea colateral se extendiera

¹⁶⁵ El voto particular proponía la siguiente redacción del artículo 14: «*L'herència es defereix per l'ordre següent:*

Primer.—Als descendents per ordre de proximitat de grau.

Segon.—Al cònjuge supervivent.

Tercer.—A la Generalitat de Catalunya» (D. S. núm. 239, de 18 de junio de 1936).

¹⁶⁶ D. S. núm. 239, de 18 de junio de 1936 (p. 4703).

¹⁶⁷ El Diputado señor Vallès i Pujals de *Minoría de Lliga Catalana* observó la necesidad de introducir, en el artículo 14 del Proyecto, algunas precisiones que evitaran cuestiones de orden práctico en torno a la «*prueba de la convivencia*» cuando quien o quienes pretendieran tener derecho a la herencia fueran colaterales de quinto y sexto grado (D. S. núm. 240, de 19 de junio de 1936). Particularmente, para eliminar las posibilidades de fraude —a las que alude de forma un tanto sibilina— a que podía dar origen el precepto en cuestión: «... *I és per això que em permeto fer la suggerència a la Comissió, que podria posar-s'hi un afegit o un article addicional en el qual es digués quin és el procediment a seguir per a fer aquesta prova per la declaració d'hereus ab intestato, que regula la nostra Llei Processal segons es tracti de parents fins el quart grau o del quart grau endavant, establint la forma de fer la prova d'aquesta convivència d'una manera que resultés senzilla, pràctica i tal vegada... que intervingués en aquesta mena d'expedients l'advocat de la Generalitat, amb quina intervenció es poguessin evitar aquelles combinacions i aquells possibles fraus...» (p. 4721). No obstante, este parecer ya había sido señalado por el señor Abadal (p. 4720) y sobre él volverá a insistir el señor Ruiz i Ponsetí (p. 4722). El señor Andreu —a la sazón Presidente de la Comisión que había elaborado el Proyecto— salió al paso de estos ataques señalando que la dificultad se solventaba si se exigía como prueba «*el veïnatge municipal, l'haver d'estar en el padró de veïns, que per això l'hereu té el mateix domicili legal del causant...*» (p. 4722).*

¹⁶⁸ Escribía E. PRAT DE LA RIBA que: «*el Dret de Catalunya, aquell Dret viu, la història ens ensenyava que era només una branca del Dret total de Catalunya. Catalunya tenia un Dret propi; Catalunya tenia una llengua pròpia; doncs Catalunya tenia aqueix esperit nacional misteriós que, al devallar dels segles, va infantant i renovant el Dret i la llengua»* (*La Nacionalitat catalana*, Col·lecció popular Barcino, núm. 110, Barcelona, 1934, p. 40).

hasta el sexto grado sin necesidad de la previa convivencia con el difunto ¹⁶⁹ al partir de una noción *amplia* de familia ¹⁷⁰.

De hecho, fue *Esquerra Republicana de Catalunya* la que triunfó en la discusión imponiendo, así, su punto de vista: el texto del artículo, finalmente aprobado, fue el que se ha transcrito en líneas superiores.

Enlazando con esta primera cuestión, se situaba la segunda: *¿Quid del heredero in extremis?* Las soluciones también divergieron en función de las fuerzas políticas y de su ideología. En general, se puede afirmar que todas ellas coincidían en la necesidad de un heredero que clausurara el sistema sucesorio intestado, si bien no dejó de aparecer alguna voz disonante:

i) *Unió Socialista de Catalunya* propugnó, de acuerdo con sus postulados, la pertinencia de que, una vez fallecido el sujeto, los bienes retornaran a la comunidad, la cual venía representada por la Generalidad ¹⁷¹.

ii) Por contraposición, la *Lliga Catalana* sostendrá la no necesidad de que herede la Generalidad y ello, básicamente, por razones de orden práctico y económico:

El sentimiento por el Derecho propio se manifiesta en el Dictamen de la *Comissió de Justícia i Dret* acerca del Proyecto presentado por el Conseller de Justicia que fue defendido, en el Parlament, por el señor Andreu. Éste proclamaba, al iniciarse la discusión el día 16 de junio de 1936, que: «*És clar que en venir l'autonomia a Catalunya, i amb ella el dret de legislar el Parlament Català sobre matèria civil, en anar a rescatar amb aquesta autonomia tot el dret peculiar nostre, no teníem més remei que, en el moment de legislar, acceptar tot el bo d'aquest nostre dret estimat, però adaptant aquest dret a la realitat d'avui dia i adaptant aquest dret a les lleis bàsiques que regeixen el nostre poble, com són l'Estatut Interior de Catalunya i la Constitució espanyola*» (D. S. núm. 237, p. 4669).

En sentido análogo, se justificaba por la Academia de Derecho, el hecho de que en el Proyecto de Apéndice se obviara la regla *nemo pro parte*.

¹⁶⁹ Según esta tendencia política, el artículo 14 habría quedado redactado del siguiente modo: «*L'herència es defereix per l'ordre següent:*

Primer.— Als descendents, per ordre de proximitat de grau.

Segon.— Als ascendents més pròxims, germans de doble vincle i nebots, fills de germà de doble vincle premort.

Tercer.— Als germans unilaterals, consanguinis o uterins, i nebots, fills de germà unilateral premort.

Quart.— Als altres col-laterals fins al sisè grau.

Cinquè.— Al cònjuge supervivent; i

Sisè.— A la Generalitat de Catalunya» (D. S. núm. 240, de 19 de junio de 1936).

¹⁷⁰ En crítica al voto particular de *Unió Socialista de Catalunya*, dirá el señor Abadal, en el sentido que señalamos en el texto, que: «... *jo no diré si serà fins el quart grau, o el sisè grau, però fins aquell límit en el qual, el calor de la família, d'aquesta llar en la qual tan eloqüentment ens parlava el senyor Gerhard, es va conservant encara, d'uns als altres, perquè continui fonamentant i fomentant la riquesa de Catalunya*» (D. S. núm. 239, de 18 de junio de 1936).

¹⁷¹ D. S. núm. 237, de 16 de junio de 1936, p. 4672. En la sesión de 19 de junio de 1936, el señor Ruiz i Ponsetí afirmará que: «... *considerem un progrés evident des del punt de vista social tota reversió de riquesa a la col·lectivitat, en el nostre cas particular la*

- Las primeras obedecían al procedimiento administrativo, que conocían estos casos, al provocar que las herencias *es perd[i]n pel camí*¹⁷².
- Las segundas señalaban la escasa trascendencia de los bienes intestados, patrocinando, por tanto, la vía impositiva¹⁷³.

Generalitat. Tot el que sigui retallar el grau de parentiu que dintre de la successió intestada dóna dret successori a la Generalitat, es per a nosaltres un progrés econòmic innegable...» (D. S. núm. 240, p. 4721).

¹⁷² El señor Vallès i Pujals sostenía, en sesión de 19 de junio de 1936, que «... en la pràctica aquesta successió de l'Estat, i la que serà d'avui endavant la generalitat, acostuma a ésser una successió il·lusòria» (D. S. núm. 240, de 19 de junio de 1936, p. 4.720). Añadía que el procedimiento a seguir regido por «preceptes legals espanyols» –sin duda, se refería al Real Decreto de 23 de junio de 1928 (Colección de Decretos, núm. 205, pp. 778 ss.)– era inviable porque «aquests expedients que es fan a la Delegació d'Hisenda són costosíssims; comencen per durar anys, algunes vegades llargs anys. En mèrits d'aquests expedients es venen les finques i es venen moltes vegades per procediments iguals a aquells en què es venen les finques que es queda l'Estat per manca de pagament de la contribució, i tots hem vist casos d'aquests, freqüentment, que posen de manifest que finques molt quantioses es venen per preus insignificants, perquè hi concorren a vegades combinacions especials que no ens escau qualificar aquí, però que tots coneixem prou bé. Es venen per poc i, naturalment, produeixen poc a l'Estat i a alguns dels que les compren els hi produeixen molt» (p. 4721). No dejaba de llevar razón el señor Diputado. Tal situación se evidenció cuando vio la luz la *Circular de 16 de enero de 1962* –emitida por la Dirección General del Patrimonio del Estado acerca de la posesión y liquidación del haber hereditario del Estado [voz *ab intestato* en el *Diccionario de legislación Aranzadi* (1941-1946) marginal núm. 88]– en cuya regla 5.ª, intitulada «el administrador del ab intestato», apartado primero, se señala: «Si se acierta en la elección del administrador del ab intestato y en la forma de actuar de éste, puede darse por descontado el éxito en la gestión». La Circular de la extinguida Dirección General de Propiedades y Contribución Territorial, de 11 de marzo de 1946, decía a este propósito: «...deberían llamarse liquidadores, por ser ésta su misión y no la de administrar–, conviene en lo sucesivo, antes de proceder a su nombramiento (si es que de los administradores debe esperarse una rápida y fructífera gestión), considerar las condiciones de capacidad, laboriosidad y honradez que concurren en el funcionario propuesto, pues en funcionario de Hacienda debe recaer el nombramiento...». Consideraba también este Centro que, dentro de las normas del Real Decreto de 23 de junio de 1928, era muy conveniente llevar a las administraciones de ab intestatos la libertad y responsabilidad que caracterizaba a las administraciones privadas, resolviéndose los asuntos, más que por una serie de eficaces gestiones personales del administrador, que por el habitual e infructífero papeleo corriente en las oficinas. En su punto segundo, se precisaba que: «...pues en los casos en que los administradores no son funcionarios de la plantilla de la propia Delegación de Hacienda y, por añadidura, actúan en forma rutinaria, el retraso en la liquidación de las herencias vacantes suele contarse por años, lo cual ofrece un contraste lamentable con el grado de necesidad en que generalmente se hallan las instituciones que de las mismas deban beneficiarse. Y no es esto lo peor, sino que la falta de celo se traduce inexorablemente en la devaluación de los bienes, en aumento de los gastos de conservación y depósito, y aun en la prescripción de derechos del Estado. Por ello, este Centro directivo se ve obligado a insistir en lo dicho y, en consecuencia, a recomendar que, al planear la ultimación de los expedientes en curso (...) se proceda a la remoción de los administradores que no hayan dado muestras de celo y eficiencia...».

¹⁷³ Manifestaba el señor Vallès i Pujals que: «És doncs molt més útil per a l'Estat no heretar que heretar». Su afirmación era ilustrada con un ejemplo: «... perquè quan hereten parents de sisè grau, en una herència d'una quantia mitjana, d'una quantia que arribi a un milió de pessetes per exemple, es paga el 62 per 100 de Drets Reals, i aquests sí que són diners que ingressa l'Estat i que ingressarà la Generalitat quan tingui traspassats els Drets Reals, perquè es tracta d'efectiu que ingressa a caixa. Per tant, és molt més útil per a l'Estat, perquè el patrimoni que hereten els col·laterals en sisè grau, queda a favor d'aquest solament una quantitat que no arriba a un 40 per 100, perquè la resta ingressa íntegra a

iii) El partido, que ostentaba el poder, consideró insuficientes los argumentos de la fuerza política anterior y mantuvo el criterio de que, en último lugar, fuera llamada la Generalidad ¹⁷⁴.

En esta dirección, el título jurídico en virtud del cual la Generalidad adquiriría las herencias intestadas era el de heredero, pero con el deber de destinar el remanente a *establiments d'assistència social o institucions de cultura* ¹⁷⁵, como actualmente se recoge en el artículo 348 CS. Además, paralelamente a la normativa del Código Civil, se entendía aceptada la herencia a beneficio de inventario. En realidad, el artículo 28 no aludía a la aceptación. Sencillamente, prescribía que cuando la Generalidad fuera la llamada a suceder se entendería siempre que lo era a beneficio de inventario, es decir, se consideraba que su responsabilidad quedaba limitada a los bienes hereditarios ¹⁷⁶. Esta dicción ponía claramente de manifiesto que la adquisición de la herencia intestada por parte de la Generalidad era una adquisición *iure delationis*, sin necesidad de que se emitiera la declaración de voluntad tendente a la aceptación. De otra parte, debe destacarse que nada se advertía acerca de la previa necesidad de la declaración judicial de heredero a favor del ente autonómico.

No queremos terminar este apartado sin antes exponer, sucintamente, otros rasgos característicos de la Ley que estamos comentando:

- i) Se prescribía la compatibilidad entre sucesión testada e intestada (arts. 1 a 3).
- ii) No se distinguía entre parentesco *legítimo y natural* (arts. 16 y 17). Se incluía, también, al *adoptado* (art. 17) ¹⁷⁷.
- iii) Concurrencia de los hermanos unilaterales con los ascendientes (art. 21).

l'Estat, i en el seu cas la Generalitat, per virtut dels Drets Reals» (D. S. núm. 240, de 19 de junio de 1936). Tras esta postura, por tanto, se vislumbraba, que la línea colateral debía extenderse *ad infinitum*, ya que cuanto más lejano fuera el grado de parentesco más efectivo ingresaría en las arcas públicas. Este parecer, ciertamente, iba ligado a la crítica que se hacía, desde esta posición política, al Proyecto, pero mal cohonestaba con su propuesta de redacción para el artículo decimocuarto del mismo. Quizá, se tratara de una opinión particular en el seno de *Lliga Catalana*.

¹⁷⁴ D. S. núm. 240, de 19 de junio de 1936, p. 4722.

¹⁷⁵ Vid. artículo 28 y 29 de la Ley: «...preferentment als de la darrera residència habitual del causant en territori català; en llur defecte, als de la comarca, i a falta d'aquests, als de caràcter regional a càrrec de la Generalitat» (preceptos que fueron adoptados sin discusión; D. S. núm. 244, de 30 de junio de 1936). Vid. F. MASPONS I ANGLASELL, *El règim successori català*, Barcelona, 1938, p. 45. Debe destacarse, por otra parte, que en virtud del Estatuto de Autonomía correspondía a la Generalitat la competencia exclusiva sobre la beneficencia [art. 12 c)].

¹⁷⁶ D. S. núm. 237, de 16 de junio de 1936.

¹⁷⁷ Vid. los artículos 25 y 43 de la Constitución de 1931; D. S. núm. 240, de 19 de junio de 1936, pp. 4.722 ss.; D.S. núm. 241, de 25 de junio de 1936, pp. 4732 ss.

iv) Reintroducción del usufructo viudal, cuya cuantía variaba en función de quien concurriera con el cónyuge (arts. 23 a 27) ¹⁷⁸.

v) El capítulo III se dedicaba a reglamentar la sucesión de los hijos extramatrimoniales y se hacía de forma semejante a la sucesión anterior (art. 29).

vi) Se regula la *sucesión de los impúberes* (arts. 30 y 31) adaptándola a la sucesión del hijo extramatrimonial cuando éste fuera impúber.

2. LA AUTONOMÍA FINANCIERA Y EL PATRIMONIO DE LA GENERALITAT EN ESTE PERÍODO

El poder financiero es un atributo o poder inherente a la autonomía y, bien se puede afirmar que, sin autonomía financiera el principio autonómico queda enormemente menguado. La Constitución Española de 1931, sin embargo, no reconoció explícitamente dicho poder financiero autónomo como, en cambio, sí hace la vigente Constitución y, por otro lado, no articuló un sistema de colaboración y coordinación entre la Hacienda estatal y las Haciendas autonómicas. Tras reservarse, en el artículo 14, la competencia exclusiva en Deuda del Estado (núm. 6) y en la Hacienda general del mismo (núm. 17), dedicó el título VIII a la «*Hacienda pública*» dentro del cual, el artículo 117, aludía a «*las propiedades*» ¹⁷⁹.

La ubicación, así como la dicción del precepto, sugieren algunas apreciaciones. Resulta llamativo, en primer lugar, que se emplee la expresión de «*propiedades*». Esta última, a nuestro juicio, hace referencia a lo que se entiende por bienes patrimoniales o Patrimonio del Estado, en nuestra actual Constitución, por mor de

¹⁷⁸ D. S. núm. 241, de 25 de junio de 1936, pp. 4738 ss.

¹⁷⁹ El artículo 117 señalaba que:

«*El Gobierno necesita estar autorizado por una ley para disponer de las propiedades del Estado y para tomar caudales a préstamo sobre el crédito de la Nación.*

Toda operación que infrinja este precepto será nula y no obligará al Estado a su amortización ni al pago de intereses.»

Vid. el artículo 115 que alude a «... *la realización de ventas y operaciones de crédito...*».

Por otro lado, el 22 de marzo de 1932, se publicó una Ley que preveía el destino de los bienes que integraban el Patrimonio de la Corona que, a partir de entonces recibiría la denominación de Patrimonio de la República (arts. 3 y 4). En cuanto a la normativa que regía, en este período político, otros conjuntos de bienes (v. gr., el llamado patrimonio forestal...), *vid.* la exposición de F. J. VANACLOCHA BELLVER, «Estudio sobre la Ley reguladora del Patrimonio del Estado», *Cuadernos de Documentación*, núm. 28, Presidencia del Gobierno, pp. 20 ss.; J. BAYONA DE PEROGORDO afirma que «*el precepto constitutivo que consagraba la autonomía regional abría la posibilidad de una desmembración del Patrimonio del Estado*» (*El Patrimonio del Estado*, Madrid, 1977, pp 98 ss.).

una concepción estricta del mismo¹⁸⁰. En segundo lugar, también debe destacarse el hecho de que el único precepto que la Constitución republicana dedica a aquél se encuentre situado en el título dedicado a la Hacienda pública: las propiedades constituyen uno de los recursos generadores de ingresos con los que afrontar los gastos públicos. Son, por tanto, un recurso a cuya normación se extiende el poder financiero autónomo¹⁸¹.

El Estatuto de Autonomía catalán de 1932 no aludía directamente al patrimonio de la Generalidad (ni en sentido estricto ni amplio). Sin embargo, sí hacía referencia a las transferencias patrimoniales del Estado. En concreto, el artículo 17, párrafo quinto, prescribía que:

«los derechos del Estado en territorio catalán, relativos a minas, aguas, caza y pesca, los bienes de uso público, y los que sin ser de uso común pertenezcan privativamente al Estado y estén destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, se transfieren a la Generalidad, excepto los que sigan afectos a funciones cuyos servicios se haya reservado el Gobierno de la República. Dichos bienes y derechos no podrán ser enajenados, gravados ni destinados a fines de carácter particular sin autorización del Estado.»¹⁸²

Estos derechos, así como los bienes, pasaban a formar parte integrante del Patrimonio de la Generalidad catalana¹⁸³. O, incluso, afinando más, fueron el núcleo originario del mismo. Con posterioridad, dicho patrimonio se nutriría de otras fuentes. Entre éstas se encontraba la adquisición de bienes en virtud de títulos jurídicos de

¹⁸⁰ El artículo 125 del Anteproyecto de Constitución, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 5 de enero de 1978, preceptuaba que: «el Gobierno necesita estar autorizado por Ley para disponer o transigir válidamente sobre los derechos y bienes de que sea titular el Estado. Será nulo todo acto que infrinja este precepto». Dicción ésta, como bien se ve, que coincidía con la del artículo 117 de la Constitución de 1931. Pero, además, el Anteproyecto regulaba los bienes de dominio público, en el artículo 122, de forma semejante a como se hará en la definitiva norma constitucional. Ello lleva a afirmar que el artículo 117 de la Constitución republicana cuando utilizaba la expresión *propiedades* estaba normando los *bienes patrimoniales*, pues, justamente, el artículo 125 del Anteproyecto de la vigente Constitución aludía a ellos —al apoyarse en aquel precepto— regulándose separadamente el demanio público (en torno a esto y a otras cuestiones, *vid.* A. FERNÁNDEZ-OLIVARRIETA Y AGUILERA, «El patrimonio del Estado en el Anteproyecto de Constitución», pp. 490 ss., *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, CEC, Madrid, 1978).

¹⁸¹ Baste lo advertido en el texto, respecto de la situación en materia financiera, en el período republicano, ya que el estudio pausado de estos aspectos se hará, respecto de la actual Constitución, en líneas posteriores.

¹⁸² Aquí no vamos a referirnos a las transferencias patrimoniales ni a su problemática. En cuanto a este extremo, puede verse el conciso estudio pero, sobre todo, la bibliografía allí citada respecto a los traslapes preautonómicos a partir de 1977, de J. R. BARBERÀ I GOMIS, «Patrimonio de la Generalidad», p. 570, *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, III, Barcelona, 1991.

¹⁸³ Como es notorio, estamos empleando una acepción amplia de *patrimonio*.

carácter privado ¹⁸⁴ y, en concreto, *iure haereditario*. En este sentido, el caudal relicto adquirido por la Generalidad en cuanto heredera *in extremis*, según se vió anteriormente, formaría parte del patrimonio de aquélla restando afecto a un fin.

V. LA REGULACIÓN POR REMISIÓN AL CÓDIGO CIVIL DEL ARTÍCULO 248 DE LA COMPILACIÓN DE 1960

El artículo 3 del Decreto de 23 de mayo de 1947 ¹⁸⁵ por el que se creaban las Comisiones de Juristas para la compilación del Derecho foral (*rectius*: Derechos forales) se expresaba en los siguientes términos:

«Los anteproyectos de compilaciones de las instituciones forales o territoriales que elaboren las Comisiones podrán hacerse tomando por base los actuales proyectos de Apéndices para llegar a una sistematización adecuada de las instituciones históricas, teniendo en cuenta su vigencia y aplicabilidad en relación con las necesidades y exigencias del momento presente, *adaptándose a la sistemática del Código Civil y evitando coincidencias y repeticiones*».

Se trataba, por ende, de recoger las instituciones forales que divergían respecto del Código Civil y adaptarlas a su sistemática. La sucesión intestada se diferenciaba en determinados aspectos —aspectos que bien pueden calificarse como fundamentales, aunque ese no fuera el parecer de la Comisión General de Codificación— de la regulación contenida en aquél. Por tanto, en atención a «*evitar coincidencias y repeticiones innecesarias*» el Proyecto de Compi-

¹⁸⁴ El artículo 7 del Proyecto de Ley en el que se tradujeron las llamadas *Bases de Manresa* detallaba los posibles recursos de la Generalitat y entre ellos se encontraban:

1. Rentas de bienes propios y productos de explotación.
2. Donativos o cuotas voluntarias.

Por otro lado, el artículo 17 del Proyecto de Autonomía (elaborado por una comisión extraparlamentaria que actuó sin el concurso de los catalanes y que trabajó sobre un Anteproyecto elaborado por Maura) de 20 de enero de 1919, redactado en forma de bases, enumeraba los recursos de la hacienda regional. El primero de ellos estaba formado por:

«1. Rendimientos del patrimonio formado con bienes que pertenecen a la región como persona jurídica...».

(Vid. J. ARIAS VELASCO, *La Hacienda de la Generalitat 1931-1938*, Barcelona, 1977, pp. 20 y 25).

¹⁸⁵ RAL, núm. 744. Juzga, de modo crítico, y acoge la opinión de A. D'ORS, relativa al riesgo de repeticiones, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, «El futuro de los Derechos forales», *Estudios de Derecho Civil*, II, Pamplona, 1978, p. 646.

lación de 1955 y, después, más acusadamente, el texto definitivo de la Compilación de 1960 (en adelante, CDCC) se remitían a la normativa correspondiente del texto civil codificado¹⁸⁶. En este sentido, el artículo 248 de la Compilación de 1960 decía así:

«*La successió intestada es regirà pel que disposa el Codi Civil, llevat les especialitats contingudes en els tres articles següents.*»

Las especialidades hacían referencia, sabido es, a:

- i) La sucesión intestada de los hijos adoptivos y naturales reconocidos respecto de los padres adoptantes y de la madre respectivamente (art. 249).
- ii) Los derechos sucesorios del viudo/a: usufructo viudal (art. 250); y
- iii) La sucesión del causante impúber (art. 251).

Sin embargo, no nos detendremos en dichas especificidades, por contraste con el Código Civil¹⁸⁷, y, en cambio, emitiremos algunas consideraciones en relación con la remisión al Código

¹⁸⁶ No es impertinente recordar que M. DURÁN I BAS, en la *Memoria* que precedía al Proyecto de Apéndice, advirtió de la escasez de diferencias entre el derecho sucesorio intestado castellano y el romano-catalán. Por otra parte, la exposición de motivos de la Compilación de 1960 precisaba que: «*en materia de sucesión intestada, en la que a fines del siglo pasado se inicia una doctrina jurisprudencial continuada hasta hoy por la que se aplican a Cataluña las normas que contiene el Código Civil acerca del orden de suceder ab intestato, la Compilación acepta esta doctrina y somete expresamente el orden de suceder a la regulación del Código Civil, con las únicas excepciones de establecer normas especiales para la sucesión de impúberes y en el último término admitir el juego de la reserva del artículo ochocientos once del Código Civil común*»; J. GASSIOT MAGRET atribuye a este párrafo de la exposición de motivos el hecho de que el artículo 248 se remita al Código Civil (*Comentarios a la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1962, p. 279). Sin dejar de ser, en parte, cierta tal afirmación, consideramos que la citada remisión posee raíces más profundas. *Vid.* también, F. DE A. CONDOMINES VALLS y R. FAUS ESTEVE, *Derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1960, p. 286; R. M.^a ROCA SASTRE señala al respecto que «*la postura de la Compilación en orden a la sucesión intestada no guarda relación alguna con aquel movimiento —en contra de la aplicación de la Ley de Mostrencos—, porque en la Compilación no se planteó ningún problema de legitimidad, sino tan sólo de bondad intrínseca o de conveniencia de los sistemas intestados en pugna, esto es, entre el sistema romano-catalán y el del Código Civil. La Compilación ha adoptado tal posición por simples razones objetivas y rabiosamente realistas*» («los elementos componentes de la Compilación», *Comentarios a la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña*, publicado por la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, 1961, p. 27).

¹⁸⁷ En atención a lo que estamos exponiendo, L. PUIG I FERRIOL y E. ROCA I TRÍAS afirman que «*la regulación de la sucesión intestada en el vigente texto compilado (se refieren al cuerpo de 1960) es una manifestación de una tendencia doble: por una parte, parece remitirse por entero al Código Civil, estableciendo unas excepciones, que en el fondo no lo son...*» (*Fundamentos*, III, vol. II, Barcelona, 1980, p. 228). La expresión *especialidades*, obviamente, obedecía a la situación de especialidad que *padecía* el Derecho foral (recuérdese el viejo artículo 12 del Código Civil). En esta línea de pensamiento, el derogado artículo 1 CDCC se iniciaba con las siguientes palabras: «*De conformitat amb el que estableix l'article 12 del Codi Civil...*».

Civil. El artículo 248 contenía una remisión al cuerpo codificado sin, en apariencia, ningún tipo de condicionamiento. Entendido en esta línea —que no es más que atender a su tenor literal— resaltaba, en primer lugar, que en virtud de aquella remisión la apertura de la sucesión legítima, en Cataluña, tendría lugar de acuerdo con lo prescrito en el artículo 912 del Código Civil, desconociéndose, de esta guisa, el principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, lo cual mal cohonestaba con el artículo 97 (asimismo, con los arts. 166 y 267) que, precisamente, prescribía la incompatibilidad entre sucesión legítima y voluntaria (ora testada ora contractual). Muestra de que aquéllas no eran las únicas singularidades que respecto del Código Civil se contenían¹⁸⁸.

El antecedente legislativo de la Compilación de 1960, es decir, el Proyecto de 1955, contenía en el título III («*De la sucesión intestada*») un primer capítulo, intitulado «*Disposiciones generales*» (arts. 478 a 481), que no pasó al texto definitivo, en el cual se marcaban las diferencias de régimen respecto del Código Civil. En el capítulo II del mismo título, el artículo 482, en cuanto al orden sucesorio, explicitaba lo que sigue:

«Salvo lo dispuesto en este título, la herencia intestada se deferirá por el mismo orden de suceder que el Código Civil establece en sus artículos 930 al 937, 939 al 941, 943 al 952, y 954 al 958, los cuales, en su redacción actual, quedan incorporados a esta Compilación.»

El artículo 482 contenía una *remisión estática*, por tanto, concreta, al Código Civil¹⁸⁹. No sólo se refería a determinados artículos del mismo (expresa y específicamente), sino que, además, aludía a su *redacción actual*, lo cual estaba en armonía con el artículo 6.2 del mismo Proyecto¹⁹⁰.

A la vista de tales antecedentes, convenimos con un determinado sector doctrinal en que el artículo 248 *es una abreviación de la contenida en el artículo 482 del Proyecto*¹⁹¹ que, junto con la eliminación del capítulo primero que regulaba las disposiciones generales sobre la sucesión legítima, provocó la reforma

¹⁸⁸ Así lo hace notar P. SALVADOR CODERCH, *Comentarios*, XXIX, vol. III, pp. 49 y 50.

¹⁸⁹ En cuanto al tema de las remisiones, puede consultarse el exhaustivo estudio de P. SALVADOR CODERCH, «La Disposición Final tercera de la Compilación y la técnica legislativa de las remisiones estáticas», *ADC*, 1984, pp. 975 ss. O bien, del mismo jurista, el resumen que ofrece, titulado «La figura de la remisión», *La reforma de la Compilación: el sistema successorio (Materials III Jornades de Dret Català a Tossa, 1984)*, pp. 235 ss.

¹⁹⁰ Éste decía: «*Siempre que en esta Compilación se citen artículos del Código Civil, se entenderá que en su redacción actual quedan incorporados a la misma*».

¹⁹¹ L. PUIG I FERRIOL y E. ROCA I TRÍAS, *Fundamentos*, III, vol. II, pp. 228 y 229.

«... –ampliándolo– [d]el originario artículo 482 del proyecto que devino el 248 CDCC y, en vez de contener una *remisión específica* (y estática) a las normas del Código sobre órdenes sucesorios, incluía una *remisión genérica* (y dinámica) a “lo dispuesto en el Código Civil...”»¹⁹².

La remisión dinámica era una remisión *parcial y condicionada*¹⁹³. En efecto, en primer lugar, se regulaba la sucesión intestada con las que, seguidamente, se expresaban; luego, no consistía en una remi-

¹⁹² P. SALVADOR CODERCH, *Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 49. La cursiva es del autor.

¹⁹³ En el artículo 248 CDCC desaparece la referencia a «su redacción actual» de acuerdo con la eliminación, asimismo, del artículo 6.2 del Proyecto de 1955, lo que determinaba que las remisiones al Código Civil se entendieran al texto vigente en cada momento. De este modo, fue entendido por L. PUIG I FERRIOL y E. ROCA I TRIÁS (*Fundamentos*, I, p. 256), si bien consideraban que «aun en estos casos no puede aplicarse sin más la total normativa del Código, dado que hay que contrastar sus preceptos con los principios generales del Derecho civil catalán y aplicar sólo aquellos que no se opongan a la propia *Compilación y a los principios generales que la informan*» (*Fundamentos*, I, p. 255; E. ROCA I TRIÁS, «El Código Civil», pp. 281 y 285-286; «El Código Civil y los Derechos nacionales, en especial el Derecho civil catalán», *RJC*, 1979, p. 560, nota núm. 103, donde la autora mantiene la opinión contraria a lo que ella misma escribía en el primer artículo de revista citado). Por tanto, remisión dinámica condicionada [R. M.^a ROCA SASTRE, «Los elementos componentes», pp. 25-27, donde diferencia entre remisiones puras y remisiones condicionadas; aunque dándole a estas últimas un sentido diferente al que nosotros le damos en el texto. El autor precisaba que: «... el proyecto de *Compilación* decía que en estas remisiones debería entenderse que los artículos del Código objeto de remisión quedaban incorporados, en su actual redacción, a la *Compilación*. Esta regla estaba dirigida a evitar contingencias de reformas ulteriores de los mismos, mas no prosperó» y añadía que «pero es indudable que la incorporación existe, ya que estos artículos son como un elemento integrante de la *Compilación*, a pesar de tratarse de normas en blanco». En esta dirección, consideramos que la matización de L. JOU I MIRABENT a la tesis de R. M.^a ROCA SASTRE es innecesaria, si se entiende que la incorporación a la que se refiere el jurista citado en segundo término supone también «de acuerdo con su redacción actual»; no, contrariamente, si se prescinde de esta última («Formes testamentàries i successió intestada a la llei de reforma de la *Compilació de Dret Civil de Catalunya: propostes de desenvolupament*», *La reforma*, p. 134); L. FIGA FAURA, «La *Compilación* en sus conexiones con el Código Civil», *Comentarios a la *Compilación de Derecho civil especial de Cataluña**, publicado por la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, 1961, p. 129; J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Fuentes del Derecho civil catalán, en particular, la *Compilación* y la legislación común», *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, pp. 170-171 (influenciado por las reflexiones de R. M.^a ROCA SASTRE y de FIGA FAURA); P. SALVADOR CODERCH, «La Disposición Final...», p. 991, nota núm. 29].

También debe tenerse en cuenta la *Conclusión III, núm. 17, del II Congrés Jurídic Català* que, si bien se refiere a la remisión al Código Civil, como derecho supletorio, es, asimismo, aplicable a los casos de remisión de la *Compilación* al texto civil codificado.

Tras la reforma del Título Preliminar del Código Civil, en 1974, E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ sostendrá, en relación con el artículo 13, que la aplicación supletoria del Código en los territorios forales «se ha de referir a los supuestos en que la regulación de la materia en nuestro primer cuerpo legal responda coherentemente a los mismos principios que inspiran la regulación del texto compilado» (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, I, Madrid, 1981, p. 477). Precisamente, esta cuestión se habría soslayado si no se hubiera pretendido evitar repeticiones, es decir, si se hubieran reproducido esas coincidencias en cada uno de los Derechos forales «... y su integración en el Derecho propio (se refiere a las citadas repeticiones y coincidencias) les asegura de que una sucesiva evolución en las sedes coincidentes no las contaminará, en la propia, de incoherencia con los principios informadores del propio Derecho foral» (F. DE A. SANCHO REBULLIDA, «El futuro de los Derechos forales», p. 646).

sión *in toto* al Código Civil. En segundo lugar, la normativa que era objeto de remisión aparecía condicionada –de ahí, la apariencia que destacábamos anteriormente– por los principios rectores del Derecho civil catalán (así, *v. gr.*, la cuestión de la incongeniabilidad entre la sucesión legal y la voluntaria anteriormente referida)¹⁹⁴, en el sentido que se indicaba en la originaria disposición final segunda de la Compilación de 1960¹⁹⁵: los preceptos del Código Civil *incorporados* a ésta serían aplicables en tanto no se «opusieran a la misma». Los principios generales del Derecho catalán tendrían aquí la función de *dirigir la interpretación*¹⁹⁶. Interpretación que, de acuerdo, con el párrafo segundo del artículo 1 del texto compilado, permitiría tomar en consideración la *tradición jurídica catalana*, otorgándole a esta expresión la *flexibilidad* propia de un texto que no responde a una concreta *tradición jurídica* identificada con el *Derecho histórico*, sino con distintas tradiciones jurídicas, como serían la tradición de los Apéndices o la tradición autonómica enmarcadas dentro de los principios generales del Derecho catalán¹⁹⁷. Por ello, es conve-

¹⁹⁴ «Un cierto grado de modificación –escribe P. SALVADOR CODERCH– es inevitable en las remisiones externas (y aun en las internas): la norma o normativa objeto de remisión es literalmente descontextualizada, arrancada de su contexto originario y encuadrada en un nuevo marco sistemático. En este sentido todas las remisiones externas contenidas en la Compilación y no solamente las referidas al Código Civil cabe entenderlas como remisiones condicionadas (arg. ex art. 1 y, especialmente, ex DF 4.º Comp.)» («la Disposición Final...», p. 985). Por otro lado, quizá, pudiera entenderse aplicable, *mutatis mutandi*, en este extremo, la teoría de L. FIGA FAURA acerca del *precepto reversible*. De este modo, el artículo 912 del Código Civil sería aplicable en el Derecho castellano y en el catalán, pero dándole, en este último, el significado que se desprende del contexto de la Compilación y de su relación con otros preceptos de la misma, lo que determinaría una diferente regulación respecto del Código Civil («La Compilación», p. 118). Este parecer fue recogido por J. DELGADO ECHEVARRÍA, «Fuentes...», pp. 165-166, donde expone, con particular gracejo, en la p. 171, que «los preceptos del CC aplicados a Cataluña son: preceptos reversibles o "tornasolados", casi camaleónicos, en cuanto que se impregnan en su contacto con los demás preceptos catalanes de las valoraciones y principios propios de este Derecho».

¹⁹⁵ En dicha disposición se preceptuaba que: «En aquello no previsto en esta Compilación regirán los preceptos del Código Civil que se opongan y las fuentes del derecho de aplicación general».

¹⁹⁶ Vid. las interesantes aportaciones de P. SALVADOR CODERCH y A. MIRABELL I ABANCÓ, *Comentarios*, XXVII, vol. I, pp. 133 ss. y, en concreto, p. 136.

¹⁹⁷ «La tradición jurídica catalana (*rectius*: las tradiciones jurídicas) no puede ser utilizada en su manifestación más conveniente o en función de las pretensiones interpretativas de una parte. Ha de recurrirse a ella en cuanto pueda considerarse recogida en la Compilación y sin provocar soluciones de continuidad en su evolución histórica: no cabe sin más recurrir *per saltum* a tal o cual texto histórico haciendo abstracción de la evolución interpretativa posterior. La interpretación de la Compilación no puede basarse en la reconstrucción histórica del sentido originario de los textos considerados como clásicos, sino que ha de tener en cuenta ulteriores –y recientes– modificaciones de aquél...» (P. SALVADOR CODERCH y A. MIRABELL I ABANCÓ, *Comentarios*, XXVII, vol. I, pp. 65-66).

Con anterioridad a este sector doctrinal, J. LALINDE ABADÍA parecía apuntar esta tesis, en un trabajo publicado en la *RJC* (1961), acerca del artículo 1 de la Compilación de 1960: «Tomarse en consideración –observa– no significa que la interpretación de los preceptos de la Compilación se haya de hacer históricamente y con base en los textos que los originaron, sino que relega ese criterio a uno de los varios que puedan utilizarse» [«Estudio del

niente recordar que, en todos los Proyectos de Apéndices elaborados, *siempre* existía, de una forma u otra, una cláusula de salvaguardia del derecho propio ante la aplicación del Código Civil.

De acuerdo con la remisión dinámica al Código Civil, el heredero llamado *in extremis* a la sucesión legítima del causante era el Estado —patente es la ausencia de autonomía política y administrativa—, el cual debía destinar los bienes, una vez liquidado el caudal, a los fines benéfico-docentes que establece el artículo 956 del Código Civil.

VI. LAS REFERENCIAS AL ESTADO SE ENTIENDEN HECHAS A LA GENERALITAT DE CATALUÑA POR MOR DE LA REFORMA DE LA COMPILACIÓN 1984

La nueva redacción del artículo 248 se dio en el marco de la primera fase de reforma de la Compilación catalana llevada a cabo por la Ley de 13/1984, de 20 de marzo. El precepto decía así:

«En matèria de successió intestada s'aplicaran les normes del Codi Civil, llevat de les regles contingudes en aquesta Compilació.

Es tindran per no fetes les referències dels articles 179 i 942 del Codi Civil a l'article 812 del mateix Codi.

Les referències a l'Estat dels articles 913, 956, 957 i 958 del Codi Civil s'entendrà que són fetes a la Generalidad de Catalunya.»

De nuevo, aparece, en el artículo 248, una remisión al Código Civil en cuanto a la regulación de la sucesión legítima. Pero, ahora, tal remisión ofrece notables diferencias respecto de la remisión que llevó a cabo el prístino artículo 248. Por ello, será conveniente estudiar el precepto en cuestión desgajando cada uno de sus apartados, de acuerdo con la técnica de las remisiones utilizada.

1. LA TÉCNICA DE LAS REMISIONES APLICADA AL MODIFICADO ARTÍCULO 248

De entrada, debe significarse que la Compilación del Derecho Civil de Cataluña vuelve a la técnica de las remisiones *está-*

artículo 1.º de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña (Alerta a la Escuela Histórica)», p. 262]. Confróntese esta opinión con la sostenida por J. L. LACRUZ BERDEJO, «Fuentes e interpretación del Derecho civil catalán», *Llibre*, pp. 200 ss. (junto con J. DELGADO ECHEVARRÍA).

tics¹⁹⁸. En efecto, se introduce una Disposición Final, la tercera, cuyo tenor es el siguiente:

«Les remissions que aquesta Compilació fa a l'articulat del Codi Civil s'entén sempre que són fetes en la seva redacció actual.»

Con base en dicha Disposición se puede afirmar, en líneas generales, que la remisión que el artículo 248 contiene es una remisión *estática*. No obstante, convendrá precisar aún más.

La remisión viene caracterizada por su *expresividad o concreción*¹⁹⁹. La carencia de estas notas comportará que estemos ante la aplicación del derecho supletorio (disp. final cuarta). En este caso, esa concreción viene dada por la referencia a la materia de que se trata y así se señala al inicio del precepto que *«en matèria de successió intestada...»*. Por tanto, se acotaba qué parte del texto legal objeto de remisión se va a entender incorporada a la Compilación y no, en cambio, aplicada supletoriamente. Pero esta acotación puede hacerse de forma específica señalando qué determinados preceptos son objeto de remisión o, por contra, genéricamente remitiéndose en bloque a una determinada materia²⁰⁰. Este último, es el caso del artículo 248, en cuyo primer apartado se contiene una *remisión genérica y parcial*²⁰¹, en materia de sucesión legítima, al Cc *«llevat de les regles contingudes en aquesta Compilació»*. Este último inciso ha sido un acierto del legislador catalán por cuanto destaca, expresamente, el carácter *condicional* de la remisión²⁰². Y, por otro lado, recoge en una sola frase, además, aque-

¹⁹⁸ Recuérdese que destacamos esta técnica en el Proyecto de Compilación de 1955.

¹⁹⁹ P. SALVADOR CODERCH, «La figura», *Materiales*, p. 237.

²⁰⁰ P. SALVADOR CODERCH enseña que: *«la remisión debe ser expresa para poder calificarse de tal y ello ha de entenderse si no en el sentido de "formalmente establecida", sí al menos en el de "claramente ordenada"...*» («La Disposición», p. 981).

²⁰¹ P. SALVADOR CODERCH destaca la parcialidad a la que nos referíamos en el texto («La figura», *Materiales*, p. 235). En el mismo sentido, lo exponíamos para el viejo artículo 248.

²⁰² En el estudio de las remisiones, destaca el *Dictamen núm. 60 del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya*, que *«...s'ha de pensar que la recepció o remissió ha d'anar precedida d'un judici de valor sobre l'acomodament de la norma rebuda al sistema receptor»*. Si bien considera, desacertadamente, que en el supuesto del artículo 248: *«...la remissió segueix la via de la funció del Codi Civil i de les altres lleis estatals d'aquest caràcter com a dret supletori i que, dins dels paràmetres bàsics, és a dir, la no oposició de les noves normes (modificadores o substitutives) a la Compilació i els seus principis...»*. Junto a estas remisiones, prosigue el Dictamen, se encuentran las *«remisiones puntuales y fragmentarias de la Compilación a textos del Código Civil»* respecto de las cuales se entiende que *«...no es tracta d'una recepció pròpiament normativa, sinó d'una simple assumpció d'un text estrany. En aquest cas, els textos referits no s'integren en el Dret civil català per la via de la supletorieta, sinó per la simple remissió, que, òbviament, al·ludeix al text vigent, que és el que el legislador té en compte en assumir-lo. Per tant, és evident que la modificació, la substitució o fins i tot el desordre numèric produïts no poden afectar la remissió mateixa»* (Ponente: F. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, pp. 128-129).

llas *remisiones* de que hacía gala el anterior artículo 248. Por supuesto, ya no como tales sino como reglas –*generales*– en materia de sucesión intestada.

Esta genericidad, a la que veníamos refiriéndonos contrasta con la especificidad de los dos apartados subsiguientes del mismo artículo. En efecto, en ellos se hacían remisiones concretas y específicas a determinados artículos del Código Civil. Remisiones concretas que, de acuerdo con la Disposición Final tercera, debían calificarse de estáticas, de suerte que, utilizando la terminología de Salvador Coderch, se *congelaba* la normativa objeto de remisión²⁰³. Por contra, el párrafo primero del artículo 248 contenía, a nuestro juicio, una remisión *dinámica* (que no se puede catalogar de inconcreta) dada su genericidad, si bien «*limitando cualitativamente el alcance de la asunción del objeto de la remisión*»²⁰⁴. En esta línea de pensamiento,

La opinión transcrita merece algún comentario:

i) La consideración de que el artículo 248 suponía la aplicación supletoria del Código Civil evidencia la necesidad –aludida en el texto– de que la remisión sea concreta, o dicho de otro modo, se delimita claramente la materia que es objeto de la remisión, pues, de lo contrario, se saldría del campo de dicha técnica para adentrarse en el de la supletoriedad. A nuestro entender, la concreción aparece en el artículo 248 cuando se alude a la «materia sucesoria» y, por tanto, no se puede considerar que se aplique el Código Civil supletoriamente.

ii) Si se considera la aplicación del Código Civil, de forma supletoria, se tendrá que, de acuerdo con la disposición final cuarta de la Compilación, aquél será aplicable en la medida en que no se oponga a las disposiciones de la Compilación y a los principios generales que informan el ordenamiento jurídico catalán. En este sentido, se señalaba, también, para las remisiones dinámicas. *Ergo*, una y otra vía conducirían al mismo resultado. Sin embargo, ese resultado sería parcial ya que, en el primer caso, no se podría considerar al derecho supletorio como «*veritable Dret civil català*»; mientras que en el segundo sí [L. JOU I MIRABENT se interroga en la misma línea que aquí se expone: «*¿quin sentit té incorporar uns articles i altres no d'una mateixa regulació com és el cas de la successió intestada?*» («*Formes testamentàries*», *Materiales*, p. 135)]. Por tanto, no compartimos la afirmación que se hace en el Dictamen según la cual «*...les institucions o conjunts remesos, sigui quina sigui la seva formulació, són, en virtut de la remissió, veritable Dret civil català*» (p. 128).

iii) Dentro de las remisiones puntuales se pueden incluir los párrafos segundo y tercero del artículo 248 a los cuales, de acuerdo con el Dictamen, se los consideraría una remisión estática.

iv) En definitiva, lo que pone de relieve el Dictamen –aunque no lo diga explícitamente– es la existencia, en un mismo precepto, de una remisión dinámica junto con dos estáticas.

²⁰³ P. SALVADOR CODERCH, «La figura» en *Materiales*, p. 238. En la línea de preocupaciones de este autor, *vid.* L. JOU I MIRABENT, «Formes testamentàries», *Materiales*, p. 135. En el caso del apartado tercero del artículo 248, que aludía a las referencias al Estado, la conceptualización de la remisión como dinámica hubiera comportado que si el legislador estatal hubiera decidido modificar los artículos 956 a 958 Cc, por ejemplo, estableciendo que el heredero fuera un determinado ente *ab intestato* diferente del Estado o, sencillamente, un llamamiento *ad infinitum* a los parientes del difunto, se hubiera entendido también modificada la Compilación en ese punto concreto, con la consecuencia de que se hubiera impedido a la Generalitat la posibilidad de adquirir los *ab intestatos* extrayendo, así, uno de los recursos del patrimonio de la misma. Efectivamente, el artículo 12.2 de la LPG preceptúa que «*L'acceptació d'herències sempre s'entendrà que és feta a benefici d'inventari*» con lo cual la norma en cuestión hubiera quedado, exclusivamente, referida a los llamamientos voluntarios de la Generalitat.

²⁰⁴ P. SALVADOR CODERCH, «La Disposición», p. 985.

hacemos nuestras las apreciaciones del jurista antecitado, según las cuales de la misma manera que con anterioridad de la Ley 13/1984, de 20 de marzo, la doctrina no entendió todas las remisiones al Código Civil como dinámicas sin paliativos, tampoco se puede, en el nuevo texto compilado, llevar hasta sus últimas consecuencias la técnica de las remisiones estáticas²⁰⁵.

En definitiva, se conjugaban en el precepto ambos tipos de remisiones pero bien entendido que la remisión dinámica, con que se encabeza el precepto, debía informar al mismo en su totalidad y, por tanto, aquellas remisiones estáticas debían analizarse a la luz de la primera. Ello era importante para comprender el alcance de la remisión que realizaba el párrafo tercero del artículo 248 a los artículos 913 y 956 a 958 del Código Civil y, particularmente, por lo que hacía al destino de las herencias intestadas.

2. EL LLAMAMIENTO DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA

La Ley 13/1984, de 20 de marzo, al incorporar la Compilación del Derecho civil de Cataluña al ordenamiento jurídico catalán reintroduce el llamamiento *in extremis* de la Generalidad de Cataluña a las herencias intestadas cuando no exista ningún pariente dentro del cuarto grado (art. 248.1). Como se ha destacado, tal reintroducción se operó mediante una remisión estática, de suerte que la modificación por el legislador estatal de dicha *legis vocatio* no suponía, a su vez, la modificación del texto compilado²⁰⁶.

El artículo 248.3 señalaba que «*les referències a l'Estat... s'entendrà que són fetes a la Generalitat de Catalunya*». Esta dicción, un tanto ambigua, permitía plantear la cuestión de si se trataba simplemente de una *anteposición* de la Generalidad respecto del Estado, con lo cual se introduciría en el orden de llamamientos un nuevo heredero o, contrariamente, se trataba de una sustitución²⁰⁷.

²⁰⁵ P. SALVADOR CODERCH, «La Disposición», p. 991.

²⁰⁶ Recuérdese que, con anterioridad a la Ley citada en el texto, se carecía de una norma semejante a la Disposición final tercera y ello permite plantear la cuestión de qué hubiera sucedido en el supuesto de que, tras al advenimiento de la CE de 1978 y antes de que ejerciera la instancia autonómica sus competencias (asumidas en el EA), el legislador estatal hubiera decidido modificar la normativa estatal a la cual se remitía la Compilación o, incluso, modificar la misma en tanto que norma estatal.

²⁰⁷ Esta cuestión hubiera podido también suscitarse en el Derecho navarro con anterioridad a la Ley Foral de 1 de abril de 1987. La Ley 304 del Fuero Nuevo determinaba que:

«la sucesión en bienes no troncales se deferirá por el siguiente orden de llamamientos, cada uno de los cuales será en defecto de todos los anteriores y excluirá a todos los posteriores:

En el mismo sentido, lo plantea Salvador Coderch cuando afirma en cuanto a la primera alternativa (anteposición de la Generalidad al

...
7) *En defecto de los parientes comprendidos en los números anteriores, corresponderá a la Diputación Foral de Navarra aplicar la herencia a los fines establecidos en el artículo 956 del Código Civil.»*

La literalidad de este último párrafo permitía plantear tres posibilidades:

- i) que el llamado en defecto de parientes fuera el Estado, pero que se anteponeía a él como heredera la Diputación Foral de Navarra;
- ii) ésta desempeñaba una función de carácter instrumental destinando la herencia —una vez liquidada— a los fines previstos en el artículo 956 Cc;
- iii) era heredera, en defecto de parientes, excluyendo el llamamiento del Estado.

A nuestro modo de ver, la segunda de las teorías se compadece mal con la regulación de la sucesión legítima. Efectivamente, considerar que la Diputación Foral de Navarra cumple una función instrumental sería desconocer que el órgano encargado de liquidar el caudal relicto y de aplicar el remanente a su destino es la Delegación de Hacienda correspondiente y que, por tanto, la asunción de dicha actividad se operaría mediante la delegación prevista en el marco de la Ley de Patrimonio del Estado y no podría atribuirse por la propia Compilación navarra en una ley sustantiva civil, ya que la decisión corresponde al Estado. Además de que supondría desconocer, por un lado, la *autonomía política* de la misma tras la promulgación de la CE y; por otro, la competencia en materia civil de acuerdo con el artículo 48, de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

En cuanto a las otras dos alternativas, basta, para hallar la solución, con echar un vistazo a su origen histórico. Siguiendo las referencias que proporciona F. SALINAS QUIJADA, se advierte que la *Recopilación privada del derecho navarro* preveía que, en defecto de los llamamientos anteriores, *sucedía* la Diputación Foral de Navarra, la cual debía destinar los bienes a fines benéfico-docentes (en este punto, escribe Salinas que el fundamento de esta determinación de la Recopilación privada está en el Derecho romano. En éste, el *Fiscus* no sucedía a título de heredero, por ello consideramos que tal referencia a aquel Derecho debía hacerse a través de la recepción del Derecho Común que es el que opera la transmutación en el título jurídico). Los *Proyectos de Apéndice* entendieron también que la Diputación Foral y provincial de Navarra era llamada a título de heredero. El Proyecto de Aizpún y Arvizu, en su artículo 104, precisaba que *«a falta de personas que tengan derecho a suceder, heredarán los bienes la Excma. Diputación Foral y provincial de Navarra, que los destinará a atenciones de beneficencia...»*. Términos éstos que repite el artículo 83 del Proyecto del Colegio Notarial y el artículo 96 del Proyecto de la Diputación, si bien este último consideraba heredero al Hospital civil y provincial de Navarra (*Derecho civil de Navarra*, VI, V, II (De las donaciones y sucesiones), Pamplona, 1977, pp. 455-456). De este brevísimo *excusus* histórico puede deducirse que siempre se ha considerado heredera a la Diputación Foral de Navarra, por lo que la ausencia de la locución «heredarán» o «sucedarán» en el texto de la Compilación, no debe impedir el mantener el mismo criterio excluyendo, así, el llamamiento en favor del Estado. De hecho, la cuestión aparece solventada —en esta línea— por la nueva redacción que da, a la Ley 304.7, la Ley Foral de 1 de abril de 1987:

«en defecto de los parientes comprendidos en los números anteriores, sucederá la Comunidad Foral de Navarra, que aplicará la herencia a instituciones de beneficencia, instrucción, acción social o profesionales, por mitad entre instituciones de la Comunidad y municipales de Navarra».

Al comparar este precepto del Fuero Nuevo, en su versión originaria, con el artículo 248.3, señalaba P. SALVADOR CODERCH que *«la regla del artículo 248, 3.º, Comp. catalana coincide en su generalidad con la de la Ley 304 de la navarra, pero establece un efecto jurídico más fuerte o intenso: ésta dispone que la Diputación Foral únicamente detenta la facultad de aplicar la herencia a los bienes (debe leerse "fines") establecidos por el artículo 956 del Código civil; aquélla determina que la Generalidad es auténtica heredera»*

Estado) que «*esta interpretación no plantea ningún problema: el Parlament de Catalunya puede regular perfectamente la sucesión intestada y establecer unos órdenes de sucesores más o menos amplios... puede introducir a alguna institución específica (Fundaciones, Hospitales, Municipios, etc.) a falta de parientes o en concurso con alguno de ellos... Y, por supuesto, puede también establecer el derecho a suceder de la Generalidad de Catalunya*»²⁰⁸. Evidentemente, esta opinión parte de una afirmación de base, cual es la competencia de la Generalidad de Cataluña en materia civil que compartimos²⁰⁹. Con base en dicha competencia, la instancia autonómica catalana procedió a incorporar la Compilación del Derecho civil especial a su ordenamiento civil catalán, de suerte que ahora se podía considerar *catalana* también por su autor y no sólo por su ámbito territorial de vigencia²¹⁰. La Compilación dejaba de ser una norma estatal para convertirse en una norma autonómica. Reconocido es, de otra parte, que la ley autonómica no era jerárquicamente inferior a la ley estatal, sino que las relaciones entre ellas se articulaban de acuerdo con el principio de competencia; por tanto, aquélla puede *desplazar o modificar* a ésta²¹¹. En

(Comentarios, XXIX, vol. III, p. 59). Nuestra opinión, respecto a este extremo, ya ha quedado expuesta en las líneas que anteceden.

No planteaba problemas, en cambio, el artículo 136 de la Ley 3/1985, de 21 de mayo por la que se reformaba la Compilación de Aragón. En él se establecía que el Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza era heredero legítima de los bienes no troncales de aquellos que fallecen en el mismo o en los establecimientos de dicho Hospital dependieran (*vid.* el comentario a este precepto de J. L. MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA, XXXIV, vol. II, Madrid, 1988, p. 136). Convenimos con el autor antecitado en que el artículo 248.3 es «más general» que el artículo 136 de la Compilación Aragonesa (pp. 58-59), pues consideraba a la Generalitat heredera en todo supuesto y no, exclusivamente, en el caso de bienes no troncales. Opinión que también se puede reiterar si se compara con la Ley 304 del Fuero Nuevo navarro.

²⁰⁸ P. SALVADOR CODERCH, *Comentarios*, XXIX, vol. III, pp. 64-65.

²⁰⁹ S. NAVAS NAVARRO, «La competencia en "materia civil" de la Generalidad de Cataluña», *RDP*, 1994, pp. 874 ss.

²¹⁰ P. SALVADOR CODERCH, «El Derecho civil», p. 826.

²¹¹ Sobre esta cuestión, puede consultarse, entre otras, las siguientes obras clásicas —ya— en la materia: S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, I, Madrid, 1984, pp. 393 y 397; dicho autor expone en *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas* (Madrid, 1981) que «el carácter irresistible para todos y la posibilidad de innovar el ordenamiento jurídico que se reconoce a la ley estatal, debe reconocerse igualmente a la ley regional, al menos cuando ésta opera sobre materias que se han atribuido a la exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas. La ley regional actúa aquí de forma directamente subordinada a la Constitución, cuyos principios generales y de distribución de competencias se imponen como límite directo a la potencialidad innovadora de la misma» (p. 70). Recoge las enseñanzas de este autor, J. TOMÁS VILLARROYA, «Las fuentes del Derecho en las Comunidades Autónomas», *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, I, Madrid, 1979, pp. 156 ss; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 9.ª ed., Madrid, 1999, p. 281; R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, I/1, Madrid, 1988, p. 113; J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho civil*, I, vol. I, Barcelona, 1988, p. 108.

esta dirección, por tanto, es perfectamente posible, por mejor decir, *constitucionalmente* posible que la norma catalana modifique la norma estatal *incorporada* al intercalar a un nuevo heredero entre los parientes y el Estado.

A ello debe añadirse, como bien destaca el autor antes citado, que la Compilación no modificaba el artículo correspondiente de la Ley de Patrimonio del Estado (art. 24.2), por lo que el último sucesor necesario terminaba siendo el Estado²¹².

En esta línea argumentativa, la Generalidad de Cataluña al no ser última heredera hubiera podido repudiar la herencia y, en el caso de que la hubiera aceptado, se hubiera entendido hecha a beneficio de inventario, por mor de la remisión al artículo 956 del Código Civil. En virtud de la misma, debería destinar el caudal relicto —previamente liquidado— a los fines previstos en aquel artículo del texto codificado, es decir, dos tercios a las instituciones benéfico-docentes que señala y el tercio restante al Tesoro Público estatal²¹³. La remisión dinámica que encabezaba el artículo 248 hubiera comportado que cualquier modificación, acerca del destino del *as* hereditario, debiera ser atendida por la Generalidad en cuanto heredera. Hasta aquí, por tanto, la reproducción total del artículo 956 Cc en la Compilación catalana en cuanto elemento integrante de la misma.

Sin embargo, no dejan de suscitarse dudas. En primer lugar, la Ley de Patrimonio de la Generalidad (en adelante, LPG) que, como se sabe, es de 7 de diciembre de 1981²¹⁴, considera, en sus artículos 11 y 12, que la Generalidad puede adquirir bienes y derechos *iure haereditario*, tomando aquéllos la consideración de *bienes patrimoniales*. Por tanto, constituyen un *recurso* para la Hacienda regional. De aplicarse el artículo 956 Cc, un tercio del caudal relicto hubiera acudido al Fisco estatal alejándose de las arcas de la Generalidad de Cataluña. Pero debía tenerse presente que ese tercio, según el Real Decreto de 1971 que regula el procedimiento administrativo para la liquidación de los *ab intestatos*, se compone de aquellos bienes que se halla considerado pertinente no enajenar por su interés cultural, científico, etc... (art. 16) y del líquido correspon-

²¹² P. SALVADOR CODERCH, *Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 65.

²¹³ De esta guisa parece entenderlo C. DE ALFONSO I PINAZO, «La Generalitat com a hereva en les successions legítimes. Breu anàlisi de l'article 248.3 de la Compilació del Dret civil de Catalunya», *La reforma*, p. 105. Asimismo, el *Dictamen núm. 60 del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya*, p. 114. Esta es, actualmente, la tesis sostenida por algunos autores gallegos en relación con la sucesión de la Comunidad Autónoma de Galicia recogida en los vigentes artículos 153 y 154 de la Ley de Derecho civil de Galicia de 1995 (C. FERNÁNDEZ-CASQUEIRO DOMÍNGUEZ y J. M. GÓMEZ VARELA, *Derecho de sucesiones de Galicia*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, p. 225). Nosotros, con base en los argumentos que damos en el texto, no compartimos este planteamiento tampoco para Galicia.

²¹⁴ DOGC núm. 184, de 11 de diciembre de 1981.

diente. Es este último el que ingresa en el Tesoro público estatal, no, en cambio, aquéllos que pasarían a formar parte del patrimonio estatal, ahora bien, ¿en virtud de qué título si la heredera era la Generalidad? Sería necesario otro negocio jurídico mediante el cual el Estado adquiriera la propiedad de aquéllos. Este no es el planteamiento que se deduce de la aplicación literal del artículo 956 del Código Civil.

En segundo lugar, el artículo 157.1 de la Constitución Española incluye, entre los recursos de los que están dotadas las Comunidades Autónomas, a los «rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado»; el artículo 4.1 a) de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante, LOFCA) incluye también, con redacción más precisa, dentro de dichos recursos *los ingresos procedentes de su patrimonio y demás de derecho privado*. El artículo 5 de la misma norma considera *ingresos de Derecho privado*: los rendimientos o productos de cualquier naturaleza derivados de su patrimonio, así como *las adquisiciones a título de herencia, legado o donación*²¹⁵. Con anterioridad a la LOFCA, el EA catalán consideraba, en su artículo 43.1, que el patrimonio de la Generalidad estaba integrado por: «3) *els béns adquirits per la Generalidad per qualsevol títol jurídic vàlid*» y, además, de señalar, en el párrafo segundo del artículo 43, que la defensa, administración y conservación del patrimonio de la Generalidad debía regularse por una Ley de Cataluña, el artículo siguiente, el 44, precisaba que la Hacienda regional estaba constituida por:

«10.els rendiments del patrimoni de la Generalidad;
11.*ingressos de dret privat; llegats i donacions...*»²¹⁶.

²¹⁵ No es ocioso detenerse en este punto, dada la defectuosa redacción de los textos legales (incluida la CE). El patrimonio (en sentido amplio) constituye un recurso financiero susceptible de producir rendimientos o productos que se ingresarán en el Tesoro (arts. 36-37 LPE) y que, siempre que consisten en dinero, se tratará de ingresos de Derecho privado. De otra parte, pueden producirse *incrementos patrimoniales* en virtud de diferentes negocios jurídicos (entre los cuales se cuenta la adquisición *iure haereditario*), pero los bienes que ingresen en el patrimonio no pueden considerarse Ingresos de Derecho privado, salvo que consistan en dinero. Es decir, en sentido técnico, se considera *ingreso* a aquella suma dineraria que ingresa en el erario público y el añadido de *Derecho privado* no es más que la identificación del medio jurídico mediante el cual se ha obtenido. Por ello, el texto legal más acertado es el artículo 4.1 a) de la LOFCA. Sobre ello puede consultarse, entre otros, J. LINARES MARTÍN DE ROSALES, *Régimen financiero de las Comunidades Autónomas españolas*, Diputación General de Aragón, 1981, pp. 109 ss; del mismo autor «Comentarios a la Ley orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas», *HPE*, núm. 65, pp. 155 ss; A. DE ROVIRA MOLA, voz «Ingresos patrimoniales», *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, III, Instituto de Estudios Autonómicos, 1990, pp. 669 ss; F. SAINZ DE BUJANDA, *Lecciones de Derecho financiero*, 9.ª ed., Madrid, 1991, pp. 129 ss; J. J. FERREIRO LAPATZA, *Curso de Derecho financiero español*, 19.ª ed., Madrid, 1997, pp. 147 ss; de este último autor, *vid. La Hacienda de las Comunidades Autónomas en los Estatutos de Autonomía*, Escola d'Administració pública de Catalunya, Barcelona, 1985, pp. 65 ss y 88 ss.

²¹⁶ Para articular los conflictos que surgieran entre el mandato constitucional del artículo 157.3, según el cual «*mediante ley orgánica podrá regularse el ejercicio de las*

Por tanto, el remanente obtenido (en cuanto dinero) y encuadrable en el tercio correspondiente habría ingresado en el Tesoro Público catalán²¹⁷.

En tercer lugar, como argumento definitivo, se tiene que la *norma normarum* reconoce como piedra angular de la autonomía política en general, la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas «para el desarrollo y ejecución de sus competencias» (art. 156.1 CE), por tanto, para la «gestión de sus respectivos intereses» (art. 137 CE). Determinar que el tercio hereditario debía dirigirse al Fisco estatal, a nuestro juicio, supondría desconocer este principio consagrado constitucionalmente y con evidente reflejo en la LOFCA y, por tanto, desatender, en última instancia, la autonomía política de la Comunidad Autónoma catalana.

Esto ha llevado a afirmar que «el artículo 248.3.º, no tiene el sentido de señalar, por un lado, que sucede la Generalidad para que luego ésta deba, por el otro, aplicar un tercio del líquido hereditario al Fisco estatal. El cambio de referencia de «Estado» por «Generalidad» ordenado por el 248.3.º, lo es a todos los efectos; otra cosa sería entender que *no siempre* que los artículos 913, 956, 957 y 958 aluden al Estado como heredero o como destinatario de parte del valor neto de la herencia, hay que entender que se está aludiendo a la Generalidad²¹⁸. Esta última afirmación es la que respondería a la primera de las dudas suscitadas (habida cuenta que, en ese tercio, no sólo existen sumas dinerarias, sino que también pueden incluirse bienes que se excepcionen de la enajenación) lo que llevaría a decir, pues, que no existiría un único heredero *ab intestato* sino dos: la Generalidad respecto de las dos terceras partes, el Estado respecto

competencias financieras de las Comunidades Autónomas...» (obviamente, esta ley orgánica es la LOFCA) y lo estatuido en la norma autonómica, el EAC preceptúa, en la *disposición adicional séptima*, que:

«L'exercici de les competències financeres reconegudes per aquest Estatut a la Generalitat s'ajustarà a allò que estableixi la llei orgànica i a la qual es refereix l'apartat 3 de l'article 157 de la Constitució.»

Y sabido es, como se señala en el texto, que la LOFCA considera como ingresos de derecho privado aquellas sumas dinerarias que provengan de una adquisición hereditaria o que supongan un rendimiento patrimonial, ya sea porque lo produce por sí mismo el patrimonio, ya porque ese ingreso opere mediante un negocio jurídico.

²¹⁷ En la misma línea de disquisiciones, transcurre la argumentación del *Dictamen núm. 60 del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya*. Sin embargo, no la llevó a sus últimas consecuencias y, por tanto, parecía existir cierta contradicción entre la afirmación de que, siendo heredera la Generalitat, debiera destinar el tercio correspondiente al Tesoro público estatal y el aserto de que el patrimonio de la Generalitat se nutría de bienes y derechos adquiridos en virtud de un título jurídico *iure haereditario* (pp. 114 y 118, respectivamente). De hecho, la cuestión que se suscitaba era, simplemente, determinar la constitucionalidad o no del artículo 248.3 y, para ello, era suficiente con lo razonado por el Ponente.

²¹⁸ P. SALVADOR CODERCH, *Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 65, nota núm. 24.

de un tercio. Por otro lado, la anteposición de la Generalidad «*a todos los efectos*» hubiera conducido a los mismos efectos prácticos que en el caso de que se la hubiera considerado último sucesor²¹⁹; pero, eso sí, desconociendo la autonomía política de que gozaba —y goza— Cataluña. En esta dirección, hacemos nuestras las afirmaciones de Salvador Coderch «*la Comunidad Autónoma Catalana no es un sucesor institucional más que se intercale entre los parientes y el Estado. No está en el mismo plano que una institución o entidad que lleve a cabo unas funciones específicas y cuya falta de organización administrativa y económica justifiquen que pueda, por ejemplo, repudiar una herencia gravosa, compleja o sin contenido económico activo. No es sólo que la Generalidad disponga de esas capacidades, sino que es manifestación de una autonomía política y global y no únicamente administrativa y sectorial: atribuida legalmente la función de sucesor no puede abdicar de ella porque en tal o en cual caso su ejercicio no sea económicamente provechoso para la Hacienda autónoma o para las eventuales entidades beneficiarias. Es una función que la ley le atribuye para garantizar la presencia de un heredero frente a la colectividad interesada en la no vacancia de los bienes y en la existencia de un sujeto responsable conforme al Derecho Común*»²²⁰.

Esa función venía atribuida por una norma autonómica que, como hemos manifestado anteriormente, puede modificar o desplazar una norma estatal. En este caso se desplazaría parcialmente dicha normativa a diferencia del caso anterior en el que la modificaría.

A ello debe añadirse que el argumento extraído de la inmodificabilidad del artículo 24.4 LPE no era decisivo, pues éste lo único que hace es remitirse al Código Civil, el cual regularía todo lo relativo al fenómeno sucesorio, por lo que debía ser este texto el modificado. Pero, hay más. A partir de la Constitución española y la creación de las autonomías, éstas gozarán de su propio patrimonio por lo que la referencia al Estado, en aquel precepto, debía entenderse en el sentido de ser este último heredero en aquellas Comunidades Autónomas que no tuvieran competencia en materia civil (ya porque no *pueden* o no *quieren* asumirla) —y, por ende, en Derecho sucesorio— lo que conducía a otra afirmación: en tales Comunidades que, naturalmente, gozan de autonomía financiera, los *incre-*

²¹⁹ P. SALVADOR CODERCH, *Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 66.

²²⁰ P. SALVADOR CODERCH, *Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 66, nota núm. 27. Lo mismo se destacaba para Navarra (*vide supra*). En este sentido, resulta cuestionable la argumentación de V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIII, vol. I, dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA, Madrid, 1989, pp. 302 ss.

mentos patrimoniales no podrían tener lugar mediante la sucesión legítima²²¹.

Así pues, consideramos que la modificación del artículo 248.3 por la Ley 13/1984, de 20 de marzo, pretendía la «*adequació d'aquesta norma a l'actual estructura organitzativa de l'Estat*»²²² como reflejo de la autonomía política y financiera de la Comunidad Autónoma catalana.

VII. LOS ARTÍCULOS 27 Y 28 DE LA LEY 9/1987, DE 25 DE MAYO, DE SUCESIÓN INTESTADA

«Closa per Parlament de Catalunya la primera etapa d'exercici de la competència exclusiva que la Constitució i l'Estatut li atribueixen en matèria de dret civil de Catalunya, mitjançant la llei 13/1984, del 20 de març, encaminada principalment, encara que no exclusivament, a l'adaptació de la Compilació als principis constitucionals, *cal iniciar-ne una altra de desenvolupament de la nostra legislació per a acomodar-la a la realitat catalana d'avui.*»

Éste, tal vez, sea uno de los párrafos más representativos de la Exposición de Motivos de la Ley de 1987. A nuestro entender, demuestra, de forma manifiesta, cual ha sido la línea seguida por la Generalidad de Cataluña en cuanto a la «*conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales, allí donde existan*». Es decir, con esta norma –junto con otras– se inició el segundo de los períodos del Parlamento catalán en materia civil²²³ que ya no atiende, sólo, a la adaptación de la Compilación a los dictados constitucionales; por contra, *respetándolos* procede a ejercer las potestades legislativas que le atribuye el Estatuto de Autonomía catalán. Pero, además, debe constatarse que se legislaba en una materia –sucesión intestada– que también fue objeto de atención por la instancia autonómica catalana en el período republicano bajo los auspicios del Estatuto de Autonomía de 1932. El ejercicio de dicha potestad legislativa alcanzaba su punto álgido, en materia

²²¹ Nótese, por otro lado, que se está aludiendo a Estado en cuanto *poder central* y no en cuanto organización jurídico-política como se exponía al tratar el artículo 132.2 CE.

²²² C. DE ALFONSO I PINAZO, «La Generalitat com a hereva» en *La reforma*, p. 95.

²²³ No está de más recordar que, mediante esta Ley, se derogaron los artículos 248 a 251 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña y se atendieron las críticas que, por parte de la doctrina, se habían señalado a la técnica de las remisiones. En este sentido, *vid.* L. JOU I MIRABENT, «Formes testamentàries», *La reforma*, p. 135 y el *Dictamen núm. 60 del Consell Consultiu de la Generalitat*, p. 127.

sucesoria, con la Ley 40/1991, de 30 de diciembre²²⁴, por la que se aprueba el Código de Sucesiones que ahora comentamos.

1. CUESTIONES GENERALES

En el tema que aquí se está considerando debe precisarse que:

i) Se seguirá el esquema que utilizamos para analizar la LSI de 1936;

ii) La discusión parlamentaria de la LSI de 1987 en torno al grado en la línea colateral y, por tanto, a la Generalidad de Cataluña como último heredero, ofrece un evidente paralelismo respecto de la LSI de 1936²²⁵; y

iii) Dicha discusión, en el seno del *Parlament*, perdió importancia porque la adquirió, en cambio, la posibilidad de atribuir derechos sucesorios al «compañero que convivía maritalmente con el difunto»²²⁶ y que fenece.

²²⁴ DOGC, núm. 1.544, de 21 de enero de 1992. La propia Exposición de Motivos se cuidaba de destacar que:

«aquesta llei conté una normativa autònoma, complet i global del dret successori català. S'hi regulen, de manera sistemàtica i ordenada, totes les institucions successòries vigents a Catalunya, per la qual cosa, per aplicació de l'article primer de la Compilació, s'exclou l'aplicació directa o supletòria del Codi civil a Catalunya. La llei substitueix tot el dret de successions fins avui vigent a Catalunya i el reordena en un sol text, de manera que evita la dispersió legislativa a què hauria conduït optar per una tècnica de lleis especials que seguissin el camí iniciat amb la de la successió intestada.»

Además, se añadía que:

«La finalitat d'aquesta llei és, doncs, doble:

a) *el desenvolupament del dret successori català de manera que s'ordena, es sistematitza i es regula de manera completa una de les parts fonamentals de l'ordenament jurídic a Catalunya.*

b) *la modificació del dret successori tradicional per adaptar-lo a la realitat d'avui.»*

²²⁵ Así lo constata, expresamente, el Sr. Albiol al defender el Proyecto de Ley (D. S., 12 de mayo de 1987, p. 4.421).

²²⁶ Véase al respecto la exposición del representante del Grupo socialista (Sr. Casares) en D. S. de 12 de mayo de 1987, pp. 4.403 ss, que acoge, en sustancia, las tesis de un conocido profesor de Derecho civil y así afirma que: *«hi ha una frase d'un professor eminent de dret civil, que els voldria citar textualment. És una frase potser massa altisonant per a la sensibilitat de molts de nosaltres, però que jo crec que expressa una idea exacta. És la següent: «Oposar-se al reconeixement de drets a favor de la parella estable, en nom de la tutela deguda al matrimoni i a la família que es funda sobre el matrimoni, seria incorrecte i, a part d'això, seria un error greu». I afegeix: «La història demostra que els ídols que exigeixen sacrificis humans no tarden a ser abandonats. Convé, doncs, deixar d'una vegada de sacrificar el company o la companya a l'altar de la família legítima».* Para quien no lo haya atisbado ya, las palabras que hace suyas el Sr. Casares son las del profesor A. F. PANTALEÓN PRIETO y, en concreto, la conclusión a la que llega el mismo en su Comunicación intitulada *«¿Derechos sucesorios abintestato del compañero o compañera en la Compilación de Derecho civil de Cataluña?»* presentada en las III Jornadas de Derecho Catalán

Hechas estas advertencias, conviene empezar señalando las posiciones encontradas –al debatir la LSI– que se daban en cuanto al *límite en la línea colateral*. El Grupo socialista –cuyo punto de vista era defendido por el señor. Casares– defendía que dicho límite fuera el tercer grado, si bien lo ampliaba al cuarto siempre y cuando se acreditara la convivencia con el difunto «... *en els últims temps i en determinades circumstàncies*»²²⁷. Se proponía, consecuentemente, una aproximación a la noción de familia *nuclear*²²⁸. Por su parte, el Grupo Popular, de acuerdo con su ideario, mantenía que la línea colateral debía finalizar en el sexto grado²²⁹. Al final, el partido político en el poder impuso su punto de vista quedando redactado el artículo 20 del siguiente modo²³⁰:

«en defecte de germans i de fills de germans, succeeixen els altres parents de grau més pròxim en línia col·lateral fins al quart

en Tossa de Mar publicada en *La reforma*, 1984, pp. 151 ss. Concretamente, el texto transcrito responde a las afirmaciones de la p. 180. Tal vez, hubiera debido tenerse en cuenta no sólo la parte pronunciada por el Sr. Casares, sino también esta otra «yo creo que las reformas aquí propuestas –se refiere a las que expone en su trabajo– están en plena armonía con los principios de moderación, benignidad y humanidad que han caracterizado, con un claro sentido ético y progresivo, el Derecho catalán (son palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de 20 de marzo de 1984). Yo creo que son reformas justas y muy posiblemente exigidas por los artículos 14 y 39.1 de la Constitución. Yo creo que negar al compañero o compañera cualquier derecho sucesorio abintestato sería, en muchas ocasiones, cruel e inhumano» (p. 180).

²²⁷ D. S. de 12 de mayo de 1987, núm. 71 y 72.1 P-Núm. 96, p. 4.406. El Sr. Diputado Casares añadía que «això, evidentment, ajudaria a determinades situacions, de tots prou conegudes, que fan que sigui necessari estendre els beneficis de la successió a aquelles persones lligades amb un parentiu distant, sí, però que expressen una voluntat de servei i d'afecte a aquella persona de la qual poden arribar rebre un benefici successori». «Els últims temps» hacía referencia a los dos años inmediatamente anteriores a la muerte del causante (p. 4.420).

²²⁸ «...i tots sabem que avui, doncs, la família no té una constitució extensa, té una constitució cada vegada més limitada; s'ha dit a bastament que la família patriarcal ha quedat substituïda per la família nuclear, i, per tant, ja no té raó de ser estendre d'una manera excessiva l'ordre de crides dels parents» (Sr. Casares, p. 4.420).

²²⁹ Coincidió con el Grupo Socialista en la necesaria demostración de la convivencia con el causante de aquellos parientes en sexto grado. De otro lado, se justificaba la extensión al sexto grado del siguiente modo: «el nostre tarannà no permet sacrificar els cosins en benefici d'una Generalitat que no deixa de ser Estat. El text alternatiu socialista deixa ben clar també en aquests punts que en l'escala de valors del PSC encara pesa més l'Estat que les persones, tant en la seva dimensió individual com familiar. Quina altra explicació pot tenir, sinó, limitar el mecanisme de la intestada al tercer grau col·lateral?» (Sr. Pujol i Folcra; D. S. 12 de mayo de 1987, pp. 4.408 y 4.420).

²³⁰ Se justificaba el cuarto grado, por el Sr. Albiol, señalando que «la solució del Projecte és, al nostre entendre, la més prudent i millor: es manté el quart grau sobre la base, fonamentalment, d'una raó de constatació social del que sembla ser més just i respondre més bé a l'interès general. En efecte, considerem el quart grau, el límit d'una segona línia o cercle familiar immediatament superposat a la família nuclear estricta. Recordem que el quart grau abasta fins –i només fins– als cosins germans, i creiem que aquesta és una realitat de la nostra societat, una fita en el marc de les relacions familiars. Portar més enllà la successió intestada suposa ultrapassar sense justificació aquesta línia...» (D. S., 12 de mayo de 1987, p. 4.421; D. S., 13 de mayo de 1987, núm. 72.2, p. 4.441).

grau, sense dret de representació, sense distinció de línies i sense preferència per raó de doble vincle.»

Por tanto, el orden sucesorio que establecía la LSI de 1987, orden que fue acogido por el *Codi de Successions* (en adelante, CS), quedó así²³¹:

- 1.º Descendientes (art. 10 LSI).
- 2.º Cónyuge con los condicionantes que establece el artículo 14 LSI.
- 3.º Ascendientes (art. 16 LSI).
- 4.º Colaterales hasta el cuarto grado (art. 18 LSI).
- 5.º Generalidad de Cataluña (arts. 2.2 y 27-28 LSI).

La regulación específica del llamamiento de la Generalidad aparecía en los artículos 27 y 28 LSI²³². En el primero de ellos se prescribía el destino específico del caudal relicto una vez liquidado «...a establiments d'assistència social o a institucions de cultura, preferentment els de la darrera residència habitual del causant en territori català. En defecte d'aquests s'han d'aplicar aquells béns o el producte de llur venda o llur valor als establiments o a les institucions de la comarca o, si hi manquen, als de caràcter general a càrrec de la Generalidad». Normativa que mantiene el artículo 347 CS. Además, se prescribía que «*si correspon d'heretar a la Generalidad de Catalunya, l'herència s'ha d'entendre sempre acceptada a benefici d'inventari mitjançant declaració judicial d'hereu prèvia*» (art. 28 LSI)²³³.

Finalmente, debe recordarse que estos preceptos, junto con los artículos 2.2 y 7.1 del mismo texto legal, fueron objeto del recurso de inconstitucionalidad 1188/87 planteado por el gobierno central, el cual fue retirado sin que el Tribunal Constitucional llegara a pronunciarse sobre esta materia²³⁴.

²³¹ En materia de sucesión intestada, el *Codi de Successions* introduce dos modificaciones: mejora la posición del viudo/a en concurrencia con descendientes pues el sobreviviente tendrá, en todo caso, el usufructo de la herencia, incluso en el supuesto en que el causante le haya establecido a su favor alguna disposición por causa de muerte (arts. 330 a 332); se adapta la ley a la reforma de la adopción llevada a cabo por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaban determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

²³² Preceptos que fueron adoptados sin discusión como sucedió en el debate de la *Llei de Successió Intestada* de 1936 (D. S., 12 de mayo de 1987, p. 4.424).

²³³ El artículo 262 CDCC 1984 preceptuaba que:

«Gaudiran de ple dret d'aquest benefici [se refiere al beneficio de inventario], *encara que no hagin pres inventari*, els hereus menors d'edat....

També es consideraran acceptades a benefici d'inventari les herències deixades als pobres i, en general, les destinades a fins benèfics, docents o piadosos.»

²³⁴ Se entretiene en dicho recurso, J. D. VALLS LLORET, «El llamamiento sucesorio a la Generalitat de Cataluña. Una crítica al extinto recurso de inconstitucionalidad 1188/87», *Rev. Jur. Castilla-La Mancha*, núm. 19, 1994, pp. 139 ss.

2. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO A SEGUIR

No ha existido en el ordenamiento jurídico catalán, hasta 1995, una norma de carácter administrativo que, como el Real Decreto de 13 de agosto de 1971, regulara los trámites a seguir para la liquidación del caudal relicto así como su posterior destino. De hecho, el Real Decreto citado tampoco alude a la liquidación del *as* hereditario, sino que se encamina a la distribución del mismo en tres cuotas regulando los actos administrativos necesarios para ellos sólo señala, en su artículo 8, que la herencia se entenderá aceptada a beneficio de inventario por lo que, en cuanto al pago de las deudas y cobro de los créditos, el Estado actuará como un heredero más, pero, eso sí, sin despojarse de su condición de Administración y, por ende, actuando con sus prerrogativas y privilegios ya que *no es cierto* que la misma se comporte como un *particular más* en su relación con los bienes patrimoniales²³⁵.

La Constitución española, en su artículo 149.1.18.^a, preceptúa que corresponde al Estado la competencia exclusiva «... el procedimiento administrativo común, *sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas*». A nuestro entender, la competencia exclusiva –que, en realidad, no es tal sino concurrente– del Estado se refiere al procedimiento administrativo ordinario²³⁶ y no, en cambio, a aquellos procedimientos administrativos caracterizados por *su especialidad*, en cuanto se refieren a un específico objeto que puede afectar

²³⁵ A esta legislación, así como a la normativa del Código Civil, parece remitirse el artículo 50.1 c) del Estatuto de Autonomía valenciano cuando se refiere a «*en los términos en que establezca la legislación del Estado*». A nuestro entender, debe matizarse en el sentido de que la tercera parte que, según el artículo 956 Cc, debería acudir al Fisco estatal, en realidad, debe hacer tránsito al fisco autonómico valenciano con base en las mismas razones que se exponían en relación con el artículo 248 CDCC de 1960. Sobre este extremo, *vid.* F. DE P. BLASCO GASCÓ y M. CLEMENTE MEORO, «La sucesión intestada en favor de la Generalitat valenciana y la condición jurídica de valenciano», *V Jornadas de Derecho catalán*, Tossa de Mar, 1988, p. 413; en idéntica línea que estos autores, C. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *Instituciones de Derecho privado valenciano*, Valencia, 1996, pp. 206-207.

²³⁶ *Vid.* la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero. De otra parte, las especialidades a las que alude la Constitución respecto de la organización de la Administración de las Comunidades Autónomas, entendemos, que son referidas al procedimiento administrativo común y que, como señala el artículo 12.1 de la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico 12/1983, de 14 de octubre, debían ser aprobadas por Ley autonómica (respecto de esta última cuestión, *vid.* R. ENTRENA CUESTA, *Curso*, I/1, pp. 271-272). En esta dirección, el Estatuto de Autonomía catalán previene, en su artículo 9.3, que la Generalitat de Cataluña tiene competencia exclusiva –que más bien se podría considerar concurrente– en «*normes... de procediment administratiu que es derivin... de les especialitats de l'organització de la Generalitat*».

a la organización de la Generalidad como sucede en nuestro caso. En consecuencia, la Generalidad era –y es– competente para dictar la normativa administrativa pertinente²³⁷. Pero, además, teniendo en cuenta que: 1.º la Comunidad Autónoma catalana goza de autonomía financiera (art. 156.1 CE); 2.º el patrimonio aparece configurado como un *recurso financiero patrimonial* (art. 157.1.d CE); 3.º la Comunidad Autónoma catalana puede regular su patrimonio (art. 157.3 CE; art. 17.e) LOFCA; art. 5.g) LFP de Cataluña); 4.º Los bienes y derechos adquiridos en virtud de un título jurídico hereditario forman parte integrante de aquél y, concretamente, se califican como *bienes patrimoniales*, puede concluirse que, en aras de esa autonomía financiera, la Generalidad de Cataluña podía dictar la normativa específica para la adecuada «*administración, defensa y conservación*» (y liquidación) del caudal relicto deferido *ope legis*, sin perjuicio de la aplicación de las normas administrativas de carácter general en aquellas materias en que así deba serlo.

En esta línea, el Decreto número 134, de 24 de mayo de 1988²³⁸ de la Generalidad catalana, hacía una brevísima referencia a las actuaciones administrativas cuando ésta era la última heredera, de acuerdo con el artículo 248 CDCC (reformado en 1984) y con la LSI de 1987. La disposición final primera de dicha norma establecía que, en lo no previsto, debía aplicarse supletoriamente el Decreto estatal de 1971. Sin embargo, entendemos que sólo lo era parcialmente, ya que del propio ordenamiento jurídico catalán se podían inferir las reglas que disciplinaran la liquidación del caudal relicto al conjugar dos cuerpos normativos: las normas civiles²³⁹ y la Ley de Patrimonio de la Generalidad de Cataluña²⁴⁰.

Actualmente, la cuestión ha quedado superada, puesto que el Decreto 244/1995, de 1 de agosto²⁴¹, regula, detenidamente, el procedimiento administrativo a seguir; aunque, desatiende todos los aspectos relativos al pago de deudas, legados, cargas hereditarias y cobro de derechos de crédito. A este fenómeno bifronte, mitad público mitad privado, en el que confluyen la normativa civil y

²³⁷ J. CARRERAS LLANSANA, «Normes processals i de procediment administratiu» en *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, I, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 1990, p. 429.

²³⁸ DOGC, 1 de julio de 1988.

²³⁹ Éstas eran las recogidas en la Compilación tras la reforma de 1984 pues el ámbito temporal del Decreto se ceñía a las sucesiones intestadas abiertas bajo dicha normativa (art. 1). Actualmente, quedan recogidas por el Decreto 244/1995, de 1 de agosto (art. 1 y disposición transitoria).

²⁴⁰ Este interrogante fue también suscitado por P. SALVADOR CODERCH (*Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 67). Según este autor la remisión del nuevo artículo 248 CDCC no alcanzaba «a la remisión de que es objeto el artículo 956 y concordantes del Código civil».

²⁴¹ DOGC, núm. 2.103, de 20 de septiembre de 1995.

administrativa²⁴², tendremos ocasión de referirnos en la segunda parte de este Comentario.

En definitiva, el llamamiento hereditario *in extremis* de la Generalidad de Cataluña responde a una función de carácter *social*; una función de carácter público. La Generalidad más que *poder hacer*, *debe* hacer lo necesario para llevar a cabo los fines sociales que se persigue por la norma y, por tanto, más que una *potestad* tiene un *deber* dependiente de su poder político²⁴³. Éste puede apreciarse desde una doble perspectiva: la primera de ellas, se centra en la tutela de los intereses de los acreedores del causante²⁴⁴, la cual conlleva que se evite que los bienes inmuebles sean adquiridos *ope legis* por el Estado en cuanto vacantes o poseídos sin título legítimo (arts. 19 y 20 Ley de Patrimonio del Estado)²⁴⁵ y que los bienes muebles queden a la absoluta apropiación de los particulares²⁴⁶; la segunda perspectiva, puede reflejarse en el hecho de que la Generalidad posee la estructura administrativa²⁴⁷ y financiera adecuada para hacer frente a esta función social que ejerce y cumplir los fines que la ley —el Código de Sucesiones— le impone: el pago de las deudas tanto *ad intra* como *ad extra*, el cobro de los créditos hereditarios y el destino del remanente. Así pues, un fin de *utilidad pública*

²⁴² L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Lecciones de Derecho civil*, IV, Valencia, 1967, p. 440; J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2.260-2.261.

²⁴³ F. SANTORO-PASSARELLI, «Teoria della successione legittima dello Stato», *Saggi di Diritto Civile*, II, Nápoles, 1961, pp. 634-635; A. PALAZZO, *Le Successioni*, I, Trattato di Diritto privato a cura di G. IUDICA y P. ZATTI, Milán, 1996, pp. 489 ss.

²⁴⁴ F. SANTORO-PASSARELLI, «Teoria», p. 633; G. CATTANEO, «La vocazione legittima» en *Trattato di Diritto Privato*, I, V. V. dir. por P. RESCIGNO, Turín, 1982, p. 454; F. RIVERO HERNÁNDEZ, «La successió intestada. Les declaracions d'hereus», *Temes Bàsics del Dret. Una visió actual*, II, Studia Iuridica, 1993, p. 227; P. SALVADOR CODERCH, en la línea de la doctrina alemana, ha escrito que: «*deben tener [los acreedores] la garantía de que el derecho común no va a ser excepcionado en este caso y que se va a abrir la sucesión y liquidar la herencia como en cualquier otro caso*» (*Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 64). En relación con el derecho alemán, consúltese: D. LEIPOLD, *Erbrecht*, 11.ª ed., Tubinga, 1996, p. 83; C. T. EBEMROTH, *Erbrecht*, Múnich, 1992, Rn 160, p. 91.

²⁴⁵ Conocido es que la STC 58/1982, de 27 de julio, declaró inconstitucional el artículo 11 de la Ley de Patrimonio de la Generalitat en virtud del cual la misma se atribuía la adquisición por ministerio de la ley de los bienes inmuebles vacantes o sin dueño conocido sitos en territorio catalán. Sobre ello, *vid.* nuestro artículo «La adquisición de los bienes inmuebles sin dueño conocido por la Generalidad de Cataluña», *RJC*, núm. 1, 1994, pp. 9 ss.

²⁴⁶ J. D. VALLS LLORET, «El llamamiento sucesorio», pp. 139 ss; *Dictamen núm. 60 del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya*, pp. 120 ss. Esta función, como puede comprobarse, va vinculada a la imposibilidad de repudiación por parte de la Generalitat. Estas reflexiones tienen un alcance más general puesto que pueden predicarse del principio de que debe existir un heredero continuador de las relaciones jurídicas que en vida afectaban al causante de la sucesión (L. PUIG I FERRIOL, «Els principis successoris catalans: present i futur», *La reforma*, p. 44).

²⁴⁷ Como complemento de dicha estructura, el Decreto 134/1988, de 24 de mayo, creó la Junta distribuidora de herencias a las cuales fuera llamada la Generalitat como heredera legítima (art. 2), órgano que reaparece en el Decreto 244/1995, de 1 de agosto (art. 12).

general alejado de fin fiscal alguno ²⁴⁸, como nos recuerda el Preámbulo del Decreto 244/1995.

PARTE II

I. PRESUPUESTOS DE LA ADQUISICIÓN *IURE DELATIONIS* DE LAS HERENCIAS INTESTADAS POR LA GENERALITAT DE CATALUÑA

Nos proponemos, ahora, abordar la normativa vigente, en materia sucesoria, en relación con la Generalidad de Cataluña. Se trata de elaborar el régimen jurídico de su sucesión intestada, ciertamente singular, por cuanto, como hemos advertido, no sólo debe atenderse a las normas que, sobre la misma, prescribe el Derecho civil catalán, sino también a las especialidades administrativas propias de esta materia ²⁴⁹, al Derecho procesal y, en menor medida, a la normativa sobre financiación de las Comunidades Autónomas. Así, partiremos de los presupuestos de la delación en favor del ente autonómico catalán para, seguidamente, analizar dos cuestiones capitales de su llamamiento: la posibilidad o no de repudiar la herencia y la responsabilidad por las deudas hereditarias. Cuestiones que deben enlazarse con el artículo 33 CS en relación con los artículos 35 y 36 del mismo cuerpo legal, es decir, la referencia del artículo 348 CS al beneficio de inventario debe entenderse sólo a SUS EFECTOS. Después nos detendremos en la administración y

²⁴⁸ F. SANTORO-PASSARELLI, «Teoría», pp. 621 y 633, G. CATTANEO, «La vocazione», p. 454; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 3.ª ed., Milán, 1947, p. 246; F. MES-SINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, VII, trad. por S. SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1971, p. 50; H. L. y J. MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, IV, vol. II, 2.ª ed., *Successions et Libéralités*, por M. DE JUGLART, París, 1971, p. 128; P. SALVADOR CODERCH, *Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 63; F. DE P. BLASCO GASCÓ y M. CLEMENTE MEORO, «La sucesión», p. 406.

²⁴⁹ El Preámbulo del Decreto 244/1995 por el que se regula el procedimiento administrativo a seguir en el supuesto de una herencia intestada deferida a la Generalitat, así lo advierte: «... *es produeix en aquest punt una confluència d'ordenaments, civil i administratiu, encara que no una col·listió. Així doncs, la relació successòria és de dret privat encara que després, i un cop que la Generalitat de Catalunya ha heretat assumint la càrrega de portar a terme la distribució de l'herència a favor de les institucions i entitats beneficiàries, entra en joc el dret administratiu als efectes del que sigui escaient per procedir al repartiment dels béns*».

liquidación de esta herencia beneficiada de derecho, así como en el régimen de los créditos, deudas y pago de legados, en su caso.

Por otro lado, debe advertirse desde luego que nosotros nos centraremos en las sucesiones abiertas después de entrado en vigor el Código de Sucesiones y a las que éste resulta de aplicación (Disp. transitoria primera CS), sin perjuicio de que hagamos, en los lugares oportunos, referencia a las sucesiones abiertas con anterioridad o con posterioridad a dicho cuerpo legal pero a las que se aplica la normativa anterior, ya sea la LSI (1987) o la CDCC (1984) (Disp. transitoria tercera y décima CS). Este apunte es necesario puesto que el Decreto 244/1995 establece diferencias, en torno al procedimiento a seguir para realizar el valor de los bienes, al destino del remanente y a la selección de las entidades beneficiarias del mismo, según se aplique la CDCC, la LSI o el CS a la sucesión intestada de la Generalidad (Disp. transitoria y art. 17 respectivamente)²⁵⁰.

1. EL CAUSANTE HA DE OSTENTAR LA VECINDAD CIVIL CATALANA

A diferencia del artículo 5 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia²⁵¹, el cual recuerda que la vecindad civil gallega es el criterio jurídico que permite la aplicación de la mentada Ley, o del derogado artículo 136.1 de la Compilación de Derecho civil de Aragón²⁵² que determinaba que, en defecto de los deudos legalmente llamados a la sucesión de quien fallece intestado bajo la vecindad civil aragonesa, sucedía la Comunidad Autónoma de Aragón, el Código de Sucesiones catalán no establece ninguna norma relativa a dicho criterio de Derecho interregional. Por ello, debemos acudir al artículo 14.1 Cc donde se nos dice que la sujeción a un Derecho civil autonómico se determina por la vecindad

²⁵⁰ La finalidad de este Decreto, como se expone en el Preámbulo, es la de «... substituir la regulació vigent fins ara i reordenar-la en un sol text que inclogui els diferents procediments segons la diversa normativa aplicable d'acord amb la data d'obertura de la successió, de manera que s'eviti la dispersió legislativa a què hauria conduït optar per una tècnica que seguís el camí iniciat pel Decret 134/1988, de 20 de març. Es procedeix a regular de manera sistemàtica i ordenada tota l'actuació administrativa de la successió intestada a favor de la Generalitat de Catalunya».

²⁵¹ DOG, núm. 107, de 6 de junio de 1995.

²⁵² Como se conoce, este precepto fue modificado por la Ley 4/1995, de 29 de marzo, de las Cortes de Aragón, en virtud de la cual se modificaba la Compilación y la Ley de Patrimonio de dicha Comunidad en materia de sucesión intestada (BOA, núm. 43, de 10 de abril de 1995). Actualmente, ha sido derogado por la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte (BOE, núm. 72, de 25 de marzo). Los preceptos que, en este momento, regulan la cuestión son los artículos 220 y 221 de la última norma citada.

civil, el cual en relación con el artículo 16.1 y el artículo 9.8 de dicho texto codificado, lleva a afirmar que la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley personal del causante que, en nuestro caso, será la vecindad civil catalana²⁵³. El propio Preámbulo del Decreto 244/1995 se refiere a este presupuesto. Esto lleva a afirmar que la Generalidad adquiere las herencias intestadas de aquel causante que fallezca sin parientes con derecho a la herencia siempre que ostente la vecindad civil catalana, independientemente de que resida en territorio catalán o no. El caudal relicto una vez liquidado deberá hacer tránsito a aquellos establecimientos de asistencia social o culturales del lugar donde el causante hubiera tenido su última residencia habitual. Así lo establece expresamente el artículo 347 CS («... los de la última residencia habitual del causante EN TERRITORIO CATALÁN»).

La oportunidad de no mencionar de modo expreso a la vecindad civil catalana como criterio de conexión evita las críticas vertidas por la doctrina, respecto de otros Derechos autonómicos, acerca de si la Comunidad Autónoma en cuestión invade o no competencias exclusivas del Estado a tenor de lo prescrito por el inciso segundo del artículo 149.1.8.º CE, que reserva al mismo las normas relativas a los conflictos de leyes²⁵⁴. Nosotros no vamos a hacer cuestión aquí de esta polémica, puesto que el CS no plantea ningún problema en

²⁵³ Al respecto existe consenso generalizado por parte de la doctrina. *Vid.*, entre otros, L. PUIG I FERRIOL, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, III, 5.ª ed., Valencia, 1998, p. 40; J. R. BARBERÀ I GOMIS, «Patrimonio», III, p. 577; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «La sucesión abintestato en ausencia de parientes llamados en el Derecho interregional español», *La Ley*, 1988, pp. 897 y 903; C. DE ALFONSO I PINAZO, «La Generalitat», p. 104; A. DE LEÓN ARCE y C. MORENO-LUQUE CASARIEGO, «Sobre la presunta inconstitucionalidad del llamamiento hereditario a la Generalidad de Cataluña de la sucesión intestada, en defecto de parientes o cónyuge», *V Jornades de Dret català a Tossa*, Tossa de Mar, 1988, p. 517; M. P. GARCÍA RUBIO, «La sucesión de la Comunidad Autónoma de Galicia en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia», A.C., núms. 10-11, 1997, p. 249 (estudio que se reproduce en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, XXXII, vol. II, Madrid, 1997, pp. 1214 ss. Nosotros citaremos, a lo largo de este comentario, el primer trabajo).

²⁵⁴ Para la Ley civil gallega, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia», *REDI*, 1995-2, p. 477; M. P. GARCÍA RUBIO, «La sucesión», p. 249, nota núm. 57; para el derecho aragonés, *vid.* M. E. ZABALO ESCUDERO, «La reforma de la Compilación de Derecho civil de Aragón en materia de sucesión intestada», *REDI* 1995-2, p. 479; para el derecho valenciano (art. 50.1 c) Estatuto de Autonomía de Valencia: condición jurídica de valenciano; *vid.* J. J. BAYONA DE PEROGORDO, *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma Valenciana*, dir. por R. MARTÍN MATEO, Madrid, 1985, pp. 516 ss.; C. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *Instituciones*, pp. 207 ss.; F. DE P. BLASCO GASCÓ y M. CLEMENTE MEORO, «La sucesión», pp. 415 ss.; L. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pluralidad de Derechos civiles españoles (El artículo 149.1, regla 8, de la CE)*, Madrid, 1997, pp. 199 ss.; la cuestión tiene un cariz diverso en relación con el artículo 73 de la Ley vasca de Derecho civil foral de 1992, puesto que la referencia a la vecindad del causante pretende determinar la ley que se aplica a los que tengan la «vecindad aforada vizcaína» (A. CELAYA IBARRA, *Derecho civil vasco*, Bilbao, 1993, p. 189; A. FONT SEGURA, «La sucesión hereditaria en Derecho interregional», *ADC*, 2000, pp. 67-68).

este punto; sin embargo, nos parece que la referencia (reiteración) a la vecindad civil de que se trate, para determinar la aplicación de una norma, siempre que se rija por el estatuto personal, claro está, no supone ninguna invasión de competencias estatales²⁵⁵. Diferente sería si se procediera a regular las formas de adquisición, modificación y pérdida de aquella; entonces, sí que se podría considerar su inconstitucionalidad al vulnerar los límites marcados por el texto constitucional. En el caso de que el legislador estatal estableciera, de acuerdo con su competencia exclusiva, un criterio de conexión diferente en torno a la ley personal podría hablarse de nulidad o inconstitucionalidad sobrevenida²⁵⁶.

En cambio, más cuestionable resulta la aplicación del artículo 3.2 CDCC, que reprodujo el artículo 7.2 del Estatuto de Autonomía catalán, a partir de la nueva redacción dada al artículo 15 Cc por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, modificadora de las normas relativas a la nacionalidad. El artículo 15 permite que el extranjero que adquiera la nacionalidad española pueda optar por la vecindad civil del lugar de su residencia; residencia que es, en definitiva, el elemento en el que se asienta la vecindad administrativa a la que aluden los dos preceptos autonómicos citados para adquirir la vecindad civil catalana. En nuestra opinión, podría tratarse de un supuesto de nulidad o de inconstitucionalidad sobrevenida de aquellos preceptos como consecuencia de la nueva normativa edictada por el Estado en atención a sus competencias exclusivas en esta materia²⁵⁷. Sea lo que fuere, lo cierto es que en el supuesto en el que un extranjero, que llegara a ostentar la vecindad civil catalana, pues por ella hubiera optado, de acuerdo con los criterios ofrecidos por el artículo 15 Cc, al nacionalizarse español, falleciera intestado sin nadie con derecho a su herencia y fuera de aplicación el Dere-

²⁵⁵ L. PUIG I FERRIOL, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, I, 5.ª ed., Valencia, 1998, p. 74, que se basa en las SSTC 156/1993, de 6 de mayo, y 226/1993, de 8 de julio.

²⁵⁶ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ plantea esta cuestión abogando por la abstención, por parte de las Comunidades Autónomas, en esta materia («Ley 4/1995», p. 477). En el mismo sentido, A. FONT SEGURA, «La sucesión», p. 68.

²⁵⁷ Consideran que el artículo 15 Cc ha derogado los preceptos autonómicos referidos en el texto, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y N. PÉREZ DE CASTRO, *La vecindad civil*, Madrid, 1996, pp. 16 ss. Dudan de la constitucionalidad pero discrepan de la tesis de la derogación: R. DURÁN RIVACOBRA, *El nuevo régimen de la vecindad civil y los conflictos interregionales*, Madrid, 1992, pp. 67 ss.; J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios a las reformas del Código civil*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, 1993, p. 510. De todos modos, ya se habían planteado serios interrogantes en torno a la norma estatutaria citada, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La vecindad civil en los Estatutos de las Comunidades Autónomas», *RJC*, 1981, pp. 91 ss.; M. COCA PAYERAS, «Vecindad administrativa y vecindad civil. Génesis de un concepto legal», *RJC*, 1981, pp. 177-178; del mismo autor, «Comentari a l'article 3er.», *Comentaris a les reformes del Dret civil de Catalunya*, I, Barcelona, 1987, pp. 79 ss.

cho español, podrá ser llamada como heredera intestada la Generalidad de Cataluña.

El presupuesto del que tratamos decaería de estar en vigor –y formara parte de nuestro ordenamiento jurídico– el *Convenio sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, hecho en La Haya el 1 de agosto de 1989*²⁵⁸, ya que según el artículo 3 del mismo, un causante podría designar como ley aplicable a su sucesión aquella que correspondiera al Estado en el que tuviera su residencia habitual y cuando éste fuera un Estado plurilegislativo, como es el caso del español, «por ley del Estado de residencia habitual del difunto en el momento de la designación o del fallecimiento se entenderá la ley de la unidad de dicho Estado en la que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento determinante» (art. 19 a); ley que bien pudiera ser, llegado el caso, la ley catalana, de suerte que si falleciera intestado y sin parientes con derecho a suceder, pudiera ser llamada la Generalidad de Cataluña como heredera *in extremis*, aunque el causante no ostentara ni la nacionalidad española ni, por supuesto, la vecindad civil catalana.

2. APERTURA DE LA SUCESIÓN LEGAL

2.1 Previo

Como en cualquier sucesión *mortis causa*, en este supuesto, debe procederse a la apertura de la sucesión que tiene lugar, como es sabido, por la muerte o declaración de fallecimiento del causante (arts. 2.1 y 4.1 CS)²⁵⁹. Este dato –y el momento en el que acaeció– junto con la declaración judicial de heredero son determinantes de la certidumbre de la delación a favor de la Generalidad²⁶⁰.

²⁵⁸ El texto de este Convenio puede consultarse en J. GONZÁLEZ CAMPOS y A. BORRÁS (coord.), *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-1993)*, trad. al castellano, Madrid, 1996, pp. 359 ss. Exponen los problemas de la adhesión a (o de la ratificación de) dicho Convenio, A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOA GONZÁLEZ, P. BLANCO-MORALES LIMONES, J. L. IRIARTE ÁNGEL y M. ESLAVA RODRÍGUEZ, *Derecho internacional privado*, II, Granada, 1998, p. 259.

²⁵⁹ Debe excepcionarse, como destaca el artículo 4.2 CS, el supuesto del heredero sometido a condición suspensiva. Respecto del denominado *heredero vitalicio*, *vid.* las soluciones aportadas por E. ROCA I TRIAS, *Instituciones*, III, p. 239.

²⁶⁰ Al conocimiento de que existe una delación en favor del llamado se refiere el artículo 16 CS en relación con la libertad de aceptar o repudiar la herencia. Consideramos que este precepto es inaplicable a la sucesión intestada de la Generalitat por cuanto ésta no tiene aquella libertad. Como argumentaremos, en su momento, no puede repudiar una herencia que carece de heredero legítimo. Sin embargo, eso no quiere decir que la certidumbre subrayada en el texto no sea necesaria, pues determinará el instante a partir del cual se entenderá adquirida *ipso iure* la herencia, si bien con efecto retroactivo al momento de la apertura de la sucesión, esto es, al momento de la muerte del causante.

En esta dirección, ya se habían pronunciado sentencias del Tribunal Supremo de finales del siglo XIX, aunque en relación con el Estado como heredero legítimo. Las sentencias de 28 de febrero de 1884 y de 10 de enero de 1894 advertían que: «*al igual que el último ciudadano, el Estado tiene que probar el fallecimiento del causante, la inexistencia de testamento y la falta de toda persona con derecho a la herencia, obteniendo de la autoridad judicial la declaración de heredero*».

En relación con la declaración de fallecimiento, deben tenerse en cuenta las cautelas que establece el artículo 196 Cc.

Por otro lado, la Generalidad en cuanto posible heredera *ab intestato* podrá, en defensa de su derecho, ser parte en el proceso en el que se cuestione la presunción de conmorienca contemplada en el artículo 33 Cc.

Una vez producida la apertura de la sucesión, se procede a la vocación de todos los posibles herederos²⁶¹ con la singularidad de que la Generalidad no es uno de aquellos herederos que pueda ser declarado incapaz, indigno, desheredado o premuerto²⁶². Así, el llamamiento de la Generalidad, por hipótesis, siempre es eficaz, salvo cuando falle alguno de los presupuestos del mismo. Se trata de una delación eventual y sucesiva. Para ofrecer la herencia a la Generalidad, debe darse alguna de las causas de apertura de la sucesión intestada (art. 322 CS), así como la ausencia de otros herederos de mejor derecho llamados a ella (art. 323 CS, art. 34 LUEP).

En materia de delación, podemos plantear la hipótesis en la que aquel que fallece sin haber aceptado o repudiado la herencia deferida a su favor, no hubiera otorgado testamento, éste deviniera ineficaz o el heredero instituido no pudiera o no quisiera aceptar la herencia, de suerte que la llamada, en ausencia de otros posibles llamados preferentes, fuera la Generalidad de Cataluña, la cual como ya se ha manifestado –y defenderemos posteriormente– adquiere *ipso iure* dicha herencia en la cual existe el *ius delationis*

²⁶¹ Para nosotros, vocación «...es el surtir efectos jurídicos la designación de heredero a partir de la apertura de la sucesión...» y la delación «... es uno de estos efectos, consistente en atribuir el derecho a suceder a favor del heredero designado» (R. M.^a ROCA SASTRE, «La designación, la vocación y la delación sucesorias», *Estudios sobre sucesiones*, II, Madrid, 1948, p. 139). Hacemos esta precisión dado que no desconocemos que algún sector doctrinal ha venido empleando, indistintamente, ambos conceptos (A. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «Designación, vocación hereditaria y adquisición automática», *RDN*, núm. 24, 1959, p. 81. En la doctrina italiana, *vid.* G. TAMBURRINO, «Successione legittima (dir. priv.)», *Enc. Dir.*, T. XLIII, Milán, 1990, pp. 1.323-1.324).

²⁶² E. ROCA I TRÍAS, *Instituciones*, II, Valencia, 1991, p. 393; P. SALVADOR CODERCH, *Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 62.

de la herencia anterior (art. 29.1 CS). La cuestión que se podría suscitar es si la adquisición de la primera herencia cuyo *ius delationis* se ha transmitido, opera asimismo *ipso iure* o, en cambio, la Generalidad tendría la posibilidad de repudiar puesto que subentraría en las mismas condiciones que el heredero premuerto-transmitente. Un sector doctrinal de reconocido prestigio ha puesto de relieve que «producida la *transmissio*, los herederos del llamado fallecido vienen a ocupar su *misma* posición en su *globalidad*: con lo cual quiere decirse que la sucesión en el *ius delationis* no es sólo, aunque sea éste su aspecto más saliente y llamativo, la sucesión en la opción aceptación/repudiación referida a la herencia del primer causante, es bastante más: es la sucesión en la *entera* posición del llamado (la *misma* que él tenía), plazo que le quedaba para aceptar/repudiar, posibilidad de pedir el beneficio de inventario o el derecho a deliberar, realización de actos de mera administración, etc.»²⁶³. Ahora bien, como el mismo sector doctrinal reconoce, la asunción global de la posición jurídica del transmitente no implica que exista una dependencia objetiva y subjetiva entre ambas herencias con todo lo que ello implicaría; antes bien, ambas sucesiones actúan con total autonomía, lo que permite afirmar que la herencia del primer causante sería adquirida por la Generalidad, en cuanto heredera intestada, *ipso iure* ya que quedaría sujeta a los principios generales²⁶⁴.

Vayamos, en este momento, a algunas cuestiones relativas a las causas de apertura de la sucesión intestada, a la ausencia de otros herederos intestados y a la necesaria declaración judicial de heredero en favor del ente autonómico catalán.

²⁶³ F. JORDANO FRAGA, *La sucesión en el ius delationis (una contribución al estudio de la adquisición sucesoria)*, Madrid, 1990, p. 91. En la misma línea de pensamiento, M.^a C. GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XXIX, vol. III, Madrid, 1986, p. 282.

²⁶⁴ De forma nítida lo expone F. JORDANO FRAGA: «... la aceptación de la herencia del transmitente nunca implica también aceptación de la herencia del primer causante. Se trata de sucesiones diversas, sujetas, cada una, a los mismos principios generales: nadie, como regla, se convierte en heredero de otro, participa en la sucesión a que es llamado (directa o indirectamente), sino en la medida en que quiera, en que use positivamente de la posibilidad de participar que se le ofrece. Por tanto, el transmisario que, aceptando la herencia del transmitente (o adquiriéndola *ex lege*), adquiere, con ella, el *ius delationis* para participar en la primera herencia, *ius delationis* de que el transmitente era titular en el momento de su fallecimiento, sólo se convertirá, además de en heredero del transmitente, en heredero del primer causante, sólo participará también en la herencia de éste, cuando voluntariamente la acepte, tácita o expresamente (o cuando, excepcionalmente, la adquiera *ex lege*, en virtud de la concurrencia, respecto de ella, de alguno de los supuestos que legalmente determinan, vigente una delación, este efecto adquisitivo independiente de la voluntad del llamado...» (*La sucesión*, pp. 92, 291-292 y 332, respecto de la partición).

2.2 Hipótesis angulares de interés respecto del llamamiento *in extremis* de la Generalidad de Cataluña

Conocido es que uno de los principios del ordenamiento sucesorio catalán es el que postula la incompatibilidad entre sucesión testada e intestada (art. 3.2 CS), recogido en el aforismo de rai-gambre romana *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, y que también ha perdurado en el Derecho civil balear (art. 7 CIB). En relación con el cuerpo sucesorio catalán, el artículo 322 CS contempla las diferentes causas de apertura de la sucesión intestada cuando prescribe que «*La sucesión intestada se abre cuando muere una persona sin dejar heredero testamentario o en heredamiento, o cuando el nombrado o los nombrados no lleguen a serlo*». No es nuestra intención analizar las diferentes causas de apertura de la sucesión, sino poner de relieve, en función de las mismas, aquellos supuestos que pudieran resultar de interés para el objeto del presente comentario ²⁶⁵.

2.2.1 EXCLUSIÓN DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA COMO HEREDERA LEGAL EN TESTAMENTO

El primer extremo a tratar se centra en la validez de aquel testamento que sólo contiene una cláusula en la que se elimina, por voluntad del causante testador, el llamamiento en favor de la Generalidad como heredera legal ²⁶⁶. En la doctrina aparecen posiciones encontradas, si bien parece imponerse el segundo planteamiento del que seguidamente daremos cuenta. Una primera línea de pensamiento, ha entendido que el testamento es un acto de disposición de bienes, de suerte que aquel acto de última voluntad que no contuviera una disposición de ese estilo sería nulo ²⁶⁷, además de considerarse una intromisión en normas de orden público ²⁶⁸. Actualmente, se admite abiertamente la validez de esta cláusula, como ha destacado otro sector doctrinal que la considera como un acto de disposición de bienes indirecto: *se daría un llamamiento tácito respecto de aquellos herederos a los cuales no se ha hecho mención en la misma* ²⁶⁹. En esta

²⁶⁵ En lo concerniente a dichas causas, *vid.* E. ROCA I TRÍAS, *Institucions*, III, p. 439; L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Comentarios al Código de Sucesiones*, II, Barcelona, 1994, p. 1.106.

²⁶⁶ Conocido es que no cabe la exclusión de un heredero intestado en codicilo por mor de lo que dispone el artículo 122.2 CS.

²⁶⁷ F. PUIG PEÑA, *Compendio*, VI, p. 629, nota núm. 1.

²⁶⁸ R. M.ª ROCA SASTRE, *Anotaciones*, Tratado de Derecho alemán, Derecho de sucesiones, por T. KIPP, I, vol. II, 1.ª ed., Barcelona, 1951, p. 60.

²⁶⁹ E. ROCA I TRÍAS, *Institucions*, III, p. 440; J. L. LACRUZ BERDEJO y F. DE A. SANCHÓ REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988, p. 583; J. VALLET DE

dirección, ha sido entendido por el *Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 23 de abril de 1998* (Ponente: Ilmo. Sr. D. L. Puig i Ferriol):

«... s'ha de considerar eficaç la clàusula que exclouï de la successió una o unes determinades classes o categories de possibles successors abintestats, ja que aquesta clàusula segons la probable voluntat del testador s'ha d'interpretar com una institució tàcita a favor de les classes o categories de successors intestats no exclosos...» (Fto. de derecho quinto)²⁷⁰. Así, se tratará de un llamamiento testamentario implícito²⁷¹.

Otra corriente de opinión mantiene, por el contrario, que, en este supuesto, debería abrirse la sucesión intestada²⁷².

Lo cierto es que ya se siga la primera o la segunda de las tesis apuntadas, una vez se haya abierto la sucesión intestada, si no existen herederos legales y la última llamada es la Generalidad de Cataluña, ésta *heredará*, a pesar de la cláusula en la que se la excluya de la vocación pudiendo considerarse el testamento nulo²⁷³. Es necesario que exista un último heredero que garantice que dicha sucesión seguirá los principios generales, es decir, su curso normal pero sobre todo que se sustraiga a su autonomía la posibilidad de dejar vacante su herencia. A la misma solución debe llegarse si la cláusula testamentaria excluye a todos los herederos intestados como se

GOYTISOLO, «Panorama» p. 1.086; F. BADOSA I COLL y L. PUIG I FERRIOL, *Anotaciones*, Tratado de Derecho alemán, Derecho de Sucesiones, por T. KIPP, V, vol. I, 2.ª ed., Barcelona, 1955, pp. 423-424; E. MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, *El artículo 891 CC: la distribución de toda la herencia en legados*, Valencia, 1996, p. 260.

²⁷⁰ RAJ, núm. 10.053 (conflicto: testamento ológrafo en el que se nombra a dos albaceas universales y se excluye a los hermanos y otros parientes como herederos intestados). Del supuesto, que dió origen a la citada resolución judicial, podía deducirse que la heredera testada indirecta era la Generalitat de Cataluña, al carecer el causante de cónyuge y al excluir de la sucesión a sus hermanos y demás familiares (en la misma línea, *vid.* J. M. ABRIL CAMPOY, «El testamento ológrafo en Cataluña: la exigencia de institución de heredero y el nombramiento de albaceas (A propósito de la STSJ 23 abril 1998)», *Revista quincenal de sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales y otros tribunales*, Aranzadi, núm. 19, 1999, pp. 9 ss.).

²⁷¹ E. ROCA I TRÍAS, «El testamento de Tortosa sin institución de heredero», *Costums de Tortosa*, Estudis, 1979, pp. 335 y 339; F. RIVERO HERNÁNDEZ, «La successió», p. 227. Crítica la solución que adoptó esta sentencia, S. CÁMARA LAPUENTE, «Testamento negativo, memoria de confianza y otras especialidades de derecho sucesorio catalán. A propósito de la STSJ Cataluña de 23 de abril de 1998», *RJC*, núm. 3, 2000, p. 765.

²⁷² P. SALVADOR CODERCH, *Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 57; S. CÁMARA LAPUENTE, *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Madrid, 2000, pp. 62-63.

²⁷³ M. P. GARCÍA RUBIO, *La distribución de toda la herencia en legados (Un supuesto de herencia sin heredero)*, Madrid, 1989, p. 308, de la misma autora, «La sucesión», p. 260; V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios*, XIII, vol. I, pp. 8-11; M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil*, V, 5.ª ed., Barcelona, 1994, pp. 27-28; S. CÁMARA LAPUENTE aboga por la nulidad parcial en esta hipótesis (*La exclusión*, p. 73).

ha cuidado de destacar el Tribunal Superior de Justicia catalán en la sentencia anteriormente citada:

«... no seria eficaç una clàusula testamentària que exclogués de la successió tots els possibles hereus abintestats del causant de la successió, ja que això portaria a distorsionar o contrariar els principis fonamentals del sistema successori...» (Fto. de Derecho quinto).

En atención a estas reflexiones, el § 1.938 BGB establece, a *sensu contrario*, la imposibilidad de excluir al Fisco, mediante una cláusula testamentaria, sin instituir a otro sujeto heredero²⁷⁴. En efecto, el precepto en cuestión prescribe que «*el causante puede mediante testamento excluir a sus parientes o a su cónyuge de la sucesión legal, sin instituir heredero*».

2.2.2 LA DISTRIBUCIÓN DE TODA LA HERENCIA EN LEGADOS. EL DERECHO TORTOSINO

Otra de las cuestiones a las que conviene referirse, en relación con las causas de apertura de la sucesión intestada, hace referencia a la distribución de toda la herencia en legados con la consiguiente (o no) la apertura de la sucesión intestada, por supuesto, en el derecho de Tortosa (art. 271.4 CS). En lo concerniente a este extremo, como es sabido, se han planteado diferentes corrientes de opinión, básicamente, referidas a la más adecuada interpretación del supuesto de hecho del artículo 891 Cc, en función de que se considere que se trata de un supuesto de herencia sin heredero²⁷⁵ o de que existe un heredero, aunque sea el heredero *ab intestato*²⁷⁶. En relación con la última tesis señalada, se ha argüido que a dicho heredero compete la defensa de los intereses extrapatrimoniales del causante²⁷⁷. De hecho, como bien ha puesto de manifiesto A. M. López y López «*en puridad, los términos del artículo 891 no excluyen el llamamiento de los herederos ab intestato: ahora bien, es claro que permiten la liquidación de la herencia sin su presencia y aun con su oposición, y ésta es tal vez su ratio, con lo cual la*

²⁷⁴ D. LEIPOLD, *Erbrecht*, p. 83; W. EDENHOFER, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 58.ª ed., Munich, 1999, Rn 1, p. 1.967. En esta misma línea, *vid.* el art. 696.2 Código civil de Québec.

²⁷⁵ J. VALLET DE GOYTISOLO, «Panorama», p. 212; M. P. GARCÍA RUBIO, *La distribución*, pp. 309 ss; E. MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, *El artículo 891 Cc*, pp. 259 ss.

²⁷⁶ J. L. LACRUZ BERDEJO y F. DE A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos*, V, p. 36; A. M. LÓPEZ y LÓPEZ, *Derecho de sucesiones*, 2.ª ed., Valencia, 1999, p. 51; parecen contemplar esta hipótesis, L. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, IV, 7.ª ed., Madrid, 1997, p. 437; M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso*, V, p. 29.

²⁷⁷ J. L. LACRUZ BERDEJO y F. DE A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos*, V, p. 36; H. LANGE y K. KUCHINKE, *Lehrbuch des Erbrechts*, 4.ª ed., Munich, 1995, pp. 264-265.

*discusión carecerá, en muchos casos, de enjundia práctica: el Código ha pretendido una solución de carácter práctico y dictada por el sentido común, prescindiendo de la intervención de los herederos ab intestato en una sucesión en la que carecen del más mínimo interés»*²⁷⁸. Nosotros no pretendemos tomar partido en esta lid, sólo queremos dejar constancia de la doble línea de pensamiento para, seguidamente, analizar su incidencia en la sucesión de la Generalidad. De entrada, puede afirmarse que, tanto una tesis como la otra, pueden conducir a la inoperancia práctica de la función del ente público llamado en último lugar como heredero legítimo²⁷⁹. Desde la doctrina catalana se ha defendido, con base en la *Costum 18, 9, 6*²⁸⁰, que la distribución de toda la herencia en legados, en el Derecho de Tortosa, impide la apertura de la sucesión intestada y, respecto de la responsabilidad de los legatarios por las deudas del causante, debe aplicarse de forma supletoria lo prescrito por el artículo 891 Cc²⁸¹. En el caso en que se dé la aparición de bienes de escaso valor de los que el causante no dispuso, entendemos que ello no supone el decaimiento de la institución de la que tratamos y que, por consiguiente, los herederos llamados a ellos desvirtúan el régimen de responsabilidad establecido en dicho precepto. Ello se debe a que, por definición, la herencia se halla distribuida en legados y es, precisamente, esto lo que quiso el testador. Así, se sigue haciendo responsable a los legatarios por la parte que, proporcionalmente, se derive de sus cuotas *«que habrá que calcular, en tal caso, y como es obvio, teniendo en cuenta el por-*

²⁷⁸ A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Derecho*, p. 52.

²⁷⁹ A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Derecho*, pp. 51-52; M. P. GARCÍA RUBIO, *La distribución*, pp. 299-300; E. MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, *El artículo 891 Cc*, p. 266.

²⁸⁰ La costumbre 18, rúbrica 9, libro 6 advertía que: *«Testador qui tots los seus bens dona o partex en lexes, e feytes totes aqueles lexes en son testament estableyx son hereu, lo dauant dit hereu deu reebre e defalcar la quarta part de cascuna lexa.*

Mas si lo testador, no feent hereu, fa pus de lexes que les seus facultats no basten, per sou e per liura, deu esser defalcat a cascu dels legataris de les lurs lexes, ayant como son més les lexes, que no son les facultats; pero si en lo testament ha establít hereu, primerament deu leuar l'hereu la quarta part sua, e tot lo remanent deu se partir per les lexes per sou e per liura, segons qu'els bens e facultats basten, axi com dit es desus».

²⁸¹ E. ROCA I TRÍAS, *Instituciones*, III, p. 228, de la misma autora, «El testamento», pp. 339-340, donde, quizá, se contradiga cuando afirma que, en el supuesto de una herencia distribuida en legados, el heredero intestado puede detraer la cuarta falcidia al tratarse de un heredero excesivamente gravado (p. 343); en contra, P. ALBIOL MARÉS, *Comentarios al Código de Sucesiones*, II, Barcelona, 1994, p. 966. Apuesta por asimilar a los legatarios, en este supuesto, a los herederos que aceptaron a beneficio de inventario, L. PUIG I FERRIOL, «Els principis», p. 46. Desde otra perspectiva, se sostiene que para hacer efectiva esta modalidad de voluntad testamentaria, deberá nombrarse un albacea universal de entrega del remanente de los bienes con carácter general, salvo para el derecho local de Tortosa donde será válida esta posibilidad sin necesidad de nombrar a dicho albacea (J. MARSAL GUILLAMET, *Compendi de Dret civil català*, coord. por F. BADOSA COLL, Madrid, 1999, pp. 381-382).

centaje que signifiquen, en relación con el total caudal relicto, los bienes deferidos al llamado o llamados ab intestato»²⁸². Desde esta perspectiva, podría defenderse que la protección de los intereses extrapatrimoniales del finado, por el heredero intestado, no elimine la responsabilidad de los legatarios *ex* artículo 891 Cc [art. 4.3 LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; arts. 14 a 16 Ley de propiedad intelectual, texto refundido mediante Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, modificada por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre protección jurídica de las bases de datos; ejercicio de acciones de filiación (arts. 103.2, 104.1, 106.2 CF), acción de revocación de donaciones (art. 34 en relación con el art. 22 CF)]. Y, por tanto, además no tenga derecho a detraer la cuarta falcidia.

2.2.3 EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 27 CS

La Generalidad de Cataluña puede haber sido nombrada por el causante como heredera en testamento y, una vez, se ha deferido la herencia en su favor, puede aceptar o repudiar la herencia como un heredero testamentario más (art. 12 LPG, art. 8 Reglamento para la ejecución de la Ley de Patrimonio de la Generalidad de 14 de julio de 1983; en adelante, RPG). En todo caso, la aceptación o repudiación, por parte del ente autonómico catalán, estará en función de los intereses del mismo. Ahora bien, si repudia y al abrirse la sucesión intestada resulta ser él el llamado *in extremis*, adquirirá la herencia *iure delationis*, pero con sujeción a los legados, fideicomisos y otras cargas que hubiera impuesto el testador (art. 27.1 CS).

En cambio, el supuesto de hecho del párrafo segundo del artículo 27 CS no será de aplicación respecto de la sucesión intestada de la Generalidad por cuanto parte de la base de que el heredero intestado puede repudiar la herencia, cosa que no cabe, en nuestro sentir, en la hipótesis en la que la llamada sea, en último término, la Generalidad en ausencia de parientes con mejor derecho a suceder²⁸³.

²⁸² A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Derecho*, p. 51.

²⁸³ La mencionada norma estatuye que «si el llamado repudia la herencia intestada con conocimiento de que es instituido heredero en testamento, se entiende que repudia la herencia testada; pero, si lo ignoraba, la repudiación no le perjudica».

3. AUSENCIA DE OTROS HEREDEROS INTESTADOS. EL ARTÍCULO 34 DE LA LEY 10/1998, DE 15 DE JULIO, DE UNIONES ESTABLES DE PAREJA (LUEP)

Conocido es que el Código de Sucesiones mejoró la posición del cónyuge viudo, pues cuando concorra con los descendientes tendrá derecho al usufructo de la herencia (arts. 330 a 332 CS)²⁸⁴ y, sabido es, también, que el orden en la sucesión *ab intestato* es, a tenor de lo prescrito en los artículos 323 ss. CS, el siguiente:

- 1.º Descendientes;
- 2.º Cónyuge²⁸⁵;
- 3.º Ascendientes;
- 4.º Colaterales hasta el cuarto grado;
- 5.º La Generalidad de Cataluña²⁸⁶.

Ahora bien, cuando el causante convivió maritalmente con una persona de su mismo sexo, siempre que resulte aplicable a esta unión la LUEP²⁸⁷, dicho orden de suceder intestado se altera, pues-

²⁸⁴ Este es uno de los aspectos que se puso de relieve al debatir, en el Parlamento catalán, los preceptos dedicados, por el Código de Sucesiones, a la sucesión intestada (D.S., P-núm. 114, de 12 de diciembre de 1991, p. 5.850).

²⁸⁵ Como se notará, no existe equiparación del *status* de cónyuge al de *pareja de hecho*, si bien la controversia acerca de la misma estuvo claramente presente en las discusiones parlamentarias del Código de Sucesiones, en la línea ya iniciada cuando se debatió la Ley de 1984 de reforma de la Compilación, la Ley de sucesión intestada de 1987 y la Ley 8/1990, de 8 de abril, de modificación de la regulación de la legítima (D. S. P-núm. 114, de 12 de diciembre de 1991, pp. 5850 ss.; *vid.* sobre ello, las interesantes reflexiones de P. SALVADOR CODERCH, M. R. LLOVERAS I FERRER y C. SEUBA I TORREBLANCA, «Amor et caritas. La parella de fet en el Dret successori de Catalunya», *VII Jornades de Dret català a Tossa*, Tossa de Mar, 1992, pp. 207 ss). Tampoco la vigente Ley de uniones estables de pareja establece dicha equiparación y el argumento, nada sólido, que se daba por el grupo de *Convergència i Unió*, en el debate del entonces denominado *Projecte de Llei sobre relacions de convivència diferents del matrimoni*, era el de entender que la pareja de hecho heterosexual puede contraer matrimonio y, de este modo, pueden ostentarse los derechos sucesorios que la ley atribuye al cónyuge sucesor intestado del premuerto (D. S., P-núm. 85, de 30 de junio, pp. 5904 ss.). Sin embargo, la propia LUEP atribuye al conviviente heterosexual otra serie de derechos que también podría adquirir contrayendo matrimonio con su pareja (v. gr. derecho a una pensión,...), por lo que la justificación dada a esta diferencia, en la sede del Parlamento catalán, no nos parece plausible. Máxime, si se tiene en cuenta que dichos derechos, incluidos los sucesorios, asimismo son concedidos al conviviente homosexual. Por su parte, el artículo 790.1 LEC cita, de entre las personas con posibles derechos sucesorios, a la «persona que se halle en una situación de hecho asimilable» a la de cónyuge. Para el derecho catalán vigente, pues, esta alusión deberá ir referida a la unión estable homosexual.

²⁸⁶ Los preceptos relacionados con la sucesión intestada del ente catalán fueron adoptados sin discusión (D. S., P-núm. 82.1, de 12 de diciembre de 1991, p. 5.855).

²⁸⁷ Conocido es que la Ley catalana deja fuera de su ámbito de aplicación una serie de uniones estables (arts. 1 y 19), lo cual ha sido objeto de dura crítica por la doctrina. *Vid.*, por todos, S. LLEBARÍA SAMPER, «Glosa crítica a esta (nuestra) nueva Ley de uniones estables de pareja», *La Notaría*, núm. 10, 1998, pp. 57 ss.

to que se intercala el conviviente homosexual²⁸⁸. En efecto, según el artículo 34 LUEP, sería el siguiente:

- 1.º Descendientes;
- 2.º Ascendientes;
- 3.º Colaterales hasta el segundo grado por consanguinidad o adopción (hermanos) o si han premuerto, los hijos de éstos (sobrinos) y conviviente homosexual²⁸⁹;
- 4.º Conviviente homosexual;
- 5.º Colaterales hasta el cuarto grado;
- 6.º Generalidad de Cataluña.

En este sentido, sólo en la hipótesis que exista un conviviente homosexual que sea acreedor a los derechos que establece la LUEP, debe entenderse modificado el orden sucesorio intestado.

Por lo demás, sólo debemos remarcar el dato de ser la ausencia de otros herederos intestados presupuesto de la delación en favor de la Generalidad de Cataluña, en tanto en cuanto, se trata de un llamamiento in extremis que cierra, de modo perfecto, el orden sucesorio del Código, dada la función social que está llamado a desempeñar.

4. LA PREVIA DECLARACIÓN JUDICIAL DE HEREDERO EN FAVOR DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA

«Si corresponde heredar a la Generalidad de Cataluña, debe entenderse siempre que la herencia es aceptada a beneficio de inventario mediante declaración judicial de heredero previa», reza el artículo 348 de nuestro Código de Sucesiones²⁹⁰.

²⁸⁸ M.ª E. GINEBRA MOLINS, «Los derechos de “*successió intestada*” reconocidos a las parejas homosexuales en la Ley Catalana 10/1998, de 15 de julio, *d'unions estables de parella*», A.C., núm. 33 (http://www.laley.net/ractual/r33c_c1.html): «...el artículo 34 de la LUEP sí que tiene la virtualidad de modificar el orden de suceder ab intestato en la sucesión del miembro de la unión estable homosexual sujeta a la LUEP con vecindad civil catalana. En la sucesión del causante conviviente con vecindad civil catalana, que debe regirse, por tanto, por la ley catalana, el orden de suceder ab intestato que establece el propio legislador catalán en los artículos 330 y ss. del CS debe de entenderse modificado en este caso concreto por lo que establece este mismo legislador en el artículo 34 de la LUEP; este precepto contiene una regulación especial respecto de la contenida en el CS (que sería la regulación general en esta materia)...» (p. 4).

²⁸⁹ En concurrencia con colaterales hasta el segundo grado, el conviviente homosexual tiene derecho, en cuanto heredero intestado, a la mitad de la herencia (art. 34.1 b LUEP).

²⁹⁰ El artículo 73 de la Ley vasca de Derecho civil foral guarda silencio acerca de la necesidad de la declaración de herederos. No obstante, la doctrina considera que, pese a dicho mutismo, resulta imprescindible como en cualquier otro caso de sucesión intestada pues sin ella faltaría la *concreción* del título sucesorio en favor de la Diputación foral (A. CELAYA IBARRA, *Derecho*, p. 189). Al respecto es menester recordar que la LSI de 1936

Actualmente, no ofrece dudas que el título adquisitivo, en virtud del cual se defieren a la Generalidad las herencias intestadas, es el título de heredero. A dicha conclusión se llega no sólo a través de los antecedentes históricos expuestos, sino también por la propia referencia que el artículo 348 –también el artículo 347 CS– hacen al mismo: «... sucede...» (art. 347 CS), «... corresponde heredar...» (art. 348 CS) y «... declaración judicial de heredero...» (art. 348 CS)²⁹¹.

4.1 Función. Situación de yacencia forzosa

La declaración de heredero, según ha manifestado la doctrina, tiene por finalidad aclarar la delación: «... lo que hace la declaración de herederos es aclarar la delación y, sabiéndolo el delado, puede aceptar. La declaración de herederos no significa aceptación, sino que es el medio adecuado para tener la certeza de ser heredero, es decir, de la delación...»²⁹². En el supuesto de la Generalidad, hace suponer que, efectivamente, es ella la llamada en último lugar, al no existir otros sujetos con derecho a heredar que tengan carácter preferente de acuerdo con el orden sucesorio designado legalmente²⁹³. A partir de esa certidumbre, se la considerará heredera a todos los efectos y, por tanto, adquirente *ipso iure* por el mero hecho de la delación, ya aclarada, retro trayéndose los efectos al momento de la muerte del causante de la sucesión²⁹⁴. Luego, durante el lapso temporal que media entre la muerte del causante y la citada declaración judicial existiría una situación calificada por Lacruz y Sancho Rebullida como de *yacencia forzosa*²⁹⁵. No desconoce-

también obviaba la referencia a la declaración judicial de herederos; sin embargo, ésta era necesaria y así se exigía en la correspondiente legislación procesal.

²⁹¹ En lo atinente a la sucesión del Estado, nos remitimos a S. NAVAS NAVARRO, *La herencia*, pp. 114 ss.

²⁹² X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Comentario del Código civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2.356; V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios*, XIII, vol. I, p. 49: «Este título, que justifica y acredita la cualidad de heredero intestado, se necesita en todos los casos para ejercitar los derechos sucesorios, a pesar de que explícitamente sólo parece exigirlo el Código civil en el artículo 958 para la sucesión del Estado»; L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Comentarios*, II, p. 1.105; F. RIVERO HERNÁNDEZ, «La successió», p. 234.

²⁹³ Así se establece en el § 1.964 BGB, en el que se afirma que las actuaciones judiciales tendentes a comprobar que no existen otros parientes con derecho a heredar fundamentan la suposición de que el Fisco es el único heredero (H. LANGE y K. KUCHINKE, *Lehrbuch*, pp. 266-267; PALANDT/W. EDENHOFER, Rn. 4, p. 1.987).

²⁹⁴ R. M.ª ROCA SASTRE, «La designación», p. 159.

²⁹⁵ J. L. LACRUZ BERDEJO y F. DE A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos*, V, p. 50. Con base en la hipótesis más sencilla, M.ª D. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA considera que el único supuesto en el que cabe hablar de herencia yacente en relación con la sucesión intestada del Estado (en nuestro caso, la Generalidad catalana) sería respecto del lapso temporal que media entre el ofrecimiento de la herencia y su efectiva aceptación o repudiación, dado que, para la autora, el Estado no es un adquirente *ex lege* (*La herencia yacente*, Bar-

mos lo anómalo de la situación en un sistema de adquisición *ipso iure*, cual consideramos que es el que opera a favor de la Generalidad. Sin embargo, ello permite, desde un punto de vista práctico, a los acreedores y legatarios demandar, judicialmente, sus créditos y el pago de los legados, sin necesidad de esperar a la emisión de la declaración de heredera en favor del ente autonómico catalán puesto que, en nuestro sistema, no existe norma equivalente a la del § 1.966 BGB, en la que se determine la necesidad de esperar a la declaración judicial de heredero para ejercitar las pretensiones contra la herencia²⁹⁶. De hecho, el artículo 792.2 LEC legitima a los acreedores que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo para solicitar la intervención judicial del caudal hereditario.

4.2 Legitimación procesal de la Generalidad

De entrada, debe destacarse que el artículo 348 CS, en la misma línea que el artículo 958 Cc y el artículo 220.1 de la Ley de sucesiones por causa de muerte de las Cortes de Aragón, prescribe que la declaración de herederos debe tener carácter judicial. Conocido es, no obstante, que la LEC permite que la declaración de herederos sea también de carácter notarial (art. 792.1 1.º LEC). En nuestra opinión, la Comunidad Autónoma catalana, hubiera podido, como ha hecho Galicia²⁹⁷, en atención a su competencia en materia procesal derivada de las especialidades propias su derecho sustantivo²⁹⁸, establecer que esta declaración de herederos fuera posible por ambas vías, tanto la judicial como la notarial; cauce éste último que, probablemente, sería más rápido con la consiguiente mayor seguridad y certidumbre de las relaciones jurídicas que conforman el *as* hereditario.

celona, 1995, p. 189). En dirección análoga, ha sido destacado por la doctrina alemana: «Die Suche nach den privaten gesetzlichen Erben wird auf einen angemessenen Zeitraum begrenzt; der Staat kann jedoch über die Hinterlassenschaft erst verfügen, wenn die Erfolglosigkeit der Suche in einem förmlichen Verfahren bestätigt wird», D. LEIPOLD, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3.ª ed., Munich, 1997, Rn 1, p. 387).

²⁹⁶ D. LEIPOLD, *Münchener*, Rn 2, p. 392.

²⁹⁷ El artículo 154 de la Ley de derecho civil de Galicia, sin demasiado acierto, se refiere a la «declaración legal de herederos». Qué deba entenderse por dicha expresión, ha sido indicado por la doctrina que ha estudiado el precepto. Así, se manifiesta que deben quedar comprendidos ambos supuestos, esto es, tanto la declaración judicial de herederos como la notarial (M. P. GARCÍA RUBIO, «La sucesión», p. 254). En relación con el acta notarial de notoriedad para la declaración de herederos abintestato, *vid.* J. L. MERINO HERNÁNDEZ, «La sucesión intestada: aspectos concretos» en *Actas de los segundos encuentros del foro de Derecho aragonés*, II, Zaragoza, 1993, pp. 118 ss.

²⁹⁸ J. CARRERAS LLANSANA, *Comentaris*, III, p. 427.

Una vez la Dirección General del Patrimonio, que es el órgano competente para las gestiones previas a las actuaciones que deberán llevar a cabo los servicios jurídicos para conseguir la declaración judicial de heredera en favor de la Generalidad (art. 5.1 del Decreto 244/1995), tenga conocimiento de la existencia de una herencia intestada²⁹⁹ lo comunicará a los servicios jurídicos del Departamento de Economía y Finanzas para que éstos informen acerca de si se trata de una herencia sobre la que la Generalidad pudiera tener derecho y, en caso afirmativo, se promueva, por los mismos, el procedimiento correspondiente a fin de obtener la declaración de herederos en favor del ente catalán (art. 6 del Decreto 244/1995)³⁰⁰. Dicho procedimiento, a tenor de la reciente Ley adjetiva, es el *procedimiento especial relativo a la división judicial de patrimonios* y, concretamente, el que se centra en la *intervención del caudal hereditario* (arts. 790 a 805 LEC). Precisamente, el artículo 790.1 advierte que «*siempre que el tribunal tenga noticia del fallecimiento de una persona y no conste la existencia de testamento...*». Parece que la toma de conocimiento por parte del Tribunal puede ser tanto de oficio como a instancia de parte; supuesto éste último que será, de otra parte, el normal. El precepto no nos dice quiénes están legitimados para solicitar la declaración de herederos, pero desde el momento en que cualquier persona puede poner en conocimiento del órgano jurisdiccional el hecho de haber fallecido una persona sin que conste la existencia de parientes, parece que la Generalidad podrá —como cualquier otro sujeto— poner en conocimiento del juez dicho hecho solicitando, a su vez, que se la declare heredera legítima. Declaración que se tramitará en pieza separada respecto del auto al que se refiere el artículo 791 LEC.

Este procedimiento específico no impide, de seguir los dictados de la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de febrero de 1996* (Ponente: Ilmo. Sr. D. L. Puig i Ferriol), con apoyo en las sentencias del Tribunal Supremo que van desde la de 30 de junio de 1914 y de 30 de octubre de 1917 hasta la de 9 de

²⁹⁹ A la comunicación del óbito de una persona, sin parientes con derecho a suceder, a la autoridad competente nos referiremos más adelante.

³⁰⁰ Cfr. artículo 6 del Decreto 94/1999, do 25 de marzo, sobre réxime administrativo da sucesión intestada en favor da Comunidade Autónoma de Galicia (*Diario oficial de Galicia*, núm. 73, de 19 de abril de 1999, p. 4.511-4.514)*; artículo 12 del Decreto foral 166/1988, de 1 de junio, por el que se establece el régimen administrativo aplicable a la sucesión legal en favor de la Comunidad Foral (*B. O. Navarra*, núm. 83, de 8 de julio de 1988).

* Agradezco sinceramente a la Prof. M.ª P. GARCÍA RUBIO el que me haya facilitado este texto legal.

diciembre de 1992, que la declaración judicial de herederos se haga «por la vía del juicio declarativo ordinario en el supuesto de que esa declaración sea necesaria para resolver las cuestiones que deben ventilarse en el juicio declarativo»³⁰¹.

II. IMPOSIBILIDAD DE REPUDIAR LA HERENCIA DEFERIDA EN FAVOR DE LA GENERALIDAD

Uno de los aspectos, en general, más debatidos por la doctrina acerca de la sucesión intestada de un ente público es —y ha sido— el que rubrica este epígrafe. La cuestión estriba en interrogarse acerca de si, en nuestro caso, la Generalidad, tiene la posibilidad de repudiar la herencia o, por el contrario, debe aceptarla necesariamente, lo cual es tanto como afirmar que, de hecho, se prescinde de la aceptación de manera que la Comunidad Autónoma catalana adquiriría las herencias intestadas en virtud del *ius delationis*. Este tema ya lo estudiamos con ocasión de la sucesión legítima en favor del Estado. Por ello, nos remitimos, en cuanto a los argumentos tanto en *pro* como en *contra* de la repudiación, a la obra oportuna³⁰². Vamos, en este momento, a entretenernos en el caso específico de la Generalidad de Cataluña.

1. EL ARTÍCULO 348 CS

Como se ha visto, los juristas clásicos catalanes acogieron la tesis de los Doctores de la época y, en ese sentido, entendieron que el *Fiscus* adquiriría las herencias intestadas sin necesidad de que precediera la aceptación. Y, en esta línea de pensamiento, centurias posteriores, el artículo 28 LSI de 1936 no hacía referencia alguna a la aceptación. Con base en que aquéllas eran siempre adquiridas por la Generalidad, el precepto antecitado advertía que en los casos en que ésta sucediera, de forma intestada, se entendería a beneficio de inventario. Es decir, se entendería que era una beneficiada de derecho cuya responsabili-

³⁰¹ Esta resolución puede encontrarse en L. PUIG I FERRIOL, *Jurisprudència civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya*, 1996, Departament de Justícia, 1998, pp. 91 ss. (conflicto: determinación de quiénes son los herederos intestados del causante que falleció sin testamento). De este parecer es también F. RIVERO HERNÁNDEZ, «La successió», p. 235.

³⁰² S. NAVAS NAVARRO, *La herencia*, pp. 123 ss.

dad se ceñiría a la masa hereditaria. Por tanto, la cuestión que al legislador le interesaba destacar y recoger normativamente no era la repudiación o la aceptación, sino la limitación de la responsabilidad por las deudas del causante intestado y sin parientes con derecho a heredar. Parece, por tanto, como hemos señalado en otro lugar de este comentario, que la Generalidad adquiriría tales herencias *ipso iure*.

Por su parte, la remisión que efectuó el originario artículo 248 CDCC al Estado permitía entender que, en definitiva, debía estarse a la interpretación que se sustentara de los preceptos del Código Civil. En relación con el llamamiento a la Generalidad catalana, que acaeció por mor de la reforma de la Compilación en 1984, debe tenerse presente que lo único que se hace, respecto de nuestro tema, es prescribir que las referencias al Estado se entenderán hechas a la Generalidad de Cataluña. Por tanto, bien pudiera pensarse que se respetaba el sistema de adquisición de los *ab intestatos* establecido para el Estado que, en nuestro sentir, acaecía en virtud del *ius delationis*. Por otro lado, dicho parecer no era ajeno, como se ha visto, a la tradición o, por mejor decir, «*tradiciones jurídicas catalanas*».

El Código de Sucesiones ha transcrito, en su artículo 348, la norma establecida en el artículo 28 LSI de 1987 con alguna ligera variante, probablemente, de estilo. En efecto, el primer precepto advierte que «... *s'ha d'entendre sempre que l'herència és acceptada a benefici d'inventari...*», mientras que el segundo estatúa que «... *l'herència s'ha d'entendre sempre acceptada a benefici d'inventari...*». No pensamos que, de este cambio, se puedan extraer consecuencias jurídicas en la dirección de sostener que, según el precepto del Código de Sucesiones, cabe la repudiación al interpretar que el adverbio *siempre* se refiere al beneficio de inventario y no a la declaración de voluntad aceptando la herencia; mientras que en la dicción el artículo 28 LSI el citado adverbio se refería a la aceptación impidiendo, de esta guisa, la repudiación por el ente catalán. Y no lo pensamos, básicamente, por tres órdenes de razones: el primero, porque supondría un cambio muy poco afortunado y cuestionable en relación con todo el Derecho anterior, así como con los antecedentes históricos; el segundo, porque el propio Preámbulo del cuerpo sucesorio catalán se cuida de destacar que, en materia de sucesión intestada, se recoge el texto y la sistemática del la LSI de 1987, con dos salvedades que nada tienen que ver con la sucesión de la Generalidad³⁰³; y,

³⁰³ Se recordará que consisten en la mejora de la posición del cónyuge viudo cuando concurre con descendientes y la adaptación de la Ley a la, entonces, nueva normativa sobre la adopción de 1987. Destaca este hecho L. PUIG I FERRIOL, «Les bases del nou Codi de Successions», El nou Dret successori de Catalunya, VII Jornades de Dret Català a Tossa, 1992, p. 17.

el tercero, porque no se correspondería con la función social que está llamada a desempeñar esta persona jurídica de Derecho público en el Derecho sucesorio y que ya hemos puesto de relieve en líneas anteriores. Por todo ello, consideramos que se impone el mismo planteamiento, esto es, la Generalidad carece de la posibilidad de repudiar una herencia intestada deferida en favor suyo, de manera que, desde la perspectiva de la interpretación gramatical se impone la afirmación según la cual el adverbio *siempre* se refiere, también, a la aceptación evitando, de este modo, la posibilidad de repudiar³⁰⁴.

Aclarado este extremo, interesa destacar otro aspecto que se relaciona directamente con el anterior. De los preceptos referidos (art. 348 CS y 28 LSI) parece desprenderse que la aceptación de la Generalidad tiene lugar mediante la declaración judicial de herederos. Dicho con otras palabras, que ésta equivale a (o hace las funciones de) aceptación. Sin embargo, a continuación, se advierte que dicha declaración judicial debe ser previa. Ciertamente, de forma cronológica, en primer lugar, acontece la resolución declarando heredera intestada a la Generalidad cuya misión, como ya se ha destacado, es la de aclarar la delación en favor del ente autonómico catalán e, inmediatamente después sin solución de continuidad, se entiende adquirida la herencia *iure delationis*. Dada la función que desempeña la citada declaración, sí puede afirmarse que la Generalidad adquiere las herencias intestadas *ipso iure* mediante dicha declaración, con la consiguiente retroacción de efectos al momento de la apertura de la sucesión. Así pues, parece nítido que la regla que establece el artículo 348 CS es la imposibilidad de repudiación por parte de la Generalidad o dicho, inversamente, la adquisición *iure delationis*³⁰⁵. Por otro lado, es una regla que aparece recogida, de modo explícito, en derechos cercanos al nuestro. Así, aparece en el § 1942.2 BGB o el artículo 586 Cc italiano.

Esta adquisición automática supondrá que no se aplique la norma del artículo 28 CS, puesto que no prescribiría, en este caso, el derecho a aceptar o repudiar la herencia. Tampoco cabe la *interrogatio in iure* por parte de los acreedores y legatarios y no existe la facultad que confiere el artículo 23 CS a los acreedores.

³⁰⁴ A. CASANOVAS MUSSONS, desde otro punto de vista, sostiene que no se aplican los conceptos de aceptación y de repudiación a la Generalitat puesto que su título de *heredero* significa que sólo la adquisición del caudal relicto se fundamenta en criterios de derecho privado y no de derecho público, (*Compendi de Dret civil català*, coord. por F. BADOSA COLL, Madrid, 1999, p. 555).

³⁰⁵ Sobre este extremo existe consenso en la doctrina, *vid.* entre otros, E. ROCA I TRÍAS, *Institucions*, III, p. 453; L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Comentarios*, II, p. 1.179; A. DE LEÓN ARCE y C. MORENO-LUQUE CASARIEGO, «Sobre», p. 517.

2. OTROS DERECHOS AUTONÓMICOS

En relación con los derechos vasco, balear y valenciano deberá estarse a la interpretación de los preceptos correspondientes del Código Civil en esta materia, según la cual se trata, también, de una adquisición *iure delationis*. En el caso concreto de la Generalidad valenciana, se ha considerado que ésta es un adquirente *ipso iure* de las herencias deferidas en su favor³⁰⁶.

Por su parte, la Ley 315 del Fuero Nuevo de Navarra regula la adquisición *ipso iure* de la herencia en general. Luego, éste es el sistema de adquisición de la herencia intestada por parte de la Comunidad Autónoma de Navarra en consonancia con lo advertido anteriormente.

Respecto del Hospital de Nuestra Señora de Gracia como heredero intestado de aquellos que fenecen en él o en establecimientos dependientes del mismo³⁰⁷, puede afirmarse que no es posible la repudiación de la herencia dado el tenor del artículo 221 Ley 1/1999, de sucesiones por causa de muerte; como tampoco podrá repudiar la Comunidad Autónoma aragonesa cuando sea llamada en último lugar (art. 220)³⁰⁸. De hecho, ambos preceptos prescinden de la referencia a la aceptación a beneficio de inventario por parte de dichos entes, en la misma línea que sus precedentes legislativos (arts. 135, 136, 136 bis Compilación de Aragón). Sólo se prescribe el destino a dar al remanente cuando sean llamados a la sucesión intestada, previa declaración judicial de herederos.

Finalmente, en lo atinente a Galicia, la nueva Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil, en su artículo 154, advierte que «*la herencia se entenderá aceptada a beneficio de inventario*». No aparece el adverbio *siempre*, que viene caracterizando a algunas legislaciones, lo que no empece para sustentar la misma opinión: no cabe la repudiación por parte de la Comunidad autónoma gallega³⁰⁹.

³⁰⁶ Desde un punto de vista histórico, puede consultarse la obra de P. MARZAL RODRÍGUEZ, *El derecho de sucesiones en Valencia foral y su tránsito a la Nueva Planta*, Universitat de València, 1998, pp. 271 ss.; para el derecho valenciano vigente, *vid.* F. DE P. BLASCO GASCÓ y M. CLEMENTE MEORO, «La sucesión», p. 413.

³⁰⁷ En otra ocasión hemos sostenido que, en esta hipótesis, la verdadera heredera era la Diputación provincial (*La herencia*, p. 138). Sin embargo, rectificamos la opinión.

³⁰⁸ E. MOLINS GARCÍA-ATANCE, con base en la legalidad anterior, sostenía que la Comunidad Autónoma aragonesa ostentaba la posibilidad de repudiar («La reforma de la sucesión intestada de la Comunidad Autónoma de Aragón» *Rev. Der. Civ. Aragonés*, núm. 1, 1995, p. 51). Nosotros mantenemos el criterio contrario.

³⁰⁹ M.ª P. GARCÍA RUBIO mantiene que, mientras se garantice la liquidación del causal relicto no tiene porqué abrirse la sucesión intestada en favor de la Comunidad autónoma gallega («La sucesión», p. 252). Probablemente, la autora esté pensando en la distribución de toda la herencia en legados, figura que pudiera entenderse presente en el

III. LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA GENERALIDAD EN CUANTO HEREDERA AB INTESTATO. REFERENCIA AL ARTÍCULO 33 EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 35 Y 36 CS

El artículo 348 CS debe relacionarse con el artículo 33 del mismo cuerpo legal, en virtud del cual las entidades de Derecho público gozan por ministerio de la ley de la limitación de la responsabilidad³¹⁰. Dicho beneficio no decae por el hecho de no haber formado inventario, si bien, en la práctica, suele llevarse a cabo, ya sea el de carácter administrativo al que se refiere el artículo 8 Decreto 244/1995 o el de carácter judicial al que alude el artículo 793 LEC, ni por no haber manifestado su voluntad de acogerse al mismo.

Sin embargo, la legislación catalana no se ha caracterizado por señalar que la aceptación a beneficio de inventario es sólo a los EFECTOS del mismo, como, por ejemplo, sí se establece en el artículo 957 Cc con la consiguiente remisión al artículo 1.023 del mismo cuerpo civil. De ello, podría derivarse que se aplica a la Generalidad en cuanto heredera intestada la completa disciplina del beneficio de inventario. Nos parece que, del análisis de los preceptos de la misma, se deduce fácilmente que no todos resultan de aplicación. Así, no se aplica el artículo 30 CS relativo a la formación de inventario y a la declaración de querer aceptar la herencia a beneficio de inventario; el artículo 31 CS que se refiere a esta última cuestión; el artículo 32 CS que impone la sanción en caso de no haberse perfeñado el inventario; el artículo 36.3 CS sancionador de las actuaciones fraudulentas del heredero, y, finalmente, el artículo 37 CS

ordenamiento jurídico gallego en aplicación de lo prescrito por el artículo 3 Ley 4/1995, «*siempre que no se oponga a los principios del ordenamiento jurídico gallego*». Y, en ese caso, no parece existir oposición.

³¹⁰ Asimismo, *vid.* el artículo 12.2 LPG donde se establece que: «*L'acceptació d'herències sempre s'entendrà que és feta a benefici d'inventari*».

El antecedente inmediato del artículo 33 CS fue el artículo 262 CDCC (1984) donde se señalaba que: «*Gaudiran de ple dret d'aquest benefici* (se refiere al beneficio de inventario), *encara que no hagin pres inventari, els hereus menors d'edat...*

També es consideraran acceptades a benefici d'inventari les herències deixades als pobres i, en general, les destinades a fins benèfics, docents o piadosos».

Como puede observarse este precepto no recogía a los entes de Derecho público, aunque a ellos se refería el artículo 501.1 del Proyecto de Compilación de 1955. De todos modos, con base en dicho precepto, podía pensarse que la Generalitat era una beneficiada de derecho sin necesidad de declaración alguna al respecto solicitando la limitación de la responsabilidad y sin necesidad de realizar el inventario. Aunque el precepto no se refería directamente a ella, podía sostenerse que la incluía en la referencia a las herencias destinadas a fines benéficos, docentes o piadosos (M.^a C. GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentarios*, XXIX, vol. III, pp. 351 y 359).

acerca del beneficio de separación de patrimonios. En esta dirección, sólo los artículos 35 y 36.1 y 2 CS, que regulan los EFECTOS de la limitación de la responsabilidad por las deudas del causante, resultan de aplicación³¹¹, lo que determina que la heredera –la Generalidad– sólo responda *intra vires cum viribus* (art. 35.1 CS); que no se extingan por confusión las relaciones jurídicas transmisibles del causante al heredero (art. 35.2-3 CS)³¹² y que vinculen al heredero los actos propios del causante (art. 35.4 CS).

Esta limitación de la responsabilidad comporta la separación de complejos patrimoniales³¹³. Separación más que necesaria en caso de que la sucesora sea la Generalidad, por cuanto el remanente está afecto a un fin sin que pueda confundirse, para ningún efecto, con el resto del patrimonio del que la misma es titular (en concreto, con los bienes patrimoniales). Conviene, en este momento, detenerse en la noción de patrimonio cuando su titular es la entidad autonómica catalana³¹⁴.

1. EL CONCEPTO DE PATRIMONIO DE LA GENERALIDAD. LA SEPARACIÓN DE NÚCLEOS PATRIMONIALES

La Ley de Patrimonio de la Generalidad parece partir de una concepción amplia de *patrimonio* al comprender y regular no sólo los *bienes patrimoniales* sino también los *bienes de dominio público*³¹⁵. Es, en nuestra opinión, el artículo 2.1 de la Ley 10/1982, de 12 de julio, de finanzas públicas de Cataluña³¹⁶, el que se corresponde con esa noción amplia –complejo de relaciones jurídicas que tienen un contenido económico, reducidas a la unidad por pertenecer a un mismo sujeto– cuando preceptúa que: «*integra la hacienda de la Generalidad el conjunto de los ingresos y de las obligaciones económico-financieras que le correspondan*».

³¹¹ E. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *Comentarios*, I, pp. 109 y 111; A. STEIN, en SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 12.ª ed., Berlín, 1992, Rn. 8, p. 235; D. LEIPOLD, *Erbrecht*, p. 83; del mismo autor, *vid. Münchener*, Rn. 22, p. 263; H. LANGE y C. KUCHINKE, *Lehrbuch*, p. 268; M. HARDER, *Grundzüge des Erbrechts*, 4.ª ed., Berlín, 1997, p. 30; A. PALAZZO, *Le Successioni*, I, p. 489.

³¹² El análisis de la liquidación de esta relación jurídica unisubjetiva (art. 36 CS) será desarrollado posteriormente. De todos modos, debe decirse, desde luego, que no es de aplicación el inciso final del artículo 35.3 CS a la sucesión legítima de la Generalidad de Cataluña.

³¹³ J. MARSAL GUILLAMET, *Compendi*, p. 435.

³¹⁴ Para la normación del patrimonio por parte de las Comunidades Autónomas y su autonomía financiera, así como su competencia con base en la Carta Magna, *vid. S. NAVAS NAVARRO*, «La adquisición», pp. 26-33.

³¹⁵ Destaca este rasgo A. BARBERÀ I GOMIS, «Patrimonio», III, pp. 566 ss.

³¹⁶ *DOG*C, núm. 242, de 21 de julio de 1982.

De otra parte, dentro del patrimonio es posible individualizar una determinada masa patrimonial por resultar afecta a un determinado fin, fin mediante el cual se satisfacen los intereses que la ley toma por norte. Se alude, entonces, sabido es, a *patrimonio separado*³¹⁷. Esta configuración jurídica es la propia de las herencias intestadas adquiridas por la Generalidad, puesto que constituyen dentro de su patrimonio un núcleo patrimonial destinado a unos fines concretos. Básicamente, son dos: en primer lugar, la masa persiste individualizada para hacer frente a su liquidación³¹⁸; en segundo lugar, una vez desaparecido el anterior —y que justificaría el venir a menos de la separación— la ley establece, prescindiendo de la voluntad del titular del patrimonio, que continúe separada, pero, ahora, afecta a un *fin de utilidad pública general exclusivo y excluyente* de cualquier otro. Se establece, pues, una jerarquía de fines.

No obstante, este fin de utilidad pública general no se caracteriza, como sí ocurre en el caso de que el heredero sea el Estado, por su *mixticidad* y que, en cambio, sí se podía predicar del modificado artículo 248 CDCC (1984). Es decir, el artículo 347 CS —como en su momento el artículo 27 LSI (1987)— previene el destino que se le ha de dar a los bienes heredados o a su producto o valor. Se trata de un fin concreto —*altruista*— y se agota en él. No existe ninguna cuota destinada al Tesoro público catalán. No aparece, pues, ninguna finalidad de índole publicística. En definitiva, los bienes acaban revirtiendo en la colectividad aunque sea de modo indirecto.

Por otro lado, debe señalarse que, a efectos de calificación y régimen jurídico, estos bienes y derechos, o su valor, son considerados, ya lo hemos advertido, como bienes patrimoniales (arts. 3 y 4 LPG).

2. BREVE REFERENCIA A LOS DERECHOS VASCO, ARAGONÉS, NAVARRO Y GALLEGO

El artículo 73 de la Ley civil vasca al llamar *in extremis* a la Diputación foral omite cualquier referencia a la limitación de la responsabilidad por lo que la doctrina aconseja que la aceptación, que realice el ente público, se haga a beneficio de inventario³¹⁹.

³¹⁷ Sobre estas cuestiones, *vid.* S. NAVAS NAVARRO, *La herencia*, pp. 165 ss.

³¹⁸ El beneficio de inventario comporta una separación de núcleos patrimoniales perfectamente delimitados con fuentes de adquisición propias de otros bienes en virtud de la subrogación real (E. ROCA I TRÍAS, *Instituciones*, III, pp. 534 ss).

³¹⁹ CELAYA IBARRA, A., *Derecho*, p. 189.

En nuestra opinión, sin embargo, podría sostenerse que la Diputación adquiere, en virtud del *ius delationis*, y que es una beneficiada de derecho al aplicar, en estos aspectos, supletoriamente el Código Civil, por mor del artículo 3.1 del propio texto legal vasco.

La Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte adopta, como regla general, la limitación de responsabilidad *ultra vires cum viribus* (art. 40.1: «*El heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario*»). Además, no precisa realizarse protesta acogiéndose al beneficio, de suerte que no regula, la propia Ley, causas de pérdida del beneficio. Ésta es, pues, la disciplina a aplicar a la Comunidad Autónoma de Aragón en cuanto heredera intestada.

Por el contrario, la Ley 318 del Fuero Nuevo de Navarra establece la responsabilidad del heredero *intra vires pro viribus*. En efecto, dicha norma establece que: «*el heredero responderá frente a los acreedores hereditarios y legatarios con el valor de los bienes de la herencia exclusivamente, pero si se excediere en el pago a los acreedores, éstos no estarán obligados a restituir. Se considerarán también acreedores de la herencia los que lo sean por gastos de última enfermedad, entierro y funerales*». Consideramos cuestionable que esta norma resulte aplicada cuando la heredera *in extremis* sea la Comunidad Autónoma navarra en atención, principalmente, a la función social que desempeña en cuanto ostenta dicha *veste*.

Finalmente, en relación con Galicia conviene destacar que la limitación de la responsabilidad por las deudas del causante intestado aparece recogida en el artículo 154 de la Ley civil gallega, sin que para gozar de dicho beneficio se tenga que realizar protesta alguna al respecto o deba formarse inventario. La responsabilidad por las deudas del causante es, también en el sistema gallego, *intra vires cum viribus*³²⁰.

IV. LA ADMINISTRACIÓN DE LA HERENCIA

La herencia deferida en favor de la Generalidad es, como hemos manifestado, un patrimonio en liquidación al cual no son aplicables

³²⁰ Análogo planteamiento hace M.^a P. GARCÍA RUBIO en relación con la limitación de la responsabilidad por las deudas del causante cuando la heredera en último término sea la Comunidad gallega («La sucesión», p. 253).

todos los preceptos relativos a la liquidación de la herencia beneficiada. Ello es consecuencia de la parcial aplicación del régimen jurídico del beneficio de inventario. Como patrimonio que tiende a su liquidación es un patrimonio en administración; tarea que puede, en determinados supuestos, llevar a cabo la propia heredera, mediante la Junta Distribuidora de Herencias (art. 12 del Decreto 244/1995), de acuerdo con las reglas prescritas tanto por el Código de Sucesiones, por la Ley procesal civil como por el Decreto 244/1995. Debe procederse, seguidamente, a exponer los pormenores del proceso liquidatorio iniciando el estudio con las cuestiones relativas a la administración para, en un momento posterior, abordar los extremos relativos al régimen jurídico de los derechos de crédito, deudas, pago de legados y diferenciar las relaciones jurídicas unisubjetivas de aquellas que no lo son.

1. FASE PREVIA A LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE HEREDERO EN FAVOR DE LA GENERALIDAD CATALANA

Dado que, como hemos puesto de relieve, la declaración judicial de heredero marca el instante en el que la delación resulta aclarada, conviene diferenciar dos momentos temporales básicos: antes y después de la repetida declaración. Pero, además, habida cuenta de que la LEC establece una serie de medidas especiales de aseguramiento de los bienes desde que se inicia el proceso hasta que se obtiene la declaración de herederos *ab intestato*, conviene, a su vez, distinguir dos subfases: la previa al inicio del proceso propiamente dicho y la que se corresponde con la tramitación del mismo hasta que recae la declaración de heredera en favor de la Generalidad.

1.1 Período anterior al inicio del procedimiento

A dicha fase se refiere de forma fugaz el artículo 5.1 del Decreto 244/1995³²¹, según el cual la Dirección General del Patrimonio de la Generalidad de Cataluña es el órgano competente para llevar a cabo todas las «*gestiones previas*» hasta que los servicios jurídicos

³²¹ Cfr. artículo 6.1 del Decreto 94/1999 (Galicia); artículo 6.2 del Decreto 166/1988 (Navarra).

del Departamento al que pertenece dicho órgano –Departamento de Economía y Finanzas– promueva el correspondiente procedimiento judicial de declaración de herederos *ab intestato*, esto es, se inicie el proceso propiamente dicho. En lo concerniente a qué gestiones sean éstas no se dice nada en la norma reglamentaria de la que tratamos; mientras que una mínima referencia a las actuaciones durante la tramitación del proceso sí existe en el propio artículo 5, párrafo segundo, siempre a salvo –y, por consiguiente, con supeditación a– las medidas que el juez considere pertinente adoptar. Por ello, deberemos dirigir, una vez más, nuestra atención a la normativa civil teniendo en cuenta que puede tratarse de una sucesión abierta bajo la vigencia de la CDCC (1984), la LSI (1987) o el CS (1991) (art. 12 *i. f.* del Decreto 244/1995). Nosotros haremos referencia, en este comentario, al último cuerpo de Derecho privado, sin perjuicio de las peculiaridades propias que prevé el Decreto en función de la fecha de la apertura de la sucesión y que guardan relación directa con la distribución del remanente.

Ahora bien, antes de ocuparnos de las actuaciones sobre la conservación y administración del caudal relicto, en esta fase previa, conviene referir la forma y las personas que pueden –y que deben– comunicar al Departamento antes citado el fallecimiento de una persona que no tenga deudos con derecho a heredar.

1.1.1 SUJETOS QUE DEBEN Y QUE PUEDEN COMUNICAR EL ÓBITO DE UNA PERSONA

Como la rúbrica de este epígrafe evidencia, conviene distinguir las personas que *deben* poner en conocimiento del Departamento de Economía y Finanzas el hecho del fallecimiento de una persona, de aquellas otras que *pueden* denunciar a dicho órgano el mismo dato material. La razón de la diferencia se encuentra en el peculiar trato jurídico que se da a las segundas en relación con las primeras.

i) *Personas que deben comunicar el fallecimiento.* En primer término, destacan las *autoridades o funcionarios* que, por cualquier medio o conducto, tengan conocimiento del fallecimiento de una persona sin herederos (art. 2.1 Decreto 244/1995)³²². Dichas autoridades deben tener conocimiento de este dato en el ejercicio o por razón del cargo que desempeñen, dado que, en caso contrario, nos hallaríamos ante el grupo de personas que destacaremos en segundo lugar, esto es, aquellas perso-

³²² Cfr. artículo 3 del Decreto 94/1999 (Galicia); artículo 3.1 del Decreto 166/1988 (Navarra).

nas que pueden denunciar la muerte de otra al órgano administrativo en cuestión. De hecho, el propio precepto alude a este extremo, si bien de forma indirecta, cuando manifiesta que «... por razón de su condición...». Por otro lado, debe advertirse que, aunque el precepto alude a obligación, en realidad, se trata más bien de un deber propio de su cargo cuyo incumplimiento dará lugar, en su caso, a la sanción disciplinaria correspondiente en función de la categoría funcional. Sobre este último aspecto no se pronuncia el Decreto catalán.

También están obligadas a comunicar la muerte de una persona sin herederos *los propietarios o arrendatarios de la vivienda o establecimiento en el que haya tenido lugar el fallecimiento* (art. 2.2, primer inciso del Decreto 244/1995)³²³. Esta norma sólo alude al derecho de propiedad, por un lado, y al arrendamiento, por otro. Sin embargo, entendemos que resulta igualmente de aplicación a aquellos supuestos en que se ostenten otros derechos reales (limitativos del dominio) sobre la vivienda o establecimiento en el que ocurra el deceso. En la misma línea, también resulta aplicable cuando el vínculo contractual no se ciña al contrato de arrendamiento, sino que se trate, a título de ejemplo, de un contrato de comodato o de una situación de precario. No obstante, el artículo 2.2 puede resultar inaplicable cuando dichas personas acudan directamente a la autoridad judicial para poner en su conocimiento el evento relacionado con la muerte de una persona, máxime si se considera que el artículo 790 LEC contempla una legitimación amplia para poner en conocimiento del tribunal la noticia del fallecimiento de una persona. Creemos que el incumplimiento de una de estas normas excluye el cumplimiento de la otra. No cabe imponer al titular de la vivienda donde ocurre el fallecimiento la doble carga de comunicar el hecho al Departamento perteneciente a la Generalidad y a la autoridad judicial para que prevenga la intervención del caudal hereditario, puesto que una vez se haya dirigido a ésta, el juez citará a los interesados, entre los que se encuentran los servicios jurídicos de las Comunidades Autónomas (art. 793.3.6.º LEC).

Asimismo, debe comunicar la muerte de un sujeto *cualquier persona en cuya compañía hubiera vivido el fallecido* (art. 2.2 del Decreto 244/1995).

Finalmente, el artículo 2.2 del Decreto 244/1995³²⁴ menciona al *administrador o apoderado* del finado como personas que deben informar de su muerte. El precepto alude indistintamente a admi-

³²³ Cfr. artículo 3.2, primer inciso, del Decreto 94/1999 (Galicia); artículo 3.3 del Decreto 166/1988 (Navarra).

³²⁴ Cfr. artículo 3.2, segundo inciso, del Decreto 94/1999 (Galicia); artículo 3.3 del Decreto 166/1988 (Navarra).

nistrador y a apoderado. En nuestra opinión, la nota central que los diferencia se halla en que, en el primer caso, se trata de un mandatario sin poder de representación; mientras que, en el segundo, existe una relación jurídico-representativa. Entendido de este modo, puede señalarse que la responsabilidad del sujeto que debe comunicar la muerte se incardina dentro de la normativa del contrato de mandato ya que el óbito del mandante supone la extinción del mandato (art. 1.732.3 Cc). Así, lo hecho por el mandatario desconociendo la muerte del mandante será válido y surtirá todos los efectos respecto de los terceros que hayan contratado con él de buena fe (art. 1.738 Cc). Conocida la muerte del mandante cesa el mandato (art. 1.732.2 Cc) y el mandatario pondrá en conocimiento del Departamento de Economía y Finanzas o de la autoridad judicial el hecho con el fin de que se tomen las medidas pertinentes para evitar que se malogren los bienes que componen el patrimonio relicto. Con todo, a los actos que lleve a cabo el ex mandante en interés del caudal deberán aplicarse, en nuestro sentir, las normas sobre la gestión de negocios ajenos (arts. 1.888 a 1.894 Cc).

ii) *Personas que pueden comunicar el óbito.* En relación con estas personas, el Decreto autonómico diferencia dos grupos en función de que exista derecho a premio. El primero de estos grupos se recoge en el artículo 3³²⁵: cualquier persona puede denunciar la muerte de quien carezca, presumiblemente, de herederos mediante la presentación de un escrito dirigido al Departamento citado. Dicho escrito deberá acompañarse con la justificación de la defunción de esa persona y domicilio del causante en el momento en que acaeció la misma. En el escrito presentado, el denunciante deberá manifestar que no tiene conocimiento de la existencia de herederos legítimos y relacionará los bienes dejados por el causante indicando su emplazamiento y situación. Asimismo, mencionará los nombres y domicilios de los administradores, arrendatarios, depositarios o poseedores en cualquier concepto de los bienes. Puede atisbarse que, normalmente, este grupo de personas estará formado por personas cercanas al finado ya sea por una relación de amistad como por una relación de parentesco más allá del cuarto grado y que, por tanto, tienen acceso, en mayor o menor medida, a los datos que se deben aportar en la denuncia, si desean obtener el premio que la normativa prescribe. Toda esta información facilitará, de otra parte, la solicitud de la declaración de heredero por parte de los servicios jurídicos de la Generalidad.

Estas personas, como se acaba de afirmar, tienen derecho a un premio, el cual consiste en el diez por ciento de la parte que propor-

³²⁵ Cfr. artículo 4 del Decreto 94/1999 (Galicia); artículo 4 del Decreto 166/1988 (Navarra).

cionalmente corresponda a los bienes relacionados en su denuncia en el caudal líquido que se obtenga computando los bienes que, en su caso, se exceptúen de la venta, siempre que en el escrito de denuncia así se solicite o se pida con posterioridad a la denuncia (art. 22.1 del Decreto 244/1995)³²⁶. El precepto, de inteligencia difícil, hace referencia expresa al caudal líquido, esto es, una vez ya han sido satisfechas las deudas y demás cargas hereditarias. En el supuesto de que sean varios los denunciantes, tendrá la condición de tal aquél que, en primer lugar, haya comunicado al órgano correspondiente la defunción de una persona con la aportación de toda la documentación requerida.

Aquellas personas que denuncien la existencia de otros bienes pertenecientes al mismo causante y el hecho sea acompañado por los documentos necesarios, tendrán derecho respecto de dichos bienes al premio señalado con anterioridad (art. 22.2 del Decreto 244/1995).

El Decreto 244/1995 sólo prevé en qué consiste el premio cuando se trata de una sucesión abierta bajo la vigencia de la LSI (1987) o del CS; mientras que guarda silencio en relación con el procedimiento liquidatorio de una herencia intestada que se rige por la normativa de la CDCC (1984). ¿No existe, entonces, derecho a un premio, a pesar de que el artículo 3 es aplicable a todos los supuestos? La respuesta afirmativa debe imponerse pues no existe ninguna razón plausible para esta diferenciación. En este sentido, entendemos que también gozarán del mismo premio en los términos establecidos en el artículo 22.

Otra cuestión debe plantearse. El Decreto no señala qué sucede con el premio en caso de que sean varias personas, conjuntamente, quienes denuncien la muerte de otra y aporten los documentos de rigor. Deberá estarse, en nuestro sentir, al acuerdo establecido entre ellos y, en caso de controversia, decidirá la autoridad judicial.

El otro grupo de personas que puede denunciar el fallecimiento de un sujeto sin herederos se refiere a todo aquel que tenga noticia de la defunción de alguna persona de la que pudiera la Generalidad ser heredera intestada (art. 4 del Decreto 244/1995)³²⁷. Esta persona podrá comunicar el hecho a cualquier autoridad o funcionario público, ya sea oralmente o por escrito. Esta denuncia no conlleva para el denunciante la contracción de ningún deber ni podrá ser requerido para actuación alguna por parte de los órganos de la Generalidad, salvo que el mismo preste de modo espontáneo su colaboración en la línea de probar o ampliar lo manifestado o con-

³²⁶ Cfr. artículo 20 del Decreto 94/1999 (Galicia); artículo 20 del Decreto 166/1988 (Navarra).

³²⁷ Cfr. artículo 5 del Decreto 94/1999 (Galicia); artículo 5 del Decreto 166/1988 (Navarra).

currir a las diligencias en que se considere necesaria su intervención. Esta persona no tendrá derecho a premio.

1.1.2 ADMINISTRACIÓN CONSERVATIVA DEL PATRIMONIO HEREDITARIO

Una vez la Dirección General del Patrimonio tiene conocimiento de la existencia del deceso de una persona sin parientes con derecho a heredar, lo comunicará a los servicios jurídicos³²⁸ para que éstos procedan a solicitar la declaración judicial de heredera en favor de la Generalidad (art. 6 del Decreto 244/1995)³²⁹. Ésta, en cuanto heredera llamada, podrá realizar actos de administración y conservación del patrimonio hereditario. Se trata de una administración que tiene fundamentalmente carácter conservativo.

En este punto, debe recordarse que el heredero catalán no ostenta la posesión civilísima como prescribe el artículo 6 CS, precepto que, creemos aplicable a la Generalidad en cuanto heredera legítima³³⁰. A partir de la declaración, podrá entrar en la posesión —adquirirá el *ius possessionis* pues tras la declaración de heredera ostenta el *ius possidendi*— de los bienes y ejercitar los derechos sucesorios que le competen en cuanto titular activo o pasivo de las relaciones jurídicas transmisibles del causante (v. gr., ejercicio de la acción reivindicatoria, negatoria, de petición de herencia, interdicto de adquirir, etc.), como cualquier otro heredero. De ahí que el artículo 7.1 del Decreto 244/1995³³¹ establezca que, una vez que el auto de declaración de herederos en favor de la Generalidad de Cataluña sea firme, la Dirección General de Patrimonio deberá proceder a entrar en la posesión de los bienes, tanto muebles como inmuebles, y podrá llevar a cabo los actos necesarios para esta finalidad.

De todos modos, esto no quiere decir que antes de que se inicie el procedimiento judicial, la entidad catalana no pueda llevar a cabo los actos de conservación y de administración del patrimonio relicto que considere necesarios, si no ha sido designado, por el causante, un albacea universal (art. 8.2 CS), en cuyo caso el testamento,

³²⁸ Los servicios jurídicos podrán reclamar de las autoridades y oficinas públicas cuantos datos y documentos juzguen necesarios. Así, podrán recabar información registral sobre los bienes inmuebles o determinados bienes muebles, datos catastrales, certificado de últimas voluntades, etc.

³²⁹ Cfr. artículo 6 del Decreto 94/1999 (Galicia); artículo 6 del Decreto 166/1988 (Navarra).

³³⁰ Entienden que el heredero catalán goza de la posesión civilísima: J. M. PUIG SALELLAS, *Comentarios al Código de Sucesiones*, I, Barcelona, 1994, p. 27; L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Comentarios*, II, p. 1180, en el caso de la sucesión intestada de la Generalitat.

³³¹ Cfr. artículo 8 del Decreto 94/1999 (Galicia); artículo 8 del Decreto 166/1988 (Navarra).

como se sabe, sería válido³³². Es, en definitiva, consecuencia de la función que se asigna a la Generalidad en cuanto llamada en último término a la sucesión.

En cambio, lo que no podrá hacer, hasta que no recaiga la referida declaración judicial, es liquidar el patrimonio, satisfacer las cargas y deudas hereditarias, cobro de derechos de crédito y pago, en su caso, de legados, así como atender a otras disposiciones establecidas por el testador a cargo de los herederos intestados (art. 122.1 CS)³³³. Aunque, la Generalidad no ostente la posesión civilísima, podrá interponer interdictos en defensa de los bienes relictos (art. 8.1 CS), de suerte que podrá ejercitar los interdictos de retener o de recobrar, si el causante fue inquietado en (o despojado de) la posesión por el tiempo que falte hasta que transcurra el año³³⁴. En esta tarea, no podrá utilizar el privilegio que le confiere el artículo 32.2 LPG (asimismo, artículo 60.2 RPG), salvo que sea a ella, en cuanto heredera, a la que se despoje de la posesión una vez que ya ha subentrado en las relaciones jurídicas transmisibles que conforman la herencia, puesto que ella sucede como un heredero más pero en tanto ente público. Podrá, a su vez, hacer suyos los frutos desde el fallecimiento del causante. Además, se dará la *successio possessionis*, siendo la Generalidad, por hipótesis, una poseedora de buena fe a la que no afectarán los vicios de la posesión del causante (art. 6 CS y art. 442 Cc). La prescripción adquisitiva correrá en favor o en contra de la herencia (arts. 1.941 y 1.934 Cc).

1.2 La tramitación del procedimiento hasta la declaración judicial de herederos

En este período, el juez que debe practicar las actuaciones necesarias para averiguar si existe alguna persona con derecho a heredar, mandará, mediante auto, que se proceda a ocupar los libros, papeles y correspondencia del difunto y a inventariar y depositar los bienes, disponiendo lo que proceda acerca de la administración de los mismos (art. 791.2 LEC). En relación con este último aspecto, deberá atenerse a lo que hubiera dispuesto el testador (art. 795 LEC). Así, si nombró un albacea universal, será éste el que lleve a cabo dicha labor. Si no se ha designado ningún ejecutor testamentario o el designado no aceptó el encargo, el juez podrá nombrar como administrador al heredero (en nuestro supuesto, la Generalidad) o, in-

³³² En relación con las funciones básicas de éste, *vid.* artículo 316 CS.

³³³ En esta línea, A. STEIN, en SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Rn 1, p. 342.

³³⁴ J. M. PUIG SALELLAS, *Comentaris*, I, p. 27.

cluso, a un tercero (art. 795 LEC). De hecho, el artículo 5.2 del Decreto 244/1995³³⁵ prescribe que, cuando no se haya nombrado un administrador judicial, será la Generalidad la encargada de llevar a cabo todos los actos de administración y conservación de los bienes que forman el patrimonio hereditario. Asimismo, en este período, la administración de la herencia tiene carácter conservativo.

Durante esta fase se procederá a formar inventario en los términos que prevé el artículo 793 LEC. Al mismo deberá ser citado «*el Abogado del Estado, o, en los casos previstos legalmente, los Servicios jurídicos de las Comunidades Autónomas, cuando no conste la existencia de testamento ni de cónyuge o parientes que pueden tener derecho a la sucesión legítima*». Dígase, desde ya, que serán citados no sólo cuando no exista testamento, sino en todos aquellos supuestos en los que se abra la sucesión intestada y la Generalidad tenga derecho a suceder en último lugar.

2. LA HERENCIA DEFERIDA A LA GENERALIDAD COMO HERENCIA EN ADMINISTRACIÓN «ESPECIAL»

Una vez haya sido la Generalidad declarada heredera, mediante auto firme³³⁶, la Dirección General del Patrimonio deberá proceder a entrar en la posesión de los bienes y podrá llevar a cabo todos los actos tendentes a esa finalidad (art. 7.1 del Decreto 244/1995)³³⁷. De esta forma, ostentará el *ius possessionis*, lo que se corresponde con el hecho, antes destacado, de que el heredero catalán no goza de la posesión civilísima. En el caso de que los bienes muebles estén depositados en el Juzgado, el director general del patrimonio —éste ejecuta las decisiones que tome la Junta Distribuidora de Herencias (art. 14 del Decreto 244/1995)³³⁸, el cual además podrá otorgar los documentos y realizar los actos que considere necesarios— solicitará su entrega, así como de los documentos correspondientes que también se encuentren en poder del tribunal (art. 7.2 del Decreto 244/1995).

Adquirida la posesión, por la Dirección General del Patrimonio, ésta extenderá un acta que deberá acompañarse de un inventario de

³³⁵ Cfr. artículo 6,1 del Decreto 94/1999 (Galicia: «...*practicadas as actuacións que xulgue necesarias...*»); artículo 6.2 del Decreto 166/1988 (Navarra: «...*actuaciones practicadas...*»).

³³⁶ Si hubiera habido denunciante, se le comunicará también el auto firme en el que se declare heredera a la Generalitat (art. 7.3 del Decreto 244/1995).

³³⁷ Cfr. artículo 8.1 del Decreto 94/1999 (Galicia); artículo 8.1 del Decreto 166/1988 (Navarra).

³³⁸ Este organismo no aparece previsto ni en el Decreto gallego ni en el navarro. En el primero sus funciones parece llevarlas a cabo la *Secretaría Xeral e do Patrimonio*; en el segundo, la *Sección de Patrimonio* del Departamento de Economía y Hacienda.

los bienes con indicación del lugar en el que se encuentren. Asimismo deberá existir una relación de los títulos de los bienes y derechos y, en general, de todos los documentos relacionados con la herencia (art. 8 del Decreto 244/1995). Ahora bien, en lo concerniente al inventario podría pensarse que basta con aprovechar el inventario judicialmente realizado. La cuestión que se plantea, en derredor de este extremo, acerca de si basta con el inventario judicial o debe realizarse un segundo inventario, pero éste, de carácter administrativo por el órgano pertinente. En principio, podría pensarse que es suficiente el elaborado judicialmente; sin embargo, consideramos que este planteamiento no se cohonestaría bien con el poder de que goza el director general del patrimonio de excluir bienes que no pertenecen a la herencia o de perfeccionar un inventario adicional para el caso de que se descubran otros nuevos. Debería, entonces, en estos casos, acudir-se nuevamente a la autoridad judicial para que se modificara el inventario. En consecuencia, parece que el inventario al que se refiere el Decreto 244/1995, es un inventario de carácter administrativo al que pueden aplicarse las normas de los artículos 33 a 46 RPG, sin perjuicio, por supuesto, de que, para su práctica, se aproveche el contenido del inventario confeccionado en el procedimiento judicial que terminó con la declaración de herederos en favor de la Generalidad.

Respecto de los títulos, debe tenerse presente que la expresión *título*, como se conoce, es ambivalente ya que puede entenderse en *sentido material* y en *sentido formal*. El precepto alude, a nuestro juicio, a esta segunda acepción, es decir, a *documentos*. Parece que el Decreto equipara ambas expresiones.

Si una vez que se ha entrado en posesión de los bienes conocidos, aparecen otros o se comprueba la existencia de otros derechos que pertenecen al caudal hereditario, se elaborará —como ha quedado dicho— un inventario adicional por mandato del director general del patrimonio (art. 9.1 del Decreto 244/1995)³³⁹. Éste tiene, a su vez, competencia para excluir del citado inventario aquellos bienes o derechos que compruebe que no pertenecen a la herencia (art. 9.2 del Decreto 244/1995). La inclusión, en el inventario, de bienes o derechos que no forman parte del *as relicto*, debe tener su causa en un error material, si no habrá que esperar al resultado de la posible tercería de dominio que el perjudicado, titular del bien, interponga para la inclusión o exclusión del bien del inventario en cuestión. En todo caso, correrán los plazos de la prescripción adquisitiva cuando se den los requisitos determinados por la ley.

³³⁹ Cfr. artículo 9 del Decreto 94/1999 (Galicia); artículo 9 del Decreto 166/1988 (Navarra).

En este momento, conviene insistir en el hecho de que la norma reglamentaria, que venimos citando, no aborda las cuestiones de índole civil que intervienen en esta peculiar sucesión. Además, el Decreto catalán parece pensar en una herencia activa en la que sólo existen bienes y derechos y no deudas; por ello, desatiende todas las cuestiones relacionadas con el pago de las deudas con cargo a los bienes hereditarios. Las reglas aplicables son, pues, las ofrecidas por el Código de Sucesiones. De ahí que, mientras no se satisfaga a los acreedores –los conocidos– y a los legatarios se entenderá que la herencia se encuentra en administración especial en interés no solamente del heredero, sino también en interés de los acreedores y legatarios, en su caso³⁴⁰. Así lo advierte el artículo 36 CS: «... *però, fins que quedin pagats tots els creditors coneguts, l'ha de portar en administració especial...*».

En relación con la administración propiamente dicha debemos detenemos en una serie de extremos que, seguidamente, se exponen. Antes debe advertirse, no obstante, que tanto el Decreto 244/1995 como el CS contienen escasas normas acerca de la administración y de la liquidación, además de adoptar, sobre todo, como perspectiva de sus normas a esta última. En concreto, la primera regla citada se remite, en los artículos 12 y 16, a las normas de Derecho civil aplicables en el momento de apertura de la sucesión.

2.1 Inicio de la administración

Una vez la Generalidad entra en la posesión de los bienes, puede afirmarse que se inicia la tarea administradora «especial» del complejo patrimonial que representa la herencia. De todos modos, como estamos viendo, pueden diferenciarse varios momentos en la labor administradora del caudal: antes del inicio del procedimiento, durante la tramitación del mismo (administración conservativa) y a partir de la declaración de herederos mediante auto firme (administración especial). Ahora bien, como ha puesto de relieve la doctrina «*la administración de la herencia beneficiada es diferente de cualquier otra administración del caudal relicto, y lo es por su propia cualificación en cuanto patrimonio: patrimonio en liquidación afectado a un fin específico. Ello determina la especialidad que le predica el texto [...] y a la vez impide que pueda aplicarse otra normativa prevista para otro tipo de administración*»³⁴¹.

³⁴⁰ J. J. LÓPEZ JACOISTE, *Comentarios del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2412.

³⁴¹ M.ª C. GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 370.

2.2 La persona del administrador

El sujeto administrador es el heredero o el albacea universal nombrado por el testador (art. 1.026 Cc)³⁴². En el primer supuesto, será la Generalidad representada por el director general del patrimonio, el cual para el caso de que el complejo de relaciones jurídicas que conforman la herencia lo haga necesario, podrá solicitar la asistencia técnico-profesional necesaria. A tal fin goza de la posibilidad de contratar a terceras personas especialistas cuando no pueda recurrir a los cuerpos técnicos funcionariales de la Generalidad (art. 11.1 Decreto 244/1995)³⁴³. Los honorarios de dichos profesionales correrán a cargo de la herencia (art. 11.2 del Decreto 244/1995).

2.3 Facultades del administrador. Actos de disposición

El Director general del patrimonio procederá a adoptar las medidas que considere necesarias para la adecuada conservación y administración de los bienes (art. 10 del Decreto 244/1995)³⁴⁴. Es menester recordar que: *«la administración del heredero, destinados los bienes a la satisfacción del interés de acreedores y legatarios, tiene prevalente carácter de liquidación: en él encuentra un límite de tiempo y contenido diverso de la administración de bienes que han de restituirse. No se excluye aquí el aspecto de conservación, pero éste es puramente accesorio: en principio, no se exige actividad alguna dirigida a mejorar los bienes o aumentar su valor y las rentas producidas por ellos sólo se podrán desviar de su destino legal cuando resulte indispensable para conservar el estado y valor dentro de los límites de la necesidad, excluyéndose los fines de utilidad, es decir, la búsqueda de un incremento del valor del patrimonio administrado»*³⁴⁵. Así pues, deben llevarse a cabo no sólo medidas tendentes a poner los bienes en lugares seguros, sino a realizar aquellos gastos necesarios para la conservación y reparación ordinaria de los bienes (gastos ordinarios que forman parte de la administración ordinaria de los bienes). Actos que podrán conllevar la disposición de frutos o rentas derivados de los bienes para los cuales no será necesario seguir el procedimiento previsto en el

³⁴² D. LEIPOLD, *Erbrecht*, p. 83.

³⁴³ Cfr. artículo 13 del Decreto 166/1988 (Navarra).

³⁴⁴ Cfr. artículo 11 del Decreto 94/1999 (Galicia); artículo 11 del Decreto 166/1988 (Navarra).

³⁴⁵ J. L. LACRUZ BERDEJO, «La responsabilidad del heredero en el Código civil», *RCDI*, 1961, p. 218.

artículo 18 del Decreto 244/1995. Estos actos no son esenciales de este tipo de administración, antes bien son subsidiarios de la liquidación a la que tiende la herencia ³⁴⁶.

También procederá a la valoración de los bienes, a la inscripción de los bienes inmuebles en el Registro de la propiedad; a depositar el metálico y los títulos valores en la Caja General de Depósitos y, finalmente, a la enajenación de aquellos bienes muebles de fácil deterioro incluidos los semovientes (art. 10 del Decreto 244/1995) ³⁴⁷.

El director general deberá proceder a satisfacer las deudas (entre ellas, las del propio heredero), cobrar los créditos hereditarios, pagar los legados o cargas modales, en su caso, siguiendo los dictados del Código de Sucesiones. Con todo, debe recordarse, que si el causante fue declarado fallecido, mientras no transcurran cinco años desde la declaración mencionada: *«no serán entregados los legados, si los hubiere, ni tendrán derecho a exigirlos los legatarios, salvo las mandas piadosas en sufragio del alma del testador o los legados en favor de instituciones de beneficencia»*. Además, *«será obligación ineludible de los sucesores, aunque por tratarse de uno solo no fuese necesaria la partición, la de formar notarialmente un inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles»* (art. 196 Cc).

Son también cuenta de la herencia, a tenor del artículo 19 del Decreto 244/1995 ³⁴⁸, los gastos producidos como consecuencia de la administración (v. gr. gastos de formación del inventario administrativo, honorarios de especialistas contratados...), los premios que correspondan a los denunciantes, los honorarios del administrador judicial, si se nombró, los gastos producidos en general como consecuencia de la adjudicación y liquidación de los bienes que integran el caudal relicto. A estos gastos deben añadirse todos aquellos que menciona el artículo 34.2 CS y que no aparecen en el precepto reglamentario referido: los gastos de última enfermedad, entierro y funeral, los relacionados con el pago de legados y honorarios del albacea nombrado por el causante, así como cualesquiera otros de análoga naturaleza.

El heredero está también legitimado para actuar en proceso ya sea como demandante o como demandado en tanto en cuanto es el representante de la herencia. Puede interrumpir la usucapión y la prescripción de acciones o derechos, si no lo ha hecho ya como acto de administración previo a esta administración especial ³⁴⁹.

³⁴⁶ M.ª C. GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 373.

³⁴⁷ Cfr. artículo 11 del Decreto 94/1999 (Galicia); artículo 11 del Decreto 166/1988 (Navarra).

³⁴⁸ Cfr. artículo 16 del Decreto 94/1999 (Galicia); artículo 19.2 del Decreto 166/1988 (Navarra).

³⁴⁹ E. ROCA I TRÍAS, *Instituciones*, III, p. 551.

2.4 Responsabilidad del administrador

Debe recordarse que, en nuestro caso, los efectos de una mala gestión no provocarán la pérdida del beneficio de la limitación de la responsabilidad (art. 32 CS), como tampoco una gestión fraudulenta (art. 36.3 CS). De hecho, en relación con la sucesión de entes de derecho público o instituciones con fines benéficos, la doctrina ha venido destacando la ausencia de peligro de fraude que, en cambio, pudiera aparecer en otros supuestos³⁵⁰. Ahora bien, ello no impide para que se pueda exigir la responsabilidad por los daños ocasionados. El heredero, ente público, actuará, al igual que cualquier otro heredero, en relaciones de Derecho privado, lo que no significará, de acuerdo con la normativa a la sazón vigente, que la vía para exigir dicha responsabilidad sea la ordinaria, antes bien, debe acudir a la vía administrativa [art. 144 Ley 4/1999, de 13 de enero de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común; artículo 2 e) LJCA].

Además, deberá rendir cuentas de su administración. Advertía Lacruz que «... se trata de una cuenta única, que se rinde al terminar la administración, directamente a las personas interesadas, quienes pueden exigirla. La aprobación por unos acreedores no vincula a los que se presenten luego para cobrar, pues la responsabilidad y la obligación de rendir cuentas es ante todos los que no hayan cobrado por completo»³⁵¹. Ciertamente, no se trata de que rinda cuentas a sí mismo, sino a los acreedores hereditarios y a los legatarios. Así, cuando los bienes hereditarios no alcancen para pagar las deudas y los legados, deberá dar cuenta de su administración a aquellos que no hubieran podido cobrar por completo, resultando responsable por los perjuicios causados a la herencia por culpa o negligencia suya (art. 1.031 Cc)³⁵².

2.5 Cese en las funciones administradoras

El fin de las funciones de administrador debe establecerse en el instante en que se haya liquidado todo el caudal relicto (se haya

³⁵⁰ M.ª C. GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentarios*, XXIX, vol. III, pp. 352-353; A. M.ª BORRELL SOLER, «Algunos problemas sobre el beneficio de inventario», *RJC*, 1951, p. 508.

³⁵¹ J. L. LACRUZ BERDEJO, «La responsabilidad», p. 226.

³⁵² En esta dirección para el Estado, *vid.* V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios*, XIII, vol. I, p. 324.

pagado al último acreedor conocido). Ahora bien, una vez liquidadas las relaciones jurídicas, el remanente no se confundirá jurídicamente (aunque sí materialmente) con los bienes patrimoniales o de dominio privado titularidad de la Generalidad. Sin embargo, sobre ello volveremos posteriormente.

V. LA HERENCIA «ADMINISTRADA» COMO HERENCIA TENDENTE A SU LIQUIDACIÓN

El complejo patrimonial que conforma la herencia deferida a la Generalidad está destinado a su liquidación. Analizado ya el aspecto estático de las operaciones liquidadoras, cual representa la administración del caudal, debe abordarse, en este momento, el aspecto dinámico de las mismas. Esto es, la liquidación de todas las relaciones jurídicas transmisibles del causante incluyendo las relaciones jurídicas unisubjetivas con base en el principio, tradicional de nuestro sistema, *antes es pagar que heredar*. Además, para los acreedores y los legatarios, el hecho de que sea la Generalidad la heredera supondrá la garantía de que se van a aplicar las normas jurídicas propias como en cualquier supuesto de sucesión *mortis causa*.

En el análisis de las situaciones jurídicas que se presentan, debe partirse, en primer lugar, de la independencia entre patrimonios que postulan los artículos 35 y 36 CS³⁵³. En segundo término, se trata de un patrimonio llamado a realizar el valor de cada uno de los elementos que lo componen. El Decreto 244/1995 toma por norte esta realización de valor, aunque con la posibilidad de que determinados bienes queden exentos de la venta en razón de sus cualidades específicas. Así, la regla general sería la realización de valor, dado que el contenido económico de la cuota correspondiente a las instituciones consiste, normalmente, en una suma pecuniaria, y la excepción sería la existencia de algunos bienes que se excluyen de dicha realización de valor. En último lugar, a la labor de enajenación de bienes, para destinar su producto a las instituciones de asistencia social o de cultura, se antepone el pago a los acreedores y legatarios

³⁵³ «En su calidad de patrimonio separado, la herencia beneficiaria queda adscrita al cometido de asegurar prioritariamente el cobro por parte de los acreedores hereditarios y de los legatarios», palabras que son, válidamente, trasladables a nuestra hipótesis (J. J. LÓPEZ JACOISTE, *Comentarios*, I, p. 2412).

(si existen) por el administrador, que será el heredero mediante la Junta Distribuidora de Herencias, a la cual competen todas las cuestiones relacionadas con la liquidación de la herencia (art. 15 Decreto 244/1995).

1. LOS ACREEDORES HEREDITARIOS

Un grupo de sujetos que tienen especial interés en la tarea administradora y liquidadora que desempeña el director general del patrimonio o el administrador-liquidador (albacea) designado por el causante, es el de los acreedores del patrimonio hereditario, entre los cuales puede hallarse la Generalidad en cuanto heredera. Sin embargo, en relación con la situación de esta última como acreedora o deudora del caudal relicto, es decir, la liquidación de las relaciones jurídicas unisubjetivas, nos detendremos en él posteriormente.

1.1 Pago de los derechos de crédito

El sistema del Código de Sucesiones hace aplicación, en cuanto a la liquidación de la herencia beneficiaria, del conocido brocardo *nemo liberalis nisi liberatus*³⁵⁴. Esto no quiere decir que la liquidación conlleve el concurso de la herencia o que se consideren vencidos y exigibles todos los créditos (cfr. art. 1.915 Cc). Los créditos todavía no vencidos serán pagados en su momento, si bien se tendrán en cuenta a los efectos de la satisfacción de legados, así como de los derechos de crédito de rango inferior³⁵⁵ determinados en la sentencia en caso de haberse suscitado contienda judicial sobre este extremo (art. 1.028.1 Cc).

Se debe pagar a los acreedores del caudal antes que a los legatarios, si existieran, como dispone el artículo 36.1 CS («... *i ha de procedir, sota la seva responsabilitat, abans de lliurar o de complir els llegats, a pagar els dits creditors...*») e, incluso, antes que el cumplimiento de las cargas modales. Los acreedores conocidos (ex art. 36.1 CS) serán satisfechos a medida que se presenten («... *a mesura que es presentin...*») sin que el heredero quede obligado a pagar, en primer

³⁵⁴ Con anterioridad a la Compilación, vid. A. M.^a BORRELL I SOLER, «Algunos problemas», p. 523.

³⁵⁵ En lo concerniente a la normativa del Código civil, vid. J. L. LACRUZ BERDEJO, «La responsabilidad», p. 220.

lugar, a los acreedores de carácter preferente, ni a seguir el orden de prelación señalado por los artículos 1.921 ss y 1.926 Cc³⁵⁶. No obstante, puede existir litigio acerca de la preferencia de los derechos de crédito entre los acreedores conocidos. Entonces, «... serán pagados por el orden y según el grado que señale la sentencia firme de graduación» (art. 1.028,1 Cc)³⁵⁷. Litigio que ha causado extrañeza en la doctrina, que se ha dedicado a este extremo, por cuanto no se está ante una herencia quebrada ni concursada y, sin embargo, se entabla un procedimiento para señalar la prioridad de los créditos conocidos. En esta dirección, Lacruz sostenía, secundando el parecer de la doctrina, que «... no es la oposición de cualquier acreedor la que provoca una liquidación organizada, sino solamente la demanda de todos los acreedores, pues la de uno solo dará lugar únicamente a que se discuta sobre su mejor derecho»³⁵⁸. Ahora bien, en la práctica los derechos de crédito que pueden dar lugar a dicho juicio son, como atisba Gitrama, los de los acreedores quirografarios³⁵⁹.

De otra parte, es posible que exista acuerdo entre todos los interesados acerca del orden de pago, en cuyo caso dicho acuerdo vincula al heredero-administrador que deberá satisfacer los derechos de crédito en función de lo pactado³⁶⁰.

³⁵⁶ M.ª C. GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 377; E. ROCA I TRÍAS, *Instituciones*, III, p. 552.

³⁵⁷ A. M.ª BORRELL I SOLER, «Algunos problemas», p. 524; M.ª C. GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 378.

³⁵⁸ J. L. LACRUZ BERDEJO, «La responsabilidad», p. 221; M. GITRAMA GONZÁLEZ, que sigue a F. C. DE DIEGO, entiende que se trata de un juicio concursal especial (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV, vol. I, Madrid, 1980, p. 449).

³⁵⁹ Con tino sostiene el autor que «con todo, hay que tener en cuenta que la indiscutible prioridad de los créditos amparados con garantías reales hace que a su respecto la disposición que examinamos (art. 1.028 Cc) tenga más interés teórico que práctico, toda vez que tales garantías son derechos reales recayentes directa e inmediatamente sobre cosas, muebles o inmuebles, determinadas, en tanto que, prácticamente, la hipótesis que la ley vislumbra es la de que el administrador pague con dinero obrante en el patrimonio hereditario a acreedores quirografarios. En consecuencia, al no ser el dinero objeto usual de derechos reales de garantía, sino más bien otras cosas, y al precisarse para la venta de éstas (según el artículo 1.030 que veremos) la autorización judicial y consiguiente publicidad, quedan asegurados los derechos de los acreedores provistos de garantías reales; y ello sin contar con que, por lo que atañe a la hipoteca, es sabido que recae directa e inmediatamente sobre los bienes afectados, cualquiera que sea su poseedor. Ello hace que los derechos de preferencia de los acreedores privilegiados e hipotecarios queden a salvo sin que puedan ser perjudicados por el beneficio de inventario y que, por ende, las reglas que venimos examinando únicamente valgan para los acreedores simplemente quirografarios. Entre éstos bien sabe el administrador o, al menos, debe saber, que son preferentes los gastos de entierro y última enfermedad del difunto; aparte de que obra en favor de este conocimiento el hecho de que todos los créditos habrán de constar en el previo inventario» (*Comentarios*, XIV, vol. I, pp. 451-452; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, Madrid, 1967, p. 218). Conocido es que, en el Derecho catalán, ha desaparecido la preferencia de los acreedores por los gastos de entierro y funeral que se contenía en C 2, 30, 22, 9.

³⁶⁰ J. L. LACRUZ BERDEJO, «La responsabilidad», p. 220.

Si la heredera paga íntegramente a un acreedor cuando ya se ha presentado a cobrar otro y no es posible satisfacer a ambos o comete cualquier otra irregularidad en la liquidación, será responsable por los daños que con su actuación haya causado a los titulares de los derechos de crédito (art. 36.1 CS «... *i ha de procedir, sota la seva responsabilitat...*»), máxime si se tiene presente que respecto de la Generalidad no cabe plantear la cuestión de la pérdida del beneficio de inventario³⁶¹.

La heredera también podrá oponer las excepciones personales de su causante frente a las acciones interpuestas contra ella por los acreedores o ejercitar las pretensiones necesarias en defensa de la herencia.

1.1.1 FORMA DE PAGO

Para la satisfacción de los derechos de crédito puede ser necesario la venta de bienes hereditarios. En este sentido, advierte el artículo 36.1 CS que el heredero puede vender bienes hereditarios y con el dinero obtenido satisfacer los derechos de crédito. Dos cuestiones suscita esta norma. En primer lugar, si el heredero (en nuestro caso, la Generalidad) debe sujetarse, en esta venta, a determinadas normas o, como cualquier otro heredero, puede vender dichos bienes sin seguir ningún procedimiento preestablecido. En nuestra opinión, el hecho de que la Generalidad suceda como cualquier otro heredero no elimina su *veste pública* y, por otro lado, no debe olvidarse que el patrimonio hereditario es un patrimonio separado afecto a un fin cuyos bienes están, precisamente, destinados a la realización de su valor. Esto lleva a afirmar que, para la venta de los bienes hereditarios, con la intención de satisfacer los derechos de crédito, sería plausible que se siguieran los dictados del Decreto 244/1995 el cual se remite, en su artículo 18, al procedimiento establecido en la LPG con la diferencia de que, en este caso, no será precisa la autorización administrativa prevista en los artículos 17 y 19 de esta última norma. La enajenación de los bienes inmuebles se hará mediante subasta pública, salvo cuando el Gobierno, a propuesta del responsable de Economía y Finanzas, acuerde la enajenación directa (art. 18.2 del Decreto 244/1995)³⁶².

En segundo término, de la dicción del artículo 36.1 CS parece desprenderse que el heredero podrá satisfacer *ad libitum* los derechos de crédito ya sea con el bien debido como con dinero heredita-

³⁶¹ J. L. LACRUZ BERDEJO, «La responsabilidad», p. 222.

³⁶² Cfr. artículo 15 del Decreto 94/1999 (Galicia); artículos 14 a 18 del Decreto 166/1988 (Navarra).

rio o adjudicar bienes en pago de deudas. Ahora bien, en nuestra opinión, el heredero no puede modificar voluntariamente la prestación si no cuenta con el consentimiento del acreedor (art. 1.166 Cc). Solamente cuando no exista el bien debido en la herencia podrá acudir a adjudicar otro bien o a la entrega de dinero con el acuerdo de los interesados³⁶³.

Finalmente, el heredero podrá satisfacer las deudas con bienes propios con la posible subrogación prescrita por los artículos 1.159 y 1.210 Cc³⁶⁴.

1.1.2 DERECHOS DE CRÉDITO NO VENCIDOS O EXIGIBLES

Debe hacerse referencia, en este momento, a los derechos de crédito no vencidos o exigibles. En concreto, a aquellos respecto de los cuales debe advenirse un término inicial, una condición suspensiva o existe un término de cumplimiento. Estos acreedores podrán solicitar las medidas judiciales o extrajudiciales de aseguramiento de sus derechos a tenor de lo que establece el artículo 1.122 Cc. Si el objeto a entregar consiste en una suma pecuniaria será depositada en la Caja General de Depósitos en espera de su entrega sin perjuicio de que se siga con la liquidación de la herencia (art. 10 c) del Decreto 244/1995)³⁶⁵. Si la prestación consiste en la tradición de un bien concreto aparecerá así en el inventario y en la cuenta general de liquidación del *ab intestato*.

En el caso de que se trate de una obligación sometida a condición suspensiva, conviene tener en cuenta la fase de *pendente conditione*. En ella, mientras acontece o no el evento apuesto como condición —etapa que puede durar más o menos en el tiempo según los criterios establecidos en los artículos 1.117 y 1.118 Cc—, el bien puede estar afecto al servicio de alguno de los establecimientos mencionados en el artículo 347 CS, si bien la cesión del uso del bien será provisional ya que finalizará cuando se entre en la fase de cumplimiento/incumplimiento de la condición: en el primer caso, porque el uso debe cesar para hacer tránsito a su nuevo titular, en el segundo, porque el uso provisional puede convertirse en definitivo.

El mismo planteamiento puede hacerse en el supuesto de que exista un término de cumplimiento; mientras éste no llega, el bien o

³⁶³ M.ª C. GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 379; E. ROCA I TRÍAS, *Instituciones*, III, p. 553; E. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *Comentarios*, I, pp. 125-126.

³⁶⁴ M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia*, p. 267.

³⁶⁵ Cfr. artículo 11 c) del Decreto 94/1999 (Galicia); artículo 11.4 del Decreto 166/1988 (Navarra).

bienes pueden estar destinados al fin principal al que se dedican los precitados establecimientos.

En relación con las relaciones jurídicas sometidas a condición resolutoria, en el caso de que sea el causante quien deba restituir el bien cuando se cumpla el evento apuesto como condición, el bien puede estar destinado, provisionalmente, al fin al que se dedican las instituciones benéfico-docentes. Cuando sea al causante —ahora, al heredero— al que deba restituirse el bien una vez cumplida la condición, deberá figurar el bien en el inventario y en la cuenta del *ab intestato*, para su futura realización de valor o adjudicación al ente pertinente para su uso.

1.2 Situación de insolvencia

La Generalidad, en cuanto heredera, deberá solicitar la declaración de quiebra (arts. 875.1 y 889.2 Código de Comercio) o de concurso de la herencia (art. 1.913 Cc) para el supuesto de que el pasivo supere el activo; si falta esta petición, incurrirá en responsabilidad por los daños que haya podido generar a los acreedores que no hayan cobrado o que no se hayan presentado a cobrar³⁶⁶. En esta hipótesis, se aplicarán las normas propias de estas situaciones concursales de acuerdo con la regla de la paridad (*par condicio creditorum*). Cabe, en caso de adopción de convenios, en hipótesis de quita y espera, la posibilidad de que los acreedores ejerciten su derecho de abstención.

1.3 Facultades de los acreedores

Los acreedores pueden ostentar, como se sabe, determinadas facultades en la dirección de intervenir el patrimonio hereditario. Así, el artículo 792.2 LEC prescribe que «*también pueden solicitar la intervención del caudal relicto los acreedores reconocidos como tales en el testamento [...] y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo*». Además, serán citados a la formación del inventario elaborado judicialmente (art. 794.3.4.º LEC). Con todo, siempre ostentan facultades de vigilancia y control, así como la posibilidad de exigir la responsabilidad correspondiente (art. 36.1 CS). Por otro lado, no debe olvidarse la rendición de cuentas que los

³⁶⁶ E. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *Comentarios*, I, p. 125.

acreedores hereditarios pueden exigir a la heredera en cuanto administradora-liquidadora del caudal³⁶⁷.

1.4 Reclamación de los derechos de crédito

La última cuestión a tratar es el cauce jurídico por el que los acreedores pueden reclamar sus derechos de crédito. En la actualidad, es imprescindible tener presente el título VIII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que lleva por rúbrica «De las reclamaciones previas al ejercicio de las acciones civiles y laborales». Los preceptos que son de aplicación, en nuestro caso, son los artículos 120 a 124 de dicho texto legal. A este respecto, debe recordarse que a tenor del artículo 112 RPG *«Cap Tribunal no podrà dictar providència d'embargament ni tramitar manament d'execució contra béns i drets del Patrimoni de la Generalitat, ni contra les seves rendes, fruits o productes i, per tant, tampoc no hi serà d'aplicació cap procediment de constrenyiment»*.

2. LIQUIDACIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICAS UNISUBJETIVAS

Debe recordarse que los artículos 35 y 36 CS, aplicables a la sucesión intestada de la Generalidad, comportan una independencia entre patrimonios, así como la existencia de relaciones jurídicas unisubjetivas que se extinguen en virtud de pago y no de confusión (art. 35.2 CS). Procede, en este momento, referirse a la situación jurídica de las mismas, es decir, su liquidación; para lo cual deberá diferenciarse según el heredero sea acreedor o bien deudor del causante.

Como se ha afirmado, será, normalmente, la Generalidad-heredera la que administrará el caudal relicto. Ésta podrá cobrarse sus créditos y satisfacer las deudas que tuviere en favor del caudal hereditario. De este modo, lo reconoce el artículo 36.1 CS *«... i a cobrar-se els seus crèdits amb els diners que trobi a l'herència o que obtingui en la venda dels béns de la mateixa herència, sens perjudici dels que pugui adjudicar en pagament»*. E, igualmente,

³⁶⁷ C. T. EBENROTH, *Erbrecht*, Rn 160, p. 91.

el artículo 35.2 CS «... *L'hereu es pot fer pagament dels dits crèdits*». No existe ninguna preferencia de éste respecto del resto de acreedores³⁶⁸.

Además, subsisten, sin extinguirse por confusión, «... *les càrregues i les obligacions...*» de la heredera, la Generalidad, en favor de la herencia (art. 35.2 CS), puesto que, como estatuye el artículo 1.1 CS, el heredero es, en nuestro sistema de raíz romana, un sucesor a título universal que «... *succeeix en tot el dret del seu causant. Conseqüentment, adquireix els béns i els drets de l'herència i se subroga en les obligacions del causant que no s'extingeixen per la mort. Ha de complir les càrregues hereditàries i resta vincular als actes propis del causant*». Debemos, por ende, diferenciar ambas situaciones.

2.1 La Generalidad-heredera como acreedora del causante

Como acreedora del causante, la Generalidad-heredera podrá cobrarse sus derechos de crédito, dado que administra el caudal, pudiendo oponer ese pago a los acreedores que se presenten posteriormente, pues no debe ser de peor condición que ellos³⁶⁹. No obstante, deberá tenerse en cuenta lo que predica el artículo 1.028.1 Cc, según se suscite o no contienda acerca de la preferencia en el cobro, en cuyo caso deberá atenerse al orden de prelación fijado en la sentencia. De otra parte, pueden surgir conflictos de intereses cuando deban reclamarse judicialmente dichos derechos de créditos en tanto en cuanto el heredero representa a la herencia (v. gr. la reclamación por impago de tributos). La doctrina ha tenido ocasión de ocuparse de esta problemática y ha advertido la necesidad de acudir al Juez para que nombre un defensor judicial³⁷⁰. Por otro lado, el heredero en cuanto acreedor podrá ejercitar las acciones correspondientes frente a los deudores de su deudor (art. 1.111 Cc). Finalmente, si el heredero abona una deuda del causante con su propio peculio, tiene derecho a detraer, como se dijo, ese valor del patrimonio hereditario (arts. 1.159 y 1.210 Cc).

³⁶⁸ M.ª C. GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentarios*, XXIX, vol. III, p. 378.

³⁶⁹ J. L. LACRUZ BERDEJO, *La responsabilidad*, p. 223; M. GITRAMA GONZÁLEZ, *Comentarios*, XIV, vol. I, p. 395; J. J. LÓPEZ JACOISTE, *Comentario*, I, p. 2.418; J. M. ABRIL CAMPOY, *La extinción de las obligaciones por confusión en el Derecho sucesorio*, Madrid, 1995, p. 94.

³⁷⁰ J. L. LACRUZ BERDEJO, *La responsabilidad*, p. 223; M. GITRAMA GONZÁLEZ, *Comentarios*, XIV, vol. I, pp. 397 y 434; J. J. LÓPEZ JACOISTE, *Comentario*, I, p. 2.413; J. M. ABRIL CAMPOY, *La extinción*, p. 96.

2.2 La Generalidad-heredera como deudora del causante

Como deudor, la heredera debe pagar a la herencia las deudas que tuviera frente al causante siempre que estén vencidas y sean exigibles³⁷¹. Podrá oponer las oportunas compensaciones con los derechos de crédito que ostente frente a la masa hereditaria³⁷². Los acreedores hereditarios podrán dirigirse contra ella, en vía subrogatoria, al ser una deudora de su propio deudor que era el causante (art. 1.111 Cc). En la hipótesis en que el activo hereditario resultara insuficiente para satisfacer la totalidad del pasivo, deberá el heredero rendir la cuenta de su administración figurando en el pasivo aquellos créditos que ostentaba contra el causante y que ha cobrado. En las partidas de ingresos aparecerán las deudas del heredero que éste ha debido satisfacer. Esta rendición de cuentas permitirá a los acreedores exigir, en su caso, al heredero la responsabilidad por los perjuicios ocasionados³⁷³.

3. PAGO DE LEGADOS

El heredero-administrador no podrá satisfacer las mandas y demás disposiciones testamentarias) sino después de haber satisfecho a todos los acreedores conocidos (art. 36.1 CS). Tampoco debe el heredero seguir, en el pago de legados, orden de preferencia alguno³⁷⁴, salvo el que hubiera dispuesto el propio testador (art. 280.1 CS).

No obstante, para el cumplimiento de los mismos puede ser necesaria la venta de bienes hereditarios. En este caso, cabe entender aplicable lo advertido en relación con la satisfacción de los derechos de crédito, esto es, la venta deberá llevarse a efecto por el cauce que arbitra el Decreto 244/1995. A su vez, cabría la posibilidad de que acreedores, legatarios y heredero acordaran otra cosa en orden al pago de legados. Pacto válido que vincularía a la Generalidad en cuanto heredera, la cual sólo responde *intra vires cum viribus* por el pago de legados³⁷⁵, de ahí que el heredero pueda reducir

³⁷¹ J. M. ABRIL CAMPOY, *La extinción*, p. 95.

³⁷² J. M. ABRIL CAMPOY, *La extinción*, p. 97, nota núm. 263.

³⁷³ J. M. ABRIL CAMPOY, *La extinción*, p. 98.

³⁷⁴ E. ROCA I TRIAS, *Instituciones*, III, p. 552.

³⁷⁵ A. MIRAMBELL I ABANCÓ, «Els llegats. La nova regulació segons la Llei 40/1991, de 30 de desembre: "Codi de Successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya"», *VII Jornades de Dret Català a Tossa*, 1994, p. 135; L. CÁRDENAS, «Responsabilidad *ultra vires* por legados», *RDP*, 1950, p. 153.

los legados a tenor de lo prescrito en el artículo 273 CS³⁷⁶. Además, tiene derecho a detraer la cuarta falcidia (art. 274 CS), salvo que lo impida el testador o la heredera renuncie a la misma³⁷⁷. Si se decide por la detracción, la cuantía en concepto de la misma tendrá la consideración de un *ingreso de Derecho privado*, siempre que consista en dinero. Importe que podrá abonar el legatario afectado, en este sentido, por la reducción.

El derecho a la cuarta falcidia no tendrá lugar cuando nos hallemos ante una herencia distribuida en legados, en Tortosa, supuesto en el que la doctrina ha señalado que no tiene lugar la apertura de la sucesión intestada, como se ha atestiguado en otro lugar de este comentario. En este caso, deberán prorratearse las deudas y gravámenes entre los legatarios en proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera manifestado otra cosa (art. 891 Cc).

El testador, en su caso, podía haber dispuesto un legado en favor del que resulta ser, finalmente, heredero intestado. En este punto, debe insistirse en que la Generalidad, en cuanto sucesora a título particular podrá aceptar o repudiar la manda dispuesta en su favor de forma independiente a la adquisición de la herencia (art. 268.3 CS, art. 8 RPG).

Si los bienes hereditarios no alcanzaren para el pago de todos los legados, deberá el heredero-administrador rendir la cuenta de su gestión a los legatarios (también, en su caso, a los acreedores conocidos) que no hubieran cobrado por completo, resultando responsable de los perjuicios ocasionados (art. 36.1 CS).

Finalmente, los legatarios, para demandar el pago de sus atribuciones patrimoniales, deberán iniciar la vía gubernativa como expusimos respecto de los acreedores. La situación jurídica, pues, de los legatarios, en esta sucesión, es semejante al supuesto ordinario, salvo en lo referente al cauce jurídico por el que hacer efectivas sus atribuciones patrimoniales³⁷⁸.

4. APARICIÓN DE NUEVOS ACREEDORES

Una vez han sido satisfechos los legados y las deudas de los acreedores conocidos, el heredero quedará en el pleno goce y dis-

³⁷⁶ E. ROCA I TRÍAS, *Institucions*, III, p. 344; E. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *Comentarios*, I, p. 125.

³⁷⁷ E. ROCA I TRÍAS, *Institucions*, III, p. 367.

³⁷⁸ Para la sucesión del Estado, J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Comentario*, I, p. 2.262.

frute del remanente, el cual se distribuirá en función de la normativa que se aplique a la sucesión. No obstante, pueden aparecer acreedores que no se conocían en el momento de la liquidación. En el análisis de esta cuestión deberá tenerse en cuenta la normativa por la que se rija la sucesión.

4.1 Sucesión regida por la Ley de Sucesión Intestada (1987) o por el Código de Sucesiones (1991)

El remanente se distribuirá entre los establecimientos de asistencia social y/o de cultura referidos tanto en el artículo 27 LSI como en el artículo 347 CS (art. 20.1 del Decreto 244/1995)³⁷⁹ mediante el proceso que describe la norma reglamentaria catalana, y que abordaremos más adelante. Así pues, existe confusión material entre el remanente y los bienes de dominio privado de la Generalidad, pero no confusión jurídica, puesto que dicho resto está afecto a un fin concreto.

Ahora bien, pueden aparecer nuevos acreedores una vez ya se ha liquidado la herencia. Éstos pueden aparecer en diferentes etapas del proceso liquidatorio. Así, durante la liquidación, en cuyo caso se le pagará a medida que se presenten y deberemos atenernos a las normas ya expuestas. Pueden aparecer también después de la liquidación, pero antes de la distribución del remanente, en cuyo caso deberán dirigirse contra la Generalidad-heredera en demanda de la satisfacción de sus derechos de crédito, teniendo en cuenta que tendrán a su disposición la cuenta que rindiera la misma en cuanto administradora del caudal. En el supuesto de que no existiera remanente, podrán, como postula el artículo 36.2 CS, dirigirse contra los legatarios. Una vez ya se ha procedido a distribuir el remanente, los nuevos acreedores deberán acudir a la Generalidad, solicitando el pago de sus derechos de crédito, y no a las instituciones benéficas, puesto que éstas no son las herederas, sino simples beneficiarias, sin perjuicio de que, en la relación interna entre ésta y los establecimientos en cuestión, se realicen las compensaciones oportunas en el valor de las cuotas en la línea de lo establecido en el artículo 20.2. del Decreto 244/1995. Si el cumplimiento del derecho de crédito debe hacerse con un bien específico y éste ha sido exceptuado de la venta, en atención a un interés meritorio de tutela (art. 17.1 del Decreto 244/1995)³⁸⁰, cabe pensar que nos hallamos ante un caso de

³⁷⁹ Cfr. artículo 10 del Decreto 94/1999 (Galicia); artículo 24 del Decreto 166/1988 (Navarra).

³⁸⁰ Cfr. artículo 14.2 del Decreto 94/1999 (Galicia).

imposibilidad jurídica sobrevenida de la prestación, lo que generará, de acuerdo con los artículos 1.182 ss Cc el cumplimiento por equivalente. En otra hipótesis, aparecerá dicha deuda hereditaria en la cuenta del ab intestato y prevista la entrega del bien en espera de ser cumplida la obligación (art. 15 del Decreto 244/1995).

4.2 Sucesión regida por la compilación de 1984

Cuando la sucesión se rija por el modificado artículo 248 CDCC, habrá que tener en cuenta que un tercio del remanente tendrá un destino prefijado, cual es el Tesoro autonómico³⁸¹. Si aparecen nuevos acreedores antes de la liquidación o durante la misma, pero antes de la distribución del remanente, podrán dirigirse contra la Generalidad en cuanto heredera para solicitar el cobro de sus derechos de crédito, bien entendido que, a esta sucesión, se aplicarán las normas de la CDCC de 1984.

Una vez operada la distribución, los acreedores deberán dirigirse contra la Generalidad en cuanto heredera en reclamación por el pago de sus derechos de crédito, puesto que, como se sabe, es ésta la heredera y no las instituciones beneficiarias del remanente. En consecuencia, será ésta la que deba pagar a los titulares de los mismos, sin perjuicio de que en la relación interna entre la Generalidad y las entidades correspondientes se realicen los reintegros o reembolsos oportunos. A tal efecto, debe recordarse que el artículo 112 RPG prescribe la inembargabilidad de los bienes patrimoniales cuyo titular sea el ente autonómico catalán.

En la hipótesis en que no se deba cumplir la obligación con una cantidad pecuniaria, sino con un bien determinado, el cual no fue objeto de enajenación dado el interés científico, cultural o histórico que ostentaba, nos encontraremos ante un supuesto de imposibilidad jurídica sobrevenida en los mismos términos que hemos advertido en el epígrafe anterior.

5. APARICIÓN DE UN HEREDERO VOLUNTARIO O LEGAL UNA VEZ DISTRIBUIDO EL REMANENTE

Puede ser, aunque ello sea inusual en la práctica, máxime si se tiene presente que ha de preceder la declaración judicial de herede-

³⁸¹ En relación con esta cuestión, debemos remitirnos al epígrafe VI de la primera parte de este comentario.

ro en favor de la Generalidad, que una vez que se ha distribuido el remanente aparezca un testamento designando heredero voluntario o bien aparezca un heredero legal diverso al ente catalán, en cuyo caso deberá procederse a la asignación del remanente a ese nuevo heredero³⁸². A nuestro modo de ver, el nuevo heredero deberá demandar a la Generalidad –no a las instituciones beneficiarias– la restitución del remanente.

Quizá, el supuesto diferente que pudiera acaecer más, en la realidad, fuera el del causante que fue declarado fallecido y que, con posterioridad, reaparece. En este caso, deberá tenerse en cuenta que el artículo 197 Cc solventa la cuestión al entender que «... recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto».

6. VENTA DE BIENES HEREDITARIOS. EXCEPCIÓN DE DETERMINADOS BIENES DE LA VENTA

En punto a la venta de bienes hereditarios, debe partirse de la distinción entre bienes muebles de fácil deterioro y semovientes y el resto de bienes del caudal relicto, ora se trate de bienes muebles, ora de bienes inmuebles. Los primeros podrán ser enajenados cuando el director general del patrimonio lo considere oportuno (art. 10 del Decreto 244/1995)³⁸³. Pueden enajenarse en cualquier momento depositando el dinero obtenido como contraprestación en la Caja General de Depósitos a cargo de la Generalidad. Esto no significa que se orillen las normas que disciplinan la venta de bienes, antes bien, ésta se desarrollará de acuerdo con la norma del artículo 18 del Decreto autonómico que, a tal efecto, se remite a las normas sobre enajenación de bienes contenidas en la legislación reguladora del patrimonio de la Generalidad³⁸⁴.

En relación con los restantes bienes, conviene diferenciar la normativa por la que se regule la sucesión.

³⁸² H. LANGE y C. KUCHINKE, *Lehrbuch*, p. 267.

³⁸³ Cfr. artículo 11.f) del Decreto 94/1999 (Galicia); artículo 11.5.º del Decreto 166/1988 (Navarra).

³⁸⁴ Cfr. artículo 15 del Decreto 94/1999 (Galicia); artículo 17 del Decreto 166/1988 (Navarra).

6.1 Sucesión regida por la Ley de Sucesión Intestada (1987) o por el Código de Sucesiones (1991)

Una vez los bienes hayan sido valorados, se procederá a su enajenación de acuerdo con los artículos 16 a 20 LPG y 92 a 111 RPG³⁸⁵. El Decreto 244/1995 introduce en el régimen jurídico previsto en dichos preceptos dos modificaciones, pues se trata de la venta de bienes hereditarios: por un lado, determina la no necesidad de la autorización administrativa a la que se refieren los artículos 17 y 19 LPG, y, por otro lado, la enajenación de bienes inmuebles podrá hacerse directamente –no mediante subasta pública– si lo acuerda el Gobierno a propuesta del responsable de Economía y Finanzas de cuya Consejería depende la Dirección General del Patrimonio (art. 18).

De otra parte, el Decreto permite que determinados bienes del caudal relicto puedan ser excepcionados de la venta directa o en pública subasta. Son los bienes a los que se refiere tanto el artículo 17 como la disposición transitoria del Decreto 244/1995. La excepción de la venta puede deberse, fundamentalmente, a dos razones: la primera, que los bienes tengan un interés científico, histórico, artístico o de otra índole (art. 17.1)³⁸⁶; la segunda, que las entidades beneficiarias tengan interés en el bien o en los bienes en atención a los fines a los que se dedican, siempre que no hayan sido exceptuados de la venta debido a su condición antes reseñada (art. 17.5). En el primer caso, deberá adjuntarse un informe sobre el interés que ofrece el bien, para evitar su enajenación, a propuesta del Departamento de Economía y Finanzas. Una vez decidida su no enajenación, el valor de dicho bien deberá ser puesto a disposición de la Junta Distribuidora de Herencias, para que, junto con el resto del remanente, sea distribuido entre los establecimientos interesados.

En el segundo supuesto, cuando se adjudiquen algunos bienes a las entidades beneficiarias sin que existan bienes suficientes en el caudal relicto para satisfacer todas las deudas y cargas hereditarias, deberán aquéllas, con carácter previo a la adjudicación, liquidar todos los gastos de conservación, administración u otros que deriven del bien asignando, así como la parte proporcional que corresponda sufragar de los gastos no imputables específicamente a ese

³⁸⁵ El Decreto 244/1995, a diferencia del Decreto estatal de 13 de agosto de 1971, no regula de modo detallado todos estos extremos; antes bien, como se observa, se remite a la Ley y al Reglamento del patrimonio de la Generalitat. En cuanto al segundo Decreto citado, *vid.* S. NAVAS NAVARRO, *La herencia*, pp. 216 ss.

³⁸⁶ Cfr. artículo 14.2 del Decreto 94/1999 (Galicia).

bien en concreto (art. 20.2 del Decreto 244/1995)³⁸⁷. En definitiva, se trata de que abonen en dinero la parte que reciben de más, ya que si se hubiera realizado el valor de los bienes para pagar las deudas y demás cargas hereditarias habrían recibido un valor inferior o incluso, llegado el caso, no hubieran recibido nada.

6.2 Sucesión regida por la compilación de 1984

Si las normas que rigen la sucesión son las de la CDCC, reformada en 1984, el valor del bien o bienes exceptuados de la venta, puesto que obedecen a un interés científico, histórico, artístico o de otra índole, se imputará al tercio que deba corresponder a la Generalidad, en cuanto heredera, y si dicho valor sobrepasa esa tercera parte, la Generalidad abonará a las instituciones beneficiarias la diferencia entre ese valor y el tercio (ap. primero, de la disp. transitoria del Decreto 244/1995).

No se prevé, en cambio, respecto de la sucesión intestada regida por el artículo 248 CDCC (1984), la posibilidad de que algunos de los bienes hereditarios puedan ser adjudicados a los entes beneficiarios y, por consiguiente, exceptuados de la venta. El apartado segundo de la disposición transitoria del Decreto 244/1995 advierte que, salvo en el caso de no enajenación del bien referido en las líneas que preceden, los bienes deberán ser objeto de disposición, previa valoración, y el producto será distribuido entre las instituciones municipales, provinciales y la caja autonómica. Esta norma no nos parece plausible por cuanto no atisbamos a ver la razón por la que los bienes hereditarios no puedan ser asignados a algunas de las entidades señaladas si pueden servir para los fines a los que se dedican y forman parte de la cuota que les corresponde.

VI. LAS ENTIDADES BENEFICIARIAS DEL REMANENTE

1. LA DISTRIBUCIÓN DEL REMANENTE

Necesario resulta exponer, de nuevo, este extremo en función del texto legal que resulte aplicable a la sucesión intestada de la Generalidad.

³⁸⁷ Cfr. artículo 18 del Decreto 94/1999 (Galicia).

1.1 Sucesión regida por la Ley de Sucesión Intestada (1987) o por el Código de Sucesiones (1991)

Una vez liquidado el caudal relicto, el remanente será destinado, preferentemente, a los establecimientos de asistencia social y/o de cultura de la última residencia habitual del causante en territorio catalán. En defecto de éstos, deberá destinarse a las instituciones comarcales y, si éstas no existen, a las entidades de carácter general a cargo de la Generalidad. Ésta es, a la sazón, la norma del artículo 347 CS, que no es sino reproducción de la contenida en el artículo 27 LSI y que se cuida de recordar el artículo 17.2 del Decreto 244/1995.

El artículo 347 CS dispone que «... *els béns heretats o llur producte o valor...*» serán los destinados a los establecimientos citados. El legislador catalán está pensando, en este precepto, en un segundo momento, es decir, ya se ha liquidado la herencia, se han cobrado los créditos y se han pagado las deudas (tanto *ad intra* como *ad extra*) y es el remanente el que se destina a un fin de *utilidad pública general*. Este remanente puede estar formado por *bienes* cuando hayan sido exceptuados de la venta por ser asignados a alguna de las instituciones; por el *producto de su venta* cuando los bienes hereditarios hayan sido objeto, previa valoración, de enajenación por no resultar imprescindibles para las finalidades perseguidas por aquéllas³⁸⁸ y, *su valor* cuando por el interés que ofrezcan dichos bienes (científico, histórico, artístico o análogo) sea pertinente que permanezcan en el patrimonio de la Generalidad y, en su lugar, se subrogue el valor. Así pues, la norma del artículo 347 CS contempla de forma amplia el interés de utilidad pública que se diversifica en el *interés de los establecimientos en cuestión y en el interés patrimonial de la propia Generalidad*.

Como advertimos, en su momento, se trata de una finalidad publicística que no convierte a dichas instituciones en herederas. No existe, pues, entre las mismas derecho de acrecer. Sólo son beneficiarias del remanente en el que participan según una cuota que determina de forma discrecional la Junta Distribuidora de Herencias (art. 17.4 del Decreto 244/1995), cuya composición no ha de consistir necesariamente en una cantidad pecuniaria —cabe que se les adjudiquen bienes, como ha quedado dicho—, aunque será lo normal. Dicha participación podrá estar formada por bienes muebles o bienes

³⁸⁸ Sería el supuesto, por ejemplo, de la existencia de títulos-valores, en el patrimonio relicto, que no permitieran obtener la finalidad a la que se dirige la acción de las entidades benéfico-docentes y, en consecuencia, se enajenaran de acuerdo con lo prescrito por el artículo 20 LPG.

inmuebles, cuyo valor pueda comprenderse en ella, exceptuados de la venta y que deben ir destinados al fin último al que se dedican los establecimientos en cuestión. Si exceden del valor asignado a cada participación se podrán hacer los reintegros oportunos.

No obstante, antes de la distribución o asignación de los bienes que componen las respectivas participaciones, existe una serie de trámites de carácter administrativo que exponemos de forma resumida.

La Junta Distribuidora de herencias inicia las actuaciones para determinar qué establecimientos o instituciones pueden entrar en la condición de beneficiarias. Con esa finalidad comunicará a los ayuntamientos y consejos comarcales la existencia de una herencia intestada. Las beneficiarias deberán tener el domicilio en el mismo lugar en el que el causante tuvo su última residencia habitual o, al menos, que el desarrollo de sus actividades principales se dé en dicho lugar, al cual deberán destinar la participación que les corresponda en el caudal relicto líquido (art. 17.2 del Decreto 244/1995)³⁸⁹.

La Dirección General del Patrimonio procederá a la adjudicación de los bienes de la herencia o de su producto o valor y a la liquidación de la forma acordada por la Junta Distribuidora de Herencias y al pago del premio correspondiente (si hubo denunciante) y ordenará la publicación en el *Diario Oficial de la Generalidad de Catalunya* de los establecimientos o de las instituciones beneficiarias así como de la distribución y adjudicación realizada (art. 21 del Decreto 244/1995).

1.2 Sucesión regida por la compilación de 1984

El remanente, en atención a la remisión que el artículo 248 CDCC hace a los artículos 956 ss. CC, deberá ser distribuido en tres partes, de las cuales una será destinada a la Generalidad; concretamente, al Tesoro autonómico. Las otras dos terceras partes serán asignadas a las instituciones municipales y provinciales del lugar de la residencia habitual del causante entre las cuales no tiene lugar el derecho de acrecer. El tercio destinado a la Caja autonómica puede estar formado por bienes o por numerario. En efecto, el apartado primero de la disposición transitoria del Decreto 244/1995 advierte que los bienes exceptuados de la venta, por obedecer a razones meritorias de tutela, serán computados en el tercio destinado a la Generalidad en cuanto heredera. La cantidad pecuniaria incluida en dicha cuota será calificada –recuérdese– como un *ingreso de Derecho privado* (art. 44 EAC).

³⁸⁹ Cfr. artículo 24 del Decreto 166/1988 (Navarra).

Nuevamente, deben referirse de forma abreviada las actuaciones administrativas a realizar. La Junta Distribuidora de Herencias iniciará los actos necesarios para determinar las instituciones municipales y provinciales que podrían ser beneficiarias (apartado tercero de la disposición transitoria del Decreto 244/1995). La Junta designará dentro de cada grupo la o las instituciones beneficiarias del líquido hereditario, así como sus cuotas, sin ningún tipo de preferencia entre las de beneficencia, instrucción, acción social o profesional, teniendo en cuenta sus necesidades, las cuales serán apreciadas de forma discrecional (apartado cuarto de la disposición transitoria del Decreto 244/1995).

2. LA JUNTA DISTRIBUIDORA DE HERENCIAS

El artículo 12 del Decreto 244/1995 crea el órgano encargado de la administración, liquidación de la herencia intestada y de la distribución del remanente entre las entidades beneficiarias, ya se trate de una sucesión a la que se deba aplicar la CDCC, la LSI o el CS. Dicho órgano no es nuevo en el Derecho catalán, antes bien lo encontramos en el Decreto 134/1988, de 24 de mayo (art. 2). Se trata de la Junta Distribuidora de Herencias.

La Junta es un órgano colegiado que está integrado por el presidente, que es el director general del patrimonio de la Generalidad, y por una serie de vocales. Entre éstos se encuentra un representante, el cual debe ser como mínimo jefe de servicio, de los departamentos de la Presidencia, Justicia, Educación, Cultura, Trabajo, Sanidad y Seguridad Social y Bienestar Social; un jefe de servicio de la asesoría jurídica del departamento de Economía y Finanzas, el interventor delegado del departamento de Economía y Finanzas, un representante de la Dirección General del Patrimonio designado por el director general; un secretario nombrado por el director general del patrimonio de entre el personal a su servicio, que tendrá voz pero no voto; el presidente de la Diputación en el territorio en el cual haya estado la última residencia habitual del causante en territorio catalán o la persona en la que aquél delegue; el alcalde del ayuntamiento de la localidad en que haya estado ubicada la última residencia habitual del causante en territorio catalán, o persona en la que aquél delegue; el presidente del Consejo comarcal del territorio en el que radique la localidad donde se hubiera encontrado la última residencia habitual del causante en Cataluña. Este último

vocal sólo formará parte de la Junta cuando se trate de una sucesión intestada que deba normarse por la Ley de Sucesión Intestada de 1987 o el Código de Sucesiones de 1991 (art. 13.1 del Decreto 244/1995). Cabe la posibilidad de delegación en cualquier persona adscrita a la Dirección General (o al servicio) a la cual pertenezca el vocal delegante, siempre que ostente, como mínimo, la categoría de jefe de servicio (art. 13.2 del Decreto 244/1995).

Las funciones de la Junta aparecen descritas en el artículo 15 de la norma catalana. Éstas son: la determinación del haber líquido hereditario; la aprobación de las cuentas del ab intestato, acordar la enajenación de los bienes o proceder a su distribución, según convenga; proceder a la atribución y adjudicación de los bienes, su producto o valor, y, en general, realizar todos los actos necesarios que comporte la liquidación de las herencias intestadas en favor de la Generalidad.

3. ESTABLECIMIENTOS CON DERECHO A UNA PARTICIPACIÓN EN EL CAUDAL RELICTO LÍQUIDO

Antes de detenernos en la configuración jurídica de la adjudicación de bienes o numerario de la herencia, una vez ha sido liquidada, conviene que especifiquemos las instituciones que tienen derecho a aquéllos.

La referencia a las instituciones que pueden recibir bienes hereditarios pasa por diferenciar, como venimos desarrollando, la sucesión de que se trate. Esto es, si se trata de una sucesión regulada por la CDCC, la LSI o el CS.

3.1 Sucesión regida por la Ley de Sucesión Intestada (1987) o por el Código de Sucesiones (1991)

En relación con estas sucesiones, tienen preferencia los establecimientos de asistencia social y/o de cultura radicados en la localidad de la última residencia habitual del causante en territorio catalán. En ausencia, los de la comarca y, en defecto de éstos, los que estén a cargo de la Generalidad (arts. 347 CS y 17.2 del Decreto 244/1995)³⁹⁰.

³⁹⁰ El artículo 154 de la Ley gallega de Derecho civil sólo se refiere a las entidades ubicadas en la localidad de la última residencia habitual del causante, lo que ha sido criticado por la doctrina, al entender que debería haberse previsto el destino del remanente en caso de que dichas instituciones no existieran. Crítica que nosotros hacemos extensiva al artículo 220 de la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte (M.ª P. GARCÍA RUBIO, *La sucesión*, p. 259).

La norma no hace alusión alguna al carácter público o privado de los entes en cuestión, lo que lleva a pensar que se pretende contemplar tanto a unos como a otros³⁹¹.

Dentro del primer grupo de instituciones, tendrán prioridad aquellas entidades que tengan cierta importancia en la localidad del último domicilio del causante y aquellas a las cuales el finado haya pertenecido o por las cuales haya estado asistido. En esta dirección, una asociación, una fundación, una ONG, a las que el causante haya dedicado parte de su tiempo o ciertas actividades, o la residencia geriátrica que cuidó del mismo podrán ser consideradas con derecho a participar en la herencia líquida. Esta preferencia no excluye, necesariamente, a otros establecimientos de análoga naturaleza, si así lo considera la Junta Distribuidora de Herencias (art. 17.3 del Decreto 244/1995).

3.2 Sucesión regida por la compilación de 1984

En este supuesto, tendrán preferencia las instituciones a las que el causante haya pertenecido por razón de su profesión o hubiera consagrado a ellas íntegramente sus actividades. De todos modos, esta preferencia no excluirá el derecho de otras entidades si lo considera conveniente la Junta Distribuidora de Herencias (apartado tercero de la disposición transitoria del Decreto 244/1995).

Debe recordarse que el líquido hereditario se divide en tres cuotas de las cuales una es destinada a entidades municipales, otra a entes provinciales y finalmente, el tercio restante accede al Fisco catalán (art. 956 CC en virtud de la remisión realizada por el art. 248 CDCC)³⁹².

El Decreto considera *instituciones municipales de carácter público* las sostenidas de manera exclusiva con fondos municipales o que necesiten de los mismos para su subsistencia. Tendrán la consideración de *instituciones municipales privadas*, por exclusión, aquellas no comprendidas en el grupo de las públicas, pero que, en cambio, desarrollen principalmente sus actividades en el municipio de que se trate.

Por su parte, tendrán la consideración de *entidades provinciales de carácter público* las mantenidas exclusivamente con fondos pro-

³⁹¹ El Decreto gallego obvia también esta cuestión; en cambio, el navarro la contempla; cfr. artículo 24 del Decreto 166/1988.

³⁹² En relación con la regulación del Código Civil, vide S. NAVAS NAVARRO, *La herencia*, pp. 229 ss.

vinciales o que necesiten de éstos para poder desempeñar sus actividades. Serán *privadas*, también por exclusión, aquellas que no pueden conceptuarse como públicas, pero que lleven a cabo sus actividades en uno o varios municipios de la provincia en cuestión.

La Junta designará dentro de cada grupo las instituciones beneficiarias de la herencia, así como la participación que les corresponda, sin que exista ninguna preferencia entre ellas (apartado cuarto de la disposición transitoria del Decreto 244/1995)³⁹³.

4. LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA ASIGNACIÓN DE BIENES A LAS ENTIDADES BENEFICIARIAS

Debe partirse de la premisa de que la única heredera es la Generalidad y no las entidades que menciona la normativa civil³⁹⁴. Éstas son, en principio, beneficiarias de parte del remanente del caudal relicto líquido³⁹⁵. Con todo, será necesario plantear diferentes supuestos a los que da origen la propia legislación administrativa que venimos analizando. En efecto, como hemos advertido, la cuota perteneciente a las instituciones de asistencia social o de cultura consistirá –será lo normal– en una suma pecuniaria, pues la finalidad del Decreto de 1995 es la tendencial realización del valor de los bienes que conforman el patrimonio hereditario. Pero también puede suceder, como prevé el artículo 17 del Decreto, que determinados bienes sean excepcionados de la venta por cuanto sirven para el fin a que se dedican dichas entidades y a las cuales se adjudican o asignan los mismos. En estas hipótesis, los establecimientos aparecen como *cesionarios de esos bienes*. Expresado con otras palabras, con base en el dato de que esos bienes son de titularidad de la

³⁹³ Manifestaba P. Salvador Coderch, respecto del artículo 248 CDCC, que «... deberá garantizarse la participación en la toma de la decisión correspondiente de aquellas entidades que institucionalmente representen los intereses de las instituciones...» (*Comentarios*, XXIX, V. III, p. 68). Esto es lo que parece que se pretende, en la actualidad, mediante la participación en la Junta Distribuidora de Herencias.

³⁹⁴ De la misma opinión es S. Hidalgo García el cual considera a estas entidades titulares de un derecho abstracto comprendido en el Derecho Administrativo (*La Sucesión por el Estado*, Barcelona, 1995, pp. 319 ss); asimismo, F. RIVERO HERNÁNDEZ, *La sucesión*, p. 230.

³⁹⁵ En el derecho alemán, el artículo 138 EGBGB permite a los *Länder* la posibilidad de que sustituyan al *Fiscus*, como último heredero, por entidades de carácter público (*Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechts*) a las cuales se aplican las mismas normas que se refieren a la sucesión legal de aquél. La doctrina ha destacado que se trata de una verdadera sustitución y no que se sitúen sólo en defecto de él (J. MAYER, en Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlín, 1998, Rn 7, p. 652; PALANDT/W. EDENHOFER, Rn 6, p. 1965).

Generalidad-heredera en cuanto se trata de bienes de dominio privado, la asignación supone la *cesión gratuita de bienes inmuebles*, cuando sean éstos los bienes a adjudicar, «... para fines de utilidad pública o de interés social» (arts. 21 LPG y 114 RPG). Si los bienes cedidos no fueran destinados al fin previsto, deberá resolverse la cesión (art. 116 RPG). Esta configuración jurídica toma como basamento la titularidad pública de las entidades beneficiarias. En relación con las de titularidad privada, pensamos que, de acuerdo con lo postulado por el artículo 5.4 RPG, deberán aplicarse las normas de Derecho privado y, en consecuencia, se estará igualmente ante una *cesión gratuita del uso* del bien inmueble en cuestión.

En lo concerniente a los bienes muebles, que también pueden ser excepcionados de la venta, la legislación sobre el patrimonio de la Generalidad no prevé, de modo expreso, la cesión gratuita de los mismos a una institución pública o privada. Ahora bien, debe recordarse que el artículo 5.4 LPG prescribe que, en aquellos extremos no regulados relacionados con el dominio privado, será de aplicación supletoria el Derecho privado: *se tratará de la cesión del uso de los bienes a título gratuito*. En cualquier caso, la asignación de bienes no supone, en ambos casos, la *transmisión de la propiedad de los bienes*. Además, se trata de una cesión de bienes causalizada en el sentido de que si los bienes no se destinan a la finalidad prevista, la cesión podrá resolver al frustrarse la consecución de dicho fin.

En otro orden de ideas, puede suceder que algunas de las relaciones obligatorias (de dar cosas determinadas), de las que era deudor el causante, estuvieran sometidas a condición (suspensiva o resolutoria) o a término (inicial o final). En estos supuestos, si el bien o bienes pueden servir al fin al que se dedican las entidades, es plausible, en nuestra opinión, como ya hemos manifestado anteriormente, que en esa etapa transitoria sean destinados al mismo. Esto podría conllevar que la Junta Distribuidora de Herencias acordara que se formulara una cuenta parcial en relación sólo con los bienes y derechos que hubieran ya sido objeto de liquidación.

VII. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

ABRIL CAMPOY, J. M.: *La extinción de las obligaciones por confusión en el Derecho sucesorio*, Madrid, 1995; «El testamento ológrafo en Cataluña: la exigencia de institución de heredero y el nombramiento de albaceas

- (a propósito de la STSJC de 23 de abril de 1998)», *Revista quincenal de sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales y otros tribunales*, Aranzadi, núm. 19, 1999.
- ACADEMIA DE DERECHO DE BARCELONA: *Proyecto de Apéndice del Código Civil para Cataluña*, 1896.
- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil*, V, 5.ª ed., Barcelona, 1994.
- ALBIOL MARÉS, P.: *Comentarios al Código de Sucesiones*, II, Barcelona, 1994.
- ALFONSO I PINAZO, C. DE: «La Generalidad com a hereva en les successions legítimes. Breu anàlisi de l'article 248.3 de la Compilació del Dret civil de Catalunya», *La reforma de la Compilació: el sistema successori (Materials III Jornades de Dret català a Tossa, 1984)*.
- ALMEDA, J., y TRÍAS I DOMÈNECH, M.: *Anteproyecto de Apéndice del Derecho Catalán al Código Civil*, Imp. Casa Provincial de Caridad, s/f.
- ALONSO MARTÍNEZ, M.: *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, 1947.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia», *REDI*, 1995-2.
- APÉNDICE DE DERECHO CATALÁN AL CÓDIGO CIVIL DE 1931, proyecto formulado antes de la promulgación del Código, por el eminente jurista don Manuel Durán y Bas. Revisado y completado por la actual Comisión, constituida de acuerdo con el Real Decreto de 24 de abril de 1899.
- ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A.: *Derecho romano. Obligaciones. Familia. Sucesiones*, II, 17.ª ed., Madrid, 1984.
- ARIAS VELASCO, J.: *La Hacienda de la Generalidad 1931-1938*, Barcelona, 1977.
- BADOSA COLL, F. y PUIG I FERRIOL, L.: *Anotaciones al Tratado de Derecho alemán*, por T. Kipp, V, V. I, 2.ª ed., Barcelona, 1955.
- BARASSI, L.: *Le successioni per causa di morte*, 3.ª ed., Milán, 1947.
- BARBERÀ I GOMIS, J. R.: «Patrimonio de la Generalidad», *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, III, Barcelona, 1991.
- BAYONA DE PEROGORDO, J.: *El patrimonio del Estado*, Madrid, 1977; *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma Valenciana*, dir. por R. Martín Mateo, Madrid, 1985.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «La vecindad civil en los Estatutos de las Comunidades Autónomas», *RJC*, 1981.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y PÉREZ DE CASTRO, N.: *La vecindad civil*, Madrid, 1996.
- BIONDI, B.: *Istituzioni di Diritto romano*, Milán, 1965.
- P. BLASCO GASCÓ, F. DE y CLEMENTE MEORO, M.: «La sucesión intestada en favor de la Generalidad valenciana y la condición jurídica de valenciano», *V Jornades de Derecho catalán*, Tossa de Mar, 1988.
- BONAVENTURA DE TRISTANY, B. B.: *Sacri Supremi Regis Cathaloniae Senatus Decisiones*, Barchinonae, Ex. Typographia Raphaelis Figueró, pars III, 1701.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: «La sucesión abintestato en ausencia de parientes llamados en el Derecho interregional español», *La Ley*, 1988.
- BORRELL I SOLER, A. M.: *Derecho Civil vigente en Cataluña*, V, 2.ª ed., Barcelona, 1944; «Algunos problemas sobre el beneficio de inventario», *RJC*. 1951.

- BROCA, G. M.: *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del Civil, y exposición de las instituciones del Derecho Civil del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la jurisprudencia*, I/1, Generalidad de Cataluña, Consejería de Justicia, Barcelona, 1985.
- BROCA, G. M. y AMELL I LLOPIS, J.: *Instituciones del Derecho Civil catalán vigente*, Barcelona, 1880.
- CALICII, I.: *Margarita Fisci*, Barchinonae Apud Ioan. Gordiolam, 1556.
- CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.; BLANCO-MORALES LIMONES, P.; IRIARTE ÁNGEL, J. L., y ESLAVA RODRÍGUEZ, M.: *Derecho internacional privado*, II, Granada, 1998.
- CÁMARA LAPUENTE, S.: *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Madrid, 2000; «Testamento negativo, memoria de confianza y otras especialidades del Derecho sucesorio catalán. A propósito de la STSJ Cataluña de 23 de abril de 1998», *RJC*, núm. 3, 2000.
- CAMPS I ARBOIX, J.: *Historia del Derecho catalán moderno*, Barcelona, 1958.
- CÁNCER, J.: *Variarum Resolutionionum iuris Universalis Caesarei, Pontificii et Municipalis principatus Cathaloniae*, pars I, Barchinonae, 1760.
- CÁRDENAS, L.: «Responsabilidad *ultra vires* por legados», *RDP*, 1950.
- CARRERAS LLANSANA, J.: «Normes processals i de procediment administratiu», *Comentaris sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, I, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 1990.
- CASANOVAS MUSSONS, A.: *Compendi de Dret civil català*, coord. por F. Badosa Coll, Madrid, 1999.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: «La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales», *RGLJ*, núm. 125.
- CATTANEO, G.: «La vocazione legittima», en *Trattato di Diritto Privato*, I, V, dir. por P. Rescigno, Turín, 1982.
- CELAYA IBARRA, A.: *Derecho Civil vasco*, Bilbao, 1993.
- CLAVERO ARÉVALO, B.: «Historia jurídica y Código político: los derechos forales y la Constitución», *AHDE*, 1980.
- COCA PAYERAS, M.: «Vecindad administrativa y vecindad civil. Génesis de un concepto legal», *RJC*, 1981; «Comentari a l'article 3er.», *Comentaris a les Reformes del Dret civil de Catalunya*, I, Barcelona, 1987.
- COLL I RODÈS, R.: «El Dret Civil a Catalunya. El problema de la codificació del Dret Civil Català», *Conferències sobre l'Estatut de Catalunya*, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, 1934.
- CONDOMINES VALLS, F. DE A. y FAUS ESTEVE, R.: *Derecho Civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1960.
- CONSELL CONSULTIU DE LA GENERALIDAD DE CATALUNYA: *Dictamen núm. 60* (Ponente: F. Fernández de Villavicencio).
- Constitucions i altres drets de Catalunya, compilats en virtut del capítol de Cort LXXXII*, 1704, Casa de Joan Pau Martí y Joseph Llopis, Estampers, Barcelona, 1973.
- Consuetudines Diocesis Gerundensis*: Manuscrito A-IV-22 de la Biblioteca de El Escorial, citado por J. M.^a PONS I GURI, *Recull d'estudis d'Història jurídica catalana*, I, Fundació Noguera, Barcelona, 1989.
- CORBELLA, A.: *Manual de Derecho catalán*, Reus, 1906.
- COROLEU E INGLADA, J.: *El feudalismo y la servidumbre de la gleba en Cataluña*, Imprenta y Librería de V. Dorca, Girona, 1878.
- CORTIADA, M. DE: *Decisiones Reverendi Cancellarii, et Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, pars V, 1693.

- COTS Y GORCHS, J.: *Consuetudines Diocesis Gerundensis*, Librería Casulleres, Barcelona, 1929.
- CRUZADO, F.: «Derecho hereditario del hijo natural en Aragón en la sucesión intestada», *RGLJ*, núm. 125.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J.: «Fuentes del Derecho Civil catalán, en particular, la Compilación y la legislación común», *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, 1978; *Elementos de Derecho Civil*, I, V. I, Barcelona, 1988; *Comentarios a las reformas del Código Civil*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 1993.
- DIEGO Y GUTIÉRREZ, F. C. DE: *Instituciones de Derecho Civil*, III, Madrid, 1932.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Lecciones de Derecho Civil*, IV, Valencia, 1967; *Estudios sobre jurisprudencia civil*, III, Madrid, 1981.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, IV, 7.^a ed., Madrid, 1997.
- DOMINGO DE MORATÓ, D. R.: *El Derecho Civil español con las correspondencias tomadas de los Códigos de Justiniano*, Valladolid, 1877.
- D'ORS, A.: *Derecho privado romano*, 7.^a ed. revisada, Pamplona, 1989.
- «El Derecho Civil de Cataluña en el Parlamento Español», *RJC*, 1920, núm. 26.
- DURÁN I BAS, M.: *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, Barcelona, 1883.
- DURÁN RIVACOBIA, R.: *El nuevo régimen de la vecindad civil y los conflictos interregionales*, Madrid, 1992.
- EBENROTH, C. T.: *Erbrecht*, Múnich, 1992.
- EDENHOFER, W.: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 58.^a ed., Múnich, 1999.
- ELÍAS, J.: *Derecho Civil general y foral de España*, III, V. II, 2.^a ed., Barcelona, 1884.
- ELÍAS, J. A. y FERRATER, E.: *Manual de Derecho Civil vigente en Cataluña*, 3.^a ed., Barcelona, 1885.
- DE ELIZALDE Y AYMERICH, P.: «Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas», *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, II, IEF, Madrid, 1979.
- ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I/1, Madrid, 1988.
- ESTÍBALEZ, L. M.^a: *La sucesión intestada y troncal en las regiones forales según el Tribunal Supremo*, Barcelona, 1961.
- FEBRERO, J.: *El Febrero adicionado ó librería de escribanos, abogados y jueces*, IV, Madrid, 1825.
- FERNÁNDEZ-CASQUEIRO DOMÍNGUEZ, C. y GÓMEZ VARELA, J. M.: *Derecho de sucesiones de Galicia*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996.
- FERNÁNDEZ-OLIVARRIETA, A. Y AGUILERA: «El patrimonio del Estado en el Anteproyecto de Constitución», en *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, CEC, Madrid, 1978.
- FERREIRO LAPATZA, J. J.: *La Hacienda de las Comunidades Autónomas en los Estatutos de Autonomía*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1985; *Curso de Derecho financiero español*, 19.^a ed., Madrid, 1997.
- FERRER, M.: *Observantium Sacri Regii Cathaloniae Senatus*, Barcinonae, 1608.
- FIGA FAURA, L.: «La Compilación en sus conexiones con el Código Civil», *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña*, publicado por la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, 1961.

- FONT SEGURA, A.: «La sucesión hereditaria en Derecho interregional», *ADC*, 2000.
- FONTANELLA, I. P. DE: *De pactis Nuptialibus, sive capitulis matrimonialibus Tractatus*, pars I, Barcinonae, 1612; pars I, Barcinonae, 1667; pars II, 1622; *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, Barcinone, ex Praelo, ac aere Petri Lacavalleria in via Bibliopolarum, pars II, 1645.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A.: «Designación, vocación hereditaria y adquisición automática», *RDN*, núm. 24, 1959.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 9.ª ed., Madrid, 1999.
- GARCÍA RUBIO, M.ª P.: *La distribución de toda la herencia en legados (un supuesto de herencia sin heredero)*, Madrid, 1989; «La sucesión de la Comunidad Autónoma de Galicia en la Ley 4/1995, de 24 de mayo de Derecho Civil de Galicia», *AC*, núms. 10-11, 1997; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, XXXII, V. II, Madrid, 1997.
- GASSIOT MAGRET, J.: *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1962.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo García, XXIX, V. III, Madrid, 1986.
- GIBERT, V.: *Teórica del Arte de Notaría*, trad. por E. de Tapia, 3.ª ed., con notas de F. M. Falguera y adicionada con un Tratado de Laudemios, Barcelona, 1875.
- GINEBRA MOLINS, M.ª E.: «Los derechos de *successió intestada* reconocidos a las parejas homosexuales en la Ley Catalana 10/1998, de 15 de julio, *d'unions estables de parella*», *AC*, núm. 33 (http://www.laley.net/ractual/r33c_c1.html).
- GITRAMA GONZÁLEZ, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo García, XIV, V. I, Madrid, 1980.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. y BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (coord.): *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-1993)*, traducción al castellano, Madrid, 1996.
- GUILARTE ZAPATERO, V.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XIII, V. I, dir. por M. Albaladejo García, Madrid, 1989.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, VII, Librería de Sánchez, 1871-1874.
- HARDER, M.: *Grundzüge des Erbrechts*, 4.ª ed., Berlín, 1997.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.ª D.: *La herencia yacente*, Barcelona, 1995.
- HIDALGO GARCÍA, S.: *La sucesión por el Estado*, Barcelona, 1995.
- HINOJOSA, E., DE: *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña*, Madrid, 1905.
- IGLESIAS, J.: *Derecho romano*, 6.ª ed., Barcelona, 1979.
- ISABAL, M.: «Los mostrencos en el Tribunal Supremo, o sea estudio sobre la vigencia de las instituciones forales españolas en materia de sucesiones intestadas», *RDP*, 1920.
- ISERNIA, A. DE: *In usus feudorum commentaria*, Lugduni, 1579.
- JAÉN, V.: *Derecho Civil*, Madrid, 1928.
- JORDANO FRAGA, F.: *La sucesión en el ius delationis (una contribución al estudio de la adquisición sucesoria)*, Madrid, 1990.
- JOU I MIRABENT, L.: «Formes testamentàries i successió intestada a la llei de reforma de la Compilació de Dret Civil de Catalunya: propostes de desen-

- volupament», *La reforma de la Compilació: el sistema successori (materials III Jornades de Dret català a Tossa, 1984)*.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: «La responsabilidad del heredero en el Código Civil», *RCDI*, 1961.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y DELGADO ECHEVERRÍA, J.: «Fuentes e interpretación del Derecho Civil catalán», *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, 1978.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y A. SANCHO REBULLIDA, F. DE: *Elementos de Derecho Civil*, V, Barcelona, 1988.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, I, dir. por M. Albaladejo García: Madrid, 1981.
- LALINDE ABADÍA, J.: «Estudio del artículo 1.º de la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña (alerta a la escuela Histórica)», *RJC*, 1961; «El derecho sucesorio en el *Recognoverunt Proceres*», *RJC*, 1963.
- LANGE, H. y KUCHINKE, K.: *Lehrbuch des Erbrechts*, 4.ª ed., Múnich, 1995.
- LATORRE, A.: «El Derecho Romano como parte integrante de la tradición jurídica catalana», *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, Barcelona, 1978.
- LEIPOLD, D.: *Erbrecht*, 11.ª ed., Tubinga, 1996; *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3.ª ed., Múnich, 1997.
- LEÓN ARCE, A. DE y MORENO-LUQUE CASARIEGO, C.: «Sobre la presunta inconstitucionalidad del llamamiento hereditario a la Generalidad de Cataluña de la sucesión intestada, en defecto de parientes o cónyuge», *V Jornades de Dret català a Tossa*, 1988.
- LINARES MARTÍN DE ROSALES, J.: *Régimen financiero de las Comunidades Autónomas españolas*, Diputación General de Aragón, 1981; «Comentarios a la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas», *HPE*, núm. 65.
- LLEBARÍA SAMPER, S.: «Glosa crítica a esta (nuestra) nueva Ley de uniones estables de pareja», *La Notaría*, núm. 10, 1998.
- LÓPEZ, G.: *Las Siete Partidas del Sabio rey don Alonso el nono*, Oficina de B. Cano, Madrid, 1789.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *Instituciones de Derecho privado valenciano*, Valencia, 1996.
- LÓPEZ JACOISTE, J. J.: *Comentarios del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: *Derecho de sucesiones*, 2.ª ed., Valencia, 1999.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.ª: *Comentarios al Código Civil español*, I, 7.ª ed., corregida, aumentada, revisada y puesta al día con una introducción sobre las nuevas orientaciones del Derecho Civil español por P. Marín Pérez, Madrid, 1987.
- MARQUILLES, J.: *Commentaria super Usaticis Barchinone*, Barchinonis, J. Luschmer, 1505.
- MARTÍ Y DE EIXALÁ, R.: *Tratado elemental del Derecho Civil romano y español*, I, Barcelona, 1838.
- MARTÍ I MIRALLES, J.: *Estudio sobre el artículo 12 del Código Civil*, Tipografía de J. y J. Doria, Barcelona, 1901.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *Pluralidad de Derechos civiles españoles (el artículo 149.1, regla 8, de la CE)*, Madrid, 1997.
- MARSAL GUILLAMET, J.: *Compendi de Dret civil català*, coord. por F. Badosa Coll, Madrid, 1999.
- MARZAL RODRÍGUEZ, P.: *El derecho de sucesiones en Valencia foral y su tránsito a la Nueva Planta*, Universitat de València, 1998.

- MASPONS I ANGLASELL, F.: «La perturbación del régimen sucesorio de Cataluña por la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RDP*, 1920; «La jurisprudencia sucesoria en los territorios llamados forales», *RDP*, 1926-1927; *El règim successori català*, Barcelona, 1938; *Derecho catalán familiar*, vertido al castellano por J. M.^a Rodríguez-Aguilera, Barcelona, 1956.
- MAYER, J.: *En Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlín, 1998.
- MAZEAUD, H., L. y J.: *Leçons de Droit Civil*, IV, V. II, 2.^a ed., *Successions et Libéralités*, por. M. de Juglart, París, 1971.
- MERINO HERNÁNDEZ, J. L.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XXXIV, V. II, dir. por M. Albaladejo García, Madrid, 1988; «La sucesión intestada: aspectos concretos», *Actas de los segundos encuentros del foro de Derecho aragonés*, II, Zaragoza, 1993.
- MESSINEO, F.: *Manual de Derecho Civil y comercial*, VII, trad. por S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1971.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, E.: *Comentarios al Código de Sucesiones*, I, Barcelona, 1994.
- MIERES, T.: *Apparatus super Constitutionibus curiarum generalium Catholoniae*, pars II, Barcinonae, 1621.
- MIQUEL, J.: *Lecciones de Derecho romano*, Barcelona, 1984.
- MIRAMBELL I ABANCÓ, A.: «Els llegats. La nova regulació segons la Llei 40/1991, de 30 de desembre: “Codi de Successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya”», *VII Jornades de Dret català a Tossa*, 1994.
- MOLINA, L. DE: *De Hispanorum Primogeniis*, Lugduni, 1727.
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, E.: «La reforma de la sucesión intestada de la Comunidad Autónoma de Aragón», *Rev. Der. Civ. Aragónés*, núm. 1, 1995.
- MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L. DE LOS: *Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1981; *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, I, Madrid, 1984.
- MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, E.: *El artículo 891 CC: la distribución de toda la herencia en legados*, Valencia, 1996.
- NAVAS NAVARRO, S.: «La competencia en “materia civil” de la Generalidad de Cataluña», *RDP*, 1994; «La adquisición de los bienes inmuebles sin dueño conocido por la Generalidad de Cataluña», *RJC*, núm. 1, 1994; *La herencia a favor del Estado (estudio de la normativa civil, administrativa y procesal)*, Madrid, 1996.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- OLIBANI, A.: *De actionibus in Rem civilibus et praetoriis*, pars II, Barcinonae, 1606; *De Iure*, 1600.
- PALAZZO, A.: *Le Successioni*, I, en *Trattato di Diritto privato a cura di G. Iudica y P. Zatti*, Milán, 1996.
- PANTALEÓN PRIETO, A. F.: «¿Derechos sucesorios abintestato del compañero o compañera en la Compilación del Derecho Civil de Cataluña?», *La reforma de la Compilació: el sistema successori (materials III Jornades de Dret Català a Tossa, 1984)*.
- PASCUAL SERRES, J. M.^a: *Una interpretación del Derecho Civil de Cataluña (el derecho catalán en la práctica)*, Barcelona, 1948.
- PECES BARBA, G.: *Constituciones españolas*, Madrid, 1986.

- PEGUERA, L. DE: *Decisiones Aurae in actu practico frequentes. Ex variis Sacri Regii Concilii Cathaloniae conclusionibus collecta (cum additionibus in Quinquaginta priores quae antea sine eis editae fuerunt)*, Barcinonae, Ex. Typographie Iacobi à Cendrat, pars I, 1605; pars II, 1611.
- PELLA I FORGAS, J.: *Código Civil en Cataluña*, IV, Librería de A. Bosch, 1918.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La herencia y las deudas del causante*, Madrid, 1967.
- PERMANYER I AYATS, J. J.: *Proyecto de Apéndice al Código Civil*, Imprenta de la Casa Provincial de Caridad, Barcelona, 1915.
- PISKORSKI, W.: *El problema de la significación y del origen de los seis «malos usos» en Cataluña*, vertido del ruso por J. Rodríguez Danilovsky, Barcelona, 1929.
- PLANAS Y CASALS, J. M.^a: *Instituciones del Derecho Civil español*, Librería de A. Bosch, Barcelona, 1913.
- PONS I GURI, J. M.^a: «Motivacions jurídiques de la Sentència Arbitral de Guadalupe», *Recull d'estudis d'Història jurídica catalana*, III, Fundació Noguera, Barcelona, 1989; «Relació jurídica de la remença i el mals usos a les terres gironines (siglos XIII-XV)», *Recull*, III, Fundació Noguera, Barcelona, 1989.
- PRAT DE LA RIBA, E.: *La Nacionalitat catalana*, Col·lecció popular Barcino, núm. 110, Barcelona, 1934.
- PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E.: *Fundamentos de Derecho Civil de Cataluña*, I, III-v. II, Barcelona, 1980.
- PUIG I FERRIOL, L.: *El Derecho Civil catalán en la jurisprudencia, 1890-1904*, II, V. I, Barcelona, 1974; «Els principis successoris catalans: present i futur», *La reforma de la Compilació: el sistema successori (Materials III Jornades de Dret català a Tossa, 1984)*, «Les bases del nou Codi de Successions» *VII Jornades de Dret català a Tossa*, 1992; *Institucions del Dret civil de Catalunya*, I-III, 5.^a ed., Valencia, 1998 (junto con E. ROCA I TRÍAS); *Jurisprudència civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya*, 1996, Departament de Justícia, 1998.
- PUIG PEÑA, F.: *Compendio de Derecho Civil*, VI, 2.^a ed., Pamplona, 1972.
- PUIG SALELLAS, J. M.: *Comentarios al Código de Sucesiones*, I, Barcelona, 1994.
- RAMONII, J.: *Consilia et Sententie Senatus Regii Cathaloniae cum observationibus Iacobi Balduicii*, Bononiae, Typis Bartholomaei Recaldini et Iulii Borzaghi, 1689.
- RIPOLL, A. DE: *Variae Iuris Resolutiones, multis diversorum Senatuum decisionibus illustratae*, Barcinonae, 1631.
- F. RIVERO HERNÁNDEZ: «La successió intestada. Les declaracions d'hereus», *Temes Bàsics del Dret. Una visió actual*, II, *Studia Iuridica*, 1993.
- ROCA SASTRE, R. M.^a: «La designación, la vocación y la delación sucesoria», *Estudios sobre sucesiones*, II, Madrid, 1948; *Anotaciones al Tratado de Derecho alemán*, Derechos de sucesiones, por T. Kipp, I, v. II, 1.^a ed., Barcelona, 1951; «Los elementos componentes de la Compilación», *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña*, publicado por la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, 1961.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Comentarios al Código de Sucesiones*, II, Barcelona, 1994.

- ROCA I TRÍAS, E.: «El Código Civil como supletorio de los derechos nacionales españoles», *ADC*, 1978; «El Código Civil y los Derechos nacionales, en especial el Derecho Civil catalán», *RJC*, 1979; «El testamento de Tortosa sin institución de heredero», *Costums de Tortosa*, Estudis, 1979; *Institucions del Dret Civil de Catalunya* (junto con L. PUIG I FERRIOL), II, Valencia, 1991.
- ROMANÍ I PUIGDENGOLAS, F. y DE DIOS TRÍAS I GIRÓ, J.: *Anteproyecto de Apéndice al Código Civil para el principado de Cataluña*, Hijos de J. Jesús, Impresores, Barcelona, 1903.
- ROVIRA MOLA, A. DE: «Ingresos patrimoniales» en *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, III, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 1990.
- SAINZ DE BUJANDA, F.: *Lecciones de Derecho financiero*, 9.ª ed., Madrid, 1991.
- SALINAS QUIJADA, F.: *Derecho Civil de Navarra*, VI, VII «de las donaciones y sucesiones», Pamplona, 1977.
- SALRACH, J. M.ª: «La Corona de Aragón», IV, *Feudalismo y consolidación de los Pueblos hispánicos (siglos XI-XV)*, *Historia de España*, dir. por M. Tuñón de Lara, 2.ª ed., Madrid, 1980.
- SALVADOR CODERCH, P.: «El Derecho Civil de Cataluña (comentario al nuevo artículo 1.º de la compilación catalana)», *RJC*, 1984; «La disposición final tercera de la compilación y la técnica legislativa de las remisiones estáticas», *ADC*, 1984; «La figura de la remisión», *La reforma de la Compilació: el sistema successor (materials III Jornades de Dret Català a Tossa, 1984)*; *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, XXIX, v. III, dir. por M. Albaladejo García, Madrid, 1986.
- SALVADOR CODERCH, P. y MIRABELL I ABANCÓ, A.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, XXVII, v. I, dir. por M. Albaladejo García, Madrid, 1981.
- SALVADOR CODERCH, P.; LLOVERAS I FERRER, M. R., y SEUBA I TORREBLANCA, C.: «Amor et caritas. La parella de fet en el Dret successori de Catalunya», *VII Jornades de Dret català a Tossa*, 1992.
- SÁNCHEZ ROMÁN Y GALLIFA, F.: *Estudios de Derecho Civil (e historia general de la legislación española)*, VI, v. III, 2.ª ed., Suc. de Rivadeneyra, Madrid, 1910.
- SANCHO REBULLIDA, F. DE A.: «El futuro de los Derechos forales», en *Estudios de Derecho Civil*, II, Pamplona, 1978.
- SANTORO-PASSARELLI, F.: «Teoria della successione legittima dello Stato», *Saggi di Diritto Civile*, II, Nápoles, 1961.
- SOBREQUÉS I VIDAL, S.: «Història de la producció del Dret català fins al Decret de Nova Planta», *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, Barcelona, 1972, reed. llevada a cabo por el Col·legi Universitari de Girona, 1978.
- SOCARRATS, I. DE: *Iurisconsulti catalani in Tractatum Petri Alberti canonici Barchinonensis, de consuetudinibus Cathaloniae inter Dominos et Vasallos, ac nonnullis alliis, quae Commemorations Petri Alberti appellantur, doctissima, ac locuplentissima commentaria nunc primum typis excusa, quibus feudorum materia diligentissime per tractatus*, Lugduni, 1551.
- STEIN, A.: En Soergel: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 12.ª ed., Berlín, 1992.
- TAMBURRINO, G.: «Successione legittima (dir. priv.)», *Enc. Dir.*, t. XLIII, Milán. 1990.

- TOMÁS VILLARROYA, J.: «Las fuentes del Derecho en las Comunidades Autónomas», *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, I, Madrid, 1979.
- TRACTATUS ILLUSTRUM IN UTRAQUE TUM PONTIFICII TUM CAESARI IURIS FACULTATE IURISCONSULTUM. DE ULTIMIS VOLUNTATIBUS (SUMMARIIS SINGULORUM TRACTATUM LOMPLETISSIMIS ILLUSTRATI), III, pars II, Venetiis, 1584.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *Fundamentos*, Madrid, 1982.
- VALLS LLORET, J. D.: «El llamamiento sucesorio a la Generalidad de Cataluña. Una crítica al extinto recurso de inconstitucionalidad 1188/87», *Rev. Jur. Castilla-La Mancha*, núm. 19, 1994.
- VALLS TABERNER, F.: *Los Usatges de Barcelona*, Departamento de Historia del Derecho de la Universidad de Barcelona, PPUB, 1984.
- VANACLOCHA BELLVER, F. J.: «Estudio sobre la Ley reguladora del Patrimonio del Estado», *Cuadernos de Documentación*, núm. 28, Presidencia del Gobierno.
- VICENS VIVES, J.: *Historia de los Remensas (siglo xv)*, 1.ª ed., Barcelona, 1978; *Noticia de Cataluña*, 1.ª ed., Barcelona, 1980.
- VIVES Y CEBRIÁN, P. N.: *Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles*, II, III, Barcelona, 1833.
- VOCI, P.: *Istituzioni di Diritto romano*, 3.ª ed., Milán, 1954.
- ZABALO ESCUDERO, M. E.: «La reforma de la Compilación de Derecho Civil de Aragón en materia de sucesión intestada», *REDI*, 1995-2.

La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea ^{*}, ^{**}

LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La excesiva onerosidad y el principio pacta sunt servanda.*—III. *Una aproximación al caso español: la cláusula rebus sic stantibus.*—IV. *El artículo 6:111 PECL como modelo de regulación de los supuestos de excesiva onerosidad:* 4.1 Aplicación del artículo 6:111 PECL al cambio de circunstancias posterior a la conclusión del contrato. 4.2 La excesiva onerosidad y la pretensión de cumplimiento. 4.3 La jerarquización de remedios en caso de excesiva onerosidad. 4.4 Poderes del juez en caso de excesiva onerosidad.—V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

En 1998 se aprobó una segunda versión revisada y completada de los *Principles of European Contract Law* elaborados por la Comisión para el Derecho contractual europeo. Esta versión ha sido objeto de publicación en 2000 por la editorial Kluwer con el título *Principles of European Contract Law. Parts I and II*. Dicha publicación contiene un texto articulado completo de lo que se pretende que sea un primer paso para la armonización o unificación del Derecho privado europeo. El texto articulado va acompañado de breves comentarios al mismo y notas comparativas de los distintos

* El presente trabajo tiene su origen en la comunicación que presenté en el II Congreso Internacional «Bases de un Derecho contractual europeo», celebrado en la Universidad de Lleida los días 9 y 10 de mayo de 2002.

** Este trabajo se inserta en el marco del Proyecto de investigación BJU2002-02356, «Hacia la unificación europea del derecho de obligaciones», dirigido por el Profesor Doctor D. Antonio Manuel Morales Moreno y subvencionado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (Dirección General de Investigación).

Derechos europeos y también de textos de Derecho uniforme como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 y los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT. A pesar de que estos Principios del Derecho europeo de los Contratos carecen hoy en día de fuerza legislativa (tienen carácter doctrinal), lo cierto es que son un modelo que puede ejercer y que de hecho está ejerciendo una influencia muy importante sobre los legisladores nacionales que codifican, por primera vez, una institución jurídica que previamente carecía de reconocimiento legal expreso o que está en fase de recodificación de su Derecho¹. Por esta razón acudimos a ellos como referente necesario en nuestro propósito de demostrar la necesidad de incorporar, en los ordenamientos que todavía carecen de ella –como sucede en Derecho español–, una norma legal que contemple la figura de la *excesiva onerosidad*. Como vamos a tener ocasión de comprobar, la regulación contenida en los *Principles of European Contract Law* sobre la materia es clara, moderna y razonable.

II. LA EXCESIVA ONEROSIDAD Y EL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA*

El principio *pacta sunt servanda*, que de una u otra forma inspira la concepción del contrato en todos los ordenamientos europeos, se encuentra también presente en los *Principles of European Contract Law* (en adelante *PECL*). Una prueba de ello lo constituye lo previsto en el artículo 6:111 *PECL*, cuyo apartado 1 establece que las partes contratantes tienen que cumplir las obligaciones derivadas del contrato, aunque la ejecución de la prestación haya devenido más onerosa (bien porque el coste de la ejecución haya aumentado, bien porque el valor de la contraprestación que se vaya a recibir haya disminuido).

Pero el principio *pacta sunt servanda* no es absoluto ni en los *PECL* ni en los ordenamientos internos; en determinadas circunstancias excepcionales es posible que su aplicación quede excluida. En concreto, se ha planteado su exclusión en los casos en los que

¹ Como pone de relieve ARROYO I AMAYUELAS, estos principios se han tenido muy en cuenta en la reforma del Derecho de obligaciones alemán (en SCHULZE/ZIMMERMANN, *Textos básicos de Derecho privado europeo. Recopilación*, Madrid-Barcelona, 2002, p. 15).

por circunstancias sobrevenidas el cumplimiento del contrato haya devenido excesivamente oneroso para una de las partes contratantes.

En los Códigos más antiguos, el legislador no se planteó la cuestión, y por esa razón no es posible encontrar en ellos una solución expresa a estos supuestos. Ello no ha impedido que se arbitrarán mecanismos para corregir los resultados «injustos» a los que llevaría una aplicación estricta del principio *pacta sunt servanda*. De hecho, los Tribunales nacionales han realizado importantes esfuerzos para encontrar una solución satisfactoria. Por poner algunos ejemplos, en Francia, en vía administrativa se aplica la denominada *théorie de la imprévision*²; igualmente, los Tribunales españoles acuden a la denominada cláusula *rebus sic stantibus*; y los Tribunales alemanes, hasta ahora, habían solucionado el problema a través de la aplicación del principio de buena fe recogido en el parágrafo 242 BGB³.

Ante esta situación, los Códigos más modernos han corregido el vacío legal y han dado entrada a una regulación expresa de esta figura. Así, podemos citar el artículo 1.457 del Código Civil italiano⁴ y el artículo 6:258 del Código Civil holandés⁵; a ellos se suma recientemente el Código Civil alemán que, tras la reforma que ha entrado en vigor el 1 de enero de este año⁶, contiene un reconocimiento legal expreso de estos supuestos en el nuevo parágrafo 313 BGB⁷.

² Para más detalles *vide* ZWEIGERT/KÖTZ, *An introduction to comparative Law*, 3.^a ed., Oxford, 1998, pp. 523 a 527.

³ Sobre los distintos avances doctrinales y jurisprudenciales producidos en Alemania hasta llegar a la jurisprudencia que hemos señalado, ZWEIGERT/KÖTZ, *An introduction to comparative Law*, pp. 518 a 523.

⁴ Según dicho precepto, el Tribunal puede resolver el contrato a solicitud de la parte contratante cuyo cumplimiento ha devenido excesivamente oneroso como resultado de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles. Este principio general tiene dos límites: a) el contrato no se resolverá si la dificultad sobrevenida cae dentro del riesgo normal del contrato, y b) la otra parte puede resistirse a la resolución del contrato ofreciendo un reajuste equitativo del contrato.

Puede consultarse al respecto la reciente monografía de CASELLA, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, Turín, 2001.

⁵ Conforme a lo previsto en el artículo 6:258 CC holandés, a requerimiento de una de las partes, el Juez puede modificar los efectos del contrato o resolverlo en todo o en parte cuando concurren circunstancias imprevisibles de naturaleza tal que la otra parte, conforme a los criterios de razonabilidad y equidad, no pueda esperar que el contrato permanezca inalterado. Dicha modificación o resolución puede acordarse con efecto retroactivo.

Una interesante comparación entre el artículo 6:258 CC holandés y los PECL se encuentra en BUSCH y HONDIUS, «Ein neues Vertragsrecht für Europa: Die Principles of European Contract Law aus niederländischer Sicht», *ZeUP*, 2/2001, pp. 223-247, pp. 241-243.

⁶ La Ley de modificación del Derecho de obligaciones del Código Civil alemán (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*) fue aprobada con fecha de 26 de noviembre de 2001 y publicada en el boletín oficial federal (*Bundesgesetzblatt*) el 29 de noviembre. En lengua castellana se han publicado algunos trabajos sobre la reforma alemana, así podemos citar: LAMARCA I MARQUÈS, «Entra en vigor la Ley de modernización del Derecho alemán de obligaciones», *Indret*, 01/2002, en http://www.indret.com/rcs_articulos/cas/schuldrechtsreform.pdf e INFANTE RUIZ, «Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución», *R. D.Patrimonial*, 2002-1, pp. 153-171.

⁷ El párrafo (1) de este precepto prevé la posibilidad de que se solicite un reajuste el contrato cuando las circunstancias que han sido la base del negocio se ven modificadas de

En la actualidad, no debería dudarse de la conveniencia de incorporar, en los ordenamientos que todavía no lo han hecho —como es el caso español— una norma legal que determine claramente los supuestos en los que la alteración sobrevenida de las circunstancias va a tener incidencia sobre el contrato y los efectos concretos que va a provocar sobre dicho contrato⁸. En este trabajo vamos a demostrar cómo los *PECL* nos ofrecen un modelo de regulación que debe ser tenido en cuenta por el legislador nacional a la hora de establecer tan deseable regulación.

III. UNA APROXIMACIÓN AL CASO ESPAÑOL: LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

El caso español es muy ilustrativo de la necesidad de regular expresamente los casos de *excesiva onerosidad*.

Nuestro Código Civil ni admite ni rechaza expresamente la posibilidad de que tenga alguna incidencia sobre el contrato la presencia de circunstancias sobrevenidas; de forma que es dudoso si se puede plantear la cuestión de si resulta justificado el mantenimiento del contrato en sus términos originales⁹. A pesar de esta falta de reconocimiento legal, nuestra doctrina y jurisprudencia han reconocido ciertos efectos a la alteración sustancial del contrato provocada por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles a través de la aplicación de la denominada cláusula *rebus sic stantibus*.

forma importante con posterioridad a la celebración del contrato, de tal forma que las partes no hubiesen celebrado el contrato o lo hubiesen hecho con otro contenido si hubiesen previsto dicha modificación y cuando no se le pueda imponer a una de las partes la permanencia en el contrato inmodificado teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto (en especial el reparto de riesgos convencional y legal). En los casos en los que el reajuste del contrato no sea posible o no se le pueda imponer a una parte, la parte perjudicada puede resolver el contrato [§ 313 (3) BGB].

⁸ Así lo defendía hace ya unos años PANTALEÓN PRIETO («Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, pp. 1719-1754, p. 1730).

⁹ Por el contrario, la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra sí contiene una norma al respecto. Nos referimos a la Ley 493 que, bajo la rúbrica «Cumplimiento de las obligaciones», declara en su último párrafo que: «Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución.»

Pese a que la jurisprudencia del Tribunal Supremo califica esta figura de «creación doctrinal», ha sido ella principalmente la que ha determinado los supuestos en los que se considera oportuno el recurso a dicha cláusula ¹⁰, si bien se ha mostrado muy reacia a reconocer su aplicación en los casos concretos ¹¹.

La STS de 17 de mayo de 1957 establece, por primera vez, los requisitos necesarios para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* ¹², que se van a repetir hasta las sentencias más recientes ¹³. Dichos requisitos son:

1.º Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.

2.º Desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que derrumba el contrato por «aniquilamiento» del equilibrio de las prestaciones.

3.º La sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles que son las que originan los dos requisitos anteriores.

Cuando estos presupuestos concurren, en nuestro Derecho existe consenso sobre la necesidad de acudir al órgano judicial, el contratante perjudicado por la alteración de las circunstancias no puede por sí solo determinar las consecuencias que provoca dicha alteración sobre el contrato. Serán los Tribunales, pues, los que decidan qué es lo que procede.

Sin embargo, por lo que respecta a qué es lo que puede decidir el Juez, se discute si la alteración sobrevenida provoca la extinción (resolución) del contrato o más bien su revisión y correspondiente modificación. La jurisprudencia del Tribunal

¹⁰ A pesar de ser generalizada la opinión que sostiene que el reconocimiento de efectos sobre el contrato a la alteración sobrevenida de las circunstancias es, principalmente, de elaboración doctrinal, no cabe duda del importante papel desarrollado por la jurisprudencia. Sobre esto último véanse los estudios de SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Algunas notas para la elaboración de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus*», *Actualidad civil*, 1990, pp. 429-452; la recopilación de sentencias realizada por la misma autora en *Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: la cláusula rebus sic stantibus*, Madrid, 1990; y el estudio de Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, «La cláusula *rebus sic stantibus*», en *Extinción de obligaciones*, director J. R. Ferrandiz, Cuadernos de Derecho Judicial, XXVI, 1996, pp. 671-686.

¹¹ Así lo ponen de manifiesto autores como Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, («La cláusula *rebus sic stantibus*», p. 678) y, recientemente, VERDERA SERVET («STS de 17 de noviembre de 2000», *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 491-510, p. 499).

¹² Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, «La cláusula *rebus sic stantibus*», p. 675.

¹³ Como, por ejemplo, la STS de 17 de noviembre de 2000 y las sentencias que allí se citan (FD 1.º). Esta sentencia, comentada por VERDERA SERVET en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 491 a 510, resulta especialmente interesante porque tiene referencias a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT y al concepto de *hardship* que éstos manejan (FD 1.º).

Supremo¹⁴ –y parte importante de la doctrina– consideran que la revisión o modificación del contrato es una solución más justa que el remedio de la resolución, puesto que debe conservarse el contrato siempre que ello sea posible¹⁵. Sin embargo, autorizada doctrina parece decantarse por un efecto extintivo¹⁶.

¹⁴ Sirva de ejemplo la STS de 6 de noviembre de 1992, que en su fundamento de Derecho 4.º recoge la doctrina establecida, entre otras, por las SSTS de 15 de marzo de 1972, 19 de abril de 1985, 17 de mayo de 1986, 6 de octubre de 1987, 16 de octubre de 1989, 21 de febrero de 1990, 10 de diciembre de 1990 y 23 de abril de 1991, según la cual: «tanto por la aplicación de la implícita cláusula *rebus sic stantibus*, como por la de la teoría de la quiebra o desaparición de la base del negocio o la de la equivalencia de las prestaciones, cabe la posibilidad de que, aunque en casos excepcionales y con gran cautela, por la alteración que ello supone del principio *pacta sunt servanda* y del de seguridad jurídica, pueda el órgano jurisdiccional, atendidas las circunstancias, particulares de cada caso concreto, llevar a efecto una modificación (no la extinción o resolución) del vínculo obligacional, por defecto o alteración de la base negocial y haber sido roto el equilibrio de las prestaciones siempre que concurren los requisitos...». Lo realmente novedoso de esta sentencia no es tanto que se haga referencia a esta doctrina, sino que, además, se considera que en el caso concreto concurren todos los requisitos, procediéndose a la revisión del contrato con la intención de restablecer el equilibrio contractual. Tal proceder choca con la práctica habitual de la jurisprudencia, pues normalmente el Tribunal Supremo encuentra causas que justifican la no aplicación de la doctrina al caso que enjuicia (así lo pone de relieve BELLO JANEIRO en su comentario a esta sentencia «STS de 6 de noviembre de 1992. Modificación judicial del contrato por alteración extraordinaria e imprevisible de sus circunstancias básicas: cláusula *rebus sic stantibus*; doctrina de la base del negocio. Contrato de cesión de arrendamiento», *CCJC*, núm. 30, 1992, pp. 1009-1025, p. 1015 ss).

Últimamente, la STS de 17 de noviembre de 2000 –que no considera aplicable al caso la cláusula *rebus sic stantibus*–, después de enumerar los requisitos necesarios para su aplicación, añade: «otorgándose a la referida cláusula efectos modificativos del contrato, encaminados a compensar el desequilibrio obligacional instaurado –lo que supone plantear demanda o, en su caso, su petición por vía reconvenzional–, pero no autoriza la extinción o resolución de la relación por la alteración sobrevenida de la base negocial (SSTS de 6 de noviembre de 1992, 15 de marzo de 1994 y 19 de junio de 1996) lo que cabría considerar teóricamente si se diera desaparición total de dicha base, determinante de imposibilidad plena en el cumplimiento de las prestaciones» (FD 1.º).

¹⁵ Por lo que respecta a la doctrina, ROCA SASTRE se muestra partidario de la solución de la revisión del contrato, precisando que es el Juez quien debe decidirlo a petición de la parte interesada (*Estudios de Derecho Privado*, I, Madrid, 1948, pp. 236 y 237). PUIG BRUTAU, tras un análisis de la jurisprudencia, se limita a poner de manifiesto que el Tribunal Supremo se decanta por el remedio de la revisión del contrato admitiendo su resolución sólo en casos excepcionales (*Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, Barcelona, 1978, pp. 438 y 439). PUIG PEÑA califica de «sumamente certero» el criterio jurisprudencial que considera «más ajustado a la reciprocidad de intereses y a la buena fe» («Cláusula *rebus sic stantibus*», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo IV, Barcelona, 1952, pp. 195-204). ALBALADEJO también parece decantarse por el remedio de la revisión del contrato, proponiendo el reconocimiento legislativo de la regla de la revisabilidad por excesiva onerosidad (*Curso de Derecho Civil*, II, 3.ª ed., Barcelona, 1984, pp. 263-264). Finalmente, en una monografía más reciente, se suma a este elenco de autores FERNÁNDEZ-HIERRO (*La modificación del contrato*, Pamplona, 1992).

¹⁶ DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 5.ª ed., Madrid, 1996, p. 899) considera que en el marco de los contratos sinalagmáticos, tanto en los supuestos de excesiva onerosidad como en los de frustración del contrato, la regla debe ser la resolución: la parte perjudicada por el evento sobrevenido ha de poder optar por demandar la resolución. Este autor no deja entrada a la posibilidad de una modificación del contrato, pues claramente expone que el perjudicado puede optar entre cumplir el contrato en sus propios términos o demandar su resolución. Una solución semejante ha sido defendida por ESPERT SANZ para los supuestos de frustración del fin del contra-

IV. EL ARTÍCULO 6:111 PECL COMO MODELO DE REGULACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE EXCESIVA ONEROSIDAD

El artículo 6:111 PECL dispone:

«(1) Las partes deben cumplir sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento de los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contra-prestación que se recibe.

(2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias siempre que:

(a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato.

(b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.

(c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.

(3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el Juez o Tribunal podrá:

(a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.

(b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.

En cualquiera de los casos, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura.»¹⁷

to (entendidos éstos como una de las formas que puede revestir la excesiva onerosidad). Este autor estima necesario un reconocimiento legislativo expreso de los supuestos donde se establezca que, producida la frustración del contrato por causas sobrevenidas, la parte perjudicada «puede aceptar sus consecuencias e inconvenientes y, no obstante, ejecutar todo cuanto le compete. Pero puede también, por el contrario, oponerse a la ejecución del contrato mediante el ejercicio de una acción...». Además, reconoce un amplio margen de actuación al arbitrio judicial (*La frustración del fin del contrato*, Madrid, 1968, pp. 256-259). Recientemente, parece decantarse por la resolución en los casos de excesiva onerosidad VERDERA SERVET, quien apunta que la modificación del contrato por el Tribunal «no resulta sencilla en absoluto y puede desembocar en una nueva serie de conflictos: la administración de la revisión contractual resulta claramente más onerosa que la resolución». Aplicando el remedio resolutorio, el Tribunal correspondiente se evita las dificultades de redefinir el equilibrio de las partes («STS de 17 de noviembre de 2000», pp. 508-509).

¹⁷ No existe una versión oficial en castellano de los PECL; la traducción aquí recogida es de P. BARRÉS BENLLOCH y F. MARTÍNEZ SANZ, en SCHULZE y ZIMMERMANN, *Textos*

No es nuestro propósito realizar un análisis detallado del artículo 6:111 *PECL*, sino que vamos a centrar nuestra atención en aquellos aspectos que consideramos especialmente importantes en el caso de que, como proponemos, se tome este precepto como modelo para una posible incorporación a nuestro Código Civil de la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida. Además, vamos a comparar las soluciones que nos ofrece los *PECL* con las que prevén, para la misma situación, los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT (en adelante *UNIDROIT Principles*) y el Derecho interno más reciente —es decir, el nuevo articulado del Código Civil alemán (en adelante *BGB*)—, pues sólo así se estará en condiciones de valorar el verdadero alcance de lo previsto en el artículo 6:111 *PECL*.

Los puntos en los que nos vamos a detener son cuatro: el primero, la exigencia de que el cambio de circunstancias tenga lugar con posterioridad a la conclusión del contrato; el segundo, la relación existente entre la figura de la excesiva onerosidad y la pérdida del derecho a exigir el cumplimiento; el tercero, la jerarquización de remedios que se prevén para estos casos; y el cuarto y último, los amplios poderes que se atribuyen al Juez o tribunal.

4.1 APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 6:111 *PECL* AL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS POSTERIOR A LA CONCLUSIÓN DEL CONTRATO

El artículo 6:111 *PECL* exige para su aplicación que el cambio de circunstancias haya sobrevenido en un *momento posterior a la conclusión del contrato*. Ello significa que en caso de que las circunstancias que hacen que el contrato resulte excesivamente oneroso para una de las partes ya existieran en el momento de concluir el contrato, pero fueran desconocidas por ambas partes (o por la parte perjudicada), no resultará aplicable lo previsto en el artículo 6:111 *PECL*, sino por el contrario, las reglas del error contenidas en los artículos 4:103 y 4:105 *PECL*¹⁸.

básicos de Derecho privado europeo. Recopilación, presentación y coordinación de la edición española, estudio preliminar y anotaciones de Derecho español y europeo de Esther ARROYO i AMAYUELAS, Madrid-Barcelona, 2002. Recientemente ha aparecido una nueva traducción de los PECL elaborada por los profesores DIEZ-PICAZO, ROCA y MORALES en Los Principios del Derecho europeo de contratos, Madrid, 2002, pp. 21-40.

¹⁸ *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, preparados por la *Commission of European Contract Law* y editados por LANDO y BEALE, La Haya-Londres-Bos-

La aplicación de la figura del error tiene como consecuencia jurídica la atribución al perjudicado por el error de un derecho de anulación del contrato¹⁹. Sin embargo, la parte que no ha sufrido el error, y tiene interés en el mantenimiento del contrato, puede evitar su anulación procediendo a su cumplimiento en los términos previstos por la parte facultada para anularlo²⁰. Esta opción no es disparatada, sino que, de hecho, le interesará cuando el contrato le siga proporcionando beneficios incluso en su versión modificada. Si ambos contratantes han sufrido el mismo error y no resulta claro que una parte experimenta pérdidas y la otra beneficios, o si la parte que en principio se beneficia del error común no está dispuesta a cumplir el contrato tal y como se entendió inicialmente, se considera más apropiado adaptar el contrato en lugar de anularlo²¹. En este caso, a petición de cualquiera de las partes, el Juez puede restablecer la validez del contrato otorgándole el sentido que, en buena lógica, habrían acordado las partes de no haber existido el error [art. 4:105 (3) *PECL*]²².

Lo que acabamos de apuntar nos permite concluir que en los *PECL*, tanto si el cambio de circunstancias tiene lugar con posterioridad a la conclusión del contrato (lo que conlleva la aplicación del art. 6:111 *PECL*), como si la alteración ya se había producido antes de la celebración del contrato, pero era desconocida por la parte perjudicada o por ambas partes (artículos 4:103 ss. *PECL*), existe una posibilidad de mantener el contrato.

Sobre este punto queremos llamar la atención cuando tomamos el artículo 6:111 *PECL* como modelo para la regulación de la figura de la *excesiva onerosidad* en aquellos ordenamientos (que como el nuestro) todavía no exista. En concreto, consideramos importante plantearnos la posibilidad de incluir dentro del supuesto de la *excesiva onerosidad* aquellos casos en los que las *circunstancias existían en el momento de contratar pero eran desconocidas*²³. De

ton, 2000, p. 325; en lengua castellana, DÍEZ-PICAZO/ROCA/MORALES, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, p. 295.

¹⁹ Además, el artículo 4:117 (1) *PECL* dispone que la parte que denuncia el contrato podrá solicitar de la otra parte contratante una indemnización por daños y perjuicios que le permita volver a una situación lo más parecida posible a la que tendría de no haberse celebrado el contrato, siempre que la otra parte hubiera sabido (o hubiera debido saber) que existía tal error.

²⁰ Artículo 4:105 *PECL*.

²¹ *Principles of European Contract Law*, p. 246.

²² No será posible la adaptación del contrato cuando resulte claro que, de no haber sido por el error, las partes no habrían celebrado el contrato (*Principles of European Contract Law*, p. 247).

²³ A favor de esta solución, PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», p. 1730.

hacerlo así, nos evitaríamos tener que acudir en estos casos a la figura del error que, en numerosos Códigos europeos –como es el caso del Código Civil español– tiene como consecuencia jurídica la anulación del contrato por la parte que sufre el error, sin que la otra parte contratante disponga de ningún medio para impedirlo²⁴. Ello permitiría evitar, en muchos casos, la desaparición del contrato.

La solución que proponemos ya tiene una concreción positiva tanto en Derecho uniforme (*UNIDROIT Principles*) como en Derecho interno (BGB). Así, el artículo 6.2.2 *UNIDROIT Principles* que determina las condiciones necesarias para la existencia de *hardship* (excesiva onerosidad en la terminología de los *UNIDROIT Principles*²⁵), exige, entre otros requisitos, que los sucesos que provoquen la alteración fundamental del equilibrio del contrato ocurran o sean conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato. Ello significa que se incluyen dentro de la noción de *hardship* los sucesos que, aunque han tenido lugar antes de la celebración del contrato, son conocidos con posterioridad²⁶.

Por lo que respecta al Derecho alemán, es necesario acudir al nuevo parágrafo 313 (2) BGB que equipara a la modificación sobrevinida de las circunstancias el caso en el que resultan ser falsos los presupuestos esenciales que han constituido la base del contrato²⁷. Ello implica que queden expresamente incluidos en la regulación prevista para los casos de desaparición de la base del negocio, tanto los supuestos en los que existe un error común sobre los presupuestos del contrato, como los casos en los que sólo una de las partes se hace representaciones falsas y la otra lo acepta sin hacerse sus propias representaciones²⁸.

²⁴ A diferencia de nuestro Código civil, el Código Civil italiano (art. 1432) y el Código Civil portugués (art. 248) prevén la posibilidad del mantenimiento del contrato.

²⁵ *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, pp.156-161.

²⁶ Curiosamente, los *UNIDROIT Principles* permiten a la parte que no ha sufrido el error, y tiene interés en el mantenimiento del contrato, evitar la anulación del contrato procediendo a su cumplimiento en los términos previstos por la parte facultada para darlo por anulado (art. 3.13 *UNIDROIT Principles*). Además, la adaptación del contrato no excluye el derecho de la parte que sufrió el error de solicitar daños y perjuicios conforme a lo establecido en el artículo 3.18 *UNIDROIT Principles* (cuando la otra parte conoció o debió haber conocido la causa de la anulación), si ha sufrido un menoscabo que no encuentra compensación con la adaptación del contrato.

²⁷ § 313 (3) BGB: «Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen».

²⁸ La inclusión aquí de estos supuestos no estuvo exenta de controversia (*Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, p. 407).

4.2 LA EXCESIVA ONEROSIDAD Y LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO

Uno de los aspectos que más llama la atención en la regulación que contienen los *PECL* sobre la figura de la *excesiva onerosidad* es su posible interrelación con otras figuras reguladas en los mismos Principios.

En concreto, nos parece especialmente interesante la relación que puede existir entre la *excesiva onerosidad* prevista en el artículo 6:111 *PECL* –cuya consecuencia es que surge una obligación para las partes de renegociar el contrato, pero que no implica que el deudor quede exonerado de cumplir²⁹–, y la regulación contenida en el artículo 9:102 *PECL*. Este último precepto está ubicado en la sección primera, «Derecho a exigir el cumplimiento» del capítulo 9, «Remedios específicos en caso de incumplimiento», y establece en su apartado (2) letra (b), que el acreedor no podrá exigir el cumplimiento en forma específica cuando «dicho cumplimiento fuera a provocar en el deudor esfuerzos o gastos no razonables». En estos casos, aunque el derecho a la pretensión de cumplimiento resulte excluido, ello no supone necesariamente que desaparezcan el resto de remedios de los que dispone el acreedor; en concreto, el acreedor puede declarar la resolución por incumplimiento si la falta de cumplimiento del deudor constituye un incumplimiento esencial³⁰.

Llegados a este punto, se nos plantea la cuestión de si pueden concurrir el derecho del perjudicado por el cambio de circunstancias a solicitar la renegociación del contrato, en virtud del artículo 6:111 *PECL* y el derecho del acreedor a declarar la resolución cuando el deudor no cumple y no se le puede exigir el cumplimiento, conforme a lo previsto en el artículo 9:102 *PECL*³¹. Los *PECL* han dado una respuesta clara a la cuestión que hemos planteado. La regulación establecida en el artículo 6:111 *PECL* para los casos de excesiva onerosidad constituye una regla especial que, como tal, prevalece sobre lo previsto en la sección primera del capítulo 9

²⁹ El deber de cumplimiento del deudor permanece incluso cuando las negociaciones se han iniciado, si el perjudicado por el cambio de circunstancias falta a su cumplimiento, basándose en que dicho cumplimiento le resulta excesivamente gravoso, lo hace a su propio riesgo (*Principles of European Contract Law*, p. 324).

³⁰ *Principles of European Contract Law*, p. 395.

³¹ Ambos preceptos tienen supuestos de hecho distintos y, aunque en determinados casos pueden coincidir, está claro que el artículo 9:102 (2) (b) *PECL* tiene un campo de aplicación más amplio que el artículo 6:111 *PECL*, pues no se limita a los supuestos en los que el cumplimiento ha devenido más gravoso para el deudor por circunstancias sobrevenidas imprevisibles y no imputables a dicho deudor sino que también abarca cumplimientos gravosos debidos a otras causas.

(donde se ubica el artículo 9:102 *PECL*)³². Ello significa que las consecuencias de la excesiva onerosidad (deber de renegociar el contrato y mantenimiento del contrato cuando ello sea posible) prevalecen sobre la posibilidad del acreedor de acudir a los remedios que se le ofrecen frente a la falta de cumplimiento del deudor, entre los que se incluye la resolución del contrato.

La solución que establecen los *PECL* para estos casos tiene la ventaja de intentar evitar, en la medida de lo posible, la extinción del contrato, instando a que se llegue a una adaptación del contrato a la nueva situación, bien por negociación de las partes, bien por decisión judicial; pero, por otro lado, cercena el derecho del acreedor (que puede tener interés en desvincularse inmediatamente en lugar de verse paralizado mientras las partes intentan llegar a un acuerdo) a resolver.

Esta solución no coincide exactamente con la prevista en los Principios de UNIDROIT y en el nuevo BGB:

1. En los casos de *hardship*, la parte perjudicada por el cambio de circunstancias puede solicitar la renegociación del contrato (art. 6.2.3 *UNIDROIT Principles*). Dicha solicitud de renegociación no autoriza al solicitante a suspender el cumplimiento de sus obligaciones³³.

Por su parte, el artículo 7.1.7 *UNIDROIT Principles* establece que, en los casos de *force majeure* (esto es, cuando el incumplimiento de una parte «se debió a un impedimento ajeno a su control y que no cabía esperar razonablemente al momento de celebrarse el contrato, o que haber evitado o superado tal impedimento o sus consecuencias»), la parte incumplidora se ve exonerada de pagar daños y perjuicios, pero la parte que no ha recibido la prestación no ve limitado su derecho a dar por terminado el contrato si el incumplimiento es esencial.

Señalan los *UNIDROIT Principles* que cuando *hardship* y *force majeure* se presentan conjuntamente corresponderá al perjudicado por los sucesos extraordinarios decidir cuál de los recursos invoca³⁴. Si opta por la *force majeure* podrá, además, quedar excusado de cumplir. Conforme a lo previsto en el artículo 7.2.2 (b) *UNIDROIT Principles* el acreedor no puede exigir el cumplimiento si éste resulta excesivamente gravoso u oneroso; lo cual no impedirá al acreedor optar por dar por terminado el contrato. Si, por el contra-

³² *Principles of European Contract Law*, p. 396.

³³ La suspensión del cumplimiento sólo se justifica en circunstancias extraordinarias (*Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT*, pp. 163-164).

³⁴ *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT*, p. 161.

rio, hace valer la existencia de *hardship*, se procederá a la negociación entre las partes para mantener el contrato, adaptándolo a las nuevas circunstancias. Por tanto, podemos concluir que los *UNIDROIT Principles* optan por proteger a la parte cuyo cumplimiento ha devenido excesivamente oneroso, que será quien decida cuál de las vías se siguen para resolver la situación³⁵.

2. En Derecho alemán, después de la reciente reforma de 2001, también se da una respuesta a la cuestión planteada. Dicha respuesta difiere tanto de la prevista en los *PECL*, como en los *UNIDROIT Principles*. El parágrafo 275 (2) BGB establece que el deudor puede oponerse a realizar la prestación si ello requiere un esfuerzo tal que, teniendo en cuenta el contenido de la relación obligatoria y las exigencias de la buena fe, resulte desproporcionado en comparación con el interés que pueda tener el acreedor en el cumplimiento³⁶. La exclusión del deber de prestación no impide que el acreedor ejercite el resto de derechos que le reconoce el ordenamiento, incluyendo el derecho de resolución por incumplimiento [§ 275 (3) BGB]. Por lo que respecta a la relación existente entre lo previsto en el parágrafo 275 BGB y la figura de la alteración de la base del negocio (§ 313 BGB), el problema se resuelve atendiendo a la ubicación de uno y otro precepto. El hecho de que el parágrafo 275 BGB, que regula los límites a la obligación de cumplir, preceda en su ubicación al parágrafo 313 BGB, que contiene la figura de la excesiva onerosidad, tiene como consecuencia que la cuestión del ajuste del contrato a las circunstancias modificadas (efecto principal de la existencia de excesiva onerosidad) sólo se planteará cuando el deudor no se haya visto liberado de su obligación de cumplir conforme al parágrafo 275 BGB. Dicho en otras palabras, sólo se planteará la aplicación del parágrafo 313 BGB cuando el deudor no haya

³⁵ SCHLECHTRIEM («Terminations of contracts under the Principles», en *Contratti commerciali internazionali e Principi UNIDROIT* a cargo de BONNELL y BONELLI, Milán, 1997, pp. 249-269) plantea la duda acerca de lo justo de esta solución, teniendo en cuenta el interés de la otra parte contratante, y afirma: «... is uncertain, whether such a priority of the remedies in case of hardship for the obligor over the remedy of termination was intended, and I myself find it very difficult to decide which solution is better –each of them might cause hardship to the respective other party. And in addition, I see logic problems in case that termination was declared prior to the obligor's demand for re negotiations: Should the effect of termination be voided? On the other hand: Should it be decisive, which party declares or demands first, should –in other words– a so called first shot theory apply? That would hardly be a reasonable solution» (p. 257).

³⁶ La exigencia de comparación con el interés del acreedor en el cumplimiento es considerada especialmente positiva, criticándose expresamente lo previsto en el artículo 9:102 (2) *PECL* y en el artículo 7.2.2 *UNIDROIT Principles* en los que no se exige que se tenga en cuenta el grado de descompensación entre el esfuerzo o coste que el cumplimiento supone para el deudor y el interés del acreedor en el cumplimiento (*Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, p. 293).

quedado liberado de su obligación de cumplir conforme al parágrafo 275 BGB. Por tanto, la solución que ofrece el Derecho alemán es, a nuestro juicio, la que mejor pondera los intereses de ambas partes contratantes.

4.3 LA JERARQUIZACIÓN DE REMEDIOS EN CASO DE EXCESIVA ONEROSIDAD

Uno de los aspectos más positivos que presenta la regulación del cambio de circunstancias contenida en los *PECL* es el relativo a las consecuencias jurídicas que establece; en concreto, la *jerarquización de remedios* que prevé. Los *PECL* se decantan preferentemente por el mantenimiento del contrato a través de su modificación y adaptación para restablecer el equilibrio inicial, y sólo cuando ello no sea posible procede la resolución del contrato.

Los *PECL* establecen los pasos a seguir para llegar a la aplicación de dichos remedios. Todo el procedimiento está diseñado para incitar a las partes a que sean ellas, mediante un acuerdo amistoso, quienes modifiquen el contrato y, cuando ello no sea posible, acuerden su resolución. De ahí la obligación que se les impone de entrar en negociaciones³⁷.

El deber general de buena fe [art. 1:201 (1) *PECL*] juega un papel importante en este punto: de él se derivan ciertas obligaciones de las partes. Por un lado, la parte perjudicada por el cambio de circunstancias tiene que iniciar las negociaciones dentro de un plazo razonable, especificando a la otra parte el efecto que dicho cambio ha tenido sobre el contrato. Aunque la iniciativa en principio corresponde a la parte perjudicada, si la otra parte contratante está preocupada por el mantenimiento del contrato también puede iniciar dichas negociaciones³⁸. Además, la buena fe no sólo debe estar presente en el inicio de la negociación, sino que debe presidir toda la negociación. Ello significa que comportamientos contrarios a la misma (v. gr. prolongación abusiva de la negociación o ruptura abusiva de la misma) serán sancionados. La sanción a la obligación de negociar está prevista en el artículo 6:111 (3) *PECL* que condena a la parte que se niega a negociar o que rompe la negociación de mala fe a indemnizar los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte³⁹.

³⁷ *Principles of European Contract Law*, p. 324.

³⁸ *Principles of European Contract Law*, p. 326; y en lengua castellana, DIEZ-PICAZO/ROCA/MORALES, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, p. 296.

³⁹ La posibilidad de condenar a una indemnización de daños y perjuicios por actuación contraria a la buena fe es resaltada como positiva por BUSCH y HONDIUS que comparan

El recurso a los Tribunales es subsidiario; es decir, se reserva para el caso en el que las partes no hayan llegado a un acuerdo en un plazo razonable⁴⁰. En ese caso, cualquiera de las partes puede plantear la cuestión ante los Tribunales. Al igual que las partes contratantes, los Tribunales están vinculados por la jerarquización de remedios, de tal forma que su primer objetivo debe ser preservar el contrato⁴¹ y, sólo cuando ello no sea posible, declarar su resolución.

La solución ofrecida por los *PECL* constituye, desde luego, un modelo a tener muy en cuenta por ordenamientos como el nuestro, en el que parece existir consenso respecto al carácter judicial y único del remedio aplicable en estas situaciones (no se contempla una jerarquización) y en donde, además, existe una división acerca de si el efecto jurídico que se deriva de la excesiva onerosidad debe ser la resolución o la modificación judicial del contrato. Más acertado es, sin duda, instar a las partes a que lleguen a un acuerdo sobre los efectos que la excesiva onerosidad provoca sobre el contrato, procurando, siempre que sea posible, su mantenimiento y, cuando ello no sea posible y no se haya logrado dicho acuerdo, dejando que sea el Tribunal el que decida cuál de los remedios resulta más acertado en el caso concreto.

La jerarquización de remedios no es exclusiva de los *PECL*; también se contempla en el Derecho uniforme (*UNIDROIT Principles*) y en el Derecho interno más moderno (en el nuevo BGB):

1. El artículo 6.2.3 *UNIDROIT Principles* establece que, producido el cambio de circunstancias que da lugar a la *harship*, la parte perjudicada por dicho cambio puede solicitar a la otra parte una renegociación del contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias; solicitud, que debe presentarse tan pronto como sea posible⁴². Aunque no se diga expresamente, tanto la solicitud de renegociación, como la conducta de las partes durante la misma, deben llevarse a cabo de acuerdo con el deber general de buena fe (art. 1.7 *UNIDROIT Principles*)⁴³ y con el deber de cooperación (art. 5.3 *UNIDROIT Principles*)⁴³. En caso de falta de acuerdo de las partes sobre la adaptación del contrato en un plazo razonable, cualquiera de ellas está autorizada para acudir al Tribunal⁴⁴. Éste, atendidas las circunstancias, adoptará la

lo previsto en el artículo 6:111 *PECL* con el artículo 6:258 CC holandés («Ein neues Vertragsrecht für Europa: Die Principles of European Contract Law aus niederländischer Sicht», pp. 242-243).

⁴⁰ *Principles of European Contract Law*, p. 326; en lengua castellana, Díez-PICAZO/MORALES, *Los Principios del Derecho europeo de los contratos*, p. 296.

⁴¹ *Principles of European Contract Law*, p. 326.

⁴² *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT*, p. 163.

⁴³ *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT*, p. 164.

solución pertinente [art. 6.2.3. (4) *UNIDROIT Principles*] (*vide infra* 4.4).

2. El Derecho alemán contempla en el nuevo párrafo 313 BGB una solución parecida⁴⁵. El primer párrafo de este precepto establece, como consecuencia jurídica de la alteración de la base del negocio, la posibilidad de solicitar un ajuste del contrato (*Anpassung*). Aunque se deja abierta la configuración jurídica de tal ajuste, se prevé que sean las partes quienes negocien el mismo⁴⁶. Sólo cuando el reajuste del contrato no sea posible, o no resulte razonable, la parte perjudicada podrá resolver el contrato (*zurück-treten*)⁴⁷, según establece el párrafo 3 del párrafo 313 BGB⁴⁸. En los casos de relación obligatoria duradera, en lugar del derecho de resolución se reconoce un derecho a la *Kündigung* (§ 314 BGB).

4.4 PODERES DEL JUEZ EN CASO DE EXCESIVA ONEROSIDAD

Aunque los Tribunales sólo intervienen cuando las partes no han llegado a un acuerdo, lo cierto es que, una vez que se reconoce su posibilidad de intervenir, se les otorgan amplios poderes. Este reconocimiento de cierto margen de actuación puede suscitar recelos en ordenamientos en los que el legislador no es proclive a reconocer un papel relevante al órgano judicial. En el caso español no parece haber especiales inconvenientes al reconocimiento de amplios poderes a los Tribunales; así lo hacen ya los artículos 1124.3 y 1154 CC⁴⁹.

⁴⁴ *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT*, p. 164.

⁴⁵ Con anterioridad a la reforma se defendía una solución similar para el fallo o la desaparición de la base del negocio, a través de la aplicación del principio de buena fe recogido en el párrafo 242 BGB.

⁴⁶ *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, p. 405.

⁴⁷ La extinción del contrato tiene lugar mediante una declaración de resolución (*Rücktrittserklärung*) de la parte perjudicada, lo cual difiere de lo previsto en los *PECL* donde la resolución, bien puede ser fruto del acuerdo de las partes, o bien ser declarada judicialmente, pero donde en cualquier caso el perjudicado por la alteración de las circunstancias no tiene derecho a provocar unilateralmente la resolución.

⁴⁸ *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, p. 405.

⁴⁹ En ordenamientos en los que se ha procedido a legalizar la figura de la excesiva onerosidad no se ha planteado inconvenientes al reconocimiento de un amplio margen de actuación al Juez. Así, por ejemplo, el Código Civil holandés establece en su artículo 6:258 que en estos casos el Juez puede modificar los efectos del contrato o resolverlo en todo o en parte. A ello hay que añadir lo previsto en el artículo 6:260 CC holandés, conforme al cual, el Juez que declara la modificación o la resolución puede determinar las condiciones en las que opera [art. 6:260 (1) CC holandés]. Además, en caso de que modifique o resuelva parcialmente el contrato, tiene la facultad de establecer que una o ambas partes contratantes puede resolver totalmente el contrato mediante una declaración escrita

El artículo 6:111 *PECL* se limita a declarar que los Tribunales pueden modificar el contrato o resolverlo. Sin embargo, la capacidad de actuación de los Tribunales es mucho más amplia (por ejemplo, pueden remitir de nuevo la cuestión a las partes para que hagan un último intento de renegociación cuando estimen que todavía hay posibilidades de salvar el contrato)⁵⁰. Ya hemos apuntado que los Tribunales también están vinculados por la jerarquización de remedios, de tal forma que deben procurar, en la medida de lo posible, el mantenimiento del contrato (si bien modificado)⁵¹. Es precisamente esta segunda solución la que ofrece mayores recelos a la hora de reconocer un amplio margen de actuación al Tribunal; en concreto, se plantea la cuestión de hasta dónde puede llegar el Tribunal en la modificación del contrato cuando considera que ésta es la solución más satisfactoria.

Pues bien, el poder que se otorga al Tribunal para que proceda a la adaptación del contrato no es ni mucho menos ilimitado⁵². Por el contrario, la actuación del Tribunal va dirigida principalmente a distribuir equitativamente entre las partes contratantes el coste extra que se deriva del cambio de circunstancias, con el objetivo de restaurar el equilibrio contractual. Este objetivo marca claramente hasta dónde puede llegar en su actuación. El contrato es la Ley adoptada por las partes y es dicho contrato lo que el Juez debe tomar como punto de partida para su decisión, sin que ésta implique, en ningún caso, una nueva regla contractual, sino la anterior reequilibrada. Cuando el Tribunal se encuentra con dificultades para recomponer el equilibrio contractual, opta por declarar su resolución, fijando la fecha a partir de la cual se entiende resuelto el contrato y cuáles son los efectos de dicha resolución [art. 6:111 (3) (a) *PECL*]⁵³.

Por otra parte, los *UNIDROIT Principles* también reconocen amplios poderes al Tribunal [art. 6.2.3 (4) *UNIDROIT Principles*]. El Tribunal dispone de varias alternativas: puede dar por terminado el contrato (en la fecha y con los efectos que él mismo determine), adaptarlo para establecer una distribución más justa del menoscabo sufrido por las partes, y, cuando la adaptación o la resolución no

que se tiene que realizar en el plazo fijado por el propio Juez. Cuando así se prevea, la modificación o la resolución parcial no tendrá efecto hasta que no transcurra dicho plazo [art. 6:260 (2) CC holandés].

⁵⁰ *Principles of European Contract Law*, p. 326.

⁵¹ VERDERA SERVET pone de relieve que la modificación del contrato no es en absoluto sencilla para los Tribunales («STS de 17 de noviembre de 2000», p. 508).

⁵² Aunque, como apuntan Díez-PICAZO/ROCA/MORALES, no resulta sencillo establecer los límites dentro de los cuales se han de mover los poderes de revisión de los Tribunales (*Los Principios del Derecho europeo de contratos*, p. 296).

⁵³ Díez-PICAZO/ROCA/MORALES, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, p. 297.

sean apropiadas, puede ordenar a las partes que reanuden las negociaciones para que lleguen a un acuerdo sobre la adaptación del contrato, o bien convalidar los términos del contrato originalmente pactado⁵⁴.

Esperamos con esta breve descripción haber mitigado los temores que puede despertar el reconocimiento de un amplio margen de actuación al órgano judicial. Si bien no puede decirse que dichos temores desaparezcan, si es cierto que se compensan, en nuestra opinión, con los resultados que produce la intervención judicial. Ésta permite buscar la solución más adecuada a cada caso concreto en lugar de aplicar una solución predeterminada que, aunque proporciona seguridad jurídica y evita la incertidumbre inherente a toda intervención judicial, no lleva, en todo, caso a la solución más justa.

V. CONCLUSIÓN

En su conjunto, la regulación del cambio de circunstancias de los *PECL* es moderna y práctica, lo que la convierte en un buen modelo a tener en cuenta para una incorporación de esta figura en los Derechos nacionales que, como el nuestro, carecen todavía de una regulación legal sobre la misma. De ella destacamos que está dirigida a que sean las partes quienes adapten el contrato a las nuevas circunstancias, de la forma más conveniente para ellas, recurriéndose al órgano judicial sólo en caso de falta de acuerdo. En este caso, el Tribunal no se ve constreñido a aplicar una solución única, sino que, dentro de los límites que le marcan los términos del propio contrato, podrá buscar aquella solución que mejor se ajuste a las circunstancias, declarando, en último término, la resolución si el reajuste de las prestaciones no fuera posible o conveniente.

⁵⁴ Esta tercera opción no está expresamente contemplada en el artículo 6.2.3 (4) *UNIDROIT Principles*, pero es posible reconocerla porque dicho apartado señala que el Juez dará por terminado el contrato o lo adaptará para restablecer su equilibrio «siempre que lo considere razonable» (*Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT*, p. 165).

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB

KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN

Profesor Titular de Derecho civil
Facultad de Derecho de Granada

SUMARIO: I. *Introducción*: 1. Presentación de la Reforma. 2. El punto de partida de la Reforma. 3. La gran solución *versus* la pequeña solución. 4. Cronología de la Reforma. 5. Los objetivos de la Reforma: 5.1 Mayor claridad y transparencia en el ordenamiento jurídico privado; 5.2 Modernizar el Derecho de obligaciones; 5.3 Recuperar la centralidad del BGB en el ordenamiento jurídico privado alemán; 5.4 Reordenación de las instituciones básicas en el Derecho de obligaciones; 5.5 La codificación de figuras jurisprudenciales; 5.6 Un BGB más europeo; 5.7 Un BGB más internacional. 6. Metodología de la exposición de la Reforma de 1 de enero de 2002.-II. *La integración del derecho del contratante débil y del derecho de consumo contractual*: 1. El arte de integrar directivas comunitarias y leyes especiales en el BGB. 2. La integración de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación: 2.1 La solución de la integración en bloque; 2.2 El problema de la ubicación; 2.3 Adaptación mínima con motivo de la Reforma. 3. La integración del Derecho de consumo contractual: 3.1 La Ley de Revocación de negocios a domicilio y otros negocios análogos; 3.2 La Ley de Crédito de Consumidores; 3.3 La Ley sobre aprovechamiento de viviendas a tiempo parcial; 3.4 Trasposición de las recientes Directivas; 3.5 El deber legal de información en los contratos con consumidores.-III. *Principales instituciones del nuevo derecho de obligaciones*: 1. La prescripción: 1.1 Un nuevo modelo de prescripción; 1.2 El plazo ordinario de las pretensiones; 1.3 Plazos más largos; 1.4 Comienzo de la prescripción ordinaria; 1.5 Comienzo de la prescripción de otras pretensiones; 1.6 Pactos sobre la prescripción; 1.7 Suspensión de la prescripción; 1.8 Nuevo comienzo de la prescripción; 1.9 Consecuencias jurídicas de la prescripción. 2. Revisión del régimen jurídico de la contravención de la prestación (*Leistungsstörungsrecht*): 2.1 Mayor transparencia y mejora de la regulación legal de la contravención de la prestación; 2.2 Supuestos de imposibilidad de la prestación: a) La unificación de los supuestos de imposibilidad; b) Supuestos diferenciados: b') La imposibilidad fáctica; b'') La imposibilidad por causas personales ajenas al deudor. 2.3 La responsabilidad del deudor: a) La regla básica sigue siendo la

responsabilidad por culpa; *b*) Excepciones a la regla básica; *c*) Dero-
gación de la responsabilidad *ex* § 279. 2.4 La simplificación de la
mora del deudor: *a*) Presupuestos de la mora; *b*) Efectos de la
mora. 2.5; La admisión legal de la lesión positiva de la pretensión con-
tractual; 2.6 La indemnización de daños por lesión de un deber de pres-
tación: *a*) La necesidad de un supraconcepto: la lesión del deber
(*Pflichtverletzung*); *b*) El requisito de la culpa del deudor; *c*) Los
supuestos de indemnización en lugar de la prestación (*Schadenersatz statt
der Leistung*) y sus requisitos: *c'*) No prestación, prestación defectuosa;
prestación parcial, negativa a la prestación; *c''*) Lesión de un deber *ex* §
241.2; *c'''*) En los casos de exclusión (imposibilidad) del deber de pres-
tación. *d*) Resarcimiento por gastos infructuosos; *e*) Restitución del
resarcimiento. 2.7 La reorganización de la resolución en los contratos:
2.7.1 Los presupuestos de la resolución en los contratos bilaterales:
a) El intento de unificar las causas de resolución; *b*) El derecho de
resolución por no prestación o prestación no conforme al contrato; *c*) El
derecho de resolución por prestación parcial; *d*) La resolución por pres-
tación defectuosa irrelevante; *e*) La exclusión del derecho de resolución
por imposibilidad de la prestación de la que responde el acreedor; *f*) El
derecho de resolución por lesión de deberes *ex* § 241.2; *g*) El derecho
de resolución por exclusión del deber de la prestación (casos de imposibi-
lidad). 2.7.2 Los efectos de la resolución: *a*) Equiparación de los efec-
tos de la resolución legal y contractual; *b*) Liquidación de la resolución:
b') Restitución de las prestaciones. Satisfacción de otras prestaciones;
b'') Prestación del valor equivalente en caso de imposibilidad de la res-
titución. Supresión de la remisión al enriquecimiento injusto por imposi-
bilidad de la prestación de restitución; *b'''*) Exclusión del deber de pres-
tación del valor equivalente. *b''''*) Deber de indemnización. *c*) El
mantenimiento de los antiguos §§ 355, 356, 357, 359, 360 (que pasan a
ser ahora los §§ 350, 351, 353, 354). 2.7.3 La revocación en los contra-
tos de consumo: *a*) La Reforma de 27 de junio de 2000; *b*) El derecho
de revocación; *c*) El derecho de sustitución; *d*) Las consecuencias jurí-
dicas de los derechos de revocación y de sustitución; *e*) La incidencia
del derecho de revocación en los contratos conexos; *f*) El deber de infor-
mación sobre los derechos de revocación y de sustitución. -IV. *Codifi-
cación de figuras jurisprudenciales*: 1. La culpa *in contrahendo*:
a) Ideas generales; *b*) Supuestos de culpa *in contrahendo*; *c*) La
culpa *in contrahendo* de terceros. 2. La alteración de la base del nego-
cio jurídico (*Störung der Geschäftsgrundlage*): *a*) Ideas generales;
b) Supuestos de alteración de la base del negocio jurídico. 3. La lesión
positiva de la pretensión contractual. 4. El desistimiento de relaciones
obligatorias duraderas por causa importante: *a*) Ideas generales;
b) Presupuestos del desistimiento. 5. La imposibilidad fáctica. -V. *La
reforma de determinados contratos*: 1. La compraventa: *a*) Ideas gene-
rales; *b*) Obligaciones típicas de la compraventa; *c*) Vicios en la com-
praventa: *c'*) Vicio de la cosa; *c''*) Vicio jurídico. *d*) Remedios y
efectos jurídicos por vicios en la compraventa: *d'*) Cumplimiento poste-
rior; *d''*) Resolución; *d'''*) Reducción del precio; *d''''*) Indemniza-
ción. *e*) Prescripción de las pretensiones por vicios en la compraventa;
f) Conocimiento del comprador de los vicios; *g*) Garantías; *h*) Exo-
neración de la responsabilidad; *i*) Transmisión del riesgo y de las cargas;

j) Otros aspectos de la compraventa. 2. La compraventa de bienes de consumo: a) Ideas generales; b) Normas específicas de la compraventa de bienes de consumo; b') Pactos no vinculantes; b'') Inversión de la carga de la prueba; b''') Garantías; b''''') Acción de regreso del empresario final. Prescripción de la acción. 3. Los contratos de aprovechamiento de viviendas a tiempo parcial. 4. El contrato de préstamo, el contrato de préstamo de consumo (y los instrumentos financieros auxiliares) y los contratos de suministro a plazos: a) Ideas generales; b) El contrato de préstamo (dinerario); c) El contrato de préstamo de consumo y los instrumentos financieros auxiliares; d) Los contratos de suministro a plazos. 5. El contrato de mediación de préstamo. 6. El contrato de obra.—VI. *El derecho transitorio.*—VII. *Primera valoración.*

I. INTRODUCCIÓN

1. PRESENTACIÓN DE LA REFORMA

Desde que entró en vigor el BGB, el 1 de enero de 1900, no ha habido una Reforma tan importante del Derecho de obligaciones como la articulada en la Ley de 1 de enero de 2002. Muy poco después de cumplirse el primer centenario, el BGB ha vuelto a renacer para convertirse nuevamente en el código básico del ciudadano. En un plazo relativamente breve se ha sabido reelaborar y modernizar una parte importante del Derecho de obligaciones del BGB. La Reforma comprende instituciones tan relevantes para el tráfico jurídico como la prescripción extintiva de las acciones y el incumplimiento de las obligaciones en algunos de sus apartados, como la imposibilidad de la prestación, la mora del deudor y la indemnización de daños por lesión del deber. Con la Reforma se ha modificado en parte la compraventa y el contrato de obra, en particular el sistema de vicios. Todo el Derecho de consumo contractual ha pasado al BGB, y también se ha integrado en él el Derecho de las condiciones generales de la contratación. Se ha aprovechado la Reforma para codificar algunas figuras jurisprudenciales, entre las cuales destacan, de modo singular, la culpa *in contrahendo* y la alteración de la base del negocio jurídico.

La Reforma del BGB, en virtud de la Ley de 1 de enero 2002, merece ser conocida y estudiada por nosotros, no ya sólo por su amplitud, sino, sobre todo, porque ha supuesto una verdadera modernización del Derecho de obligaciones, acercándolo al siglo XXI, para que el BGB sea más europeo y más internacional. Un autor alemán

ha afirmado –no sin cierta exageración– que la Reforma constituye una revolución del Derecho de obligaciones¹. La verdadera importancia de la Reforma es que con ella se ha dado un paso importante en la modernización del sistema de las relaciones de intercambio de bienes y derechos. Es donde reside su verdadero interés, sobre todo para quien desde fuera se quiere acercar a la Reforma 2002 del BGB.

2. EL PUNTO DE PARTIDA DE LA REFORMA

El principal detonante de la Reforma fue la necesidad de la trasposición de la Directiva 1999/44/, de 25 de mayo de 1999, sobre las garantías de la venta de bienes de consumo al ordenamiento jurídico alemán. Han sido también decisivas las trasposiciones de las Directivas 2000/35, de 29 de junio de 2000, sobre la morosidad en las operaciones comerciales, y 2000/31, de 8 de junio de 2000, sobre el comercio electrónico. En vez de trasponer estas Directivas mediante leyes especiales, el Gobierno Federal tuvo claro que el mejor camino sería el de una reforma más amplia que comprendiera parte del Derecho de obligaciones, aprovechando los materiales de estudio que se elaboraron en los años ochenta y noventa, para modernizar este sector tan dinámico del ordenamiento jurídico. El Gobierno Federal actuó con una astucia política poco común al someter desde el primer momento la iniciativa legislativa a la opinión pública, en particular al mundo universitario, atrayéndose hacia sí algunos juristas de máximo prestigio, y supo encajar muchas de las críticas que se formularon durante la redacción hasta el proyecto final. Sin lugar a dudas, el Título de la Ley, «La Modernización del Derecho de Obligaciones», expresa perfectamente la voluntad del legislador. Y el resultado, como se podrá constatar a lo largo del nuevo articulado del BGB, es, efectivamente, la modernización de algunas instituciones civiles, en particular la prescripción y la compraventa.

3. LA GRAN SOLUCIÓN *VERSUS* LA PEQUEÑA SOLUCIÓN

Para la trasposición de las tres directivas antes mencionadas hubiera sido suficiente articular las respectivas leyes de la venta de bienes de consumo, de la morosidad en las operaciones comercia-

¹ Así, WIESER, «Eine Revolution des Schuldrechts», *NJW*, 2001, p. 121.

les y del comercio electrónico. El recurso técnico-político de la ley especial había sido hasta ahora la tendencia. Las razones de una ley especial para cada trasposición de una directiva son de sobras conocidas. La exigencia de un lenguaje más específico –a veces muy técnico–, la necesidad de un desarrollo amplio del contenido de las normas, la presencia de normas procesales y administrativas son algunos de los argumentos en favor de una ley especial para armonizar y desarrollar el derecho comunitario. Después está el tiempo, la obligación de cumplir con las directivas en un plazo determinado. En caso de modificaciones posteriores a nivel comunitario, una ley especial se presta más fácilmente a introducir las adaptaciones que sean necesarias. Aunque se ha criticado ampliamente la hipertrofia de leyes especiales en detrimento del BGB y del HGB, se había asumido que la ley especial era el recurso técnico-político más adecuado para responder a los cambios continuos en las relaciones jurídicas privadas. No es de extrañar, pues, que algunos discreparan de las intenciones del Gobierno Federal cuando éste propuso que la armonización de las tres Directivas se hiciera dentro del BGB, para reformar, al mismo tiempo, algunas partes del BGB. Se esgrimió otra razón importante. Cualquier reforma –tanto las últimas como las futuras– siempre tendría un carácter temporal dado el estado incipiente en el que se encuentra el Derecho privado europeo y las incertidumbres que existen sobre un futuro Código de los contratos y un Código de consumo a nivel europeo y el contenido de ellos. En definitiva, por destacados juristas se propuso que era preferible la «pequeña solución» (*Kleine Lösung*), es decir, que se articularan las tres Directivas mediante leyes especiales².

Pero además de estas razones, había otra de un calado más hondo. Reformar el BGB en algunas de sus partes es una tarea que requiere tiempo, un amplio debate y un consenso, difícil de lograr cuando la fecha límite de la trasposición estaba fijada para el 31 de diciembre de 2001. El objetivo de la modernización del Derecho de obligaciones, aunque sólo parcial, exigía un gran esfuerzo en un tiempo demasiado breve. Tocar el BGB, modernizándolo, son, al fin y al cabo, palabras mayores³.

² Cfr. ERNST Y GSELL, «Nochmals für die kleine Lösung», *ZIP*, 2000, pp. 182 ss.

A favor de la pequeña solución LIEB, en «Vom Beruf unserer Zeit zur Modernisierung des Schuldrechts», en *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübinga, 2001, pp. 553 ss.

³ DAUNER-LIEB dijo que buenas intenciones y metas políticas sugerentes no son suficientes para una buena ley, en «Die geplante Schuldrechtsmodernisierung-Durchbruch oder Schnellschuß?», *JZ*, 2001, p. 18.

A pesar de todos estos argumentos, el Gobierno Federal rojo-verde, con el apoyo del Partido Socialista Democrático, sacó adelante lo que se ha llamado la «gran solución» (*Große Lösung*), frente a la oposición, principalmente la fracción formada por la Unión Cristiano-Demócrata y la Unión Cristiano-Social. Puede resultar significativo que un código conservador, como es el BGB, haya sido modernizado por la izquierda con oposición de las fuerzas de la derecha⁴. También la Ley de Condiciones generales de la contratación, uno de los monumentos más importantes del Derecho privado alemán, fue aprobada en 1976 a iniciativa de un Gobierno socialdemócrata. Si entonces el principal destinatario de aquel proceso codificador fue el contratante débil, ahora, con la Reforma de 2002, uno de los destinatarios es el consumidor.

La «gran solución» tuvo en muy poco tiempo una acogida favorable⁵. Se acertó en abrir un debate amplio sobre el primer proyecto, que fue llamado por el Ministerio Federal de Justicia «proyecto de discusión» (*Diskussionsentwurf*), presentándolo a la opinión pública, especialmente al mundo científico, lo cual permitió la celebración de varios simposios jurídicos⁶. Todos estaban de acuerdo en que el plazo que se había dado el legislador era demasiado breve para emprender una reforma tan amplia del BGB. Pero había que aprovechar el momento, sobre todo teniendo en cuenta que había un trabajo ya realizado en los años ochenta y noventa que podía servir de base para modernizar de una vez el BGB. Canaris lo dice, desde un punto de vista político, muy claramente: No vamos a encontrar tan fácilmente otro momento para optar por la «gran solución». Hay que aprovechar —dijo— este momento. Celebró, además, que el Ministerio Federal de Justicia encargase a una Comisión, compuesta casi exclusivamente por profesores universitarios, para

⁴ Con un tono sarcástico dos historiadores del Derecho, SCHRÖDER Y THIESSEN, analizan el *iter* parlamentario de la Reforma, en «Von Windscheid zu Beckenbauer—die Schuldrechtsreform im Deutschen Bundestag», *JZ*, 2002, pp. 325 ss.

⁵ Cfr. el informe de la Ministra Federal de Justicia, la Profesora Dr. Herta Däubler-Gmelin, «Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform», *NJW*, 2001, pp. 2281 ss.

Sobre la necesidad de iniciar un nuevo proceso codificador en Alemania, *vid.*, con carácter general, R. ZIMMERMANN, «Schuldrechtsmodernisierung», *JZ*, 2001, pp. 171 ss.; ídem, el mismo trabajo en la obra colectiva, *Zivilrechtswissenschaft... op. cit.*, pp. 1 ss.

⁶ Se pueden consultar las discusiones del simposio celebrado en Regensburg, en los días 17 y 18 de noviembre de 2000, publicadas en la obra colectiva, dirigida por ERNST y R. ZIMMERMANN, *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tubinga, 2001.

Al año siguiente, en el mes de enero, se celebró un simposio en Münster, cuyas aportaciones están publicadas en la obra colectiva, dirigida por SCHULZE Y SCHULTE-NÖLKE, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrecht*, Tubinga, 2001.

En Berlín, los días 30 y 31 de marzo de 2001, se celebró una sesión extraordinaria de la *Zivilrechtsleherversammlung*. Las ponencias están publicadas en *JZ*, núm. 10, 2001, pp. 473-561.

que revisara el régimen jurídico de la contravención de la prestación (*Leistungsstörungsrecht*). Todo un ejemplo de lo que debería ser, según Canaris, el diálogo entre el legislador y la ciencia jurídica ⁷.

4. CRONOLOGÍA DE LA REFORMA ⁸

Aunque por el tiempo en que se ha llevado a cabo la Reforma se puede creer que ha habido un interés excesivo de legislar lo más rápidamente posible, lo cierto es que tiene su primer antecedente en un proyecto que fue presentado en 1978 en el Parlamento Federal y a la 52 Asamblea de Juristas alemanes.

Durante el período 1981-1983 profesores de diversas universidades alemanas elaboraron dictámenes sobre una futura reforma del Derecho de obligaciones ⁹⁻¹⁰. En el año 1984 se creó, a instancia del Ministerio Federal de Justicia, una Comisión para la revisión del Derecho de obligaciones, la cual presentó en 1991 un proyecto para la modificación del derecho de prescripción, del derecho de contravención de la prestación, del derecho de compraventa y del derecho de contrato de obra. Este proyecto tuvo como constante referencia la Convención de las Naciones Unidas, de 11 de abril de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. La falta de un verdadero debate sobre la propuesta dejó caer en el olvido el proyecto. El debate sobre una reforma surgió de nuevo con motivo de la trasposición de la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo. En agosto de 2000 se presentó el Proyecto de Discusión de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones ¹¹. La reacción no se hizo esperar, sobre todo por el profesorado universitario que fue muy crítico con este Proyecto. A raíz de ello, se elaboró una «Redacción consolidada

⁷ Cfr. las observaciones últimas de CANARIS, en «Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen», *JZ*, 2001, pp. 523-524.

⁸ Es muy completa la reseña histórica de Infante Ruiz en el primer trabajo que se ha publicado en España sobre la Reforma 2002, elaborado un poco antes de su entrada en vigor como aclara el propio autor en la nota 9 de la publicación, en «Apuntes sobre la Reforma alemana del Derecho de obligaciones: la necesitada modernización del Derecho de obligaciones y la gran solución», *RdP*, 2002, núm. 8, pp. 153 ss.

⁹ Se pueden consultar en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, tomos I y II, editados por el Ministerio Federal de Justicia, Colonia, 1981.

¹⁰ Un resumen de las principales cuestiones que se plantearon puede encontrarse en DIEDERICHSEN, «Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts», *AcP*, 1982 (182), pp. 101 ss.

¹¹ Viene recogido en la obra colectiva *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, dirigida por los Profesores Ernst y Zimmermann, Tübinga, 2001.

También en la obra de documentación legal, de CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, Múnich, 2002. En esta misma obra se recogen los demás textos hasta la aprobación definitiva de la Reforma.

del Proyecto de Discusión», mejorando en parte el texto anterior. En el mes de enero de 2001 se constituyeron comisiones sobre la reelaboración del régimen jurídico de la contravención de la prestación y sobre los derechos de compraventa y del contrato de obra. El 2 de marzo de 2001 concluyeron los trabajos sobre el Derecho de la contravención de la prestación y el 6 de marzo se publicó el proyecto que sirvió de base al Gobierno Federal. El 9 de mayo de 2001 se presentó el Proyecto del Gobierno, *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*¹², acompañado con una explicación y justificación de la Reforma¹³. El Consejo Federal informó sobre el Proyecto el 13 de julio de 2001¹⁴. Este informe fue contestado por el Gobierno Federal el 31 de agosto de 2001¹⁵. Más la Comisión de Derecho del Parlamento Federal presentó el 25 de septiembre y el 9 de octubre de 2001 una recomendación final¹⁶. Se introdujeron algunos cambios importantes respecto del Proyecto de 9 de mayo de 2001. El 11 de octubre fue aprobado por el Parlamento Federal, y pasó sin problemas por el Consejo Federal el 9 de noviembre de 2001. La Ley entró en vigor, como estaba previsto desde el principio, el 1 de enero de 2002.

5. LOS OBJETIVOS DE LA REFORMA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES

5.1 Mayor claridad y transparencia en el ordenamiento jurídico privado

La claridad y la transparencia deben constituir una de las exigencias de cualquier ordenamiento jurídico que quiere estar cerca del ciudadano. Cuando un ordenamiento jurídico crece a base de leyes, cada vez más técnicas y complejas, el resultado puede ser contrario al que se pretende, a saber, la protección que se quiere dar se puede convertir muchas veces en una desprotección del ciudadano. En el ordenamiento jurídico privado alemán, como en cualquier otro país, hay tal abundancia de leyes que impide conocer y aplicar de verdad el Derecho. Se trata de una realidad sobre la que había que reflexionar, y así se hizo cuando se propuso reformar el Dere-

¹² En *Schuldrechtsmodernisierung...*, CANARIS, *op. cit.*, pp. 429 ss.

¹³ Recogido en la obra citada anteriormente, pp. 569 ss.

¹⁴ La contestación se puede consultar en la obra de CANARIS, citada en el número anterior (pp. 935 ss.).

¹⁵ La contestación del Gobierno Federal se recoge en la obra ya citada, pp. 995 ss.

¹⁶ Recogida en la obra citada, pp. 1051 ss.

cho de obligaciones. De alguna manera había que conseguir que se redujera la lista de leyes especiales, que se unificaran las instituciones articuladas en estas leyes, mediante refundiciones y reformulaciones en normas más generales y que se recundujeran a un único cuerpo legal. La opción podía haber sido un Código de consumo al afectar gran parte de estas leyes al Derecho de consumo. Otra opción era llevar la legislación especial de consumo en materia de contratos al propio BGB¹⁷. Todo ello, con el objetivo de articular un sistema jurídico privado más claro y transparente en el ámbito de las relaciones obligatorias con consumidores. La opción por la integración en el BGB podía tener, además, la ventaja de establecer una mayor coherencia entre las instituciones civiles generales y especiales y las relaciones obligatorias en las que intervienen los consumidores. Detrás de este objetivo hay un propósito concreto: que el Derecho de los consumidores deje de ser un Derecho especial.

Pero el propio BGB necesitaba –y sigue necesitando– de una mayor claridad y transparencia. Hay materias que resultan poco claras. Así, por ejemplo, surgieron duras críticas, en el mismo momento en que entró en vigor el BGB, contra el sistema legal del derecho de contravención de la prestación (§§ 275 ss.). Esta materia es una de las que más ampollas ha levantado en el mundo de la ciencia jurídica alemana¹⁸, en particular la defectuosa sistematización de la figura de la imposibilidad –entendida en un sentido amplio– como causa de extinción de la obligación. También a lo largo de la discusión sobre la Reforma el debate ha sido muy vivo, como lo demuestra el informe elaborado por la Comisión, que fue creada específicamente para analizar el régimen jurídico de la contravención de la prestación¹⁹.

5.2 Modernizar el Derecho de obligaciones

Una de las consignas de la Reforma era la necesidad de modernizar el Derecho de obligaciones. Esto queda claramente patente en

¹⁷ Vid., en particular, ROTH, «Europäischer Verbraucherschutz und BGB», *JZ*, 2001, pp. 475 ss.

¹⁸ Las obras de Huber constituyen un buen ejemplo de la preocupación que existe sobre esta materia. Vid. *Leistungsstörungen*, tomos I y II, Tubinga, 1999. En relación con el proyecto de discusión sobre este tema, HUBER ofrece un estudio muy amplio en «Das geplante Recht der Leistungsstörungen», en la obra colectiva, *Zivilrechtswissenschaft...*, *op. cit.*, pp. 31 ss.

¹⁹ Vid. CANARIS, «Die Reform...», *op. cit.*, quien agradece las sugerencias de Huber aun cuando no formó parte de la Comisión; cfr. los trabajos que se citan en el capítulo dedicado al incumplimiento de las obligaciones.

la nueva regulación de la prescripción extintiva de las acciones. Tal como estaba regulada la prescripción en el BGB ya no era defendible: la duración era excesiva y había demasiados plazos. El plazo ordinario de treinta años resultaba excesivo. Aunque el BGB conocía ya el efecto suspensivo de la prescripción, había que generalizar este efecto en detrimento del efecto interruptivo de la prescripción. La Reforma permite una revisión completa de la prescripción, regulándola de nuevo, con el resultado de un sistema de prescripción mucho más moderno que el anterior.

Donde queda muy patente la modernización del Derecho de obligaciones es en la compraventa. El sistema edilicio de la compraventa resultaba totalmente insatisfactorio –sobre todo en la praxis jurisprudencial–, desconectado, además, de la teoría general del incumplimiento de las obligaciones. En vez de mantener el sistema vigente hasta entonces, el legislador optó por tomar como suyo algunos postulados de la Convención de Viena de 1980 y de la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo. El resultado es altamente positivo por cuanto los vicios constituyen un supuesto más de incumplimiento de las obligaciones, con algunas particularidades propias de la compraventa. Con ello, se logró, además, una conexión armónica con el régimen general del incumplimiento. Por otra parte, la venta de bienes de consumo tiene su base legal en la compraventa ordinaria, sin perjuicio de estar sujeta a algunas reglas especiales.

Ello ha permitido modernizar, al mismo tiempo, el contrato de obra, acercándolo, así, a la compraventa.

5.3 Recuperar la centralidad del BGB en el ordenamiento jurídico privado alemán

El BGB había dejado de ser, desde hace tiempo, el código de todos los ciudadanos. Muchas de las operaciones jurídicas que se realizaban diariamente, se hacían al margen del BGB. La Ley de las Condiciones Generales de la Contratación (AGB-G) se había convertido en un serio «competidor» del BGB. La sucesiva aparición de leyes especiales estaba vaciando el BGB. Con la aparición del Derecho de los consumidores el BGB estaba perdiendo su rol. Si quería seguir ocupando un lugar central en el ordenamiento jurídico privado, había que reaccionar. Con la Reforma se integra en el BGB todo el Derecho que hasta entonces había sido especial: la AGB-G y todas las leyes de contratos con consumidores. Lo que nunca debió haber salido del BGB vuelve a ser parte de él. Con la entrada del consumidor en el BGB, en virtud de la Ley de 30 de

junio de 2000, se coloca la piedra fundamental para que el BGB sea el marco legal por excelencia de las relaciones con consumidores. Sólo de este modo, se considera, es posible que el BGB sea el código de todos los ciudadanos. El ciudadano es consumidor y el consumidor es ciudadano. Es una de las principales filosofías de la Reforma. Cualquier otro planteamiento iría en contra de la realidad. La integración del Derecho contractual de los débiles en el BGB supone un adiós definitivo a un Código de consumo y el rechazo de considerar a este Derecho como un Derecho especial, negándole, para siempre, su posible naturaleza mercantil.

5.4 Reordenación de las instituciones básicas del Derecho de obligaciones

Desde los años ochenta se venía trabajando sobre la prescripción, el régimen jurídico de la contravención de las prestaciones, la compraventa y el contrato de obra. Entre los objetivos de una posible reforma se señalaba la necesidad de reordenar estas instituciones básicas. En la Ley de 1 de enero de 2002 se puede observar que, efectivamente, se ha intentado establecer un nuevo orden de las principales instituciones reformadas. Esto se puede comprobar sobre todo en la regulación legal de la prescripción y del régimen jurídico de la contravención de la prestación.

5.5 La codificación de figuras jurisprudenciales

Otro de los objetivos de la Reforma es la codificación de algunas figuras jurisprudenciales. Si durante décadas se han consolidado figuras elaboradas por la jurisprudencia, basadas muchas veces en construcciones doctrinales, siendo, además, eficaces para el buen funcionamiento del Derecho, parece lógico que, finalmente, sean articuladas mediante normas positivas. Éste fue el principal argumento de la Reforma para incorporar figuras como la culpa *in contrahendo*, la alteración de la base del negocio jurídico, la lesión positiva de la pretensión contractual y el desistimiento en las relaciones obligatorias duraderas.

5.6 Un BGB más europeo

La incorporación de leyes especiales, cuyo origen fue la trasposición de determinadas directivas, y el imperativo de la trasposición de las presentes y futuras directivas al BGB convierten a éste en un cuerpo legal cada vez más europeo. Pero no sólo las directivas están «europeizando» el BGB, sino también por el hecho de que la Refor-

ma 2002 ha tomado muchas notas de los informes elaborados por las Comisiones Lando y Papper. No sin razón se está hablando en la doctrina alemana de una progresiva «europeización» del BGB desde que se incorporó en él la contratación a distancia por la Ley de 27 de junio de 2000. Este proceso de europeización ha sido especialmente fuerte con motivo de la Ley de 1 de enero de 2002²⁰⁻²¹. La Reforma se ha hecho en el contexto del Derecho privado europeo²². De eso no cabe duda. Ahora mismo se puede afirmar que entre todos los códigos europeos el BGB es el más europeo.

5.7 Un BGB más internacional

El hecho de que el BGB está asumiendo el Derecho privado europeo hace que sea también más internacional. Sobre todo por lo que concierne a la reforma de la compraventa, en la que se ha tenido en cuenta, aunque no con la intensidad que algunos hubieran querido, la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980. Si en el siglo xx el Derecho contractual internacional ha recurrido a las elaboraciones doctrinales de los Derechos nacionales, ahora, en el siglo xxi, es el Derecho internacional el que está contribuyendo a la modernización de los Derechos nacionales.

La propia Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo tiene su base en la Convención de Viena. Con la Reforma se ha trasladado, en el fondo, no la Directiva, sino la Convención de Viena al BGB. El nuevo régimen jurídico de la venta ordinaria y de consumo del BGB tiene una estrecha conexión con el régimen jurídico de la venta de mercaderías entre profesionales.

6. METODOLOGÍA DE LA EXPOSICIÓN DE LA REFORMA DE 1 DE ENERO DE 2002

Para tener un primer contacto con la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, puede ser útil un estudio básico de la

²⁰ Vid. BRÜGGEMEIER/REICH, «Europäisierung des BGB durch große Schuldrechtsreform? Stellungnahme zum Entwurf eines Schuldmodernisierungsgesetzes», *BB*, 2001, pp. 213 ss.

²¹ Vid., también, un trabajo mío, «La Modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho privado», *RDP*, 2002, número correspondiente al mes de marzo, pp. 187 ss.

²² Cfr. ROTH, «Die Schuldrechtsmodernisierung im Kontext des Europarechts», en *Zivilrechtswissenschaft...*, *op. cit.*, pp. 225 ss. Vid., también, SCHULZE y SCHULTE-NÖLKE, «Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsrecht», en *Die Schuldrechtsreform...*, *op. cit.*, pp. 1 ss.

Reforma en su conjunto. Éste es el principal objetivo del presente trabajo²³. Para ello, lo vamos a dividir en cinco grandes bloques: La integración del Derecho del contratante débil y del Derecho de consumo contractual en el BGB (II), Principales instituciones del Derecho de obligaciones afectados por la Reforma (III), La codificación de figuras jurisprudenciales (IV), La reforma de determinados contratos (V) y El Derecho transitorio (VI). Hemos tenido la posibilidad de poder estar bastante cerca de la Reforma a través de las muchas publicaciones que sucedieron desde que se presentó el proyecto para su discusión (DiskE) y el contacto directo con el Profesor H.P. Westermann, uno de los redactores de la Reforma. Con la finalidad de facilitar la comprensión de la Reforma se adjunta una traducción de los nuevos párrafos del BGB.

II. LA INTEGRACION DEL DERECHO DEL CONTRATANTE DÉBIL Y DEL DERECHO DE CONSUMO CONTRACTUAL EN EL BGB

1. EL ARTE DE INTEGRAR DIRECTIVAS COMUNITARIAS Y LEYES ESPECIALES EN EL BGB

La elección del legislador por la gran solución ha sido decisiva para la integración en el BGB de una parte del acervo del Derecho comunitario y de determinadas leyes proteccionistas del consumidor. El legislador estaba totalmente convencido de que la única manera de vitalizar el BGB era mediante la integración del Derecho comunitario y de algunas leyes especiales en materia de contratos con consumidores. El punto de partida, como se ha resaltado en páginas anteriores, fue la Directiva sobre las garantías en venta de bienes de consumo. En el momento en que estuvo claro que la adaptación de esta Directiva al Derecho interno debería hacerse integrándola en el BGB, y no mediante la articulación de una ley especial, se abrió la posibilidad de llevar al BGB leyes ya vigentes en materia de protección del contratante débil y de los consumidores.

Son muchos los argumentos a favor y en contra de una integración del Derecho comunitario y de leyes proteccionistas del contra-

²³ Las líneas maestras de la Reforma vienen esbozadas en el trabajo realizado por RUIZ INFANTE, *op. cit.*, en particular pp. 158 ss. Nosotros hemos preferido esperar hasta la promulgación de la Reforma 2002 para analizar más exhaustivamente la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones.

tante débil²⁴⁻²⁵. A favor de la integración se proclama, sobre todo, la transparencia de un Derecho contractual cada vez menos claro. Los defensores se apoyan también en la re-sistematización del Derecho civil y en la recuperación del BGB como centro del ordenamiento jurídico privado. En contra, se alega la ruptura interna del BGB que aun siendo viejo es un texto de una gran calidad técnico-jurídica.

La posición decidida de integrar la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo en el BGB no sólo es valiente sino seguramente la más acertada. Ello obligó al legislador a reformar al mismo tiempo la compraventa. Sin embargo, puede resultar más discutible el traslado directo de otras leyes especiales vigentes al BGB, al tratarse de Derechos ya legislados. No resulta fácil incorporar a un código sectores jurídicos que están perfectamente articulados en otras leyes. La trasposición a un código civil se convierte, a partir de ese momento, en un arte –diría yo– de integrar lo nuevo en un edificio viejo. Las técnicas pueden ser varias (traslado en bloque, traslado por partes de forma sistemática, recodificación de las instituciones –nuevas y viejas–). Los problemas son muchos (armonizar el lenguaje, ubicar las normas, buscar el equilibrio entre lo viejo y lo nuevo, armonizar los intereses). Existe el evidente peligro de que a partir de ahora el BGB se convierta en un lugar permanente de obra. Pero sobre todo hay que plantearse el sentido, el fundamento y el fin de esta técnica de codificación²⁶. La fórmula elegida por el legislador alemán abrirá probablemente un debate sobre la recodificación de los Derechos nacionales, con miras, al mismo tiempo, al Derecho privado europeo y al Derecho internacional.

En el BGB ya estaban colocadas las primeras piedras para optar por esta técnica de integración. Por una parte, se habían formulado los conceptos del consumidor y del empresario en los §§ 13 y 14 (en la Sección referida a la persona)²⁷. Por otra, la Directiva sobre la

²⁴ Una posición favorable, aunque con muchos matices, podemos encontrar en Pfeiffer, en «Die Integration von "Nebengesetzen" in das BGB», en *Zivilrechtswissenschaft...*, *op. cit.*, pp. 481 ss. Claramente a favor, SCHMIDT-RÄNTSCH, «Reintegration der Verbraucherschutzgesetze durch den Entwurf eines Schuldmodernisierungsgesetzes», en *Die Schuldrechtsreform...*, *op. cit.*, pp. 169 ss. En la misma obra colectiva, Dörner plantea los problemas que se pueden dar a la hora de legislar, en *Die Integration des Verbraucherrechts in das BGB*, pp. 177 ss.

²⁵ Más crítico, ROTH, en «Europäischer Verbraucherschutz...», *JZ*, 2001, en especial pp. 486 ss. En contra, HONSELL, en «Einige Bemerkungen zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes», *JZ*, 2001, p. 19.

²⁶ Apoyado por MEDICUS, en «Schlussbetrachtung», en *Zivilrechtswissenschaft...*, *op. cit.*, pp. 607 y 609. Todavía resulta más llamativa la postura favorable de Reich, uno de los principales defensores del Derecho de los consumidores como un Derecho especial (así lo subraya ROTH en «Europäischer Verbraucherschutz...», *op. cit.*, nota 126).

²⁷ Cfr. PFEIFFER, «Der Verbraucher nach § 13 BGB», en *Die Schuldrechtsreform...*, *op. cit.*, pp. 133 ss.

contratación a distancia fue traspuesta parcialmente al BGB en los §§ 361.a) y 361.b), que después fueron modificados por la Reforma, siendo, ahora, los §§ 312.b) a 312.f). Ya con bastante anterioridad se había regulado el contrato de viaje, el cual fue reformado después en aplicación de la Directiva, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados (§§ 651.a)-651.k) (hay un Reglamento sobre los deberes de información de los organizadores de viajes, de 13 de noviembre de 1994, que ha sido reformado por un Reglamento posterior de 2 de enero de 2002²⁸). Existían, pues, las premisas políticas para seguir por este camino cuando se planteó la necesidad de adaptar dentro del BGB las Directivas sobre las garantías en venta de bienes de consumo, la morosidad en las operaciones comerciales y la sociedad de la información y el comercio electrónico.

2. LA INTEGRACIÓN DE LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

2.1 La solución de la integración en bloque

La integración en bloque significa que ha pasado en su totalidad, con algunas ligeras modificaciones, el contenido material o sustancial de la AGB-G al BGB. Era, sin lugar a dudas, la solución más fácil y quizá la más aconsejable para mantener la armonía interior del BGB, después de que la reforma sólo iba a afectar, además sólo parcialmente, al Derecho de obligaciones. La integración mediante la técnica de la sistematización²⁹ planteaba cuestiones de mucha hondura. Hubiera exigido una recodificación más profunda que habría afectado al negocio jurídico regulado en los §§ 104 ss. Uno de los principales críticos a la integración de la AGB-G fue Ulmer quien subrayó el carácter codificador que tuvo en 1976 esta ley especial. Según él, las condiciones generales de la contratación constituyen por delante de la doctrina del negocio jurídico, una categoría jurídica independiente³⁰. Después del BGB, según muchos, la AGB-G ha sido el mejor logro de la cultura jurídica iusprivativista alemana. ¿Por qué había que romper este edificio tan bien diseñado?

²⁸ Puede consultarse en el *Palandt*, tomo complementario, ed. 61, Múnich, 2002, pp. 381-382.

²⁹ A favor de la sistematización de la AGB-G, PFEIFFER, «Die Integration...», *op. cit.*, pp. 502-504.

³⁰ «Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk», *JZ*, 2001, p. 496. Idem, «Integration des AGB-Gesetzes in das BGB?», en *Die Schuldrechtsreform...*, *op. cit.*, pp. 215 ss.

A pesar del consejo de Ulmer, proponiendo a los legisladores que se concentraran más en los muchos problemas que suscitaba la proyectada Reforma del Derecho de obligaciones, la suerte estaba echada desde el momento en que se presentó el primer proyecto de la Reforma. La propuesta de la integración de la ABG-G en el BGB, que fue formulada mucho antes por H.P. Westermann en 1983 en el informe y propuestas para una revisión del Derecho de obligaciones, era una de las estrellas de la Reforma. Desde luego, es una de las que más brillan, pero esto no quiere decir que sea la más importante. Con el tiempo, seguro que el jurista alemán se acostumbrará a que la regulación de las condiciones generales forma parte del BGB, como una parte más del Derecho contractual general.

2.2 El problema de la ubicación

La integración en bloque del contenido material de la AGB-G planteó el lógico problema de su ubicación en el BGB. Quizá el lugar más acorde con la estructura del BGB hubiera sido en el Libro Primero que regula la Parte General (en los §§ 104-185 se regula el negocio jurídico). Sin embargo, se optó por situar el contenido material en el Libro Segundo que se ocupa del Derecho de las Relaciones Obligatorias. En concreto, se colocó después de la Sección Primera, referida al «Contenido de las relaciones obligatorias». La Sección Segunda tiene por título «La configuración de las relaciones obligatorias negociales mediante condiciones generales». Y la Sección Tercera regula «Las relaciones obligatorias que nacen de los contratos».

Conviene subrayar que, a diferencia de otras leyes de los países comunitarios, la AGB-G es una verdadera ley de condiciones generales, no dirigida a los consumidores, sino a los contratantes débiles. Ni siquiera después, con la reforma de 1998, que inserta el § 24.a) en favor de los consumidores como consecuencia de la adaptación de la Directiva sobre las cláusulas abusivas, ha dejado de ser lo que siempre ha sido, a saber, una ley de condiciones generales. Se hace esta precisión porque la integración no significa ninguna brecha en el sistema del BGB al tener por destinatario al contratante, sea o no consumidor, que no está en la misma situación que el contratante que negocia el contenido con la otra otra parte. Aunque el BGB, como cualquier Código decimonónico, parte de la autonomía privada, la libertad y la igualdad contractual, ello no debe ser un obstáculo para que pueda acoger las condiciones generales de la contratación, puesto que éstas tienen por objeto fijar, aunque sin negociación, el contenido de las relaciones obligatorias. Esta consi-

deración última puede explicar que las condiciones generales hayan encontrado, finalmente, su lugar después de la Sección del «Contenido de las Relaciones Obligatorias».

2.3 Adaptación mínima con motivo de la Reforma

El legislador ha querido tocar lo menos posible la regulación legal de las condiciones generales de la contratación³¹. Por razones obvias, han quedado para una Ley especial los aspectos formales y procesales de las condiciones generales, en concreto, mediante la Ley de 1 de enero de 2002 se ha articulado la Ley de Acciones de Cesación (incluye también la acción de retractación)³².

Se mantienen, con algunas ligeras modificaciones, los contenidos de los §§ 1 a 7 de la AGB-G, que pasan a ser los §§ 305 (que reúne, en un mismo precepto, el concepto de las condiciones generales de la contratación y los requisitos de incorporación), 305.b) (prevalencia de las cláusulas particulares sobre las condiciones generales), 305.c) (en un mismo precepto se regula la consecuencia de las cláusulas de sorpresa y la regla de interpretación en caso de duda), 306 (las consecuencias jurídicas de la no incorporación) y 306.a) (la prohibición de eludir la ley). Las normas sobre el control de contenido, los §§ 9, 10 y 11, pasan a ser ahora los §§ 307 (cláusula general), 308 (cláusulas prohibidas con posibilidad de valoración) y 309 (cláusulas prohibidas sin posibilidad de valoración). Se han mantenido los §§ 23 (pero sólo en parte), 24 y 24.a), que se refieren al ámbito objetivo y subjetivo, y que han quedado integrados en el § 310.

Un presupuesto básico de la legitimidad de las condiciones generales de la contratación es que sean conocidas por los destinatarios de las mismas. El conocimiento del contenido de las condiciones generales de la contratación se debe facilitar, igualmente, a los que están impedidos físicamente. Lo exige expresamente el § 305.2.2. para asegurar, así, la integración de las condiciones generales en el contrato que se suscriba. Cabe resaltar la supresión del § 8 que establecía los límites del control de contenido. Se ha considerado que, en realidad, se trataba de un precepto innecesario. El privilegio de los contratos de la telecomunicación desaparece después de la liberación del mercado de telecomunicaciones. Por la misma razón, tampoco tiene sentido excluir del control específico

³¹ Para una primera valoración, cfr. V. WESTPHALEN, «AGB-Recht ins BGB-Eine erste Bestandsaufnahme», *NJW*, 2002, 12 ss.

³² El título completo es *Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz-UKlaG)*.

los contratos de suministro de gas y de electricidad (ello ha supuesto una mutilación importante del antiguo § 23).

Como principal novedad, además de la eliminación de algunas cláusulas abusivas y la inserción de otras nuevas en los dos listados, hay que destacar, sobre todo, la codificación de la doctrina jurisprudencial del abuso formal de las cláusulas por falta de transparencia como otro supuesto de ineficacia por ser contrarias a la buena fe³³. El BGH, a finales de los ochenta, había defendido que la «abusividad» no sólo puede ser material sino también formal. Con la nueva jurisprudencia se había dado un paso importante para poder controlar las cláusulas que, aun habiendo sido aceptadas por el adherente, causaban por falta de transparencia un perjuicio a él, debiendo, en este caso, ser declaradas ineficaces con apoyo en la cláusula general de la buena fe. Esta jurisprudencia se ha codificado ahora al añadir en la cláusula general de la buena fe del § 307.1 que «un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula esté redactada de forma no clara e incomprensible». De este modo, el mandato de transparencia del artículo 5.1 de la Directiva sobre las cláusulas abusivas queda elevado a rango normativo.

Otra novedad interesante es que a partir de ahora, en virtud del § 310.4, frase 2.^a, las condiciones generales que se utilizan en los contratos de trabajo están sujetas igualmente a los §§ 305 ss., excepto los apartados 2 y 3 del § 305. El § 310.4 precisa, no obstante, que habrá que tener en cuenta las particularidades del Derecho de trabajo.

Como consecuencia de la modernización de la compraventa y del contrato de obra hubo que articular nuevamente las cláusulas abusivas en supuestos de exclusión de responsabilidad y demás garantías que tiene el contratante débil en casos de vicios (cfr. § 309.8).

El verdadero interés de la Reforma no es tanto la consecuencia de la integración de las condiciones generales de la contratación en el BGB como –al menos, momentáneamente– la incidencia que va a tener el nuevo Derecho de obligaciones en la praxis contractual de las condiciones generales, en particular en la compraventa³⁴⁻³⁵,

³³ Vid. WEICK, «Schuldrechtsreform, Transparenz und Gesetzgebungstechnik», *JZ*, 2002, pp. 444-445.

³⁴ Cfr. H. P. WESTERMANN, *Das Schuldrecht 2002, op. cit.*, pp. 13-15. También CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, pp. XXXIII-XXXV, teniendo en cuenta que la compraventa se ha hecho a semejanza de la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo (vid. LITZENBURGER, «Das Ende des vollständigen Gewährleistungsausschlusses beim Kaufvertrag über gebrauchte Immobilien», *NJW*, 2002, pp. 1244 ss.

³⁵ Su trascendencia en el ámbito de las relaciones mercantiles es analizada por SCHUBEL, en «Schuldrechtsreform: Perspektivenwechsel im Bürgerlichen Recht und AGB-Kontrolle für den Handelskauf», *JZ*, 2001, pp. 1103 ss.

y en la jurisprudencia. La transparencia de las cláusulas exige que la terminología sea adaptada al nuevo lenguaje jurídico y a las nuevas instituciones de la Reforma. Ello obligará a las empresas a revisar sus clausulados. Problemas singulares plantean las cláusulas de los contratos *software* por cuanto con el nuevo § 651 resulta problemática su ubicación en el contrato de obra.

3. LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO DE CONSUMO CONTRACTUAL

A lo largo de la exposición de la Reforma del Derecho de obligaciones se hará mención, en los momentos que corresponda, a la integración de cada uno de los sectores del Derecho de consumo contractual, algunos de los cuales estaban ya regulados y otros pendientes de ser adaptados a las Directivas aún no traspuestas. Con la integración ha dejado de existir la lista, que era cada vez más amplia, de leyes especiales en materia de consumo contractual. De momento, sólo mencionaremos los ámbitos normativos del Derecho de consumo contractual que ahora forman parte del BGB³⁶.

El legislador ha optado, en ocasiones, por normas generales para los contratos con consumidores. Así, por ejemplo, ha regulado en una norma básica los derechos de revocación y de sustitución que tiene el consumidor (§§ 355 y 356) y las consecuencias jurídicas en caso de que sean ejercitados estos derechos por el consumidor (§ 357). También contiene el BGB una norma general para los contratos conexos en los que uno de los contratantes es consumidor (§ 358) y también contempla las excepciones que se pueden formular cuando los contratos son conexos (§ 359).

3.1 La Ley de Revocación de negocios a domicilio y otros negocios análogos

Unas de las primeras leyes en materia de consumo, compuesta por nueve párrafos, es la Ley de Revocación de negocios a domicilio y otros negocios análogos, de 16 de enero de 1986. Con la reforma, sólo el § 312 se ocupa directamente de este derecho.

³⁶ Para una visión de conjunto sobre lo que algunos llaman formas especiales de empresa (venta a domicilio, contratos a distancia, el comercio electrónico), *vid.* GRIGOLEIT, «Besondere Vertriebsformen», *NJW*, 2002, 1151 ss. De interés es también el estudio de MICKLITZ, «Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für ein Verbrauchervertriebsrecht oder für eine Regelung der Vertragsmodalitäten? – Zur Integration von Haustür-, Fernabsatzgeschäft und E-Commerce in das BGB», en *Die Schuldrechtsreform...*, *op. cit.*, Tubinga, 2001, pp. 177 ss.

El § 312.a) establece, a continuación, la relación con otros preceptos del BGB. Una novedad importante, conforme al § 312.2, es que el vendedor debe informar al consumidor de las consecuencias jurídicas de la revocación y, en su caso, de la sustitución de los bienes.

3.2 La Ley de Crédito de Consumidores

Esta Ley, de 17 de diciembre de 1990, ha pasado casi íntegramente al BGB en los §§ 491-498 (contrato de préstamo del consumidor), 499-504 (instrumentos financieros auxiliares entre empresario y consumidor), 505 (contratos de suministro por entrega), 506 (norma de prohibición) y 655.a)-655.e) (contrato de mediación de préstamo).

3.3 La Ley sobre aprovechamiento de viviendas a tiempo parcial

Los preceptos que dan contenido a esta Ley, de 20 de diciembre de 1996, constituyen, con algunas ligeras modificaciones, los §§ 481-487. Desaparece el largo § 4 sobre la indicación de los deberes en el prospecto y en el contrato (cfr. el nuevo art. 242 de la Ley de Introducción al BGB).

3.4 Trasposición de las recientes Directivas

Con la decisión de la integración del Derecho de consumo contractual, cualquier Directiva sobre esta materia tendrá su correspondiente respuesta en el BGB. Así, las Directivas sobre las garantías en la venta de bienes de consumo (específicamente en los §§ 477-479, aunque su proyección, como se sabe, es mucho más amplia), y el comercio electrónico [§ 312.e)]³⁷.

3.5 El deber legal de información en los contratos con consumidores

Aunque el BGB contiene, después de la Reforma, algún precepto sobre el deber de información del empresario frente al consumidor [así, § 312.c)], se ha optado por dejar su regulación legal mediante reglamentos de acuerdo con los artículos 238 (contratos

³⁷ La Ley de Comercio Electrónico (EGG) es de fecha anterior, de 14 de diciembre de 2001. El § 312.e) es una mera sombra al lado de la Ley básica.

de viaje), 239 (deber de información de los institutos de crédito), 240 (contratos a distancia), 241 (contratos en el comercio electrónico), 242 (contratos de aprovechamiento de vivienda tiempo parcial) y 245 (derechos de revocación y de sustitución) de la Ley de Introducción al BGB (EGBGB). Estos preceptos constituyen la Parte Séptima de la EGBGB, que fue añadida por la Reforma de 1 de enero de 2002.

III. PRINCIPALES INSTITUCIONES DEL NUEVO DERECHO DE OBLIGACIONES

1. LA PRESCRIPCIÓN

1.1 Un nuevo modelo de prescripción

Se puede afirmar, sin exagerar, que con la Reforma se articula en el BGB un nuevo modelo de prescripción³⁸⁻³⁹. Una reforma que era necesaria según hicieron ver los dictámenes de Peters y Zimmermann⁴⁰. La nueva normativa se distancia claramente de la regulación anterior, y también del modelo que propuso en su día la Comisión de Derecho de Obligaciones. En el nuevo modelo han influido algunos de los *Principles of European Contract Law*, siguiendo la Comisión Lando en cuanto a los criterios que se deben tener en cuenta para unificar el Derecho de prescripción (cfrs. arts. 17:102 y 17:105)⁴¹. También ha servido de referencia el antiguo § 852 que regula el plazo y los presupuestos de la prescripción de la responsabilidad delictual.

³⁸ Para una primera aproximación, *vid.* LEENEN, «Die Neuregelung der Verjährung», *JZ*, 2001, pp. 552 ss. Un estudio muy completo sobre la reforma es el realizado por MANSEL, en «Die Reform des Verjährungsrecht», en la obra colectiva de Ernst y R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, pp. 333 ss. Una valoración global de la reforma la ofrece BYDLINSKI en «Die geplante Modernisierung des Verjährungsrechts», en la obra colectiva de SCHULZE y SCHULTE-NÖLKE, *op. cit.*, pp. 381 ss. Desde la perspectiva de la eficiencia, EIDENMÜLLER, «Zur Effizienz der Verjährungsregeln im geplanten Schuldmodernisierungsgesetz», *JZ*, 2001, pp. 283 ss.

³⁹ Una exposición sobre el nuevo régimen legal de la prescripción ofrece MANSEL, «Die Neuregelung des Verjährungsrechts», *NJW*, 2002, pp. 89 ss. En el *Palandt*, ed. 61, Múnich, 2002, tomo complementario, Heinrichs comenta los §§ 194 ss. *Vid.*, también, WITT, «Schuldmodernisierung 2001/2002-Das neue Verjährungsrecht», *JuS*, 2002, p. 105 ss.

⁴⁰ HEINRICHS, *op. cit.*, p. 7.

⁴¹ Una visión a partir del Derecho comparado puede encontrarse en el estudio de R. ZIMMERMANN, «... ut sit finis litium», *JZ*, 2000, pp. 853 ss.

Uno de los principales criterios de la Reforma es la uniformidad y la claridad del instituto de la prescripción⁴². La uniformidad y la claridad sólo se logra cuanto más supuestos específicos de prescripción se eliminan⁴³. En el sistema anterior, la regla general de la prescripción de las pretensiones de treinta años (§ 195) se había convertido en una regla casi excepcional por el tiempo tan excesivo que contemplaba el BGB. Para superar este obstáculo, los tribunales han recurrido, más allá del tenor literal, a los §§ 196 y 197, los cuales contemplaban supuestos específicos de prescripción con plazos sensiblemente inferiores –dos y cuatro años–. Un régimen, como denunció la doctrina, excesivamente barroco. Con la Reforma el casuismo que había desaparece por la derogación de los §§ 196 y 197. Hay un plazo ordinario para todas las pretensiones derivadas de relaciones legales, contractuales y extracontractuales, que es de tres años, según establece el nuevo § 195. Existe, pues, un único plazo, que caracteriza a partir de ahora el instituto de la prescripción, para exigir de otro una pretensión de naturaleza obligatoria. Ello beneficia claramente al sistema. Aunque, también, es verdad que la uniformidad no se logra totalmente. Así, por ejemplo, hay plazos diferentes para los vicios en la compraventa (§ 438) y en el contrato de obra [§ 634.a)].

Con la unificación se persigue una doble tendencia jurídico-política: los derechos de garantía, excesivamente cortos, se alargan, y los plazos excesivamente largos se reducen, para que, así, el acreedor ejercite sus pretensiones de forma lógica y efectiva⁴⁴.

A diferencia de la normativa anterior, que no estaba dividida en subtítulos, la regulación actual de la sección quinta se articula distinguiendo tres títulos: objeto y duración de la prescripción (1.º), suspensión, comienzo de la suspensión y comienzo nuevo de la prescripción (2.º) y consecuencias jurídicas de la prescripción (3.º).

La Reforma introduce, en concreto en el § 199, el criterio del conocimiento a los efectos del cómputo de la prescripción. El legislador se ha decidido por el régimen subjetivo de la prescripción, en contra de la Comisión del Derecho de obligaciones, incluso en contra también del Proyecto de Discusión, triunfando, finalmente, la tesis de Peters y Zimmermann. Se ha dicho que la opción por el régimen subjetivo es el precio de la reducción del plazo ordinario y de la unificación de la prescripción. Sin embargo, el régimen obje-

⁴² Subrayado por PFEIFFER, en «Verjährungsrecht», en *Das Schuldrecht 2002*, op. cit., p. 217; también por CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, op. cit., p. XLIX.

⁴³ Sin embargo, la Reforma no ha establecido las necesarias conexiones con los Derechos de familia y de sucesiones (así, MANSEL, «Die Neuregelung...», op. cit., p. 99).

⁴⁴ PFEIFFER, «Verjährungsrecht», op. cit., p. 217.

tivo de la prescripción es el que se sigue en los nuevos §§ 438 (prescripción de las pretensiones por vicios en la compraventa), 479 (prescripción de las pretensiones de regreso en la cadena contractual entre empresarios) y 634.a) (prescripción de las pretensiones por vicios en la obra). El legislador ha querido diferenciar claramente la prescripción de las pretensiones en estos casos. Por consiguiente, como se ha señalado anteriormente, no existe un tratamiento jurídico unitario en esta materia. Habrá que diferenciar, por tanto, entre la prescripción ordinaria (rige el criterio subjetivo) y la prescripción especial (rige el criterio objetivo).

Otra novedad importante del instituto de la prescripción es que la suspensión de la prescripción se convierte en la regla general (§§ 203 ss.), mientras que el nuevo comienzo de la prescripción (interrupción en la regulación anterior) sólo tiene lugar en casos muy concretos (§ 212).

El nuevo régimen de la prescripción ha sido recibido positivamente por la doctrina. Se tiene la confianza de que va a permitir soluciones más justas y menos conflictivas. El sistema asegura una compensación entre los intereses del acreedor y del deudor⁴⁵.

1.2 El plazo ordinario de las pretensiones

La estructura de la prescripción ordinaria ha sido alterada sustancialmente por la Reforma⁴⁶.

Se ha tomado como referencia el plazo de tres años previsto para la pretensión indemnizatoria del daño derivado de un acto ilícito en el § 852.1, salvo que otra norma establezca otro plazo. No hay razones para un plazo inferior y tampoco para uno superior. De este modo, se logra la deseada unificación y simplificación de la prescripción de las pretensiones, rigiendo el mismo plazo para las pretensiones contractuales, extracontractuales y legales (se sigue, así, a las principales tendencias modernas de la prescripción; cfr. además de la Comisión Lando, la *Law Commission Consultation Paper*). Resulta indiferente, igualmente, el contenido de la prestación. La generalización del plazo de tres años, prevista en el § 195, tendrá un efecto muy positivo en aquellos ámbitos en los que el vínculo no es propiamente contractual pero tampoco exactamente extracontractual (por ejemplo, casos de culpa *in contrahendo*, gestión de negocios ajenos, determinadas prestaciones de profesionales...).

⁴⁵ Cfr. MANSEL, «Die Neuregelung...», *op. cit.*, p. 99.

⁴⁶ HEINRICHS, *op. cit.*, p. 10.

1.3 Plazos más largos

Excepcionalmente se prevén otros plazos más largos para ejercer determinadas pretensiones. El plazo de pretensiones de derechos sobre una finca –la transmisión de la propiedad o la constitución, transmisión o extinción de un derecho que grava la finca o la modificación de su contenido– prescribe, según el mandato del § 196, a los diez años. Se ha mantenido el plazo de treinta años mientras no exista otra disposición, conforme al § 197, para aquellas pretensiones que tienen por objeto la reivindicación de la propiedad y otros derechos reales⁴⁷, así como para las pretensiones familiares o sucesorias y las pretensiones por las que se solicita la ejecución de derechos ya constatados (por ejemplo, pretensiones que son ejecutables).

1.4 Comienzo de la prescripción ordinaria

¿Cuándo comienza la prescripción? En el antiguo § 198 el comienzo de la prescripción está enlazado con el nacimiento de la pretensión. Aunque el § 198 se puede considerar como una regla general para determinar el comienzo de la prescripción, muchas eran también las excepciones en la regulación anterior. También en este importante apartado de la prescripción se ha querido uniformar los criterios para una mayor claridad en su aplicación. Ha servido de inspiración nuevamente el § 852.1, el cual señala, como comienzo de la prescripción de la pretensión delictual, el momento en que el perjudicado haya obtenido conocimiento del daño y de la persona obligada a la indemnización. Esta regla se extiende con la Reforma a cualquier pretensión que esté sujeta al plazo ordinario de prescripción. Por tanto, la regla general ahora es que el comienzo de la prescripción se inicia en el momento en que el acreedor tenga conocimiento de las circunstancias que pueden dar lugar al ejercicio de la pretensión y de la persona obligada a hacer frente a ella. Siempre que se trata de una pretensión subsumible en el § 195, que fija el plazo de tres años para ejercitar la pretensión, la prescripción comienza conforme a la nueva regla contenida en el § 199. En este sentido, el § 199 complementa el § 195. Esta regla no rige para otras pretensiones como las previstas en los §§ 196 y 197 o las pretensiones por vicios en la compraventa.

⁴⁷ No se ha seguido la tesis de Peters y Zimmermann que propusieron en su dictamen que las pretensiones reivindicatorias no estuvieran sujetas a ningún plazo de prescripción. La principal razón, en contra de esta tesis, es que hay proteger al tercer adquirente de buena fe.

Hay que precisar que la prescripción, cuando se dan los presupuestos para computar la prescripción, comienza con la terminación del año (§ 199.1). Si bien se quiso suprimir en un primer momento este plazo, según el Proyecto de Gobierno, se optó en la Comisión jurídica, finalmente, por mantenerlo (el antiguo § 201 lo establecía para el comienzo de las prescripciones cortas).

Dos son los requisitos, según el § 199.1, para que empiece a computarse la prescripción ordinaria. En primer lugar, es necesario que haya nacido la pretensión. Se incorpora, pues, la regla del antiguo § 198. Sólo se sustituye el término nacimiento o *Entstehung* por el de vencimiento o *Fälligkeit*. Si la pretensión tiene por objeto una omisión, la prescripción comienza con el acto en contra. Esta regla del antiguo § 198 pasa a formar parte del apartado cuarto del § 199.

En segundo lugar, el tiempo empieza a correr sólo cuando el acreedor llegue a tener conocimiento de las circunstancias de la persona obligada –nombre y dirección principalmente– o cuando debería adquirirlo sin culpa grave. El § 852, del que se ha servido el legislador, se refiere sólo al conocimiento que puede tener el acreedor. Ahora también se incorpora el desconocimiento que no sea negligentemente grave (esta exigencia aparece en el § 277 –no reformado– y también en el § 12 de la Ley de Responsabilidad por Productos Defectuosos –ProdHaftG–). Corresponde, pues, probar al deudor que el acreedor tenía conocimiento o que ha habido negligencia grave por parte del acreedor. En definitiva, el elemento subjetivo constituye un presupuesto fáctico del comienzo de la prescripción⁴⁸. Esto supone, aparte de la inversión de la carga de la prueba, que el comienzo de la prescripción es circunstancial, pudiendo ser diferente en cada caso particular (será interesante seguir aquí lo que va a decir la jurisprudencia). La renuncia al criterio objetivo –una de las opciones planteadas en el debate de la Reforma– puede suponer una inseguridad para el deudor. Pero, por otra parte, le obliga a cumplir la obligación.

Con la incorporación del conocimiento para el cómputo de la prescripción se planteó, en aras de la seguridad del tráfico jurídico, la necesidad de un plazo máximo, con independencia de que el acreedor haya obtenido conocimiento o debería haberlo adquirido. De este modo, se corrige el sistema subjetivo. Este plazo máximo se fija en diez años, el cual tiene un carácter absoluto, desde su nacimiento. El legislador ha seguido el criterio del plazo de diez años desde el nacimiento previsto para la extinción de la responsa-

⁴⁸ CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, op. cit., p. L.

bilidad por productos defectuosos conforme al § 13.1 de la regulación especial (ProdHaftG). Este plazo puede resultar excesivamente corto para ciertas pretensiones. Por esta razón, según el § 199.2, este plazo absoluto no rige para las pretensiones por lesión de la vida, del cuerpo, de la salud o de la libertad. En estos supuestos, sólo se aplica la regla general contenida en el § 199.1.

El legislador ha establecido un segundo plazo máximo –tiene carácter absoluto–, con independencia de que haya nacido la pretensión y que el acreedor tenga conocimiento o que debería haberlo adquirido. Este segundo plazo absoluto es de treinta años, según el § 199.3, el cual rige sólo para pretensiones indemnizatorias por actos ilícitos (ya lo preveía el antiguo § 852), por actos de riesgos y por lesiones del deber nacido de una relación obligatoria. El plazo de treinta años comienza desde que tenga lugar el acto, la realización del riesgo o la lesión del deber.

1.5 Comienzo de otras prescripciones

La prescripción de otras pretensiones –no sometidas al plazo ordinario de tres años– comienza, conforme al § 200, a computarse desde el nacimiento de la pretensión, salvo que se haya determinado otro comienzo para contar la prescripción. El apartado cuarto del § 199 es de aplicación cuando la pretensión tiene por objeto una omisión; en este caso, la prescripción comienza con el acto en contra.

Para las pretensiones previstas en los números tres a cinco del apartado primero del § 197, el § 201 fija el comienzo a partir de la firmeza de la resolución, la constatación en el procedimiento de insolvencia o la constitución del título ejecutable, pero no antes del nacimiento de la pretensión. También aquí es de aplicación el apartado cuarto del § 199. El § 201 recoge la jurisprudencia que se ha dictado en la aplicación del antiguo § 218.

1.6 Pactos sobre la prescripción

Con carácter general, el anterior § 225 establecía que la prescripción no puede excluirse ni entorpecerse por negocio jurídico⁴⁹. Es admisible la facilitación de la prescripción, en especial el acortamiento del plazo de la misma. Era, además, la tendencia en la praxis jurídica⁵⁰ El legislador ha considerado necesario «corregir»

⁴⁹ PFEIFFER subraya la complejidad de la regulación del BGB por lo que respecta a los pactos sobre la prescripción, «Verjährungsrecht», *op. cit.*, p. 240.

⁵⁰ HEINRICHS, *op. cit.*, p. 20.

el § 225, redactando una nueva norma, el § 202, que sólo prohíbe determinados pactos sobre el alargamiento de la prescripción. Con ello, se da una mayor autonomía para configurar el instituto de la prescripción. Por una parte, la facilitación de la prescripción es una regla general del derecho contractual; en consecuencia, no hace falta ninguna aclaración mediante una norma. Sin embargo, por congruencia con el nuevo § 276.3, sobre todo para que no sea burlado su finalidad, se establece la prohibición del pacto previo de facilitación de la prescripción en caso de responsabilidad por dolo. Por otra parte, la prohibición de cualquier pacto para entorpecer la prescripción puede resultar excesivamente rígida (por ejemplo, el alargamiento de la prescripción con una finalidad sólo mediata puede resultar ventajoso; estaba expresamente admitido en los antiguos §§ 477 y 638). El § 202 prohíbe sólo el pacto en virtud del cual se entorpece el plazo de prescripción de treinta años a partir del comienzo legal de la prescripción. Lo que había sido una regla especial para la compraventa (§ 477) y el contrato de obra (§ 638), en los que se admitía el alargamiento de la prescripción, se ha convertido ahora en la regla general, de modo que se puede alargar la prescripción, salvo en el caso previsto en el § 202.2. Así sucedía en la práctica en la que eran frecuentes los pactos que intentaban esquivar la prohibición del antiguo § 225. También el acortamiento del plazo ordinario a tres años ha influido en que, a partir de ahora, se puede alargar el plazo de prescripción. No obstante, sigue siendo un tema complejo los pactos sobre la prescripción⁵¹.

Los límites de los pactos sobre la prescripción vienen establecidos en las normas de las condiciones generales de la contratación [cfr. el § 307, y para las condiciones que facilitan la prescripción está el límite del § 309, núms. 7 y 8.b), ff)] y, con carácter general, en el § 242. También habrá que tener en cuenta las disposiciones sobre la venta de bienes de consumo (§ 475.2) y la garantía en la compraventa común (§§ 443 y 444).

1.7 Suspensión de la prescripción

En el BGB se mantienen, entre las modalidades de cómo transcurren los plazos de prescripción, la suspensión (*Hemmung*), la suspensión a partir de un momento (*Ablaufhemmung*) y el nuevo comienzo de la prescripción (*Neubeginn*). El primer fenómeno se caracteriza por el no cómputo de la prescripción en determinados

⁵¹ PFEIFFER, «Verjährungsrecht», *op. cit.*, p. 240.

casos (§§ 203-208). El segundo contempla casos en los que la suspensión de la prescripción tiene lugar a partir de un momento determinado (§§ 210 y 211). Y el tercero implica que el comienzo del plazo de prescripción empieza a computarse de nuevo después de la interrupción (§ 212). La principal novedad de la Reforma es que a partir de ahora la regla general será la suspensión, mientras que la interrupción constituirá la excepción (antes era al revés).

La suspensión de la prescripción se produce cuando hay negociaciones sobre la pretensión o las circunstancias que la justifiquen (§ 203). El § 852.2, en su anterior redacción, permitía como causa de suspensión de la prescripción las negociaciones entre acreedor y deudor sobre la responsabilidad delictual. Con la Reforma, esta causa de suspensión se convierte en una causa general. En cualquier relación obligatoria las pretensiones que se deriven de la misma se suspenden cuando sean objeto de negociación entre las partes —entendida la negociación aquí en un sentido amplio—. Por lo que respecta al término de pretensión no queda reducido al significado puramente material/procesal: todo lo que puede significar la satisfacción de un interés queda comprendido en ese término. La suspensión de la prescripción por negociaciones concluye cuando una u otra parte se niega a la continuación de las mismas. Durante, al menos dos meses queda suspendido el comienzo de la prescripción. Esta brevedad es bastante lógica, puesto que el acreedor de la pretensión seguramente está pensando en exigir su cumplimiento.

En el § 204 se recogen hasta catorce casos de suspensión de prescripción por persecución jurídica (*Rechtsverfolgung*). Los casos contemplados en los antiguos §§ 209 y 210 (a excepción del núm. 5 del § 209) como supuestos de interrupción son ahora casos de suspensión de la prescripción (la interposición de la acción y los otros actos mencionados en el § 209 que se equiparan a ella). La suspensión concluye a los seis meses desde que exista una resolución firme o que haya terminado el procedimiento iniciado por cualquier otra causa.

A continuación se configuran distintas causas específicas de suspensión, en concreto la negativa a la prestación (§ 205), el entorpecimiento de la pretensión por fuerza mayor (§ 206), las pretensiones familiares y otras semejantes (§ 207) y la pretensión por lesión de la libertad sexual (§ 208).

Una regla común de todas las causas de suspensión es que el período de tiempo durante el cual está suspendida la prescripción no se computa en el plazo de la misma (el antiguo § 205 pasa a ser ahora el § 209).

Otra regla común, prevista en el § 213, es que la suspensión rige igualmente para las pretensiones que coexisten con la pretensión o

que la sustituyen (esta regla ya se recogía para supuestos específicos; cfr. los antiguos §§ 477.3, 638 y 639.1)

Los supuestos anteriores de consumación de la suspensión, regulados en los §§ 206 y 207, se trasladan, con algunas modificaciones ligeras en el apartado primero del § 206, a los §§ 211 y 212.

1.8 Nuevo comienzo de la prescripción

La Reforma ha sustituido el término interrupción (*Unterbrechung*) por el término comienzo nuevo (*Neubeginn*). Este cambio terminológico no supone ninguna modificación en cuanto al significado y alcance de la interrupción de la prescripción⁵².

El nuevo § 212, que enumera los casos en los que el plazo de prescripción empieza a computarse de nuevo, recoge el antiguo § 208 –el reconocimiento de una pretensión– y el antiguo núm. 5 del § 209 –la realización de un acto de ejecución–. La protección que dispensaba en estos casos al acreedor había que mantenerla. En beneficio del acreedor, la prescripción empieza a correr de nuevo si el obligado reconoce frente al titular la pretensión mediante el pago a cuenta, pago de intereses, prestación de garantía o de cualquier otra forma. Igualmente, en su beneficio, comienza de nuevo la prescripción cuando se inicia o se solicita un acto de ejecución por vía judicial o administrativa.

El nuevo comienzo de la prescripción rige igualmente, según establece el § 213, para las pretensiones que coexisten con la pretensión o la sustituyen.

1.9 Consecuencias jurídicas de la prescripción

El antiguo § 222 ha dado resultados positivos en la praxis jurídica. No había ninguna razón, por tanto, para modificarlo. Con algunos pequeños retoques pasa a ser ahora el § 214. De acuerdo con esta norma, después de que haya tenido lugar la prescripción, el deudor está facultado a negar la prestación. En términos casi idénticos, también se determina, en el apartado segundo del § 214, que lo entregado para satisfacción de una prestación prescrita no puede restituirse, aunque se haya prestado con desconocimiento de la prescripción. Lo mismo regirá para un reconocimiento contractual o la prestación de garantía por parte del deudor.

⁵² PFEIFFER, «Verjährungsrecht», *op. cit.*, p. 233.

El antiguo § 390, frase segunda, establece una regla específica, según la cual la prescripción no excluye la compensación si el crédito prescrito no había prescrito aún al tiempo en que pudo ser compensado con el otro crédito, cuando la regla general es, conforme a la frase primera del citado precepto, que un crédito al que puede oponerse una excepción no puede ser compensado. Aquella regla especial se integra ahora en la normativa general de las consecuencias jurídicas de la prescripción (§ 215). Más se añade que la misma regla se aplica, por influencia de la jurisprudencia, a los casos en los que existe el derecho de retención. Por consiguiente, el acreedor puede, además, hacer valer el derecho de retención respecto de una pretensión ya prescrita cuando en el momento de su reclamación aún estaba vigente.

También se mantiene la redacción del antiguo § 223, regulador del efecto de la prescripción respecto de las pretensiones garantizadas, que pasa a ser el § 216, pero con una novedad importante, al incluir también la reserva de dominio (sólo posible cuando se trata de bienes muebles). Según el § 223, la prescripción de una pretensión para cuya garantía existe una hipoteca, una hipoteca naval o un derecho de prenda, no impide al titular obtener su satisfacción a costa del objeto gravado. Esta misma regla rige ahora también para la reserva de dominio, cuya afinidad con estos derechos de garantía es evidente (en la jurisprudencia se aplicaba por analogía el § 223 a la reserva de dominio).

El actual § 217, que es casi una transcripción literal del antiguo § 224, asume, igualmente, el principio de accesoriedad en las obligaciones: «Con la pretensión principal prescribe la pretensión a recibir pretensiones accesorias, incluso cuando la pretensión prevista para esta última aún no se ha producido».

2. REVISIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRAVENCIÓN DE LA PRESTACIÓN (*LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHT*)⁵³

2.1 Mayor transparencia y mejora de la regulación legal de la contravención de la prestación

Cuando una pretensión no se cumple, y tampoco tiene lugar una subrogación, se habla de la contravención de la prestación (*Leis-*

⁵³ Quiero agradecer al Profesor H. P. Westermann su amabilidad de proporcionarme sus apuntes elaborados a partir de la Reforma del Derecho de obligaciones sobre el régimen jurídico de la contravención de la prestación.

tungsstörung)⁵⁴. El régimen jurídico que configura jurídicamente los casos de contravención de la prestación constituye en palabras de Medicus, una parte esencial del Derecho general de obligaciones⁵⁵. El BGB distingue varias clases de contravención de la prestación. También la jurisprudencia ha elaborado categorías de insatisfacción de prestación, en particular, la llamada figura de la lesión positiva de la pretensión contractual (*Die positive Forderungsverletzung*).

Debe precisarse que la ausencia de cumplimiento de la obligación en el Derecho alemán gira, sobre todo, en torno a la figura de la imposibilidad de la prestación (*Unmöglichkeit der Leistung*), y, por supuesto, contempla también la mora y la prestación defectuosa como posibles causas de contravención de la prestación. El hecho de que el BGB concentrara su tratamiento sobre todo en la imposibilidad y en la mora (§§ 275 ss.) fue severamente criticado al poco de entrar en vigor el BGB, puesto que en él había, según denunció Staub, un «boquete gigante» relativo a una serie de supuestos de incumplimiento, como son el incumplimiento inexacto o defectuoso y el incumplimiento de los deberes accesorios⁵⁶. Pero lo más grave era el estado incompleto de la regulación legal de la imposibilidad de la prestación⁵⁷.

En un primer momento de la reforma del régimen jurídico de la contravención de la prestación se quería «romper» con el sistema vigente⁵⁸. La propuesta consistía en que la imposibilidad dejara de ser la figura central del Derecho de obligaciones. Su lugar lo podría

⁵⁴ El término *Leistungsstörung* se podría traducir directamente por incumplimiento. Pero este término, que en alemán es *Nichterfüllung*, no se utiliza por norma general en la teoría jurídica alemana. Los traductores de obras alemanas optan por la infracción de la prestación para ser más fiel a la terminología alemana (así, Santos Briz en la traducción de la obra de Larenz y, sobre todo, Martínez Sarrión en la traducción de la obra de Medicus). En el trabajo de Infante Ruiz sobre la Reforma 2002 se utilizan los términos alteración o perturbación.

El término *Störung* tiene muchos significados. También podría ser traducido por violación, insatisfacción o lesión (de la prestación). Para el lector español, sin embargo, ambas expresiones –infracción y violación– resultan un poco forzadas.

Nosotros, sin embargo, proponemos el término contravención, sobre todo porque aparece literalmente recogido en el artículo 1101 del CC, de cuyo contenido se puede colegir que se identifica con el significado jurídico *Leistungsstörung*.

⁵⁵ *Schuldrecht*, I, ed. 5.ª, Múnich, 1990, p. 137. Puede consultarse también la traducción española de MARTÍNEZ SARRIÓN, *Tratado de las relaciones obligacionales*, Barcelona, 1995, Quinta parte, titulada «Las interrupciones de la prestación», pp. 141 ss.

⁵⁶ Dato tomado de GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGU, en «Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa», *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 17, 1999, Universidad de Extremadura, p. 408.

⁵⁷ Denunciado, entre otros autores, por MEDICUS, *op. cit.*, p. 174.

⁵⁸ Para conocer a fondo todas las cuestiones sobre la reforma del Derecho de la contravención de la prestación es necesaria la consulta del trabajo de HUBER –bastante crítico–, «Das geplante Recht der Leistungsstörungen», *op. cit.*, pp. 31 ss.

ocupar el supraconcepto lesión del deber (*Pflichtverletzung*)⁵⁹. Sin embargo, las críticas no se dejaron de esperar, por lo que se volvió a considerar el sistema instaurado por el BGB, si bien existía la opinión generalizada de que no se podía dejar como estaba el régimen legal de la contravención de la prestación. Al final, se optó por dar una mayor transparencia a la regulación legal y por la inclusión de los supuestos de imposibilidad que no contemplaba el BGB⁶⁰. Mucho tuvo que ver en este cambio la frase lapidaria de Medicus: «No queríamos renunciar a la imposibilidad, sólo queríamos definirla»⁶¹.

Desde esta perspectiva, reordenando el régimen legal de la contravención de la prestación, lógicamente había que retocar esta materia siempre compleja. Hay que llamar la atención sobre el debate que hubo sobre la propuesta de introducir un supraconcepto en el BGB que permitiera agrupar todos los casos de la contravención de la prestación. En tiempos atrás, Huber propuso como concepto global *Nichterfüllung* (incumplimiento). Razones semánticas pero también de contenido llevaron a los redactores del proyecto de discusión a la elección de la palabra *Pflichtverletzung* (lesión del deber). La lesión del deber permite incluir los supuestos de incumplimiento, cumplimiento defectuoso, cumplimiento tardío, cumplimiento parcial, infracción positiva de la prestación... Sin embargo, aunque en la redacción del segundo proyecto desaparece la lesión del deber en el § 275, este concepto constituye en el § 280 el presupuesto básico en los casos de indemnización por contravención del interés del acreedor⁶².

Sin lugar a dudas, se puede afirmar que se ha articulado un nuevo cuadro del sistema alemán de la contravención de la prestación⁶³,

⁵⁹ El § 275 decía «Besteht die Schuld nicht in einer Geldschuld, kann der Schuldner die Leistung verweigern, soweit und solange er diese nicht mit denjenigen Anstrengungen zu erbringen vermag zu denen er nach Inhalt und Natur des Schuldverhältnisses verpflichtet ist. Die Recht des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, bis 282 und 323».

⁶⁰ Para una primera aproximación, *vid.*, CANARIS, «Die Reform...», *JZ*, 2001, pp. 499 ss.

⁶¹ «Wir wollten die Unmöglichkeit nicht abschaffen, sondern definieren», cita tomada de CANARIS, «Die Reform...», p. 504.

⁶² Para SCHULTZ, en su estudio sistemático sobre el régimen jurídico de la contravención de la prestación, manifiesta, sin embargo, que la lesión del deber constituye el supraconcepto, aun cuando no aparece expresamente recogido en el § 275.1 (*op. cit.*, p. 19). Según este autor, la jurisprudencia y la doctrina deberán a partir de ahora trabajar este concepto (p. 21). Aunque admite que la lesión del deber no comprende probablemente todos los supuestos de insatisfacción de la prestación (p. 22). Pero, en cualquier caso, la lesión del deber permite, a su juicio, encontrar los puntos de conexión entre los distintos supuestos de contravención de la prestación (p. 23).

También para MATTHEUS la lesión del deber constituye el supuesto fáctico central de la contravención de la prestación (*op. cit.*, p. 211). En el mismo sentido, HEINRICHS, *op. cit.*, p. 63.

⁶³ Para una primera aproximación, ZIMMER, «Das neue Recht der Leistungsstörungen», *NJW*, 2002, pp. 1 ss.; MATTHEUS, «Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002-Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts», *JS*, 2002, pp. 209 ss.; un trata-

que no rompe con el pasado pero que mira al futuro, con algunas influencias, a veces notables, de las nuevas directrices del Derecho europeo y el Derecho internacional. Este nuevo cuadro abarca no sólo el Derecho general de obligaciones, sino también las instituciones específicas más directamente enlazadas con la teoría general de la contravención de la prestación, en particular la compraventa y sus modalidades. Está por ver si se ha logrado un cuadro realmente armónico o existen imperfecciones o desajustes en él. Sólo expondremos este cuadro, siguiendo principalmente el orden del BGB, que no varía con el anterior, pero mucho mejor sistematizado. Este cuadro está compuesto, en primer lugar, por las normas reguladoras de la imposibilidad de la prestación. En segundo y tercer lugar aparecen la responsabilidad y la mora del deudor. Para una mejor comprensión hemos dejado para el final la indemnización por lesión del deber de la prestación, aunque viene regulado antes que la mora del deudor. El BGB ha mantenido la separación entre la contravención de la prestación en general (§§ 275 ss.) y la contravención de la prestación en los contratos bilaterales (§§ 323 ss.). En la parte especial encontraremos reglas específicas, introducidas por la Reforma, para la compraventa y el contrato de obra.

2.2 Supuestos de imposibilidad de la prestación

a) *La unificación de los supuestos de imposibilidad*

El § 275.1, en su nueva redacción, alude igualmente a la imposibilidad de la prestación, pero de un modo muy genérico: «El derecho a recibir una prestación queda excluido siempre y cuando sea imposible para el deudor o para cualquier otra persona». Con esta fórmula tan amplia queda comprendido en el § 275.1 la imposibilidad objetiva, cada vez menos frecuente por los avances de la tecnología, y la imposibilidad subjetiva del deudor o de una tercera persona, como se deriva de la expresión «imposible para el deudor o para cualquier persona» –quedando equiparados los dos tipos de imposibilidad–. También se incluye la imposibilidad inicial⁶⁴, que se iguala a la imposibilidad posterior, la cual está

miento amplio puede encontrarse en SCHULTZ, «Leistungsstörungenrecht», en *Das Schuldrecht 2002*, op. cit., pp. 19 ss.

⁶⁴ Todavía sobre el proyecto de la Reforma, GRUNEWALD, «Vorschläge für eine Neuregelung der anfänglichen Unmöglichkeit und des anfänglichen Unvermögens», *JZ*, 2001, pp. 433 ss.

admitida al decir el § 275.1 «cuando ésta –la prestación– sea imposible». Otra novedad, además de equiparar la imposibilidad objetiva y subjetiva y admitir la imposibilidad inicial, es la identificación –totalmente justificada– de la imposibilidad responsable con la imposibilidad sin responsabilidad. Finalmente, el § 275.1 comprende también la imposibilidad parcial –ya admitida en el antiguo § 275–. Ha quedado fuera, a pesar de haber estado incluido en el segundo proyecto, la imposibilidad temporal o transitoria. Los casos de imposibilidad transitoria deberán seguir encontrando su solución en el § 242⁶⁵.

Con la nueva redacción del § 275.1, el deudor queda liberado de cumplir el deber de prestación en los casos de imposibilidad –no prestación–, siendo indiferente que el deudor sea responsable o no de la imposibilidad de la prestación. Ello no excluirá, en su caso, la responsabilidad por daños *ex* § 280. La liberación de la prestación es automática en los supuestos de imposibilidad comprendidos en el § 275.1. Y, con ello, el acreedor queda eximido de su deber de contraprestación (*Gegenleistungspflicht*). Conforme al § 311.1, el contrato no por eso deja de ser existente. La imposibilidad como categoría jurídica no es desconocida en el Derecho comparado, más aparece mencionada como una causa de exclusión del deber de prestación en el artículo 9,102, apartado segundo, de *les Principles European Contract Law* y el artículo 7.2.2, letra a), de los Principios Unidroit.

b) *Supuestos diferenciados*

b') La imposibilidad fáctica

El § 275.2 articula legalmente, por primera vez, los presupuestos de la imposibilidad fáctica, llamada también de hecho o práctica (*faktische o praktische Unmöglichkeit*), que fue reconocida y admitida por la jurisprudencia y la doctrina alemana a principios del siglo xx. Aunque la prestación no es imposible, puede resultar imposible para un determinado deudor, atendiendo a los elementos fácticos del caso en particular. Se debe precisar que en la imposibilidad fáctica se debe tener en cuenta más el interés del acreedor que el del deudor. El acreedor pone y debe poner por delante sus propios intereses. Así lo expresa, además, el § 272.2 cuando dice «que teniendo en consideración el contenido de la relación obligatoria y

⁶⁵ Sobre las categorías de imposibilidad, *vid.*, CANARIS, «Die Reform...», *op. cit.*, pp. 499-505; MATTHEUS, *op. cit.*, pp. 211-215; ZIMMER, *op. cit.*, pp. 2-5; SCHULTZ, *op. cit.*, pp. 23-28, 36-41 y 73-75.

los imperativos de la buena fe excede en gran medida del interés que sobre el cumplimiento de la prestación pueda tener el acreedor». Esto significa que el acreedor debe valorar e incluso reconocer que existen causas fácticas que impiden realizar la prestación por parte del deudor⁶⁶. No obstante, habrá que diferenciar si la imposibilidad fáctica se subsume en el apartado primero o en el apartado segundo del § 275 según lo grave que sea para el interés del acreedor⁶⁷. El peligro de que esta causa de imposibilidad sea una puerta falsa para dar entrada a la imposibilidad económica y ponga en peligro el principio *pacta sunt servanda* es rechazado tajantemente por Canaris⁶⁸.

La imposibilidad física se convierte, así, en una causa de oposición o de denegación de la prestación (*Leistungsverweigerungsrecht*), como si de una excepción se tratara.

No está comprendido en el § 275.2 la llamada imposibilidad simplemente económica⁶⁹. Tampoco la imposibilidad inmoral (*sittliche Unmöglichkeit*). Estos casos de imposibilidad se intentan ubicar en la figura de la desaparición de la base del negocio jurídico, que ahora tiene su formulación legal en el nuevo § 313. Por consiguiente, a partir de la presente Reforma, las causas de imposibilidad de hecho e inmoral son también causas legales. El § 275.2 no alcanza igualmente la imposibilidad de la prestación por problemas de conciencia y, por supuesto, quedan fuera los casos de agravación de la prestación (*Unerschwinglichkeit*). En este caso también habrá que recurrir al § 313.

b") La imposibilidad por causas personales ajenas al deudor

A veces el deudor no puede realizar la prestación por causas personales (morales o psicomorales). Aunque esta imposibilidad es encuadrable en la imposibilidad subjetiva, se ha considerado que debe ser diferenciada, por lo que se han articulado los presupuestos necesarios para justificar la denegación de la prestación según el § 275.3 (antiguamente se recurría a los §§ 4 GG y 242 BGB). Puede prevalecer el interés del deudor sobre el interés del acreedor. En este caso, puede el deudor denegar la prestación. Este tipo de imposibilidad es frecuente en los contratos de servicios, obra y gestión, y también en los contratos laborales.

⁶⁶ Sobre los posibles supuestos, cfr. SCHULTZ, *op. cit.*, pp. 39-42.

⁶⁷ CANARIS, «Die Reform...», *op. cit.*, p. 501.

⁶⁸ *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, p. XII.

⁶⁹ Expresión que utiliza SCHULTZ (*Bloße wirtschaftliche Unmöglichkeit*). Con ello delimita los casos de imposibilidad fáctica por causas en las que se tiene en consideración elementos económicos y financieros (*op. cit.*, pp. 40 y 42-43).

2.3 La responsabilidad del deudor

a) *La regla básica sigue siendo la responsabilidad por culpa*

La Reforma no se aparta de lo que siempre ha sido la regla básica en el BGB en cuanto a la responsabilidad del deudor en la contravención de la prestación. El § 276 decía que «el deudor, en tanto no esté determinada otra cosa, ha de responder de dolo y de la culpa». También ahora, en la nueva redacción, se parte de la premisa de que el deudor responde por dolo y por culpa, pero, a diferencia de la norma anterior, ahora se precisan algunos de los supuestos que pueden constituir excepciones a la regla de la responsabilidad por culpa. En lo demás, el § 276 describe la culpa, siendo referencia el cuidado que normalmente es exigible al deudor en el tráfico jurídico, y excluye cualquier pacto anticipado de exención de responsabilidad por dolo. En realidad, nada cambia con la redacción del § 276 en la Reforma. Lo que sí ha habido es una mejora material y de redacción del actual § 276⁷⁰. Por eso, se mantienen inalterados los §§ 277 –responsabilidad por culpa grave– y 278 –responsabilidad por auxiliares– y se deroga, por inútil, el § 279 después de la redacción del § 276.1 –responsabilidad en caso de obligaciones genéricas–.

b) *Excepciones a la regla básica*

El § 276 admitía excepciones a la regla de la responsabilidad por culpa al decir «en tanto no esté determinada otra cosa». Las excepciones pueden ser establecidas por la ley o el negocio jurídico. Pero también del contenido de la relación obligatoria y de la naturaleza de la obligación pueden derivarse excepciones a la regla básica. En particular, refiriéndose al contenido de la relación obligatoria, las excepciones pueden venir de la responsabilidad por garantía (*Garantiehaftung*) y del riesgo de suministro (*Beschaffungsrisiko*).

La responsabilidad por garantía, consistente a veces en garantizar un resultado, puede ser establecida expresamente en virtud de un acuerdo o por imposición de la ley. A falta de un resultado, el deudor ha de responder, en este caso, frente al acreedor al margen de su comportamiento negligente o doloso.

El otro supuesto reseñado por el § 276 es el riesgo del suministro. En atención a la naturaleza de la obligación, sea ésta genérica o

⁷⁰ Así, HEINRICHS, *op. cit.*, p. 51.

específica, el deudor asume el riesgo cuando se le suministra una cosa. Este supuesto estaba comprendido en el § 279, pero sólo referido a las cosas genéricas. Ahora, con la Reforma, se generaliza el supuesto del riesgo de suministro.

c) *Derogación de la responsabilidad ex § 279*

La literatura jurídica alemana ha sido siempre crítica con este precepto. Ha sido tildado por algunos de norma inexacta. Según el § 279, el deudor en las obligaciones genéricas, en tanto que la prestación del género es posible, debe responder también de su insolvencia cuando no le es imputable una culpa. La responsabilidad que prevé el antiguo § 279 puede resultar a veces excesivamente gravosa. También puede resultar inexacto en tanto y en cuanto al deudor se le puede exigir en determinados supuestos el riesgo del suministro de una cosa (genérica y también específica). Visto así, el § 279 ya no tiene sentido desde la Reforma del BGB.

2.4 La simplificación de la mora del deudor

a) *Presupuestos de la mora*

Un segundo supuesto de la contravención de la prestación es la mora del deudor⁷¹. Los presupuestos y efectos de la mora del deudor venían articulados en los §§ 284 a 288. Estos cinco preceptos se reagrupan ahora en los §§ 286, 287 y 288, con algunas ligeras modificaciones y novedades.

El § 286.1 comienza, al igual que el antiguo § 284.1, con la nota más característica de la mora: siendo aún posible la prestación, y vencida ésta, el deudor incurre en mora después de ser requerido por el acreedor. También precisa el § 286.1, como ya lo hacía el § 284.1, que la interposición de la demanda para exigir la prestación y la orden de pago en un proceso monitorio producen el mismo efecto que el requerimiento.

El requerimiento no es necesario en determinados casos según el § 286.2. Así, cuando la prestación –su cumplimiento– está sujeta a un día del calendario (en realidad se trata de una reformulación del antiguo § 284.2). Tampoco hace falta el requerimiento cuando se haya previsto un aviso y un tiempo prudencial para la prestación, de forma que la misma se pueda computar por el calendario a partir

⁷¹ A partir de la Reforma, una visión general ofrece SCHULTZ, *op. cit.*, pp. 29-34. También MATTHEUS, *op. cit.*, pp. 215-218.

del momento en que se produce el aviso. Aunque hubo dudas sobre si convenía mantener el término *Kündigung* del antiguo § 284.2, triunfó, finalmente, la tesis de sustituir este término por el de *Ereignis*, el cual permitirá incluir casos que se asemejan al aviso, como, por ejemplo, el suministro de la mercancía o la entrega de la factura. Al § 286.2 se añaden, en los números tres y cuatro, dos supuestos más en los que tampoco es necesario el requerimiento. Así, es totalmente nueva la obstrucción del deudor a cumplir la prestación como causa de exención del requerimiento (por su comportamiento de rebeldía negando a realizar la prestación). En este caso, no tiene ya ningún sentido el requerimiento; y, además, no es cuestión de seguir beneficiando al deudor. El otro supuesto encierra, en realidad, una cláusula general, al eximir el § 286.2 al acreedor de requerir al deudor cuando esté justificado el inmediato comienzo de la mora por motivos especiales, valorando los intereses de ambos sujetos de la relación obligatoria (puede suscitar, no obstante, problemas de concurrencia con el § 242).

Un supuesto especial de mora es cuando al deudor se le entrega una factura, de modo que tiene conocimiento de la deuda, con la obligación, por tanto, de cumplirla en el momento en que esté vencida. En este caso hay que agilizar el pago. Ésta es la principal *ratio* del § 286.3, que parte del no tan antiguo § 284.3, fijando un plazo máximo de treinta días para una obligación vencida cuando se le ha entregado también una factura. Este plazo puede ser recortado por los particulares, debiéndose tener en cuenta, en este caso, los límites para cuando se trata de condiciones generales de la contratación. La reforma del § 286.3 tiene su origen en la Directiva sobre la morosidad en las operaciones comerciales, de 29 de junio de 2000 (en particular, cfr. art. 3), que, a su vez, se mueve en la línea de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías⁷². En una de las propuestas de la Reforma se quería que el § 286.3 abarcase cualquier prestación y no sólo las deudas remuneratorias. Pero en la redacción definitiva este supuesto de mora se reduce exclusivamente a las obligaciones remuneratorias (*Entgeltforderungen*). Una vez vencida la obligación remuneratoria, y habiéndose entregado la factura (o una liquidación equivalente), hay un plazo máximo de treinta días para cumplir con el pago, incurriendo en mora el deudor después de haber transcurrido el plazo. En caso de que se cuestione el momento de la presentación

⁷² Sobre su adaptación al Derecho alemán, *vid.* SCHMIDT-KESSEL, «Die Zahlungsrichtlinie und ihre Umsetzung», *NJW*, 2001, pp. 99 ss. Desde una perspectiva más amplia, *vid.*, SCHULTE y BRAUCKS, «Zahlungsverzug in der Europäischen Union», *NJW*, 2001, pp. 103 ss.

de la factura o de la liquidación, el plazo máximo de treinta días se computa a partir del devengo y de la recepción de la contraprestación (cfr. nuevamente, el art. 3 de la mencionada Directiva).

Cuando el deudor tiene la condición de consumidor, para evitar que el plazo legal o contractual le resulte excesivamente drástico, el § 286.3 exige que esté debidamente informado de las consecuencias que se deriven de este tipo de mora.

El deudor ha de responder por la mora en tanto que sea responsable de la misma. La situación de mora se debe a su culpa. Esto se deriva a *sensu contrario* del § 286.4, que sigue al antiguo § 285, al liberar al deudor de la responsabilidad cuando la prestación se hace imposible por alguna circunstancia de la que él no es responsable. Aunque a la misma conclusión se llega en atención a lo establecido en el § 280.1, el legislador ha considerado necesario establecerlo nuevamente al constituir uno de los presupuestos de la mora del deudor. El deudor tiene siempre la posibilidad de probar que él no es el responsable del retraso en el cumplimiento de la obligación.

b) *Efectos de la mora*

Aunque se ha mantenido el antiguo § 288, que determina que la deuda dineraria produce durante la mora un interés, había que adaptarlo a la Directiva sobre la morosidad en las operaciones comerciales [cfr. art. 3.1, letra *d*)], fijando un interés superior al tipo de interés básico, diferenciando el § 288 en su redacción actual según se trata de deudas dinerarias (cinco puntos porcentuales más altos) o de deudas remuneratorias (ocho puntos porcentuales más altos). El § 288 se debe poner en relación con el § 247⁷³, el cual determina el tipo básico de interés –el 3,62 por 100– y los criterios que se deben seguir para su actualización –se revisa cada año el 1 de enero y el 1 de julio, siendo el índice de referencia el tipo de interés aplicado para la más reciente operación principal de refinanciación del Banco Central Europeo, inmediatamente anterior al primer día del calendario del correspondiente semestre–.

Cualquier daño causado con posterioridad a la mora debe ser reparado por el deudor. Por eso, el actual § 288 repite lo que proclamaba el BGB en 1900: «No está excluida –la posibilidad– de hacer valer otro daño».

Durante la mora se agrava la responsabilidad del deudor. Ya lo decía el antiguo § 287. También en su nueva redacción se hace hin-

⁷³ Sobre el precepto, PETERSHAGEN, «Das neue Basisinsatz des BGB, eine kleine Lösung in der großen Schuldrechtsreform?», *NJW*, 2002, pp. 1455 ss.

capié en que el deudor moroso debe responder de toda negligencia. Incluso responde en caso fortuito, a no ser que la imposibilidad de la prestación se hubiera manifestado en el tiempo oportuno. Nada ha cambiado, pues, con la Reforma en lo que respecta a la agravación de la responsabilidad del deudor durante la mora.

2.5 La admisión legal de la lesión positiva de la pretensión contractual

Aunque se podría analizar la figura jurisprudencial de la lesión positiva de la pretensión contractual (*positive Foderungsverletzung*), como otro supuesto de la contravención de la prestación, nos fijaremos en ella en el capítulo referido a la codificación del Derecho judicial.

2.6 La indemnización de daños por lesión de un deber de prestación

a) *La necesidad de un supraconcepto: la lesión del deber («Pflichtverletzung»)*

Para una mejor comprensión de los §§ 280-285 y del régimen jurídico de la contravención de la prestación se debe partir del concepto de lesión del deber, del que parte la Reforma después de una discusión que no ha sido, ni mucho menos, pacífica. Se disputaban el lugar central los conceptos de no cumplimiento (*Nichterfüllung*) y de la lesión del deber (*Pflichtverletzung*). Triunfó, finalmente, la lesión del deber a pesar de las importantes objeciones que formuló Huber⁷⁴⁻⁷⁵. Desde la perspectiva alemana, el concepto de no cumplimiento podía ser excesivamente reduccionista, teniendo en cuenta, sobre todo, los precedentes legislativos. Por otra parte, responde mejor a lo que se pretende con la Reforma de englobar todos los supuestos de la contravención de la prestación que se produzcan después de la celebración del contrato –incumplimiento, cumplimiento defectuoso, lesión de deberes accesorios⁷⁶⁻⁷⁷.

⁷⁴ «Das geplante Recht der Leistungsstörungen», en *Zivilrechtswissenschaft...*, *op. cit.*, pp. 98 ss.

⁷⁵ Sobre la terminología más adecuada, *vid.*, HEINRICHS, *op. cit.*, p. 63.

⁷⁶ Así, HEINRICHS en el comentario al § 280, *op. cit.*

⁷⁷ Para una visión completa, SCHULTZ, *op. cit.*, pp. 60-88. Según este autor, a partir de ahora, cabe hablar de un derecho indemnizatorio trimembre: la indemnización de daños en lugar de la prestación, la indemnización de daños por mora y las demás indemnizaciones por daños (p. 60).

Se puede afirmar, con Canaris, que el § 280 constituye, a partir de ahora, la norma central de la indemnización de daños cuando tiene su causa en un comportamiento del deudor que da derecho a la reclamación por este concepto después de haber nacido la relación obligatoria⁷⁸.

El § 280.1 está articulado sobre la base de unificar todos los casos de responsabilidad derivada de una relación obligatoria, tanto los comprendidos en el § 275 como los casos de mora del deudor *ex* 286 [para la imposibilidad inicial, *cfr.* § 311, letra *a*)⁷⁹]. En este sentido, se puede hablar de una verdadera cláusula general (*Generalklausel*), que tiene como supuesto fáctico la lesión del deber y cuya consecuencia jurídica –en clara consonancia con el § 249, frase primera– es la pretensión a una indemnización a causa del daño producido por la lesión del deber⁸⁰. De modo genérico establece el § 280.1 que «si el deudor lesiona un deber de la relación obligatoria, puede el acreedor solicitar indemnización por el daño producido». Y añade que «esto no rige cuando el deudor no sea responsable de la lesión del deber». Se debe precisar que el texto legal utiliza la expresión «*vertreten müssen*» en vez de «*verschulden*». Esto tiene como consecuencia que el deudor deberá responder por los daños causados aunque él no tenga culpa (*cfr.* §§ 276, 278, 279 y 463).

Al § 280.1 se añaden dos grupos de casos, con sus requisitos propios, en concreto, la responsabilidad por mora (§ 280.2, con remisión al § 286) y la indemnización de daños en lugar de la prestación (§ 280.3, con remisión a los §§ 281, 282 y 283).

b) *El requisito de la culpa del deudor*

La responsabilidad exige la culpa del deudor. Esta exigencia no sólo vale para los contratos, sino también para las relaciones obligatorias comprendidas en el § 311. Al referirse el § 280.1 genéricamente a la lesión del deber, queda comprendido cualquier tipo de lesión –incumplimiento, cumplimiento defectuoso, negativa al cumplimiento, cumplimiento tardío, cumplimiento parcial, lesión positiva de la pretensión contractual–. Toda imposibilidad de la prestación por culpa del deudor es encuadrable en el § 280. Y el comportamiento negligente del deudor puede darse en cualquier tipo de deber –principal, accesorio, genérico, de protección–.

⁷⁸ «Die reform...» *Op. cit.*, p. 511.

⁷⁹ El § 280.1 rige también en casos de lesión positiva de la pretensión contractual y de la culpa *in contrahendo*.

⁸⁰ CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, p. XV.

El requisito de la culpa para poder pedir indemnización de daños está íntimamente enlazado con los §§ 276 (en particular el ap. 1, que amplía el supuesto de hecho), 277 y 278.

Aunque no lo dice el § 280.1, probada objetivamente la lesión del deber (o no prestación) y la relación de causalidad entre lesión del deber y el daño por el acreedor, se presume la culpa del deudor de la lesión, correspondiendo a él desvirtuar esta presunción mediante pruebas en contra.

- c) *Los supuestos de indemnización en lugar de la prestación («Schadenersatz statt der Leistung»⁸¹) y sus requisitos*
- c') No prestación, prestación defectuosa, prestación parcial y negativa a la prestación

La indemnización de daños en lugar de la prestación, articulada en el nuevo § 281, que es un concepto nuevo⁸², cumple una función claramente compensatoria⁸³. En lugar de la prestación, el acreedor puede reclamar la indemnización (es el llamado interés positivo). Además del § 281, están los §§ 282 y 283, que constituyen un triásico en el que tres constelaciones y la diferenciación de los criterios valorativos se reflejan de modo adecuado⁸⁴.

El § 281.1, que se ocupa de los tres primeros supuestos mencionados, se apoya en el § 280.1. Los dos primeros casos que contempla el § 281.1 son la no prestación, después de estar vencida, y la prestación defectuosa, es decir, cuando la prestación no se realiza conforme a lo acordado por las partes⁸⁵. Por consiguiente, contempla los casos que desde el punto de vista práctico son los más importantes, como el incumplimiento, el cumplimiento tardío, la negativa al cumplimiento y el cumplimiento defectuoso en el que se incluyen las prestaciones viciadas⁸⁶. Para pedir en estos casos la indemnización en lugar de la prestación hace falta un requisito más: el otorgamiento al deudor de un plazo –razonable– para realizar o repetir aún la prestación –cumplimiento posterior– sin éxito alguno

⁸¹ Según SCHULTZ, la indemnización de daños por incumplimiento no se puede equiparar con la indemnización de daños en lugar de la prestación (*op. cit.*, p. 63). No es lo mismo que se pida la indemnización de daños por incumplimiento, siendo entonces una pretensión que acompaña a otras pretensiones, que la indemnización de daños en lugar de la prestación, la cual se puede solicitar en todos los casos de lesión del deber (*op. cit.*, pp. 63 y 64).

⁸² Sobre el concepto, RECKER, «Schadenersatz statt der Leistung-oder: Mangelschaden und Mangelfolgschaden», *NJW*, 2002, pp. 1247 ss.

⁸³ ZIMMER, *op. cit.*, p. 8.

⁸⁴ CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, p. XVI.

⁸⁵ Cfr. §§ 437, núm. 3, y 634, núm. 4.

⁸⁶ CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, p. XV.

(o, en su caso, un requerimiento atendiendo a la naturaleza de la obligación –cfr., 281.3–). Subyace aquí la idea de que hay que salvar antes el contrato.

El segundo supuesto previsto en el § 281.1 es la prestación parcial. Sólo tiene sentido la indemnización de daños en lugar de la prestación cuando el acreedor no tiene ya interés en el cumplimiento total (o ha dejado de tener interés para él)⁸⁷. Cuando no hay disponibilidad por parte del deudor de querer realizar la prestación o hay alguna circunstancia excepcional que lo impida, conforme al § 281.2, el acreedor puede optar directa e inmediatamente por la indemnización de daños, si bien habrá que valorar los intereses de ambos. En este caso, no tiene sentido que se fije un plazo previo⁸⁸.

Lógicamente es incompatible la pretensión de la prestación con la indemnización de daños en lugar de la prestación. Por eso, el § 281.4 declara que la primera pretensión queda en este caso excluida.

En cuanto al alcance de la indemnización, el acreedor puede elegir entre la pequeña y la gran indemnización de daños (*kleiner o grosser Schadenersatz*). Para el caso de que opte por la gran indemnización, ha de restituir al deudor la parte de la prestación que éste haya realizado (esto supone que la gran indemnización no está reñida con la prestación parcial cumplida por el deudor). El § 281.5 remite a los §§ 346-348.

c'') Lesión de un deber *ex* § 241.2

Se contempla en el § 282 un caso muy específico. No basta sólo que se trate de un deber de los comprendidos en el § 241.2. –por ejemplo, infracción de un deber de protección y, por tanto, no un deber principal o accesorio–, sino que la realización de este deber no sea ya exigible al deudor. Sólo en este caso procede la indemnización de daños en lugar de la prestación.

c''') En los casos de exclusión (imposibilidad) del deber de prestación

Cuando la prestación resultare imposible (§ 275.1), sólo cabe ya la indemnización de daños al estar totalmente descartado el

⁸⁷ La indemnización total de daños en lugar de la prestación es un concepto nuevo. El acreedor que no recibe la prestación prometida puede exigir la indemnización de daños en lugar de la prestación total (*vid.* SCHULTZ, *op. cit.*, pp. 65 y 66).

⁸⁸ Puede haber lesión de deberes no directamente relacionados con la prestación, como, por ejemplo, los deberes pre y postcontractuales. Entonces sólo rige para la indemnización lo dispuesto en el § 280.1.

cumplimiento posterior⁸⁹, con lo cual la categoría de la imposibilidad pasa a un plano totalmente secundario⁹⁰. Para que pueda tener lugar la sustitución es necesario que se cumpla el principal requisito del § 280.1: que la imposibilidad se deba a la negligencia del deudor [cfr. § 311.a), ap. 2]. El § 283 remite a los §§ 281.1.1 y 3 y 281.5 que también pueden tener su debida aplicación.

d) *Resarcimiento por gastos infructuosos*

No cualquier gasto empleado por el acreedor puede ser resarcido por el deudor. Es más, el acreedor siempre asume un riesgo cuando negocia con otro para obtener a cambio un beneficio. Ahora bien, cuando no se logra el fin pretendido puede haberse producido algún perjuicio al acreedor como consecuencia de los gastos realizados. No se trata propiamente de un daño en el sentido tradicional. La jurisprudencia ha recurrido con frecuencia a la figura de la presunción de rentabilidad que puede ser combatida por el deudor. La posibilidad, no obstante, de que pueda ser resarcido el acreedor necesita de algún límite. Conforme al § 284 sólo son resarcibles los gastos –en particular las inversiones– que el acreedor haya realizado en la confianza de obtener la prestación. También se exige que los gastos respondan a un motivo, a una causa (el texto alemán utiliza las expresiones *billigerweise machen durfte*). Aun dándose estos dos requisitos, no es viable el resarcimiento por gastos infructuosos cuando la finalidad de la prestación de todas maneras no se hubiera alcanzado sin la lesión del deber por parte del deudor. El resarcimiento tiene un claro carácter alternativo a la indemnización por daños, como se desprende del propio texto del § 284 (cfr. § 439.2 que impone al vendedor los gastos que sean necesarios desembolsar para el cumplimiento posterior en casos de vicio de la cosa en la compraventa).

e) *Restitución del resarcimiento*

El § 285 prevé la posibilidad de subrogarse el acreedor en el crédito que un tercero (por ejemplo, una entidad aseguradora) haya satisfecho al deudor (por ejemplo, una indemnización de daños). En lugar de la satisfacción de la prestación, el acreedor podrá subrogarse en la indemnización. Éste es básicamente el alcance del § 285

⁸⁹ Una pretensión independiente viene contemplada en el § 311, letra a), apartado segundo (imposibilidad objetiva inicial por culpa del deudor). Cfr. SCHULTZ, *op. cit.*, pp. 75 y 76. También CANARIS, «Die Reform...», *op. cit.*, pp. 506-508.

⁹⁰ CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, p. XIII.

que repite en lo principal el antiguo § 281, si bien adaptado al § 275, que ahora contempla varias causas de exclusión –imposibilidad– de la prestación (en relación con el § 285, principalmente la imposibilidad inicial objetiva o subjetiva) y exige para la liberación del deber de prestación que se haya formulado la debida excepción por parte del deudor.

3. LA REORGANIZACIÓN DE LA RESOLUCIÓN EN LOS CONTRATOS BILATERALES

3.1 Los presupuestos de la resolución en los contratos bilaterales

a) *El intento de unificar las causas de resolución*

El jurista alemán se ha sentido muchas veces incómodo con las normas que regulan la resolución del contrato por imposibilidad de la prestación tanto en lo que respecta a las causas para resolver el contrato como en lo referente a los efectos de la resolución. No han faltado voces que exigían una mayor unificación en materia de resolución de los contratos, a semejanza de los artículos 7.3.1 de los Principios Unidroit sobre los contratos internacionales y 25 de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías (en ambas normas internacionales el supuesto fáctico de resolución es el incumplimiento esencial). El tema central de la resolución del contrato ha sido en Alemania siempre el de considerar la imposibilidad de realizar la prestación como causa resolutoria, pero, al mismo tiempo, el BGB contemplaba otros supuestos de resolución contractual en casos de incumplimiento de la prestación (cfr. los antiguos §§ 306, 323, 325, 326...) ⁹¹.

La resolución es un derecho de configuración (*Gestaltungsrecht*) y tiene un efecto liberatorio (*Befreiungswirkung*).

En un primer momento, se propuso que en el § 323.1 fuese la lesión de un deber del deudor la causa de resolución («*Verletzt der Schuldner eine Pflicht...*»), previo requerimiento por parte del acreedor al deudor para que cumpla con el contrato en un plazo determinado. Conforme a la primera redacción, una vez transcurrido el plazo fijado, el acreedor puede desistir del contrato. La lesión

⁹¹ Para conocer el Derecho antiguo y la reforma proyectada sobre la resolución y la revocación de los contratos, puede consultarse a HAGER, en «Das Geplante Recht des Rücktritts und des Widerrufs», en *Zivilrechtswissenschaft...*, *op. cit.*, pp. 429 ss.

de un deber debería comprender cualquier lesión del deber de prestación (no prestación por imposibilidad, negativa a realizar la prestación por otra causa, cumplimiento moroso...), y el deber lesionado puede ser de cualquier tipo (sinalagmático, accesorio...). Con esta fórmula amplia se pretendía lograr la deseada unificación de los supuestos fácticos de resolución (*Vereinheitlichung des Rücktrittbestandes*) de los contratos bilaterales.

Esta fórmula tan genérica fue criticada duramente por un amplio sector de la doctrina. Sin renunciar a una mayor unificación de los supuestos de la resolución, se defendió que había que volver, de alguna manera, a las antiguas normas del BGB.

El ejercicio del derecho de resolución presupone, obviamente, la lesión de un deber por parte del deudor. Pero en la nueva y definitiva redacción del § 323, el derecho de resolución lo puede ejercitar el acreedor cuando no se cumple la prestación debida o no se ajusta a lo estipulado, pero para poder ejercitar este derecho el acreedor deberá haber otorgado previamente un plazo razonable para que el deudor pueda realizar aún la prestación. Vemos aquí la total sintonía de los §§ 323, 324 y 326.5 con los §§ 281, 282 y 283. Se distingue, pues, el supuesto de la imposibilidad de la prestación y la prestación no ajustada a lo establecido en el contrato. La pretensión del cumplimiento se convierte, de este modo, en uno de los puntos centrales de la Reforma. Antes que resolver se debe dar la posibilidad al deudor de que cumpla todavía con su obligación. El mismo § 323 contempla otros supuestos (cfr. apartados cuarto y quinto), como también los §§ 324 y 326. En cualquier caso, la nueva redacción responde a uno de los motivos de la Reforma, cual es una mayor transparencia en la regulación del Derecho de obligaciones. Los derechos de resolución tendrán a partir de ahora una mayor trascendencia jurídica. La principal razón es la reforma efectuada al mismo tiempo de la compraventa y del contrato de obra, en plena armonía con la parte general del Derecho de obligaciones, admitiendo el derecho de resolución en los casos en que la cosa o la obra tenga vicios (cfr. §§ 437, núm. 2; 440; 634, núm. 4 y 636)⁹².

La resolución no depende ya, a diferencia del antiguo § 326, de la responsabilidad o no del deudor. Es una de las principales diferencias respecto de las pretensiones de indemnización por daños (cfr. §§ 280 ss.). Para Canarias es uno de los mayores avances de la Reforma del Derecho de la contravención de la prestación. La mayor facilidad que tiene ahora el acreedor para resolver el contra-

⁹² SCHULTZ, *op. cit.*, p. 89.

to no va en detrimento del principio *pacta sunt servanda*, sino que, al contrario, garantiza una mayor justicia contractual⁹³.

b) *El derecho de resolución por no prestación o prestación no conforme al contrato*

El § 323 distingue con toda claridad entre no prestación (*Nichtleistung*) y prestación no conforme al contrato (*nicht vertragsgemäß*). Es preceptivo para que el acreedor pueda resolver el contrato (*zurücktreten*), que él haya requerido previamente al deudor para que realice la prestación en un plazo razonable. Transcurrido el plazo adicional, sólo entonces es posible la resolución del contrato⁹⁴. De este modo, se vuelve a recuperar en parte el antiguo § 326. La no prestación o la prestación no conforme al contrato debe producirse en contratos perfectamente sinalagmáticos (para los demás contratos es de aplicación el § 275 cuando la prestación no se realiza o se realiza pero no satisfactoriamente). La no prestación significa aquí, en el contexto del § 323, retraso en la prestación (*Verzögerung der Leistung*). Cuando no tiene lugar la prestación (*Ausbleiben der Leistung*), se deberá estar al nuevo § 326. El § 323.1 no se refiere explícitamente a la mora como presupuesto del derecho de resolución. Es suficiente que la prestación sea exigible y que no se haya realizado la misma en el plazo acordado por las partes (ausencia de prestación)⁹⁵. Ello beneficia claramente al acreedor.

La prestación efectuada no conforme a lo estipulado –principio de conformidad– supone una prestación defectuosa, siendo indiferentes, en principio, las causas por las que no se haya realizado la prestación según el tipo de contrato. El requerimiento posterior implica, como también cuando se trata de un supuesto de no prestación, que la prestación aún puede ser cumplida por el deudor.

A diferencia del antiguo § 326, en el nuevo § 323.1 se suprime la exigencia en virtud de la cual el acreedor debía al mismo tiempo declarar que rehusará la aceptación de la prestación después del transcurso del tiempo (*Ablehnungsandrohung*). La razón de la supresión es que el deudor debe saber que el incumplimiento del plazo adicional, que le ha dado el acreedor para realizar aún la prestación, va a tener consecuencias negativas para sus propios

⁹³ «Die Reform...», *op. cit.*, p. 522.

⁹⁴ A juicio de SCHULTZ, la fijación de un plazo no es un requisito imprescindible para el ejercicio del derecho de resolución (*op. cit.*, p. 91).

⁹⁵ Según ZIMMER, «mit der Entkoppelung der Rücktrittsberichtigung beim gegenseitigen Vertrag des Schuldners kommt das Schuldrechtmodernisierungsgesetz zu einer Abstufung in den Folgen einer Nichterbringung oder nicht vertragsgemäßen Erbringung der Leistung» (*op. cit.*, p. 5).

intereses. El deudor debe tomar en serio el requerimiento de realización de la prestación en el plazo adicional que le ha concedido el acreedor (cfr. la Directiva 44/1999, de 25 de mayo, sobre las garantías en la venta de bienes de consumo). La supresión de esta declaración tiene el efecto positivo de que el acreedor puede exigir incluso el cumplimiento de la prestación después de haber transcurrido el tiempo adicional. Sólo cuando ejercita el derecho de resolución es cuando ya queda extinguida la pretensión de exigir la prestación.

El plazo adicional tiene principalmente razón de ser cuando el deudor esté dispuesto al cumplimiento posterior (*Nacherfüllung*). Sin embargo, cuando el cumplimiento posterior puede descartarse, no es necesario dar un plazo adicional al deudor para que cumpla. En estos casos se debe eximir al acreedor que añada un plazo para poder resolver el contrato. El § 323.2 establece tres supuestos claramente diferenciados: *a*) un comportamiento serio y definitivo por parte del deudor de no querer realizar la prestación (las reglas desarrolladas en la aplicación del antiguo § 326 por la jurisprudencia siguen válidas); *b*) el incumplimiento, la prestación en el tiempo fijado en el contrato o dentro de un plazo, siempre y cuando el acreedor hubiese ligado su interés en el cumplimiento de la obligación al interés suyo de mantener el contrato, *c*) o se den circunstancias especiales que justifiquen la inmediata resolución del contrato, teniendo en cuenta los intereses de ambas partes (es una cláusula general de cierre que permite a los Jueces actuar con mayor libertad para dar por resuelto el contrato).

El § 323.4 prevé la resolución anticipada del contrato cuando es patente que se van a producir los presupuestos para resolver el contrato (cfr. con el primer supuesto del § 323.2 en el que no hace falta añadir un plazo por parte del acreedor para ejercer el derecho de resolución contractual).

c) El derecho de resolución por prestación parcial

La Reforma se ha decidido claramente por admitir en el § 323.5 sólo la resolución parcial del contrato cuando la prestación se ha realizado en parte, a no ser que el acreedor no tuviera ningún interés en el cumplimiento parcial. El énfasis en el adverbio «sólo» (*nur*) indica claramente que el acreedor no puede ejercer, en principio, la resolución de todo el contrato en caso de que el deudor haya cumplido una parte de la prestación. Por consiguiente, una lesión parcial del programa de prestaciones sólo puede dar lugar a una resolución parcial del contrato. La resolución

total únicamente es posible cuando al acreedor no le interesa el cumplimiento parcial.

d) *La resolución por prestación defectuosa irrelevante*

En el § 323.5 se aclara que el acreedor no podrá resolver el contrato si la lesión del deber no es de importancia. Se refiere al caso de la no prestación conforme a lo pactado en el contrato, esto es, la prestación defectuosa (cfr. con los §§ 323.1 y 2, 434.3 y 437.2).

e) *La exclusión del derecho de resolución por imposibilidad de la prestación de la que responde el acreedor*

El antiguo § 324 establece que si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que ha de responder la otra parte, conserva aquélla su pretensión a la contraprestación. La Reforma amplía en el § 323.6 el antiguo § 324, en el sentido de que no sólo la imposibilidad ocasionada por el acreedor excluye el derecho de resolución, sino también por cualquier retraso del acreedor en la aceptación de la prestación, generalizando⁹⁶, pues, los casos en los que la no prestación es debida al comportamiento del acreedor (cfr. el § 275 que establece otros supuestos de exclusión del deber de prestación, así como el § 326.2, inciso primero).

f) *El derecho de resolución por lesión de deberes ex § 241.2*

Además de los deberes típicos de un contrato bilateral específico, pueden existir otros deberes cuyo incumplimiento puede dar lugar a la resolución del contrato. En un primer momento, se pensó que la lesión de otros deberes, cuando es sustancial, debe dar lugar al derecho de resolución sobre la base de que al acreedor ya no se le puede seguir imponiendo el mantenimiento del mismo. La redacción que se dio al § 324 resultó excesivamente genérica. De ahí que en la redacción definitiva del § 324 se haya precisado que ha de tratarse de la lesión de un deber de los previstos en el § 241.2 (por ejemplo, un deber de protección/*Schutzpflicht*). El quebrantamiento de estos deberes da lugar al derecho de resolución.

El § 324 tiene un claro paralelismo con el § 282 que admite la indemnización de daños en lugar de la prestación por lesión de cualquier otro deber *ex § 241.2*.

⁹⁶ La exclusión del derecho de resolución es *per se*. El Juez ha de examinar de oficio las causas de exclusión (así, SCHULTZ, *op. cit.*, p. 92).

g) *El derecho de resolución por exclusión del deber de prestación (casos de imposibilidad)*

Conforme al § 326.5, el acreedor podrá resolver el contrato si el deudor no tiene que cumplir según lo previsto en el § 275.1 a 3 (cfr. § 283). El derecho de resolución se da para cualquier caso de imposibilidad de la prestación y también cuando se agrava la prestación. Está pensado, sobre todo, en aquellos casos en los que fracasa el cumplimiento posterior, ya que, conforme al § 326.1, frase segunda, la contraprestación no decae *ipso iure*⁹⁷. Hay casos en los que no es posible la subsanación. Los presupuestos del ejercicio de este derecho hay que buscarlos en el § 323, al que remite expresamente el § 326.5.

3.2 Los efectos de la resolución

a) *Equiparación de los efectos de la resolución legal y contractual*

En los antiguos §§ 346 ss. se regulaba lo que por la doctrina alemana se ha denominado la extinción o liquidación de la resolución. Estos preceptos se referían sólo a la resolución contractual, es decir, la resolución expresamente pactada. La resolución legal, prevista en los antiguos § 325 y 326, convivía con otros supuestos de resolución legal, tanto en el BGB (por ejemplo, los antiguos §§ 467 y 634) como fuera de él (§§ 13 UWG, 7 VerbrKrG y 3 HausTWG). En principio, sólo cabe un tratamiento conjunto de la resolución contractual y legal. El propio § 327⁹⁸ remitía a los §§ 346 a 356, siendo, por tanto, de aplicación a la resolución legal los efectos de la resolución contractual. En este sentido, el actual § 346 no supone ninguna novedad cuando regula, en una misma norma, los efectos de ambos tipos de resolución⁹⁹.

El objetivo principal de la Reforma¹⁰⁰ en esta materia, basada en las propuestas de la Comisión de Derecho de Obligaciones, es lograr la mayor simetría en el ámbito de los efectos de la resolución, que más que extinguir la relación obligatoria da paso a una fase de liquidación para que aquélla se extinga totalmente¹⁰¹. La

⁹⁷ CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, op. cit., p. XVIII.

⁹⁸ Derogado por la Ley de 1 de enero de 2002.

⁹⁹ Bastante crítico con la Reforma, KOHLER, en «Das Rücktrittsrecht in der Reform», *JZ*, 2001, pp. 325 ss.

¹⁰⁰ Sobre el proyecto del Gobierno, cfr. KAISER, «Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform», *JZ*, 2001, pp. 1057 ss.

¹⁰¹ Con bastante profundidad CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, op. cit., pp. XXXV-XLIX.

Reforma intenta superar una de las partes más débiles de la codificación alemana¹⁰². Para ello, equipara la resolución contractual y la resolución legal. Deroga los §§ 350 y 351. Y la responsabilidad por daños tiene, a partir de ahora, su base en los §§ 280 ss. (antes la base legal era el § 989). Que la Reforma lo haya logrado está aún por ver¹⁰³.

b) *Liquidación de la resolución*

b') Restitución recíproca de las prestaciones. Satisfacción de otras prestaciones

El efecto principal no puede ser otro, según ordena el § 346, que la restitución mutua de las prestaciones recibidas. Se mantiene, pues, el efecto principal de la resolución ya previsto en el anterior § 346. Junto a este efecto, la resolución puede dar lugar a efectos secundarios (*Nebenfolgen*)¹⁰⁴. Entre estos efectos, está la restitución de los provechos obtenidos. Se incorpora, así, la frase segunda del antiguo § 347 en el § 346.1 (cfr. los §§ 100 y 987), con la precisión de que el deudor debe también restituir el desgaste que se haya producido, atendiendo al uso normal de la cosa.

Además de los provechos recibidos, están los provechos que podría haber logrado el deudor de haber actuado conforme a las reglas normales de la economía; cuando se trata de una resolución legal, el facultado para resolver el contrato sólo ha de utilizar la diligencia que emplea en sus asuntos propios. En el caso de que no sea así, el deudor está obligado, de acuerdo con el nuevo § 347, apartado primero, a satisfacer al acreedor el valor equivalente.

El deudor de la restitución tiene también derecho a que le sean abonados los gastos necesarios y los gastos de mantenimiento. Así lo establece el apartado segundo del § 347, el cual no excluye el abono de otros gastos en la medida en que el acreedor se haya enriquecido por ello.

Otros efectos secundarios de la resolución son los costes de celebración y ejecución del contrato que habrá que desembolsar el deudor conforme al § 284.

¹⁰² Así, HEINRICH, *op. cit.*, p. 219.

¹⁰³ Una primera visión completa de la nueva regulación ofrece KAISER, en «Rücktrittsrecht», en *Das Schuldrecht 2002, op. cit.*, pp. 183-214.

¹⁰⁴ Cfr. KAISER, «Rücktrittsrecht», en *Das Schuldrecht 2002, op. cit.*, pp. 205-212 (en adelante sólo citaremos este trabajo de Kaiser).

b") Prestación del valor equivalente en caso de imposibilidad de la restitución. Supresión de la remisión al enriquecimiento injusto por imposibilidad de la prestación de restitución.

La Reforma introduce como novedad la supresión de la exclusión de la resolución en casos de imposibilidad de la restitución, derogando, con ello, los §§ 350 a 353¹⁰⁵. Esta supresión tiene un alcance importante: el contratante que está facultado para ejercer la resolución legal o contractual no pierde este derecho aun cuando es el responsable de la imposibilidad de la restitución. Aunque no lo dice la norma, se debe matizar que la no exclusión de la resolución sólo tiene sentido cuando el facultado para resolver el contrato lo haya manifestado antes de que se produzca la imposibilidad de la restitución; en caso contrario, se extingue el derecho a la resolución. La no exclusión de la resolución en caso de imposibilidad de la restitución es una tendencia cada vez más generalizada en el Derecho contractual, sobre todo en el Derecho de los consumidores, que ahora se incorpora, con carácter general, en el Derecho de la contratación general (cfr. los antiguos §§ 7, ap. 4, de la Ley de Crédito de Consumidores y 5 de la Ley de Revocación de los Negocios a Domicilio y Negocios Análogos).

En lugar de la obligación de la restitución, cuando no es posible, el deudor debe prestar el valor equivalente (*Wertersatz*)¹⁰⁶. Por consiguiente, en vez de excluir la resolución, cabe pedir expresamente la resolución o se produce por ley, si bien la restitución de la prestación es sustituida, por imposibilidad, por un valor equivalente. La prestación del valor equivalente está prevista para: a) cuando la obligación de la restitución o la entrega de lo obtenido según la naturaleza esté excluida, convirtiéndose, así, en una regla general (cfr. § 346, frase segunda, que contiene la misma regla sólo para prestaciones de servicio); b) cuando el deudor haya consumido, transmitido, gravado, especificado o transformado el objeto (cfr. los antiguos §§ 352 y 353); o el objeto recibido haya empeorado o haya perecido (cfr. los antiguos §§ 347, 350 y 351). En este último caso, no se tiene en consideración el empeoramiento de la cosa por haber seguido el deudor las oportunas instrucciones. Desaparece con la Reforma el § 347. La regla que contenía no convenía para la resolución contractual, y tampoco para la resolución legal. Según el antiguo § 347, la responsabilidad por resolución se retrotrae al momento de la recepción de la prestación, y no desde el momento

¹⁰⁵ Sobre la regulación anterior y la actual, cfr. KAISER, *op. cit.*, pp. 190-193.

¹⁰⁶ Vid. CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, pp. XXXVI-XXXIX.

de la declaración por la que se resuelve el contrato. Este precepto contenía además una remisión explícita al § 989 –regulador de la responsabilidad del poseedor en caso de litispendencia–, cuya aplicación suscitaba problemas, sobre todo, en relación con la frase segunda del antiguo § 327. En concreto, en caso de resolución legal, se preveía el supuesto de resolución por una circunstancia de la que la otra parte no ha de responder. De acuerdo con el antiguo § 327, frase segunda, la otra parte sólo tiene que responder según las disposiciones sobre la entrega de un enriquecimiento injusto, en particular el § 818.2, el cual establece si la restitución no es posible a causa de la naturaleza de lo obtenido o si el receptor no está en condiciones de realizarla por otra circunstancia, ha de indemnizar el valor. La remisión al enriquecimiento injusto desaparece igualmente con la Reforma suprimiendo totalmente el § 327. Con ello, de un plumazo, desaparece toda la polémica que había suscitado la frase segunda del § 327 y demás normas conexas (así, por ejemplo, el antiguo § 347, el § 989), sobre todo por el alcance que se había dado a la expresión «no ha de responder la otra parte». Según la interpretación que se ha seguido hasta ahora, unos defendían que el § 327 sólo estaba pensado para el oponente de la resolución; otros, por el contrario, consideraban preferentemente la interpretación según la cual el régimen del enriquecimiento injusto era de aplicación a cualquier contratante que no sea responsable de la resolución.

En definitiva, la restitución de una contraprestación realizada no está sujeta, en los casos del § 326, al enriquecimiento injusto. Rige exclusivamente el derecho de resolución¹⁰⁷.

b'') Exclusión del deber de prestación del valor equivalente

El nuevo § 346.3 prevé tres supuestos de exclusión del deber de prestación del valor equivalente¹⁰⁸. El primero recoge lo que ya establecía el § 467: la redhibición –ahora resolución– no está excluida si el vicio sólo se ha manifestado al elaborarse o transformarse el objeto –el § 346.3 distingue entre *Verarbeitung* y *Umgestaltung*–¹⁰⁹. El segundo sigue el criterio jurídico según el cual no se puede imponer al obligado de la restitución la prestación cuando del mejoramiento o del deterioro es responsable la otra

¹⁰⁷ Se pregunta ZIMMER si esto tiene sentido (*op. cit.*, p. 4).

¹⁰⁸ Cfr. KAISER, *op. cit.*, pp. 193-204; CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, pp. XXXIX-XLV.

¹⁰⁹ El típico caso de la compraventa de un bien que tiene un vicio en el momento de la fabricación (por ejemplo, compra de un coche nuevo cuyo fallo en los frenos produce un siniestro total; la compradora puede resolver el contrato de compraventa sin tener que restituir el valor equivalente del coche –cfr. KAISER, *op. cit.*, p. 193–).

parte. Y el tercero contempla el supuesto de cuando el empeoramiento o el perecimiento tiene lugar por el que está facultado para ejercer la resolución legal, aun cuando haya actuado con la diligencia que él normalmente emplea en sus asuntos propios ¹¹⁰.

b'''') Deber de indemnización

El apartado cuarto del § 346 contiene una norma meramente aclaratoria. En otro precepto anterior, el § 325, se establece igualmente que el derecho a solicitar indemnización de daños, tratándose de contratos bilaterales, no queda excluido por la resolución del mismo. El acreedor puede, en cualquier caso, pedir siempre la indemnización cuando el deudor lesiona el deber de restitución conforme a los §§ 280-283. La concurrencia de la indemnización por daños y de la resolución es uno de los cambios positivos de la Reforma (anhelada desde hacía tiempo).

c) *El mantenimiento de los antiguos §§ 355, 356, 357, 359, 360 (que pasan a ser ahora los §§ 350, 351, 352, 353, 354)*

En el BGB está prevista la extinción del derecho de resolución según se haya fijado o no un plazo para resolver el contrato. El actual § 350 sólo matiza que rige para casos de resolución contractual. Ha quedado intacto el anterior § 356 que prevé el supuesto de la resolución ejercitada por todos o contra todos. Sólo se altera la numeración, siendo ahora el § 351. A diferencia de la redacción anterior del § 357, que sólo era de aplicación a la resolución contractual, el actual § 352 se extiende ahora a la resolución legal. Este precepto prevé la ineficacia de la resolución en caso de compensación por la otra parte. El § 358, que establece el reparto de la carga de la prueba, se considera innecesario porque son de aplicación las reglas generales. Los §§ 359 y 360 se convierten en los §§ 353 y 354 (el primero se refiere a las arras penitenciales en caso de resolución y el segundo a la pérdida de derechos en caso de incumplimiento por parte del deudor).

3.3 La revocación en los contratos de consumo

a) *La Reforma de 27 junio de 2000*

Con la Reforma del BGB por la Ley de 27 de junio de 2000 se introdujo después del antiguo § 361 el derecho de revocación en los

¹¹⁰ Este apartado plantea muchos interrogantes. Cfr. KAISER, *op. cit.*, pp. 194-204.

contratos de consumo [§ 361, letra a)] y el derecho de sustitución [§ 361, letra b)]. Estos mismos preceptos, con ligeras modificaciones, se mantienen en la presente Reforma en los nuevos §§ 355 y 356. Para una mayor claridad, después de regular los efectos en general de la resolución, se inserta un subtítulo llamado «Los derechos de revocación y de sustitución en los contratos de consumo». La Reforma de junio del año 2000 no debe quedar desapercibida por la importancia que tiene la primera alusión al consumidor y a los contratos de consumo en el mismo BGB y que, de alguna manera, ha podido influir en la presente Reforma en seguir el camino iniciado entonces, a saber, que el Derecho de consumo ha dejado de ser una parte especial del Derecho privado al quedar integrado en el BGB.

b) *El derecho de revocación*

El nuevo § 355 repite el contenido del § 361 a) con algunos retoques en los términos y dividiendo el primer apartado en dos¹¹¹. El consumidor que por ley tiene reservado a su favor un derecho de revocación lo puede ejercitar sin que sea necesario alegar una causa de revocación. Sólo es preceptivo que lo haga por escrito en el plazo de dos meses. En ese momento ya no está vinculado a la oferta del empresario. El plazo empieza a computarse desde el momento en que el consumidor esté informado claramente sobre su derecho de revocación (se debe atender a los distintos modos de comunicación).

Al derecho de revocación había que poner un plazo máximo, sobre todo, en bien de la paz jurídica. Las leyes especiales que reservaban al consumidor el derecho de revocación contemplaron plazos máximos diferentes (un año –crédito al consumo–, cuatro meses –contratación a distancia–, tres meses –aprovechamiento de viviendas a tiempo parcial– y un mes –contratos fuera de establecimientos mercantiles–). La Reforma de 2002 unifica estos plazos, lo que no se pudo hacer en la anterior reforma, fijando el plazo máximo de seis meses desde la celebración del contrato. Se precisa, por imperativo, además de la Directiva sobre la contratación a distancia, que cuando se trata de suministro de mercancías el plazo no comienza hasta el día en que sean entregadas al receptor.

c) *El derecho de sustitución*

El derecho de sustitución puede ser reemplazado contractualmente por el derecho de revocación, debiéndose dar determinados

¹¹¹ Cfr. HAGER, *op. cit.*, pp. 446 ss.

presupuestos según el § 356, repitiendo literalmente los del antiguo § 361.b).

d) *Las consecuencias jurídicas de los derechos de revocación y de sustitución*

La idea básica del § 357 es que a los derechos de revocación y de sustitución son de aplicación las normas para la resolución legal de los contratos. Ya lo decía, pero no tan claro, el anterior § 361.a), con la importante novedad de que ahora se han unificado las consecuencias jurídicas de la resolución legal y contractual.

El consumidor ha de asumir los costes y el riesgo de la sustitución de la mercancía. El coste máximo que se puede imponer contractualmente al consumidor es de cuarenta euros, a no ser que la mercancía enviada no corresponda con la que se haya pedido.

El legislador ha corregido lo que para algunos autores se ha considerado excesivamente desventajoso para el empresario. Según se deriva del antiguo § 361.a), frases cuarta y quinta del apartado segundo, el consumidor que ejercita los derechos de revocación o de sustitución no responde del uso de la mercancía, aunque disminuya el valor (toda mercancía deja de ser nueva en el momento en que es usada –por ejemplo, la depreciación es grande cuando se trata de vehículos de motor–). En la práctica contractual este riesgo se evita entregando la mercancía cuando haya concluido el plazo para revocar. No obstante, el legislador ha considerado que es necesario establecer reglas –otra de las novedades de la Reforma– para evitar los perjuicios que se puedan producir al empresario cuando el consumidor haga uso de los derechos de revocación o de sustitución (cfr. 357). Se ha intentado compensar el interés del empresario –que no tiene por qué asumir el riesgo de la disminución del valor de la mercancía por su uso– y el interés del consumidor –el derecho de revocar o de sustituir–. De ahí que el § 357.3 se aparta del § 346.2 y 3.

e) *La incidencia del derecho de revocación en los contratos conexos*

El legislador ha unido en un mismo precepto los §§ 9 de la Ley de Crédito de Consumidores, 4 de la Ley de Contratación a Distancia y 6 de la Ley de Aprovechamiento de Viviendas a Tiempo Parcial. El resultado es la redacción del § 358 que establece los efectos de la revocación de un contrato de suministro de mercancía o de la obtención de cualquiera otra prestación sobre otros contratos conexos,

constituyendo todos una unidad económica. Aunque no se produce un significativo cambio jurídico, sí supone una mejor sistematización de los efectos que produce la revocación en contratos conexos, la cual está integrada, además, en los efectos generales de la resolución de los contratos y de los efectos generales de la revocación y la sustitución en los contratos de consumo.

Hay contratos conexos cuando existe entre ellos una unidad económica. Esta característica, que aparece como elemento descriptor principal de los contratos conexos en la legislación especial, es asumida por el § 358. Constituye un indicio de que hay unidad económica cuando el propio empresario financia la contraprestación del consumidor. También constituye un indicio cuando el prestamista se sirve de la participación del empresario en el momento de la preparación o celebración del préstamo.

La revocación del consumidor conforme a los §§ 355 y 356 no sólo tiene como efecto su desvinculación del contrato con el empresario, sino también su desvinculación con los contratos conexos. El § 358 se refiere, particularmente, al contrato de préstamo como contrato conexo. Pero también puede suceder que el contrato de préstamo —de consumo— esté conectado a un contrato para la adquisición de una mercancía o la obtención de una prestación. La desvinculación del primer contrato por revocación se extiende al otro contrato.

La conexión entre contratos permite, en principio, alegar ciertas excepciones de uno y otro contrato frente al deber de cumplimiento de las obligaciones. El § 359, para ser fiel al § 9.2 y 4 de la Ley de Crédito de Consumidores, faculta al consumidor a oponerse a la devolución del préstamo cuando puede alegar excepciones que tienen su base en el contrato conexo (por ejemplo, la compraventa). Esta regla de conexión no se aplica a los contratos en los que el precio es inferior a 200 euros y tampoco rige cuando las excepciones descansan en una modificación contractual acordada entre el consumidor y el empresario con posterioridad a la celebración del contrato de préstamo. En el caso de que el consumidor pueda exigir el cumplimiento posterior de la prestación, sólo se puede oponer a la devolución del préstamo cuando haya fracasado el cumplimiento posterior.

f) *El deber de información sobre los derechos de revocación y de sustitución*

El antiguo § 361.a), apartado tercero, que se introdujo para la adaptación de la Directiva sobre contratos a distancia, en concreto el artículo 5, garantizaba al consumidor las informaciones y mani-

festaciones relacionadas con el contrato que haya suscrito con un empresario. En un primer momento, se consideró que había que mantener esta garantía en beneficio del consumidor, trasladándola al § 361. Pero se dudaba de su correcta ubicación normativa. Al final, se ha optado por añadir un apartado al § 358, estableciendo en el apartado quinto que la información necesaria sobre el derecho de revocación o de sustitución debe estar orientada sobre las consecuencias previstas en los apartados primero y segundo del mismo precepto. La información que se debe garantizar queda reducida, por tanto, a las consecuencias jurídicas de los derechos de revocación y de sustitución.

No obstante, el Ministerio Federal de Justicia queda autorizado por el artículo 245 de la EGBGB para regular la información de estos derechos, cuando no sea necesaria la autorización del Consejo Federal, mediante el correspondiente reglamento (*vid.* también los artículos 240 y 242 de la misma Ley).

IV. CODIFICACIÓN DE FIGURAS JURISPRUDENCIALES

Postulados tan importantes como la legitimación, la transparencia y la seguridad jurídica permiten que ciertas figuras jurídicas de relieve doctrinal pero sobre todo judicial puedan ser codificadas en algún momento, y también porque han demostrado una eficiencia durante largo tiempo, llegando a ser parte del sistema jurídico. Después de cien años de acreditada eficiencia de algunas figuras relevantes para el Derecho de obligaciones, como son la culpa *in contrahendo*, la desaparición de la base del negocio jurídico, la lesión positiva de la pretensión contractual y el desistimiento de relaciones obligatorias duraderas por causa importante, a los redactores de la Reforma les parecía inevitable su inserción en el sistema legal. Con su codificación se pretende clarificar el régimen jurídico de la contravención de la prestación¹¹². Existe, eso sí, el peligro, como apunta Dauner-Lieb, de que la articulación legal contenga normas vacías de contenido, meras vainas (*Normhülsen*), que seguirán necesitando de la interpretación judicial¹¹³. Según Dauner-Lieb, a pesar del esfuerzo realizado por el legislador, no se ha logrado la transparencia y la seguridad jurídica que se pretendía con la codificación.

¹¹² CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, p. XIX.

¹¹³ «Kodifikation von Richterrecht», en *Zivilrechtswissenschaft...*, *op. cit.*, p. 327.

1. LA CULPA IN CONTRAHENDO

a) Ideas generales

El BGB, al igual que muchos otros códigos decimonónicos, no contiene un precepto que se refiera, con carácter general, a la figura de la culpa *in contrahendo*, lo que no significa que lo desconociera, puesto que viene contemplada en algunos supuestos específicos (así, en los §§ 307, 309, 523.1, 524.1, 600, 694; para muchos, incluso, el § 122 sirve de apoyo para su admisión en el BGB). Por otra parte, existían también grandes problemas de concurrencia con algunas normas del BGB (así, p. e., §§ 459 ss., 463 y 477). A pesar de su reconocimiento en el BGB, sus perfiles han tenido que ser desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia. Cada vez más se da una mayor importancia a la protección de quienes entran en negociaciones, sin que por ello tengan que concluir un contrato. La lesión de ciertos deberes, en particular los de comportamiento (así, por ejemplo, el deber de lealtad, que, a su vez se concreta en deberes de información, comunicación y discreción), puede causar daños al otro negociador (representado muchas veces por otra persona), debiendo responder, en este caso, de los mismos quien haya lesionado culposamente los deberes de la negociación.

El legislador ha aprovechado el momento de la Reforma para codificar la culpa *in contrahendo*¹¹⁴. Una vez tomada esta decisión, el problema no era tanto la ubicación del precepto que acogiera esta figura como el contenido del precepto. A partir de la Reforma, el BGB centra las relaciones obligatorias no sólo en el contrato sino también en otras relaciones de «contacto negocial» que crean también deberes. Por eso, en el título que encabeza ahora los §§ 311 y siguientes se omite toda referencia al contrato (en la redacción anterior los entonces §§ 305 ss. tenían por título «Relaciones obligatorias –derivadas– del contrato»), refiriéndose sólo a la «Constitución, contenido y extinción». El primero de los preceptos, el § 311, regula lo que ahora se denomina «Relaciones obligatorias negociales» (*Rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse*). El primer apartado transcribe literalmente el antiguo § 305, según el cual «para la constitución de una relación obligatoria por negocio jurídico, así como para la modificación del contenido de una relación obligatoria, es

¹¹⁴ Una primera aproximación a la codificación de la culpa *in contrahendo* puede encontrarse en CANARIS, «Die Reform...», *op. cit.*, pp. 519-521. Puede consultarse también el trabajo de KÖNDGEN, «Die Positivierung der culpa *in contrahendo* als Frage der Gesetzgebungsmethodik», en *Die Schuldrechtsreform...*, *op. cit.*, p. 231 ss.

necesario un contrato entre los interesados, en tanto la ley no prescriba otra cosa». En los dos siguientes apartados articula lo que algunos autores llaman la relación jurídica de negociación contractual (*Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen*). Esta relación, que es jurídica, también implica deberes y, por tanto, constituye una relación obligatoria en los términos del § 241.2. Así entendido, parece adecuada la ubicación de la figura de la culpa *in contrahendo* después de referirse el § 311 al contrato como presupuesto de la relación obligatoria, diferenciándola claramente, por otra parte, del contrato.

b) *Supuestos de culpa in contrahendo*

Mucho más complejo es el contenido de la norma que acoge la culpa *in contrahendo*. Los contornos de esta figura son difíciles de describir. Se ha optado por una cláusula general estableciendo –abiertamente– supuestos que son relaciones obligatorias sin ser propiamente relaciones contractuales. Una particularización era prácticamente imposible¹¹⁵. Pero el contenido de los deberes de estas otras obligaciones y las consecuencias del daño en caso de lesión tienen su respuesta fuera del § 311, en particular en el § 241.2, al que remite expresamente el § 311 en su apartado segundo, y en el § 280. También las relaciones jurídicas de negociación pueden contener deberes, como cualquier obligación contractual, cuya lesión puede causar daños a la otra parte. En este caso, la parte perjudicada puede exigir, conforme al § 280, la correspondiente indemnización por lesión del deber (p. e., lesión del deber de comportamiento).

Seguindo la jurisprudencia, se consideran como casos encuadrables en la culpa *in contrahendo*, conforme al apartado segundo del § 311, los que son una relación jurídica derivada de negociaciones contractuales, a saber, la iniciación de negociación para la celebración de un contrato o la preparación de un contrato (*Aufnahme von Vertragshandlungen*), la negociación potencial o preparación de un contrato (*Anbahnung eines Vertrages*) y los contactos negociales análogos (*Ähnliche geschäftliche Kontakte*). El primero de los supuestos puede concluir en un contrato o no. El segundo supone simplemente una invitación a contratar, un primer contacto para captar posibles contratantes. Otros supuestos que no tienen cabida ni en el primero ni en el segundo apartado pueden tener encaje en el tercero que se refiere a contactos negociales análogos. Siempre que haya un contacto negocial, aunque no se está negociando o no se

¹¹⁵ Un estudio muy sistemático se encuentra en el comentario del *Palandt*, *op. cit.*, pp. 165 ss., realizado por HEINRICHS.

está invitando a contratar, puede haber una relación obligatoria. Esta amplitud, aunque deseable, no deja de ser oscura en algunos casos concretos.

c) *La culpa in contrahendo de terceros*

El apartado último contempla la culpa *in contrahendo* de personas que no van a ser partes del contrato, pero cuya intervención ha podido influir en la iniciación o celebración de un contrato. Estas personas —que son terceros— pueden ser responsables cuando ellas mismas utilizan la confianza para influir en otros para que contraten. Y en este sentido, cabe igualmente hablar de una relación obligatoria conforme a la cual nacen deberes *ex* § 241.2. También aquí se debe traer a colación el § 280 que permite al acreedor exigir indemnización en caso de lesión de un deber que nazca de una relación obligatoria. La confianza de la que se sirve una tercera persona para que otros contraten no es la confianza normal que se exige en los contratos, sino una confianza especial (p. e., cuando el tercero manifiesta que garantiza o asegura la relación obligatoria que se va a constituir). También entraría en el supuesto normativo de la culpa *in contrahendo* el tercero que informa a los contratantes cuando no hay un contrato establecido con ellos (p. e., el contrato de mediación). Por la cualificación profesional y la neutralidad del tercero, los contratantes confían en él para contratar. En el contexto del § 311 cabe hablar, pues, en estos casos de una relación obligatoria.

El supuesto normativo es tan amplio que permite no sólo la legitimación pasiva sino también la legitimación activa de terceros. Los contornos de la culpa *in contrahendo* de terceros no están ni mucho menos elaborados, por lo que habrá que seguir prestando atención a la evolución de la jurisprudencia y a la nueva doctrina. En cualquier caso, el apartado tercero del § 311 es una invitación para que los tribunales vayan por este camino cuando personas ajenas a un vínculo contractual influyan notablemente en su nacimiento.

2. LA ALTERACIÓN DE LA BASE DEL NEGOCIO JURÍDICO (*STÖRUNG DER GESCHÄFTSGRUNDLAGE*)

a) *Ideas generales*

Parece que el legislador se ha visto obligado a codificar la figura de la base del negocio jurídico —elaborada por la doctrina y la

jurisprudencia— una vez que estaba claro que la Reforma iba a afectar al régimen jurídico de la contravención de la prestación. También la codificación de la culpa *in contrahendo* ha sido otra razón poderosa para codificar esta figura doctrinal y judicial. Cualquiera otra solución, habría creado una mala conciencia al legislador. La principal dificultad ha sido la de codificar el propio concepto y su contenido —que para algunos es imposible de codificar—, máxime cuando los supuestos que pueden quedar subsumidos en esta figura —todos ellos problemáticos— son de contornos muy diferentes. Con la elevación a norma jurídica de la alteración de la base del negocio jurídico puede surgir, en el futuro, el peligro de una excesiva generalización en la práctica judicial¹¹⁶, si bien hay que precisar que el § 313 es una norma subsidiaria.

El § 313 traza los elementos fundamentales que reúne la figura de la base del negocio jurídico, en concreto su alteración y las consecuencias que de ella se derivan¹¹⁷. Ello no supone, sin embargo, el eclipse de otros preceptos directamente relacionados con la base del negocio jurídico, como el § 242, que seguirá cumpliendo una función en el desarrollo del § 313. Otro precepto relacionado con el § 313 es el § 275, que, al fijar los límites del deber de prestación, tiene preferencia sobre aquél.

b) *Supuestos de alteración*¹¹⁸ *de la base del negocio jurídico*

Entre los supuestos de imposibilidad posterior de la prestación se puede incluir lo que Larenz ha denominado la desaparición de la base objetiva del negocio jurídico (*Fortfall der objektiven Geschäftsgrundlage*). La imposibilidad posterior de la prestación puede darse también cuando los contratantes yerran sobre lo que constituye el presupuesto o la base del contrato o uno de ellos tiene una representación falsa sobre lo que es el presupuesto o la base del contrato. Para un sector de la doctrina y de la jurisprudencia este otro supuesto debe ser encuadrado en la teoría de la base subjetiva del negocio jurídico, y más concretamente en el Derecho del error (así, también se deriva de los *Principles of European Contract Law*). El legislador ha codificado esta doctrina en el § 313 regulando en el mismo precepto, en

¹¹⁶ DAUNER-LIEB, *op. cit.*, p. 323.

¹¹⁷ HEINRICHS, en el comentario *Palandt, op. cit.*, ofrece un estudio muy sistematizado del § 313.

¹¹⁸ El término *Störung* es más amplio que el que se utiliza por norma general —*Wegfall* o *Fortfall*—. El primero se puede traducir por alteración, mientras que el segundo significa desaparición.

apartados separados, las situaciones anómalas de la base objetiva y subjetiva del negocio jurídico con el título «Alteración de la base del negocio jurídico» (*Störung der Geschäftsgrundlage*). Consecuentemente, la alteración de la base del negocio jurídico aparece regulada en el título dedicado a la constitución, contenido y extinción de los contratos (no obstante, cabe objetar que la alteración subjetiva del negocio jurídico pertenece al ámbito normativo del error). El efecto de la alteración de la base del negocio jurídico no es la resolución, sino la adecuación del contrato (*Anpassung des Vertrages*) a las nuevas circunstancias. Con la Reforma, la adecuación contractual se ha convertido en una pretensión cuando anteriormente era por ley. Sin embargo, esto no fue la voluntad del legislador. Habrá que entender, pues, que el tribunal puede acordar también después de la Reforma que se adecue el contrato cuando se dan los presupuestos del § 313 aunque no se haya pedido expresamente. Se ha seguido claramente a la jurisprudencia que prefiere, antes de la resolución por imposibilidad de la prestación, adecuar el contrato a la nueva realidad (cfr. en especial, con la teoría de la reconstrucción o *Herstellungstheorie*). Sólo cuando no cabe ajustar el contrato a las nuevas circunstancias o no es exigible a una de las partes, el contratante perjudicado puede resolver el contrato. En las relaciones obligatorias duraderas, en lugar del derecho de resolución, existe el derecho de desistimiento. Esta última solución –resolver o desistir– tiene un carácter claramente subsidiario.

Entre los requisitos que fija el § 313 para ambos supuestos de alteración de la base del negocio jurídico, es fundamental que hayan cambiado sustancialmente las circunstancias después de la celebración del contrato. Estas circunstancias no deben formar parte del contrato. Las partes no deberían haber celebrado el contrato o deberían haberlo celebrado con otro contenido si hubieran podido prever los cambios. El mantenimiento no obstante del contrato inalterado ha de ser inexigible al deudor, debiéndose tener en cuenta para ello las circunstancias particulares de cada caso, en especial el reparto del riesgo contractual o legal.

3. LA LESIÓN POSITIVA DE LA PRETENSIÓN CONTRACTUAL

Un capítulo importante del Derecho de obligaciones alemán ha sido y es el referido a la figura de la lesión positiva de la pretensión

contractual (*Die positive Forderungsverletzung*)¹¹⁹. Comúnmente está aceptada como otra clase de contravención de la prestación, junto con la imposibilidad y la mora del deudor. Es admitida en el Derecho alemán como un derecho consuetudinario, con una eficacia comprobada sobre todo en la compraventa. En realidad, comprende supuestos diversos –por ejemplo, cumplimiento deficiente (*schlechte Erfüllung*) de una prestación principal o el incumplimiento de un deber de protección o de comportamiento–, que no encontraban una exacta ubicación legal (se recurría al § 276 mediante la técnica de la interpretación extensiva o a los §§ 280 y 286 por analogía). Este vacío legal se ha querido cubrir con la nueva redacción dada a los §§ 280, 282, 323 y 324, que se refieren, con carácter general, a la lesión del deber. De modo que la lesión positiva de la pretensión contractual es un supuesto más de lesión del deber¹²⁰, comprendiendo casos de desviación de la prestación (cumplimiento deficiente o defectuoso y la lesión de otros deberes relacionados con la prestación (*leistungsbezogenen Pflichten*))¹²¹. Para Canaris constituye un verdadero avance por mucho que se diga que el BGB de hace cien años daba argumentos suficientes para la admisión de esta singular figura jurídica¹²².

4. EL DESISTIMIENTO DE RELACIONES OBLIGATORIAS DURADERAS POR CAUSA IMPORTANTE

a) *Ideas generales*

Las relaciones obligatorias duraderas deben terminar cuando es por una causa importante. Esta regla, totalmente asentada en la doctrina y en la jurisprudencia, pasa ahora al § 314, convirtiéndose, así, a ser una regla general aplicable a cualquier relación obligatoria duradera. Es un verdadero principio jurídico (*Rechtsgrundsatz*) que debe ser respetado en las relaciones obligatorias duraderas (especialmente importante en el ámbito de los contratos con condiciones generales, entre los cuales cada vez más hay contratos duraderos). Cuando existe alguna causa importante para concluir una relación duradera las partes deben tener el derecho de poder desistir (*Kündigungsrecht*) del contrato. Se trata, según la doctrina y la

¹¹⁹ Para una primera aproximación, resulta fundamental el capítulo 35 que dedica MEDICUS a esta figura, *op. cit.*

¹²⁰ SCHULTZ, *op. cit.*, p. 20.

¹²¹ Cfr. nuevamente SCHULTZ, *op. cit.*, pp. 43-44.

¹²² «Die Reform...», *op. cit.*, p. 522.

jurisprudencia, de un desistimiento extraordinario, diferente, pues, del desistimiento ordinario. Para que tenga lugar el desistimiento extraordinario es necesario que haya una causa importante (*wichtiger Grund*) que pueda justificar que se termine antes de tiempo el vínculo contractual. El legislador ha renunciado a definir las relaciones obligatorias duraderas. La cuestión de cuándo estamos o no ante una relación jurídica duradera seguirá abierta en la doctrina y en la jurisprudencia.

El desistimiento de relaciones obligatorias duraderas por causa importante puede entrar en colisión con el § 275, que establece los límites del deber de prestación, y también con el § 313, que sólo admite excepcionalmente la extinción por desistimiento de las relaciones obligatorias duraderas por alteración de la base del negocio jurídico.

Se recuerda en el apartado último del § 314 que el desistimiento no excluye el derecho de indemnización (cfr. §§ 280, 281 y 325).

b) *Presupuestos del desistimiento*

En cuanto a los presupuestos del desistimiento se han seguido totalmente los criterios elaborados por la jurisprudencia.

Cada parte puede desistir de un contrato duradero por causa importante sin observancia de un plazo para desistir. La no necesidad de tener que respetar el plazo para desistir es consecuencia de que el desistimiento es extraordinario, puesto que sólo tiene lugar cuando existe una causa importante (la inobservancia del plazo para desistir ya lo contemplaba el BGB en el § 626.1 para el contrato de servicios).

El § 314, en su apartado primero, sólo establece con carácter muy general cuándo existe una causa importante para desistir antes del plazo previsto para la terminación del contrato duradero. Hay causa importante cuando a la parte que desiste no se le puede exigir la continuación de las relaciones contractuales –verdaderamente decisivo para desistir–, debiéndose tener en cuenta, para ello, todas las circunstancias del caso concreto y valorando los intereses de ambos contratantes.

Cuando la causa importante consiste en la lesión de un deber del contrato –uno de los supuestos más frecuentes–, el desistimiento sólo es posible después de que haya concluido el plazo para desistir o no haya tenido éxito la intimidación. Es de aplicación, consecuentemente, el § 323.2, según el cual, en determinados casos, no es necesario respetar el plazo para resolver el contrato.

La otra parte del contrato, frente a la cual se quiere hacer uso del desistimiento, debe tener conocimiento de la causa del desistimiento. Por otra parte, quien quiera desistir lo debe hacer dentro de un plazo razonable, ya que de lo contrario falta el presupuesto principal de la causa para desistir, esto es, que no le sea exigible la continuación de las relaciones contractuales duraderas. En cuanto a los plazos para desistir se pueden fijar plazos específicos en función de la naturaleza de los contratos duraderos (cfr. § 626, ap. 2, que fija para el contrato de servicios el plazo de dos semanas para desistir).

5. LA IMPOSIBILIDAD FÁCTICA

La imposibilidad fáctica, que ha sido descrita en páginas anteriores como uno de los supuestos de la contravención de la prestación, ha quedado codificada en el § 275.2.

V. LA REFORMA DE DETERMINADOS CONTRATOS

1. LA COMPRAVENTA

a) *Ideas generales*

Al decidirse el legislador por la «gran solución», la reforma de la compraventa era inevitable¹²³. Las innovaciones en el régimen jurídico de la prestación, sobre todo en cuanto a la contravención de la prestación y la lesión del deber, no podía dejar indiferente la regulación de la compraventa, la cual, por otra parte, peca de serias deficiencias que ni siquiera han podido ser enmendadas a lo largo del siglo XX por la jurisprudencia. Algunos de los principios que inspiran la Directiva 44/1999, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y de las garantías de los bienes de consumo han pasado a formar parte de la regulación genérica de la compra-

¹²³ Para conocer a fondo la Reforma de la compraventa, *vid.* los recientes trabajos de H. P. WESTERMANN, «Das neue Kaufrecht einschliesslich des Verbrauchgüterkaufs», *JZ*, 2001, pp. 530 ss., y «Kaufrecht im Wandel», en *Die Schuldrechtsreform...*, *op. cit.*, pp. 109 ss. Para un acercamiento a la discusión de la reforma de la compraventa, cfr. ZIMMER, «Das geplante Kaufrecht, en *Zivilrechtswissenschaft...*, *op. cit.*, pp. 1991 ss. *Vid.*, igualmente, GSELL, *op. cit.*, pp. 65 ss., y HONSELL, *op. cit.*, pp. 278 ss.

venta¹²⁴. Pero la Reforma va más allá de trasladar las reglas de la Directiva a la compraventa al intentar armonizar al mismo tiempo las normas del régimen jurídico de la prestación. Se ha tenido también en consideración la Convención de las Naciones Unidas, de 11 de abril de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. El resultado es altamente positivo para el Derecho de obligaciones, teniendo en cuenta sobre todo que la compraventa es la principal institución del tráfico jurídico¹²⁵. La nueva normativa¹²⁶ rige para todas las compraventas¹²⁷, incluidas las mercantiles¹²⁸. Además, la Reforma alcanza también, como tendremos ocasión de comprobar, el contrato de obra¹²⁹.

Dentro de la Sección Séptima del Libro Segundo del BGB, que tiene por objeto las relaciones obligatorias en particular, el título primero sigue denominándose compraventa-permuta, el cual ahora está dividido en cuatro subtítulos –disposiciones generales, formas especiales de compraventa, compraventa de consumo y permuta–. Los §§ 494-514, que se ocupan de las formas especiales de compraventa –a prueba, retracto y tanteo–, no han sido reformados. Sólo se suprime la compraventa según prueba. También se mantiene el § 515 que remite a las disposiciones de la compraventa para el régimen jurídico de la permuta. Estos preceptos pasan a ser ahora los §§ 454-473 y 480 respectivamente. Por estar totalmente desfasadas las normas sobre vicios en los animales, se han derogado los §§ 481-492. Su régimen jurídico, aparte de las normas administrativas previstas específicamente, puede ser perfectamente suplido por las normas generales de los vicios en la compraventa.

¹²⁴ En relación con la Reforma, *vid.* SCHLECHTRIEM, «Das geplante Gewährleistungsrecht im Licht der europäischen Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf», *Zivilrechtswissenschaft...*, *op. cit.*, pp. 205 ss.

¹²⁵ Cfr. GRUNDMANN, «Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht-warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechtslinie so ähnlich?», *AcP*, 2003, pp. 40 ss.

¹²⁶ Entre los primeros trabajos sobre el nuevo texto legal, cfr. H. P. WESTERMANN, «Das neue Kaufrecht», *NJW*, 2002, pp. 19 ss. Un estudio global puede encontrarse en la obra colectiva *Das Schuldrecht 2002*, *op. cit.*, de BUCK, «Kaufrecht», pp. 105 ss. Un estudio sistemático completo en el *Palandt*, *op. cit.*, de PUTZO, pp. 237 ss. Un breve resumen ofrece SCHUBER, «Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002-Das neue Kaufrecht», *JuS*, 2002, pp. 313 ss.

¹²⁷ Afecta también a la compraventa de bienes inmuebles. *Vid.* BRAMBRING, «Schuldrechtsreform und Grundstückskaufvertrag», *DNotZ*, 2001, 590 ss.

¹²⁸ *Vid.* GRUBER, «Das neue deutsche Zwischenhändler-Schutzrecht-eine Benachteiligung inländischer Hersteller und Großhändler», *NJW*, 2002, pp. 1181 ss.; GAUL, «Schuldrechtsmodernisierung und Unternehmerkauf», *ZHR*, 2002, pp. 35 ss.

¹²⁹ H. P. WESTERMANN, «Mit der Neuregelung ist also insoweit ein Gleichklang zwischen Sach- und Rechtsmängeln sowie zwischen Kauf- und Werkvertrag erreicht», en «Das neue...», *op. cit.*, pp. 242-243.

b) Obligaciones típicas de la compraventa

La regulación de la compraventa (*Kaufvertrag*) comienza en el § 433 estableciendo las obligaciones básicas del vendedor y el comprador –ahora reciben la calificación de típicas–, consistentes en la obligación de entrega de la cosa al comprador y a proporcionarle la propiedad de la misma y la obligación de pagar el precio al vendedor y a recibir la cosa comprada. Sólo se ha suprimido la frase segunda del párrafo primero del antiguo § 433, según la cual el vendedor de un derecho está obligado a proporcionar el derecho al comprador y, si el derecho faculta a la posesión de una cosa, a entregarle la cosa. Esta frase ha sido sustituida por la siguiente: «El vendedor ha de proporcionar al comprador la cosa libre de vicios de la cosa y de vicios jurídicos». La falta de vicios se convierte, así, en uno de los temas centrales –por no decir el principal– de la compraventa. Además de las obligaciones de entrega de la cosa y de la transmisión de la propiedad, es una obligación típica del vendedor la de entregar la cosa sin ningún vicio. A diferencia del sistema anterior del BGB, en el que la falta de vicios no formaba parte del deber de prestación del vendedor, a partir de ahora, la falta de vicios se integra en el deber de prestación del vendedor. El legislador se ha decidido claramente por la teoría del cumplimiento. Ello tiene como principal consecuencia que con la Reforma el régimen jurídico general de la contravención de la prestación y la responsabilidad por vicios constituyen –no como antes– sistemas de responsabilidad independientes (cfr. §§ 275 y 281). La concurrencia de diversos sistemas de responsabilidad planteaba en el sistema antiguo no pocos problemas en su aplicación por los tribunales. Con la Reforma estos problemas deben desaparecer. Además, al concebir la falta de vicios como un deber de prestación del vendedor, el comprador puede exigir, en caso de su contravención, el cumplimiento posterior de la compraventa o la resolución del contrato –en vez de la redhibición o la reducción del precio aparte de la indemnización de daños–. Son los derechos de garantía de prestación que tiene el comprador. En el fondo, sin embargo, la reforma de la compraventa supone un régimen de responsabilidad muy próximo al sistema de la contravención de la prestación, pero con algunas reglas específicas. Con este nuevo enfoque de los vicios en la compraventa, el vendedor asume una mayor responsabilidad por indemnización sustitutoria, si bien se debe matizar que su responsabilidad sólo tiene lugar conforme a los presupuestos de los §§ 440, 280, 281, 311 a) y 284.

c) *Vicios en la compraventa*

Los principales puntos de la Reforma giran, por tanto, sobre los vicios en la compraventa, en particular, sobre la distinción entre el vicio de la cosa (*Sachmangel*) y el vicio jurídico (*Rechtsmangel*), las pretensiones y los derechos del comprador en caso de vicios, la prescripción de las pretensiones por vicios, el cumplimiento posterior, la resolución, la indemnización sustitutoria, la minoración, las garantías y la exoneración de la responsabilidad.

La ubicación de los vicios en la compraventa en los §§ 434 y 435, después de establecer las obligaciones típicas del contrato, es una clara confirmación de la voluntad del legislador de erigir la falta de vicios en el tema central de la reforma de la compraventa, separando debidamente el vicio de la cosa y el vicio jurídico, aunque el régimen jurídico es prácticamente el mismo.

El comprador puede recurrir también al § 119.2 para impugnar el contrato de compraventa por error en la cosa¹³⁰.

c') *Vicio de la cosa*

El legislador tiene en consideración la Directiva 44/1999, de 25 de mayo, en particular el artículo 2, el cual desarrolla el principio de conformidad con el contrato, para fijar los presupuestos del vicio de la cosa. Según el § 434, la cosa está libre de vicios cuando ella es conforme a lo acordado en el momento de la traslación del riesgo. Pero a diferencia de la Directiva, no se recogen en el § 434 las presunciones de conformidad que establece el artículo 2. El legislador no lo ha considerado necesario, sobre todo porque entiende, a diferencia de la Directiva, que la descripción de la cosa forma parte de la justicia contractual (*ein Element der Vertragsgerechtigkeit*). Incluso la renuncia a las presunciones en el fondo beneficia aún más al comprador. En un sistema basado en la autonomía privada, como el alemán, no puede dejar fuera del acuerdo pactado la descripción de la cosa. Lo verdaderamente importante es que la cosa esté conforme al contrato de compraventa. La distinción entre falta y falta de cosas cuya aptitud ha sido preestablecida por el contrato (antiguo § 459) desaparece en el § 434. El principio de conformidad, del que parte ahora el § 434, rige para cualquier contrato de compraventa (y también para la permuta y otros contratos próximos a la compraventa). Una regla que podía haber sido especial en

¹³⁰ En relación con la Reforma, *vid.* BIRK, «§ 199 -Die Regelung für Kenntnisirrtümer», *JZ*, 2002, pp. 446 ss.

el caso de que se hubiera trasladado sólo la Directiva al ordenamiento privado alemán, se ha erigido en una regla general para cualquier contrato de compraventa. Ello ha alterado todo el sistema de garantías de la compraventa, desapareciendo el sistema edilicio, que ahora es sustituido por otro sistema basado en el cumplimiento. La siempre difícil distinción entre el cumplimiento defectuoso y la teoría del *aliud pro alio* va a dejar de ser un quebradero de cabeza para los tribunales.

El § 434 parte de la premisa de que el concepto de la falta ha de ser siempre subjetivo ¹³¹, en tanto y en cuanto depende de lo que hayan acordado el vendedor y el comprador sobre la aptitud (*Beschaffenheit*; cfr. art. 35 CISG). Sólo cuando no existe un acuerdo se puede partir de premisas objetivas. En el caso de que no se haya pactado la conformidad, la cosa está libre de vicios cuando ella es apta para el uso preestablecido según el contrato (cfr. el antiguo § 459). Igualmente la cosa es libre de vicios cuando ella es apta para el uso habitual (cfr. nuevamente, el antiguo § 459) y demuestra una conformidad que es la usual en cosas de idéntica naturaleza y es la que puede esperar el comprador según la naturaleza de la cosa. Quedan también comprendido en este supuesto las características que puede esperar el comprador respecto de determinadas cualidades de la cosa según las declaraciones públicas, en especial por la publicidad o la indicación, del vendedor, del productor (*vid.* 4 aps. 1 y 2, de la Ley de Responsabilidad por productos defectuosos) o de su auxiliar (*Gehilfe*), a no ser que el vendedor no conocía o no tenía por qué conocer la declaración o la misma no podía influir en la decisión de la compra. El legislador ha querido seguir aquí los pasos de la Directiva trasladando las reglas contenidas en el artículo 2 al § 434 ¹³². También aparece recogido en el § 434 el apartado quinto del artículo 2. Hay igualmente vicio de la cosa cuando la instalación –montaje– acordada no haya sido ejecutada conforme a la cosa por el vendedor o el auxiliar (*Erfüllungsgehilfe*) (§ 434.2.1). Precisa igualmente el § 434 que hay vicio de la cosa en la instalación de una cosa determinada cuando la instrucción de la instalación es deficiente, a no ser que la cosa ha sido instalada por el comprador sin ningún defecto (§ 434.2.2).

Por último, el § 434.3 establece que cuando el vendedor suministra una cosa distinta a la pactada o una cantidad excesivamente menor, ésto equivale a un vicio de la cosa (debe formar parte del

¹³¹ Ya lo era antes, si bien con la nueva normativa se ha reforzado el elemento subjetivo frente a los elementos objetivos, así, H. P. WESTERMANN, «Das neue Kaufrecht», *NJW*, 2002, p. 243.

¹³² Sobre el particular, ampliamente, BUCK, *op. cit.*, pp. 112-116.

programa prestacional)¹³³. Con ello, desaparece la distinción entre falta y el *aliud* o entrega insuficiente, así como también los problemas de delimitación con los vicios en la cosa¹³⁴, pero pueden surgir otros como la inclusión en el § 434.3 de la prestación parcial o defectuosa del § 323.4 (cfr. frase primera y segunda)¹³⁵.

Nada establece la Reforma sobre la cosa usada, cuyos vicios deben encontrar su respuesta, entre otros preceptos, en los §§ 275, 276, 437, 475¹³⁶.

Resulta indistinto que el vicio sea relevante o no. Esta distinción sólo tiene alguna importancia en cuanto a los remedios que tiene el comprador ante la contravención de la prestación (así, para resolver la compraventa es necesario que sea considerable el vicio –§ 323.5.2–; sin embargo, es posible la minoración aunque el vicio no sea relevante –§ 441.1.2–).

c”) Vicio jurídico

A continuación se establecen en el § 435, por separado, los presupuestos para determinar cuándo el vicio es jurídico. Se debe partir de la premisa de que exista un tercero que puede hacer valer sus derechos contra el comprador (cfr. art. 42 CISG). La cosa está libre de vicios jurídicos cuando no se pueden oponer derechos por el tercero contra el comprador en relación con la cosa o que sólo han sido asumidos en la compraventa. Es indiferente al vicio jurídico la inscripción de un derecho que no existe en el Registro de la Propiedad.

Los vicios jurídicos que se pueden eliminar permiten el cumplimiento posterior (cfr. § 437), mientras que los demás vicios jurídicos constituyen un caso de imposibilidad o de falta de patrimonio que sólo dará lugar al derecho de indemnización (cfr. § 276.1).

d) Remedios y efectos jurídicos por vicios en la compraventa

Tanto el vicio de la cosa como el vicio jurídico se consideran a partir de ahora como una contravención de la prestación (también puede enfocarse como una lesión del deber). Este enfoque tiene como principal consecuencia que el vicio debe ser integrado en el régimen jurídico de la contravención de la prestación, si bien, al tratarse de la compraventa, existen reglas específicas. Estas reglas son las mismas para cualquier vicio.

¹³³ Vid. BORS, «Die Falschlieferung in der Schuldrechtsreform», *JR*, 2002, pp. 133 ss.

¹³⁴ CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, p. XXII.

¹³⁵ CANARIS, *idem*, p. XXII.

¹³⁶ Vid. H. P. WESTERMANN, «Das neue...», *op. cit.*, p. 244.

Las principales consecuencias jurídicas por la existencia de un vicio en la compraventa vienen articuladas con mucha precisión en el BGB en los §§ 434, 439, 440 y 441. La nueva normativa no sigue totalmente la Directiva, la cual pone en el centro de la defensa del consumidor la reparación o la sustitución de la cosa (cfr. art. 3.3). Uno de los efectos del nuevo sistema de garantía es la práctica desaparición entre cosas genéricas y específicas. Por coherencia con la pretendida reforma, el BGB concede al comprador, en caso de vicio, el derecho de pedir el cumplimiento posterior (*Nacherfüllung*) o la resolución (*Rücktritt*) del contrato. Ambos derechos son nuevos en el BGB. Los otros derechos que tiene el comprador son la reducción del precio, la indemnización y la restitución de los gastos realizados (todas estas pretensiones son prestaciones de garantía). Se objeta que la eliminación de la acción redhibitoria perjudica al comprador, y, con ello, también al consumidor. Y también cabe cuestionarse si el cumplimiento posterior no debería decidir el vendedor (al menos en las compraventas que no tengan por objeto bienes de consumo).

d') Cumplimiento posterior

El cumplimiento posterior o saneamiento (§ 439) puede consistir en la eliminación del vicio (pretensión a una mejora posterior) o en el envío de una cosa libre de vicio (pretensión a la sustitución)¹³⁷. No es idéntico a la pretensión originaria de cumplimiento (*ursprünglicher Erfüllungsanspruch*), aunque no es, por principio, diferente¹³⁸. En la práctica, el cumplimiento posterior de una y otra modalidad puede plantear problemas¹³⁹. El cumplimiento posterior tiene carácter preferencial sobre las demás pretensiones de garantía. Este derecho corresponde elegir al comprador (en concordancia con la Directiva, art. 3.2). Esta elección a favor del comprador puede resultar gravosa en la compraventa mercantil (puede acordarse que la elección corresponda al vendedor, que es lo usual en la vida económica)¹⁴⁰. También se plantearán problemas prácticos para el vendedor de cosa específica que tenga que asumir el cumplimiento posterior¹⁴¹. Los costes que se produzcan como consecuencia del

¹³⁷ Con carácter general, *vid.* HUBER, «Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht», *NJW*, 2002, pp. 1004 ss.

¹³⁸ CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, p. XXV.

¹³⁹ Cfr. BUCK, *op. cit.*, pp. 124-125. También CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, p. XXIV.

¹⁴⁰ CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung...*, *op. cit.*, p. XXV.

¹⁴¹ *Vid.* ACKERMANN, «Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers», *JZ*, 2002, pp. 378 ss.

cumplimiento posterior, en particular los costes laborales y materiales y los costes de transporte, son a cargo del vendedor. El vendedor puede negarse al cumplimiento posterior cuando ello lleva consigo unos costes excesivos (cfr. art. 3.3 de la Directiva). Para ello se tendrá en cuenta el valor de la cosa, la importancia del vicio y si es posible la sustitución de la cosa viciada por otra sin causar perjuicios considerables al comprador. En este supuesto, la pretensión del comprador queda limitada a este otro tipo de cumplimiento posterior (*zweite Andienung*). Ello no impide que el vendedor pueda oponerse al cumplimiento posterior si su realización le causa unos costes excesivos. El cumplimiento posterior por parte del vendedor le da derecho a exigir al comprador la devolución de la cosa viciada. El posible ejercicio abusivo de este derecho por el comprador se evita, en parte, por lo dispuesto en el § 349.3.

d'') Resolución

El legislador ha eliminado del BGB la figura de la redhibición para aproximar la compraventa aún más al régimen jurídico general de la contravención de la prestación (cfr. el art. 3 ap. 5 de la Directiva). A partir de ahora, el comprador tiene a su alcance la resolución —es un derecho de configuración— de la compraventa cuando el objeto vendido padece de un vicio. El vicio de la cosa vendida supone una contravención de la prestación. Por ello, el § 437, núm. 2, remite a los §§ 323 (resolución del contrato por no cumplimiento de la prestación o no conforme al contrato) y 326.1, frase tercera (el acreedor queda eximido de realizar la contraprestación cuando el deudor no está obligado a cumplir su prestación, pudiendo el comprador pedir la resolución del contrato). Conforme al § 323, para que tenga lugar la resolución del contrato, hace falta que haya transcurrido el plazo para cumplir. En la normativa antigua la redhibición no estaba sometida a ningún plazo —ni siquiera contractual—; entonces era posible su ejercicio inmediato cuando el comprador comprobaba la existencia de un vicio (cfr. los antiguos §§ 440 y 462 ss.). Ahora no sucede así, por lo que el vendedor está facultado aún para cumplir la prestación mediante el cumplimiento posterior. No se debe olvidar que en los casos de vicio la prestación se ha cumplido, sólo que defectuosamente. Antes de que el comprador pueda pedir la resolución de la compraventa, el vendedor debe tener la posibilidad de poder cumplir aún la prestación mediante el cumplimiento posterior. Este derecho es, como se ha señalado antes, preferente al derecho de resolución de la compraventa por vicios, salvo que el vendedor se niegue a cualquiera de los tipos de cumpli-

miento posterior o cuando haya fracasado el cumplimiento posterior o resulte excesivo para el comprador (cfr. art. 3, ap. 5, de la Directiva con el nuevo § 440). El cumplimiento posterior tampoco tiene lugar cuando se dan los presupuestos del apartado 2 del § 323.

La resolución no excluye la acción indemnizatoria por daños a causa de la lesión del deber (§ 325).

d''') Reducción

El BGB contempla en su nueva redacción, al igual que en la anterior, el derecho de minoración o reducción del precio. El § 437 número 2 lo concibe como un derecho alternativo al derecho de resolución. Pero, a diferencia de este último derecho, el derecho de reducción del precio no forma parte del régimen jurídico de la contravención de la prestación. Es un derecho típico de la compraventa y de otros contratos afines.

El comprador puede estar interesado en quedarse con la cosa viciada a cambio de una reducción del precio de la compraventa. El § 441 desarrolla este derecho, estableciendo que el comprador, en lugar de la resolución, puede manifestar al vendedor mediante una declaración su voluntad de minorar el precio. Esto significa que se tienen que dar los mismos presupuestos que para resolver la compraventa por vicios. Cuando son varios los compradores o varios los vendedores la declaración se debe efectuar por todos o se debe dirigir a todos. Para valorar la cosa hay que estar al momento de la celebración del contrato. Como punto de referencia se debe tomar en consideración el precio de la cosa que se ha vendido y no el valor de la cosa en sí. La valoración será determinada pericialmente en el caso de que sea necesario. El comprador tiene derecho a la devolución de lo que haya pagado en exceso. Tres son las novedades que introduce la Reforma: 1) La minoración del precio también cabe pedirla cuando la cosa padece de un vicio jurídico. 2) La minoración sólo es posible después de que haya resultado infructuoso el cumplimiento posterior. 3) La minoración es un derecho de configuración.

d''''') Indemnización

Por último, debemos referirnos al derecho de indemnización. En el BGB se contemplaba el derecho de indemnización sólo para los casos previstos en los antiguos §§ 463 y 480, ap. 2. La jurisprudencia ha generalizado el derecho de indemnización para cualquier caso de daño causado por vicios en la compraventa. Era necesaria,

pues, la incorporación de la jurisprudencia en el BGB. La indemnización como un derecho más a favor del comprador también se justifica en el momento en que se considera, como así lo han defendido los redactores del proyecto de la reforma, que la prestación defectuosa por vicios en la compraventa por culpa del vendedor es una lesión del deber de prestación. Esto explica la remisión del número 3 del § 437 a los §§ 280, 281 y 283, que regulan con carácter general el derecho de indemnización en caso de incumplimiento, y también al § 311 a). La principal norma es el § 280.1¹⁴². El comprador puede exigir sólo la indemnización en lugar de la prestación (§ 280.3). A excepción de lo dispuesto en el § 440, que admite el derecho de indemnización aun antes del derecho del cumplimiento posterior, el legislador no ha considerado necesario introducir reglas específicas para la compraventa. Ello abre el camino para integrar los vicios de la cosa en el régimen jurídico de la contravención de la contraprestación.

El comprador puede reclamar, en vez de la indemnización, la restitución de los gastos que haya realizado en consideración a la obtención de la prestación y que haya podido realizar razonablemente, a no ser que tampoco se hubiera logrado el fin con la insatisfacción de la prestación por parte del deudor. El número 3 del § 437 remite expresamente al § 284, el cual regula, con carácter general, la restitución de los gastos inútiles. La regla especial que establecía el antiguo § 467 (la indemnización por el vendedor al comprador de los gastos del contrato) no tenía ningún sentido (además era sólo para el caso de la redhibición). La remisión al régimen general responde a este nuevo planteamiento de considerar los vicios como uno de los supuestos de lesión del deber de prestación.

e) *Prescripción de las pretensiones por vicios en la compraventa*

Por determinadas razones, el legislador entendió que había que establecer unos plazos específicos para el ejercicio de las pretensiones de cumplimiento posterior, indemnización y restitución de los gastos inútiles en casos de vicio (§ 438). Quedan expresamente fuera de los plazos de prescripción los derechos de resolución y de reducción por ser derechos de configuración.

Cuando se trata de casos de evicción (cosa gravada por un derecho real a favor de un tercero), el plazo es de treinta años (cfr. § 197.1 que establece el plazo de treinta años para las acciones de restitución de la propiedad y de otros derechos reales).

¹⁴² Cfr. en relación con la compraventa, BUCK, *op. cit.*, pp. 152-154.

En casos de vicios de la obra causados por la utilización de materiales usuales el plazo es de cinco años (cfr. § 634 *a*) que establece el mismo plazo para vicios en la obra como consecuencia de un contrato de obra).

En los demás casos, el plazo es de dos años. Se sigue aquí la Directiva, la cual, en el artículo 5, establece como plazo mínimo dos años para pedir responsabilidades al vendedor. En el BGB este plazo se convierte en el plazo ordinario de las pretensiones por vicios en la compraventa. Supone un claro avance en la protección del comprador ante la brevedad del plazo que concedía el antiguo § 477 (seis meses). Estos plazos pueden ser más cortos. Así, por ejemplo, en la compraventa de un bien de consumo ya utilizado (un año, cfr. § 475 ap. 2). Cuando se establece mediante una condición general de la contratación, el límite es de un año (cfr. § 309, ap. 8, letra *b*, ff)).

En cuanto al cómputo de los plazos de prescripción, la regla general es que se empieza a contar desde la entrega (o suministro) de la cosa. Cuando se trata de fincas, el plazo empieza en el momento de la tradición (se sigue aquí el antiguo § 477, ap. 1; se podría haber elegido otro momento posterior, esto es, la inscripción en el Registro de la Propiedad al ser la inscripción constitutiva). No triunfó la propuesta de fijar como plazo de comienzo de la prescripción el transcurso de cinco años desde la conclusión de la construcción transmitida en virtud de una compraventa [hay que estar exclusivamente a las normas del contrato de obra; cfr. §§ 634, 643 *a*) y 638].

Cuando el vendedor ha ocultado dolosamente el vicio, rigen los plazos ordinarios de la prescripción (cfr. § 199).

El § 438 termina estableciendo que aun cuando es ineficaz la resolución conforme al § 218, ap. 1, el comprador puede negarse al pago del precio de compra siempre que estuviera facultado para ello con base en la resolución (cfr. el antiguo § 478).

f) *Conocimiento del comprador de los vicios*

El comprador queda privado, según el § 442, de los derechos que conceden los §§ 439, 440 y 441 cuando en el momento de la celebración del contrato de compraventa tiene conocimiento –siempre ha de tratarse de un conocimiento positivo– del vicio. No se distingue entre vicio de la cosa y vicio jurídico. Se sigue aquí, en parte, los antiguos §§ 439 y 460 y también el artículo 2, ap. 3, de la Directiva. Si el vicio es desconocido por negligencia grave del comprador, éste sólo podrá hacer valer sus derechos por vicios cuando

el vendedor lo haya silenciado maliciosamente o haya asumido una garantía para la aptitud de la cosa (comprende el supuesto del ap. 3 del artículo 2 de la Directiva cuando dice que «el comprador no podía ignorar el vicio fundadamente...»).

El vendedor está obligado a suprimir el derecho inscrito –cualquier derecho real inmobiliario– en el Registro de la Propiedad aun cuando el comprador tenga conocimiento de ese derecho. En el Derecho alemán, el comprador adquiere, como muy tarde, conocimiento de un derecho real inscrito cuando firma ante Notario la compraventa (el documento notarial es un requisito imprescindible para la validez de la compraventa de un bien inmueble). El ap. 2 del § 442 es, en realidad, una simplificación de lo dispuesto en el antiguo § 439, ap. 2.

g) *Garantías*

El BGB no contemplaba hasta ahora las garantías añadidas (*unselbständige Garantien*), cada vez más frecuentes en el tráfico jurídico, y que suponen una ampliación de las garantías legales por vicios. La asunción de garantizar los vicios que pudieran aparecer durante un determinado tiempo (garantía de aptitud) o durante un período de uso (garantía de mantenimiento) resulta muchas veces económicamente positivo para el fabricante o el vendedor, y lo es igualmente, desde el punto de vista jurídico, para el comprador. El contenido de estas garantías es muy variado y puede ser predeterminado en determinados sectores del mercado y tiene su límite en los §§ 305-309 cuando se establece mediante condiciones generales de la contratación. Así, por ejemplo, las garantías de mantenimiento (*Haltbarkeitsgarantien*) no restringen los derechos legales de garantía que tiene el comprador en caso de vicios; al contrario, amplían sus defensas. Lo mismo se puede decir de las garantías de aptitud (*Beschaffenheitsgarantien*).

En la decisión del legislador de insertar garantías en el BGB ha influido la jurisprudencia, que en más de una ocasión se ha pronunciado sobre ellas. Más sobre todo ha contribuido la Directiva que impone ciertas exigencias en cuanto a la declaración de garantía –forma y contenido– para la compraventa de bienes de consumo. La decisión política de acercar la compraventa común a la compraventa de consumo, y viceversa, llevó al legislador a la redacción del § 443. También ha ayudado el artículo 36, ap. 2, del CISG.

Conforme al nuevo § 443, ap. 1, la garantía de aptitud o de mantenimiento tiene para el vendedor un carácter vinculante (o en su

caso para un tercero) tanto la que está establecida en el documento de garantía como la que figura en la publicidad.

El ap. 2 del § 443 tiene un origen claramente jurisprudencial. El comprador tiene el deber de probar que la aptitud de una pieza o de un objeto está incluida en la garantía, así como que el vicio se ha producido durante el plazo de garantía. Cuando estas dos circunstancias han sido demostradas por el comprador, se debe partir de la presunción de que se da el supuesto de garantía. Corresponde entonces al vendedor o al fabricante probar que el vicio se debe a una negligencia del comprador o que la cosa ha sido dañada por un tercero.

h) *Exoneración de la responsabilidad*

Los antiguos §§ 443 y 476 quedan unificados en el nuevo § 444. Y se suprime el núm. 11 del § 11 de la AGB-G (declaraba la nulidad de la condición general de exoneración de responsabilidad, sin poder ser objeto de valoración judicial). El vendedor no puede invocar el pacto de exoneración o limitación de responsabilidad cuando ha ocultado maliciosamente el vicio o ha asumido una garantía para la aptitud de la cosa. La primera parte del precepto ofrece como novedad que el pacto no es nulo, a diferencia de la normativa anterior, para evitar, así, que la nulidad pueda afectar a todo el contrato de compraventa. La ineficacia sólo se establece cuando el pacto está integrado en una compraventa de bienes de consumo (cfr. § 475). La segunda parte es totalmente nueva. La garantía de aptitud de la cosa es incompatible con la cláusula de exoneración de responsabilidad.

i) *Transmisión del riesgo y de las cargas*

Conforme a los antiguos §§ 446 y 447 el momento de la transmisión del riesgo al comprador viene determinado por el momento del pago del precio de la compraventa (*Vergütungsgefahr*), aunque no reciba la cosa o la reciba en mal estado. Cuando se le entrega la cosa, con independencia de que esté pagado el precio, el riesgo pasa al comprador. El momento de la entrega se ha considerado como el sistema más eficaz para fijar cuándo el riesgo de la cosa pasa al comprador. Y es también el criterio establecido en el artículo 67, ap. 1 del CISG (si bien distingue diversos supuestos). Por eso, se ha mantenido el mismo criterio en el § 446, el cual determina que con la entrega de la cosa vendida el riesgo de la pérdida fortuita y de un menoscabo fortuito pasa al comprador. Añade el § 446, como el

anterior § 446, que desde la entrega corresponden los provechos al comprador y él soporta las cargas de la cosa. El precepto aclara a continuación que se equipara a la entrega el caso de que el comprador se retrasara en la recepción.

El § 447 establece las reglas de la traslación del riesgo para el supuesto de envío de una cosa vendida, transcribiendo lo establecido en el antiguo § 447. Se podría haber concretado más, según algunos autores, el § 447 (cfr. el artículo 67 del CISG).

j) *Otros aspectos legales de la compraventa*

Los §§ que siguen al § 447 regulan distintos aspectos de la compraventa. El § 448 se refiere a los costes y otros gastos que se producen con motivo de la entrega de la cosa. El § 449 se ocupa de la reserva de dominio. Los §§ 450 y 451 excluyen a determinados compradores en las subastas y fuera de las subastas. No obstante, el § 451 contempla la eficacia de compraventas en los que intervienen compradores excluidos.

El subtítulo título primero, referido a la compraventa con carácter general, concluye con los §§ 452, que extiende las normas de la compraventa de fincas a la compraventa de naves inscritas y de astilleros, y 453, que determina que son de aplicación las normas de la compraventa a la compraventa de derechos y que añade dos reglas especiales, una sobre los costes de la transmisión de derechos y otra sobre los vicios.

2. LA COMPRAVENTA DE BIENES DE CONSUMO

a) *Ideas generales*

La Reforma introduce un subtítulo –el tercero– totalmente nuevo en el BGB. La inserción de una normativa específica de la compraventa de bienes de consumo¹⁴³ era necesaria para la adaptación de la Directiva 44/1999, de 25 de mayo. Por una parte, había que definir, o más bien describir, los elementos mínimos de la compraventa de bienes de consumo. Por otra, había que establecer unas reglas específicas para cumplir con la Directiva. Aunque la Directiva sirvió de modelo para la reforma de la compraventa común, había que introducir reglas concretas para otorgar una mayor protec-

¹⁴³ Una primera visión completa, en BUCK, *op. cit.*, pp. 165-178.

ción del consumidor¹⁴⁴. Incluso era necesario proteger al vendedor final frente a los demás que intervienen en la cadena de transmisión del bien de consumo. Los elementos personales –empresario y consumidor– son determinantes para otorgar una mayor protección. También es decisivo, en cuanto al elemento objetivo, que el bien sea de consumo. Tanto el empresario como el consumidor vienen definidos en los §§ 13 y 14, introducidos por la Ley de contratos a distancia, de 27 de junio de 2000. El concepto del consumidor es más amplio que el de la propia Directiva 44/1999, de 25 de mayo, lo que permite un nivel de protección mayor en la venta de bienes de consumo y en los demás contratos entre empresario y consumidor.

El bien de consumo ha de ser un bien mueble (*bewegliche Sache*). Supone una cierta delimitación, puesto que cualquier bien que no puede ser delimitado no queda subsumido en los §§ 474-479 cuando es objeto de una transmisión onerosa. Hay que estar a la interpretación que se da al § 90, el cual determina que las cosas, en el sentido de la ley, son solamente los objetos corporales. Según su interpretación, queda incluido cualquier cosa que puede ser envasada, como el agua o el gas, pero queda excluida, por ejemplo, la electricidad. En este sentido, no va a haber problemas de fricción con la Directiva que parte de idénticas consideraciones.

Después de describir los elementos de la compraventa de bienes de consumo en el ap. 1 del § 474, y de aclarar que son de aplicación las normas que le siguen, establece que no es de aplicación el § 447. Todas las demás normas de la compraventa podrán ser tenidas en cuenta siempre y cuando se den los elementos de la compraventa de bienes de consumo. La razón de la no aplicación del § 447 a este tipo de contrato es que no se le puede exigir al comprador que asuma el riesgo de la pérdida fortuita o el menoscabo fortuito desde el momento en que sea entregada la cosa para su traslado. En la venta de un bien de consumo que debe ser enviado, por ejemplo, a través de una empresa transportista, quien puede calcular mejor el riesgo es el propio vendedor. De ahí que se haya considerado, para proteger mejor al consumidor, que no se aplique el § 447 (criterio que también se defiende, aunque sólo en parte, en el artículo 67 del CISG). En definitiva, el comprador-consumidor de un bien de consumo no asume el riesgo de la pérdida o menoscabo del mismo hasta que no esté en su posesión.

El § 474 excluye también el § 445 (la limitación de la responsabilidad en subastas públicas no es contraria a la Directiva).

¹⁴⁴ Bastante crítico es HONSELL en sus conclusiones, *op. cit.*, p. 283.

b) *Normas específicas de la compraventa de bienes de consumo*

b') Pactos no vinculantes

El consumidor no tiene siempre la protección que pueden dispensar los §§ 307 a 309, reguladores de los límites de las condiciones generales de la contratación. Por eso, se ha considerado necesario una precisión, además para cumplir con el artículo 7 de la Directiva 44/1999, de 25 de mayo. El § 475 establece en su primer apartado que el empresario no puede basarse en un pacto de comunicación del vicio, que sea en perjuicio del consumidor y en contra de los §§ 433 a 435, 437, 439 a 443, frase primera del § 474. Estas disposiciones no pueden ser eludidas mediante otras configuraciones.

La prescripción de las pretensiones contenidas en el § 437 no puede ser abreviada mediante negocio jurídico antes de la comunicación de un vicio al vendedor, si el pacto sobre el plazo de prescripción es inferior a dos años desde el cómputo legal de la prescripción o es inferior a un año cuando se trata de cosas usadas. El primero de los límites –dos años– coincide con el artículo 5.1 de la Directiva. Y el segundo –un año– cumple con el mandato del párrafo segundo del artículo 7.1 de la Directiva. Estos límites rigen también en la venta de animales, pudiéndose distinguir entre animales «nuevos» y animales de «segunda mano» (cfr. § 309, 8, letra *ff*)).

El § 475 termina disponiendo que los apartados primero y segundo no son de aplicación a la exclusión o limitación de la pretensión de daños, sin perjuicio de los §§ 307 a 309.

b'') Inversión de la carga de la prueba

El § 476 es una transcripción del artículo 5.3 de la Directiva para proteger mejor al consumidor. Se invierte la carga de la prueba de la acreditación de los vicios que se hacen visibles durante los seis meses después del suministro de bien de consumo. Es el vendedor el que está en una mejor situación para probar que existe un vicio. Conforme al § 476, si hay un vicio en el plazo de seis meses desde el momento de la transmisión del riesgo, se presume que la cosa estaba ya viciada –también la cosa usada– en el momento de la transmisión del riesgo, a no ser que sea incompatible con la naturaleza de la cosa o del vicio. Lo decisivo es, pues, la existencia del vicio, no el vicio de la cosa, que, de acreditarse, se presume que existía ya en el momento de la transmisión. La libertad que los Estados miembros de la UE tienen para fijar el momento de la

transmisión del riesgo, ha permitido al legislador alemán mantener el criterio del antiguo § 446, y que ahora ha pasado al § 434, según el cual el momento para enjuiciar el vicio es el de la transmisión del riesgo (cfr. también el nuevo § 446). A veces resulta difícil diferenciar entre vicio y deterioro por uso de la cosa por el comprador¹⁴⁵.

b''') Garantías

El § 477 incorpora los mandatos contenidos en los apartados 2, 3 y 5 del artículo 6 de la Directiva. La transparencia es fundamental para la declaración de garantía y exige un contenido mínimo. La declaración debe ser sencilla y comprensible. El incumplimiento puede tener la sanción prevista en los § 305 c), ap. 2, ó 307, ap. 3, cuando se trata de condiciones generales de la contratación. En cuanto a su contenido, se deben indicar los derechos legales que tiene el consumidor, así como que las garantías que tiene no pueden ser limitadas. Se trata, pues, de una promesa de prestación añadida que no sustituye el régimen legal de la garantía. Por lo que respecta a la garantía misma, se debe expresar su contenido y todos los datos básicos para poder hacer valer la garantía, en particular, la duración y el alcance territorial de la garantía, así como el nombre y la dirección del garante. El consumidor puede exigir que la declaración de garantía sea por escrito o en cualquier otro soporte duradero disponible que sea accesible. El § 477 termina aclarando que la eficacia del deber de garantía no queda afectada por el hecho de que se no se cumpla alguno de los requisitos anteriores. No se incorpora al § 477 la sugerencia del apartado 4 del artículo 6 de la Directiva. La razón es que el idioma que es comprensible para el consumidor en la República Federal de Alemania es el alemán, lo que no impide que se pueda elegir otros idiomas para describir la garantía.

Debe señalarse que el carácter vinculante de la garantía rige para cualquier contrato de compraventa, como se desprende del contenido del § 443.1. No así las exigencias que impone el § 477, que sólo deben ser tenidas en cuenta en la compraventa de bienes de consumo. Ello no impide que el consumidor pueda recurrir, como contratante que es, a los derechos que le conceden los §§ 331.1.1, 241.1 y 280. El no consumidor no necesita el mismo nivel de protección.

¹⁴⁵ Vid. BUCK, *op. cit.*, p. 169.

b'''')) Acción de regreso del empresario final. Prescripción de la acción

Por norma general, el vendedor de una cosa no es el productor. Incluso hasta que el producto llegue a manos del vendedor, previamente ha sido adquirido por otros que a su vez lo transmiten en calidad de vendedores, interviniendo otros intermediarios y suministradores en la cadena de transmisión. Resulta injusto que en esta cadena contractual (o extracontractual) todo el peso recaiga en el vendedor final cuando éste venda un producto defectuoso al consumidor, máxime cuando, por ser un bien de consumo, asume una mayor responsabilidad. Se le debe permitir que pueda hacer valer sus derechos contra los demás que intervinieron en la cadena contractual (o extracontractual). Es un tema sumamente complejo ¹⁴⁶ al que el legislador ha querido dar una respuesta al menos en la compraventa de bienes de consumo ¹⁴⁷. La propia Directiva se refiere en su artículo 4 a las acciones que debe tener el vendedor final contra los demás sujetos intervinientes en la cadena contractual, pero deja en manos de cada legislación nacional la determinación de quién es el responsable, o los responsables, contra los que podrá emprender acciones el vendedor final, así como las acciones y las condiciones que sean necesarias para su ejercicio.

El § 478 concede al vendedor final una acción de regreso (*Rückgriff*) en determinados supuestos. Es común denominador de los supuestos que debe tratarse siempre de una cosa nueva la que es vendida por el vendedor final y que la misma debe haber sido sustituida al vendedor a causa del ejercicio de la acción de cumplimiento posterior, de la resolución o de la indemnización (*großer Schadensersatz*).

En el primer apartado se parte del supuesto de la adquisición del vendedor de un tercero (mayorista/*Grosshändler*). Los mismos derechos que tiene cualquier comprador conforme al § 437 los tiene el vendedor final. El vendedor no ejercita, por tanto, ninguna pretensión nueva contra el mayorista. Estos derechos se pueden ejercitar cuando como consecuencia de un vicio de la cosa el vendedor tuvo que aceptar la sustitución de la misma por resolución de la compraventa o tuvo que reducir el precio (cfr. § 323). Es fundamental, pues, la existencia de un vicio con las consecuencias señaladas (cfr. sobre todo § 434). El segundo apartado contempla, a

¹⁴⁶ CANARIS expone algunos de los problemas que suscita la acción de regreso, en *Schuldrechtsmodernisierung...*, op. cit., pp. XXX-XXXIII.

¹⁴⁷ Una regulación autónoma del derecho de regreso se ha dejado apartado; no aparece siquiera en el proyecto (cfr. H. P. WESTERMANN, «Kaufrecht im Wandel», op. cit., p. 128).

diferencia del anterior, una pretensión independiente del vendedor final contra el suministrador de una cosa que resulte que está viciada. Los gastos que han tenido que ser asumidos por el vendedor final por el cumplimiento posterior pueden ser reclamados al suministrador (no es necesario, en este caso, que se haya devuelto la cosa). Para ello se debe acreditar que el vicio existía en el momento del suministro de la cosa al vendedor.

El tercer apartado se refiere al supuesto de que haya una verdadera cadena contractual en la que el suministrador y los demás compradores puedan ejercitar las pretensiones de los apartados anteriores contra los vendedores respectivos. La razón es que debe responder el vendedor en cuya esfera se haya producido el vicio.

En cualquiera de los supuestos rige la regla de la inversión de la carga de la prueba prevista en el § 476.

Los derechos de regreso son, en principio, de naturaleza dispositiva. Pero el § 478 declara ineficaz el pacto sobre los derechos contenidos en los tres primeros apartados que sea en perjuicio del acreedor si no se le reserva una compensación. Esta norma tiene un carácter complementario al § 307 (en el Derecho alemán, cuando se trata de condiciones generales de la contratación entre empresas, el empresario débil es protegido por la cláusula general de la buena fe frente a las grandes empresas).

El legislador ha considerado necesario precisar los plazos de las acciones que se pueden ejercer dentro de la cadena contractual. Para la restitución de los gastos que ha tenido que desembolsar el vendedor final, el plazo de la pretensión es de dos años. Este plazo es el mismo para la restitución dirigida contra el suministrador así como contra los demás vendedores, según señala el § 479.1. Coincide con el plazo que tiene el comprador contra el vendedor para las pretensiones por vicios (cfr. §§ 437 y 438). Aunque no lo dice el § 479.1, el plazo empieza a computarse desde el suministro de la cosa (cfr. § 438.2).

El apartado segundo del § 479 contiene una norma complementaria al § 478. Esta norma es necesaria para que la acción de regreso pueda ser ejercitada realmente. Para evitar que el vendedor final no pueda hacer valer las pretensiones que les conceden los §§ 478 y 437 –y los demás que intervienen en la cadena contractual– por prescripción de las acciones –piensen que cuando el consumidor denuncia la existencia de vicios ya han pasado casi dos años, pero, además, la cosa vendida ha estado almacenada durante seis meses antes de su venta–, las pretensiones quedan suspendidas al menos durante dos meses una vez que el empresario ha cumplido las pretensiones del consumidor. De este modo, queda viva la acción de

regreso contra los demás sujetos intervinientes en la cadena contractual. Pero también era necesario fijar un límite máximo desde que la cosa sale de la fábrica hasta que llegue al consumidor (sobre todo a efectos de cálculo). La duración del almacenaje puede ser a veces prolongada. Se ha fijado un plazo máximo de cinco años. Transcurrido este plazo desde el suministro de la cosa, decaen los derechos del vendedor final (o de los demás sujetos de la cadena contractual).

3. LOS CONTRATOS DE APROVECHAMIENTO DE VIVIENDAS A TIEMPO PARCIAL

Entre los contratos especiales que había que incluir en el BGB están los contratos en virtud de los cuales se transmite por tiempo parcial el aprovechamiento de viviendas. Al igual que en los demás países de la UE, Alemania traspuso la Directiva de 26 de octubre de 1994 a su ordenamiento aprobando la Ley sobre la transmisión de derechos de uso a tiempo parcial de viviendas (*über die Veräusserung von Teilnutzungsrechten an Wohngebäuden*), de 20 de diciembre de 1996. Esta ley ha pasado a formar parte del BGB. Aunque la integración es total, la solución no ha sido la técnica de integración en bloque, al menos no totalmente, puesto que el § 4 de la TzWrG ha pasado a formar parte del Reglamento sobre deberes de información en los contratos de aprovechamiento de viviendas a tiempo parcial, cuya norma básica es el artículo 242 de la EGBGB. Este Reglamento ha sido aprobado el 2 de enero de 2002 —complementa el § 482—¹⁴⁸. Los §§ 6 y 11 de aquella Ley especial han sido absorbidos por el § 358 del BGB y el artículo 229 de la EGBGB.

Los contratos de aprovechamiento de viviendas a tiempo parcial (*Teilzeit-Wohnrechtsverträge*) han encontrado un hueco después de la compraventa y de la permuta, en un título aparte —el título segundo—, lo que pone de manifiesto que el legislador los considera como contratos con un perfil propio. Al margen de algunos cambios terminológicos, la traslación de los demás preceptos al BGB es total. Los §§ 481-487 reproducen los siguientes aspectos: el concepto del derecho de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial, el deber de prospecto, el idioma del contrato y del prospecto, la forma escrita y el derecho de desistimiento, la prohibición de anticipos antes de que concluya el derecho de revocación, la inderogabilidad de las normas y la prohibición de eludirlas.

¹⁴⁸ Recogido en el *Palandt, op. cit.*, pp. 287-288.

4. EL CONTRATO DE PRÉSTAMO, EL CONTRATO DE PRÉSTAMO DE CONSUMO (Y LOS INSTRUMENTOS FINANCIEROS AUXILIARES) Y LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO A PLAZOS

a) *Ideas generales*

La regulación anterior del contrato de préstamo o de mutuo (§§ 607-610) es objeto de una importante revisión, y también de una nueva articulación. Entre las novedades, debe destacarse sobre todo la decisión del legislador de concebir el contrato de préstamo dinerario o de otra cosa fungible como un contrato consensual. En la redacción del antiguo § 607, el contrato de préstamo era concebido como un contrato real. Ahora, en el apartado primero del § 488, se subraya el carácter obligatorio del contrato de préstamo (el prestamista se obliga..., comienza diciendo el precepto). El legislador ha tenido muy claro que había que adaptarse a la realidad del tráfico jurídico en el que el préstamo es considerado comúnmente como un contrato consensual en virtud del cual ambos contratantes se obligan a unas prestaciones recíprocas. La teoría del préstamo como contrato real ha perdido toda su vigencia, además desde hace mucho tiempo, especialmente en el ámbito mercantil en el que los préstamos se configuran por norma general como contratos de naturaleza consensual. De este modo, se logra una regulación uniforme entre todos los contratos que son de préstamo, sean civiles o mercantiles.

A diferencia de la normativa anterior, se regula por separado el préstamo dinerario (§§ 488-490) y el préstamo de otras cosas fungibles (§§ 607-609). El primero recibe el nombre de contrato de préstamo o mutuo (*Darlehensvertrag*) y el segundo contrato de préstamo o mutuo de cosa (*Sachdarlehensvertrag*). Las obligaciones contractuales típicas del préstamo (nombre usual cuando el préstamo tiene por objeto una suma dineraria) son la disposición por parte del prestamista de una cantidad de dinero, conforme a la cuantía pactada, y el pago de un interés, normalmente predispuesto, por parte del prestatario, debiendo éste devolver el dinero cuando tenga lugar el vencimiento. Las obligaciones contractuales típicas del préstamo de cosa consisten en la obligación del prestamista de dejar al prestatario una cosa fungible previamente acordada y la obligación del prestatario de pagar a cambio una cantidad de dinero, debiendo restituir lo recibido en cosas de la misma especie, calidad y cantidad.

b') El contrato de préstamo (dinerario)

En la regulación del contrato de préstamo se mantienen los antiguos §§ 608 y 609, que se integran como apartados dos y tres del § 488. El antiguo § 610, que regula la promesa de mutuo, no ha sido tocado por la Reforma. Igualmente queda intacto el anterior § 609 a), que regula el derecho de desistimiento (llamado ahora ordinario) en el contrato de préstamo a favor del prestatario (§ 489), junto con el derecho de desistimiento (llamado extraordinario) en casos concretos (§ 490) a favor del prestamista (cuando hayan empeorado notablemente las relaciones patrimoniales del prestatario o de un tercero que ha garantizado el préstamo, o exista el peligro de un sustancial empeoramiento) y a favor del prestatario (en el supuesto de que haya un contrato de préstamo para un determinado tiempo y un interés fijo, garantizado con un inmueble o con una prenda naval, y exista la necesidad de la revaloración del bien dado en garantía y el prestatario compense al prestamista del daño que se produzca como consecuencia del desistimiento anticipado).

b'') El contrato de préstamo de consumo y los instrumentos financieros auxiliares

En virtud de la integración en bloque de ciertas leyes especiales de consumo, se consideró imprescindible, sobre todo para no alejar demasiado los contratos de crédito al consumo del contrato de préstamo, incluir en el BGB lo que se ahora se denomina el contrato de préstamo de consumo (*Verbraucherdarlehensvertrag*)¹⁴⁹. Las disposiciones de la Ley de Crédito de consumidores, de 17 de diciembre de 1990, constituyen a partir de ahora los §§ 491-498. Aparte de algunos retoques terminológicos, que fueron necesarios por el cambio de denominación, la actualización de las cantidades mínimas y máximas para el préstamo de consumo al euro y la nueva remisión a otros preceptos del BGB, no hay cambios importantes en la traslación al BGB de esta Ley especial de consumo¹⁵⁰. Como principal reforma cabe señalar el nuevo tratamiento de los intereses de demora (ahora § 497) y la eliminación del precepto que se ocupaba de la eficacia de los contratos conexos para la obtención de un crédito (los contratos conexos constituyen en el BGB una categoría general entre los contratos de consumo –cfr. § 358–).

¹⁴⁹ Un primer estudio global puede encontrarse en la obra colectiva *Das Schuldrecht 2002*, op. cit., realizado por SAENGER, «Das Verbraucherdarlehensrecht», op. cit., pp. 279 ss. Vid. también BÜLOW, «Verbraucherkredit im BGB», *NJW*, 2002, pp. 1145 ss.

¹⁵⁰ Cfr. KÖNDGEN, en «Modernisierung des Darlehensrechts: eine Fehlzanzeige», op. cit., en particular pp. 469 ss.

La Ley de Crédito de consumidores incluía también los contratos de aplazamiento de pago y otros instrumentos financieros, que ahora son objeto de regulación en los §§ 499-506, constituyendo una sección independiente, entre las secciones primera y séptima que se ocupan del contrato de préstamo y el contrato de préstamo de cosa. Hay una mención expresa a los contratos financieros *leasing* (§ 500), indicando las normas que son de aplicación a estos contratos, y una regulación exhaustiva en cuanto al contenido mínimo, consecuencias jurídicas por defectos de forma, derecho de restitución, desistimiento y pagos anticipados en los §§ 502-504.

b'') Los contratos de suministro a plazos

Como consecuencia de la integración de la Ley de Crédito de consumidores en el BGB, se regula también el contrato de suministro a plazos (§ 505), uno de los contratos típicos de envío de cosas. Se precisan las modalidades de este contrato en razón del objeto, el derecho de revocación y la forma (incluido cuando se trata de comercio electrónico en el que se utilizan condiciones generales de la contratación).

5. EL CONTRATO DE MEDIACIÓN DE PRÉSTAMO

Entre los §§ 652-656, que regulan el contrato de corretaje o mediación (*Maklervertrag*), se insertan los §§ 655 a)-655 e), que se ocupan del contrato de mediación de préstamo (*Dahrlehensvermittlungsvertrag*). La inserción de este contrato en el BGB responde una vez más a la política de integración de los contratos especiales en el Derecho común cuando una de las partes es consumidor¹⁵¹. La Ley de Crédito de consumidores se refería específicamente, después de regular el contrato de crédito, al contrato de mediación de crédito. En los §§ 15 a 17 de esta Ley se introdujeron reglas específicas respecto de la forma del contrato y su contenido básico; se admite la contraprestación onerosa por la mediación sólo cuando el consumidor haya obtenido en virtud de ella el préstamo y ya no sea posible el ejercicio del derecho de revocación conforme al apartado 1 del § 7; y, por último, se precisa que el mediador no puede exigir un precio por la mediación, si bien cabe el pacto sobre gastos que se produzcan como consecuencia de la mediación. Estas normas pasan íntegramente al BGB, si bien, a diferencia de la normati-

¹⁵¹ Cfr. KÖNDGEN, *op. cit.*, pp. 457 ss.

va especial, el legislador consideró oportuno definir previamente el contrato de mediación de crédito (*Kreditvermittlungsvertrag*) entre el empresario y el consumidor, llamándose ahora, en total sintonía con la nueva regulación del contrato de préstamo, contrato de mediación de préstamo. La regulación se cierra con una norma claramente proconsumidor, esto es, la inderogabilidad de las normas y la prohibición de eludir la normativa. A excepción de los cambios terminológicos introducidos en los respectivos preceptos, la única modificación que ha habido es que la forma escrita puede ser también electrónica.

6. EL CONTRATO DE OBRA

La opción en el Proyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones por la «gran solución», impulsó a los redactores retocar el contrato de obra en aquellos aspectos que están más relacionados con la Reforma, en especial, la contravención de la prestación, la lesión del deber y la compraventa¹⁵². Una vez que estaba claro que había que reformar en su conjunto la compraventa, más allá de la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo, estaba decantada la Reforma —anhelada desde hace tiempo— del contrato de obra en lo que respecta al programa prestacional. Podía resultar verdaderamente distorsionante la coexistencia en el BGB de una regulación renovada de la compraventa y una articulación arcaica de las fases de la prestación en el contrato de obra. No es, desde luego, una reforma en profundidad¹⁵³, más bien de retoques, pero no deja de ser importante al seguir el ejemplo de la compraventa en materia de vicios.

Algunos objetan que con la Reforma la sombra de la compraventa sobre el contrato de obra se extiende demasiado¹⁵⁴, y, con ello, también la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo. El contrato de obra siempre ha bebido de las fuentes

¹⁵² Para una primera visión, *vid.* Herbert ROTH, «Die Reform des Werkvertragsrechts», *JZ*, 2001, pp. 543 ss. En la obra colectiva de ERNST y R. ZIMMERMANN, *op. cit.*; SEILER, «Das geplante Werkvertragsrecht I», pp. 263 ss., y PETERS, «Das geplante Werkvertragsrecht», pp. 277 ss. (ambos autores fueron bastante críticos con el proyecto).

¹⁵³ Las primeras reflexiones sobre la nueva regulación del contrato de obra no se han hecho esperar. *Cfr.* en particular, MAIFELD, «Werkvertragsrecht», en *Das Schuldrecht 2002*, *op. cit.*, pp. 251 ss. También, SCHNUDNAGIES, «Das Werkvertragsrecht nach der Schuldrechtsreform», *NJW*, 2002, pp. 396 ss. Un estudio sistemático se encuentra en el *Palandt*, *op. cit.*, realizado por SPRAU. Con carácter general, TEICHMANN, «Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002-Das neue Werkvertragsrecht», *JuS*, 2002, pp. 417 ss.

¹⁵⁴ En particular, SEILER, *op. cit.*, pp. 263 ss. En la misma línea, PETERS, *op. cit.*, pp. 277 ss.

de las normas generales en materia de obligaciones y ha tenido como referencia constante la compraventa. Pero también existen reglas específicas en razón del contenido del contrato de obra, en particular en materia de vicios¹⁵⁵. La línea divisoria entre la compraventa y el contrato de obra existe, y, por ello, seguirán existiendo problemas de delimitación en cuanto al ámbito de aplicación normativa (p. e., la creación de software, en relación con el nuevo § 651¹⁵⁶). En definitiva, comparando el sistema de derechos de garantía de la compraventa con el del contrato de obra, las similitudes son grandes, pero también existen diferencias¹⁵⁷.

En realidad, los nuevos preceptos del contrato de obra procuran ser coherentes con algunas líneas principales de la Reforma. Así, la distinción de vicio en cosas (*Sachmangel*) y vicio jurídico (*Rechtsmangel*) en la compraventa (§§ 433 y 434) se traslada también al contrato de obra (§ 633). La obra está libre de vicios si está realizada en la forma pactada por los contratantes. A falta de pacto sobre la obra que se pretende, no hay vicios en la cosa si la misma es apta para el uso habitual o para el preestablecido según el contrato de obra. Como en la compraventa, también en el contrato de obra rige el concepto subjetivo de la falta. Desaparecen, igualmente, el *aliud* y el suministro inferior. Son casos encuadrables en el régimen jurídico de la contravención de la prestación que deben ser resueltos conforme a él. Por lo que respecta a los posibles vicios jurídicos, tales vicios no existen en la obra si los terceros, ajenos a la obra, no pueden hacer valer contra el comitente derechos relacionados con la obra o sólo pueden oponer derechos del contrato asumidos por ellos.

Para proteger al comitente de los vicios en la obra, el § 634 concede al comitente varios derechos y pretensiones, salvo que se haya dispuesto otra cosa, a saber, *a*) el derecho a pedir el cumplimiento posterior (*Nacherfüllung*) conforme al § 635, basado en el deber de cumplimiento que tiene el constructor cuando suscribe el contrato de obra (siendo opción del contratista, según el apartado primero, eliminar los vicios o hacer una nueva obra, pudiendo negarse al cumplimiento posterior si su realización lleva consigo un coste excesivo –se aparta aquí de la compraventa en la que la elección corresponde al comprador según el § 439.1.–; *b*) el derecho a la eliminación del vicio por el propio comitente (*Selbstvornahme*),

¹⁵⁵ MAIFELD, *op. cit.*, p. 257-258.

¹⁵⁶ Puesto de manifiesto por MAIFELD, *op. cit.*, p. 276. Específicamente BARTSCH, «Softwarepflege nach neuem Schuldrecht», *NJW*, 2002, pp. 1526 ss.

¹⁵⁷ En relación específicamente con el § 632 *a*), cfr. ULLMANN, «Der Bauträgervertrag-*quo vadit?*», *NJW*, 2002, pp. 1073 ss.

pudiendo exigir la restitución de lo que haya desembolsado (con remisión al § 637); *c*) el derecho de indemnización, siendo la norma básica el § 280.1, y *d*) por último, en vez de querer resolver el contrato, puede pedir también la reducción de la remuneración. No se trata de derechos alternativos, sino de derechos optativos que tiene el comitente (la doctrina alemana criticó el anterior sistema alternativo de las acciones de redhibición, reducción e indemnización de daños).

El comitente puede también resolver el contrato de obra. La redhibición (*Wandlung*) del contrato es sustituida por la resolución, en clara consonancia con la reforma del régimen jurídico de la contravención de la prestación. Mientras que la redhibición estaba configurada como una pretensión a la reposición del contrato, ejercitable sólo cuando se cumple un determinado plazo, la resolución por vicios en el contrato de obra se concibe ahora como un derecho de configuración conforme al modelo del § 323 (resolución del contrato bilateral por la prestación no obtenida o no conforme al contrato). Debe precisarse que, en virtud de la Reforma, no está excluida la indemnización, la cual se puede pedir con la resolución del contrato (§ 325).

La prescripción abreviada de las acciones que tiene el comitente para defenderse ante los vicios es sustituida, salvo para el caso de vicios en la construcción en el que se mantiene el plazo de cinco años, por unos plazos más amplios. El plazo de tres años, que es el plazo ordinario, rige para el supuesto segundo previsto en el § 634 a): cuando el éxito de una obra depende de elementos que no sean la construcción o la modificación (p. e., la realización previa de un proyecto o plano). Y para los demás casos rige el plazo de dos años. En el primer supuesto —obra de construcción— y en el tercero el plazo empieza a computarse desde la recepción de la obra (como en el anterior § 638). En el supuesto segundo no rige la recepción de la obra para iniciar el cómputo del plazo cuando los vicios han sido ocultados maliciosamente.

Para terminar esta breve exposición sobre los aspectos más relevantes de la reforma del contrato de obra, debe hacerse referencia a otras dos novedades. A partir de ahora, conforme al § 651, son de aplicación —casi exclusivamente— las normas de la compraventa a los contratos de suministro de obra que tengan por objeto bienes muebles que se elaboren o se creen. Desaparece, en realidad, la antigua distinción entre cosas fungibles y no fungibles. El nuevo § 651 coincide con el artículo 1.4 de la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo y el artículo 3.1 de la Convención

de Viena, lo que pone de manifiesto, una vez más, la casi inevitable proyección de la compraventa sobre el contrato de obra.

Otra novedad es el § 632.3, que establece que en caso de duda el coste del presupuesto de la obra no es exigible al comitente. Con ello se quiere evitar, sobre todo, litigios sobre el pago del coste de un presupuesto de obra ¹⁵⁸ (cfr. § 20, núm. 2.1, frase primera VOB/A).

VI. EL DERECHO TRANSITORIO

Uno de los problemas más inmediatos de la Reforma los plantea el Derecho transitorio de la nueva regulación legal del Derecho de Obligaciones ¹⁵⁹. La norma básica para resolver cuestiones transitorias es el artículo 229 § 5 de la EGBGB ¹⁶⁰. Este artículo, en relación con la Reforma de la Modernización del Derecho de Obligaciones, establece reglas especiales para la prescripción (§ 6) ¹⁶¹ y para las normas de intereses (§ 7). Desde luego, la voluntad del legislador es muy clara: el nuevo Derecho de obligaciones y de prescripción debe aplicarse rápidamente, para evitar, así, que durante un largo tiempo subsista el Derecho antiguo y el Derecho de nuevo, ya que, de lo contrario, podría haber problemas en la aplicación práctica y judicial ¹⁶².

La regla básica es muy elemental: las relaciones obligatorias constituidas con anterioridad a 1.1.2002 se regirán por la normativa anterior; las constituidas con posterioridad se regirán conforme a la normativa nueva ¹⁶³. El artículo 229 § 5 matiza que cuando se trata de relaciones obligatorias, éstas se deberán adaptar a la nueva normativa hasta el 1.1.2003; mientras, se regirán por la normativa anterior ¹⁶⁴. El régimen transitorio afecta a todo lo que se entiende por relación obligatoria, concebida en un sentido amplio, y que com-

¹⁵⁸ MAIFELD, *op. cit.*, p. 278.

¹⁵⁹ Cfr. H. P. WESTERMANN, en la introducción a la obra colectiva que ha dirigido, *Das Schuldrecht 2002, op. cit.*, pp. 11 ss.

¹⁶⁰ Una visión de conjunto, HEß, «Das neue Schuldrecht –In-Kraft– Treten und Übergangsregelungen», *NJW*, 2002, pp. 253 ss. *Vid.*, también HEINRICH, *Palandt, op. cit.*, pp. 406 ss.

¹⁶¹ En particular, HEß, *op. cit.*, pp. 256-258. También PFEIFFER, «Verjährungsrecht», *op. cit.*, pp. 245-250. Con carácter general, GSELL, «Schuldrechtsreform: Die Übergangsregelungen für die Verjährungsfrist», *NJW*, 2002, pp. 1297 ss.

¹⁶² Un *Leitmotiv* del legislador según HEß, *op. cit.*, p. 254.

¹⁶³ Sobre la posibilidad de elección de la normativa aplicable, aunque es admisible no es aconsejable a juicio de HEß, *op. cit.*, p. 255.

¹⁶⁴ En particular, HEß, *op. cit.*, p. 256.

prende todas sus fases (constitución, modificación, ejecución y extinción) ¹⁶⁵.

VII. PRIMERA VALORACIÓN

Es muy pronto todavía para hacer una valoración auténtica de la Ley de Modernización de Derecho de Obligaciones, de 1 de enero de 2002. Cualquier valoración que podemos hacer ahora mismo sólo puede ser aproximada, sobre todo cuando la hacemos desde fuera, como en el presente caso ¹⁶⁶. La valoración, además, sólo puede ser personal, por lo que poca trascendencia va a tener, por no decir ninguna. Aun así me atrevo a hacer unas breves consideraciones, algunas de las cuales aparecen expresa o veladamente expuestas en la presente exposición de la Reforma 2002.

Mi postura no puede ser otra que valorar muy positivamente la reforma emprendida por el legislador alemán. Me parece una reforma realmente interesante que trata de poner las cosas en su sitio. También la calificaría de oportuna y necesaria para el sistema jurídico privado alemán. Había que poner fin, de alguna manera, al aluvión de leyes especiales que empezaban a aflorar en el ámbito del Derecho contractual en detrimento del BGB. En vez de mirar al instrumento de la ley especial para articular, así, un conjunto de reglas específicas sólo porque una de las partes es consumidor, o de pensar por una vez en un verdadero Código de consumo para sistematizar el Derecho de los consumidores, se optó por un camino de recuperación del BGB como el verdadero centro del ordenamiento jurídico privado alemán. Esto supone un auténtico acto de creencia en el BGB, en la codificación y en el Derecho privado ¹⁶⁷.

También me parece una reforma muy valiente. No es fácil abordar una reforma con tanta profundidad como se ha hecho en la presente Ley. Tocar instituciones tan importantes como la prescripción, el incumplimiento de las obligaciones (la contravención de la

¹⁶⁵ HEB, *op. cit.*, p. 255.

¹⁶⁶ No digamos ya cuando se quiere valorar su impacto en otros sectores jurídicos, como p. e., el mercantil, procesal o internacional privado.

Sobre su incidencia en el Derecho laboral, pueden ser de ayuda los artículos de JOUSEN, «Arbeitsrecht und Schuldrechtsreform», *NZA*, 2001, pp. 745 ss., y de LÖWISCH, «Zweifelhafte Folgen des geplanten Leistungsstörungenrechts für das Arbeitsvertragsrecht», *NZA*, 2001, pp. 465 ss.

¹⁶⁷ Sobre una opción en España, puede consultarse mi trabajo «La integración del derecho de consumo contractual en el Código civil: ¿una simple entelequia jurídica o algo más?, en el *Libro Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, en prensa.

prestación), la compraventa y el contrato de obra en una misma ley requiere un acto de valentía, un acto político de mucha envergadura, que necesitaba algo más que la mera exigencia de la trasposición de varias directivas comunitarias al ordenamiento jurídico alemán. Me atrevo a decir que hubo un marketing muy bien planeado. El apoyo de juristas importantes y expertos en Derecho de obligaciones, como Medicus, Canaris o H. P. Westermann, permitió seguramente lanzar una reforma de amplio horizonte. Se supo a lo largo de la preparación del texto legal crear un ambiente que era bastante favorable a una reforma extensa del Derecho de obligaciones, con la implicación sobre todo de los juristas universitarios. Se puede decir, con todo el peligro que encierra, que es una reforma muy «profesoral». Pero también lo fueron los trabajos preparatorios de la reforma del BGB de los años ochenta y noventa del siglo xx.

Se trata, además, de una reforma muy inteligente. Se ha sabido acoplar adecuadamente el Derecho de prescripción, el régimen jurídico de la contravención de la prestación, la compraventa y el contrato de obra. Con la Reforma 2002, se ha logrado una mejor sistematización del régimen jurídico de la contravención de la prestación, donde la lesión del deber ocupa un lugar central. Al mismo tiempo, se ha logrado insertar los vicios de la compraventa y del contrato de obra en el sistema general de la contravención de la prestación. Los vicios constituyen, a partir de ahora, casos de contravención de la prestación, si bien con algunas reglas específicas en atención a los intereses propios de la compraventa y del contrato de obra. No podía faltar la reforma del Derecho de prescripción. Mientras que los plazos de las pretensiones se han unificado sensiblemente, fijando el plazo de tres años como plazo ordinario, se han alargado los plazos para garantizar los derechos del comprador y del comitente.

Es una reforma con miras amplias. El Derecho de obligaciones no puede quedar reducido a instituciones nacionales. Esto lo ha percatado perfectamente el legislador alemán que ha optado claramente por la europeización e internacionalizar de su sistema general de obligaciones y contratos. La incorporación en el BGB de principios y de reglas de textos internacionales y europeos va a ser seguramente positivo para la evolución del Derecho patrimonial alemán. Como se ha señalado en la introducción, el BGB es, a partir de la Reforma 2002, mucho más europeo¹⁶⁸ y más internacional.

¹⁶⁸ INFANTE RUIZ comparte también esta idea cuando habla en el último capítulo de la europeización del Derecho privado, *op. cit.*, pp. 170-171.

Implica una ruptura –necesaria según el legislador alemán– con las cadenas nacionales.

A partir de ahora, los que trabajamos el Derecho alemán nos vamos a tener que acostumbrar a nuevas futuras reformas dentro del BGB.

También en nuestro sistema jurídico debería llegar la hora de modernizar el Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB puede ser, en este sentido, una buena referencia.

Traducción de la Reforma 2002 del BGB *

MARÍA LUISA VIVES MONTERO **

SECCIÓN 5

Prescripción

TÍTULO 1

OBJETO Y DURACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

§ 194

Objeto de la prescripción

(1) El derecho a exigir un acto o una omisión de otro (pretensión) se extingue por prescripción.

(2) Las pretensiones que surjan de una relación jurídico-familiar no están sujetas a prescripción en tanto tengan como fin establecer el futuro del estado correspondiente a la relación.

§ 195

Período ordinario de prescripción

El período ordinario de prescripción es de tres años.

§ 196

Período de prescripción para derechos sobre bienes inmuebles

Las pretensiones de transmisión de la propiedad sobre un inmueble así como de constitución, transmisión o cancelación de

* Esta traducción ha sido financiada por el Grupo de Investigación del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Granada. Traducción revisada por K. J. Albiez Dohrmann.

** M.^a Luisa Vives Montero es licenciada en Derecho por la Universidad de Granada, en la que ha realizado también los cursos de Doctorado. Actualmente, ejerce como Procuradora de los Tribunales en Granada y es Secretaria del Consejo Andaluz de Colegios de Procuradores de los Tribunales.

un derecho sobre el mismo o la modificación del contenido de esos derechos y las pretensiones sobre la contraprestación, prescriben a los diez años.

§ 197

Período de prescripción de treinta años

- (1) Prescriben a los treinta años, salvo disposición en contrario,
 1. las pretensiones de restitución por derecho de propiedad y otros derechos reales,
 2. las pretensiones sobre derechos familiares y hereditarios,
 3. las pretensiones que tengan calificación de cosa juzgada,
 4. las pretensiones que dimanen de una transacción ejecutiva o de un título ejecutivo, y
 5. las pretensiones que hayan causado ejecutoria mediante declaración recaída en un procedimiento de insolvencia.

(2) En tanto las pretensiones recogidas en el apartado 1, número 2, tengan como contenido prestaciones que sean periódicas o prestaciones alimenticias y que las pretensiones recogidas en el apartado 1, números 3 a 5, tengan como contenido prestaciones periódicas y vencederas en el futuro, regirá, en vez de la prescripción de treinta años años, el período ordinario de prescripción.

§ 198

Prescripción en caso de sucesión entre vivos

Si una cosa entra en posesión de un tercero como consecuencia de una adquisición derivativa..... traslativa, habiendo sobre ella una pretensión real, el tiempo de prescripción transcurrido durante la posesión del predecesor se cuenta para el adquirente.

§ 199

Comienzo del período ordinario de prescripción y plazo máximo

- (1) El período ordinario de prescripción comienza con la terminación del año en el cual
 1. ha nacido la pretensión, y
 2. el acreedor adquiere conocimiento, o debiera adquirirlo sin culpa grave, de las circunstancias que sirven

de fundamento a la pretensión y de la persona del deudor.

(2) Las pretensiones de resarcimiento de daños que se funden en la vulneración del derecho a la vida, lesiones corporales, quebrantamiento del derecho a la salud o la libertad, prescriben, sin tener en cuenta su origen y el conocimiento o desconocimiento por culpa grave, a las treinta años a partir de la comisión del acto, de la lesión del deber o, en cualquier caso, del acontecimiento que produce el daño.

(3) Las demás pretensiones de resarcimiento de daños prescriben

1. sin tener en cuenta su conocimiento o desconocimiento por culpa grave, a los diez años de su comienzo, y
2. sin tener en cuenta su origen y el conocimiento o desconocimiento por culpa grave, a los treinta años de la comisión del acto, de la lesión del deber o en cualquier caso, del acontecimiento que produce el daño.

Será de aplicación preferente el período que termina antes.

(4) Otras pretensiones de resarcimiento de daños prescriben, sin tener en cuenta su conocimiento o desconocimiento por culpa grave, a las diez años de su comienzo.

(5) Si la pretensión versa sobre una omisión, se tendrá en cuenta en vez del nacimiento de la pretensión, el momento de la acción en contrario.

§ 200

Comienzo de otros períodos de prescripción

El plazo de prescripción de las pretensiones que no estén sometidas al período ordinario de prescripción comienza con el nacimiento de la pretensión, en tanto no se haya previsto otro inicio para la misma. Aquí es de aplicación el § 199, apartado 5.

§ 201

Comienzo del período de prescripción de las pretensiones legalmente fijadas

La prescripción de las pretensiones recogidas en el § 197, apartado 1, números 3 al 5, comienza a contar desde la firmeza de la resolución, la creación del título ejecutivo o la declaración en el proce-

dimiento de insolvencia, pero no antes del nacimiento de la pretensión. Aquí es de aplicación el § 199, apartado 5.

§ 202

Inadmisibilidad de acuerdos sobre la prescripción

(1) Para el supuesto de responsabilidad por dolo, la prescripción no puede ser reducida anticipadamente por medio de un negocio jurídico.

(2) La prescripción no puede ser agravada en virtud de un negocio jurídico cuando se trata de un plazo mayor del de treinta años previsto por la ley.

TÍTULO 2

SUSPENSIÓN, TRANCURSO DE LA SUSPENSIÓN Y NUEVO COMIENZO DE LA PRESCRIPCIÓN

§ 203

Suspensión de la prescripción por medio de negociaciones

Si existen negociaciones pendientes entre el deudor y el acreedor sobre la pretensión o sobre las circunstancias que sirven de base a la pretensión, se suspende la prescripción hasta que una u otra parte se negare a continuarlas. La prescripción no volverá a correr hasta transcurridos tres meses desde el final de la suspensión.

§ 204

Suspensión de la prescripción por medio de reclamación jurídica

- (1) La prescripción se suspende por medio de
1. presentación de demanda para exigir la prestación o para la declaración de la pretensión, para la obtención de la cláusula ejecutiva o para la dispensa de sentencia ejecutoria,
 2. la notificación de la solicitud en el procedimiento simplificado sobre manutención del menor,
 3. la notificación de una orden de pago en el procedimiento monitorio,
 4. la puesta en conocimiento de que se va a presentar demanda ante un tribunal de amigables componedores creado o reconocido por la administración de jus-

ticia del Estado federado (Land) o bien, cuando las partes inicien de común acuerdo el intento de conciliación ante otro tribunal de amigables componedores que se dedique al arreglo de controversias, su presentación. Si se produce la comunicación después de presentada la solicitud, la suspensión de la prescripción se producirá desde el momento de la presentación de aquella,

5. la reclamación de la compensación de la pretensión en el proceso,
6. la notificación de la querrela,
7. la notificación de solicitud para exigir un procedimiento probatorio independiente.
8. el comienzo de un procedimiento acordado para dictámen pericial o el encargo hecho a un perito en el procedimiento según el § 641 a,
9. la notificación de la solicitud de levantamiento de embargo, sea por mandamiento provisional o por medida cautelar, o en caso de que la solicitud no sea notificada, su presentación, cuando el mandamiento de embargo, provisional o como medida cautelar, sea notificado al deudor dentro del plazo de un mes desde su comunicación o notificación al acreedor,
10. el anuncio de la pretensión en un procedimiento de insolvencia o en el procedimiento jurídico-marítimo de reparto,
11. el comienzo del procedimiento de arbitraje,
12. la presentación de la solicitud ante un órgano administrativo, cuando la admisibilidad de la demanda dependa de la decisión previa de ese órgano administrativo y la demanda se presente dentro de los tres meses siguientes a la resolución de la solicitud, siendo esto aplicable tanto a las demandas presentadas ante un tribunal judicial como ante un tribunal de amigables componedores de los recogidos en el número 4, cuya admisibilidad dependa de la decisión previa del órgano administrativo,
13. la presentación de la solicitud ante un tribunal superior, cuando tenga que decidir el tribunal competente y la demanda sea presentada dentro de los tres meses siguientes a la resolución de la solicitud o se presente una solicitud para la cual todavía tenga que decidirse la jurisdicción competente, y

14. la comunicación de la primera solicitud para concesión de ayuda a gastos procesales. Si se produce la comunicación con posterioridad a la presentación de la solicitud, entonces comienza ya a correr la suspensión con su presentación.

(2) La suspensión de la prescripción, según apartado 1, finaliza a los seis meses de ser firme el fallo recaído en el procedimiento, o cualquier otra resolución que ponga fin al mismo. Si el procedimiento se paraliza por falta de impulso de las partes, se tendrá en cuenta para su terminación el último acto procesal de las partes, del juzgador o de cualquier otro órgano que se ocupara del procedimiento. La suspensión de la prescripción comienza a transcurrir de nuevo cuando una de las partes impulse el procedimiento.

(3) Para el plazo previsto en el apartado 1, números 9, 12 y 13, son de aplicación los §§ 206, 210 y 211.

§ 205

Suspensión de la prescripción por el derecho a denegar la prestación

La prescripción se suspende en tanto el deudor esté facultado para denegar temporalmente la prestación mediante un acuerdo alcanzado con el acreedor.

§ 206

Suspensión de la prescripción por causa de fuerza mayor

La prescripción se suspende siempre que el acreedor haya estado impedido por causa de fuerza mayor durante los últimos seis meses del plazo de prescripción para iniciar una reclamación jurídica.

§ 207

Suspensión de la prescripción por motivos familiares y otras causas análogas

(1) La prescripción de pretensiones entre los cónyuges se suspende mientras exista el matrimonio. Lo mismo rige para pretensiones entre:

1. parejas de hecho, mientras dure la relación,
2. padres e hijos y el cónyuge de uno de los padres y los hijos de éste, durante la minoría de edad de los hijos,
3. el tutor y el pupilo, durante el tiempo que dure la tutela,

4. el asistente y el asistido, durante el tiempo que dure la relación de asistencia, y
5. el curador y el pupilo sujeto a curatela, durante el tiempo que dure la curatela.

La prescripción de los derechos del niño frente a la persona que ejerce la patria potestad está suspendida durante el tiempo que dure la misma.

(2) El § 208 se mantiene sin modificar

§ 208

Suspensión de la prescripción de pretensiones por violación del derecho a la libertad sexual

La prescripción de pretensiones por violación del derecho a la libertad sexual se suspende hasta que el titular tenga veintiún años cumplidos. Si el acreedor de la pretensión por violación del derecho a la libertad sexual viviese en comunidad con el deudor al comenzar la prescripción, entonces se suspende la prescripción hasta que finalice la convivencia.

§ 209

Efecto de la suspensión

El período de tiempo durante el cual se suspende la prescripción, no se computa en el plazo de la prescripción.

§ 210

Transcurso de la suspensión en casos de capacidades no plenas

(1) Si una persona sin capacidad de contratar o con dicha capacidad no plena no tuviese representante legal, no empezará a correr la prescripción a su favor o en su contra antes del transcurso de seis meses desde el momento en que la persona vuelva a ser plenamente capaz para contratar o se subsane la falta de representación. Si el plazo de prescripción fuese de menos de seis meses, entonces se tendrá en cuenta el tiempo previsto para la prescripción en lugar de esos seis meses.

(2) El apartado 1 no será de aplicación cuando una persona con capacidad no plena tenga capacidad procesal.

§ 211

Transcurso de la suspensión en caso de herencia

La prescripción de una pretensión relativa a un caudal relicto, a su favor o en su contra, no empezará a correr antes del transcurso

de seis meses desde el momento en que la herencia sea aceptada por el heredero o se haya iniciado un proceso de insolvencia sobre la herencia o bien se haga valer esa pretensión por un representante legal o pueda hacerse valer contra él. Si el plazo de prescripción fuese más breve de seis meses, se aplica el período previsto en lugar de esos seis meses.

§ 212

Nuevo comienzo de la prescripción

- (1) La prescripción empieza a correr nuevamente cuando
 1. el deudor reconoce su derecho al acreedor mediante pago a cuenta, pago de intereses, prestación de garantía o de cualquier otra forma, o bien
 2. se inicie o se solicite acto de ejecución por vía judicial o administrativa.

(2) El nuevo comienzo de la prescripción como consecuencia de un acto de ejecución no se tendrá por efectuado cuando dicho acto sea suspendido a petición del acreedor o por falta de los presupuestos legalmente exigibles.

(3) El nuevo comienzo de la prescripción mediante solicitud de adopción de un acto de ejecución no se tendrá por efectuado cuando la solicitud no prospere o se retire la misma antes del acto de ejecución o se suspenda ésta en virtud de lo previsto en el apartado 2.

§ 213

Suspensión, transcurso de la suspensión y nuevo comienzo de la prescripción para otras pretensiones

La suspensión, el transcurso de la suspensión y el nuevo comienzo de la prescripción se aplicarán también a las pretensiones que por el mismo motivo se otorguen, alternativamente, con carácter accesorio a la pretensión principal o en su lugar.

TÍTULO 3

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA PRESCRIPCIÓN

§ 214

Efecto de la prescripción

- (1) Una vez transcurrida la prescripción, el deudor tiene derecho a negar la prestación.

(2) La prestación hecha para satisfacción de un derecho prescrito, no tiene acción de restitución, aunque se haya realizado por desconocimiento de la prescripción. Lo mismo regirá para un reconocimiento contractual o la prestación de una garantía por parte del deudor.

§ 215

Compensación y derecho de retención después del inicio de la prescripción

La prescripción no excluye la compensación ni la reclamación de un derecho de retención cuando la pretensión todavía no haya prescrito en el momento en que por primera vez se pudo compensar o denegar la prestación.

§ 216

Efecto de la prescripción sobre derechos garantizados

(1) La prescripción de una pretensión garantizada con una hipoteca, una hipoteca naval o un derecho de prenda no impide al acreedor obtener su satisfacción mediante el objeto gravado.

(2) Si para garantizar una pretensión se ha proporcionado un derecho, no puede exigirse la restitución del mismo por prescripción de la pretensión. Si se ha reservado la propiedad, se puede producir la resolución del contrato incluso cuando el derecho garantizado haya prescrito.

(3) Los apartados 1 y 2 no son de aplicación a la prescripción del derecho a percibir intereses y otras prestaciones periódicas.

§ 217

Prescripción de prestaciones accesorias

Con la pretensión principal prescribe la pretensión a percibir prestaciones accesorias pendientes, incluso cuando la prescripción especialmente prevista para ésta última todavía no se haya producido.

§ 218

Ineficacia de la resolución

(1) La resolución por no cumplimiento o cumplimiento de la prestación no conforme al contrato es ineficaz cuando la pretensión de la prestación o la pretensión del cumplimiento posterior haya prescrito y el deudor se basa en ello. Lo mismo regirá cuando el

deudor según el § 275 apartados 1 al 3, § 439, apartado 3, o § 635, apartado 3, no necesite realizar la prestación y hubiese prescrito la pretensión de la prestación o la pretensión del cumplimiento posterior de la misma. El § 216, apartado 2, inciso 2, permanece sin modificar.

(2) El § 214, apartado 2, es aquí de aplicación.

4. El § 241 se modifica como sigue:

- a) El texto anterior de la norma se convierte en apartado 1.
- b) Se introduce el apartado siguiente :

«(2) El contenido de la relación obligatoria puede obligar a que cada parte tenga en consideración los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte.»

4 a. El § 244, apartado 1, se redacta como sigue:

«(1) Si se expresa una deuda dineraria pagadera dentro del país en una moneda distinta al euro, se podrá efectuar su pago en euros, salvo que expresamente se acuerde el pago en otra moneda diferente.»

5. Después del § 246 se introduce el siguiente § 247:

§ 247

Tipo básico de interés

(1) El tipo básico de interés será el 3,62 por 100. Éste se ajustará el día 1 de enero y 1 de julio de cada año por el porcentaje según el cual haya subido o bajado el índice de referencia desde la última variación del tipo básico de interés. El índice de referencia es el tipo de interés aplicado para la más reciente operación principal de refinanciación del Banco Central Europeo, inmediatamente anterior al primer día del calendario del correspondiente semestre.

(2) El Banco Central alemán publicará la Gaceta Federal, con carácter inmediato en cada uno de los momentos recogidos en el apartado 1, inciso 2, el tipo básico de interés vigente.

6. Los §§ 275 y 276 quedan redactados de la forma siguiente:

§ 275

Exclusión del deber de prestación

(1) La pretensión de recibir una prestación queda excluida en tanto ésta sea imposible para el deudor o para cualquier otra persona.

(2) El deudor puede denegar la prestación siempre que ésta exija un gasto que, teniendo en consideración el contenido de la relación obligatoria y la buena fe, resulte desproporcionado respecto al interés que sobre el cumplimiento de la prestación pueda tener el acreedor. Para la determinación de las exigencias al deudor también deberá tenerse en cuenta si el deudor es responsable del impedimento de la prestación.

(3) Además, puede el deudor denegar la prestación cuando él tenga que realizarla personalmente y la misma no pueda serle exigida teniendo en cuenta los obstáculos que se opongan a su realización frente al interés que el acreedor pueda tener en el cumplimiento de la misma.

(4) Los derechos del acreedor se regirán por los §§ 280, 283 a 285, 311a y 326.

§ 276

Responsabilidad del deudor

(1) El deudor es responsable por dolo y por culpa cuando no esté determinada una responsabilidad, mayor o menor ni se derive de cualquier otro contenido de la relación obligatoria, en particular de la asunción de una garantía o de un riesgo de suministro. Las prescripciones de los §§ 827 y 828 son aquí de aplicación.

(2) La culpa existe cuando no se haya tenido en cuenta el cuidado normalmente exigible en el tráfico.

(3) El deudor no puede ser liberado anticipadamente de la responsabilidad por dolo.

7. En el § 278 frase 2 se sustituye la expresión «§ 276, apartado 2», por la expresión «§ 276, apartado 3».

8. Se deroga el § 279.

9. Los §§ 280 a 288 quedan redactados como sigue:

§ 280

Indemnización de daños por lesión del deber

(1) Si el deudor lesiona un deber de la relación obligatoria, puede el acreedor solicitar indemnización por el daño producido. Pero lo dicho anteriormente no será de aplicación cuando el deudor no sea responsable de la lesión del deber.

(2) La indemnización de daños por retraso en el cumplimiento de la prestación sólo puede solicitarla el deudor según los presupuestos adicionales del § 286.

(3) La indemnización de daños en sustitución del cumplimiento de la prestación solamente la puede solicitar el deudor según los presupuestos adicionales de los §§ 282 o 283.

§ 281

Indemnización de daños en sustitución de la prestación por el no cumplimiento de la misma o por no ser conforme a lo debido

(1) Cuando el deudor no realice una prestación vencida o no sea realizada conforme a lo debido, podrá el acreedor solicitar, según los presupuestos establecidos en el § 280, apartado 1, la indemnización de daños en lugar de la prestación, si éste hubiese otorgado sin éxito al deudor un plazo razonable para realizar la prestación o para su cumplimiento posterior. Si el deudor hubiese efectuado una prestación parcial, sólo podrá el acreedor solicitar indemnización de daños en lugar de la prestación total si no tiene ningún interés en la prestación parcial. Si el deudor hubiese realizado la prestación no conforme a lo debido, no podrá el acreedor solicitar indemnización de daños en lugar de la prestación, cuando la lesión del deber no sea de consideración.

(2) No será necesario fijar un término cuando el deudor denegare la prestación seria y definitivamente o cuando se den circunstancias especiales que, teniendo en cuenta el interés de ambas partes, justifiquen la inmediata reclamación del derecho a indemnización por daños.

(3) Si no se pudiera tomar en consideración la fijación de un término por el tipo de lesión del deber, se sustituirá por un requerimiento.

(4) La pretensión de la prestación queda excluida tan pronto como el acreedor haya solicitado la indemnización de daños.

(5) Si el acreedor reclamara indemnización de daños en lugar de la prestación total, podrá el deudor exigir la restitución de lo cumplido según los §§ 346 a 348.

§ 282

Indemnización de daños en lugar de la prestación por lesión del deber según § 241, apartado 2

Si el deudor lesiona un deber de prestación según lo establecido en el § 241, apartado 2, el acreedor podrá, según los presupuestos del § 280, apartado 1, solicitar indemnización de daños en lugar de la prestación, cuando ésta no sea ya exigible al deudor.

§ 283

Indemnización de daños en lugar de la prestación en caso de exclusión del deber de prestación

Si el deudor no tiene que realizar la prestación conforme a lo dispuesto en el § 275, apartados 1 al 3, podrá el acreedor solicitar, según los presupuestos establecidos en el § 280, apartado 1, indemnización de daños en lugar del cumplimiento. Aquí será de aplicación lo previsto en el § 281, apartado 1, incisos, 2 y 3, y apartado 5.

§ 284

Resarcimiento por gastos infructuosos

En lugar de la indemnización de daños, el acreedor podrá solicitar el resarcimiento de gastos infructuosos que hubiese hecho bajo la confianza de recibir la prestación y que sería justo pedir, excepto que su finalidad tampoco se hubiera alcanzado sin la lesión del deber por parte del deudor.

§ 285

Entrega del resarcimiento

(1) Si el deudor obtuviese, por circunstancias en cuya virtud ya no esté obligado a cumplir su prestación según el § 275, apartados 1 al 3, un resarcimiento por la cosa debida o una pretensión de resarcimiento, el acreedor podrá solicitar la entrega de lo recibido como resarcimiento o la cesión de la pretensión de resarcimiento.

(2) Si el acreedor pudiese solicitar indemnización de daños en lugar de la prestación, se reducirá la misma cuando haga uso del derecho recogido en el apartado 1, por el valor del resarcimiento obtenido o de la pretensión de resarcimiento.

§ 286

Mora del deudor

(1) Si el deudor no realiza la prestación tras el requerimiento del acreedor, efectuado después del vencimiento, incurre aquél en mora desde dicho requerimiento. Al requerimiento se equiparan la presentación de la demanda que tenga por objeto la prestación y la notificación de la orden de pago en el proceso monitorio.

- (2) No se precisará el requerimiento cuando:
1. Se haya fijado un día del calendario para la prestación;
 2. se haya previsto un aviso y un tiempo prudencial para la prestación, de forma que la misma se pueda computar en virtud del calendario a partir del momento en que se produce el aviso;
 3. el deudor se niegue seria y definitivamente a realizar la prestación;
 4. por motivos especiales, teniendo en cuenta los intereses de ambas partes, esté justificado el inmediato comienzo de la mora.

(3) El deudor en un crédito remuneratorio incurrirá a lo más tardar en mora cuando no cumpla la prestación dentro de los treinta días siguientes al vencimiento y la recepción de la factura o liquidación equivalente. Esta norma será aplicable al deudor que sea consumidor solamente si se le informara de dichas consecuencias en la factura o liquidación. Cuando el momento de presentación de la factura o liquidación sea incierto, incurrirá en mora el deudor que no sea consumidor, como muy tarde, a los treinta días del vencimiento y de la recepción de la contraprestación.

(4) El deudor no incurre en mora en tanto el cumplimiento de la prestación no tenga lugar como consecuencia de una circunstancia de la que él no sea responsable.

§ 287

Responsabilidad durante la mora

El deudor es responsable por cualquier negligencia durante el tiempo que esté en mora. Responde de la prestación incluso por caso fortuito, excepto que el daño también se hubiera producido de haber cumplido la prestación a tiempo.

§ 288

Intereses de demora

(1) La deuda dineraria está sujeta a intereses de demora. El porcentaje del tipo de interés de demora anual será cinco puntos porcentuales más alto que el porcentaje del tipo de interés básico.

(2) En los negocios jurídicos en los que no sea parte un consumidor, el tipo de interés de demora para deudas remuneratorias será ocho puntos porcentuales más alto que el tipo básico de interés.

(3) El acreedor podrá, por otros motivos legales, solicitar intereses más altos.

(4) No queda excluida la reclamación de un daño mayor.

10. En § 291, frase 2, se sustituye la expresión «288, apartado 1», por la expresión «§ 288, apartado 1, inciso 2, apartado 2, apartado 3».

11. El § 296 queda redactado como sigue:

§ 296

Innecesariedad de la oferta

Si se hubiera previsto una fecha del calendario para que el acreedor realice un acto, entonces se exige una oferta solamente si el acreedor realiza el acto en el momento debido. Lo mismo rige cuando el acto se haga depender de un aviso precedente y el transcurso de un tiempo prudencial, de tal modo que, a partir del aviso, se pueda hacer el cómputo por el calendario.

12. Antes del título 2 del libro 2 se introduce el siguiente título:

TÍTULO 2

CONFIGURACIÓN DE RELACIONES OBLIGATORIAS NEGOCIALES MEDIANTE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

§ 305

Incorporación al contrato de condiciones generales de la contratación

(1) Son condiciones generales de la contratación todas aquellas cláusulas contractuales predisuestas para una pluralidad de contratos que una parte (predisponente) impone a la otra en el momento de la celebración del contrato. Es irrelevante que las cláusulas constituyan una parte del contrato formalmente separada o estén recogidas en el documento contractual mismo, la extensión que tengan, el tipo de escritura en que estén redactadas y la forma que el contrato tenga. No hay condiciones generales de la contratación cuando las cláusulas contractuales hayan sido negociadas individualmente por las partes.

(2) Las condiciones generales de la contratación sólo formarán parte del contrato cuando el predisponente en el momento de celebración del mismo:

1. haga una referencia expresa a ellas a la contraparte o bien las exhiba de manera claramente visible en el lugar de celebración del contrato cuando la referencia expresa sólo sea posible con dificultades desproporcionadas a causa del modo de celebración del contrato, y
2. facilite a la otra parte la posibilidad razonable de tener conocimiento de su contenido, incluso tomando en consideración de forma apropiada una posible minusvalía de la contraparte que el predisponente pueda reconocer, y cuando la otra parte esté conforme con su vigencia.

(3) Las partes contratantes podrán acordar anticipadamente, para un determinado tipo de negocios jurídicos, la vigencia de determinadas condiciones generales de la contratación, siempre que se cumplan los requisitos del apartado 2.

§ 305 a

Incorporación en casos especiales

Incluso sin tomar en consideración los requisitos recogidos en el § 305, apartado 2, números 1 y 2, podrán ser incorporadas, si la otra parte está conforme con su vigencia:

1. las tarifas de ferrocarril permitidas por aprobación de los órganos de tráfico competentes o por medio de acuerdos internacionales y sus reglamentos de aplicación y las condiciones de transporte de tranvías, trolebuses y demás vehículos de línea regular aprobadas de conformidad con la Ley de Transporte de Viajeros;
2. las condiciones generales de la contratación publicadas en el boletín oficial de los organismos administrativos para la regulación de Correos y Telecomunicaciones y puestas a disposición en los establecimientos del predisponente:
 - a) en los contratos de transporte que se realicen fuera de los locales del establecimiento dejando los envíos postales en el buzón;
 - b) en los contratos sobre prestación de servicios de Telecomunicación, Información y otros Servicios que sean realizados inmediatamente empleando medios de

comunicación a distancia y cumpliendo una prestación de servicio de telecomunicación a la vez, cuando las condiciones generales de la contratación sólo puedan ser dadas a conocer a la contraparte con grandes dificultades antes de concluir el contrato.

§ 305 b

Prevalencia de los acuerdos individuales

Los acuerdos individuales prevalecerán sobre las condiciones generales de la contratación.

§ 305 c

Cláusulas sorprendentes y ambiguas

(1) No se considerarán incluidas en el contrato aquellas cláusulas de las condiciones generales de la contratación que, en atención a las circunstancias, en especial en atención a la apariencia externa del contrato, resulten tan insólitas que la contraparte del predisponente no hubiera podido contar con ellas.

(2) Las dudas en la interpretación de las condiciones generales de la contratación perjudicarán al predisponente.

§ 306

Consecuencias jurídicas en caso de no incorporación e ineficacia

(1) Si todas o algunas de las condiciones generales de la contratación no forman parte del contrato o resultan ineficaces, éste mantendrá su eficacia en lo demás.

(2) En la medida en que las cláusulas no formen parte del contrato o resulten ineficaces, el contenido del contrato se regirá por las disposiciones legales.

(3) El contrato será ineficaz cuando su subsistencia, incluso con la modificación prevista en el apartado 2, represente una carga irrazonable para una de las partes.

§ 306 a

Prohibición de eludir la normativa

Las disposiciones del presente título serán de aplicación aun cuando se eludan mediante cualquier otra configuración contractual.

§ 307*Control de contenido*

(1) Las cláusulas de las condiciones generales de la contratación contrarias a la buena fe son ineficaces si perjudican de forma indebida a la contraparte del predisponente. Un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula esté redactada de forma no clara e incomprensible.

(2) En caso de duda, se presume un perjuicio indebido cuando la cláusula:

1. no sea compatible con los principios esenciales de la regulación legal de la que difiere, o
2. se limiten derechos y obligaciones esenciales inherentes a la naturaleza del contrato, de tal manera que se ponga en peligro la consecución de la finalidad del mismo.

(3) Los apartados 1 y 2, así como los §§ 308 y 309, sólo serán aplicables a las cláusulas de las condiciones generales de la contratación a través de las cuales se acuerdan regulaciones que difieran de las disposiciones legales o esta regulación complementaria. Otras cláusulas pueden ser ineficaces por aplicación del apartado 1, inciso 2, en relación con el apartado 1, inciso 1.

§ 308*Cláusulas prohibidas con posibilidad de valoración*

En las condiciones generales de contratación será, en particular, ineficaz:

1. (Plazo de aceptación y cumplimiento de la prestación)
la cláusula mediante la cual el predisponente reserve plazos indebidamente amplios o no suficientemente determinados para la aceptación o el rechazo de una oferta o para el cumplimiento de la prestación; queda exceptuada la reserva de no cumplir la prestación antes del transcurso del plazo de revocación o de devolución según los §§ 355, apartados 1 y 2, y 356;
2. (Nuevo plazo)
la cláusula mediante la cual el predisponente, a diferencia de lo previsto por las disposiciones legales, se reserve una ampliación indebidamente larga o no suficientemente determinada de la prórroga para el cumplimiento de la prestación por su parte;

3. (Facultad resolutoria)
la estipulación del derecho del predisponente a liberarse de la prestación debida sin motivo objetivamente justificado y especificado en el contrato; lo anterior no será de aplicación a las relaciones obligatorias duraderas;
4. (Facultad de modificación)
la estipulación según la cual el predisponente tiene derecho a cambiar o alterar la prestación comprometida, si dicha estipulación sobre cambio o alteración, aun considerando los intereses del predisponente, no es razonable para la otra parte;
5. (Declaraciones supuestas)
la cláusula según la cual se presume emitida o no una declaración de la contraparte del predisponente relativa a la realización u omisión de una determinada conducta, salvo que:
 - a) se conceda a la contraparte un plazo adecuado para la emisión de una declaración expresa, y
 - b) el predisponente se obligue a indicar específicamente a la contraparte, al inicio del plazo, la significación atribuida a su conducta;esto no es aplicable a los contratos en los que se incorpore en su totalidad la parte B del Reglamento de Adjudicación de Obras;
6. (Presunción de recepción)
la cláusula que prevea que una declaración de especial significación del predisponente se presume recibida por la otra parte;
7. (Terminación del contrato)
la cláusula según la cual, en caso de resolución o denuncia del contrato por la contraparte, el predisponente puede exigir:
 - a) una compensación indebidamente elevada por el disfrute o el uso de una cosa o de un derecho o por las prestaciones recibidas o
 - b) una indemnización por gastos indebidamente elevada;
8. (No disponibilidad de la prestación)
la estipulación de la facultad resolutoria del predisponente permitida en el número 3, a liberarse del deber de cumplimiento del contrato en caso de no ser disponible la prestación, cuando el predisponente no se obligue:
 - a) a informar inmediatamente de la no disponibilidad de la prestación a la contraparte, y

- b) ofrecer inmediatamente otras contraprestaciones a la contraparte.

§ 309

Cláusulas prohibidas sin posibilidad de valoración

Incluso cuando esté permitida una desviación de las disposiciones legales, en las condiciones generales de la contratación son ineficaces:

1. (Incremento de precios en un plazo breve)
la cláusula que prevea un incremento del precio por mercancías o prestaciones que deban ser suministradas o realizadas dentro de los cuatro meses siguientes a la celebración del contrato; lo dicho anteriormente no será de aplicación en caso de mercancías o prestaciones que deban ser suministradas o realizadas en el marco de una relación obligatoria duradera;
2. (Excepción de incumplimiento)
la cláusula mediante la cual:
 - a) se excluya o se limite la excepción de incumplimiento de la que, con arreglo al § 320, puede hacer uso la contraparte del predisponente, o
 - b) se excluya o se limite el derecho de retención de la contraparte del predisponente en tanto en cuanto derive de la misma relación contractual, en particular, cuando se haga depender del reconocimiento de vicios por parte del predisponente;
3. (Prohibición de compensación)
la cláusula mediante la cual se prive a la contraparte del predisponente de la facultad de compensar un crédito no litigioso o considerado firme;
4. (Interpelación, fijación de plazo)
la cláusula mediante la cual el predisponente se libre de su obligación legal a interperlar a la otra parte o de señalar a ésta un nuevo plazo para la prestación o su cumplimiento posterior;
5. (Reclamaciones a tanto alzado por daños)
la estipulación a favor del predisponente del derecho a una suma a tanto alzado por daños o por disminución del valor, si:
 - a) la cantidad a tanto alzado supera los daños previsibles de acuerdo con el curso normal de los aconteci-

mientos o la disminución del valor que se produce normalmente, o

- b) no se permite expresamente a la otra parte contratante probar que en modo alguno se ha producido un daño o una disminución de valor o que éstos son sensiblemente inferiores a la cantidad a tanto alzado;

6. (Cláusula penal)

la estipulación mediante la cual se promete al predisponente el pago de una pena para el caso de no recepción o de recepción tardía de la prestación, de mora en el pago o para el caso de que la otra parte resuelva el contrato;

7. (Exclusión de responsabilidad por lesión del derecho a la vida, daño corporal o daño a la salud y por culpa grave):

- a) (Lesión del derecho a la vida, daño corporal o daño a la salud)

la exclusión o la limitación de responsabilidad por daños derivados de una lesión del derecho a la vida, por daños corporales o a la salud derivados de una lesión del deber por culpa del predisponente o por dolo o culpa del representante legal o de los auxiliares del predisponente;

- b) (Culpa grave)

la exclusión o la limitación de responsabilidad por otros daños derivados de una lesión del deber por culpa grave del predisponente o por dolo o culpa grave del representante legal o de los auxiliares del predisponente;

los apartados a) y b) no son aplicables a las limitaciones de responsabilidad que se ajusten a las condiciones de transporte aprobadas por la Ley de Transporte de Viajeros y a las normas tarifarias de tranvías, trolebuses y vehículos de línea regular de transporte, siempre que no difieran, en perjuicio de los pasajeros, de las condiciones generales de la contratación para el tráfico de tranvías, trolebuses y vehículos de línea regular de transporte que establece el Reglamento de 27 de febrero de 1970; el apartado b) no es aplicable a las limitaciones de responsabilidad para contratos de loterías y otros juegos de azar autorizados por el Estado;

8. (Otras exclusiones de responsabilidad por lesión del deber):

- c) (Exclusión del derecho a desistir del contrato)

la cláusula que excluye o limita el derecho de la contraparte a desistir del contrato en caso de un incumplimiento imputable al predisponente, pero no consistente en un defecto del producto o de la obra; lo anterior no es aplicable a las condiciones de transporte recogidas en el número 7 y a las disposiciones tarifarias que se ajusten a las condiciones allí establecidas;

d) (Defectos)

la cláusula según la cual, en los contratos de suministro de productos de nueva fabricación y de obra:

- aa) (Exclusión y remisión a terceros)
se excluyan totalmente o referidas a partes concretas las pretensiones de saneamiento frente al predisponente, se limiten a la concesión de pretensiones contra terceros o se subordinen a la previa reclamación judicial de terceros;
- bb) (Limitación al cumplimiento posterior)
se limiten totalmente o referidas a partes concretas, las pretensiones derivadas del derecho al cumplimiento posterior en tanto no se haya reservado expresamente el derecho a la otra parte a rebajar la contraprestación en caso de frustración del cumplimiento posterior o, a su elección, cuando la obra no sea objeto de saneamiento, a exigir la resolución;
- cc) (Gastos por cumplimiento posterior)
se excluya o se limite la obligación del predisponente, obligado al saneamiento, de asumir los gastos necesarios para el cumplimiento posterior, en particular, los costes de transporte, desplazamiento, mano de obra y material;
- dd) (Excepción del cumplimiento posterior)
el predisponente haga depender el cumplimiento posterior del previo pago del precio total o de una parte del mismo desproporcionalmente elevada en relación con el vicio;
- ee) (Plazo de exclusión de la denuncia de vicios)
el predisponente fije un plazo de exclusión para la denuncia de vicios ocultos a la contraparte que sea inferior al plazo permitido según el apartado ff);

- ff) (Reducción de la prescripción)
la prescripción de pretensiones frente al predisponente por un vicio de los contenidos en los casos de los §§ 438, apartado 1, número 2, y 634, a apartado 1, número 2, o en los demás casos, se consiga una prescripción en un plazo inferior al año desde el inicio legal de la prescripción; esto no es aplicable a los contratos en los que se incorpore totalmente la parte B del Reglamento General de Obras;

9. (Plazo de las relaciones obligatorias duraderas)
en una relación contractual que tenga por objeto el suministro regular por el predisponente de mercancías o la prestación regular de servicios o de obras:

- a) un plazo de vinculación de la otra parte al contrato superior a dos años,
- b) una prórroga tácita de la relación contractual que vincule a la otra parte más de un año, o
- c) gravar a la otra parte con un plazo de denuncia superior a los tres meses antes del vencimiento inicialmente previsto en la prórroga tácita;

lo dicho anteriormente no será de aplicación a los contratos de suministro de cosas vendidas de forma conjunta, a los contratos de seguro y a los contratos entre titulares de derechos de autor a las pretensiones y entidades de gestión en el sentido de la Ley de Defensa de los Derechos de Autor y de Derechos de protección semejantes;

10. (Novación subjetiva)

la cláusula según la cual, en los contratos de compraventa, de prestación de servicios o de obra, un tercero ocupe o pueda ocupar la posición del predisponente en los derechos y obligaciones derivados del contrato, salvo que en la cláusula:

- a) se designe nominalmente al tercero, o
- b) se reconozca a la otra parte el derecho a desistir del contrato;

11. (Responsabilidad del que concluye el contrato en calidad de representante)

la cláusula mediante la cual el predisponente impone al representante que celebre el contrato para la otra parte:

- a) una responsabilidad propia o un deber de garantía sin declaración dirigida expresa y específicamente a tal fin, o
 - b) en los casos de representación sin poder, una responsabilidad que exceda de la prevista en el § 179;
12. (Carga de la prueba)
la cláusula mediante la cual el predisponente altere la carga de la prueba en perjuicio de la otra parte, en particular, cuando:
- a) imponga la carga de la prueba respecto de circunstancias que están en el ámbito de responsabilidad del predisponente, o
 - b) haga confirmar a la otra parte determinados hechos;
- la letra *b)* no será de aplicación a acuses de recibo específicamente firmados o previstos con una firma electrónica particularmente cualificada;
13. (Forma de anuncios y declaraciones)
la cláusula mediante la cual los anuncios o declaraciones que deban ser realizados al predisponente o a un tercero se sometan a una forma más rigurosa que la escritura o a especiales requisitos de recepción.

§ 310

Ámbito de aplicación

(1) El § 305, apartados 2 y 3, y los §§ 308 y 309 no son aplicables a las condiciones generales de la contratación que se apliquen frente a un empresario, una persona jurídica de derecho público o un patrimonio separado de derecho público. Asimismo, el § 307, apartados 1 y 2, será de aplicación en los casos del inciso primero aun cuando ello dé lugar a la ineficacia de las condiciones contractuales mencionadas en los §§ 308 y 309; se prestará la debida consideración a los usos y costumbres vigentes en el tráfico empresarial.

(2) Los §§ 308 y 309 no son de aplicación a los contratos sobre suministro de energía eléctrica, de gas, de calor a distancia y de abastecimiento de aguas para suministro de clientes especiales con energía eléctrica, gas, calor a distancia y agua a partir de la red, siempre que las condiciones de suministro no se aparten, en perjuicio de los clientes, de las condiciones generales para el abastecimiento de clientes por tarifa de energía eléctrica, gas, calor a dis-

tancia y agua. El inciso 1 se aplicará expresamente en relación con los contratos sobre depuraciones residuales.

(3) A los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor (contratos con consumidores) serán de aplicación las disposiciones de este título con arreglo a los siguientes criterios:

1. Las condiciones generales se considerarán impuestas por el empresario, salvo que hayan sido introducidas por el consumidor;
2. el § 305, apartado 2, y los §§ 306 a 309 de esta Ley, así como el artículo 29 a), de la Ley de Introducción al BGB, serán de aplicación a las condiciones contractuales predispuestas incluso cuando se destinen a ser aplicadas una sola vez, y el consumidor, debido a su carácter predispuesto, no haya podido ejercer influencia sobre su contenido;
3. a los efectos de la valoración con arreglo al § 307 apartados 1 y 2 de los perjuicios indebidos, se tomarán en consideración asimismo las circunstancias concurrentes en la celebración del contrato.

(4) Este título no será de aplicación a contratos relativos al derecho de familia, sucesorio y de sociedades, así como a contratos sobre tarifas, contratos de servicio y contratos de industria. Para su aplicación a los contratos de trabajo, se deberán tener en cuenta debidamente las especialidades previstas en el Derecho del Trabajo; el § 305, apartados 2 y 3, no es de aplicación. A los contratos sobre tarifas, contratos de industria y contratos de servicio se equiparan las disposiciones legales en el sentido del § 307, apartado 3.

13. En el libro 2, la hasta ahora sección 2 se convierte en sección 3; los §§ 305 hasta 314 y la subdivisión del título 1 se sustituye por las siguientes disposiciones y epígrafes:

TÍTULO 1

CONSTITUCIÓN, CONTENIDO Y FINALIZACIÓN

Subtítulo 1. Creación

§ 311

Relaciones obligatorias de carácter negocial y análogas

(1) Para la constitución de una relación obligatoria mediante un negocio jurídico, así como para la variación del contenido de

una relación obligatoria, es necesaria la celebración de un contrato entre las partes interesadas, salvo disposición en contrario.

(2) Una relación obligatoria con deberes según lo previsto en el § 241, apartado 2, nace también mediante:

1. la iniciación de negociaciones contractuales,
2. la preparación de un contrato mediante el cual una parte concede a la otra, con vistas a una eventual relación negocial, la posibilidad de poder influir en sus derechos, bienes jurídicos e intereses, o se los confía, o bien
3. contactos análogos de carácter negocial.

(3) Una relación obligatoria con deberes según lo previsto en el § 241, apartado 2, puede producirse entre personas que no vayan a ser luego parte en el contrato. Tal relación obligatoria se produce especialmente cuando un tercero reclama para sí una confianza especial y a través de ésta influye considerablemente en las negociaciones del contrato o en su perfeccionamiento.

§ 311 a

Impedimento de cumplir la prestación al perfeccionarse el contrato

(1) No es contrario a la eficacia del contrato el hecho de que el deudor no tenga que cumplir la prestación conforme al § 275, apartados 1 a 3, y el impedimento de la prestación exista ya en el momento de la perfección del contrato.

(2) El acreedor puede solicitar a su elección indemnización de daños en lugar de la prestación o el reembolso de sus gastos dentro de los límites establecidos en el § 284. Lo anterior no será de aplicación cuando el deudor no conociera el impedimento para la prestación en el momento de concluirse el contrato y él no sea responsable por su desconocimiento. Aquí será de aplicación el § 281, apartado 1, incisos 2 y 3, y apartado 5.

§ 311 b

Contratos sobre bienes inmuebles, patrimonio y herencia

(1) Un contrato mediante el cual una de las partes se comprometa a transmitir o adquirir la propiedad de un bien inmueble precisará de escritura notarial. Un contrato perfeccionado sin este for-

malismo será válido en todo su contenido cuando tenga lugar el acuerdo real y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

(2) Un contrato por el cual una de las partes se obliga a transmitir su patrimonio futuro o una parte de su patrimonio futuro o a gravarlo con un usufructo es nulo.

(3) Un contrato mediante el cual una de las partes se obligue a transmitir su patrimonio presente o una parte de él o a gravarlo con un usufructo, precisará de escritura notarial.

(4) Un contrato sobre la herencia de un tercero que aún está vivo es nulo. Lo mismo se aplicará para un contrato sobre la parte legítima o un legado de la herencia de un tercero que aún vive.

(5) El apartado 4 no es aplicable al contrato que se celebre entre futuros herederos legítimos sobre su parte hereditaria o sobre la parte legítima de uno de ellos. Un contrato de este tipo precisará de escritura notarial.

§ 311 c

Extensión a los accesorios

Si una persona se obliga a enajenar o a gravar una cosa, en caso de duda también se extenderá esta obligación a los accesorios de la cosa.

Subtítulo 2. Formas especiales de actividades empresariales

§ 312

Derecho de revocación en los negocios a domicilio

(1) En un contrato entre un empresario y un consumidor que tenga por objeto una prestación onerosa y a cuya celebración haya sido llevado el consumidor (negocio a domicilio):

1. mediante negociaciones verbales en su puesto de trabajo o en el ámbito de una vivienda privada,
2. con ocasión de una jornada de ocio efectuada por el empresario o por un tercero en favor del empresario, o bien
3. en relación con una inesperada reacción de los medios de circulación o en el ámbito accesible de las zonas públicas de comercio,

existe un derecho de revocación a favor del consumidor, según lo previsto por el § 355. Al consumidor se le puede reconocer, en lugar

de un derecho de revocación, un derecho de sustitución según lo previsto por el § 356, cuando en relación con ese negocio u otro posterior también se deba mantener una relación duradera entre el empresario y el consumidor.

(2) La información necesaria sobre el derecho de revocación o de sustitución debe dirigirse a las consecuencias legales que establece el § 357, apartados 1 y 3.

(3) No existe derecho de revocación o de sustitución, sin perjuicio de otras disposiciones en contrario, cuando se trate de contratos de seguro o cuando:

1. en el caso del apartado 1, número 1, las negociaciones verbales en las que se basa la celebración del contrato se han orientado al precedente encargo del cliente, o bien;
2. la prestación se produce y se paga inmediatamente al celebrarse el contrato y la remuneración no sobrepasa los 40 euros, o
3. la declaración de voluntad del consumidor ha sido documentada por un notario.

§ 312 a

Relación con otras disposiciones

Si un negocio a domicilio está sometido a la vez a la regulación prevista para los contratos de préstamo con consumidores o de ayudas de financiación (§§ 491 a 504), o para los contratos sobre derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial (§§ 481 a 487), o si un negocio a domicilio cumple a la vez las condiciones de un negocio previsto por el § 11 o § 15 h de la Ley sobre Venta de Participaciones de Inversión en el Extranjero, o de un negocio previsto por el § 23 de la Ley sobre Sociedades de Inversión de Capital o por el § 4 de la Ley de Protección a los Alumnos de Enseñanza a Distancia, en tal caso sólo serán de aplicación las disposiciones sobre tales negocios.

§ 312 b

Contratos a distancia

(1) Son contratos a distancia aquellos contratos sobre el suministro de mercancías o la prestación de servicios que se concluyen entre un empresario y un consumidor utilizando exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, excepto que la perfección del contrato no tenga lugar en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios organizado para la venta a distancia.

(2) Son técnicas de comunicación a distancia aquellos medios que pueden ser empleados para el inicio o la celebración de un contrato entre un consumidor y un empresario sin presencia física simultánea de las partes contratantes, especialmente cartas, catálogos, llamadas telefónicas, faxes, correos electrónicos, así como servicios de radio, televisión y medios de comunicación en general.

(3) Las disposiciones sobre contratos a distancia no serán de aplicación a los siguientes contratos:

1. de enseñanza a distancia (§ 1 de la Ley de Protección de la Enseñanza a distancia);
2. de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial (§ 481);
3. que se refieran a negocios financieros, especialmente negocios bancarios, servicios de financiación y de títulos valores y seguros así como su mediación, excepto los contratos de mediación de préstamo;
4. sobre enajenación de bienes inmuebles y derechos a ellos equiparados, la creación, enajenación y la cancelación de derechos reales sobre inmuebles y derechos a ellos equiparados, así como sobre la construcción de edificios;
5. de suministro de productos alimenticios, de bebidas o de otros bienes del hogar de consumo corriente suministrados en el domicilio del consumidor, en su residencia o en su lugar de trabajo por distribuidores que realicen visitas frecuentes y regulares;
6. sobre suministro de servicios de alojamiento, de transporte, suministro de comidas y bebidas así como actividades de esparcimiento, cuando el proveedor se compromete al celebrarse el contrato a realizar la prestación en una fecha determinada o en un período concreto;
7. a los contratos que se celebren:
 - a) mediante distribuciones automáticas o locales comerciales automatizados, o bien
 - b) con los operadores de telecomunicaciones debido a la utilización de los teléfonos públicos en tanto tengan por objeto su utilización.

§ 312 c

Información al consumidor en los contratos a distancia

(1) Previamente a la perfección de cualquier contrato a distancia, el empresario deberá informar al consumidor, de modo claro,

comprensible y adecuado a la técnica de comunicación a distancia empleada, sobre los siguientes extremos:

1. características esenciales del contrato, para lo cual se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de Introducción al BGB, y
2. la finalidad del contrato.

En el caso de comunicaciones telefónicas, deberán precisarse explícita y claramente al principio de la conversación con el consumidor la identidad del empresario y la finalidad comercial de la llamada.

(2) El empresario deberá comunicar por escrito al consumidor la información establecida por la regulación legal del § 240 de la Ley de Introducción al BGB, con la amplitud y la forma por ella previstas, lo antes posible y como muy tarde al perfeccionarse el contrato, o, en el caso de suministro de mercancías, en el momento de la entrega al consumidor.

(3) El apartado 2 no será de aplicación a aquellos servicios cuya ejecución se presta inmediatamente utilizando técnicas de comunicación a distancia, en tanto tales prestaciones se realicen de una sola vez y se facturen a través de los operadores de telecomunicaciones. Pero, en tal caso, el consumidor deberá poder informarse sobre la dirección del establecimiento del empresario donde poder presentar reclamaciones.

(4) Se mantienen las demás limitaciones a la utilización de técnicas de comunicación a distancia y los demás deberes de información previstos en otras disposiciones.

§ 312 d

Derecho de revocación y de sustitución en los contratos a distancia

(1) Respecto a todo contrato negociado a distancia, el consumidor dispondrá de un derecho de revocación según lo previsto por el § 355. En lugar del derecho de revocación, se le podrá otorgar al consumidor un derecho de sustitución en los contratos de suministro de mercancías, según lo previsto por el § 356.

(2) El plazo de revocación no comenzará, a diferencia de lo previsto por el § 355, apartado 2, inciso 1, antes del cumplimiento del deber de información previsto por el § 312 c, apartado 2; en los contratos de suministro de mercancías, antes de la fecha de su recepción por el consumidor; en los contratos de suministro periódico de mercancías de la misma clase, antes de la fecha de entrega

del primer suministro a cuenta y en los contratos de prestación de servicios, antes de la fecha de perfección del contrato; no será de aplicación el § 355, apartado 2, inciso 2.

(3) El derecho de revocación también se extingue en la prestación de servicios cuando el proveedor haya iniciado la prestación con el consentimiento expreso del consumidor antes del final del plazo de revocación o el consumidor haya ordenado dicha prestación.

(4) No existirá derecho de revocación, salvo disposición en contrario, en los contratos a distancia:

1. de suministro de mercancías que se produzcan con arreglo a las especificaciones del cliente o se ajusten claramente a sus necesidades personales, o que teniendo en cuenta sus características, no sean apropiadas para su devolución o se puedan estropear rápidamente o bien se trate de mercancías que hayan pasado la fecha de caducidad;
2. de suministro de grabaciones audiovisuales o de software, si los objetos portadores de la grabación han sido desprecintados por el consumidor;
3. de entrega de periódicos, revistas y demás publicaciones
4. de apuestas y de loterías;
5. celebrados en subastas (§ 156).

§ 312 e

Deberes en el comercio electrónico

(1) Si un proveedor se sirve, para celebrar un contrato de suministro de mercancías o de prestación de servicios, de técnicas de comunicación a distancia (contrato de comercio electrónico), deberá con respecto al cliente;

1. poner a disposición del mismo medios técnicos adecuados, efectivos y accesibles, a través de los cuales el cliente pueda reconocer y rectificar datos erróneos al hacer su pedido;
2. comunicarle la información prescrita por el artículo 241 de la Ley de Introducción al BGB de forma clara y comprensible antes de la entrega de su pedido;
3. confirmarle inmediatamente la recepción de su pedido por medios electrónicos, y
4. otorgarle la posibilidad de recoger las cláusulas del contrato, incluidas las condiciones generales de la con-

tratación, al concluirlo y de grabarlas de forma que pueda reproducirlas.

El pedido y el acuse de recibo en el sentido recogido por el inciso 1, número 3, se consideran recibidos, cuando las partes a las que van dirigidos los puedan recoger bajo circunstancias normales.

(2) El apartado 1, inciso 1, números 1 a 3, no será de aplicación cuando el contrato se celebre exclusivamente mediante comunicación individual. El apartado 1, inciso 1, números 1 a 3, y el apartado 2 no serán de aplicación cuando se acuerde otra cosa entre la partes contratantes que no sean consumidores.

(3) Se mantienen sin modificar los demás deberes de información establecidos por otras disposiciones. Si el cliente dispone de un derecho de revocación según prevé el § 355, no comenzará el plazo de revocación, a diferencia de lo previsto por el § 355, apartado 2, inciso 1, antes del cumplimiento de los deberes regulados en el apartado 1 inciso 1.

§ 312 f

Acuerdos divergentes

Salvo disposición en contrario, no caben acuerdos que diverjan de las disposiciones de este subtítulo en perjuicio del consumidor o del cliente. Las disposiciones de este subtítulo serán de aplicación incluso cuando se eludan por medio de otras configuraciones, salvo disposición en contrario.

Subtítulo 3. Adaptación y finalización de contratos

§ 313

Alteración de la base del negocio jurídico

(1) Si hubiesen cambiado de forma importante las circunstancias que servían de base al contrato una vez celebrado el mismo, y las partes no lo hubiesen pactado o lo hubieran hecho con otro contenido de haber previsto este cambio, en tal caso se puede solicitar la adecuación del contrato, siempre que no se pueda imponer a una parte el mantenimiento del mismo sin variación, teniendo en consideración todas las circunstancias, especialmente el reparto del riesgo contractual o legal.

(2) Se equipara a la alteración de las circunstancias el hecho de que importantes expectativas que se hubiesen convertido en la base del contrato resultaran falsas.

(3) Si no es posible una adecuación del contrato o éste no se le puede imponer a una de las partes, podrá pedir la parte perjudicada la resolución del contrato. Cuando se trata de relaciones obligatorias duraderas se tendrá, en lugar del derecho de resolución, el derecho de desistimiento.

§ 314

Desistimiento de relaciones obligatorias duraderas por una causa importante

(1) Cada una de las partes contratantes puede desistir de relaciones obligatorias por una causa importante sin respetar un plazo de desistimiento. Existe una causa importante cuando a la parte que desiste del contrato no se le puede exigir la continuación de la relación contractual hasta la finalización acordada o hasta el transcurso del plazo de desistimiento, sopesando las circunstancias del caso concreto y los intereses de ambas partes.

(2) Si existe una causa importante por el incumplimiento de un deber contractual, no se permite el desistimiento del contrato antes de que haya transcurrido sin efecto un plazo de subsanación o se haya producido sin éxito una interpelación. Aquí será de aplicación lo previsto por el § 323, apartado 2.

(3) La parte que tenga derecho a ello, sólo puede desistir dentro de un plazo razonable, una vez que haya tenido conocimiento de la causa del desistimiento.

(4) No queda excluido el derecho a solicitar indemnización de daños por el desistimiento.

Subtítulo 4. Derechos unilaterales de configuración de la prestación

14. El § 321 se redacta como sigue:

§ 321

Excepción por incertidumbre

(1) El que se ha obligado por un contrato bilateral a cumplir anticipadamente, puede negar la prestación que le incumbe cuando después de celebrarse el contrato se ponga de manifiesto que su

pretensión a la contraprestación pelagra por la escasa capacidad de la contraparte. El derecho a denegar la prestación decae cuando se efectúe la contraprestación o se preste garantía para ella.

(2) El obligado a cumplir en primer lugar puede establecer un plazo razonable dentro del cual la contraparte deba efectuar la contraprestación inmediatamente a la prestación del primero o le preste una garantía, a su elección. Una vez transcurrido el plazo sin éxito, el obligado a cumplir en primer lugar puede resolver el contrato. Será de aplicación lo dispuesto por el § 323.

15. Los §§ 323 a 326 se redactan como sigue:

§ 323

Resolución por no cumplimiento de la prestación o por no ser ajustada al contrato

(1) Si el deudor en un contrato bilateral no cumple una prestación debida o no se ajusta a lo estipulado, podrá el acreedor, cuando le haya otorgado sin éxito un plazo razonable para la prestación o su cumplimiento posterior, resolver el contrato.

(2) Se puede prescindir de fijar un plazo cuando:

1. el deudor deniegue la prestación seria y definitivamente;
2. el deudor no efectúe la prestación en el momento fijado en el contrato o dentro de un plazo determinado y el acreedor hubiese ligado el cumplimiento a su tiempo de la prestación con su interés en mantener el contrato, o
3. se den circunstancias especiales que justifiquen la inmediata resolución del contrato, equilibrando los intereses de ambas partes.

(3) Si no se pudiera considerar la fijación de una fecha concreta por la clase de incumplimiento, se sustituirá por un requerimiento.

(4) El acreedor puede resolver incluso antes del vencimiento de la prestación cuando sea manifiesto que se van a producir los presupuestos para resolver.

(5) Si el deudor ha efectuado un cumplimiento parcial de la prestación, sólo podrá el acreedor resolver el contrato entero si no tuviese ningún interés en el cumplimiento parcial. Si el deudor no cumpliera la prestación con arreglo a lo pactado en el contrato, no podrá el acreedor resolver el contrato si la lesión del deber no es de importancia.

(6) Se excluye la resolución cuando el acreedor sea responsable por sí solo o con carácter principal de la circunstancia que daría derecho a la resolución o cuando el deudor no sea responsable de una circunstancia que se produzca en un momento en el que el acreedor se hubiera retrasado ya en la aceptación.

§ 324

Resolución por quebrantamiento de un deber previsto según el § 241 apartado 2

Si el deudor lesiona un deber de los previstos según el § 241, apartado 2, en un contrato bilateral, podrá el acreedor resolver el contrato cuando ya no se le pueda seguir imponiendo el mantenimiento del mismo.

§ 325

Indemnización de daños y resolución

El derecho a solicitar indemnización de daños en un contrato bilateral no queda excluido por la resolución del mismo.

§ 326

Liberación de la contraprestación y resolución por exclusión del deber de prestación

(1) Si el deudor no tuviese que cumplir según lo previsto en el § 275, apartados 1 a 3, decaerá la pretensión a la contraprestación; en caso de cumplimiento parcial, será de aplicación el § 441, apartado 3. El inciso 1 no será de aplicación cuando el deudor en el caso de no ser ajustada la prestación a lo debido, no necesite repetir la prestación, según prevé el § 275, apartados 1 a 3.

(2) Si el acreedor fuese por sí solo o principalmente responsable de la circunstancia por la cual el deudor no necesita cumplir la prestación, según lo previsto por el § 275, apartados 1 a 3, o si esa circunstancia no fuese imputable al deudor y se produce en un momento en el que el acreedor se hubiese retrasado en la aceptación, mantendrá el deudor su pretensión a la contraprestación. Pero deberá dejarse descontar lo que se haya ahorrado como consecuencia de haberse librado de la prestación o lo que haya ganado por utilizar sus empleados en otro lugar o lo que haya dejado de ganar intencionadamente.

(3) Si el acreedor solicita, según prevé el § 285, la entrega de una reparación por la cosa debida o la cesión de un derecho a indemnización, entonces seguirá obligado a la contraprestación. Ésta será minorada, sin embargo, en la medida del § 441, apartado 3, siempre que el valor de la reparación o de la pretensión de indemnización sea inferior al de la prestación debida.

(4) Cuando se efectúe una contraprestación no debida según esta disposición, puede ser exigida la restitución de lo prestado, según lo previsto en los §§ 346 a 348.

(5) Si el deudor no necesitase cumplir, según lo previsto en el § 275, apartados 1 a 3, podrá resolver el acreedor. A dicha resolución será de aplicación el § 323, en la medida en que sea prescindible la fijación de una fecha.

16. El § 327 queda derogado.

17. La denominación del título 5 de la hasta ahora sección 2 del libro 2 queda como sigue:

TÍTULO 5

RESOLUCIÓN, DERECHO DE REVOCACIÓN Y DE RESTITUCIÓN EN LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES

18. Se antepone al § 346 la siguiente subdivisión:

Subtítulo 1. Resolución

19. Los §§ 346 y 347, quedan redactados como sigue:

§ 346

Efectos de la resolución

(1) Si una de las partes se hubiera reservado contractualmente el derecho a la resolución o lo tuviera por disposición legal, deberá restituir las prestaciones recibidas y los beneficios obtenidos.

(2) En lugar de la restitución deberá el deudor reembolsar el valor, siempre que:

1. quede excluida la restitución o la entrega por la naturaleza de lo obtenido;
2. haya consumido el objeto recibido, o lo haya vendido, gravado, elaborado o transformado;

3. se haya deteriorado el objeto recibido, o éste se haya extinguido; pero no se tendrá en cuenta el deterioro producido como consecuencia del uso adecuado de la cosa.

Si se hubiera dispuesto una contraprestación en el contrato, se tomará ésta como base al contabilizar el valor de reembolso.

- (3) El deber de reembolsar el valor decaerá:
 1. cuando el vicio que da derecho a la resolución se ponga de manifiesto durante la elaboración o transformación de la cosa;
 2. siempre que el acreedor sea responsable del deterioro o de la extinción o que el daño también se hubiese producido igualmente con él;
 3. en el caso de una resolución por disposición legal, el empeoramiento o la extinción se hubiera producido en manos de la persona titular, a pesar de haber observado el cuidado debido que normalmente acostumbre a tener en sus asuntos.

Si quedara un enriquecimiento, dará lugar a la restitución.

- (4) El acreedor puede solicitar indemnización de daños por transgresión de un deber previsto en el apartado 1, según lo dispuesto en los §§ 280 a 283.

§ 347

Beneficios y utilidades después de la resolución

(1) Si el deudor no obtiene beneficios en contra de las reglas de una economía ordenada, pese a que ello le hubiese sido posible, estará obligado a reembolsar su valor al acreedor. En el caso de un derecho de resolución por disposición legal, el titular solamente responderá respecto de tales beneficios por el cuidado que él acostumbre a tener en sus propios asuntos.

(2) Si el deudor devuelve la cosa, cumple el deber de reembolso o se excluye su deber de reembolso en virtud de lo dispuesto por el § 346 apartado 3 número 1 ó 2, se le deberán abonar las utilidades necesarias. Otras utilidades deberán serle abonadas si el acreedor se enriqueciera con ellas.

20. Los §§ 350 a 354 quedan derogados.

21. El § 355 se convierte en el § 350, y queda redactado como sigue:

§ 350

Extinción del derecho de resolución después del plazo

Si no se hubiese acordado un plazo para el ejercicio del derecho de resolución en el contrato, se podrá establecer al titular un plazo prudencial por la contraparte. El derecho de resolución se extingue si no se declara la resolución antes del transcurso del plazo.

22. El § 356 se convierte en § 351.

23. El § 357 se convierte en § 352, y queda redactado como sigue:

§ 352

Compensación por no cumplimiento

La resolución por no cumplimiento de una obligación es ineficaz cuando el deudor se puede liberar de la obligación por compensación y lo manifiesta con carácter inmediato a la resolución.

24. El § 358 queda derogado.

25. Los §§ 359 y 360 se convierten en los §§ 353 y 354.

26. Después del nuevo § 354, se introduce el siguiente subtítulo:

Subtítulo 2. Derecho de revocación y de sustitución en los contratos con consumidores

§ 355

Derecho de revocación en los contratos con consumidores

(1) Si se reconoce a un consumidor un derecho de revocación por ley según esta disposición, ya no estará obligado por la declaración de voluntad emitida al celebrar el contrato, si la hubiese revocado dentro de plazo. La revocación no precisa contener ninguna motivación y se pondrá de manifiesto frente al empresario en forma escrita o devolviendo la cosa dentro de las dos semanas; para observar el plazo, bastará el envío a tiempo.

(2) El plazo comienza a correr desde el momento en el que se le facilite de forma escrita y clara al consumidor información sobre su derecho de revocación, que le ponga de manifiesto sus derechos de acuerdo con las exigencias de las técnicas de comunicación

empleadas, que también contenga el nombre y la dirección de aquel frente al que deba ejercitar su derecho de revocación y la indicación sobre el comienzo del plazo y la regulación establecida en el apartado 1, inciso 2. El consumidor deberá firmarlo especialmente o con firma electrónica, cuando se trate de contratos que no han sido otorgados notarialmente. Si el contrato se debe celebrar por escrito, no empezará a contar el plazo antes de que se ponga a disposición del consumidor un documento contractual, la solicitud escrita del consumidor o una copia de la escritura. Si existe divergencia sobre el comienzo del plazo, recaerá sobre el proveedor la carga de la prueba.

(3) El derecho de revocación se extingue, como muy tarde, a los seis meses de celebrado el contrato. En el caso de suministro de mercancías, no empezará a correr el plazo antes del día en que las reciba el consumidor.

§ 356

Derecho de sustitución en los contratos con consumidores

(1) El derecho de revocación del § 355 puede ser sustituido por un derecho de sustitución ilimitado en el contrato, si la ley lo permite expresamente, cuando el contrato se realice sobre la base de un prospecto de venta. Será condición indispensable que:

1. en el prospecto de venta se contenga una información clara sobre el derecho de sustitución;
2. el consumidor pueda tomar conocimiento del prospecto de venta en ausencia del proveedor, y
3. se reconozca al consumidor el derecho de sustitución por escrito.

(2) El derecho de sustitución puede ser ejercitado dentro del plazo de revocación, que no empezará antes de la recepción de la cosa, y solamente mediante el envío de vuelta de la cosa o, cuando ésta no pueda ser enviada como paquete, solicitando su retirada. Aquí será de aplicación el § 355, apartado 1, inciso 2.

§ 357

Consecuencias jurídicas de la revocación y de la sustitución

(1) Salvo disposición en contrario, se aplicarán al derecho de revocación y de sustitución las normas sobre la resolución legal. El plazo previsto en el § 286, apartado 3, empezará a contar con la declaración de revocación o de sustitución hecha por el consumidor.

(2) El consumidor está obligado a enviar la cosa devuelta cuando haga uso del derecho de revocación y la misma pueda ser enviada como paquete. Los gastos y el riesgo del envío de devolución serán de cargo del empresario en caso de revocación y de sustitución. Cuando exista un derecho de revocación, se podrán imponer al consumidor los gastos normales de envío hasta un total de 40 euros por pedido, excepto que la mercancía suministrada no corresponda a lo pedido.

(3) A diferencia de lo previsto en el § 346, apartado 2, inciso 1, número 3, el consumidor deberá prestar resarcimiento por el deterioro ocasionado por el normal uso de la cosa, cuando sea informado por escrito de esta consecuencia y de la posibilidad de evitarla, como muy tarde, al concluirse el contrato. Lo dicho antes no será de aplicación cuando el deterioro se deba exclusivamente a la prueba del objeto. El § 346, apartado 3, inciso 1, número 3, no será de aplicación cuando el consumidor haya sido informado debidamente sobre su derecho de revocación o haya podido tomar conocimiento de él por otro medio.

(4) No existen otras pretensiones.

§ 358

Contratos conexos

(1) Si el consumidor ha revocado efectivamente su declaración de voluntad orientada por un empresario a la conclusión de un contrato de suministro de mercancía o a la realización de otra prestación, en tal caso ya no estará obligado por la declaración de voluntad que hubiera emitido para un contrato de préstamo al consumidor ligado a la celebración de uno de aquellos contratos.

(2) Si el consumidor ha revocado eficazmente su declaración de voluntad dirigida a la conclusión de un contrato de préstamo con consumidores, en tal caso ya no estará obligado por la declaración de voluntad que hubiera emitido para celebrar un contrato de suministro de mercancía o la realización de otra prestación, unido a la celebración de aquel contrato de préstamo con consumidores. Si el consumidor puede revocar la declaración de voluntad orientada a la celebración de un contrato conexo según lo dispuesto en este subtítulo, sólo se aplicará el apartado 1 y queda excluido su derecho de revocación previsto en el § 495, apartado 1. Si el consumidor declara, por el contrario, la revocación del contrato de préstamo con consumidores según lo previsto en el apartado 2, ello valdrá también como revocación del contrato conexo frente al empresario, según lo previsto en el apartado 1.

(3) Un contrato de suministro de mercancía o de realización de otra prestación y un contrato de préstamo con consumidores son conexos cuando el préstamo sirve total o parcialmente para la financiación del otro contrato y ambos contratos constituyen una unidad económica. Se presupone una unidad económica especialmente cuando el mismo empresario financia la contraprestación del consumidor, o en caso de financiación por medio de un tercero, cuando el prestamista coopere con el empresario durante la preparación o la celebración del contrato de préstamo con consumidores.

(4) El § 357 será expresamente aplicable al contrato conexo. En el caso del apartado 1, quedan excluidas las pretensiones frente al consumidor por pago de intereses y gastos producidos por la sustitución del contrato de préstamo. El prestamista se subrogará en los derechos y deberes del empresario del contrato conexo, en relación con el consumidor y respecto de las consecuencias jurídicas de la revocación o de la sustitución, cuando el préstamo haya sido liquidado al empresario en el momento de hacerse efectiva la revocación o la sustitución.

(5) La información necesaria sobre el derecho de revocación o de sustitución debe estar orientada sobre las consecuencias previstas en el apartado 1 y apartado 2, incisos 1 y 2.

§ 359

Excepciones en los contratos conexos

El consumidor puede negarse a la restitución del préstamo siempre que las excepciones que tengan su origen en el contrato conexo le dieran derecho a rechazar su prestación frente al empresario con el que ha celebrado el contrato conexo. Lo anterior no será de aplicación cuando el pago financiado no sobrepase los 200 euros ni a las objeciones que se funden en una modificación del contrato entre el empresario y el consumidor acordada después de celebrado el contrato de préstamo con consumidor. Si el consumidor puede solicitar el cumplimiento posterior de la prestación, entonces sólo podrá negarse a pagar el préstamo cuando el cumplimiento posterior haya fallado.

27. Se derogan los §§ 360 a 361 b.

28. Se deroga el § 390, inciso 2.

29. En el § 425, apartado 2, se sustituyen las palabras «Interrupción y suspensión» por la palabras «Nuevo comienzo, suspensión y final de la suspensión».

30. En el libro 2 se convierten las hasta ahora secciones 3 y 4 a 6 en secciones 4 a 7.

31. En el libro 2 se convierte la hasta ahora sección 7 en sección 8 y su título 1 se sustituye por el siguiente título:

TÍTULO 1

COMPRAVENTA, PERMUTA

Subtítulo 1. Disposiciones generales

§ 433

Deberes típicos del contrato de compraventa

(1) Por el contrato de compraventa se obliga el vendedor de una cosa a entregar al comprador esa cosa y a proporcionarle su propiedad. El vendedor debe entregar la cosa al comprador libre de vicios de la cosa y de vicios jurídicos.

(2) El comprador queda obligado a pagar el precio estipulado al vendedor y a recibir la cosa comprada.

§ 434

Vicio de la cosa

(1) La cosa está libre de vicios cuando tenga la calidad acordada en el momento de la entrega. Si no se hubiese acordado la calidad, la cosa estará libre de vicios:

1. cuando sea apropiada para el uso previsto en el contrato, y, si no,
2. cuando sea apropiada para el normal uso y tenga una calidad que sea equivalente a la que se dé normalmente en las cosas del mismo tipo y que el comprador pueda esperar por la clase de objeto.

A la calidad según el inciso 2, número 2. pertenecen también propiedades que el comprador puede esperar de las manifestaciones hechas en público por el vendedor, el fabricante (§ 4, apartados 1 y 2 de la Ley de responsabilidad por producto defectuoso) o sus auxiliares, especialmente en publicidad, o de la caracterización de ciertas propiedades de la cosa, a no ser que el vendedor no conociera la manifestación ni estuviera obligado a conocerla de que la calidad estaba arreglada de forma equivalente o de que no podía influir la decisión de compra.

(2) Existe también un vicio de la cosa cuando el montaje acordado por medio del comprador o de sus auxiliares no se lleva a cabo de forma correcta. Además, existe un vicio de la cosa en una cosa destinada a ser montada cuando las instrucciones de montaje sean deficientes, a no ser que haya sido montada sin fallo alguno.

(3) Se equipara al vicio de la cosa el suministro por parte del vendedor de una cosa diferente o en una cantidad muy insuficiente.

§ 435

Vicio jurídico

La cosa está libre de vicios jurídicos cuando otras personas no puedan reclamar derecho alguno sobre la cosa frente al comprador o sólo puedan reclamar los derechos recogidos en el contrato de compraventa. Se equipara al vicio jurídico la inscripción en el Registro de la Propiedad de un derecho que no existe.

§ 436

Cargas públicas de bienes inmuebles

(1) En tanto que no se pacte otra cosa, el vendedor de un inmueble está obligado a soportar los costes de urbanización hasta la fecha de celebración del contrato, independientemente del momento en que se haya producido el adeudo del coste.

(2) El vendedor de un inmueble no responde de la libertad del inmueble de impuestos públicos o de otras cargas públicas que no son idóneas para la inscripción en el Registro de la Propiedad.

§ 437

Derechos del comprador en caso de vicios

Si la cosa tiene un vicio, puede el comprador, cuando se den las condiciones de las disposiciones siguientes y no se disponga nada en contrario:

1. reclamar el cumplimiento según lo previsto en el § 439;
2. resolver el contrato según lo dispuesto en los §§ 440, 323 y 326, apartado 5, o reducir el precio de compra, según prevé el § 441, y

3. solicitar indemnización de daños con base en los §§ 440, 280, 281, 283 y 311a, o la devolución de los gastos innecesarios según el § 284.

§ 438

Prescripción de las pretensiones por vicios

- (1) Las pretensiones descritas en el § 437, números 1 y 3 prescriben,
 1. a los treinta años cuando el vicio consista en:
 - a) un derecho real de un tercero con base en el cual se puede solicitar la entrega de la cosa comprada, o
 - b) otro derecho que pueda ser inscrito en el Registro de la Propiedad.
 2. a los cinco años:
 - a) en caso de edificación;
 - b) en caso de una cosa que conforme a su normal uso haya sido empleada para una edificación provocando el vicio.
 3. a los dos años en los demás casos.

(2) La prescripción comienza para los bienes inmuebles con la entrega, y en los demás casos con el suministro de la cosa.

(3) A diferencia de lo dispuesto en el apartado 1, números 2 y 3, y en el apartado 2, prescribirán las pretensiones dentro del plazo normal ordinario cuando el vendedor haya ocultado el vicio fraudulentamente. En el caso del apartado 1, número 2, no tendrá lugar la prescripción antes del transcurso del plazo en él previsto.

(4) Para el derecho de resolución descrito en el § 437, rige el § 218. El comprador puede negarse a pagar el precio de compra, pese a la inefectividad de la resolución según lo previsto por el § 218, apartado 1, siempre que tuviera derecho a ello con base en la resolución. Si hace uso de este derecho, el vendedor podrá resolver el contrato.

(5) Al derecho de reducción descrito en el § 437 son de aplicación el § 218 y el apartado 4, inciso 2.

§ 439

Cumplimiento posterior

(1) En virtud del derecho al cumplimiento posterior, el comprador puede solicitar, a su elección, la reparación del vicio o la entrega de una cosa libre de vicio.

(2) El vendedor está obligado a soportar los gastos que sean necesarios para el cumplimiento posterior, y, en especial, los gastos de transporte, desplazamiento, de mano de obra y material.

(3) El vendedor puede rechazar la forma de cumplimiento posterior elegida por el comprador, a pesar de lo dispuesto en el § 275, apartados 2 y 3, en el caso de que sólo sea posible con unos gastos desproporcionados. En tal caso, se deberán tener en cuenta, especialmente, el valor de la cosa sin vicio alguno, la importancia del vicio y la cuestión de si se podría realizar otra clase de cumplimiento posterior sin grandes desventajas para el comprador. La pretensión del comprador se limitará en este caso a la otra forma de cumplimiento posterior, manteniéndose el derecho del vendedor a rechazar también esta forma de cumplimiento posterior si se dan los presupuestos previstos en el inciso 1.

(4) Si el vendedor suministra una cosa libre de vicio como cumplimiento posterior de la prestación, podrá solicitar del comprador la devolución de la cosa que tenía el vicio, conforme a lo previsto en los §§ 346 a 348.

§ 440

Disposiciones especiales para la resolución y la indemnización de daños

Excepto en los casos del § 281, apartado 2, y del § 323, apartado 2, tampoco será necesario fijar un plazo cuando el vendedor rechace ambas formas de cumplimiento posterior previstas en el § 439, apartado 3, o cuando haya fracasado la forma de cumplimiento posterior que corresponda al comprador o no se le pueda exigir. Una mejora posterior se considera fallida después de un segundo intento sin éxito cuando no resulte algo diferente, en especial, por el tipo de cosa o de vicio o de otras circunstancias.

§ 441

Derecho de reducción

(1) En lugar de resolver, puede el comprador reducir el precio de compra manifestándolo frente al vendedor. Aquí no es aplicable el motivo de exclusión del § 323, apartado 5, inciso 2.

(2) Si en la parte del comprador o en la del vendedor hay una pluralidad de personas, la reducción solamente podrá ser declarada por todos ellos o frente a todos ellos.

(3) En el caso de reducción, se rebajará el precio de compra en la proporción en que habría estado al tiempo de la venta el valor de la cosa en situación de ausencia de vicios respecto al valor real. La reducción se calculará por estimación cuando sea necesario.

(4) Si el comprador ha pagado demasiado en relación con el precio reducido, entonces deberá devolver el exceso el vendedor. Aquí son de aplicación los §§ 346, apartado 1, y 347, apartado 1.

§ 442

Conocimiento por parte del comprador

(1) Quedan excluidos los derechos del comprador en caso de vicio si éste conocía el vicio en el momento de concluir el contrato. Si el vicio permanece oculto al comprador por culpa grave suya, solamente podrá hacer valer su derecho por este vicio si el vendedor ha ocultado fraudulentamente el vicio o ha otorgado una garantía de calidad.

(2) El vendedor está obligado a cancelar un derecho inscrito en el Registro de la Propiedad incluso cuando tenga conocimiento de él el comprador.

§ 443

Garantía de calidad y garantía de mantenimiento

(1) Si el vendedor o un tercero garantiza la calidad de la cosa o que la misma conservará una calidad determinada durante un cierto tiempo (garantía de mantenimiento), en tal caso mantendrá el comprador, sin perjuicio de las pretensiones legales, los derechos por garantía según las condiciones previstas en la declaración y en la publicidad correspondiente frente a aquel que haya otorgado la garantía.

(2) Cuando se haya adoptado una garantía de mantenimiento, se presume que un vicio de la cosa resultante durante el plazo de validez de la misma sirve de fundamento a los derechos de garantía.

§ 444

Exoneración de responsabilidad

El vendedor no podrá ampararse en un acuerdo por el cual se hubieran excluido o limitado los derechos del comprador, cuando hubiera ocultado el defecto fraudulentamente o se hubiera hecho cargo de una garantía por la calidad de la cosa.

§ 445*Limitación de responsabilidad en subastas públicas*

Si una cosa se vende en subasta pública con base en un derecho de prenda y en concepto de prenda, entonces sólo tendrá el comprador derechos a causa de un vicio si el vendedor ha ocultado el vicio fraudulentamente o se ha hecho cargo de una garantía de calidad.

§ 446*Transmisión del riesgo y de cargas*

Con la entrega de la cosa vendida pasa al comprador el riesgo de pérdida o menoscabo fortuito de la cosa. A partir del momento de la entrega, pertenecen al comprador los emolumentos y soportará las cargas de la cosa. Se equipara a la entrega el caso de que el comprador se retrase en la recepción.

§ 447*Transmisión del riesgo en caso de envío de la compra*

(1) Si a petición del comprador el vendedor envía la cosa vendida a un lugar distinto de cumplimiento, el riesgo pasa al comprador tan pronto como el vendedor haya entregado la cosa al expedidor, al transportista o a otra persona o entidad designada para llevar a cabo el envío.

(2) Si el comprador ha dado instrucciones especiales relativas a la forma de envío y el vendedor se separa de las instrucciones sin razón urgente, el vendedor es responsable ante el comprador de cualquier otro daño que surja como consecuencia de ello.

§ 448*Gastos de entrega y gastos análogos*

(1) El vendedor soporta los gastos de entrega de la cosa y el comprador los gastos de recepción y envío de la cosa en un lugar distinto del lugar de cumplimiento.

(2) El comprador de un inmueble soportará los gastos de escritura del contrato de compraventa y de transmisión, de inscripción en el Registro de la Propiedad y de las declaraciones necesarias para la inscripción.

§ 449*Reserva de dominio*

(1) Si el vendedor de una cosa mueble se ha reservado la propiedad hasta el pago del precio de compra, se debe presumir en caso de duda que la propiedad se transmite bajo la condición suspensiva del pago completo del precio de compra (reserva de dominio).

(2) Con base en la reserva de dominio, el vendedor solamente puede solicitar la devolución de la cosa cuando haya resuelto el contrato.

(3) Un acuerdo de reserva de dominio es nulo si la transmisión de la propiedad se hace depender de que el comprador cumpla las exigencias de un tercero, especialmente de una empresa relacionada con el vendedor.

§ 450*Compradores excluidos de determinadas compraventas*

(1) En una compraventa bajo ejecución forzosa no pueden comprar el objeto de la misma ni el encargado de su realización o dirección ni los auxiliares empleados por él, incluido el secretario, ni para sí personalmente ni a través de un tercero, ni como representantes de un tercero.

(2) El apartado 1 es también de aplicación en caso de venta que no sea de ejecución forzosa cuando el mandato de venta se haga con base en una disposición legal, que faculte al mandante para hacer que se venda el objeto a favor de un tercero, especialmente en los casos de venta de una prenda y de venta permitidas por los §§ 383 y 385, así como de venta de un bien procedente de una masa de insolvencia.

§ 451*Compraventa mediante compradores excluidos*

(1) La eficacia de una compraventa y la transmisión del objeto comprado en contra de lo dispuesto en el § 450 dependen del asentimiento de quienes participen en la compraventa como deudor, propietario o acreedor. Si el comprador pide a uno de los participantes su autorización, será de aplicación el § 177, apartado 2.

(2) Si a consecuencia de haberse denegado la autorización se debe realizar una nueva compraventa, deberá responder el anterior comprador de los gastos de la nueva compraventa y de una eventual pérdida.

§ 452*Compraventa de navío*

Las disposiciones de este subtítulo sobre compraventa de inmuebles son de aplicación a la compraventa de barcos inscritos y de barcos en construcción.

§ 453*Compraventa de derechos*

(1) Las disposiciones sobre compraventa de cosas son también de aplicación a la compraventa de derechos y otros objetos.

(2) El vendedor soporta los gastos de constitución y transmisión del derecho.

(3) Si se ha vendido un derecho que faculta a poseer una cosa, está obligado el vendedor a entregarla al comprador libre de vicios de la cosa y de vicios jurídicos.

*Subtítulo 2. Tipos especiales de compraventa***CAPÍTULO 1****COMPRAVENTA A PRUEBA****§ 454***Efecto del contrato de compraventa*

(1) En una compraventa a prueba o a examen la aprobación del objeto comprado queda a voluntad del comprador. En caso de duda, la compraventa está concluida bajo la condición suspensiva de la aprobación.

El vendedor está obligado a permitir que el comprador examine el objeto.

§ 455*Plazo de aprobación*

La aprobación de un objeto comprado a prueba o a examen sólo puede declararse dentro de un plazo acordado y en ausencia de dicho plazo, solamente hasta el transcurso de un plazo prudencial establecido por el vendedor al comprador. Si la cosa fue entregada al comprador con finalidad de prueba o examen, su silencio se considera como aprobación.

CAPÍTULO 2

RETRACTO

§ 456

Realización del retracto

(1) Si el vendedor se ha reservado en el contrato de compraventa el derecho de retracto, tiene lugar el retracto con la declaración del vendedor frente al comprador de que ejercita su derecho de retracto. La declaración no necesita de la forma establecida para el contrato de compraventa.

(2) El precio al que se realizó la venta es también, en caso de duda, el precio del retracto.

§ 457

Responsabilidad del retrovendedor

(1) El retrovendedor está obligado a entregar al retrocomprador el objeto comprado y sus accesorios.

(2) Si antes del ejercicio del derecho de retracto el retrovendedor es culpable de un menoscabo, de la pérdida o de cualquier otra causa productora de imposibilidad de restitución del objeto comprado o de la modificación esencial del objeto, es responsable del daño ocasionado por ello. Si el objeto, sin culpa del retrovendedor, se deteriora o si sólo se ha modificado de forma no sustancial, el retrocomprador no puede reclamar la reducción del precio de compra.

§ 458

Eliminación de los derechos de terceros

Si el retrovendedor ha dispuesto del objeto comprado antes del ejercicio del derecho de retracto, está obligado a eliminar los derechos de terceros nacidos por esta razón. A una disposición del retrovendedor se equipara una disposición realizada por vía de ejecución forzosa o de ejecución de embargo o por el administrador en una insolvencia.

§ 459

Resarcimiento por gastos

El retrovendedor puede reclamar resarcimiento por los gastos que haya hecho en el objeto comprado antes del retracto, en la

medida, que por los gastos haya aumentado el valor del objeto. Puede retirar una instalación con la que haya equipado la cosa que debe restituir.

§ 460

Retracto por estimación

Si se conviene como precio del retracto el valor de estimación que tenga el objeto comprado al tiempo de la misma, el retrovendedor no es responsable de un menoscabo, de la pérdida o de cualquier otra causa productora de imposibilidad de restitución del objeto; el retrocomprador no está obligado al resarcimiento de los gastos.

§ 461

Pluralidad de personas facultadas para el retracto

Si varias personas tienen en común un derecho de retracto, sólo puede ejercerse en su totalidad. Si está extinguido para uno de los titulares, o si uno de ellos no ejercita su derecho, los otros están facultados a ejercitar el derecho de retracto en su totalidad.

§ 462

Expiración del plazo para ejercitar el derecho

El derecho de retracto sólo puede ejercitarse, en el caso de inmuebles, hasta el transcurso de treinta años, en otros objetos sólo hasta el transcurso de tres años después del convenio de reserva. Si para el ejercicio se ha establecido un plazo, sustituye éste al plazo legal.

CAPÍTULO 3

TANTEO

§ 463

Presupuestos de su ejercicio

El que tenga el derecho de tanteo respecto de un objeto puede ejercitar el derecho de tanteo tan pronto como el obligado haya concluido con un tercero un contrato de compraventa sobre el objeto.

§ 464*Ejercicio del derecho de tanteo*

(1) El ejercicio del derecho de tanteo se realiza por declaración frente al obligado. La declaración no necesita la forma determinada para el contrato de compraventa.

(2) Con el ejercicio del derecho de tanteo se lleva a efecto la compra entre el titular y el obligado bajo las cláusulas que el obligado haya convenido con el tercero.

§ 465*Acuerdos ineficaces*

Un acuerdo del obligado con un tercero por el que se hace depender la compra del no ejercicio del derecho de tanteo o por el que se reserva la resolución al obligado para el caso de ejercicio del derecho de tanteo, es ineficaz frente al titular del derecho de tanteo.

§ 466*Prestaciones accesorias*

Si un tercero se ha obligado en el contrato a una prestación accesorias, que el titular del tanteo no está en condiciones de efectuar, el titular del tanteo, en lugar de la prestación accesorias, ha de satisfacer su valor. Si la prestación accesorias no puede estimarse en dinero, está excluido el ejercicio del derecho de tanteo; el acuerdo de la prestación accesorias, sin embargo, no se toma en consideración, si también sin ella se habría concluido el contrato con el tercero.

§ 467*Precio global*

Si el tercero ha comprado el objeto al que se aplica el derecho de tanteo a un precio global con otros objetos, el titular del tanteo ha de satisfacer una parte proporcional del precio total. El obligado puede pedir que el tanteo se extienda a todas las cosas que no pueden separarse sin perjuicio para él.

§ 468*Aplazamiento del precio de compra*

(1) Si en el contrato se ha aplazado al tercero el precio de compra, el titular del tanteo sólo puede reclamar el aplazamiento si presta garantía para la cantidad aplazada.

(2) Si un inmueble es objeto de tanteo, no se necesita la prestación de garantía siempre que se haya convenido para el precio de compra aplazado la constitución de una hipoteca sobre el inmueble o se haya asumido una deuda, imputable al precio de compra, para la que existe una hipoteca en el inmueble. Lo mismo regirá si el objeto del tanteo es un buque inscrito o un buque en construcción.

§ 469

Deber de comunicación, plazo de ejercicio

(1) El obligado ha de notificar inmediatamente al titular del tanteo el contenido del contrato concluido con el tercero. La notificación del obligado se suple por la notificación del tercero.

(2) El derecho de tanteo en inmuebles sólo puede ejercitarse hasta el transcurso de dos meses después de la recepción de la notificación; en los otros objetos, sólo hasta el transcurso de una semana. Si se ha establecido un plazo para el ejercicio, éste sustituye al plazo legal.

§ 470

Venta a herederos legales

El derecho de tanteo, en la duda, no se extiende a una venta, que en consideración a un futuro derecho hereditario se efectúa a un heredero legítimo.

§ 471

Compraventa en caso de ejecución forzosa o insolvencia

El derecho de tanteo está excluido si la compraventa se efectúa en vía de ejecución forzosa o sobre la masa de insolvencia.

§ 472

Varios titulares

Si el derecho de tanteo compete conjuntamente a varios titulares, sólo puede ejercitarse en la totalidad. Si se ha extinguido para uno de los titulares, o por uno de ellos no se ejercita su derecho, los restantes están facultados para ejercer el derecho de tanteo en su totalidad.

§ 473

Intransmisibilidad

El derecho de tanteo no es transmisible y no pasa a los herederos del titular, a no ser que se establezca otra cosa. Si el dere-

cho está circunscrito a un tiempo determinado, en la duda, es heredable.

Subtítulo 3. Compraventa de bienes de consumo

§ 474

Concepto de compraventa de bienes de consumo

(1) Si un consumidor compra a un empresario una cosa mueble (compraventa de bienes de consumo), se aplicarán, además, las siguientes disposiciones. Ello no será aplicable para cosas usadas que se venden en subasta pública en la cual pueda tomar parte personalmente el consumidor.

(2) Los §§ 445 y 447 no son de aplicación a los contratos de compraventa regulados en este subtítulo.

§ 475

Acuerdos divergentes

(1) El empresario no puede acogerse a un acuerdo anterior a la comunicación del vicio al proveedor, que se desvíe en perjuicio del consumidor de lo dispuesto en los §§ 433 a 435, 437, 439 a 443 así como de las disposiciones de este subtítulo. Las disposiciones descritas en el inciso 1 serán de aplicación incluso cuando se eludan por medio de otras configuraciones.

(2) La prescripción de las pretensiones descritas en el § 437 no se puede reducir negocialmente antes de la comunicación del vicio al empresario, cuando el acuerdo lleve a un plazo de prescripción de menos de dos años a partir del comienzo legal de la prescripción y en las cosas usadas, de menos de un año.

(3) Los apartados 1 y 2 no se aplicarán, sin perjuicio de los §§ 307 a 309, a la exclusión o la limitación de la pretensión de daños.

§ 476

Inversión de la carga de la prueba

Si se pone de manifiesto un vicio de la cosa dentro de los seis meses a partir de la transmisión del riesgo, se presumirá que la cosa ya era defectuosa en el momento de la transmisión, a no ser que esa presunción sea incompatible con el tipo de cosa o de vicio.

§ 477*Disposiciones especiales para garantías*

(1) Una declaración de garantía (§ 443) tiene que estar redactada de forma sencilla y comprensible. Debe contener:

1. la indicación de los derechos legales del consumidor, así como de que éstos no pueden ser limitados mediante la garantía, y
2. el contenido de la garantía y todos los datos indispensables para que se pueda reclamar la garantía, especialmente la duración y el ámbito de aplicación de la protección por garantía, así como el nombre y la dirección de quien otorga la garantía.

(2) El consumidor puede solicitar que se le comuniqué por escrito la declaración de garantía.

(3) La efectividad de la obligación de garantía no se verá afectada porque no se cumpla alguna de las exigencias anteriores.

§ 478*Pretensión de regreso del empresario*

(1) Cuando un empresario haya tenido que aceptar la sustitución de una cosa de nueva fabricación vendida a causa de un vicio o el comprador haya reducido el precio de la compra, no es necesario fijar un plazo para los derechos del empresario descritos en el § 437 del empresario frente al empresario que le había vendido la cosa (proveedor) en caso del vicio que ha hecho valer el consumidor

(2) En caso de compraventa de cosa nueva, el empresario puede solicitar a su proveedor la restitución de los gastos que tuvo que soportar en relación con el consumidor, según lo dispuesto por el § 439, apartado 2, si el vicio reclamado por el consumidor ya existía en el momento de la transmisión del riesgo al empresario.

(3) En los casos de los apartados 1 y 2 es de aplicación el § 476 en la medida en que el plazo comience con la transmisión del riesgo al comprador.

(4) El proveedor no puede acogerse a un acuerdo tomado con anterioridad a la comunicación de un vicio al proveedor que se desvíe en perjuicio del empresario de lo dispuesto en los §§ 433 a 435, 437, 439 a 443, así como en los apartados 1 a 3, y en el § 479, cuando no se reconozca una compensación equivalente al acreedor titular de una acción de regreso. El inciso 1 no será de aplicación, sin perjuicio del § 307, para la exclusión o limitación de la pretensión

de daños. Las disposiciones del inciso 1 serán de aplicación incluso cuando se eviten mediante otras configuraciones.

(5) Procede la aplicación de los apartados 1 a 4 a las pretensiones del proveedor y de los demás compradores en la cadena de suministro frente al respectivo vendedor cuando los deudores sean empresarios.

(6) El § 377 del Código de Comercio se mantiene sin modificar.

§ 479

Prescripción de las pretensiones de regreso

(1) Las pretensiones de restitución de gastos establecidas en el § 478, apartado 2, prescriben en dos años a partir del suministro de la cosa.

(2) La prescripción de las pretensiones determinadas por los §§ 437 y 438, apartado 2, a favor del empresario frente a su proveedor por vicio de una cosa de nueva fabricación vendida a un consumidor, se producirá, como muy pronto, a los dos meses a partir del momento en el que el empresario haya satisfecho las pretensiones del consumidor. La suspensión de la prescripción finaliza, como muy tarde, a los cinco años a partir del momento en el que el proveedor haya suministrado la cosa al empresario.

(3) Los apartados anteriores son de aplicación a las pretensiones del proveedor y de los demás compradores en la cadena de suministro frente al respectivo vendedor cuando los deudores sean empresarios.

Subtítulo 4. Permuta

§ 480

Permuta

Las disposiciones sobre la compraventa serán también de aplicación a la permuta.

TÍTULO 2

CONTRATOS SOBRE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE VIVIENDA A TIEMPO PARCIAL

§ 481

Concepto de contrato sobre derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial

(1) Contratos sobre derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial son aquellos mediante los cuales un empresario

proporciona o promete proporcionar el derecho a un consumidor, a cambio del pago de un precio global, de utilizar una edificación para vacaciones o con fines de vivienda, durante un período de tiempo de, al menos, tres años, bien para una temporada determinada del año o bien para una temporada del año a determinar. El derecho puede ser un derecho real o de otro tipo y puede ser reconocido especialmente incluso por pertenencia a una asociación o por una cuota en una sociedad.

(2) El derecho puede consistir también en la elección de usar una edificación dentro de una relación de edificios.

(3) Se equipara al concepto de edificio el caso de que se trate de una parte del mismo.

§ 482

Deber de prospecto en los contratos sobre derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial

(1) Quien ofrezca como empresario la conclusión de contratos sobre derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial, debe presentar un prospecto al consumidor cuando informa sobre intereses que le afectan.

(2) El prospecto mencionado en el apartado 1 debe contener una descripción general del edificio o de la relación de edificios, así como los datos dispuestos en el Reglamento conforme al artículo 242 de la Ley de Introducción al BGB.

(3) Antes de la conclusión del contrato, el empresario puede introducir una modificación de los datos contenidos en el prospecto cuando así lo exijan circunstancias en las que él no ha podido influir.

(4) En toda publicidad para la conclusión de contratos sobre derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial, debe precisarse que existe un prospecto a disposición y dónde puede ser solicitado.

§ 483

Idioma del contrato y del prospecto en los contratos sobre derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial

(1) El contrato debe redactarse en el idioma oficial o bien, cuando haya varios idiomas oficiales, en el idioma oficial del Estado miembro de la Unión Europea o del Estado contratante del Tra-

tado sobre el Espacio Económico Europeo que elija el consumidor y en el que tenga su domicilio el consumidor. Si el consumidor pertenece a otro Estado miembro, entonces puede elegir, en lugar del idioma del Estado en el que tiene su domicilio, los idiomas o uno de los idiomas oficiales del Estado al que pertenece. Los incisos 1 y 2 rigen también para el prospecto.

(2) Si el contrato debe escriturarse por un Notario alemán, en tal caso se aplican los §§ 5 y 16 de la Ley del Notariado, con la obligación de poner a disposición del consumidor una traducción acreditada del contrato en el idioma elegido por él según el apartado 1.

(3) Los contratos sobre derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial que no se ajusten a lo establecido en el apartado 1, incisos 1 y 2, o al apartado 2, son nulos.

§ 484

Forma escrita en los contratos sobre derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial

(1) El contrato sobre derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial debe tener forma escrita, en tanto que otras disposiciones no prescriban una forma más estricta. Se excluye la conclusión del contrato en forma electrónica. Los datos descritos en el § 482, que deben contenerse en el prospecto a disposición del consumidor, deben formar parte del contenido del contrato, en tanto las partes no adopten un acuerdo que discrepe del prospecto expresamente y bajo información de la diferencia con el mismo. Tales modificaciones deben ser puestas en conocimiento del consumidor antes de concluirse el contrato. Sin perjuicio de la validez de los datos del prospecto según el inciso 2, la escritura del contrato deberá contener las manifestaciones prescritas por el Reglamento designado en el § 482 apartado 2.

(2) El empresario debe entregar al consumidor una escritura o una copia de la misma. Además deberá entregarle, cuando el idioma del contrato y el idioma del Estado en el que se encuentra el edificio sean diferentes, una traducción acreditada del contrato en el idioma oficial o uno de los idiomas oficiales del Estado miembro de la Unión Europea o del Tratado sobre el Espacio Económico Europeo en el que esté situado el edificio. El deber de entregar una traducción acreditada decae cuando el derecho de uso se refiera a una variedad de edificios que se encuentran en diferentes Estados.

§ 485*Derecho de revocación en los contratos sobre derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial*

(1) El consumidor dispone de un derecho de revocación en el contrato sobre derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial, según lo previsto en el § 355.

(2) La información necesaria sobre el derecho de revocación debe también indicar los gastos que tiene que reembolsar el consumidor en caso de revocación según el apartado 5, inciso 2.

(3) Si no se ha entregado al consumidor el prospecto mencionado en el § 482 antes de la conclusión del contrato o en el idioma allí establecido, entonces el plazo de ejercicio del derecho de revocación, a diferencia de lo dispuesto por el § 355, apartado 1, inciso 2, será de un mes.

(4) Si falta en el contrato alguno de los datos que establece el Reglamento previsto por el § 482 apartado 2, entonces no comienza a correr el plazo de ejercicio del derecho de revocación antes de que se comunique por escrito al consumidor ese dato.

(5) Queda excluida una bonificación por servicios prestados así como por la cesión del uso de edificios, a diferencia de lo previsto en el § 357, apartados 1 a 3. Si el contrato necesita de escritura notarial, deberá entregar el consumidor al empresario los gastos de escritura. En los casos de los apartados 3 y 4 se presupone la obligación de pagar los gastos; el consumidor puede solicitar al empresario el reembolso de los gastos del contrato.

§ 486*Prohibición de pagos a cuenta en los contratos sobre derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial*

El empresario no puede exigir ni aceptar pagos a cuenta por parte del consumidor antes del transcurso del plazo de revocación. Se mantienen sin modificar las disposiciones que sean más favorables para el consumidor.

§ 487*Acuerdos divergentes*

No se podrán variar las disposiciones de este título en perjuicio del consumidor. Salvo disposición en contrario, las disposiciones

de este subtítulo serán de aplicación incluso cuando se eviten mediante otras configuraciones.

TÍTULO 3

CONTRATO DE PRÉSTAMO, AYUDAS DE FINANCIACIÓN Y CONTRATOS DE SUMINISTRO POR ENTREGAS ENTRE UN EMPRESARIO Y UN CONSUMIDOR

Subtítulo 1. Contrato de préstamo

§ 488

Deberes contractuales típicos del contrato de préstamo

(1) Mediante el contrato de préstamo se obliga al prestamista a poner a disposición del tomador del préstamo una suma de dinero en la cantidad acordada. El tomador del préstamo se obliga a pagar el interés acordado y a restituir el préstamo entregado al vencimiento.

(2) Los intereses acordados se deben satisfacer, salvo que se acuerde otra cosa, después del transcurso de un año y, cuando el préstamo se deba devolver antes del transcurso de un año, en el momento de la devolución.

(3) Si no se ha fijado un plazo para la restitución del préstamo, entonces depende el vencimiento de la denuncia del prestamista o del prestatario. El plazo de denuncia será de tres meses. Si no se adeudan intereses, el tomador del préstamo tendrá derecho a restituir el préstamo incluso sin mediar denuncia.

§ 489

Derecho ordinario de denuncia del tomador del préstamo

El tomador del préstamo puede denunciar total o parcialmente un contrato de préstamo para el que se ha acordado un tipo de interés fijo durante un tiempo determinado:

1. cuando la obligación de intereses finalice antes del plazo para la restitución y no se haya tomado un nuevo acuerdo sobre el tipo de interés, respetando un plazo de denuncia de un mes por lo menos antes de la fecha en la que finalice la obligación de intereses; si se ha acordado un ajuste del tipo de interés en espacios de tiempo determinados de hasta un año, entonces sólo puede denunciar el tomador del préstamo al transcurrir la fecha en la que finaliza la obligación de intereses:

2. cuando el préstamo se concede a un consumidor y no se garantice mediante un derecho territorial pignoraticio o un derecho pignoraticio naval, después del transcurso de seis meses a partir del momento de recepción completa (del préstamo), respetando un plazo de denuncia de tres meses;
3. en cualquier caso, después del transcurso de diez años a partir de la recepción completa, respetando un plazo de denuncia de seis meses; si se toma un nuevo acuerdo sobre el plazo de restitución o del tipo de interés después de la recepción del préstamo, entonces se tendrá en cuenta el momento de ese acuerdo en lugar del momento del pago.

(2) El tomador del préstamo puede denunciar, en cualquier momento, un contrato de préstamo con un tipo de interés variable, respetando un plazo de denuncia de tres meses.

(3) Una denuncia del tomador del préstamo, según los apartados 1 y 2, no se tendrá por hecha si no se devuelve la cantidad adeudada dentro de las dos semanas siguientes a la efectividad de la denuncia.

(4) El derecho de denuncia del tomador del préstamo, según los apartados 1 y 2, no puede excluirse ni agravarse por medio de contrato. Lo dicho no se aplicará en caso de préstamo a la Federación (Bund), a un Patrimonio Separado de la Federación, a un Estado federado (Land), a un Municipio, a una Mancomunidad de municipios, a las Comunidades Europeas o a Corporaciones Regionales Extranjeras.

§ 490

Derecho extraordinario de denuncia

(1) Cuando en el patrimonio del tomador del préstamo o en el mantenimiento del valor de una garantía otorgada para el préstamo se produzca un empeoramiento considerable o amenace con producirse, de manera que peligre la restitución del préstamo, incluso mediante la realización de la garantía prestada, puede el prestamista denunciar el contrato de préstamo antes de la entrega del mismo en caso de duda siempre, y como norma general, inmediatamente después de la entrega del préstamo.

(2) El tomador del préstamo puede denunciar anticipadamente un contrato de préstamo para el que se haya acordado un tipo de interés fijo durante un tiempo determinado y el préstamo se haya asegurado con un derecho territorial pignoraticio o un derecho pignoraticio naval, respetando los plazos del § 489, apartado 1, núme-

ro 2, siempre que sus legítimos intereses así lo exigiesen. Un interés de tal tipo se da especialmente cuando el tomador del préstamo tiene necesidad de utilizar de otro modo la cosa prestada para garantizar el préstamo. El tomador debe indemnizar al prestamista por aquellos daños que le ocasione la denuncia anticipada (indemnización por vencimiento anticipado).

(3) Los §§ 313 y 314 permanecen sin modificar.

§ 491

Contrato de préstamo con consumidores

(1) Para los contratos de préstamo remunerados entre un empresario como prestamista y un consumidor como tomador del préstamo (contratos de préstamo con consumidores) se aplicarán complementariamente las disposiciones siguientes, excepto los apartados 2 y 3.

(2) Las siguientes disposiciones no se aplicarán a los contratos de préstamo con consumidores:

1. en los que el préstamo a reembolsar (importe neto del préstamo) no sobrepase los 200 euros;
2. que concierne un patrono con su trabajador a unos intereses que se encuentran por debajo de los tipos usuales en el mercado;
3. los que se concluyan en el ámbito de promoción de viviendas y de viviendas de protección oficial, con base en una licencia de Derecho público o en la utilización de caudales públicos, directamente entre la entidad de Derecho público que concede los fondos de promoción y el titular del préstamo, a unos intereses que se encuentran por debajo de los tipos usuales en el mercado.

(3) Además tampoco serán de aplicación:

1. los §§ 358, 359, § 492, apartado 1, inciso 5, número 2, § 495, § 497, apartados 2 y 3, y § 498 a los contratos de préstamo con consumidores en los que la concesión del préstamo se haga depender de una garantía mediante un derecho territorial pignoraticio y se efectúen bajo condiciones que sean usuales para los contratos de préstamo asegurados por derechos territoriales pignoraticios y su financiación; se equipara a la garantía mediante derecho territorial pignoraticio el caso de que se prescinda de tal garantía, según el § 7, aparta-

- dos 3 a 5, de la Ley sobre Cajas Hipotecarias de Ahorro;
2. el § 358, apartados 2, 4 y 5 y los §§ 492 a 495 a los contratos de préstamo con consumidores que se incluyan en un protocolo confeccionado judicialmente según la ordenación procesal civil o que se escrituren por medio de Notario, cuando el protocolo o la escritura notarial contenga el interés anual, los gastos a cuenta del préstamo fijados al concluirse el contrato, así como las condiciones bajo las que se pueden modificar el interés anual o los gastos;
 3. el § 358, apartados 2, 4 y 5, y el § 359 a los contratos de préstamo con consumidores que sirvan para financiar la adquisición de títulos, valores, divisas, derivados o metales preciosos.

§ 492

Forma escrita, contenido del contrato

Los contratos de préstamo con consumidores deben concluirse en forma escrita mientras no se exija una forma más estricta. Queda excluida la conclusión del contrato de forma electrónica. La forma escrita es suficiente cuando la solicitud y la aceptación sean manifestadas respectivamente por las partes contratantes separadamente y por escrito. La declaración del prestamista no necesita firma cuando se realice con ayuda de una instalación automática. La declaración contractual que firme el tomador del préstamo debe contener:

1. el importe neto del préstamo, en todo caso, el límite máximo del crédito;
2. el importe total de todos los pagos parciales a satisfacer por el tomador del préstamo, para la cancelación del préstamo así como para el pago de intereses y otros gastos, cuando el importe total se fije según la cuantía al concluirse el contrato de préstamo con consumidores para un tiempo total de duración. Además, deberá consignarse en los contratos con condiciones variables que se van cancelando por cuotas, una cantidad total sobre la base de las condiciones del préstamo que son determinantes al concluirse el contrato. No se deberá mencionar ninguna cantidad total en caso de préstamos en los que se deje libertad de utilización hasta un límite máximo:

3. el procedimiento y la forma de restitución del préstamo o, cuando no se haya previsto un acuerdo al respecto, la regulación de la terminación del préstamo;
4. el tipo de interés y todos los otros gastos del préstamo que se deban consignar detalladamente en tanto se conozca su importe y, en los demás casos, los que se deban detallar por su motivo, incluyendo los gastos de mediación que deba soportar eventualmente el tomador del préstamo;
5. el tipo efectivo de interés o si se ha reservado una variación del tipo de interés o de otros factores determinantes del precio, el tipo de interés inicialmente efectivo; junto con el interés efectivo inicial anual se ha de indicar también, bajo qué presupuestos, pueden modificarse los factores determinantes del precio y en qué momento se deberán contabilizar las cargas que resulten de un pago no íntegro o de un suplemento al importe del crédito al calcular el tipo de interés efectivo anual;
6. los gastos de un seguro de deuda restante o de otro seguro que se concluya en conexión con el contrato de préstamo con consumidores;
7. las garantías que se constituyan.

(2) El interés efectivo anual es la carga total por año que se debe expresar en un tanto por ciento del importe neto del crédito. El cálculo del interés efectivo anual y del interés efectivo inicialmente se hará según el § 6 del Reglamento de Regulación de Precios.

(3) El prestamista deberá poner a disposición del tomador una copia de las estipulaciones contractuales.

(4) Los apartados 1 y 2 se aplicarán también para el apoderamiento que haga el tomador del préstamo para concluir un contrato de préstamo con consumidores. El inciso 1 no se aplicará al apoderamiento procesal ni al apoderamiento que se haga por escritura notarial.

§ 493

Préstamo en forma de descubierto

(1) Las disposiciones del § 492 no rigen para contratos de préstamo con consumidores en los que una entidad de crédito reconozca al tomador del préstamo un derecho a sobrepasar los límites de su cuenta corriente en una cierta cantidad, si no se prevé contabilizar otros gastos que no sean los intereses del préstamo empleado y los intereses no se cargan en períodos de menos de 3 meses.

La entidad de crédito deberá informar al tomador antes de emplear este tipo de préstamo sobre:

1. el límite máximo del préstamo,
2. el interés anual vigente en el momento de la información,
3. las condiciones en las cuales se podrá variar el tipo de interés,
4. la regulación de la terminación del contrato.

Las condiciones contractuales según el inciso 2, números 1 a 4, se deberán confirmar al tomador del préstamo, como muy tarde, después de haber empleado, por primera vez, el préstamo. Además se debe informar al tomador del préstamo sobre cualquier variación del interés anual durante el empleo del mismo. La confirmación del inciso 3 y la información del inciso 4 se deben hacer por escrito; es suficiente cuando se realizan en un extracto de movimientos de cuenta.

(2) Si la entidad de crédito permite dejar en descubierto una cuenta corriente y se sobrepasa el límite de la cuenta durante más de tres meses, entonces deberá informar la entidad crediticia al tomador del préstamo sobre el interés anual, los gastos y la variaciones relativas a ello; lo anterior podrá hacerse mediante impresión en un extracto de cuenta.

§ 494

Consecuencias jurídicas por defectos de forma

(1) El contrato de préstamo con consumidores y el apoderamiento hecho por el consumidor para la conclusión de un contrato de este tipo son nulos si no se ha observado en su totalidad la forma escrita o si falta alguno de los datos prescritos en el § 492, apartado 1, inciso 5, números 1 a 6.

(2) Aun cuando existe un defecto conforme al apartado 1, el contrato de préstamo es válido siempre que el consumidor reciba el préstamo o demande el crédito. Sin embargo, se reduce el tipo de interés aplicado al préstamo (§ 492, apartado 1, inciso 5, número 4) tomando por base el tipo de interés legal, si falta su señalización, la indicación del tipo efectivo de interés o el inicialmente efectivo (§ 492, apartado 1, inciso 5, número 5) o la mención del importe total (§ 492, apartado 1, inciso 5, número 2). Los gastos no indicados no los debe el consumidor. Los pagos parciales convenidos se han de computar teniendo en consideración los intereses reducidos o los nuevos gastos. Si no se ha indicado bajo qué presu-

puestos pueden variarse los factores determinantes del precio, no tiene lugar la posibilidad de variar éste en perjuicio del consumidor. Por las indicaciones que faltan acerca de ello no se pueden pedir garantías; esto no rige si el importe neto del préstamo excede de 50.000 euros.

(3) Si el interés anual efectivo o el inicialmente efectivo se han señalado demasiado bajo, se reduce el tipo de interés tomado por base del contrato de préstamo en el porcentaje en el cual se ha señalado demasiado bajo el interés anual efectivo o el interés anual inicialmente efectivo.

§ 495

Derecho de revocación

(1) El tomador del préstamo en un contrato de préstamo con consumidores dispone de un derecho de revocación según establece el § 355.

(2) Si el tomador del préstamo ha recibido el crédito, no se tendrá por hecha la revocación si no devuelve el préstamo dentro de las dos semanas siguientes a la declaración de revocación o al pago del préstamo. Esto no rige en el caso del § 358, apartado 2. La información necesaria sobre el derecho de revocación deberá orientar sobre la consecuencia prevista en el inciso 1.

(3) Los apartados 1 y 2 no serán de aplicación a los contratos de préstamo con consumidores mencionados en el § 493, apartado 1, inciso 1, si el tomador del préstamo puede devolver el préstamo según el contrato sin observar un plazo de denuncia y sin gastos adicionales.

§ 496

Renuncia a excepciones, prohibición de letras de cambio y de cheques

(1) Será ineficaz el acuerdo mediante el cual el tomador del préstamo renuncie a su derecho de formular excepciones que le correspondan frente al prestamista, que, según el § 404, puede oponer a un acreedor por cesión, o a un crédito exigible frente al prestamista, que, según el § 406, pueda compensar también frente al acreedor por cesión.

(2) El tomador del préstamo no puede ser obligado a aceptar una letra de cambio por pretensiones del prestamista dimanantes del contrato de préstamo con consumidores. El prestamista no

puede aceptar un cheque del tomador del préstamo para garantizar sus pretensiones dimanantes del contrato de préstamo con consumidores. El tomador del préstamo puede solicitar en cualquier momento, al prestamista, la entrega de una letra de cambio o de un cheque, que se haya dado en contra de lo dispuesto por el inciso 1 ó 2. El prestamista responde por cualquier perjuicio que resulte para el tomador del préstamo por haber dado esa letra de cambio o ese cheque.

§ 497

Tratamiento de los intereses de demora, imputación de prestaciones a cuenta

(1) Siempre que el tomador del préstamo incurra en mora con lo pagos que debe por razón de un contrato de préstamo con consumidores, ha de pagar intereses por la cantidad debida, según el § 288, apartado 1, a no ser que se trate de un contrato asegurado con un derecho territorial pignoraticio, según el § 491, apartado 3, número 1. Para estos contratos el interés anual de demora será dos puntos y medio porcentuales más alto que el tipo básico de interés. En casos concretos puede acreditar el prestamista un perjuicio mayor o el tomador del préstamo un perjuicio menor.

(2) Después de haber incurrido en mora, los intereses devengados se deben abonar en una cuenta separada y no pueden ser abonados en una cuenta corriente con el importe adeudado o con otras prestaciones del prestamista. Respecto a estos intereses se aplica el § 289, inciso 2, con la reserva de que el prestamista solamente puede solicitar indemnización de daños hasta la cuantía del tipo de interés legal (§ 246).

(3) Los pagos del tomador del préstamo que no alcanzan al reembolso de la totalidad de la deuda vencida se imputarán, a diferencia de lo previsto por § 367, apartado 1, en primer lugar, a los gastos judiciales, después, a los restantes importes debidos (apartado 1) y finalmente a los intereses (apartado 2). El prestamista no puede rechazar pagos parciales. La prescripción de las pretensiones por restitución del préstamo e intereses se suspende desde el incurrimiento en mora según lo establecido por el apartado 1 hasta su constatación en una de las formas descritas en el § 197, apartado 1, números 3 a 5, pero en ningún caso durará más de diez años a partir del momento en que se produce. A las pretensiones por intereses no se aplicará el § 197, apartado 2. Los incisos 1 a 4 no se aplican en tanto los pagos se hagan por títulos de ejecución cuyo crédito principal son los intereses.

§ 498*Situación de vencimiento total en los préstamos de pago parcial*

(1) El prestamista de un préstamo que se ha de restituir en pagos parciales, sólo puede denunciar el contrato de préstamo con consumidores por demora en el pago del tomador del préstamo si:

1. el tomador del préstamo está en mora respecto al menos dos plazos sucesivos total o parcialmente y por lo menos con el 10 por 100 en un plazo del contrato de préstamo con consumidores superior a tres años con el 5 por 100 del importe nominal del crédito o del pago parcial del crédito, y
2. el prestamista ha señalado al tomador sin éxito un plazo de dos semanas para el pago del importe atrasado, con la declaración de que, en caso de impago dentro del plazo otorgado, reclamará el saldo total adeudado.

Con el señalamiento del plazo, como muy tarde, el prestamista debe ofrecer al tomador una negociación sobre las posibilidades de una regulación de mutuo acuerdo.

(2) Si el prestamista denuncia el contrato de préstamo con consumidores, se disminuye el saldo de la deuda respecto a los intereses y demás gastos del préstamo dependientes del período de tiempo que en caso de cálculo progresivo son improcedentes al momento en que sea eficaz la denuncia.

Subtítulo 2. Ayudas de financiación entre un empresario y un consumidor

§ 499*Aplazamiento del pago, otras ayudas de financiación*

(1) Las disposiciones de los §§ 338, 359 y 492, apartados 1 a 3, y los §§ 494 a 498, excepto los apartados 2 y 3, son de aplicación a los contratos por los que un empresario otorga a un consumidor un aplazamiento remunerado del pago de más de tres meses u otro tipo de ayuda de financiación remunerada.

(2) Para los contratos de leasing financiero y contratos de financiación que tengan por objeto el suministro de una cosa determinada o la realización de otra prestación determinada a cambio de pagos a plazos (negocios de pago aplazado) son de aplicación las

especialidades reguladas en los §§ 500 a 504, a excepción del apartado 3.

(3) Las disposiciones de este subtítulo no son aplicables en el ámbito determinado por el § 491, apartados 2 y 3. En los negocios de pago aplazado se sustituye en el § 491, apartado 2, el denominado importe neto del préstamo por la expresión precio de pago al contado.

§ 500

Contratos de leasing financiero

A los contratos de leasing financiero entre un empresario y un consumidor solamente serán aplicables las disposiciones de los §§ 358, 359, 492, apartado 1, incisos 1 a 4, § 492, apartados 2 y 3 y el § 495, apartado 1, así como los §§ 496 a 498.

§ 501

Negocios de pago aplazado

A los negocios de pago aplazado entre un empresario y un consumidor se aplican exclusivamente las disposiciones de los §§ 358, 359, 492, apartado 1, incisos 1 a 4, § 492, apartados 2 y 3, § 495, apartado 1, así como de los §§ 496 a 498. Por lo demás, rigen los siguientes preceptos.

§ 502

Datos necesarios, consecuencias jurídicas por defectos de forma en los negocios de pago aplazado

(1) En los negocios de pago aplazado, la declaración contractual que debe firmar el consumidor tiene que especificar:

1. el precio de pago al contado,
2. el precio de pago a plazos (importe total del pago a cuenta y de todos los pagos parciales a satisfacer por el consumidor, incluyendo intereses u otros gastos),
3. importe, número y vencimiento de cada uno de los pagos parciales,
4. el interés anual efectivo,
5. los gastos del seguro que se concluya en relación con el negocio de pago aplazado,
6. el pacto de reserva de dominio o de cualquier otra garantía a constituir.

No se precisará el dato del precio de pago al contado ni del interés anual efectivo cuando el empresario entregue la cosa o la prestación solamente a cambio de pagos a plazo.

(2) Las exigencias del apartado 1, del § 492, apartado 1, incisos 1 a 4, y del § 492, apartado 3, no se aplican en los negocios de pago aplazado en las ventas a distancia cuando los datos descritos en el apartado 1, inciso 1, números 1 a 5, a excepción del importe de los pagos parciales, se comuniquen en forma escrita al consumidor tan oportunamente que pueda tener conocimiento de ellos con detalle antes de concluir el contrato.

(3) El negocio de pago aplazado es nulo si no se observa la forma escrita del § 492, apartado 1, incisos 1 a 4, o si falta uno de los datos exigidos en el apartado 1, inciso 1, números 1 a 5. Aun existiendo un defecto conforme al inciso 1, será válido el negocio de pago aplazado cuando se entregue la cosa o se realice la prestación al consumidor. Sin embargo, se deberá abonar el precio de pago al contado y los intereses, con el límite máximo del interés legal, si faltan los datos del precio de pago a plazos o del interés anual efectivo. Si no se expresa un precio de pago al contado, se aplicará, en caso de duda, el precio de mercado. La constitución de garantías no puede exigirse si faltan datos sobre ello. Si se ha señalado un interés anual efectivo o un interés anual inicialmente efectivo demasiado bajo, se reducirá el precio de pago a plazos en el porcentaje en que se haya expresado demasiado bajo el interés anual efectivo o el interés anual inicialmente efectivo.

§ 503

Derecho de devolución, resolución en los negocios de pago aplazado

(1) Al consumidor se le puede reconocer, en lugar del derecho de revocación que le corresponde según el § 495, apartado 1, un derecho de devolución según prevé el § 356.

(2) El empresario puede resolver el negocio de pago aplazado por mora en el pago del consumidor solamente en las condiciones previstas por el § 498, apartado 1. El consumidor debe reembolsar también al empresario los gastos realizados a consecuencia del contrato. Para evaluar el reembolso de los emolumentos de una cosa que se debe restituir, se debe tener en cuenta la reducción del valor que se haya producido entre tanto. Si el empresario vuelve a tomar para sí la cosa suministrada en base al negocio de pago aplazado, se considerará como ejercicio del derecho de resolución, a no ser que

el empresario se ponga de acuerdo con el consumidor para reembolsarle el precio normal de venta de la cosa en el momento de la retirada. El inciso 4 se aplica si el contrato de suministro de una cosa está vinculado a un contrato de préstamo con consumidores (§ 358, apartado 2) y si el prestamista vuelve a tomar la cosa consigo; en caso de resolución, se rige la relación entre el prestamista y el consumidor por los incisos 2 y 3.

§ 504

Pago anticipado en los negocios de pago aplazado

Si el consumidor cumple anticipadamente sus obligaciones derivadas del negocio de pago aplazado, se reduce el precio de pago a plazos en los intereses y otros gastos dependientes del transcurso del tiempo que decaen con la compensación a escala reducida en el momento del cumplimiento anticipado. Si no es preciso manifestar un precio de pago al contado según el § 502, apartado 1, inciso 2, se toma como base el tipo de interés legal (§ 246). Pero el empresario puede también solicitar los intereses y los demás gastos dependientes del transcurso del tiempo para los primeros nueve meses del período de tiempo inicialmente previsto si el consumidor cumple sus obligaciones antes del transcurso de este lapso de tiempo.

Subtítulo 3. Contratos de suministro por entregas entre un empresario y un consumidor

§ 505

Contratos de suministro por entregas

(1) El consumidor dispone de un derecho de revocación según el § 355, salvo el inciso 2, en los contratos con un empresario en los que la declaración de voluntad del consumidor se orienta a la conclusión de un contrato que:

1. tenga por objeto el suministro de varias cosas vendidas como análogas en prestaciones parciales y en el que la remuneración por la totalidad de las cosas se hace mediante pagos parciales, o
2. tenga por objeto el suministro periódico de cosas de la misma clase, o
3. tenga por objeto la obligación de adquirir cosas repetidamente o de retirar cosas repetidamente.

Lo dicho anteriormente no se aplica en el ámbito de los § 491, apartados 2 y 3. Al importe neto del préstamo según el § 491, apartado 2, número 1, corresponde la suma de todos los pagos parciales que debe pagar el consumidor hasta el momento del desistimiento más próximo posible.

(2) El contrato de suministro por entregas según el inciso 1 necesita la forma escrita. El inciso 1 no se aplicará cuando el consumidor tenga la posibilidad de recoger y grabar, de forma que puedan ser reproducidas, las cláusulas del contrato incluyendo las condiciones generales de la contratación. El empresario debe comunicar al consumidor el contenido del contrato de forma escrita.

Subtítulo 4. Inalienabilidad, uso para fines de independización económica

§ 506

Acuerdos divergentes

No se podrá divergir de las disposiciones de los § 491 a 505 en perjuicio del consumidor. Estas disposiciones se aplicarán incluso cuando sean evitadas mediante otras configuraciones.

§ 507

Uso para fines de independización económica

Los § 491 a 506 rigen también para las personas físicas que solicitan un préstamo, un aplazamiento del pago u otra ayuda financiera para iniciar un oficio o una actividad profesional o que concluyen un contrato de suministro por entregas con tal fin, excepto que el importe neto del préstamo o el precio de pago al contado supere los 50.000 euros.

32. En la nueva sección 8 del libro 2 se convierten los hasta ahora títulos 2 y 3 así como el título 4 en los títulos 4 a 6.

33. El § 523, apartado 2, inciso 2, se redacta como sigue:

«Serán de aplicación las disposiciones de los § 433, apartado 1, y de los §§ 435, 436, 444, 452, 453, que rigen para la responsabilidad del vendedor por vicios de la cosa.»

33a. En el § 536, apartado 1, inciso 1, se sustituye la palabra «defecto» por la palabra «vicio».

33b. En el § 536 a apartado 1, y en el § 536 c, apartado 2, inciso 2, número 2, se suprime la expresión «por no cumplimiento».

33c. En el § 543, apartado 4, inciso 1, se sustituye la expresión «§§ 536 b, 536 d y §§ 469 a 471» por la expresión «§§ 536 b y 536 d».

33d. Se suprime el § 548, apartado 3.

33e. En el § 536, apartado 3, inciso 2, se sustituye la expresión «§ 206» por la expresión «§ 210».

34. Al § 604 se le añade el siguiente apartado:

«(5) La prescripción de la pretensión por devolución de la cosa comienza con la finalización del préstamo.»

35. En la nueva Sección 8 del libro 2 se convierte el hasta ahora título 5 en título 7 y se redacta como sigue:

«TÍTULO 7

CONTRATO DE PRÉSTAMO DE COSA

§ 607

Deberes contractuales típicos en el contrato de préstamo de cosa

(1) Por el contrato de préstamo de cosa se obliga el prestamista a ceder al tomador del préstamo una cosa fungible acordada. El tomador del préstamo queda obligado a pagar una retribución por el préstamo y al vencimiento, a restituir cosas de la misma clase, en la misma calidad y cantidad.

(2) Las disposiciones de este título no serán de aplicación a la cesión de dinero.

§ 608

Denuncia

(1) Si no se ha fijado una fecha para la devolución de la cosa cedida, el vencimiento dependerá de la denuncia por el prestamista o por el tomador del préstamo.

(2) Un contrato de préstamo de cosa concluido por tiempo indeterminado puede ser denunciado en cualquier momento por el prestamista o por el tomador del préstamo, total o parcialmente, salvo acuerdo en contrario.

§ 609

Remuneración

El tomador del préstamo debe pagar una remuneración, como muy tarde, en el momento de restitución de la cosa cedida.

36. En la nueva sección 8 del libro 2 se convierten los hasta ahora títulos 6 y 7, así como el título 8 a 25, en los títulos 8 a 27.

36a. Al § 615 se le añade el siguiente inciso:

«Los incisos 1 y 2 rigen expresamente en los casos en los que el empleador soporta el riesgo de falta de trabajo.»

36b. Después del § 619 se introduce el siguiente artículo:

«§ 619 a

Carga de la prueba en caso de responsabilidad del empleado

A diferencia de lo dispuesto por el § 280, apartado 1, el empleado sólo tiene que pagar indemnización al empleador por un daño resultante de la lesión de un deber derivado de la relación de trabajo cuando sea responsable de la lesión.

37. Al § 632 se le añade el siguiente apartado:

«(3) En caso de duda no hay que pagar un presupuesto.»

38. Los §§ 633 a 638 quedan redactados como sigue:

«§ 633

Vicio de la cosa y vicio jurídico

(1) El artífice debe crear la cosa para el comitente libre de vicios y de vicios jurídicos.

(2) La obra está libre de vicio cuando tenga la calidad acordada. Siempre que no se haya acordado la calidad, la obra está libre de vicio,

1. cuando sea apropiada para el uso acordado en el contrato, si no
2. cuando sea apropiada para el uso normal y ofrezca una calidad que sea la usual en obras de la misma clase y que el comitente puede esperar por el tipo de obra.

Se equipara al vicio de la cosa cuando el artífice realice una obra diferente a la pedida o en una cantidad insuficiente.

(3) La obra está libre de vicio jurídico cuando terceras personas no puedan reclamar frente al comitente ningún derecho sobre la obra o sólo derechos derivados del contrato.

§ 634

Derechos del comitente en caso de vicio

Si la obra tiene un vicio, puede el comitente, cuando se cumplan las exigencias siguientes y salvo disposición en contrario:

1. solicitar el cumplimiento posterior según el § 635,
2. eliminar el vicio él mismo y solicitar el reembolso de los gastos necesarios, según el § 637,
3. resolver el contrato según lo dispuesto en los §§ 636, 323 y 326, apartado 5, o reducir el pago, según el § 638, y
4. solicitar indemnización de daños según los §§ 636, 280, 281, 283, y 311, a ó el reembolso de gastos inútiles según el § 284.

§ 634 a

Prescripción de las pretensiones por vicio

(1) Las pretensiones descritas en el § 634, números 1, 2 y 4 prescriben:

1. con la excepción del número 2, a los dos años cuando la obra consista en la realización, mantenimiento o modificación de una cosa o en la realización de servicios de planificación o de vigilancia para ello,
2. a los cinco años, en las obras y edificaciones, cuando se trate de la realización de prestaciones de planificación y vigilancia para ellas, y
3. en los demás casos, en el plazo ordinario de prescripción.

(2) La prescripción comienza en los casos del apartado 1, números 1 y 2, con la recepción.

(3) A diferencia de lo dispuesto en el apartado 1, número 1 y 2, y en el apartado 2, prescriben las pretensiones en el plazo ordinario de prescripción cuando el artífice haya ocultado el vicio fraudulentamente. En el caso del apartado 1, número 2, sin embargo, no se realiza la prescripción antes del transcurso del plazo allí establecido.

(4) Para el derecho de resolución descrito en el § 634 rige el § 218. El comitente puede denegar el pago de la remuneración a pesar de la ineficacia de la resolución según el § 218, apartado 1, en tanto que tuviera derecho a ello con base en la resolución. Si hace uso de este derecho, el artífice puede resolver el contrato.

(5) Al derecho de reducción descrito en el § 634 son de expresa aplicación el § 218 y el apartado 4, inciso 2.

§ 635

Cumplimiento posterior

(1) Si el comitente solicita el cumplimiento posterior, puede el artífice, a su elección, reparar el vicio o producir una cosa nueva.

(2) El artífice deberá soportar los gastos necesarios por razón del cumplimiento posterior, especialmente los gastos de transporte, desplazamiento, mano de obra y material.

(3) El artífice puede denegar el cumplimiento posterior sin perjuicio del § 275, apartados 2 y 3, si éste sólo es posible con unos gastos desproporcionados.

(4) Si el artífice produce una obra nueva, en tal caso puede solicitar del comitente la restitución de la cosa que tenía el vicio, en la medida de lo establecido por los § 346 a 348.

§ 636

Disposiciones especiales para la resolución y la indemnización de daños

Excepto en los casos del § 281, apartado 2, y § 323, apartado 2, tampoco es necesario fijar un plazo cuando el artífice deniegue el cumplimiento posterior según el § 635, apartado 3, o cuando el cumplimiento posterior haya fallado o no sea exigible al comitente.

§ 637

Reparación por el comitente

(1) En caso de vicio de la obra y después del transcurso de un plazo prudencial fijado por él para el cumplimiento posterior sin obtener resultado, el comitente puede eliminar el vicio por sí mismo y solicitar el reembolso de los gastos necesarios, cuando el artífice rechace el cumplimiento posterior sin razón.

(2) Será de aplicación el § 323, apartado 2. Tampoco es necesario fijar un plazo cuando el cumplimiento posterior se haga sin resultado o no sea exigible al comitente.

(3) El comitente puede solicitar un adelanto al artífice por los gastos que sean necesarios para la eliminación del vicio.

§ 638

Reducción

(1) En lugar de resolver, puede el comitente reducir la retribución declarándolo así frente al artífice. No será de aplicación el motivo de exclusión del § 323, apartado 5, inciso 2.

(2) Si en la parte del comitente o en la parte del artífice existe una pluralidad de personas, en tal caso solamente se podrá declarar la reducción por todos o frente a todos.

(3) En caso de reducción, se aminorará la retribución en la proporción en que hubiera estado al tiempo de concluirse el contrato el valor de la obra en situación de ausencia de vicios respecto al valor real. La reducción se hará por estimación cuando sea necesario.

(4) Si el comitente ha pagado demasiado respecto a la retribución aminorada, deberá el artífice reintegrarle la diferencia. Se aplicarán expresamente, § 346, apartado 1, y el § 347, apartado 1.

39. El hasta ahora § 637 se convierte en § 639 y queda redactado como sigue:

«§ 639

Exclusión de responsabilidad

El artífice no puede acogerse a un acuerdo por que se excluyan o se limiten los derechos del comitente por un vicio cuando él haya ocultado el vicio fraudulentamente o haya otorgado una garantía por la calidad de la obra.»

40. En el § 640, apartado 2, se sustituyen las palabras «en tal caso dispone de las pretensiones establecidas en los §§ 633, 634» por las palabras «en tal caso dispone de los derechos establecidos en el § 634, números 1 a 3».

41. En el § 646 se sustituye la expresión «§§ 638, 641, 644, 645» por la expresión «del § 634 a, apartado 2, y de los §§ 641, 644 y 645».

42. El § 651 se redacta como sigue:

«§ 651

Aplicación del derecho de compraventa

A un contrato que tenga por objeto el suministro de cosas muebles por producir o por fabricar son de aplicación las normas sobre

la compraventa. El § 442, apartado 1, inciso 1, también se aplicará en estos contratos cuando el vicio se deba al material suministrado por el comitente. Siempre que en el caso de cosas muebles por producir o por fabricar se trate de cosas fungibles, son también de aplicación los §§ 642, 643, 645, 649 y 650, con la reserva de que, en lugar de la recepción, se tendrá en cuenta el momento determinante según lo previsto en los §§ 446 y 447.»

43. El § 651a se modifica como sigue:

a) Después del apartado 2 se introduce el siguiente apartado:

«(3) El organizador del viaje tiene que poner a disposición del viajero en el momento de la conclusión del contrato o inmediatamente después un documento sobre el contrato de viaje (confirmación del viaje). La confirmación del viaje y el prospecto que pone a disposición el organizador del viaje tienen que contener los datos que establece el Reglamento mencionado por el artículo 238 de la Ley de Introducción al BGB.»

b) El hasta ahora apartado 3 se convierte en apartado 4 y su inciso 3 se redacta como sigue:

«El § 309, número 1, se mantiene sin modificar.»

c) El apartado 4 se convierte en apartado 5.

44. El § 651 d, apartado 1, se modifica como sigue:

a) La expresión «§ 472» se sustituye por la expresión «§ 638 apartado 3».

b) Se introduce el siguiente apartado:

«El § 638, apartado 4, se aplicará expresamente.»

45. En el § 651 e, apartado 3, inciso 2, se sustituye la expresión «§ 471» por la expresión «§ 638, apartado 3».

46. El § 651 g, apartado 2, se modifica como sigue:

a) En el inciso 1 se sustituyen las palabras «seis meses» por las palabras «dos años».

b) Se suprime el inciso 3.

47. El § 651 m se redacta como sigue:

«§ 651 m

No podrá divergir de las disposiciones de los § 651 a hasta § 651 l, a excepción del inciso 2, en perjuicio del viajero. La pres-

cripción establecida en el § 651 g, apartado 2, puede reducirse cuando el acuerdo lleve a un plazo de prescripción de menos de un año a partir del comienzo de la prescripción previsto por el § 651 g, apartado 2, inciso 2, pero nunca antes de la comunicación de un vicio al organizador del viaje.

48. Al § 652 se le antepone el siguiente epígrafe:

«Subtítulo 1. Disposiciones generales»

49. Después del § 655 se introduce el siguiente Subtítulo:

«Subtítulo 2. Contrato de mediación de préstamo entre un proveedor y un consumidor.»

§ 655 a

Contrato de mediación de préstamo

Al contrato mediante el que un empresario intenta proporcionar a un consumidor un contrato de préstamo a cambio de una remuneración o le procura la oportunidad de concluir un contrato de préstamo con consumidores se le aplican las siguientes disposiciones, a excepción del inciso 2. Lo dicho no se aplicará en el ámbito previsto por el § 491, apartado 2.

§ 655 b

Forma escrita

(1) El contrato de mediación de préstamo necesita la forma escrita. En el contrato se deberá especificar, salvando otras informaciones necesarias, especialmente la retribución al mediador del préstamo en un porcentaje del mismo; si el mediador del préstamo ha acordado una remuneración también con el financiador, se deberá especificar ésta igualmente. El contrato no puede ligarse con la solicitud de entrega de préstamo. El mediador del préstamo debe comunicar el contenido del contrato por escrito al consumidor.

(2) Un contrato de mediación de préstamo que no cumpla las exigencias del apartado 1, incisos 2 a 3, es nulo.

§ 655 c

Remuneración

El consumidor solamente está obligado a pagar la remuneración cuando se conceda el préstamo al consumidor como conse-

cuencia de la mediación o de la intervención del mediador del préstamo y ya no sea posible un derecho de revocación del consumidor según lo previsto por el § 355. Si el contrato de préstamo con el consumidor sirve para cancelar anticipadamente otro préstamo (novación de la deuda), solamente nacerá una pretensión por remuneración cuando el interés anual efectivo o el interés anual efectivo inicialmente no resulte más elevado; para el cálculo del interés anual efectivo o del interés anual efectivo inicialmente quedarán fuera de consideración eventuales gastos de mediación.

§ 655 d

Remuneraciones accesorias

El mediador del préstamo no puede acordar una remuneración para las prestaciones que estén en relación con la mediación del contrato de préstamo con consumidores o la gestión de la oportunidad de concluir un contrato de préstamo con consumidores, excepto la retribución del § 655 c, inciso 1. Sin embargo, puede acordarse que se le reintegren al mediador del préstamo los gastos necesarios que se produzcan.

§ 655 e

Acuerdos divergentes, uso para fines de independización económica

(1) No podrá divergirse de los preceptos de este Subtítulo en perjuicio del consumidor. Los preceptos de este Subtítulo serán de aplicación incluso cuando se eludan mediante otras configuraciones.

(2) Este Subtítulo rige también para contratos de mediación de préstamo entre un empresario y una persona física para fines de independización económica, en el sentido recogido por el § 507.

50. Al § 656 se le antepone el siguiente epígrafe:

«Subtítulo 3. Servicios matrimoniales»

51. El § 675 se modifica como sigue:

a) En el apartado 1, inciso 2, se sustituyen las palabras «según el apartado 2» por las palabras «según el artículo 239 de la Ley de Introducción al BGB».

b) Se suprime el apartado 2.

c) El apartado 3 se convierte en apartado 2.

52. Al § 695 se le añade el siguiente inciso:

«La prescripción de la pretensión por retorno de la cosa comienza con la reclamación de la devolución.»

53. Al § 696 se le añade el siguiente inciso:

«La prescripción de la pretensión comienza con la solicitud de la retirada.»

54. En el § 700, apartado 1, se sustituyen las palabras «las disposiciones sobre el préstamo» por las palabras «cuando se trate de dinero, las disposiciones sobre el contrato de préstamo, cuando se trate de cosas, las disposiciones sobre el contrato de préstamo de cosas».

55. Al § 771 se le añade el siguiente inciso:

«Si el fiador opone el beneficio de excusión, se suspende la prescripción de la pretensión del acreedor frente al fiador hasta que el acreedor haya intentado sin resultado una ejecución forzosa contra el deudor principal.»

56. En el § 778 se sustituyen las palabras «que concede un crédito» por las palabras «que concede un préstamo o una ayuda financiera» y las palabras «por la concesión del préstamo» por las palabras «por el préstamo o por la ayuda financiera».

57. Queda derogado el § 786.

58. En el § 802, inciso 3, se sustituye la expresión «§§ 203, 206, 207» por la expresión «§§ 206, 210, 211».

59. En el § 813, apartado 1, inciso 2, se sustituye la expresión «§ 222, apartado 2» por la expresión «§ 214, apartado 2».

60. El § 852 se redacta como sigue:

«§ 852

Pretensión por entrega después de la prescripción

Si el obligado al resarcimiento ha conseguido algo mediante un acto ilícito a costa del perjudicado, entonces está obligado a su entrega, incluso después de producida la prescripción de la pretensión por resarcimiento de daños derivados del acto ilícito, según las disposiciones sobre la entrega por enriquecimiento injusto. Esta pretensión prescribe a los diez años desde el momento en que se produce, sin tener en cuenta la que se produce a los treinta años desde el momento del acto perjudicial o, en los demás casos, el acontecimiento que produce el daño.»

61. El § 939 se redacta como sigue:

«§ 939

Suspensión de la usucapión

(1) La usucapión se suspende cuando la pretensión de entrega se hace valer en una de las formas apropiadas para la suspensión de la prescripción, según los § 203 y 204, frente al poseedor en concepto de dueño o en caso de que se trate de un poseedor en concepto de dueño indirecto, contra el poseedor que derive su derecho de posesión del poseedor en concepto de dueño. Pero la suspensión sólo se produce a favor de aquél que la haya causado.

(2) Además la usucapión se suspende mientras que esté suspendida la prescripción de la pretensión por entrega según lo dispuesto por los §§ 205 a 207 o su transcurso según los §§ 210 y 211.»

62. El § 941 se redacta como sigue

«§ 941

Interrupción por procedimiento de ejecución

La usucapión se interrumpe por el comienzo o la demanda de un procedimiento de ejecución judicial o administrativo. Será de aplicación expresamente el § 212, párrafos 2 y 3.»

63. En el § 943 se sustituyen las palabras «en beneficio» por las palabras «a favor».

64. En el § 1002, apartado 2, se sustituye la expresión «§§ 203, 206, 207» por la expresión «§§ 206, 210, 211».

65. En el libro 3 se suprime la sección 4; las secciones 5 a 9 se convierten en secciones 4 a 8.

66. En el § 1098, párrafo 1, inciso 1, se sustituye la expresión «§§ 504 a 514» por la expresión «§§ 463 a 473».

67. En el § 1170, apartado 1, inciso , se sustituye la frase «para la interrupción de la prescripción según el § 208» por la frase «para el nuevo comienzo de la prescripción según el § 212, apartado 1».

68. En el § 1317, apartado 1, inciso 3, se sustituye la expresión «§§ 203, 206, apartado 1, inciso 1» por la expresión «§§ 206, 210, apartado 1, inciso 1».

69. En el § 1600 b, apartado 6, inciso 2, se sustituye la expresión «§§ 203, 206» por la expresión «§§ 206, 210».

70. El § 1615 t se modifica como sigue:

«a) Se suprime el apartado 4.»

BIBLIOGRAFÍA

Libros

CARRASCO PERERA, Ángel/CORDERO LOBATO, Encarnación/MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Tratado de los derechos de garantía*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, 1087 pp.

En un momento en que el mercado editorial nos ofrece tan amplio fondo monográfico, no parece fácil el encontrar una obra que, por su indudable calidad, destaque tanto como la presente. Conocía desde hace tiempo el empeño del Profesor Carrasco en elaborar una monografía sobre los derechos de garantía y su dedicación infatigable al tema. Sólo su calidad científica, así como la de sus colaboradores, hacían presagiar el que, a pesar de las dificultades, culminaría con éxito la tarea. Efectivamente. Se trata de un libro que, como se afirma en el prólogo, aspira a ser la referencia universal de un sector de lo jurídico. Con la modestia propia del investigador que sabe de la limitación de su labor, considera que, sin embargo, es «una aspiración nunca conseguida por entero». Pero lo cierto es que los resultados obtenidos son de tal nivel que creo que la aspiración tiene todos los visos de convertirse en realidad.

Es demasiado habitual en el género «recensiones» el rodear de loas la obra sometida a supuesta crítica. Eso, como en todos los ámbitos de la vida, plantea el problema al lector de discernir cuando se trata de mero tópico al uso y cuando la alabanza obedece a la realidad. Por ello, en este caso, creo que más que atenerse a lo que aquí se diga, no queda más remedio al jurista, destinatario de una obra como ésta, que formarse su propio juicio, tras la ineludible consulta directa de la misma.

A pesar de lo anterior, me permito introducir sucintamente al lector en el estilo, la estructura y contenido del libro. Ciertamente que para ello me bastaría con remitirle al prólogo, en el que el profesor Carrasco resume magistralmente, mucho mejor de lo que puedo hacerlo yo, la finalidad, estructura, planteamientos, etc., de su estudio. Pero me cumple abordarlo ahora a mí, no sin recomendar vivamente la lectura del mismo.

Ante todo, no se piense que estamos ante una obra de carácter especulativo en el que hallen cabida interminables controversias doctrinales o citas meramente eruditas. Quizá uno de sus mayores méritos es que los autores han sabido abordar toda y cada de las materias con un estilo directo, enfrentándose a los problemas y ofreciendo soluciones a ellos, pero sin alardes inútiles. Sabiendo el enorme bagaje científico de los autores, este logro no es baladí y sólo puede obedecer a una disciplina y una contención propias de una obra muy meditada.

Ciertamente a esta «sencillez en la profundidad» contribuye en alguna medida el planteamiento formal de la obra. Basta contemplar la extensión del índice para deducir que cada materia está desgarnada en toda la riqueza de su

problemática, lo que facilita extraordinariamente su consulta. Acudiendo a cualquiera de los capítulos, epígrafes, apartados, etc., se observa la enorme capacidad de síntesis de los autores: en pocas líneas (casi nunca un punto concreto ocupa siquiera una página) se contiene lo esencial del tema objeto de estudio.

A nivel general, la monografía consta de treinta y dos capítulos, divididos en cuatro partes. Ha sido propósito de los autores el no incluir un capítulo específico dedicado al tratamiento general de los derechos de garantía con la finalidad de evitar todo tipo de digresiones que pudieran apartarles del terreno de lo jurídico. El denominador común de los contratos que se estudian es que «dan lugar a un derecho que, en una determinada medida, es accesorio de una obligación subyacente, a cuyo refuerzo contribuyen, y que el acreedor no tiene una pretensión independiente a la satisfacción de la garantía cuando ya no tiene un interés en el cumplimiento de la obligación garantizada».

Se excluye el estudio de determinadas figuras (seguro de crédito, derecho de retención, solidaridad de deudores, acción directa, subrogatoria o pauliana ...) porque, en la opción elegida por los autores, no constituye contrato de garantía la «garantía» que presta una persona (deudor ya por otro concepto) de que ocurra o no ocurra un determinado estado de cosas, prometiendo una determinada conducta o asumiendo una específica responsabilidad si aquello ocurre. Sin duda, dicen los autores, que con ello se incrementa el círculo de expectativas del acreedor, pero no la seguridad de satisfacer su crédito.

Con este planteamiento, la parte primera, redactada por Carrasco Perera, se dedica al estudio de las garantías personales. «Todos los extremos elaborados por la ciencia jurídica europea durante años sobre las garantías personales están recogidos y racionalizados en esta obra». Tras el análisis exhaustivo de la fianza (configuración jurídica, constitución, extensión objetiva, relación jurídica acreedor-fiador y deudor-fiador, extinción, cofianza y subfianza), incluido su régimen procesal, se abordan las cartas de patrocinio, las garantías a primer requerimiento, la declaración cambiaria de aval, las relaciones jurídicas derivadas del aval y el seguro de caución.

La parte segunda está destinada a la hipoteca inmobiliaria y abarca los capítulos catorce a veintiuno, redactados por Cordero Lobato. También aquí se estudian los temas centrales de esta figura. Desde la constitución, el objeto o las obligaciones asegurables con hipoteca inmobiliaria, hasta el vencimiento y ejecución, pasando por la hipoteca global y la hipoteca en garantía de la obligación de intereses, la transmisión y gravamen del derecho de hipoteca, la transmisión de bienes hipotecados o, en fin, el régimen concursal y la cancelación de la misma. No se tratan aquí, muy acertadamente a nuestro parecer, otras garantías inmobiliarias. La transmisión de la propiedad en garantía porque se examina en la parte cuarta. En cuanto a la anticresis, amén de por otras razones de fondo, lo cierto es que hay que reconocer su inoperancia práctica y, en consecuencia, su falta de cabida en una obra como ésta.

Las garantías mobiliarias ocupan la parte tercera de la obra y están redactadas por Cordero Lobato, Carrasco Perera y Marín López, M. J. En ella hallan cabida la hipoteca mobiliaria (constitución, régimen jurídico y extensión objetiva), la hipoteca naval, la prenda posesoria (constitución, objeto, contenido y realización), la prenda de créditos, la prenda de valores y dere-

chos incorporales, la prenda sin desplazamiento de la posesión, la reserva de dominio sobre bienes muebles y el arrendamiento financiero.

La cuarta y última parte se reserva, con el capítulo treinta y dos, a la transmisión de la propiedad en garantía, distinguiendo los efectos de la misma *inter partes* y frente a terceros.

La obra finaliza con un útil índice cronológico de las disposiciones citadas a lo largo de la misma.

Como decíamos antes, aunque esta breve reseña del elenco de temas tratados puede dar una idea al lector de la riqueza de contenido del libro, aún hemos de aludir a otros méritos. Si se consulta cualquiera de los temas tratados, puede observarse que, recogiendo las citas más destacadas de los autores que en cada materia han hecho las aportaciones básicas, la selección bibliográfica se hace sin abrumar, en su justa medida y sin nada que pueda resultar inútil al propósito de la obra. Además, al principio de los capítulos que inician una temática propia, se incluye un atinado aparato bibliográfico del que se distinguen, en su caso, y con tratamiento separado, los estudios jurisprudenciales. No menos correcta es la cita de sentencias, todas muy recientes, y no limitadas a las del Tribunal Supremo pues se incluyen también las de Audiencias.

Si dijéramos que esta obra «viene a llenar un vacío» en nuestro panorama jurídico, sin duda, volvería a sonar a tópico. Pero el jurista profesional, el jurista práctico que se enfrenta todos los días a muchos de los problemas que abordan y resuelven los autores de esta monografía, saben que no existía en nuestro país un tratamiento unitario y sistematizado de los derechos de garantía y que esta aportación va a constituir su obligado «libro de cabecera».

También lo agradecemos los que nos dedicamos a tareas más especulativas pero que sabemos valorar aportaciones como ésta. Quizá, como el propio Carrasco Perera atinadamente señala, nos sirve para intentar superar esos habituales defectos en el tratamiento científico de los temas que, muy frecuentemente, conducen a la esterilidad. Este libro es un paradigma de cómo deben abordarse los temas: alto contenido informativo; reducido nivel de disputas, digresiones o especulaciones subjetivas; estilo sencillo y poco perifrástico; excusar la superficialidad y el suministro de información banal; hacer corresponder cada epígrafe con una idea o desarrollo y exponer una u otro en único período gramatical.

Decía Fernando Savater que «nos movemos en una mermelada pringosa que convierte en igualmente *respetables* la opinión del embaucador y la del sabio, al tiempo que da más publicidad al desvarío de un majadero truculento que a veinte años de investigación honrada». Este libro es el resultado de muchos años (no veinte, dada la juventud de sus autores) de investigación honrada y estoy segura de que no va a quedar confundido en esa mermelada pringosa. «Lo que yo alcanzo, señor Bachiller, es que para componer historias y libros, de cualquier suerte que sean, es menester un gran juicio y maduro entendimiento», leemos en *El Quijote*. Juicio y maduro entendimiento es lo que se encuentra en el «Tratado de los derechos de garantía». Por su calidad, será la ineludible referencia de este sector jurídico. El lector juzgará.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: *La ruptura de las parejas de hecho. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, Cuadernos de Aranzadi Civil, 12, Pamplona, 2002, 223 pp.

Desde hace unos decenios el modelo de familia articulado a través de la institución del matrimonio comparte protagonismo con otra realidad que hasta ahora tan sólo era *de facto*, y de ahí que doctrina y jurisprudencia para referirse a dicha relación la nominase como «pareja de hecho». Pero que ya en las postrimerías del siglo XX, y sin lugar a dudas a lo largo de este nuevo milenio, las «parejas de hecho» van a ser cada más «de derecho» ya que diversas Comunidades autónomas, algunas incluso sin capacidad para legislar en materia de Derecho civil (así las Comunidades autónomas de Valencia –Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho– y de Madrid –Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho–), han ido promulgando diversas leyes en orden a regular la constitución, impedimentos, régimen jurídico, disolución y efectos de la ruptura de la convivencia de estas llamadas parejas de hecho.

Las primeras leyes civiles autonómicas en esta materia y con competencia para regular Derecho civil fueron la catalana: Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, y la aragonesa: Ley 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas.

Con posterioridad Navarra y Baleares han legislado también sobre esta situación: Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, y, Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, promulgada por el Parlamento balear.

Esta reciente realidad legislativa fue precedida desde principios de los años noventa por una amplia jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de diversas Audiencias Provinciales, que tuvieron que resolver diversas cuestiones que generaba la ruptura de la convivencia tanto desde el punto de vista de la pareja como del de la prole común habida durante la relación.

Ante ambas realidades, jurisprudencia y legislación, surgen diversas cuestiones hasta ahora no analizadas por la doctrina, en especial, si acaso y cómo, ha influido la jurisprudencia en las diversas leyes autonómicas a la hora de adoptar soluciones en orden a los conflictos que presenta la ruptura de la pareja no casada respecto de los propios convivientes y de la prole común. Sin dejar de lado, por lo demás, el importante papel que juega la jurisprudencia para seguir resolviendo los conflictos que se vayan formulando al no haber una legislación civil estatal ni autonómica (art. 149.1.8 CE) general sobre las uniones o parejas de hecho.

Para abordar este estudio, la autora ha analizado más de doscientos fallos jurisprudenciales entre sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales, así como un riguroso estudio de la doctrina científica sobre la materia.

Todo ello, permite concluir una obra bien acabada, exhaustiva y eminentemente práctica debido a la estructura de la misma, y a la transcripción en notas al pie de página de diversos fundamentos de derecho que corroboran las afirmaciones de la autora. Junto a ello, se añade un amplio índice jurisprudencial que abarca los fallos habidos desde el año 1991 al año 2001 en el Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y en las Audiencias Provinciales. Además de tres anexos en los que se transcriben de forma íntegra los fundamentos de derecho de diversas sentencias.

La obra se estructura a lo largo de cinco partes, a saber: 1. Planteamiento, 2. Requisitos de las parejas de hecho, 3. Efectos de la ruptura, 4. Conclusiones y 5. Addenda, en el que se analizan las recientes leyes de parejas no casadas promulgadas en Madrid y Baleares.

En relación al objeto de estudio en esta monografía cobran especial relevancia los apartados dos y tres de la misma.

En ambos se sigue una estructura idéntica: primero se analiza la jurisprudencia y se extraen conclusiones sobre el criterio adoptado por ésta en función del conflicto objeto de resolución y, seguidamente, se estudia la legislación autonómica para averiguar la influencia de la jurisprudencia sobre la ley. En todo momento, además, se analiza la opinión doctrinal y su coincidencia o no con el pronunciamiento judicial y la normativa vigente.

La primera parte la dedica la autora a establecer los requisitos que viene exigiendo la jurisprudencia para constatar la existencia de una pareja de hecho, y diseñar así una suerte de estatuto jurídico en orden a la resolución de conflictos que se plantean, fundamentalmente, con ocasión de la ruptura de la convivencia.

En general, los Tribunales han tenido en cuenta las relaciones entre personas de distinto sexo, ya que en pocas ocasiones se han formulado pretensiones por parte de parejas homosexuales, y los requisitos que se han exigido para constatar su existencia, a saber: estabilidad, permanencia, continuidad y publicidad, amén de exigir otros requisitos de índole personal que se concretan en la capacidad y edad de los convivientes. En varios fallos, además, se exige una relación de afectividad análoga al matrimonio para distinguir esta relación de pareja de otras diversas como el noviazgo, la amistad o una relación laboral.

Estas decisiones jurisprudenciales, compartidas también por la doctrina, tienen un claro reflejo en la legislación autonómica analizada por la autora. La pareja de hecho regulada legalmente requiere también una relación afectiva similar a la conyugal, puede ser hetero u homosexual, y se exige para constatar su existencia las notas de permanencia y estabilidad, que aparecen recogidas a través del requisito de un plazo de convivencia, a veces sustituido por la existencia de prole común, y la previsión, en orden a la publicidad, de ciertos registros administrativos en los que inscribir esta relación. En algunas leyes (valenciana, madrileña y balear) la inscripción se considera constitutiva de la unión, lo que, como advierte la profesora López Azcona, choca con las previsiones constitucionales sobre competencia en materia de ordenación de registros públicos en el orden civil.

El punto tercero es el más extenso y el que responde al objeto y título de la obra: los efectos que se derivan de la ruptura de la pareja de hecho. Estos efectos planean en orden a los convivientes, por un lado, y en relación con los hijos comunes, bien lo sean por naturaleza o adopción, por otro. Siguiendo el sistema propuesto, la autora analiza estas relaciones a través de la jurisprudencia y, posteriormente, cómo se regulan en la legislación autonómica vigente.

Los efectos que produce la ruptura de la pareja respecto de los convivientes llega a la jurisprudencia desde tres ámbitos distintos: *i*) la liquidación del régimen patrimonial, *ii*) las prestaciones económicas entre convivientes y *iii*) la atribución de la vivienda familiar.

La profesora López Azcona desarrolla de forma exhaustiva y clara cada una de estas materias, señalando de forma precisa las conclusiones a las que

llega la jurisprudencia. Así, por ejemplo, señala cómo la regla general respecto del régimen patrimonial de los convivientes pasa por la inaplicación analógica de los regímenes económicos matrimoniales presuponiendo como regla de principio la existencia de independencia económica de la pareja de hecho. En todo caso, válidos los pactos económicos acordados por pareja; si los hay, a ellos habrá que estar (art. 1255 CC). Estos pronunciamientos son, decididamente, plasmados en las diversas leyes autonómicas.

A falta de pacto, y tras plantear si es posible convenir mediante pacto el régimen de gananciales entre convivientes no casados (pp. 43 a 46), enumera la autora las categorías jurídicas acogidas por la jurisprudencia que permiten dar solución a la liquidación de las relaciones patrimoniales de la pareja.

A este respecto se analizan las diversas soluciones ofrecidas por la jurisprudencia (comunidad bienes, sociedad irregular y sistema híbrido) y los requisitos exigidos por la misma para la aplicación de cada uno de estos posibles regímenes patrimoniales de la pareja (pp. 46 a 59).

Los legisladores autonómicos han seguido en este punto también a la jurisprudencia, de manera que, en primer lugar, se remiten al pacto para establecer las relaciones patrimoniales de la pareja y, en defecto de previsión alguna, se inclinan por la separación absoluta de patrimonios (V. gr. Cataluña y Aragón).

Seguidamente, y de forma igualmente exhaustiva, analiza la profesora López Azcona las posibles prestaciones económicas entre convivientes, si acaso se ha producido un desequilibrio económico en la pareja, así como la indicación del cauce procesal y sustantivo para formular tal pretensión.

De forma rotunda rechaza la jurisprudencia la aplicación analógica del artículo 97 CC, a la vez que se propone, como solución previa, la adopción de un sistema paccionado, bien para reconocer derecho indemnizatorio a la hora de cesar la convivencia, bien para excluirlo.

Si bien, a falta de pacto al respecto, el cauce acogido por la jurisprudencia, y siempre que se den los requisitos necesarios para su aplicación, ha sido el recurso a la teoría del enriquecimiento injusto por parte de uno de los convivientes. Fórmula acogida también por las diversas leyes autonómicas, que, además, regulan otras medidas como la llamada pensión periódica (pp. 121 a 124).

Por último, otra de las cuestiones controvertidas que se generan tras la ruptura de la convivencia en las parejas no casadas se relaciona con la atribución de la vivienda familiar. Los diversos pronunciamientos judiciales en orden a resolver este conflicto atribuyen diversa solución en función de la existencia o no de hijos. Si los hay, se aplican de forma analógica las normas relativas a las crisis matrimoniales. Estos fallos seguirán siendo especialmente relevantes, pues esta problemática no ha sido atendida de forma expresa por las diversas regulaciones autonómicas.

Por último, analiza la profesora López Azcona los efectos en relación con los hijos, que igualmente presta un triple contenido: régimen de guarda y custodia, derecho de visitas y alimentos. En estos casos, la jurisprudencia, y a diferencia de lo acontecido en relación a los convivientes, aplica de forma analógica la normativa del Código civil en relación con las crisis matrimoniales. La legislación autonómica regula estas cuestiones en coherencia con lo que ya ha ido estableciendo la jurisprudencia.

Creo, que tras lo expuesto, la valoración de esta monografía merece un juicio especialmente positivo, tanto por la actualidad del tema objeto de

estudio, como por su tratamiento riguroso desde el punto de vista dogmático, y lleno de dinamismo al ser abordado desde una óptica eminentemente práctica.

Carmen BAYOD
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

TORRES PEREA, José Manuel de: *Presupuestos de la acción rescisoria*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, 518 pp.

1. El régimen de la rescisión de los contratos contenido en los artículos 1290 y siguientes del Código civil resulta en algunos aspectos confuso debido a que se regulan conjuntamente la rescisión por lesión y la acción rescisoria de los actos realizados en fraude de acreedores contemplada, asimismo, junto con la acción subrogatoria, en el artículo 1111 CC. La monografía objeto de esta recensión pretende clarificar la situación actual distinguiendo claramente los preceptos que se refieren exclusivamente a la rescisión por lesión (v. gr. art. 1294 CC) de aquéllos relativos a la tradicionalmente llamada «acción pauliana» o «revocatoria» (por ejemplo art. 1291.3 CC). No obstante, pese al título de la obra, la misma no trata la figura de la rescisión con carácter general. El tema central de la investigación desarrollada es el análisis de los presupuestos de la acción pauliana, que el autor considera preferible denominar «acción rescisoria». La obra que comentamos es de carácter básicamente científico, como suele ser habitual tratándose de un libro cuyo origen es la elaboración de una tesis doctoral. De ahí que el autor realice un examen realmente exhaustivo de los antecedentes históricos de la figura estudiada, ya que estima que la única forma por la que puede llegarse a la comprensión del articulado contenido en el Código civil es interpretarlo de acuerdo con sus fuentes históricas.

2. Partiendo de esta idea, el primer capítulo de la monografía está dedicado al estudio de los antecedentes generales de la acción pauliana. Tras un pormenorizado análisis, el autor pone de relieve que en el Proyecto de 1851 se reunieron dos instituciones tan diferentes –y hasta entonces autónomas– como el «beneficio de reposición o restitución» (equivalente a la rescisión por lesión) y la acción de impugnación contra actos fraudulentos, dentro de la genérica figura de la rescisión contractual. No obstante, en dicho proyecto ambas instituciones se regulaban en secciones o párrafos distintos. Fue en el Anteproyecto de 1882-1888 donde se culminó la fusión de ambas figuras al regularlas con las mismas normas, lo que ha dado lugar a la actual confusión.

3. En el capítulo segundo el autor se detiene en el análisis de un tema poco tratado por nuestra doctrina como es el relativo a la *naturaleza jurídica* de la acción rescisoria de actos fraudulentos. Para ello comienza estudiando la naturaleza jurídica atribuida a dicha acción en el período codificador. De este estudio extrae básicamente dos consecuencias. En primer lugar, considera necesario distinguir, dentro del concepto amplio de rescisión, dos tipos de impugnaciones: la que provoca efectos restitutorios, esto es, la mutua restitución de las prestaciones realizadas por las partes del negocio impugnado (rescisión por lesión) y la que provoca efectos rescisorios en sentido estricto en

tanto conlleva la ineficacia parcial del acto impugnado (acción rescisoria de actos fraudulentos). Esta última acción puede tener como efecto la devolución de la cosa por parte del adquirente, pero nunca la mutua restitución de prestaciones respecto al tercero que reclama su crédito. En segundo lugar, concluye De Torres Perea que, pese a que tradicionalmente se ha empleado la expresión «acción revocatoria» para aludir a la acción rescisoria de actos fraudulentos, lo cierto es que la revocación es una figura totalmente distinta de la impugnación de los actos del deudor hechos en perjuicio de sus acreedores. La segunda es un remedio del que puede hacer uso el acreedor ante el perjuicio producido. La primera, en cambio, es una manifestación de la autonomía de la voluntad que sólo puede provenir de aquél que llevó a cabo el acto o negocio revocado.

A continuación el autor se plantea si es posible encuadrar la acción rescisoria dentro del ámbito de la inoponibilidad, para concluir apuntando que, hipotéticamente, y si se entiende que el artículo 340.3 de la Compilación catalana regula un supuesto de inoponibilidad y no una manifestación de la acción rescisoria de actos fraudulentos, podrían considerarse figuras equivalentes al menos desde el punto de vista de sus efectos.

El tercer punto tratado en este capítulo es el relativo al *fundamento* de la acción de impugnación de los actos realizados en fraude de acreedores. Tras criticar las tesis tradicionales en torno al fundamento de dicha acción, De Torres Perea intenta ofrecer una perspectiva distinta diferenciando para ello según que se trate de enajenaciones onerosas o gratuitas. En el primer caso encuentra la justificación en la necesidad de evitar la frustración del principio de garantía patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 CC y en el hecho de que el adquirente de mala fe no merece una protección especial. En el segundo caso estima que la justificación puede encontrarse en el principio que veta el enriquecimiento injustificado, ya que puede considerarse carente de legitimación la adquisición gratuita del tercero cuando, como consecuencia de dicho desplazamiento posesorio, se perjudica directamente al acreedor. En otras palabras, la adquisición gratuita del tercero supone una intromisión en las expectativas de cobro del acreedor, expectativas que deben ser protegidas mediante la acción rescisoria. No obstante, el autor señala, a modo de colofón, que en última instancia es la equidad lo que constituye el fundamento de la impugnación rescisoria. En este sentido, tras poner de relieve que constituye una peculiaridad de nuestro ordenamiento la absoluta objetivación de las enajenaciones gratuitas (en otros ordenamientos se exige la prueba de la ausencia de buena fe del donante-deudor), indica que esta particularidad se explica si se entiende que la base o razón última de la acción rescisoria de actos fraudulentos es la equidad.

4. En el capítulo tercero, que es el que a nuestro juicio presenta mayor interés, De Torres Perea estudia el denominado «requisito objetivo» de la acción rescisoria, detallando los requisitos y caracteres que debe reunir el «perjuicio» necesario para que proceda el ejercicio de dicha acción. De Torres Perea estima que de los dos requisitos precisados para el ejercicio de la acción rescisoria, el «objetivo» y el «subjetivo», sólo resulta indispensable el primero, ya que el remedio rescisorio gira en torno a la idea de perjuicio y no de fraude.

El autor realiza, de nuevo, un profundo estudio histórico del concepto de perjuicio requerido en las distintas épocas. La conclusión a que llega es que el perjuicio causado al acreedor, para que permita el ejercicio de la acción rescis-

soria, debe implicar tres circunstancias: *la insolvencia del deudor, la carencia de garantías y la carencia de otros recursos legales*. En relación con ello indica que el carácter subsidiario de la acción de impugnación por fraude de acreedores no deriva del artículo 1294 CC (que se refiere sólo a la rescisión por lesión) sino del artículo 1291.3 y de los caracteres que debe reunir el «perjuicio rescisorio».

A continuación se detiene en el análisis de cada uno de los elementos necesarios para que concurra el perjuicio que permite al acreedor la impugnación de los actos realizados por su deudor.

En cuanto al concepto de *insolvencia*, lo entiende como incapacidad patrimonial del deudor para hacer frente a sus deudas. Ahora bien, indica el autor que la insolvencia puede ser *relativa*. El artículo 1291.3 no exige la prueba de la insolvencia total. Basta con que los bienes que restan en el patrimonio del deudor no alcancen a satisfacer el crédito reclamado. Por otra parte, es suficiente que la insolvencia sea *aparente*. Es decir, los bienes que se tienen en cuenta para valorar la insolvencia son los que efectivamente puedan ser ejecutados. No se tendrán en cuenta los bienes desconocidos y ocultos. Por último alude al concepto de insolvencia *geográfica* con el que se quiere hacer constar que, para determinar la insolvencia, basta la prueba de los bienes pertenecientes al deudor en el marco geográfico donde desarrolla su actividad. La existencia de bienes fuera del alcance de la ejecución del deudor, especialmente cuando supone un elevado coste, no debe ser tenida en cuenta.

De Torres Perea trata seguidamente un problema de importante trascendencia práctica como es la prueba de la insolvencia y los medios probatorios que pueden ser empleados a tal fin. A este respecto hace una relación de presunciones de insolvencia recogidas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien advierte que en la práctica se tiende a invertir la carga de la prueba. Observa que el Tribunal Supremo suele considerar suficiente la acreditación del previo requerimiento de pago por el acreedor y la presentación de certificados registrales negativos de propiedad (en el área donde presumiblemente pudiera tener bienes el deudor) para invertir la carga de la prueba, de forma que corresponde al deudor demostrar su solvencia.

Por último señala el autor que un presupuesto añadido para que proceda el ejercicio de la acción rescisoria es que el acto o contrato que se pretenda rescindir debe haber sido el causante del estado de insolvencia o insuficiencia patrimonial del deudor. No obstante, antes de analizar la siguiente faceta del perjuicio, se refiere al comienzo del plazo de ejercicio de la acción rescisoria y concluye que la fecha inicial de cómputo del mismo debe ser la del día en que un acreedor diligente pudo conocer la situación de insolvencia en que se colocó el deudor.

En cuanto a la necesaria *carencia de otras garantías*, De Torres Perea sostiene que, si el crédito está afianzado, el acreedor no podrá ejercitar la acción rescisoria contra los actos realizados por su deudor a menos que el fiador sea insolvente y la insolvencia notoria (arg., ex art. 1829 CC). Reconoce, no obstante, que la idea de perjuicio como carencia de garantías específicas parece quebrar a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en los supuestos de deudas solidarias, entiende que el acreedor puede ejercitar la acción rescisoria contra aquél de los deudores que se haya colocado en estado de insolvencia. Y ello aunque pueda cobrar su crédito dirigiéndose contra cualquiera de los restantes deudores solidarios.

Con relación al tercer elemento del perjuicio, esto es, la *carencia de otros recursos legales*, critica el autor la solución adoptada por el Tribunal Supremo en algunas sentencias en las que aplica el artículo 1291.3 –admitiendo el ejercicio de la acción rescisoria en supuestos de modificación del régimen económico matrimonial– cuando debería haber aplicado el artículo 1317 CC. En estas hipótesis no se da la subsidiariedad necesaria para el ejercicio de la acción rescisoria, que es la línea mantenida por la jurisprudencia en otras sentencias.

Otro aspecto tratado en el tercer capítulo de la obra comentada es el relativo a la naturaleza *ejecutiva o conservativa* de la acción rescisoria de actos fraudulentos. Se trata la cuestión en este lugar porque el autor estima que el concepto de perjuicio tiene distinto alcance según que la función de la acción rescisoria sea conservativa o ejecutiva. En relación con el requisito de la previa persecución de bienes exigido en el inciso primero del artículo 1111 CC, De Torres Perea mantiene que es aplicable exclusivamente a la acción subrogatoria. Se basa, por un lado, en que dicho precepto se introdujo por los redactores del Anteproyecto de 1882-1888 a fin de solventar la falta de regulación de la acción subrogatoria, ya que en nuestro Derecho histórico no se preveía ningún remedio ante las omisiones del deudor. No obstante, por influencia de la regulación establecida en el Código civil francés y en el italiano de 1865, que fueron tomados como fuente, se hace referencia en dicho precepto también a la acción de impugnación de actos fraudulentos, que, en rigor, estaba ya regulada en el Anteproyecto en otras normas. Se apoya por otro lado el autor, para sostener su opinión, en el hecho de que en el Derecho histórico español nunca se exigió la previa persecución de los bienes del deudor para el ejercicio de la acción rescisoria de actos realizados en fraude de acreedores.

No queda del todo claro, sin embargo, qué es lo que entiende el autor por «función ejecutiva» y «función conservativa» de la acción rescisoria. Si bien en un primer momento indica que la acción rescisoria se ejercita con «función ejecutiva» cuando se persigue el cobro inmediato del crédito (no debe equipararse, por tanto, «función ejecutiva» con ejercicio de la acción «en vía ejecutiva»), y se ejercita con «función conservativa» cuando no se busca el cobro inmediato, el examen de alguno de los supuestos que considera ejemplos de «ejercicio conservativo» de la acción induce a pensar que para el autor la acción rescisoria tiene función conservativa cuando existe un riesgo de insolvencia (así, cuando los bienes del deudor carecen de viabilidad económica por estar ya embargados por otros acreedores, o cuando las garantías del crédito perjudicado pueden no resultar efectivas).

En cualquier caso, al hilo del análisis del concepto de perjuicio según la función ejecutiva o conservativa que persiga la acción ejercitada, se examinan distintas cuestiones. Entre ellas destacamos las siguientes: *a)* el ejercicio de la acción rescisoria por parte del acreedor bajo condición suspensiva; *b)* la relación existente entre el supuesto previsto en el artículo 1001 CC y la acción rescisoria por fraude de acreedores; *c)* el ejercicio de acciones rescisorias en el seno del concurso y de la quiebra.

5. El capítulo cuarto y último se dedica al análisis del «requisito subjetivo» de la acción rescisoria. De Torres Perea estima que para llevar a cabo esta tarea correctamente debe distinguirse entre la posición del deudor y la del adquirente y pone de relieve que constituye una peculiaridad de nuestro ordenamiento que, respecto del deudor, sólo se exija el requisito subjetivo cuando

se trata de enajenaciones onerosas. En el Derecho comparado se requiere siempre la prueba del fraude en el deudor.

El autor realiza en primer lugar un exhaustivo estudio histórico en torno a la noción de «fraude». De este estudio extrae, como primera conclusión, que, por lo que respecta al fraude en la persona del *deudor*, tanto la doctrina como la jurisprudencia han evolucionado hasta llegar a su objetivación. En su opinión el requisito del fraude se da en la persona del deudor, no sólo cuando éste tiene conciencia de que mediante su acto deviene insolvente y perjudica a sus acreedores, sino también cuando *debiera haber tenido conciencia* de tal hecho actuando diligentemente. Ello le lleva a entender que la propia insolvencia equivale al fraude y que, en realidad, la prueba del fraude no es necesaria nunca respecto al deudor en nuestro Derecho.

En cuanto al requisito del fraude en el *adquirente* indica que viene recogido en el artículo 1295.2 y no en el artículo 1291.3, quedando identificado con el concepto de «mala fe». La mala fe, según De Torres Perea, no es otra cosa que la ausencia de buena fe subjetiva por tener conciencia el adquirente de las consecuencias de su acto. Ello implica, en definitiva, que el fraude en el adquirente equivale al conocimiento que el mismo debería haber tenido del estado de insolvencia en que se coloca el deudor. Ahora bien, para demostrar la falta de buena fe del adquirente deberá hacerse uso de presunciones. El autor estudia así en primer lugar la presunción de fraude contenida en el artículo 1297.2 CC, relativo a las enajenaciones onerosas. Basándose en argumentos históricos sostiene que dicha presunción sólo debe operar cuando el adquirente hubiese tenido posibilidades reales de conocer las circunstancias previstas en el supuesto de hecho de la norma. Es decir, cuando la publicidad de la previa sentencia condenatoria o el previo embargo hubieran trascendido de forma que el adquirente del bien enajenado por el deudor hubiese podido tener conocimiento de una u otro. A continuación estudia las presunciones utilizadas en la jurisprudencia para llegar al convencimiento de que el adquirente conocía la situación del deudor, recogiendo numerosos ejemplos, y apunta que sería aconsejable que el legislador incluyera en la regulación de la acción rescisoria una tabla de presunciones de fraude, siguiendo el ejemplo de otros ordenamientos como el alemán o el holandés.

En otro orden de cosas, aunque no sea precisa una especial intención maliciosa en la persona del deudor para que proceda el ejercicio de la acción rescisoria, el autor hace notar que la intencionalidad del deudor reviste un importante papel cuando se trata de la impugnación de actos anteriores al nacimiento del crédito. En efecto, la jurisprudencia ha evolucionado hasta admitir la posibilidad de rescindir los actos anteriores al nacimiento del crédito cuando media un dolo específico en la persona del deudor, que realiza el acto de disposición con vistas al crédito que nacerá en el futuro.

Por último, se refiere De Torres Perea al requisito del fraude en el adquirente cuando la enajenación es gratuita. Estudia por consiguiente los artículos 1297.1 y 643 CC y el artículo 37 LH. Destaca en primer lugar que la presunción de fraude incorporada en dichos preceptos afecta tanto al deudor como al adquirente, a diferencia de lo que sucede en el Derecho comparado, donde dicha presunción sólo atañe a la ausencia de buena fe del adquirente, debiendo probarse siempre la concurrencia del elemento subjetivo en el deudor. El autor concluye afirmando que en las enajenaciones gratuitas, nos encontramos, más que ante una presunción *iuris et de iure* de fraude derivada

de la combinación de los citados preceptos, ante un supuesto de *exclusión* del requisito del fraude.

La obra comentada finaliza con el análisis del artículo 340.3 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, que en opinión del autor es compatible con el artículo 643 CC, para hacer referencia, seguidamente, a algunos supuestos de transmisiones que podrían asimilarse a las enajenaciones gratuitas.

6. Para terminar hay que reconocer el enorme esfuerzo realizado y el profundo estudio llevado a cabo, que no sólo se centra en los antecedentes históricos de la acción rescisoria de actos fraudulentos, sino que también tiene en cuenta otros importantes elementos de juicio como el Derecho comparado o la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, de la cual se hace un análisis pormenorizado.

María José SANTOS MORÓN

ISABEL ARANA DE LA FUENTE

Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones.—II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho concursal.—III. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.—IV. *Derecho de la Unión Europea*.—V. *Derecho procesal*.—Abreviaturas. Revistas que se citan sin abreviar.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

BELLO MARTÍN-CRESPO, María Pilar: «La evolución de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre las diferentes formas de eficacia de las Directivas en las relaciones entre particulares: a propósito de dos recientes sentencias», en *La Ley*, 2001-4, D-150.

BLANQUER UBEROS, Roberto: «Las circunstancias del estado civil del compareciente. Su expresión y su justificación en relación con la seguridad jurídica. Llamada a la prudencia y búsqueda de seguridad. Reflexión sobre las normas en el Reglamento Notarial y en el Hipotecario», en *RJNot*, abril/junio 2001, pp. 31 ss.

BOSCH CAPDEVILLA, Esteve: «El régimen de la *conjunción* en el Código civil», en *RDP*, diciembre 2001, pp. 975 ss.

ENRICH SCHROEDER, V., y SÁNCHEZ SÁNCHEZ-CRESPO, J.: «Ejecución de resoluciones judiciales extranjeras según el Reglamento (CE) núm. 44/2001 de fecha 22 de diciembre de 2000 y según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *GJ*, núm. 217, 2002, pp. 59 ss.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.: «Singularidades canadienses y codificación del Derecho internacional privado», en *RDP*, septiembre 2001, pp. 649 ss.

- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Cien años de Derecho Comparado (del Congreso de París de 1900 al de Nueva Orleans del 2000)», en *Actualidad Civil*, núm. 24, 2002, pp. 805 ss.
- GARCÍA VIÑA, Jordi: «Buena fe presente en todo el ordenamiento jurídico. Especial referencia al Derecho del trabajo y de la seguridad social», en *RDP*, julio/agosto 2001, pp. 581 ss.
- GARRIDO CHAMORRO, Pedro: «La función notarial, sus costes y sus beneficios», en *RJNot*, enero/marzo 2001, pp. 9 ss.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan F.: «Ejecución de resolución dictada en rebeldía en proceso monitorio alemán. Concepto de cédula de emplazamiento a los efectos del artículo 27.2.º del Convenio de Bruselas. (Comentario a la STS de 26 de febrero de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 701 ss.
- HORNERO MÉNDEZ, César: «La utilidad de la jurisprudencia: guerra civil y suspensión de la prescripción. Comentario a la STS de 25 enero 2000», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 299 ss.
- LÓPEZ BARBA, Elena: «Reflexión sobre las soluciones extrajudiciales de los conflictos en España. Comentario a la STS de 14 junio 2001», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 219 ss.
- MARÍN CALERO, Carlos: «El documento público notarial. Consideraciones varias y algunas propuestas», en *RJNot*, octubre/diciembre 2001, pp. 85 ss.
- MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos: «Notas sobre la tutela provisional en el Derecho inglés: especial referencia a la *Moreva injunction*», en *DN*, mayo 2002, pp. 1 ss.
- Estudio de la denominada «Moreva» o «Freezing injunction», que es una medida, de carácter provisional, utilizada por los tribunales de justicia ingleses frente a la excesiva dilación en la solución de los conflictos. Esta figura, si bien nace a la vida jurídica inglesa en el año 1975, constituye actualmente la medida provisional de mayor aplicación dentro de la maquinaria judicial inglesa.
- MARTÍNEZ PEREDA, José Manuel: «Falsedad en documento notarial», en *AAMN*, tomo XXXIX, pp. 143 ss.
- NABAL RECIO, Antonio: «Régimen Procesal de los derechos fundamentales», en *RPJ*, núm. 62, 2001, pp. 125 ss.
- O'CALLAGAHAN, Xavier: «La jurisprudencia y los recursos extraordinarios», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2002, pp. 1 ss.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José: «La autotutela: una institución a regular por nuestro Código civil», en *RDP*, diciembre 2001, pp. 937 ss.
- PICÓ I JUNOY, Joan: «Aproximación al principio de buena fe procesal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RJC*, núm. 4, 2001, pp. 947 ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «¿Apreciación de oficio de la caducidad en todo caso?», en *RDP*, junio 2001, pp. 465 ss.

- SÁNCHEZ SÁNCHEZ-CRESPO, J., y ENRICH SCHROEDER, V.: «Ejecución de resoluciones judiciales extranjeras según el Reglamento (CE) núm. 44/2001 de fecha 22 de diciembre de 2000 y según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *GJ*, núm. 217, 2002, pp. 59 ss.
- SIMÓ SEVILLA, Diego: «Las nuevas modalidades de prestación del consentimiento: la función notarial ante las nuevas tecnologías en su valor jurídico», en *RJNot*, enero/marzo 2001, pp. 215 ss.
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: «La “prueba en contrario” en las presunciones judiciales», en *RJC*, núm. 4, 2001, pp. 1091 ss.

DERECHO DE LA PERSONA

- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «El ejercicio de acciones y derechos personalísimos de la persona incapacitada (Comentario y alcance de la STC 311/2000, de 18 de diciembre)», en *DPC*, núm. 15, 2001, pp. 7 ss.
- ARIAS EIBE, Manuel J.: «La inviolabilidad del domicilio: dimensión constitucional y protección penal», en *La Ley*, 2001-4, D-139.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín: «Tutela judicial efectiva y efectos de la solidaridad», en *DPC*, núm. 15, 2001, pp. 41 ss.
- BACHES OPI, Sergio, y MIRALLES SIRVENTE, Sergio: «La cesión de datos de carácter personal: análisis de la legislación vigente y su aplicación a algunos supuestos prácticos», en *RDP*, mayo 2001, pp. 424 ss.
- BLANQUER ÜBEROS, Roberto: «Las circunstancias del estado civil del compareciente. Su expresión y su justificación en relación con la seguridad jurídica. Llamada a la prudencia y búsqueda de seguridad. Reflexión sobre las normas en el Reglamento Notarial y en el Hipotecario», en *RJNot*, abril/junio 2001, pp. 31 ss.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Derecho a la imagen. Explotación comercial de la imagen. Concepto. Ausencia de relevancia constitucional. Inexistencia de atentado contra la dignidad personal. (Comentario a la STC de 26 de marzo de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 775 ss.
- CALVO SAN JOSÉ, María José: «El derecho a obtener respuesta judicial motivada y efectiva. Comentario a la STS 504/2000, de 13 de mayo. Análisis comparativo con la actual Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2001-5, D-168.
- CASTILLO TAMARIT, V. José: «Tutela. Autotutela. Protección de menores», en *RJNot*, julio/septiembre 2001, pp. 39 ss.
- CATALÁ I BAS, Alexandre H.: «El derecho al honor familiar en los asuntos públicos (Comentario a la STC 49/2001, de 26 de febrero)», en *RGD*, julio/agosto 2001, pp. 6769 ss.
- «El derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *RPJ*, núm. 62, 2001, pp. 13 ss.

- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «Métodos coactivos de cobro (“cobrador del frac”): intromisión ilegítima en el derecho al honor. (Comentario a la STS de 2 de abril de 2000)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 497 ss.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores: «Transexualidad, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio (A propósito de la resolución de la DGRN de 8 de enero de 2001)», en *La Ley*, 2001-4, D-95.
- DEOP MEDINABEITIA, Xabier: «La libertad religiosa en la jurisprudencia del Convenio europeo de derechos humanos», en *RGD*, julio/agosto 2001, pp. 6745 ss.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan: «Relevancia constitucional de las inmisiones por ruido ambiental procedentes de una zona de ocio nocturno. Recepción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo)», en *DPC*, núm. 15, 2001, pp. 69 ss.
- EIRANOVA ENCINAS, Emilio: «Concepto y derechos de la personalidad», en *La Ley*, 2001-4, D-132.
- GARCÍA CATALÁN, M. Isabel: «La adquisición de la nacionalidad a la luz de la política de inmigración europea», en *RGLJ*, núm. 3, 2001, pp. 549 ss.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: «El resurgir del Golem: La clonación de preembiones humanos con fines terapéuticos y el concepto de persona. Aspectos éticos, constitucionales y jurídico-privados», en *DPC*, núm. 15, 2001, pp. 143 ss.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «La publicidad formal y la legislación de protección de datos de carácter personal tras la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000», en *RCDI*, núm. 669, 2001, pp. 191 ss.
- GÓMEZ JENE, Miguel: «El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de nacionalidad», en *La Ley*, 2001-4, D-131.
- GRIMALT SERVERA, Pedro: «Derecho al honor y a la propia imagen. Libertad de información. Indemnización de los daños causados al honor. (Comentario a la STS de 30 de marzo de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 811 ss.
- HEREDERO HIGUERAS, Manuel: «Estudio crítico de la transposición de la Directiva 95/46/CE en el ordenamiento jurídico español por la L.O. 15/1999, de 13 de diciembre», en *RJN*, núm. 31, 2001, pp. 123 ss.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: «El artículo 29 del Código civil como norma general de protección jurídica del concebido», en *RJNot*, julio/septiembre 2001, pp. 137 ss.
- LEONES SALIDO, José Manuel: «¿Debe haber un límite de edad para la incapacidad permanente de un futbolista profesional?», en *La Ley*, 2001-4, D-105.
- LETE DEL RÍO, José Manuel: «La esterilización del deficiente psíquico (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2002, pp. 113 ss.

- MARCO MOLINA, Juana: «El régimen jurídico de la extracción y del trasplante de órganos», en *La Ley*, 2001-5, D-159.
- MARTÍN MUÑOZ, Alberto J.: «El contenido patrimonial del derecho a la propia imagen», en *RDM*, núm. 242, 2001, pp. 1711 ss.
- MASEDA RODRÍGUEZ, Javier: «La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2002, pp. 413 ss.
- MÉNDEZ PÉREZ, José: «El acceso de los tutores a la jurisdicción en representación de los tutelados en los procesos matrimoniales, según la doctrina del Tribunal Constitucional», en *RJC*, núm. 1, 2002, pp. 139 ss.
- MIRALLES SIRVENT, Sergio, y BACHES OPI, Sergio: «La cesión de datos de carácter personal: análisis de la legislación vigente y su aplicación a algunos supuestos prácticos», en *RDJ*, mayo 2001, pp. 424 ss.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio: «El juicio verbal y de estado civil en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Ausencia de verdadero procedimiento y problemas derivados», en *La Ley*, 2001-4, D-136.
- OROZCO PARDO, Guillermo: «La protección de datos en el Derecho español a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2002, pp. 173 ss.
- ORTA I RAMÍREZ, Teresa, y ROSENT I ALBIOL, Elies: «El menor de edad y la nueva ley penal», en *RJC*, núm. 1, 2002, pp. 103 ss.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José: «La autotutela: una institución a regular por nuestro Código civil», en *RDJ*, diciembre 2001, pp. 937 ss.
- PLANA ARNALDO, M.^a Carmen: «Libertad ideológica y libre opción entre matrimonio y convivencia de hecho (Comentario a la LTC 180/2001, de 17 de septiembre)», en *DPC*, núm. 15, 2001, pp. 265 ss.
- SAGARRA TRIAS, Eduard: «La legislación española de 2001 sobre extranjería e inmigración», en *RJC*, núm. 1, 2002, pp. 61 ss.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.^a Paz: «Separación matrimonial de un incapacitado: ¿acción de carácter personalísimo?», en *RGD*, julio/agosto 2001, pp. 6691 ss.
- SANZ CABALLERO, Susana: «El control de los actos comunitarios por el TEDH», en *DCE*, núm. 10, 2001, pp. 473 ss.
- SEGURA ZURBANO, José M.^a: «Las diferentes incapacidades: necesidad de una diferente regulación legal», en *RJNot*, abril/junio 2001, pp. 223 ss.
- SERRANO FERNÁNDEZ, María: «Régimen jurídico del nombre y los apellidos en el Derecho español», en *RDJ*, septiembre 2001, pp. 687 ss.
- SERRANO GARCÍA, Ignacio: «La gestión de las fundaciones. Con una especial referencia a las fundaciones tutelares», en *RJNot*, enero/marzo 2001, pp. 181 ss.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro Agustín: «La institucionalización jurídica de las uniones homosexuales en España», en *La Ley*, 2001-4, D-122.

PERSONA JURÍDICA

- ÁLVAREZ ARJONA, José M.^a: «Inscripción de hipoteca otorgada en garantía del precio aplazado de una compraventa de participaciones sociales siendo la propietaria del inmueble otorgado en garantía la propia sociedad cuyas participaciones se transmiten. (Comentario a la RDGRN de 1 de diciembre de 2000)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 529 ss.
- BONARDELL LENZANO, Rafael, y CABANAS TREJO, Ricardo: «La RDGRN de 14 febrero 2001: el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles», en *RDS*, núm. 17, 2001, pp. 337 ss.
- CABANAS TREJO, Ricardo, y BONARDELL LENZANO, Rafael: «La RDGRN de 14 febrero 2001: el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles», en *RDS*, núm. 17, 2001, pp. 337 ss.
- GARCÍA MÁS, Francisco Javier: «Problemas y soluciones de las sociedades profesionales, de cara a una futura ley», en *Actualidad Civil*, núm. 44, 2001, pp. 1517 ss., y en *RCDI*, núm. 669, 2001, pp. 9 ss.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés: «La conversión de clubes deportivos en sociedades anónimas», en *RDS*, núm. 17, 2001, pp. 179 ss.
- MARTOS CALABRÚS, M. A., y NÚÑEZ IGLESIAS, A.: «La aportación social en uso», en *RCDI*, núm. 668, 2001, pp. 2369 ss.
- NÚÑEZ IGLESIAS, A., y MARTOS CALABRÚS, M. A.: «La aportación social en uso», en *RCDI*, núm. 668, 2001, pp. 2369 ss.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel: «La sociedad en formación y el Registro de la Propiedad. Comentario a la RDGRN de 22 abril 2000», en *RDS*, núm. 17, 2001, pp. 295 ss.
- TRUJILLO DÍEZ, Iván Jesús: «Cooperativa agraria. Legitimación activa de la cooperativa para reclamar los daños sufridos por los socios a causa del empleo de productos fitosanitarios. (Comentario a la STS de 3 de abril de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 833 ss.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «El régimen del patrimonio fundacional», en *La Ley*, 2001-5, D-164.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «La Ley 7/1998, de 13 de abril, ¿excluye el control registral de las cláusulas abusivas?», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 69 ss.
- AGUILAR RUIZ, Leonor: «Principales aspectos de la regulación del embargo preventivo de bienes en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentario a la SAP Vizcaya de 30 abril 2001», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 4499 ss.

- ALGARRA PRATS, Esther: «Inmisiones de polvo, ruidos, vibraciones y humos: daños al medio ambiente y a la propiedad privada. Responsabilidad civil extracontractual: elementos a tener en cuenta para la fijación del *quantum* indemnizatorio. Concepto de medio ambiente y principios rectores de su regulación jurídica. Medio ambiente, Constitución y Derecho civil: derecho a la calidad ambiental: Tutela civil del ambiente y de la propiedad privada. No cabe aplicar el criterio de la preocupación o prioridad de uso para reducir la cuantificación de los daños. (Comentario a la STS de 2 de febrero de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 607 ss.
- ÁLVAREZ ARJONA, José M.^a: «Inscripción de hipoteca otorgada en garantía del precio aplazado de una compraventa de participaciones sociales siendo la propietaria del inmueble otorgado en garantía la propia sociedad cuyas participaciones se transmiten. (Comentario a la RDGRN de 1 de diciembre de 2000)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 529 ss.
- AMAYA RICO, Víctor: «El deber médico de información: un derecho humano fundamental», en *La Ley*, 2002-1, D-10.
- ANCOS, Helena: «La protección de los consumidores en la comercialización a distancia de los Servicios Financieros: una perspectiva de Derecho Comunitario europeo», en *DCE*, núm. 10, 2001, pp. 627 ss.
- ANDREU MARTÍNEZ, Belén: «Admisibilidad del *lease back* y prohibición del pacto comisorio. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 16 de mayo de 2000», en *RDP*, noviembre 2001, pp. 896 ss.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «Derecho de opción sobre locales arrendados, supeditado a la vigencia del arrendamiento; resolución del arrendamiento por impago de la renta de un mes; eficacia de la sentencia estimativa dictada en tal juicio de resolución. (Comentario a la STS de 19 de marzo de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 745 ss.
- ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa de: «La personalidad jurídica de las sociedades en formación. Comentario a la RDGRN de 22 de abril de 2000», en *RDS*, núm. 16, 2001, pp. 333 ss.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael: «Registro de la Propiedad. Inscripción. Compraventa: improcedencia: escritura pública de compraventa de una porción indivisa de una finca rústica ante la imposible obtención de la licencia municipal de parcelación: delimitación con el correspondiente derecho de uso y disfrute exclusivo sobre una porción determinada de aquella: operación que supone una parcelación urbanística de la finca: acto realizado en fraude de ley: necesidad de la correspondiente licencia o justificación de su innecesariedad. (Comentario a la RDGRN de 2 de septiembre de 2000)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 509 ss.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «Cláusulas abusivas en los préstamos con garantía hipotecaria», en *RDM*, núm. 242, 2001, pp. 1777 ss.
- BELDA CASANOVA, César: «La intervención notarial en la acreditación y transmisión de los dominios de Internet», en *RJNot*, octubre/diciembre 2001, pp. 259 ss.

- BLANDINO GARRID, M.^a Amalia: «Control administrativo del contrato de seguro: condición general que eleva la firma de la póliza a requisito constitutivo. Comentario a la STS de 27 de diciembre 2000», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 183 ss.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: «La realidad del tráfico inmobiliario en la práctica de países de nuestro entorno. La formalización auténtica básica para la seguridad de la contratación. Su constancia registral proporciona firmeza a la organización de la Oficina Registral», en *La Ley*, 2001-4, D-103.
- BORRELL CALONGE, Agustí: «Los peritos forenses: la LOE y la LEC», en *EDJ*, núm. 27, 2000, pp. 389 ss.
- BUITRAGO RUBIRA, José Ramón: «Leasing financiero: incumplimiento del usuario en la Ley 1/2000», en *CDC*, núm. 34, 2001, pp. 117 ss.
- BUJOSA VADELL, Llorenç M.: «La protección de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RJC*, núm. 4, 2001, pp. 969 ss.
- CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz: «La exclusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías en virtud de la autonomía de los contratantes. Comentario a la SAP Alicante de 16 de noviembre 2000», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 151 ss.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio: «La naturaleza de la donación», en *RJNot*, abril/junio 2001, pp. 71 ss.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «Métodos coactivos de cobro (“cobrador del frac”): intromisión ilegítima en el derecho al honor. (Comentario a la STS de 2 de abril de 2000)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 497 ss.
- CECHINI ROSELL, Xavier: «La simulación relativa en el contrato de leasing. Comentario a la STS de 6 marzo 2001», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 193 ss.
- CERVILLA GARZÓN, M.^a Dolores: «Derecho fundamental a la intimidad personal y familiar: alcance y *quantum* indemnizatorio. Comentario a la STC de 17 septiembre 2001», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 365 ss.
- CHAMORRO POSADA, Manuel: «Riesgo legal de la financiación y límites a la autonomía de la voluntad del financiado en los contratos bancarios (leasing mobiliario e hipoteca inmobiliaria)», en *RDBB*, núm. 85, 2002, pp. 185 ss.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «Fundamento y naturaleza jurídica de la acción pauliana», en *RDP*, octubre 2001, pp. 757 ss.
- DELGADO CORDERO, Ana M.^a: «Responsabilidad civil exigible en los accidentes acaecidos en espectáculos taurinos. Comentario a la STS de 8 noviembre 2000», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 247 ss.
- «Configuración jurisprudencial de la opción de compra. Comentario a la STS de 6 julio 2001», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 229 ss.
- DELGADO TRUYOLS, Álvaro: «La doble múltiple representación y el autocontrato: delimitación de supuestos», en *RJNot*, julio/septiembre 2001, pp. 343 ss.

- DÍAZ ALABART, Silvia: «Donación por representante voluntario. Conocimiento de la aceptación del donatario por el donante representado. (Comentario a la STS de 31 de marzo de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 825 ss.
- DÍAZ DELGADO, José: «Aspectos administrativos de la LOE. Las Administraciones públicas ante el proceso edificatorio», en *EDJ*, núm. 27, 2000, pp. 59 ss.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan: «Relevancia constitucional de las inmisiones por ruido ambiental procedentes de una zona de ocio nocturno. Recepción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo)», en *DPC*, núm. 15, 2001, pp. 69 ss.
- EMALDI CIRIÓN, Aitziber: «La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos», en *La Ley*, 2001-5, D-142.
- FAJARDO, Luis: «La firma electrónica en derecho privado», en *RJUAM*, núm. 5, 2001, pp. 41 ss.
- FENOY PICÓN, Nieves: «Cláusulas restrictivas de los derechos del consumidor en caso de incumplimiento: la Disposición Adicional 1.ª-9.ª LGDCU», en *RCDI*, núm. 668, 2001, pp. 2449 ss.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela: «Contrato de promesa de venta bilateral: sustantividad frente al contrato de compraventa, cumplimiento forzoso y requisitos. Comentario a la STS de diciembre 2000», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 171 ss.
- «Análisis de la aplicabilidad del denominado derecho de retención a supuestos de liquidación de arrendamientos de inmuebles. Comentario a la STS de 14 noviembre 2000», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 191 ss.
- «Accesión artificial inmobiliaria: posición jurídica del constructor de buena fe con materiales propios en terreno ajeno frente al dueño del terreno adquirente de la obra mediante accesión: ¿incluye la facultad de retención posesoria? Comentario a la STS de 13 julio 2000», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 431 ss.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: «La exclusión de cobertura por el seguro de suscripción obligatoria, de los perjuicios por el fallecimiento del conductor del único vehículo implicado en el siniestro», en *La Ley*, 2001-5, D-151.
- FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique: «Prestación transfronteriza de servicios de inversión y normas de conducta aplicables», en *RDBB*, núm. 84, 2002, pp. 85 ss.
- FERRER TAPIA, Belén: «Algunas reflexiones sobre el contrato de aparcamiento de superficie. Comentario a la STS de 8 abril 1999», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 207 ss.
- FUENTESECA, Cristina: «El artículo 1910 del Código Civil es aplicable a los daños negligentes causados por cosas que se arrojen o cayeren dentro de un recinto (discoteca) (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2001)», en *Actualidad Civil*, núm. 45, 2001, pp. 1579 ss.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Venta en garantía, retracto convencional y conversión del negocio. (Comentario a la STS de 16 de abril de 2001)», en *RJNot*, julio/septiembre 2001, pp. 353 ss.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier: «Sobre la aplicabilidad del régimen de determinadas cesiones de crédito a negocios de cesión ajenos al *factoring*», en *RDBB*, núm. 84, 2002, pp. 171 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Suspensión de pagos del usuario en contrato de *leasing*. Reivindicación del bien objeto del contrato; relaciones entre resolución por incumplimiento y reivindicación. La legitimación pasiva de los interventores judiciales del suspenso en los procesos interpuestos contra él. (Comentario a la STS de 9 de abril de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 845 ss.
- GARRIDO CHAMORRO, Pedro: «Las escrituras de préstamo hipotecario: su forma, condiciones generales, valor añadido y costes», en *RJNot*, octubre/diciembre 2001, pp. 27 ss.
- GÓMEZ CALLE, Esther: «Responsabilidad civil extracontractual. El desplazamiento del elemento de la culpa al del nexo causal. Prueba del nexo causal. (Comentario a la STS de 29 de junio de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 903 ss.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «Indemnización de daños y perjuicios a Telefónica de España, S.A., como consecuencia de la rotura de cables telefónicos subterráneos. Certeza y efectividad del daño alegado. Cuantificación de los daños y perjuicios. Cuestión nueva en apelación. Tutela judicial efectiva: doble instancia VS. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. (Comentario a la STS de 29 de enero de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 559 ss.
- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia: «Tercería de mejor derecho. Privilegios generales. Eficacia de la preferencia del crédito anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad. (Comentario a la STS de 13 junio 2000)», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 421 ss.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «La Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: ¿es necesaria su actualización?», en *GJ*, núm. 217, 2002, pp. 92 ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: «Las franquicias», en *DN*, abril 2002, pp. 18 ss.
- GRAGERA IBÁÑEZ, Gabriel: «La ejecución ordinaria: la realización de los bienes y las inscripciones a practicar en el Registro de la Propiedad», en *EDJ*, núm. 31, 2000, pp. 171 ss.
- GRASSO, Biagio: «Breves consideraciones sobre la causa del llamado contrato autónomo de garantía», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 149 ss.
- GUILARTE ZAPATERO, Vicente: «El carácter expreso de la fianza como presupuesto de su existencia y de la extensión de la responsabilidad del fiador», en *RDBB*, núm. 84, 2002, pp. 209 ss.
- HEREDIA, Iván: «Consumidor pasivo y comercio electrónico internacional a través de páginas Web», en *RJUAM*, núm. 5, 2001, pp. 69 ss.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores: «La nueva Ley de ordenación de la edificación, 38/1999, de 5 de noviembre, y su incidencia en el artículo 1591 del Código Civil», en *RDP*, mayo 2001, pp. 369 ss.

- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «La transmisión de la empresa a través de distintos contratos (especial referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2000)», en *RDM*, núm. 242, 2001, pp. 1871 ss.
- HUERTA VIESCA, M.^a Isabel: «Cuestiones sobre la remuneración de los auditores de cuentas en el Derecho español», en *RDM*, núm. 241, 2001, pp. 1395 ss.
- IGLESIA PRADOS, Eduardo de la: «La responsabilidad médica derivada de la prescripción de un fármaco. La incidencia del contenido del prospecto en su específica valoración. (Comentario a la STS de 4 abril 2001)», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 377 ss.
- INFANTE RUIZ, Francisco José: «Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 153 ss.
- IRÁKULIS ARREGUI, Nerea: «Aproximación al contrato de publicidad (a propósito del contrato-tipo, elaborado por la Asociación Española de Agencias de Publicidad, de 1 de abril de 2001)», en *DN*, mayo 2002, pp. 15 ss.
- JIMÉNEZ DE LLANO Y ZATO, M.^a Asunción: «¿Cuál es el plazo que tiene el arrendatario para notificar la subrogación por jubilación en los casos de aplicación de la disposición transitoria tercera-3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994? Cinco años de jurisprudencia y doctrina», en *La Ley*, 2001-4, D-107.
- JIMÉNEZ MORAGO, José Teófilo: «Particularidades sobre la Ley de Ordenación de la Edificación, ¿subsiste el artículo 1591 del Código Civil?», en *La Ley*, 2001-6, D-212.
- JORDÁ CAPITÁN, Eva: «Tutela medioambiental de carácter preventivo desplegada a través de determinados procedimientos civiles: sobre su pretendida función de protección indirecta», en *RDP*, noviembre 2001, pp. 875 ss.
- JUAN Y MATEU, Fernando: «Denuncia de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente por sobregiros en la cuenta», en *RDBB*, núm. 84, 2002, pp. 231 ss.
- LACABA SÁNCHEZ, Fernando: «LOE y LEC: aspectos procesales», en *EDJ*, núm. 27, 2000, pp. 355 ss.
- LLODRÁ GRIMALT, Francisca: «*Letter of intent*», carta de intenciones, precontrato», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 129 ss.
- LÓPEZ BARBA, Elena: «Reflexión sobre las soluciones extrajudiciales de los conflictos en España. (Comentario a la STS de 14 junio 2001)», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 219 ss.
- LÓPEZ RICHART, Julián: «Falta de motivación de la sentencia. Incongruencia. Error de hecho en la valoración de la prueba. Contrato de transacción. Causa del contrato. El error en la transacción. (Comentario a la STS de 20 de diciembre de 2000)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 545 ss.
- MACÍA BOBES, Ramón: «Daños dolosos y seguro obligatorio», en *La Ley*, 2001-5, D-171.

- MADRID PARRA, Agustín: «Seguridad, pago y entrega en el comercio electrónico», en *RDM*, núm. 241, 2001, pp. 1189 ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Los contratos civiles criminalizados. Análisis de las diferencias existentes entre el delito de estafa y los meros incumplimientos contractuales del orden civil; ¿dónde radica e elemento diferencial?», en *La Ley*, 2001-6, D-192.
- MANRIQUE DE LARA MORALES, Julio: «El deber de información y la responsabilidad civil médica en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. A propósito de la Sentencia de 11 de mayo de 2001», en *La Ley*, 2001-6, D-231.
- MARTÍ FERRER, Manuel: «El nuevo sistema de responsabilidades por vicios ocultos en los edificios tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación: algunas reflexiones», en *EDJ*, núm. 27, 2000, pp. 141 ss.
- MARTÍN CASALS, Miquel: «¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales? Consideraciones generales sobre el Proyecto Busnelli-Lucas», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 21 ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «Acuerdos entre convivientes *more uxorio*», en *RDP*, noviembre 2001, pp. 841 ss.
- MARTÍNEZ NADAL, Apollònia: «El pago con tarjeta en la contratación electrónica. En especial, el art. 46 LOCM», en *RDBB*, núm. 84, 2002, pp. 27 ss.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María: «Derecho de superficie y cláusula *rebus sic stantibus*. (Comentario a la STS de 20 febrero 2001)», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 211 ss.
- MAZA MARTÍN, José Manuel: «La inagotable controversia a propósito de la responsabilidad del asegurador en los hechos dolosos cometidos mediante vehículo de motor», en *La Ley*, 2001-6, D-200.
- MEDINA CRESPO, Mariano: «Responsabilidad civil por las graves lesiones sufridas por el cliente de un hotel, causadas al caerse de la terraza de su habitación por rotura de la barandilla. Presunción no enervada de la culpa del establecimiento hotelero. Resarcimiento por los daños corporales y morales: su autonomía conceptual y su relativa autonomía resarcitoria. La fórmula de los intereses procesales. (Comentario a la STS de 22 de febrero de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 677 ss.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis: «Notas sobre el pago con subrogación en el Código peruano», en *RDP*, mayo 2001, pp. 409 ss.
- MONDÉJAR PEÑA, María Isabel: «Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo. (Comentario a la STS de 4 diciembre 2000)», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 437 ss.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.^a Luisa: «Cesión de contrato y subarriendo de vivienda», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 21 ss.
- MOZOS, José Luis de los: «De nuevo sobre la conversión del negocio jurídico», en *RDP*, julio/agosto 2001, pp. 545 ss.

- NANCLARES VALLE, Javier: «El cambio de acreedor en Derecho navarro», en *RJN*, núm. 31, 2001, pp. 49 ss.
- NOEMÍ DíEZ, Lilia: «El contrato de maquila agropecuaria (Ley 25, 113)», en *RGD*, julio/agosto 2001, pp. 7243 ss.
- NÚÑEZ NÚÑEZ, María: «Reflexiones acerca de la naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles», en *RJNot*, abril/junio 2001, pp. 123 ss.
- OLAVARRÍA TÉLLEZ, Ángel: «El arbitraje de derecho privado», en *AAMN*, tomo XXXIX, pp. 253 ss.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «Cesión de contrato de compraventa de acciones. (Comentario a la STS de 5 diciembre 2000)», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 157 ss.
- «Nulidad por su carácter abusivo de la cláusula de redondeo al alza», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 235 ss.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: «La firma electrónica: aspectos probatorios», en *CDC*, núm. 34, 2001, pp. 175 ss.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Responsabilidad civil extracontractual. Congruencia de la sentencia que aplica un régimen de responsabilidad distinto de aquel en el cual el demandante funda su pretensión. Responsabilidad objetiva. Interpretación extensiva del régimen de responsabilidad del artículo 1910 CC. (Comentario a la STS de 21 de mayo de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 859 ss.
- PERALES VISCASILLAS, M.^a del Pilar: «La carta de crédito contingente. *The Standby Letter of Credit*. (Usos internacionales relativos a los créditos contingentes, ISP 98. Reglas 590 de la Cámara Comercio Internacional)», en *RDBB*, núm. 85, 2002, pp. 7 ss.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Cumplimiento de estipulación a favor de tercero. Estipulación pactada en convenio regulador por la que los padres acuerdan la cesión de viviendas a favor de dos hijos, en caso de construirse un nuevo edificio por alguno de aquéllos. (Comentario a la STS de 31 de mayo de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 881 ss.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «El acreedor hipotecario en el anteproyecto de Ley Concursal de 2001 (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 20, 2002, pp. 669 ss.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana: «La protección de los intereses económicos de los consumidores en una Europa ampliada y sin fronteras interiores. (Propuesta de modificación del art. 5 del Convenio CE de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales)», en *GJ*, núm. 217, 2002, pp. 75 ss.
- RAMOS NIETO, Juan: «La disposición transitoria cuarta de la LAU 1994 y la extinción de los arrendamientos en los que las personas que cita son arrendatarios», en *La Ley*, 2001-6, D-187.
- RAMS ALBESA, Joaquín: «La moral en la disciplina general de los contratos», en *RGLJ*, núm. 2, 2001, pp. 393 ss.

- REGLERO CAMPOS, L. Fernando: «Contrato de *factoring* y seguro de crédito. Transmisión del objeto asegurado», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 583 ss.
- RIVAS TORRALBA, Rafael Antonio: «La ejecución ordinaria: requisitos y eficacia del embargo de inmuebles», *EDJ*, núm. 31, 2000, pp. 91 ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «¿Apreciación de oficio de la caducidad en todo caso?», en *RDP*, junio 2001, pp. 465 ss.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a Eugenia: «Cesión de contrato. Cumplimiento del contrato cedido y del contrato de cesión. (Comentario a la STS de 5 diciembre 2000)», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 199 ss.
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: «¿Puede un esposo danés donar en capitulaciones un inmueble sito en España? Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2000», en *RDP*, octubre 2001, pp. 829 ss.
- RUDA GONZÁLEZ, Alberto: «El contrato de cesión de suelo por obra tras la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 31 de enero de 2001», en *La Ley*, 2001-6, D-223.
- RUIZ SOROA, José M.^a: «La responsabilidad del porteador y el seguro en el transporte terrestre», en *RDM*, núm. 242, 2001, pp. 1989 ss.
- SABATER MARTÍN, Aníbal: «La renuncia al arbitraje pactado: su verdadero objeto», en *La Ley*, 2001-4, D-112.
- SALA SÁNCHEZ, Pascual: «La supuesta compatibilidad del artículo 1591 del Código Civil y la Ley de Ordenación de la Edificación», en *RPJ*, núm. 62, 2001, pp. 441 ss.
- SALAZAR BORT, Santiago: «La indemnización de los servicios prestados durante la convivencia de hecho. Análisis jurisprudencial», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 575 ss.
- SAMANES ARA, Carmen: «Incongruencia. Concreción del importe de los daños en ejecución de sentencia», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 665 ss.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel: «La sociedad en formación y el Registro de la Propiedad. Comentario a la RDGRN de 22 abril 2000», en *RDS*, núm. 17, 2001, pp. 295 ss.
- SÁNCHEZ HETEZ, Ángel: «El arrendamiento rústico y los derechos de viñedo», en *Actualidad Civil*, núm. 17, 2002, pp. 581 ss.
- SÁNCHEZ MIGUEL, María Candelas: «Cuenta corriente bancaria. Cláusula abusiva económica», en *RDBB*, núm. 85, 2002, pp. 261 ss.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina: «Particularidades del precontrato de trabajo frente al civil», en *Actualidad Civil*, núm. 47, 2001, pp. 1631 ss.
- SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier: «Las garantías contractuales en las reglamentaciones de la Cámara de Comercio Internacional», en *RDM*, núm. 241, 2001, pp. 1315 ss.
- «Las garantías independientes en el Derecho español y su aceptación por la jurisprudencia», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 37 ss.

- SANTANA AROZENA, F., y XIMÉNEZ DE SANDOVAL, E.: «El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE», en *EDJ*, núm. 27, 2000, pp. 15 ss.
- SANZ VIOLA, Ana María: «El régimen de las acciones colectivas establecidas en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Actualidad Civil*, núm. 15, 2002, pp. 247 ss. en *Actualidad Civil*, núm. 7, 2002, pp. 515 ss.
- SEIJAS QUINTANA, José: «La responsabilidad en la LOE: criterios de imputación», en *EDJ*, núm. 27, 2000, pp. 89 ss.
- SERRANO FERNÁNDEZ, María: «Infracción del derecho sui generis sobre bases de datos. Comparación de dos bases de datos. Extracción y reutilización de una parte sustancial de una base de datos sin autorización de su autor. (Comentario a la SJPI núm. 13 de Madrid, de 24 julio 2001)», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 495 ss.
- SIFRE PUIG, Ricardo Francisco: «Sinopsis de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en relación con la constitución de las garantías de su artículo 19 y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 669, 2001, pp. 97 ss.
- SIMÓ SEVILLA, Diego: «Las nuevas modalidades de prestación del consentimiento: la función notarial ante las nuevas tecnologías en su valor jurídico», en *RJNot*, enero/marzo 2001, pp. 215 ss.
- SIRVENT GARCÍA, Jorge: «El desistimiento unilateral del comitente en el contrato de obra», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 105 ss.
- SOTO NIETO, Francisco: «Daños dolosamente causados por la conducción. Una polémica que perdura», en *La Ley*, 2001-4, D-127.
- «Imprudencia médica grave. Singular error quirúrgico», en *La Ley*, 2001-5, D-179.
- TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier: «De nuevo sobre la jurisprudencia constitucional en torno al baremo de indemnización de daños corporales (Comentario a las Sentencias 241/2000, 242/2000, 244/2000, 262/2000, 267/2000, 21/2001, 37/2001 y 163/2001)», en *DPC*, núm. 15, 2001, pp. 331 ss.
- TOBAJAS GÁLVEZ, Octavio: «La culpa en la Ley 22/1994, sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos», en *Actualidad Civil*, núm. 23, 2002, pp. 763 ss.
- TORRES PEREA, José Manuel de: «Resolución por incumplimiento de la obligación de elevar a público en la compraventa de inmuebles», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 35 ss.
- VARA DE PAZ, Nemesio: «Naturaleza y régimen jurídico del contrato de *leasing*», en *RDBB*, núm. 84, 2002, pp. 193 ss.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «La responsabilidad civil por alimentos defectuosos», en *Actualidad Civil*, núm. 8, 2002, pp. 281 ss.

- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «La esencial gratuidad del contrato de comodato y la responsabilidad del comodatario en la jurisprudencia», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 561 ss.
- XIMÉNEZ DE SANDOVAL, E., y SANTANA AROZENA, F.: «El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE», en *EDJ*, núm. 27, 2000, pp. 15 ss.
- YÁÑEZ VIVERO, Fátima: «El cambio de régimen económico matrimonial en fraude de acreedores en Suiza y España: análisis comparativo», en *Actuacidad Civil*, núm. 19, 2002, pp. 641 ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «Daños y perjuicios causados por la, pretendidamente abusiva, paralización de una obra a través de un interdicto de obra nueva. Interrupción de la prescripción», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 595 ss.
- «Apuntes en torno al Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto 7/2001, de 12 de enero», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 89 ss.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: «Hipoteca en garantía de prestaciones periódicas», en *RJNot*, julio/septiembre 2001, pp. 185 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- AGUILÓ PIÑA, José F.: «La reglamentación del derecho de marca en el Derecho español, internacional, comunitario y comparado», en *RDM*, núm. 241, 2001, pp. 1443 ss.
- AGUSTÍN TORRES, Carmelo: «Usufructo sobre participaciones en fondos de inversión. Ley catalana 13/2000, de 20 de noviembre», en *RJC*, núm. 1, 2002, pp. 9 ss.
- ALGARRA PRATS, Esther: «Inmisiones de polvo, ruidos, vibraciones y humos: daños al medio ambiente y a la propiedad privada. Responsabilidad civil extracontractual: elementos a tener en cuenta para la fijación del *quantum* indemnizatorio. Concepto de medio ambiente y principios rectores de su regulación jurídica. Medio ambiente, Constitución y Derecho civil: derecho a la calidad ambiental: tutela civil del ambiente y de la propiedad privada. No cabe aplicar el criterio de la preocupación o prioridad de uso para reducir la cuantificación de los daños. (Comentario a la STS de 2 de febrero de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 607 ss.
- ÁLVAREZ ANTOLÍNEZ, Juan Luis: «La crisis del sistema inmobiliario registral como consecuencia de la creciente jurisprudencia contencioso-administrativa: la vía abierta hacia la impugnabilidad de las resoluciones registrales y la frustrada reforma del Reglamento Hipotecario de 1998 (a propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero, de 24 de febrero, de 22 de mayo y de 12 de diciembre de 2000 y de 31 de enero de 2001)», en *RUE*, núm. 4, 2001, pp. 129 ss.

- ÁLVAREZ ARJONA, José M.^a: «Inscripción de hipoteca otorgada en garantía del precio aplazado de una compraventa de participaciones sociales siendo la propietaria del inmueble otorgado en garantía la propia sociedad cuyas participaciones se transmiten. (Comentario a la RDGRN de 1 de diciembre de 2000)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 529 ss.
- ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA, César: «De nuevo sobre los interdictos frente a las Administraciones públicas», en *La Ley*, 2001-6, D-199.
- ANGUITA VILLANUEVA, Luis A.: «¿Realmente existe el derecho de propiedad privada en los bienes culturales?», en *RGLJ*, núm. 2, 2001, pp. 247 ss.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael: «Registro de la Propiedad. Inscripción. Compraventa; improcedencia; escritura pública de compraventa de una porción indivisa de una finca rústica ante la imposible obtención de la licencia municipal de parcelación; delimitación con el correspondiente derecho de uso y disfrute exclusivo sobre una porción determinada de aquélla; operación que supone una parcelación urbanística de la finca; acto realizado en fraude de ley; necesidad de la correspondiente licencia o justificación de su innecesariedad. (Comentario a la RDGRN de 2 de septiembre de 2000)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 509 ss.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «Cláusulas abusivas en los préstamos con garantía hipotecaria», en *RDM*, núm. 242, 2001, pp. 1777 ss.
- BELDA CASANOVA, César: «La intervención notarial en la acreditación y transmisión de los dominios de Internet», en *RJNot*, octubre/diciembre 2001, pp. 259 ss.
- BELLIDO PENADÉS, Rafael: «Aspectos procesales en la Ley de Competencia Desleal y de la legislación sobre propiedad industrial (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 16, 2002, pp. 545 ss.
- BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Propiedad intelectual: obra colectiva; obra de encargo; atribución de los derechos de explotación, derecho de transformación; revisión de la remuneración del autor por explotación de la obra cuando aquélla resulta no equitativa. (Comentario a la STS de 29 de marzo de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 795 ss.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: «La realidad del tráfico inmobiliario en la práctica de países de nuestro entorno. La formalización auténtica básica para la seguridad de la contratación. Su constancia registral proporciona firmeza a la organización de la Oficina Registral», en *La Ley*, 2001-4, D-103.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan: «El principio de legalidad procesal y la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria (A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 18 de diciembre de 2000)», en *La Ley*, 2001-5, D-180.
- CARBONELL LLORENS, Cristina: «La ejecución hipotecaria: presupuestos y desarrollo del procedimiento hasta la práctica de los correspondientes asientos registrales», en *EDJ*, núm. 31, 2000, pp. 283 ss.
- CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier: «Coordinación entre Registro y Catastro: la experiencia del notario», en *RJNot*, abril/junio 2001, pp. 357 ss.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, y RASILLO, Pilar: «Algunos de los procedimientos en la Ley de Propiedad Horizontal», en *RPJ*, núm. 62, 2001, pp. 125 ss.

CORRAL GARCÍA, Eduardo: «La constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución de la hipoteca y el nuevo artículo 129 de la Ley Hipotecaria. (A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 18 de diciembre de 2000)», en *RJNot*, octubre/diciembre 2001, pp. 331 ss.

CUENA CASAS, Matilde: «Bases de datos y derechos de autor», en *RGLJ*, núm. 2, 2001, pp. 247 ss., y núm. 3, 2001, pp. 479 ss.

CUESTA DÍAZ DEL CORRAL, Manuel: «La inscripción en el Registro de la Propiedad de la compra de un inmueble por una sociedad en formación. (Comentario a la RDGRN de 16 octubre 2000)», en *RDS*, núm. 16, 2001, pp. 321 ss.

DÍAZ FRAILE, Juan María: «El derecho de vuelo en la reforma del Reglamento Hipotecario 1998 (estudio especial de su temporalidad tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000)», en *RGLJ*, núm. 2, 2001, pp. 301 ss.

ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, Santiago: «*Taking* y propiedad», en *AAMN*, tomo XXXIX, pp. 39 ss.

Estudio de la denominada *taking*, figura que consiste en una expropiación indemnizatoria sin cambios en la titularidad del derecho de propiedad, que se aplicaría en aquellos supuestos en los que se estime que la presión de la función social es excesiva. La *taking* tiene especial interés en el marco de los derechos medioambientales de los ciudadanos y su relación con el derecho del propietario: dado que la función social es la contribución del derecho de propiedad privada al bienestar de la colectividad, la *taking* trata de señalar los límites de lo gratuito, que será el sacrificio que el propietario ha de soportar en pro de la comunidad, y lo indemnizable, que permite reducir la gratuidad a sus justos términos.

FAJARDO LÓPEZ, Luis: «La calificación registral de contratos de adhesión y el vencimiento anticipado como causa de la ejecución hipotecaria. Comentario a las RRDGRN de 17 y de 29 de abril, de 10 y de 11 de julio de 2000», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 291 ss.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis: «Anotaciones a una reciente doctrina jurisprudencial sobre caducidad del registro de la marca (razones y sinrazones del asunto *Nike/Cidesport*)», en *La Ley*, 2001-6, D-205.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Suspensión de pagos del usuario en contrato de *leasing*. Reivindicación del bien objeto del contrato; relaciones entre resolución por incumplimiento y reivindicación. La legitimación pasiva de los interventores judiciales del suspenso en los procesos interpuestos contra él. (Comentario a la STS de 9 de abril de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 845 ss.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: «Escritura pública, tradición instrumental e inscripción registral», en *RJNot*, julio/septiembre 2001, pp. 55 ss.

- GARRIDO CHAMORRO, Pedro: «Las escrituras de préstamo hipotecario: su forma, condiciones generales, valor añadido y costes», en *RJNot*, octubre/diciembre 2001, pp. 27 ss.
- GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGO, María Teresa: «Los gastos del poseedor en el Código Civil desde la perspectiva del Derecho romano», en *RJNot*, octubre/diciembre 2001, pp. 47 ss.
- GRAGERA IBÁÑEZ, Gabriel: «La ejecución ordinaria: la realización de los bienes y las inscripciones a practicar en el Registro de la Propiedad», en *EDJ*, núm. 31, 2000, pp. 171 ss.
- GUTIÉRREZ, Alfonso: «La cuestión del agotamiento internacional del derecho de marca en el ordenamiento comunitario», en *La Ley*, 2002-1, D-7.
- HORNERO MÉNDEZ, César: «La utilidad de la jurisprudencia: guerra civil y suspensión de la prescripción. (Comentario a la STS de 25 enero 2000)», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 299 ss.
- JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita: «La protección del derecho de propiedad en el marco del Convenio de Roma (sobre la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2000, asunto ex rey de Grecia y otros c. Grecia)», en *DPC*, núm. 15, 2001, pp. 239 ss.
- JIMÉNEZ PÉREZ, Eloy: «Distribución de hipoteca y ejecución hipotecaria. Problemática que plantea el artículo 216 del Reglamento Hipotecario en sus aspectos fiscal, notarial hipotecario y ejecutivo», en *RJNot*, abril/junio 2001, pp. 101 ss.
- JUAN DE CASTRO, Rafael de: «El Registro de la Propiedad como institución abierta a la representación de toda clase de documentos públicos y privados», en *La Ley*, 2001-5, D-166.
- LASO MARTÍNEZ, José Luis: «Glosas hipotecarias honorarias (a propósito de la Ley 24/2001)», en *RCDI*, núm. 670, 2001, pp. 397 ss.
- LOBATO, Manuel: «Nombres de dominio y extensión del derecho de marca», en *RJUAM*, núm. 5, 2001, pp. 101 ss.
- LÓPEZ AZCONA, Aurora: «La consolidación de los derechos familiares de adquisición preferente contemplados en los Ordenamientos territoriales españoles a la luz del Derecho suizo: la reinstauración del *droit de préemption des parents*», en *RCDI*, núm. 668, 2001, pp. 2279 ss.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Apuntes de *jurisprudencia registral* (sobre las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado con incidencia en materia urbanística)», en *RDU*, núm. 189, 2001, pp. 47 ss.
- LÓPEZ FRÍAS, María Jesús: «Las vicisitudes de los propietarios de inmuebles situados en un conjunto histórico: el deber de conservación y sus límites», en *RCDI*, núm. 669, 2001, pp. 53 ss.
- LÓPEZ MARTÍNEZ DE SEPTIÉN, Óscar: «Cuestiones sobre la nueva organización de la comunidad de propietarios: un itinerario parcial», en *RJNot*, julio/septiembre 2001, pp. 153 ss.

- LÓPEZ PARDIÑAS, Manuel: «El régimen de recursos contra la calificación registral tras la Sentencia de 22 de mayo de 2000», en *RJNot*, enero/marzo 2001, pp.167 ss.
- MARTÍ SÁNCHEZ, Sylvia: «Novedades sustanciales del Proyecto de Ley de Marcas», en *La Ley*, 2001-5, D-172.
- MARTÍN OSANTE, Luis Carlos: «La publicidad registral de los bienes muebles y los terceros», en *RGLJ*, núm. 2, 2001, pp. 325 ss.
- MARTÍN PASTOR, José: «Breves consideraciones sobre las anotaciones preventivas judiciales en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», en *RCDI*, núm. 669, 2001, pp. 231 ss.
- MARTOS CALABRÚS, M. A., y NÚÑEZ IGLESIAS, A.: «La aportación social en uso», en *RCDI*, núm. 668, 2001, pp. 2369 ss.
- MATEO SANZ, Jacobo B.: «Cuestiones sobre la expectativa del poseedor *ad usucapionem* de cosas muebles de adquirir su propiedad», en *RCDI*, núm. 670, 2001, pp. 423 ss.
- MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: «El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa», en *AAMN*, tomo XXXIX, pp. 297 ss.
- MIGUEL PERALES, Carlos de: «La Ley 10/1998, de residuos, posesión, propiedad y otras cuestiones de Derecho civil», en *La Ley*, 2002-1, D-5.
- MONTSERRAT VALERO, Antonio: «En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario», en *RDP*, junio 2001, pp. 505 ss.
- NÚÑEZ IGLESIAS, A., y MARTOS CALABRÚS, M. A.: «La aportación social en uso», en *RCDI*, núm. 668, 2001, pp. 2369 ss.
- NÚÑEZ NÚÑEZ, María: «Reflexiones acerca de la naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles», en *RJNot*, abril/junio 2001, pp. 123 ss.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «Usufructo con facultad de disponer *en caso de necesidad*», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 281 ss.
- PEINADO RUANO, Julián: «Escritura de ejercicio y documentación del derecho de reversión», en *RJNot*, enero/marzo 2001, pp. 289 ss.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «La Directiva 98/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre la protección jurídica de dibujos y modelos», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 127 ss.
- «Derechos de autor y obra colectiva. (Comentario a la STS de 11 julio 2000)», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 393 ss.
- «El Reglamento sobre dibujos y modelos comunitarios», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 173 ss.
- PRIETO ANDRÉS, Antonio: «El procedimiento de la organización mundial de la propiedad intelectual para la resolución de conflictos sobre la titularidad de nombres de dominio», en *La Ley*, 2002-1, D-12.

- PUENTE DE ALFARO, Fernando de la: «El Registro de la Propiedad en Inglaterra y Gales», en *RCDI*, núm. 670, 2001, pp. 605 ss.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «El acreedor hipotecario en el anteproyecto de Ley Concursal de 2001 (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 20, 2002, pp. 669 ss.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Propiedad horizontal: legitimación pasiva por deudas de la comunidad. Necesidad de que los copropietarios hayan sido parte del procedimiento si el acreedor pretende dirigirse contra los bienes privativos de aquéllos. Motivos de casación. (Comentario a la STS de 13 de febrero de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 623 ss.
- RASILLO, Pilar, y CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: «Algunos de los procedimientos en la Ley de Propiedad Horizontal», en *RPJ*, núm. 62, 2001, pp. 125 ss.
- RIVAS TORRALBA, Rafael Antonio: «La ejecución ordinaria: requisitos y eficacia del embargo de inmuebles», *EDJ*, núm. 31, 2000, pp. 91 ss.
- ROBLES VELASCO, Luis Mariano: «La segunda hipoteca en Derecho Romano», en *RCDI*, núm. 668, 2001, pp. 2345 ss.
- RODRÍGUEZ ZAPATERO, Jorge: «La propiedad privada: de cienienta a derecho fundamental», en *RGLJ*, núm. 3, 2001, pp. 601 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Derechos de autor y programación televisiva», en *RGLJ*, núm. 3, 2001, pp. 621 ss.
- SAIZ GARCÍA, Concepción: «Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 185 ss.
- SIFRÉ PUIG, Ricardo Francisco: «Sinopsis de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación en relación con la constitución de las garantías de su artículo 19 y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 669, 2001, pp. 97 ss.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Usufructo testamentario con facultad de disposición en caso de necesidad apreciada según conciencia. [Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 3 de marzo de 2000]», en *RDP*, diciembre 2001, pp. 1011 ss.
- VERDERA SOLER, Rafael: «La cancelación de la hipoteca de constitución unilateral», en *RCDI*, núm. 670, 2002, pp. 509 ss.
- YÁÑEZ VELASCO, Ricardo: «Hacia la armonización europea en materia de propiedad intelectual (exposición de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información)», en *Actualidad Civil*, núm. 21, 2002, pp. 701 ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «Daños y perjuicios causados por la, pretendidamente abusiva, paralización de una obra a través de un interdicto de obra nueva. Interrupción de la prescripción», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 595 ss.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: «Hipoteca en garantía de prestaciones periódicas», en *RJNot*, julio/septiembre 2001, pp. 185 ss.

DERECHO DE FAMILIA

- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: «Problemática en torno a la naturaleza ganancial o privativa de la deuda derivada de la realización de un ilícito penal. [Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 25 de septiembre de 1999]», en *RDP*, mayo 2001, pp. 441 ss.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores: «Transexualidad, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio (a propósito de la Resolución de la DGRN de 8 de enero de 2001)», en *La Ley*, 2001-4, D-95.
- CORRAL GARCÍA, Eduardo: «Legitimación para solicitar alimentos para los hijos mayores de edad tras la ruptura de una unión de hecho. (Comentario a la STS de 30 diciembre 2000)», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 401 ss.
- «El interés del menor y el derecho de los padres a no verse separados de sus hijos», en *RGD*, julio/agosto 2001, pp. 6709 ss.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «Adopción menos plena: la sucesión del adoptado en la herencia del adoptante. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2000)», en *RJNot*, octubre/diciembre 2001, pp. 301 ss.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio: «¿Interpretación judicial con propósito de enmienda (del legislador)? Acerca de la jurisprudencia sobre el artículo 133 del Código Civil», en *La Ley*, 2001-5, D-152.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «La impugnación de la paternidad matrimonial en el Código Civil: en particular, algunas dudas de constitucionalidad sobre su *dies a quo* de ejercicio», en *DPC*, núm. 15, 2001, pp. 107 ss.
- GÓMEZ JENE, Miguel: «El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de nacionalidad», en *La Ley*, 2001-4, D-131.
- GONZÁLEZ PILLADO, Esther: «Los procesos matrimoniales regulados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2001-6, D-194.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: «Relaciones entre los nietos y los abuelos», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2002, pp. 25 ss.
- LEÓN-CASTRO ALONGO, José: «El régimen de participación en las ganancias: perspectivas del pasado y expectativas de futuro», en *AAMN*, tomo XXXIX, pp. 231 ss.
- LÓPEZ AZCONA, Aurora: «La consolidación de los derechos familiares de adquisición preferente contemplados en los Ordenamientos territoriales españoles a la luz del Derecho suizo: la reinstauración del *droit de préemption des parents*», en *RCDI*, núm. 668, 2001, pp. 2279 ss.
- MILLÁN SALAS, Francisco: «La atribución preferente de la explotación agrícola en la liquidación de la sociedad de gananciales», en *RGLJ*, núm. 2, 2001, pp. 361 ss.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Sistema matrimonial español», en *RJUAM*, núm. 5, 2001, pp. 165 ss.

- MORO ALMARAZ, M.^a Jesús: «Nulidad canónica del matrimonio. Declaración de ajuste al Derecho del Estado. Reconocimiento de efectos civiles. (Comentario a la STS de 5 de marzo de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 715 ss.
- PASTOR ÁLVAREZ, M. Carmen: «Impugnación del cuaderno particional. Carácter privativo de la pensión de jubilación que uno de los cónyuges percibe de la Seguridad Social, no pudiendo integrarse en el inventario como bien ganancial. Créditos de la sociedad legal de gananciales frente a los cónyuges. [Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 29 de junio de 2000]», en *RDP*, septiembre 2001, pp. 734 ss.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Algunas reflexiones sobre los procesos matrimoniales en la LEC 2000 (cuestiones generales, procedimiento contencioso y procedimiento de mutuo acuerdo)», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2002, pp. 313 ss.
- PÉREZ VEGA, Ángeles: «Las medidas previas, provisionales y definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio matrimoniales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Actualidad Civil*, núm. 13, 2002, pp. 447 ss.
- PLANA ARNALDO, M.^a Carmen: «Libertad ideológica y libre opción entre matrimonio y convivencia de hecho. (Comentario a la LTC 180/2001, de 17 de septiembre)», en *DPC*, núm. 15, 2001, pp. 265 ss.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «Acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido: aun transcurrido el plazo de caducidad previsto legalmente, la verdad biológica, reconocida por las demandadas, debe triunfar. (Comentario a la STS de 23 de marzo de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 761 ss.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana: «Compatibilidad de la norma de conflicto relativa a los efectos del divorcio con el Derecho comunitario (STJCE de 10 de junio de 1999, as. C-430/97, J: Johannes c. H. Johannes)», en *DCE*, núm. 10, 2001, p. 645 ss.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «La guardia y custodia de los hijos», en *DPC*, núm. 15, 2001, pp. 281 ss.
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: «¿Puede un esposo danés donar en capitulaciones un inmueble sito en España? Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2000», en *RDP*, octubre 2001, pp. 829 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La infidelidad conyugal como causa de separación: análisis y valoración», en *RCDI*, núm. 670, 2001, pp. 639 ss.
- «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1999 (en torno a la posible discriminación de un padre)», en *RJNot*, julio/septiembre 2001, pp. 367 ss.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.^a Paz: «Separación matrimonial de un incapacitado: ¿acción de carácter personalísimo?», en *RGD*, julio/agosto 2001, pp. 6691 ss.
- SEISDEDOS MUIÑO, Ana: «Suspensión *versus* privación de la patria potestad (reflexiones al hilo de las Sentencias del TS de 20 de enero de 1993 y de 24 de mayo de 2000)», en *RDP*, julio/agosto 2001, pp. 554 ss.

- TORRES PEREA, José Manuel de: «El artículo 160.2 del Código Civil. Norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos», en *La Ley*, 2001-4, D-96.
- VALLS RIUS, A. M., y VILLAGRASA ALCAIDE, C.: «La mediación familiar en Cataluña: análisis sistemático de la Ley 1/2001, de 15 de marzo», en *La Ley*, 2001-5, D-163.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C., y VALLS RIUS, A.M.: «La mediación familiar en Cataluña: análisis sistemático de la Ley 1/2001, de 15 de marzo», en *La Ley*, 2001-5, D-163.
- VELÁZQUEZ MARTÍN, M.^a Ángeles: «Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales. Compensación al cónyuge desposeído», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2002, pp. 343 ss.
- YÁÑEZ VIVERO, Fátima: «El cambio de régimen económico matrimonial en fraude de acreedores en Suiza y España: análisis comparativo», en *Actualidad Civil*, núm. 19, 2002, pp. 641 ss.
- «La anotación de embargo sobre bienes privativos por confesión tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RCDI*, núm. 668, 2001, pp. 2535 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «El cambio del viejo al nuevo artículo 1045, y su derecho transitorio», en *Actualidad Civil*, núm. 14, 2002, pp. 447 ss.
- BALLARÍN MARCIAL, Alberto: «La sucesión mortis causa en la explotación agraria», en *RJNot*, abril/junio 2001, pp. 9 ss.
- BLASCO GASCÓ, Francisco de P., y CECHINI ROSELL, Xavier: «El modo en el Derecho sucesorio catalán», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 65 ss.
- CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «Conflictos interterritoriales entre los derechos sucesorios españoles», en *AAMN*, tomo XXXIX, pp. 183 ss.
- CARBALLO FIDALGO, Maite: «La legítima en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Actualidad Civil*, núm. 45, 2001, pp. 1553 ss.
- CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier: «El testamento mancomunado, institución exportable al Código Civil», en *RJNot*, julio/septiembre 2001, pp. 9 ss.
- CECHINI ROSELL, Xavier, y BLASCO GASCÓ, Francisco de P.: «El modo en el Derecho sucesorio catalán», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 65 ss.
- FRAGA MANDIAN, Antonio: «El significado del vocablo “valores” en el artículo 1079 del Código Civil», en *La Ley*, 2001-6, D-204.
- FUENTESECA, Cristina: «Testamento en peligro de muerte. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 27 de junio de 2000», en *RDP*, junio 2001, pp. 521 ss.
- HORNERO MÉNDEZ, César: «Nulidad de testamento en peligro de muerte. (Comentario a la STS de 27 junio 2000)», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 411 ss.
- MORENO DEL VALLE, M.^a Amparo: «Los efectos de la preterición: aspectos doctrinales y jurisprudenciales», en *Actualidad Civil*, núm. 7, 2002, pp. 247 ss.

- MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «Beneficiarios de un seguro de vida. Sentido de la mención *herederos legales*. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2000», en *RDP*, octubre 2001, pp. 819 ss.
- PASTOR ÁLVAREZ, M. Carmen: «Impugnación del cuaderno particional. Carácter privativo de la pensión de jubilación que uno de los cónyuges percibe de la Seguridad Social, no pudiendo integrarse en el inventario como bien ganancial. Créditos de la sociedad legal de gananciales frente a los cónyuges. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 29 de junio de 2000», en *RDP*, septiembre 2001, pp. 734 ss.
- RODRÍGUEZ BOIX, Francisco: «La preterición en la reciente Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte. Estudio comparativo con el Código Civil», en *RJNot*, abril/junio 2001, pp. 171 ss.
- VALLS LLORET, José Domingo: «Llamamiento sucesorio hereditario al Estado: un estudio de Derecho comparado», en *RJNot*, enero/marzo 2001, pp. 251 ss.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Usufructo testamentario con facultad de disposición en caso de necesidad apreciada según conciencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 3 de marzo de 2000», en *RDP*, diciembre 2001, pp. 1011 ss.
- ZAHÍNO RUIZ, M.^a Luisa: «Rescisión de la partición hereditaria por causa de lesión en más de la cuarta parte. Fundamento de la rescisión por lesión en la partición hereditaria. Concepto de lesión y parámetros a tener en cuenta para determinarla. Cálculo de la lesión y momento de su determinación. (Comentario a la STS de 8 de marzo de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 733 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- AGUILAR RUIZ, Leonor: «La protección de los usuarios de servicios bancarios ante la publicidad ilícita de productos financieros. Comentario a la SJPI núm. 20 de Madrid, de 19 diciembre 2000», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 439 ss.
- AGUILÓ PIÑA, José F.: «La reglamentación del derecho de marca en el Derecho español, internacional, comunitario y comparado», en *RDM*, núm. 241, 2001, pp. 1443 ss.
- BELLIDO PENADÉS, Rafael: «Aspectos procesales en la Ley de Competencia Desleal y de la legislación sobre propiedad industrial (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 16, 2002, pp. 545 ss.
- BOGO, Jorge: «Las conductas exclusorias y la legislación antimonopólica», en *GJ*, núm. 217, 2002, pp. 135 ss.

- CABANAS TRJO, Ricardo: «La aplicación de la reforma mercantil por la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *CDC*, núm. 34, 2001, pp. 205 ss.
- CASTRO, Alfonso: «Derecho mercantil, Derecho romano. Nuevas observaciones sobre un problema antiguo», en *RDP*, octubre 2001, pp. 796 ss.
- EGGE, Michael G.: «El beneficio de la duda y el Derecho de la competencia en Estados Unidos y en la Comunidad Europea», en *GJ*, núm. 218, 2002, pp. 52 ss.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía: «El proyecto de Ley de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia», en *La Ley*, 2002-1, D-8.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis: »Anotaciones a una reciente doctrina jurisprudencial sobre caducidad del registro de la marca (razones y sin razones del asunto *Nike/Cidesport*)», en *La Ley*, 2001-6, D-205.
- GARCÍA VILLAVERDE, Rafael: «La nueva administración judicial de empresas embargadas», en *CDC*, núm. 34, 2001, pp. 11 ss.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «La transmisión de la empresa a través de distintos contratos (especial referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2000)», en *RDM*, núm. 242, 2001, pp. 1871 ss.
- HERRERO SUÁREZ, Carmen: «La excepción de empresa en crisis (*failing firm defense*) en el control de la concentración empresarial. Análisis comparado entre el Derecho *antitrust* estadounidense y el Derecho de la competencia comunitario europeo», en *RDBB*, núm. 84, 2002, pp. 141 ss.
- «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*) en el control de la concentración empresarial. (Análisis comparado entre el Derecho antitrust estadounidense y el Derecho de la Competencia comunitario europeo)», en *RDM*, núm. 242, 2001, pp. 1943 ss.
- LOBATO, Manuel: «Nombres de dominio y extensión del derecho de marca», en *RJUAM*, núm. 5, 2001, pp. 101 ss.
- MALLO RODRÍGUEZ, Carlos: «Reforma de la regulación contable en la UE y en España: importancia de la aceptación del valor razonable (*fair value*)», en *DN*, marzo 2002, pp. 17 ss.
- MUÑOZ PAREDES, José María: «El concepto de comerciante en el Derecho alemán tras la reforma de 1998», en *RDM*, núm. 241, 2001, p. 1265.
- OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen: «Importaciones paralelas, reimportaciones y agotamiento internacional de los derechos de patente (con especial referencia a las patentes farmacéuticas)», en *RDM*, núm. 242, 2001, pp. 2009 ss.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «La Directiva 98/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre la protección jurídica de dibujos y modelos», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 127 ss.

QUINTÁNS EIRS, M.^a Rocío: «Acuerdos de agencia y derecho de la competencia: nuevo régimen de las restricciones verticales», en *CDC*, núm. 34, 2001, pp. 67 ss.

SAIZ GARCÍA, Concepción: «Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas», en *RDPat*, núm. 8, 2002, pp. 185 ss.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio: «Comentario de urgencia a la Ley 1/2002», en *GJ*, núm. 217, 2002, pp. 10 ss.

Estudio de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la Competencia.

VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás: «Las medidas estructurales de fomento de la competencia: análisis del artículo 34 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio», en *GJ*, núm. 216, 2002, pp. 53 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

ÁLVAREZ ARJONA, José M.^a: «Inscripción de hipoteca otorgada en garantía del precio aplazado de una compraventa de participaciones sociales siendo la propietaria del inmueble otorgado en garantía la propia sociedad cuyas participaciones se transmiten. (Comentario a la RDGRN de 1 de diciembre de 2000)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 529 ss.

ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa de: «La personalidad jurídica de las sociedades en formación. Comentario a la RDGRN de 22 de abril de 2000», en *RDS*, núm. 16, 2001, pp. 333 ss.

CAMPINS VARGAS, Aurora: «Derogación singular de los estatutos sociales», en *RDM*, núm. 242, 2001, pp. 1685 ss.

CANDELARIO MACÍAS, M.^a Isabel: «Aproximación al derecho de representación de la minoría en la sociedad bursátil», en *RDS*, núm. 16, 2001, pp. 163 ss.

CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier: «Opción S. A. – S. L.», en *RJNot*, octubre/diciembre 2001, pp. 9 ss.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Luis Javier, y PÉREZ TROYA, Adoración: «El derecho de oposición de los acreedores a la fusión de sociedades (art. 243 LSA)», en *RDS*, núm. 16, 2001, pp. 39 ss.

CUESTA DÍAZ DEL CORRAL, Manuel: «La inscripción en el Registro de la Propiedad de la compra de un inmueble por una sociedad en formación. Comentario a la RDGRN de 16 octubre 2000», en *RDS*, núm. 16, 2001, pp. 321 ss.

DÍAZ GÓMEZ, M.^a Angustias: «Nombre de dominio preexistente y acceso al Registro Mercantil Central de denominación social. Comentario a la RDGRN de 10 octubre 2000», en *RDS*, núm. 16, 2001, pp. 299 ss.

- EMBID IRUJO, José Miguel: «Los grupos de sociedades como problema jurídico», en *AAMN*, tomo XXXIX, p. 183.
- «Tipos de socios en la sociedad de garantía recíproca», en *CDC*, núm. 34, 2001, pp. 31 ss.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: «El compromiso de Niza: por fin, la sociedad europea», en *RDS*, núm. 16, 2001, pp. 141 ss.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía: «La RDGRN de 22 diciembre 1999, base para la exposición de la doctrina emanada de dicho centro directivo sobre la aplicación del artículo 295.2 LSA», en *RDS*, núm. 17, 2001, pp. 347 ss.
- FERNÁNDEZ TORRES, Isabel: «Adopción de acuerdo de reducción de capital durante el período liquidatorio. Comentario a las RRDGRN de 22 mayo y 23 julio 2001», en *RDS*, núm. 17, 2001, pp. 357 ss.
- FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, Íñigo: «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa: a propósito del estatuto de la sociedad anónima europea», en *La Ley*, 2002-1, D-24.
- FLORES DOÑA, M.^a de la Sierra: «Infracción del deber de promover una oferta pública de adquisición de acciones y el juego de la suspensión de derechos», en *RDBB*, núm. 85, 2002, pp. 249 ss.
- GARCÍA MÁZ, Francisco Javier: «Problemas y soluciones de las sociedades profesionales, de cara a una futura Ley», en *Actualidad Civil*, núm. 44, 2001, pp. 1517 ss., y en *RCDI*, núm. 669, 2001, pp. 9 ss.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura», en *GJ*, núm. 217, 2002, pp. 7 ss.
- «El traslado del domicilio social al extranjero. Una visión facilitadora», en *RDS*, núm. 16, 2001, pp. 107 ss.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés: «La conversión de clubes deportivos en sociedades anónimas», en *RDS*, núm. 17, 2001, pp. 179 ss.
- HUERTA VIESCA, M. I., y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «¿Más responsabilidad de los administradores en el anteproyecto de Ley concursal de 2001?», en *DN*, abril 2002, pp. 1 ss.
- LA CASA GARCÍA, Rafael: «Sociedades Anónimas: retribución de administradores mediante cantidad fija y participación en beneficios. Impago por la sociedad y ulterior reclamación del administrador. Imprudencia de la pretensión relativa a la remuneración consistente en participación en beneficios respecto de los ejercicios en que no se aprobaron las respectivas cuentas anuales. (Comentario a la STS de 19 de febrero de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 649 ss.
- MALLO RODRÍGUEZ, Carlos: «Reforma de la regulación contable en la UE y en España: importancia de la aceptación del valor razonable (*fair value*), en *DN*, marzo 2002, pp. 17 ss.

- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, Fernando: «Acciones de responsabilidad de administradores de sociedades de capital en el Derecho inglés y norteamericano», en *RDS*, núm. 16, 2001, pp. 215 ss.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana: «Las *stock options*», en *RGLJ*, núm. 3, 2001, pp. 567 ss.
- MUÑOZ MARTÍN, Noemí: «El libro registro de acciones nominativas. Comentario a la STS de 22 febrero de 2000», en *RDS*, núm. 17, 2001, pp. 327 ss.
- MUÑOZ PÉREZ, Ana: «Responsabilidad del liquidador de la sociedad anónima», en *RDS*, núm. 17, 2001, pp. 109 ss.
- PASTOR SEMPERE, Carmen: «Empresa cooperativa y modelo constitucional: una aproximación», en *RDS*, núm. 16, 2001, pp. 191 ss.
- PEÑAS MOYANO, Benjamín: «Caducidad de las acciones judiciales ejercitadas tras la entrada en vigor del TRLSA/1989 contra acuerdos sociales presuntamente nulos adoptados (o inscritos en el Registro Mercantil) con anterioridad a tal fecha. Comentario a la STS de 26 mayo 2000», en *RDS*, núm. 17, 2001, pp. 307 ss.
- PÉREZ TROYA, Adoración, y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Luis Javier: «El derecho de oposición de los acreedores a la fusión de sociedades (art. 243 LSA)», en *RDS*, núm. 16, 2001, pp. 39 ss.
- RODRÍGUEZ ANTIGAS, Fernando: «Transformación de sociedades cooperativas», en *RDS*, núm. 16, 2001, pp. 13 ss.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: «Inhabilitación y arresto de la sociedad de capital quebrada administrada por otra sociedad», en *RDM*, núm. 242, 2001, pp. 1969 ss.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M. I.: «¿Más responsabilidad de los administradores en el anteproyecto de Ley concursal de 2001?», en *DN*, abril 2002, pp. 1 ss.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia: «La asamblea general en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas: algunas reflexiones», en *RDS*, núm. 17, 2001, pp. 247 ss.
- ROMERO GALLARDO, Alfredo: «Las sociedades anónimas deportivas hoy», en *RPJ*, núm. 62, 2001, pp. 441 ss.
- RUIZ MUÑOZ, Miguel: «Nota sobre la prohibición de autosuscripción de acciones propias del artículo 74 de la LSA: naturaleza y alcance de la sanción por su incumplimiento», en *DN*, febrero 2002, pp. 10 ss.
- RUIZ-RICO RUIZ, Catalina: «La funcionalidad de la causa en el panorama actual de las sociedades mercantiles», en *RCDI*, núm. 670, 2001, pp. 557 ss.
- SALGADO SALGADO, María Beatriz: «La société par actions simplifiée: la estructura más flexible del Derecho de sociedades francés», en *RDM*, núm. 241, 2001, pp. 1539 ss.

- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel: «La sociedad en formación y el Registro de la Propiedad. Comentario a la RDGRN de 22 abril de 2000», en *RDS*, núm. 17, 2001, pp. 295 ss.
- SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes: «Exclusión de varios socios en un mismo acuerdo y prohibición de voto por conflicto de intereses. Comentario a la RDGRN de 16 octubre de 2000», en *RDS*, núm. 16, 2001, pp. 355 ss.
- TIRADO MARTÍ, Ignacio: «La liquidación concursal de sociedades en el Derecho inglés», en *RDS*, núm. 17, 2001, pp. 199 ss.
- TRUJILLO DÍEZ, Iván Jesús: «Cooperativa agraria. Legitimación activa de la cooperativa para reclamar los daños sufridos por los socios a causa del empleo de productos fitosanitarios. (Comentario a la STS de 3 de abril de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 833 ss.
- VARA DE PAZ, Nemesio: «Transformación: concepto, función y caracteres. Supuestos. Transformación de una sociedad anónima», en *RDS*, núm. 16, 2001, pp. 91 ss.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio: «Amortización de participaciones y responsabilidad de los socios reembolsatarios», en *RDS*, núm. 17, 2001, pp. 31 ss.
- VIERA GONZÁLEZ, Jorge A.: «Las sociedades de capital cerradas y causas de separación y exclusión en la SA y en la SRL», en *RDS*, núm. 17, 2001, pp. 47 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- GARCÍA VILLAVERDE, Rafael: «La retribución de los administradores de las Cajas de Ahorro», en *RDS*, núm. 17, 2001, pp. 13 ss.
- IRÁKULIS ARREGUÍ, Nerea: «Aproximación al contrato de publicidad (a propósito del contrato-tipo, elaborado por la Asociación Española de Agencias de Publicidad, de 1 de abril de 2001)», en *DN*, mayo 2002, pp. 15 ss.
- MASEDA RODRÍGUEZ, Javier: «Ley aplicable y protección de los agentes comerciales establecidos en la Comunidad», en *La Ley*, 2001-4, D-99.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael: «La transformación de las cajas de ahorros operada en el ámbito comunitario», en *RDBB*, núm. 85, 2002, pp. 123 ss.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: «Algunas consideraciones sobre la autonomía o independencia de la CNMV», en *RDBB*, núm. 84, 2002, pp. 7 ss.
- SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier: «Las garantías contractuales en las reglamentaciones de la Cámara de Comercio internacional», en *RDM*, núm. 241, 2001, pp. 1315 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- ANCOS, Helena: «La protección de los consumidores en la comercialización a distancia de los Servicios Financieros: una perspectiva de Derecho Comunitario europeo», en *DCE*, núm. 10, 2001, pp. 627 ss.
- BUITRAGO RUBIRA, José Ramón: «Leasing financiero: incumplimiento del usuario en la Ley 1/2000», en *CDC*, núm. 34, 2001, pp. 117 ss.
- CHAMORRO POSADA, Manuel: «Riesgo legal de la financiación y límites a la autonomía de la voluntad del financiado en los contratos bancarios (leasing mobiliario e hipoteca inmobiliaria)», en *RDBB*, núm. 85, 2002, pp. 185 ss.
- FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique: «Prestación transfronteriza de servicios de inversión y normas de conducta aplicables», en *RDBB*, núm. 84, 2002, pp. 85 ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier: «Sobre la aplicabilidad del régimen de determinadas cesiones de crédito a negocios de cesión ajenos al factoring», en *RDBB*, núm. 84, 2002, pp. 171 ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: «Las franquicias», en *DN*, abril 2002, pp. 18 ss.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «La transmisión de la empresa a través de distintos contratos (especial referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2000)», en *RDM*, núm. 242, 2001, pp. 1871 ss.
- HUERTA VIESCA, M.^a Isabel: «Cuestiones sobre la remuneración de los auditores de cuentas en el Derecho español», en *RDM*, núm. 241, 2001, pp. 1395 ss.
- IRÁKULIS ARREGUI, Nerea: «Aproximación al contrato de publicidad (a propósito del contrato-tipo, elaborado por la Asociación Española de Agencias de Publicidad, de 1 de abril de 2001)», en *DN*, mayo 2002, pp. 15 ss.
- JUAN Y MATEU, Fernando: «Denuncia de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente por sobregiros en la cuenta», en *RDBB*, núm. 84, 2002, pp. 231 ss.
- MADRID PARRA, Agustín: «Seguridad, pago y entrega en el comercio electrónico», en *RDM*, núm. 241, 2001, pp. 1189 ss.
- MARTÍNEZ NADAL, Apollònia: «El pago con tarjeta en la contratación electrónica. En especial, el artículo 46 LOCM», en *RDBB*, núm. 84, 2002, pp. 27 ss.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: «La firma electrónica: aspectos probatorios», en *CDC*, núm. 34, 2001, pp. 175 ss.
- PERALES VISCASILLAS, M.^a del Pilar: «La carta de crédito contingente. The Standby Letter of Credit. (Usos internacionales relativos a los créditos contingentes, ISP 98. Reglas 590 de la Cámara Comercio Internacional)», en *RDBB*, núm. 85, 2002, pp. 7 ss.

- QUINTÁNS EIRS, M.^a Rocío: «Acuerdos de agencia y derecho de la competencia: nuevo régimen de las restricciones verticales», en *CDC*, núm. 34, 2001, pp. 67 ss.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando: «Contrato de *factoring* y seguro de crédito. Transmisión del objeto asegurado», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 583 ss.
- RUIZ SOROA, José M.^a: «La responsabilidad del porteador y el seguro en el transporte terrestre», en *RDM*, núm. 242, 2001, pp. 1989 ss.
- SÁNCHEZ MIGUEL, María Candelas: «Cuenta corriente bancaria. Cláusula abusiva económica», en *RDBB*, núm. 85, 2002, pp. 261 ss.
- SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier: «Las garantías contractuales en las regulaciones de la Cámara de Comercio internacional», en *RDM*, núm. 241, 2001, pp. 1315 ss.
- TÉLLEZ LAPEIRA, Antonio: «Algunos problemas prácticos en la contratación bancaria de las sociedades mercantiles locales», en *La Ley*, 2001-6, D-229.
- VARA DE PAZ, Nemesio: «Naturaleza y régimen jurídico del contrato de *leasing*», en *RDBB*, núm. 84, 2002, pp. 193 ss.

DERECHO CONCURSAL

- ALCOVER GARAU, Guillermo: «Aproximación al régimen jurídico de las ventajitas especiales y de los acuerdos particulares en los convenios concursales», en *CDC*, núm. 34, 2001, pp. 51 ss.
- CONTÍN TRILLO-FIGUEROA, Sebastián: «La prelación de créditos en el proyecto de la Ley concursal española», en *RGD*, julio/agosto 2001, pp. 6635 ss.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, Eva M.: «Pieza de responsabilidad en la suspensión de pagos. Incluir un crédito ficticio en el Libro de Inventarios no es alzamiento de bienes, constitutivo de un supuesto de suspensión de pagos fraudulenta, sino culpable. La falta de libros determina el carácter culpable de la suspensión de pagos (art. 889.1º del Código de Comercio) (Comentario a la STS de 14 de febrero de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 633 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Suspensión de pagos del usuario en contrato de *leasing*. Reivindicación del bien objeto del contrato; relaciones entre resolución por incumplimiento y reivindicación. La legitimación pasiva de los interventores judiciales del suspenso en los procesos interpuestos contra él. (Comentario a la STS de 9 de abril de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 845 ss.
- HUERTA VIESCA, M. I., y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «¿Más responsabilidad de los administradores en el anteproyecto de Ley concursal de 2001?», en *DN*, abril 2002, pp. 1 ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La reforma concursal como vía legislativa para resolver la falta de emplazamiento del recurso de apelación en la Ley procesal civil», en *La Ley*, 2002-1, D-1

- MAIRATA LAVIÑA, Jaime: «Panorámica del anteproyecto de Ley concursal de 2001: convenio y acciones de reintegración», en *La Ley*, 2002-1, D-16
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «El acreedor hipotecario en el anteproyecto de Ley concursal de 2001 (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 20, 2002, pp. 669 ss.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: «Inhabilitación y arresto de la sociedad de capital quebrada administrada por otra sociedad», en *RDM*, núm. 242, 2001, pp. 1969 ss.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M. I.: «¿Más responsabilidad de los administradores en el anteproyecto de Ley concursal de 2001?», en *DN*, abril 2002, pp. 1 ss.
- SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín: «El proceso monitorio y el proceso cambiario en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2001-6, D-189.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- ABAD LICERAS, José María: «El Planeamiento de desarrollo en la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia (año 2001)», en *RDU*, núm. 192, 2001, pp. 11 ss.
- ALGARRA PRATS, Esther: «Inmisiones de polvo, ruidos, vibraciones y humos: daños al medio ambiente y a la propiedad privada. Responsabilidad civil extracontractual: elementos a tener en cuenta para la fijación del *quantum* indemnizatorio. Concepto de medio ambiente y principios rectores de su regulación jurídica. Medio ambiente, Constitución y Derecho Civil: derecho a la calidad ambiental: tutela civil del ambiente y de la propiedad privada. No cabe aplicar el criterio de la preocupación o prioridad de uso para reducir la cuantificación de los daños. (Comentario a la STS de 2 de febrero de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 607 ss.
- ALLI ARANGUREN, Juan Cruz: «La evaluación de impacto ambiental en el Derecho comunitario», en *RDU*, núm. 190, 2001, pp. 133 ss.
- ÁLVAREZ ANTOLÍNEZ, Juan Luis: «La crisis del sistema inmobiliario registral como consecuencia de la creciente jurisprudencia contencioso-administrativa: la vía abierta hacia la impugnabilidad de las resoluciones registrales y la frustrada reforma del Reglamento Hipotecario de 1998 (a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero, 24 de febrero, 22 de mayo y 12 de diciembre de 2000 y 31 de enero de 2001)», en *RUE*, núm. 4, 2001, pp. 129 ss.
- AMAT LLOMBART, Pablo: «Hacia una agricultura respetuosa con el medio ambiente: su marco normativo», en *RGD*, julio/agosto 2001, pp. 7205 ss.
- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier: «Patrimonio histórico: sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia», en *RDU*, núm. 192, 2001, pp. 41 ss.

- CORVINOS BASECA, Pedro: «Régimen transitorio de la legislación del suelo y urbanística en la Comunidad Autónoma de Aragón», en *RDU*, núm. 190, 2001, pp. 81 ss.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «La obligación del Estado de proteger los derechos humanos afectados por el ruido de los aeropuertos. (Comentario a la STEDH de 2 de octubre de 2001)», en *RDU*, núm. 192, 2001, pp. 57 ss.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: «La sentencia del TEJ de 12 de julio de 2001 (asunto “Proyecto Scala 2001”) y su impacto en el ordenamiento urbanístico español», en *RUE*, núm. 4, 2001, pp. 119 ss.
- FERNÁNDEZ PARRILLA, Francisco Javier: «El canon urbanístico en el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias», en *RDU*, núm. 191, 2001, pp. 75 ss.
- GALERA RODRIGO, Susana: «La responsabilidad administrativa por actuaciones conjuntas. Reciente jurisprudencia», en *RDU*, núm. 189, 2001, pp. 89 ss.
- GARCÍA RUBIO, Fernando: «La aprobación definitiva del planeamiento general», en *RDU*, núm. 190, 2001, pp. 29 ss.
- GIRALT FERNÁNDEZ, Francesc: «Régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración por alteración del planeamiento urbanístico», en *La Ley*, 2001-6, D-190.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: «Competencia municipal para la ordenación del establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones», en *RUE*, núm. 4, 2001, pp. 101 ss.
- GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis: «Señores de la desregulación, y ahora ¿qué?», en *RDU*, núm. 190, 2001, pp. 11 ss.
- LASAGABASTER, Iñaki: «Urbanismo y sistema de fuentes (con referencia al auto del País Vasco de 27 de septiembre de 1999 y diversas sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Donostia-San Sebastián y Bilbao)», en *RUE*, núm. 4, 2001, pp. 179 ss.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Apuntes de *jurisprudencia registral* (sobre las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado con incidencia en materia urbanística)», en *RDU*, núm. 189, 2001, pp. 47 ss.
- «Los últimos acontecimientos relacionados con la gestión del suelo urbano», en *RDU*, núm. 191, 2001, pp. 11 ss.
- LORA-TAMAYO VALLVÉ, Marta: «Crónica legislativa: Francia. Noticias sobre la Ley núm. 2000-1208, de 13 de diciembre, relativa a la solidaridad y la renovación urbana», en *RDU*, núm. 191, 2001, pp. 109 ss.
- MALLO RODRÍGUEZ, Carlos: «Reforma de la regulación contable en la UE y en España: importancia de la aceptación del valor razonable (*fair value*), en *DN*, marzo 2002, pp. 17 ss.

- NIETO ALONSO, Antonio: «La acción negatoria como posible cauce civil para la tutela del medio ambiente», en *Actualidad Civil*, núm. 46, 2002, pp. 1591 ss.
- PERALES MADUEÑO, Francisco: «La Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid», en *RUE*, núm. 4, 2001, pp. 15 ss.
- PÉREZ MARTOS, José: «Jurisprudencia ambiental del Tribunal Supremo», en *RDU*, núm. 192, 2001, pp. 83 ss.
- PORTO REY, Enrique: «Alcance de la discrecionalidad ordenadora del facultativo redactor de Planes Parciales», en *RDU*, núm. 191, 2001, pp. 47 ss.
- POZUELO PÉREZ, Laura: «La reparación del daño al medio ambiente», en *RDU*, núm. 191, 2001, pp. 133 ss.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio: «El fomento de las energías renovables: medio ambiente y mercado común. (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de marzo de 2002, C-379/98, Preussen Elektra)», en *RJN*, núm. 31, 2001, pp. 165 ss.
- ROMERO ALOY, María Jesús: «Las clasificaciones de suelo no urbanizable y urbanizable en la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, y el impacto de la STC 164/2001, de 11 de julio», en *RGD*, julio/agosto 2001, pp. 7285 ss.
- ROMERO DOCIO, Antonio: «La teoría del valor a precios del mercado inmobiliario», en *RUE*, núm. 4, 2001, pp. 65 ss.
- SEGOVIA ARROYO, José Antonio: «El premio de afección en la jurisprudencia: su diferente alcance para propietarios y arrendatarios. Análisis de su procedencia en la ejecución del planeamiento urbanístico por el sistema de compensación», en *RDU*, núm. 189, 2001, pp. 11 ss.
- «Instrumentos de planeamiento general: algunos aspectos problemáticos (estudio de reciente jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia)», en *RDU*, núm. 189, 2001, pp. 125 ss.
- SERRANO ALBERCA, José Manuel: «Las redes públicas en la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid (Ley 9/2001, de 17 de julio)», en *RUE*, núm. 4, 2001, pp. 37 ss.
- SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: «Análisis de la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia sobre gestión urbanística», en *RDU*, núm. 189, 2001, pp. 69 ss.
- VALLS TORT, Joan: «Internacionalización del Derecho de medio ambiente y políticas comunes en la cuenca mediterránea», en *RJC*, núm. 1, 2002, pp. 163 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ANCOS, Helena: «La protección de los consumidores en la comercialización a distancia de los Servicios Financieros: una perspectiva de Derecho Comunitario europeo», en *DCE*, núm. 10, 2001, pp. 627 ss.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, María Pilar: «La evolución de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre las diferentes formas de eficacia de las Directivas en las relaciones entre particulares: a propósito de dos recientes sentencias», en *La Ley*, 2001-4, D-150.
- BLÁZQUEZ PEINADO, M.^a Dolores: «El derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios de los abogados: algunos apuntes y últimos desarrollos jurisprudenciales», en *GJ*, núm. 217, 2002, pp. 7 ss.
- BOURGES, Leticia A.: «La normativa comunitaria sobre la irradiación de alimentos: ¿un obstáculo a la libre circulación de mercancías en el ámbito del mercado interior?», en *GJ*, núm. 216, 2002, pp. 23 ss.
- CATALÁ I BAS, Alexandre H.: «El derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *RPJ*, núm. 62, 2001, pp. 13 ss.
- CECCHINI, Paolo: «La Unión Europea en el nuevo milenio», en *DN*, febrero 2002, pp. 1 ss.
- EGGE, Michael G.: «El beneficio de la duda y el Derecho de la competencia en Estados Unidos y en la Comunidad Europea», en *GJ*, núm. 218, 2002, pp. 52 ss.
- ENGRA MORENO, J. C., y GONZÁLEZ DURÁNTEZ, H.: «El tratamiento de los abusos de posición de dominio en el sector postal», en *GJ*, núm. 216, 2002, pp. 66 ss.
- ENRICH SCHROEDER, V., y SÁNCHEZ SÁNCHEZ-CRESPO, J.: «Ejecución de resoluciones judiciales extranjeras según el Reglamento (CE) núm. 44/2001, de fecha 22 de diciembre de 2000, y según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *GJ*, núm. 217, 2002, pp. 59 ss.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura», en *GJ*, núm. 217, 2002, pp. 7 ss.
- GÓMEZ JENE, Miguel: «El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de nacionalidad», en *La Ley*, 2001-4, D-131.
- GONZÁLEZ DURÁNTEZ, H., y ENGRA MORENO, J. C.: «El tratamiento de los abusos de posición de dominio en el sector postal», en *GJ*, núm. 216, 2002, pp. 66 ss.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «La Directiva 85/374/CEE, relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: ¿es necesaria su actualización?», en *GJ*, núm. 217, 2002, pp. 92 ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: «La liberalización comunitaria del transporte aéreo», en *DCE*, núm. 10, 2001, p. 611 ss.

- GUTIÉRREZ, Alfonso: «La cuestión del agotamiento internacional del derecho de marca en el ordenamiento comunitario», en *La Ley*, 2002-1, D-7
- GUZMÁN ZAPATER, Mónica: «Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales», en *DCE*, núm. 10, 2001, pp. 405 ss.
- HEREDERO HIGUERAS, Manuel: «Estudio crítico de la transposición de la Directiva 95/46/CE en el ordenamiento jurídico español por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre», en *RJN*, núm. 31, 2001, pp. 123 ss.
- HERRERO SUÁREZ, Carmen: «La excepción de empresa en crisis (*failing firm defense*) en el control de la concentración empresarial. Análisis comparado entre el Derecho *antitrust* estadounidense y el Derecho de la competencia comunitario europeo», en *RDBB*, núm. 84, 2002, pp. 141 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Antonio: «Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil en la Unión Europea: el Reglamento Comunitario (CE) núm. 44/2001 del Consejo», en *RPJ*, núm. 62, 2001, pp. 43 ss.
- NAVARRO CONTRERAS, Enrique: «El Tratado de Niza: un nuevo paso en el largo camino hacia la ampliación de la Unión Europea», en *La Ley*, 2001-4, D-98.
- PARDO LEAL, Marta: «El Libro Blanco sobre la Gobernanza: ¿la reforma de la *gobernación* de la Comunidad servirá para mejorar la calidad de la legislación comunitaria?», en *GJ*, núm. 216, 2002, pp. 8 ss.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «La Directiva 98/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre la protección jurídica de dibujos y modelos», en *RDPat*, núm. 7, 2001, pp. 127 ss.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana: «La protección de los intereses económicos de los consumidores en una Europa ampliada y sin fronteras interiores (pPropuesta de modificación del art. 5 del Convenio CE de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales)», en *GJ*, núm. 217, 2002, pp. 75 ss.
- «Compatibilidad de la norma de conflicto relativa a los efectos del divorcio con el Derecho comunitario (STJCE de 10 de junio de 1999, as. C-430/97, J: Johannes c. H. Johannes)», en *DCE*, núm. 10, 2001, pp. 645 ss.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio: «El fomento de las energías renovables: medio ambiente y mercado común. (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de marzo de 2002, C-379/98, Preussen Elektra)», en *RJN*, núm. 31, 2001, pp. 165 ss.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ-CRESPO, J., y ENRICH SCHROEDER, V.: «Ejecución de resoluciones judiciales extranjeras según el Reglamento (CE) núm. 44/2001, de fecha 22 de diciembre de 2000 y según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *GJ*, núm. 217, 2002, pp. 59 ss.
- SANZ CABALLERO, Susana: «El control de los actos comunitarios por el TEDH», en *DCE*, núm. 10, 2001, pp. 473 ss.

- TRIGO GARCÍA, Belén: «La regulación italiana sobre ejercicio de la abogacía en forma societaria al amparo de la normativa comunitaria sobre ejercicio profesional», en *Actualidad Civil*, núm. 22, 2002, pp. 727 ss.
- YÁÑEZ VELASCO, Ricardo: «Hacia la armonización europea en materia de propiedad intelectual (exposición de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información)», en *Actualidad Civil*, núm. 21, 2002, pp. 701 ss.

DERECHO PROCESAL

- ALMENAR BELENGUER, Manuel: «La ejecución dineraria: disposiciones generales. El requerimiento de pago. El embargo de bienes: problemática y requisitos de la traba de bienes. El aseguramiento del embargo», en *EDJ*, núm. 31, 2000, pp. 203 ss.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume: «Internet y prueba civil», en *RJC*, núm. 4, 2001, pp. 1071 ss.
- BORRELL CALONGE, Agustí: «Los peritos forenses: la LOE y la LEC», en *EDJ*, núm. 27, 2000, pp. 389 ss.
- BUJOSA VADELL, Llorenç M.: «La protección de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RJC*, núm. 4, 2001, pp. 969 ss.
- CABALLOL I ANGELATS, Lluís: «La oposición a la ejecución provisional en la LEC 2000», en *RJC*, núm. 4, 2001, pp. 1161 ss.
- CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos: «La demanda», en *RJC*, núm. 4, 2001, pp. 1045 ss.
- CACHÓN CADENAS, Manuel: «Suspensión de la actividad ejecutiva como consecuencia de la oposición del ejecutado», en *RJC*, núm. 4, 2001, pp. 1177 ss.
- CALDERÓN CUADRADO, M.^a Pía: «El nuevo régimen legal de medidas cautelares o la difícil búsqueda de un justo equilibrio entre intereses contrapuestos», en *RJC*, núm. 4, 2001, pp. 1245 ss.
- CALVO SAN JOSÉ, María José: «El derecho a obtener respuesta judicial motivada y efectiva. Comentario a la STS 504/2000, de 13 de mayo. Análisis comparativo con la actual Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2001-5, D-168.
- CAMARENA VÍLCHEZ, Francisca: «Presentación de escritos forenses: lugar y plazos. Notas a propósito del artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2001-5, D-177.
- CAMPO VILLEGAS, Elías: «Consideraciones sobre la realización extrajudicial de los bienes hipotecados, después de la Ley 1/2000», en *RJC*, núm. 4, 2001, pp. 1229 ss.
- CARBONELL LLORENS, Cristina: «La ejecución hipotecaria: presupuestos y desarrollo del procedimiento hasta la práctica de los correspondientes asientos registrales», en *EDJ*, núm. 31, 2000, pp. 283 ss.

- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: «Los recursos extraordinarios: el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2002, pp. 133 ss.
- «La ejecución forzosa en la Ley 1/2000. Los títulos ejecutivos», en *La Ley*, 2002-1, D-25.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, y RASILLO, Pilar: «Algunos de los procedimientos en la Ley de Propiedad Horizontal», en *RPJ*, núm. 62, 2001, pp. 125 ss.
- CHORNET, Juan Ramón: «La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000», en *EDJ*, núm. 31, 2000, pp. 397 ss.
- ENRICH SCHROEDER, V. y SÁNCHEZ SÁNCHEZ-CRESPO, J.: «Ejecución de resoluciones judiciales extranjeras según el Reglamento (CE) núm. 44/2001 de fecha 22 de diciembre de 2000 y según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *GJ*, núm. 217, 2002, pp. 59 ss.
- ESKIBEL MUÑIZ, U., y VILA LOZANO, J.: «Algunas cuestiones críticas sobre los medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Actualidad Civil*, núm. 18, 2002, pp. 615 ss.
- ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco: «Consideraciones acerca de la audiencia previa al juicio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2001-6, D-201.
- FRANCO ARIAS, Just: «Algunos aspectos destacables del apremio en la LEC 2000», en *RJC*, núm. 4, 2001, pp. 1205 ss.
- GARNICA MARTÍN, Juan F.: «Las acciones de grupo en la LEC 1/2000», en *La Ley*, 2001-6, D-214.
- «El juicio verbal: aspectos prácticos», en *RJC*, núm. 4, 2001, pp. 1107 ss.
- «Las partes en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: novedades más significativas», en *RPJ*, núm. 62, 2001, pp. 207 ss.
- GRAGERA IBÁÑEZ, Gabriel: «La ejecución ordinaria: la realización de los bienes y las inscripciones a practicar en el Registro de la Propiedad», en *EDJ*, núm. 31, 2000, pp. 171 ss.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan F.: «Ejecución de resolución dictada en rebeldía en proceso monitorio alemán. Concepto de cédula de emplazamiento a los efectos del artículo 27.2º del Convenio de Bruselas. (Comentario a la STS de 26 de febrero de 2001)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 701 ss.
- LACABA SÁNCHEZ, Fernando: «LOE y LEC: aspectos procesales», en *EDJ*, núm. 27, 2000, pp. 355 ss.
- LÓPEZ RICHART, Julián: «Falta de motivación de la sentencia. Incongruencia. Error de hecho en la valoración de la prueba. Contrato de transacción. Causa del contrato. El error en la transacción. (Comentario a la STS de 20 de diciembre de 2000)», en *CCJC*, núm. 57, 2001, pp. 545 ss.

MAGRO SERVET, Vicente: «La ejecución de bienes inmuebles y la regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de la presencia de ocupantes en las viviendas adjudicadas en subastas judiciales», en *La Ley*, 2001-5, D-150.

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos: «Notas sobre la tutela provisional en el Derecho inglés: especial referencia a la *Moreva injunction*», en *DN*, mayo 2002, pp. 1 ss.

Estudio de la denominada «*Moreva* o *Freezing injunction*», que es una medida, de carácter provisional, utilizada por los Tribunales de justicia ingleses frente a la excesiva dilación en la solución de los conflictos. Esta figura, si bien nace a la vida jurídica inglesa en el año 1975, constituye actualmente la medida provisional de mayor aplicación dentro de la maquinaria judicial inglesa.

MARÍN LÓPEZ, Antonio: «Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil en la Unión Europea: el Reglamento Comunitario (CE) núm. 44/2001 del Consejo», en *RPJ*, núm. 62, 2001, pp. 43 ss.

MARTÍN GARCÍA, Pedro: «La cuestión prejudicial penal en el ámbito del proceso civil», en *RJC*, núm. 4, 2001, pp. 1029 ss.

MARTÍN PASTOR, José: «Breves consideraciones sobre las anotaciones preventivas judiciales en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», en *RCDI*, núm. 669, 2001, pp. 231 ss.

MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto: «La valoración de los bienes inmuebles para la subasta en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000», en *La Ley*, 2001-6, D-226.

MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis: «Recurso gubernativo-registral. Una anomalía jurídico-procesal», en *La Ley*, 2001-6, D-209.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís: «El convenio privado de realización de bienes en el proceso de ejecución (art. 640)», en *RJC*, núm. 4, 2001, pp. 1191 ss.

NABAL RECIO, Antonio: «Régimen Procesal de los derechos fundamentales», en *RPJ*, núm. 62, 2001, pp. 125 ss.

O'CALLAGAHAN, Xavier: «La jurisprudencia y los recursos extraordinarios», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2002, pp. 1 ss.

— «El recurso de casación (en la LEC del 2000 y en la disposición final decimosexta)», en *La Ley*, 2002-1, D-19

OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio: «El juicio verbal y de estado civil en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Ausencia de verdadero procedimiento y problemas derivados», en *La Ley*, 2001-4, D-136.

PELÁEZ DEL ROSAL, Manuel: «La sumisión expresa, ¿figura anacrónica?», en *RJC*, núm. 4, 2001, pp. 999 ss.

PICÓ I JUNOY, Joan: «Aproximación al principio de buena fe procesal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RJC*, núm. 4, 2001, pp. 947 ss.

- PUEBLA POVEDANO, Antonio: «El procedimiento de apremio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *EDJ*, núm. 31, 2000, pp. 337 ss.
- RAIMÚNDEZ RODRÍGUEZ, Antonio: «Régimen jurídico de los recursos en el orden jurisdiccional civil», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2002, pp. 371 ss.
- RASILLO, Pilar, y CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: «Algunos de los procedimientos en la Ley de Propiedad Horizontal», en *RPJ*, núm. 62, 2001, pp. 125 ss.
- RIVAS TORRALBA, Rafael Antonio: «La ejecución ordinaria: requisitos y eficacia del embargo de inmuebles», en *EDJ*, núm. 31, 2000, pp. 91 ss.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael: «La transformación de las cajas de ahorros operada en el ámbito comunitario», en *RDBB*, núm. 85, 2002, pp. 123 ss.
- SABATER MARTÍN, Aníbal: «La reserva de alegaciones para un segundo proceso en el Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2001-4, D-120.
- SALGADO CARRERO, Celestino: «Los títulos ejecutivos: la sentencia y los demás títulos ejecutivos. La ejecución provisional de las resoluciones judiciales. La ejecución en general: las partes de la ejecución y el Tribunal competente», en *EDJ*, núm. 31, 2000, pp. 17 ss.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ-CRESPO, J., y ENRICH SCHROEDER, V.: «Ejecución de resoluciones judiciales extranjeras según el Reglamento (CE) núm. 44/2001, de fecha 22 de diciembre de 2000, y según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *GJ*, núm. 217, 2002, pp. 59 ss.
- SEOANE SPIEGELBERG, José Luis: «Los procedimientos de tráfico en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2002, pp. 51 ss.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: «El recurso de casación en la LEC 1/2000», en *RJC*, núm. 4, 2001, pp. 1135 ss.
- SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín: «El proceso monitorio y el proceso cambiario en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2001-6, D-189.
- SUÁREZ ROBLEDANO, José Manuel: «La ejecución. El despacho de la ejecución. La oposición a la ejecución y la impugnación de actos de ejecución contrarios a la Ley o al título ejecutivo. La suspensión y el término de la ejecución. Breve alusión a las tercerías», en *EDJ*, núm. 31, 2000, pp. 147 ss.
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: «La prueba en contrario en las presunciones judiciales», en *RJC*, núm. 4, 2001, pp. 1091 ss.
- VILA LOZANO, J., y ESKIBEL MUÑIZ, U.: «Algunas cuestiones críticas sobre los medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Actualidad Civil*, núm. 18, 2002, pp. 615 ss.

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios
DPC	Derecho Privado y Constitución
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDPat.	Revista de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RPJ	Revista del Poder Judicial
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Actualidad Civil
La Ley

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE EL ESTADO CIVIL (AÑO 2001)

ISABEL ARANA DE LA FUENTE
Universidad Autónoma de Madrid

1. INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO

1.1 Inscripción dentro de plazo. Hijo de madre soltera, sin que esté determinada la filiación paterna.

- La supresión del nombre del padre impuesto a efectos identificadores sólo puede obtenerla el interesado al alcanzar la mayor edad, pero no la madre en representación del hijo menor.

Resolución de la DRGN de 30 de mayo de 2001.

HECHOS:

Con fecha 2 de febrero de 2001, ante el Registro Civil competente, doña M. B. L., divorciada, solicitó la inscripción de nacimiento de su hijo no matrimonial I. B. L., nacido el 20 de enero de 2001. La filiación paterna del menor no ha sido determinada.

El Juez Encargado, de conformidad con el artículo 191 RRC, ordenó la inscripción de nacimiento solicitada, imponiendo como nombre del padre, a efectos identificadores, el de «A».

La promotora interpuso recurso frente a dicho acuerdo, ante la DGRN, solicitando se suprima, de la inscripción de nacimiento de su hija no matrimonial, la consignación del nombre del padre a efectos meramente identificadores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 120 y 122 del Código Civil; 191 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 21 de mayo de 1970, y las Resoluciones de 24 de abril y 6 de septiembre de 1997; 22 y 20 de junio, y 11 y 21 de octubre de 1999.

2.º No constando la filiación del padre, es aplicable el artículo 191 del Reglamento del Registro Civil, que impone al Encargado la obligación de hacer constar un nombre propio de padre de uso corriente con la indicación de que es a efectos puramente identificadores. Se trata de una actuación de oficio por parte del Encargado, que tendrá en cuenta la voluntad de la interesada en cuanto el nombre a consignar, pero no en cuanto al hecho de consignarlo, a lo cual está obligado en cualquier caso.

Por otra parte, no cabe desconocer que existe en nuestra sociedad una costumbre inveterada por la que las personas se identifican, entre otros datos, consignando los nombres propios de sus padres (véase el DNI), lo cual sería realmente perjudicial a los hijos de padres desconocidos o cuya filiación está determinada solamente respecto de un progenitor, si en tal situación hubiera de quedar en blanco el recuadro correspondiente a los dos o a uno de los progenitores. Para evitar esta consecuencia, se redactó el artículo 191 del Regla-

mento, que ha sido reformado por el RD de 21 de mayo de 1993, que ha introducido un nuevo párrafo al precepto, con la finalidad de que la norma de protección prevista cese si el interesado, al llegar a la mayoría de edad, manifiesta su voluntad (nunca, pues, el representante legal del menor) de que se supriman los nombres de padre o madre a efectos identificadores. Por consiguiente, la necesidad de protección que los poderes públicos tienen que observar respecto de los menores queda perfectamente delimitada, ya que el menor, al llegar a la mayoría, puede, si lo quiere, prescindir de esa protección, por lo que, a mayor abundamiento, la interesada carece de legitimación para pedir la supresión que solicita.

3.º Conviene recordar que el precepto reglamentario aplicado fue redactado recientemente (en 1993), y que su finalidad es evitar, sin atentar a la intimidad de persona alguna, discriminaciones por razón de nacimiento, dando un trato igualitario, en cuanto a sus menciones de identidad, a todos los hijos, por lo que, aparte del respeto profundo a cualquier opinión personal, ésta no puede servir de fundamento para modificar la aplicación de una norma.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar la calificación efectuada.

1.2 FILIACIÓN. Inscripción fuera de plazo.

- **Se ordena la inscripción de la filiación matrimonial presumida legalmente.**
- **Para inscribir la filiación matrimonial no es necesario que se compruebe además la posesión de estado de tal filiación.**
- **No es eficaz ni inscribible la filiación no matrimonial reconocida por la madre y por varón distinto del marido cuando está acreditada la filiación matrimonial contradictoria.**

Resolución de la DGRN de 23 de enero de 2001 (1.ª).

HECHOS:

Por auto de fecha 30 de octubre de 2000, el Juez Encargado del Registro Civil competente dictó auto por el que se acordó practicar la inscripción de nacimiento de J. M., nacido el 4 de febrero de 1993, como hijo matrimonial de doña M. M. V. y su esposo, don J. C. M., quienes solicitaron, el 30 de abril de 1993, dicha inscripción afirmando que J. M. era hijo de ambos. Esta solicitud fue ratificada unos días después por el promotor. Sin embargo, en febrero de 1995, doña M. manifestó que no la ratificaba porque J. M. no es hijo de su esposo, fallecido ya en esta fecha, sino de su actual compañero don J. S. O. A su vez, este último efectuó reconocimiento del menor, como hijo suyo no matrimonial, ante el Juez Encargado del Registro Civil, el 31 de enero de 1996.

Según quedó acreditado, la demanda de separación matrimonial de la promotora y su esposo fue presentada ante el Juzgado competente el 30 de noviembre de 1993. Por el contrario, y pese a las alegaciones de la promotora, no ha quedado suficientemente probada la existencia de separación de hecho entre los esposos a partir de enero de 1991.

La promotora y don J. S. O. interpusieron recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 69, 113, 115, 116, 120, 129, 131, 133, 134, 136, 137, 1250, 1251 y 1814 del Código Civil; 2 y 95 de la Ley del Registro Civil; 183 y 311 a 316 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 13 de mayo de 1987; 7 de mayo, 3 de junio, 16 de julio, 22 de octubre y 19 de noviembre de 1998; 19 de febrero de 1999, y 14 de marzo y 28 de abril de 2000.

2.º La cuestión básica que se discute en el presente expediente de inscripción fuera de plazo de nacimiento es la filiación que debe figurar en el asiento. A estos efectos, hay que tener en cuenta que, si la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial correspondiente, dada la fuerza probatoria (cfr. art. 113 CC) de la presunción de paternidad del marido de la madre del artículo 116 del Código Civil, corroborada por la presunción de convivencia entre los cónyuges (cf. art. 69 CC).

3.º No tiene sentido guardar silencio sobre la paternidad del marido porque la filiación matrimonial es inescindible y queda determinada legalmente por la inscripción de nacimiento junto con la del matrimonio de la madre (cfr. arts. 115.1.º CC y 183 RRC). Por otra parte, para inscribir la filiación matrimonial no es necesario que se compruebe además la posesión de estado de tal filiación, a pesar de lo que indica en su momento la Circular de 2 de junio de 1981, que ha de estimarse superada en este punto por la redacción dada al artículo 314 del Reglamento del Registro Civil por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto. La razón estriba en que, como viene señalando la doctrina de este centro a partir de la Resolución de 13 de mayo de 1987, la sola presunción de paternidad del marido es un medio de prueba suficiente de la filiación matrimonial presumida, conforme al artículo 113 del Código Civil y en las condiciones que precisa tal precepto.

4.º En este caso no hay otra prueba de la separación de hecho de los cónyuges sino la declaración de la madre. Además, el padre en vida solicitó expresamente la inscripción de la filiación matrimonial. Determinada así la filiación matrimonial, es evidente (cfr. art. 1134.2 CC) que no es eficaz ni inscribible la filiación no matrimonial reconocida por la madre y por varón distinto del marido. Las alegaciones sobre la no paternidad de éste quedan reservadas a la vía judicial oportuna.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar íntegramente el auto apelado, dejando a salvo que los legitimados al efecto ejerciten judicialmente las acciones de impugnación de la filiación matrimonial y de reclamación de la filiación no matrimonial.

1.3 FILIACIÓN. Inscripción dentro de plazo.

- **Presunción de paternidad del marido de la madre: se inscribe la filiación matrimonial porque el nacimiento ha acaecido antes de transcurridos trescientos días desde la separación de los cónyuges.**
- **Es ineficaz el reconocimiento de la filiación no matrimonial por la madre casada y varón distinto del marido, por estar acreditada la filiación matrimonial contradictoria.**

Resolución de la DGRN de 13 de diciembre de 2001.

HECHOS:

Con fecha 6 de marzo de 2001, doña J. O., de nacionalidad peruana, casada, y don G.A.R., de nacionalidad ecuatoriana, soltero, domiciliados ambos en una localidad española, solicitaron la inscripción de nacimiento del menor A., nacido en España el 25 de febrero de ese mismo año, como hijo no matrimonial de ambos. En ese mismo acto reconocieron al nacido como hijo suyo no matrimonial, aceptando recíprocamente el reconocimiento efectuado por cada uno de ellos.

La promotora manifestó hallarse separada de hecho de su esposo, don J. B. U., peruano, que había convivido con don G. A. R. durante el último año, mientras que su cónyuge reside en Italia y sólo permaneció en España por un periodo de quince días posteriores a la concepción.

El Juez Encargado dictó auto por el que acordó la inscripción de nacimiento del menor como hijo matrimonial de la promotora y su esposo. La promotora y don G. A. R. presentaron sendos recursos, frente a dicho acuerdo, ante la DGRN. Notificados tales recursos al esposo de la promotora, no ha realizado éste ninguna alegación ni dado ningún tipo de respuesta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 9, 17, 69, 113, 115, 116, 129, 134, 136, 137, 1250, 1251 y 1814 del Código Civil; 2, 28 y 95 de la Ley del Registro Civil; 183 del Reglamento del Registro Civil; la Circular de 2 de junio de 1981, y las Resoluciones de 10 y 23 de enero, 12 y 14 de febrero y 20, (1.ª y 2.ª), de noviembre de 2001.

2.º Hay que partir de la base de que al nacido le corresponde, en principio, *iure soli* la nacionalidad española, por no corresponderle al nacer la nacionalidad peruana de la madre ni del marido de ésta, ni tampoco la nacionalidad ecuatoriana del varón distinto del marido que ha reconocido su paternidad no matrimonial [cfr. art. 17.1.c) del CC]. Por lo tanto, todas las cuestiones sobre la filiación del nacido han de resolverse a la vista de lo que dispone la ley nacional española del hijo (cfr. art. 9.4 CC).

3.º Sobre esta base, la cuestión básica que se discute es la filiación que debe figurar en la inscripción de nacimiento. A estos efectos, hay que tener en cuenta que si la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial, dada la fuerza probatoria (cfr. art. 113 CC) de la presunción de paternidad del marido de la madre del artículo 116 del Código Civil y mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción (cfr. arts. 1250 y 1251 CC). Ante la declaración dentro de plazo del nacimiento de un hijo de casada, el Encargado, para comprobar si rige la presunción de paternidad del marido, debe realizar en el plazo de diez días las comprobaciones oportunas (cfr. art. 28 CC).

4.º En el presente caso no está probado que el nacimiento haya acaecido pasados trescientos días desde la separación de hecho de los esposos. La propia madre en sus declaraciones ha afirmado que esa separación de hecho se produjo nueve meses antes del parto y que los cónyuges se reunieron en España cuando ella estaba embarazada. La presunción de paternidad del marido queda reforzada por la presunción de convivencia entre los cónyuges.

ges (cfr. art. 69 CC) y es, por tanto, necesario inscribir la filiación matrimonial.

La Dirección General acordó desestimar el recurso, dejando a salvo la impugnación de la filiación matrimonial por los legitimados al efecto.

1.4 FILIACIÓN. Inscripción de nacimiento y de paternidad no matrimonial.

- **Se inscribe en el expediente del artículo 49 de la Ley, aunque haya fallecido el padre antes de nacer la hija, porque la posesión de estado de la filiación se deduce de actos propios del padre durante el embarazo.**
- **No hay oposición del Ministerio Fiscal y la formulada por los padres del padre fallecido no impide la aprobación del expediente por haber sido extemporánea, ir contra sus propios actos y no expresar las razones de fondo en que fundan su oposición.**

Resolución de la DGRN de 13 de junio de 2001.

HECHOS:

Con fecha 31 de octubre de 2000, doña E. C. V., divorciada desde 1984, solicitó la inscripción de nacimiento de M., nacida el 22 de octubre de 2000, hija suya y de don M. I. A., fallecido dos meses antes.

La Juez Encargada, no estando determinada la filiación paterna de la nacida, por haber fallecido el padre y en ausencia de un reconocimiento formal, y no pudiendo presumirse la paternidad por no estar casados ambos progenitores, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 CC, ordenó incoar el oportuno expediente registral a tramitar según establecen los artículos 49 LRC y 189 RRC. El Ministerio Fiscal, a la vista de la pruebas presentadas, la información testifical practicada, los artículos 120 CC, 49 RRC y 189 RRC, y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, informó favorablemente la inscripción de nacimiento solicitada con filiación paterna no matrimonial. Notificados, con fecha 14 de noviembre de 2000, los padres del fallecido, en su primera comparecencia, manifestaron no haber tenido noticias de su hijo durante los dos últimos años y desconocer si la niña nacida era hija o no del fallecido; posteriormente, el 1 de diciembre de 2000, se personaron en el expediente como parte interesada oponiéndose a la inscripción de nacimiento con filiación paterna no matrimonial respecto de su difunto hijo.

La Juez Encargada dictó auto estimando lo solicitado, al considerar que de las pruebas presentadas, tanto documentales como testificales, se desprende que la paternidad de don M. I. A. era pública y notoria, por lo que se autoriza la inscripción de nacimiento de la menor como hija no matrimonial de aquél y la promotora.

Los padres de don M. I. A. presentaron recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 39 de la Constitución; 3, 112, 113, 120, 122, 124, 135, 807 y 935 del Código Civil; 49 de la Ley del Registro Civil; 189

y 346 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 26 de diciembre de 1968, 14 de agosto de 1973, 30 de mayo de 1977, 2 de septiembre de 1986, 23 de mayo de 1988; 6 de abril y 5 de noviembre de 1991; 3 de abril, 8 de junio y 25 de septiembre de 1992; 29 de mayo y 13 de octubre de 1993; 13 de enero, 23 de septiembre, 13 de octubre, 6 de noviembre y 11 de diciembre de 1995.

2.º Puesto que el presunto padre ha muerto antes del nacimiento de la niña, la inscripción de filiación paterna sólo es posible, por vía registral, a través del expediente al que alude el artículo 120.2.º del Código Civil, y regulado por los artículos 49 de la Ley del Registro Civil y 189 de su Reglamento. La inscripción de la paternidad por este camino requiere, en ausencia de documento indubitado del padre, que el hijo se halle en la posesión continua de hijo no matrimonial del padre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia. Además, como requisito procedimental complementario, es necesario que no haya oposición del Ministerio Fiscal, ni de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, pues si esta oposición se produce—formulada en tiempo oportuno y expresando las razones por las que se estima que faltan los concretos fundamentos de fondo que en la solicitud se invoquen (cfr. art. 189 RRC)—, la inscripción de la filiación sólo puede obtenerse por la vía judicial ordinaria.

3.º Como el Ministerio Fiscal da su pleno apoyo a la pretensión de la madre no matrimonial de la nacida, ha de decidirse, ante todo, si la oposición formulada por los padres del varón fallecido, tal y como se ha producido, tiene virtualidad impeditiva de la aprobación del expediente. Desde luego no cabe negar a los padres del fallecido la condición de parte interesada en el sentido exigido por el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, pues, en defecto de descendencia propia del fallecido, aquéllos tendrían la condición de herederos forzosos del mismo.

Ahora bien, la oposición que tiene virtualidad para impedir el éxito de la vía del expediente registral, a los efectos de lograr la inscripción de una filiación no matrimonial, es aquella que se formula y presenta en «tiempo oportuno» y expresando las razones por las que se estime que faltan los concretos fundamentos de fondo que en la solicitud se invoquen (cfr. art. 189 RRC), y es lo cierto que en este caso la oposición presentada lo fue fuera del preclusivo plazo de quince días naturales (cfr. art. 32 LRC), pues anteriormente habían manifestado carecer de noticias de su hijo durante los dos últimos años y desconocer si la niña nacida era o no hija del fallecido. No cabe desconocer que la posterior oposición, sobre ser extemporánea e ir en contra de los propios actos de los recurrentes, por su contradicción con las manifestaciones vertidas en su primera comparecencia, carece de toda expresión sobre las razones por las que se estime que faltan los concretos fundamentos de fondo que en la solicitud se invocan, mereciendo en tal sentido dicho escrito de oposición la consideración de meramente formulario, razones que privan a tal oposición de virtualidad suficiente para impedir la aprobación del expediente, que, por el contrario, ha merecido el pleno apoyo del Ministerio Público sin que, por lo demás, ni el citado escrito de oposición ni en el del recurso presentado, se haya desvirtuado la posesión de estado de la nacida como hija no matrimonial del fallecido.

4.º La única dificultad para afirmar la inexistencia de la posesión de estado de esta filiación paterna consistiría en el hecho de haber fallecido el padre en el quinto mes anterior al nacimiento. Ahora bien, como tuvo ocasión

de declarar reiteradamente la DGRN –y en una época en que el rigor del Código Civil contrastaba con la amplitud que recoge hoy, de acuerdo con los principios constitucionales, el vigente artículo 135–, no podría ser el mismo el criterio para apreciar la intervención del padre en la posesión de estado en un proceso de reconocimiento forzoso y, por tanto, aun contra la oposición del interesado, que en un expediente gubernativo del artículo 49 de la Ley, en el que debería haber siempre una mayor amplitud, pues precisamente era y es presupuesto imprescindible la falta de oposición fundada y oportuna de los interesados y, en este ámbito, aunque se estimara que los actos de familia fueron por sí solos insuficientes para constituir, frente a la negativa o indiferencia del padre, la posesión continua del estado de filiación, hay que concluir que, en cambio, a la vista de la prueba documental y testifical aportada, sí que basta para justificar tal posesión la ostensible y directa conducta del presunto padre. En este caso, la posesión de estado tiene su base última en la acreditada unión de hecho entre los progenitores que se remonta a un periodo de los dos años anteriores a la defunción del padre de la nacida.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

1.5 FILIACIÓN. Reconocimiento de paternidad no matrimonial.

– En Navarra, el reconocimiento de la paternidad de un menor de edad es válido e inscribible sin necesidad de requisito complementario alguno.

Resolución de la DGRN de 27 de septiembre de 2001 (2.ª).

HECHOS:

Ante el Registro Civil de T. (Navarra), con fecha 2 de abril de 2001, don J. I. P., mayor de edad, de nacionalidad británica, solicitó el reconocimiento como hija no matrimonial suya de A. M. B., nacida el día 28 de octubre de 1999 en dicha localidad. La madre de la menor, doña S. M. B., declaró no estar conforme con dicho reconocimiento y no prestar su consentimiento al mismo.

La Juez Encargada dictó auto ordenando la inscripción del reconocimiento de paternidad no matrimonial efectuado por el promotor, llevando en lo sucesivo la menor los apellidos P. M.

Doña S. M. B. presentó recurso frente a dicho auto, ante la DGRN, alegando que la ley foral desampara al menor permitiendo que cualquiera pueda hacer un reconocimiento de filiación aun con la oposición de su representante legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistas las Leyes 68, 69 y 70 de la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra; los artículos 9, 14, 17, 120 y 124 del Código Civil; 47 y 49 de la Ley del Registro Civil, y las Resoluciones de 7 de mayo de 1998, 4 de junio de 1999 y 17 de junio de 2000.

2.º Se parte en este recurso de la base indiscutida de que a la nacida le corresponde la nacionalidad española y la vecindad civil navarra (cfr. arts. 14

y 17 CC), de modo que todas las cuestiones suscitadas en orden a la determinación de la filiación han de resolverse a la luz de lo que establece la ley personal aplicable (cfr. art. 9.4 CC), es decir, las normas civiles vigentes de Navarra, sin que por otra parte haya motivos para dudar de la capacidad de un extranjero mayor de edad para reconocer una paternidad no matrimonial (cfr. art. 9.1 CC).

3.º Respecto de la filiación no matrimonial determinada por el reconocimiento, las normas forales navarras contienen una regulación completa, de modo que es improcedente completarlas con normas contenidas en el Código Civil. Concretamente, el reconocimiento de la paternidad de un menor de edad efectuado por el padre por declaración ante el Encargado del Registro Civil (Ley 69) no está sujeto a requisito alguno supletorio del consentimiento del menor (Ley 69), de modo que la validez y eficacia de tal reconocimiento, así como su consiguiente inscripción en el Registro Civil, no pueden quedar subordinadas al cumplimiento de los requisitos que el artículo 124 del Código Civil exige tratándose de reconocimientos regulados por el Derecho Común.

4.º No puede argüirse, contra esta aplicación clara y directa de las normas forales, que la Ley 68 del Fuero Nuevo de Navarra señale que la filiación no matrimonial se determina, para cada uno de los progenitores, por su reconocimiento, «sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación del Registro Civil», porque esta salvedad ha de interpretarse en el sentido de que siguen vigentes las formas de determinación de la filiación no matrimonial reguladas especialmente en la Ley del Registro Civil, como sucede con las hipótesis de los artículos 47 (determinación de la filiación materna por coincidir en ella declaración y parte médico) y 49 (determinación por expediente de la filiación paterna o materna), respecto de las que guarda silencio el Fuero Nuevo de Navarra. Por el contrario, la determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento voluntario está regulada íntegramente por la ley foral, y su aplicación no puede quedar desvirtuada exigiendo, contra la letra de las normas, requisitos no impuestos por éstas.

5.º Ha de advertirse finalmente que el hecho de que el reconocimiento paterno sea válido e inscribible no impide que el mismo pueda ser impugnado, no ya sólo por el propio menor al alcanzar la plena capacidad, sino también por su representante legal durante la minoría de edad y con justa causa (cfr. Leyes 69 y 70), pero es claro que tal impugnación requiere ejercitar judicialmente la correspondiente acción.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar la decisión recurrida.

1.6 FILIACIÓN. Inscripción de nacimiento fuera de plazo. Datos de identidad de la madre.

- Conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 y O. M. de 10 noviembre de 1999 ha quedado derogada por inconstitucional la posibilidad de la madre (art. 167 RRC) de ocultar su maternidad en el parte médico del parto.
- La maternidad queda determinada por el hecho del parto y debe practicarse la inscripción con los datos de identidad de la madre.

Resolución de la DGRN de 17 de marzo de 2001.

HECHOS:

Ante el Registro Civil de L., con fecha 28 de junio de 2000, la Dirección General de Atención a la Infancia de Cataluña solicitó la inscripción de nacimiento de una niña, nacida en dicha localidad el 13 de enero de 2000, respecto de la cual se había dictado resolución de desamparo, imponiéndole el nombre de M. y, a efectos de poder obtener la cobertura de la Seguridad Social, los apellidos de F. S.

El día 14 de enero de 2000, la madre biológica (cuya identidad consta en el parte facultativo de asistencia al parto) de la niña firmó un acta de renuncia a hacerse cargo de su hija y a los derechos inherentes a su condición de madre, dando su conformidad a que su hija fuese confiada a una familia en régimen preadoptivo. En dicho acto manifestó, asimismo, su voluntad de permanecer en el anonimato a efectos del Registro Civil, solicitando que su identidad no sea facilitada, ni a la menor ni a persona alguna, sin autorización suya o judicial.

La Juez Encargada dictó auto por el que desestimó la solicitud de inscripción de nacimiento con los datos de filiación que se pretenden e informando al organismo promotor que, si desea practicarla, deberá iniciar un nuevo expediente solicitando la inscripción con los apellidos maternos.

La promotora interpuso recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 10, 14, 24, 39 y disposición derogatoria de la Constitución; 120 del Código Civil; 87 y 93 del Código de Familia de Cataluña aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio; 47 y 51 de la Ley del Registro Civil; 21, 22, 167, 182 y 316 del Reglamento del Registro Civil; el Convenio número 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil, de 12 de septiembre de 1962, sobre determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales, al que se ha adherido España (BOE de 17 de abril de 1984); la O. M. de 10 de noviembre de 1999; la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999; y las Resoluciones de 12 de julio y 24 (1.ª, 2.ª y 3.ª) de octubre de 2000.

2.º La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 se pronuncia de modo tajante sobre la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 167 del Reglamento del Registro Civil, que permitía a la madre ocultar la maternidad no descubriendo su identidad en el parte médico de asistencia al parto. El Tribunal Supremo declara que dicho sistema se opone frontalmente a diversos preceptos constitucionales. No puede permitirse que el hijo biológico pierda por completo el nexo que le permitiría conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes.

Tal criterio ha sido compartido por el Ministerio de Justicia que, al aprobar el nuevo cuestionario para la declaración de nacimiento (O. M. de 10 de noviembre de 1999), ha suprimido las referencias del antiguo cuestionario al citado artículo 167 del Reglamento del Registro Civil.

3.º La maternidad queda, pues, determinada en nuestro Derecho por el hecho del parto, conforme al principio tradicional *mater semper certa est*, cuya vigencia en todo el territorio español se produce desde que España se adhiere, en 1984, al Convenio Internacional sobre Determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales. Además, en Cataluña, la vigencia de ese principio resulta hoy cla-

ramente de lo dispuesto en los artículos 87 y 93 del Código de Familia, en cuanto establecen, de un lado, que la «filiación por naturaleza, en relación a la madre, resulta del nacimiento» y, de otro lado, que la filiación no matrimonial queda determinada, en lo que se refiere a la madre, «por el informe médico o el documento que exija la legislación del Registro Civil para la inscripción».

4.º Consiguientemente, estando determinada la filiación materna, debe practicarse la inscripción de nacimiento en el Registro Civil, para lo cual es necesario conocer los datos de identidad de la madre y poner, por tanto, a disposición del Encargado del Registro Civil los datos solicitados. Conviene recordar, además, que el derecho a la intimidad de la madre y del hijo no matrimonial ya está suficientemente garantizado por la legislación del Registro Civil, puesto que la respectiva inscripción de nacimiento es de publicidad restringida (cfr. arts. 51 LRC, y 21 y 22 RRC).

5.º Por todo ello, y teniendo en cuenta el carácter obligatorio de la inscripción de nacimiento (cfr. arts. 24, 43, 71 y 84 LRC), no puede admitirse en modo alguno supeditarla, como razona el Juez Encargado, a la instrucción de un nuevo expediente. En efecto, el Encargado del Registro Civil no puede arbitrariamente negar la inscripción (cfr. art. 27 LRC) o suspenderla porque existan criterios diferentes en cuanto a los apellidos que deben de corresponder al nacido, porque «comprobado en el expediente la existencia o identidad del no inscrito y realizadas las diligencias oportunas, se ordenará practicar la inscripción con cuantas circunstancias hayan quedado acreditadas» (cfr. art. 316 RRC). En este caso, a mayor abundamiento, están suficientemente determinados los datos de fecha, filiación y parte facultativo, por lo que debe procederse a la práctica de la inscripción en los términos que resultan de los mismos.

La Dirección General acordó revocar el auto apelado y ordenar que se inscriba el nacimiento con el nombre M. y los apellidos que resultan de la filiación materna conocida, haciendo constar como nombre del padre, a efectos puramente identificadores, uno de uso corriente. La Dirección General de Atención a la Infancia de la Generalitat de Cataluña deberá completar las menciones de identidad de la madre.

1.7 FILIACIÓN. Cancelación de paternidad matrimonial.

– **La presunción de paternidad del marido de la madre queda destruida porque el nacimiento del hijo ha acaecido en los primeros ciento ochenta días de matrimonio, y la declaración auténtica de desconocimiento de la paternidad por el marido cumple todas las condiciones del artículo 117 del Código Civil.**

Resolución de la DGRN de 9 de noviembre de 2001.

HECHOS:

Don M. F. S., mayor de edad, contrajo matrimonio, el 28 de junio de 1997, con doña M. V. V., la cual abandonó a su marido el 27 de agosto de 1997. Con fecha 18 de diciembre de 1997, doña M. V. V. dio a luz un hijo, J. F. V., cuyo nacimiento aparece inscrito en el Registro Civil como hijo matrimonial de dicha señora y su esposo, habiéndose practicado dicha inscripción por declaración exclusiva de la madre y sin intervención del esposo.

Con fecha 12 de enero de 1998, don M. F. S. compareció ante el Juzgado de Paz de su domicilio, solicitando se destruyera la presunción de paternidad en la inscripción de nacimiento del nacido, alegando que, tras ser abandonado por su esposa y transcurrir cuatro meses sin tener noticia alguna de ella, ésta le notificó el nacimiento de un hijo, cuyo embarazo desconocía y cuya paternidad niega tajantemente, de modo que no existe, por su parte, reconocimiento expreso o tácito de dicha paternidad.

El Juez Encargado dictó auto por el que desestima la pretensión deducida por el promotor y no se tiene por formulada declaración auténtica a los fines de destruir la presunción de paternidad matrimonial, quedando a salvo el derecho de acudir a la jurisdicción civil.

El promotor interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 116 y 117 del Código Civil; 48, 50 y 92 de la Ley del Registro Civil; 184 y 355 del Reglamento del Registro Civil, y la Resolución de 5 de marzo de 1994.

2.º Celebrado el matrimonio con fecha 28 de junio de 1997, el marido ha desconocido, mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil el 12 de enero de 1998, su paternidad sobre el hijo de su esposa, nacido el 18 de diciembre de 1997, al amparo del artículo 117 del Código Civil, alegando que el nacimiento acaeció en los primeros ciento ochenta días del matrimonio, que ha formulado su declaración auténtica dentro de plazo y que no conocía antes de casarse el embarazo de su mujer. Invoca, pues, que la presunción de paternidad del marido de la madre (cfr. art. 116 CC) ha decaído por aplicación de la previsión contenida en el artículo 117 del Código. Al mismo tiempo solicita la cancelación de la paternidad por medio del expediente incoado (cfr. art. 184 RRC), puesto que la inscripción de nacimiento se extendió por declaración exclusiva de la madre y sin intervención del marido de ésta.

3.º Se cumplen todos los requisitos para que deba ser acogida la pretensión del marido. No ha habido reconocimiento expreso o tácito de la paternidad por parte del marido de la madre y su alegación de que no conocía, antes de casarse, el embarazo de su mujer, aparte de la dificultad de probar hechos negativos, no ha sido contradicha suficientemente por la esposa, y es una conclusión razonable a la vista del escaso tiempo del embarazo (poco más de dos meses) en el momento en que los interesados contrajeron matrimonio.

La Dirección General acordó estimar el recurso y ordenar que en la inscripción de nacimiento debatida se cancelen todos los datos sobre las menciones de identidad del padre y sobre la referencia al matrimonio, haciendo constar que los nuevos apellidos del nacido serán V. V., dejando a salvo la acción judicial de reclamación de la filiación matrimonial.

1.8 FILIACIÓN ADOPTIVA.

– **La Inscripción de una adopción constituida en Irlanda no requiere el trámite del exequátur.**

Resolución de la DGRN de 23 de febrero de 2001 (1.ª).

HECHOS:

Doña M. A. I., española, mayor de edad, ante la Embajada de España en D. (Irlanda), solicitó la inscripción de la adopción de su hijo I. A. I., español, nacido el 13 de diciembre de 1977, por don J. M. J., irlandés, mayor de edad y esposo de la promotora. La adopción fue realizada en el año 1992, en Irlanda, según la legislación irlandesa.

Remitidas las actuaciones al Registro Civil de V., la Juez Encargada dictó auto el 21 de noviembre de 2000 denegando la concesión de efectos registrales de la adopción de un español realizada en el extranjero, en tanto no conste el reconocimiento en España de dicha adopción, cumpliendo los requisitos exigidos en el artículo 954 LEC.

La interesada y el Ministerio Fiscal interpusieron sendos recursos frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 9.5, en su redacción de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, 176 y 178 del Código Civil; 23 y 46 de la Ley del Registro Civil; 84, 85 y 197 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 7 de abril de 1952; 21 de junio de 1958; 5 y 29 de octubre de 1960; 13 de diciembre de 1974; 9 de junio y 5 de octubre de 1993; 16 de marzo de 1994; 20 de junio de 1996, y 6 de septiembre de 2000.

2.º El acuerdo apelado deniega la inscripción, al margen del asiento de nacimiento, de una adopción constituida en Irlanda, aduciendo que la sentencia extranjera de adopción requiere el *exequatur*, por aplicación del artículo 954 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil. Ahora bien, esta postura no puede mantenerse, porque la adopción constituida en el extranjero requiere, para ser reconocida en España, que se cumplan las condiciones exigidas por el artículo 9, apartado 5, del Código Civil, sin que sea preciso obtener la homologación judicial de la resolución extranjera. Esta conclusión es la que siempre ha defendido, de acuerdo con la doctrina científica, la Dirección General de los Registros y del Notariado, porque la necesidad de exequátur ha de entenderse limitada a los procedimientos contenciosos y no a actuaciones de jurisdicción voluntaria, como son las constitutivas de la adopción.

3.º En todo caso, se ha cumplido la ley española del adoptando, en cuanto a su capacidad y consentimientos necesarios, debiendo tenerse presente que no es en el caso preceptiva la intervención de la entidad pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España, puesto que esta intervención no viene exigida (cfr. art. 176 CC) cuando, como aquí sucede, una persona adopta al hijo de su consorte.

4.º Por lo demás, como la adopción ha sido constituida por el marido de la madre, subsisten las relaciones jurídicas entre ésta y el adoptado (cfr., art. 178 CC), de modo que los apellidos del hijo han de ser «J» y «A». No es posible, por el contrario, cambiar el nombre propio del adoptado, pues no se han cumplido los procedimientos exigidos por la ley española para la modificación del nombre propio de un español.

La Dirección General acordó, con estimación parcial de los recursos interpuestos, ordenar que se inscriba marginalmente la adopción constituida en Irlanda en 1992, haciendo constar con claridad el orden de apellidos resultante.

1.9 FILIACIÓN ADOPTIVA.

– No es inscribible la adopción simple constituida en Guatemala.

Resolución de la DGRN de 19 de mayo de 2001.

HECHOS:

Don V. M. T., italiano, y doña M. M. G., española, residentes en B. (Bélgica), solicitaron la inscripción de nacimiento por adopción de su hija Y., nacida el 30 de abril de 1997 en Guatemala, país en el que se ha constituido dicha adopción.

Remitida la documentación al Consulado de España en Guatemala, el Encargado del Registro Civil Consular, mediante acuerdo de 17 de agosto de 2000, denegó la inscripción solicitada por tener la adopción guatemalteca el carácter de simple, de manera que los padres habrán de constituir ante juez español la adopción plena *ex novo*.

Los promotores interpusieron recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 9, 10, 12, 20, 108, 154, 162, 176, 178 y 180 del Código Civil; 1, 15, 16, 23, 38 y 46 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 85, 145, 152, 154 y 213 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 11 de mayo de 1999 y 5 de abril de 2000.

2.º Conforme al artículo 9.5 del Código Civil, «no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española». Si se tiene en cuenta que la adopción única que regula el Código Civil español supone la integración a todos los efectos del adoptado en la familia del adoptante o adoptantes y, como regla, la ruptura total de vínculos con la familia anterior y la irrevocabilidad de la adopción (cfr. arts. 108, 176 y 178 CC), mientras que la adopción guatemalteca sólo produce efectos entre adoptante y adoptado, el adoptado no es siquiera heredero legal del segundo; el adoptado y su familia natural conservan sus derechos de sucesión recíproca, y el adoptado menor de edad, al morir el adoptante, vuelve al poder de sus padres naturales, hay que concluir que la adopción constituida en Guatemala por una española a favor de una menor guatemalteca no guarda puntos de contacto con la adopción del Código Civil español, y no puede considerarse incluida en la lista de actos inscribibles que contiene el artículo 1 de la Ley del Registro Civil, so pena de producir equívocos en cuanto a la eficacia de la adopción inscrita. Por tanto, para que la adopción guatemalteca pueda transformarse en España en adopción plena es precisa la intervención de la autoridad judicial española competente.

3.º Ha de quedar a salvo que el documento extranjero de constitución, por afectar a ciudadana española, pueda ser objeto de la anotación prevista en el artículo 154.3 del Reglamento del Registro Civil, sirviendo de título para la adopción el documento auténtico extranjero (cfr. art. 81 RRC), siempre que así lo solicite el Ministerio Fiscal o cualquier interesado (cfr. art. 38 LRC). En tal caso, la anotación, con su limitación de efectos (cfr. arts. 38 LRC y 145 RRC),

se extenderá al margen de la inscripción de nacimiento o, en su caso, de la anotación soporte prevista en el artículo 154.1 del propio Reglamento, haciendo constar expresamente que no está acreditada conforme a la ley la nacionalidad española del nacido (cfr. art. 66, *in fine* RRC).

La Dirección General acordó confirmar el auto apelado en cuanto declara que la adopción discutida no es inscribible, dejando a salvo que, a iniciativa del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, pueda el título constitutivo de la adopción ser objeto de anotación en el Registro Civil (cfr. arts. 38 LRC, y 145, 152 y 154 RRC).

1.10 FILIACIÓN ADOPTIVA. Adopción constituida en Chile.

- **No se aplica el Convenio de La Haya, aunque España y Chile sean parte del mismo, porque la solicitud de adopción se presentó antes de que el Convenio entrara en vigor para Chile (art. 41 del Convenio).**
- **La declaración de idoneidad de la entidad pública española sólo se exige cuando al tiempo de la adopción los adoptantes españoles estén domiciliados en España.**

Resolución de 21 de diciembre de 2001 (2.ª).

HECHOS:

El matrimonio formado por don F. P. M. y doña M. H. H., ambos españoles, con fecha 10 de mayo de 2001, solicitaba, ante el Registro Civil de B., la inscripción de nacimiento del menor F., nacido el 18 de enero de 1996 en Chile, y adoptado por los promotores en dicho país, donde residían éstos cuando se formalizó la adopción.

Remitidas las actuaciones al Registro Civil Central, el Juez Encargado dictó acuerdo denegando lo solicitado por falta de certificado de idoneidad, al tratarse de una adopción constituida en el extranjero, y por falta de certificado de autoridad chilena sobre conformidad con el Convenio de La Haya de Cooperación en Materia de Adopción Internacional, en vigor en Chile desde noviembre de 1999.

Los promotores interpusieron recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 14, 23 y 41 del Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (*BOE* de 1 de agosto 1995); 9 del Código Civil; 15, 16 y 46 de la Ley del Registro Civil, y 66 y 68 del Reglamento del Registro Civil.

2.º Los defectos señalados en la calificación por el Encargado del Registro Civil Central consisten, de un lado, en que estando vigente entre España y Chile el Convenio citado de La Haya no se ha acompañado la certificación de conformidad al Convenio expedida por la autoridad central chilena, de acuerdo con el artículo 23 de dicho Convenio y, de otro lado, que no se ha acompa-

ñado la declaración de idoneidad de los adoptantes expedida por la entidad pública española competente.

3.º Ninguno de estos defectos puede ser confirmado. En cuanto al primero, debe recordarse que el Convenio de La Haya sólo se aplica cuando la solicitud para la adopción sea recibida después de la entrada en vigor del Convenio en el Estado de origen y en el Estado de recepción (cfr. art. 41), cuando aquí, si bien estaba en vigor para España desde 1995 y para Chile desde 1999, está comprobado suficientemente que la solicitud de adopción se presentó en Chile en 1998, es decir, antes de la entrada en vigor del Convenio para aquel país.

En cuanto al segundo defecto, la declaración de idoneidad de la entidad pública española competente sólo se exige cuando, al tiempo de la adopción, los adoptantes españoles tuvieran su domicilio en España y, en el presente caso, está acreditado que en el año 2000 los adoptantes tenían su residencia habitual en Chile.

La Dirección General acordó estimar el recurso y declarar que los obstáculos del acuerdo apelado no impiden las inscripciones de nacimiento y adopción solicitadas.

1.11 FILIACIÓN ADOPTIVA. Adopción constituida en Rumania.

– **La inscripción de una adopción constituida en el extranjero requiere, si los adoptantes estaban en ese momento domiciliados en España, que se acompañe la declaración de idoneidad otorgada por la entidad pública española competente.**

Resolución de 21 de diciembre de 2001 (1.ª).

HECHOS:

Con fecha 10 de mayo de 2001, doña M. C. A., de nacionalidad española, y su cónyuge, don A. R., italiano, ante el Registro Civil de la localidad española donde están domiciliados, solicitaron la inscripción de nacimiento de su hija A., nacida el 1 de julio de 1997 en Rumania, y adoptada por los promotores mediante adopción constituida en Italia.

Remitidas las actuaciones al Registro Civil Central, el Juez Encargado dictó auto denegando lo solicitado por falta del certificado de idoneidad al tratarse de una adopción constituida en el extranjero.

Los promotores interpusieron recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 9 del Código Civil; 25 y disposición final 22.ª de la Ley Orgánica del Menor 1/1996, de 15 de enero; 15, 16 y 23 de la Ley del Registro Civil; 66, 68 y 85 del Reglamento del Registro Civil, y la Resolución de 19 de noviembre de 1998.

2.º Tratándose de adopción constituida en el extranjero, y estando el adoptante español domiciliado en España al constituirse la adopción, es necesario, por exigirlo así el artículo 9.5 del Código Civil, para que la adopción

sea reconocida en España, que se acompañe la declaración de idoneidad del adoptante otorgada por la entidad pública competente.

3.º Como según resulta acreditado en las actuaciones, cuando se constituyó la adopción en Italia los adoptantes ya habían fijado su domicilio en España, no puede prescindirse para la inscripción de la aludida declaración española de idoneidad.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el acuerdo apelado.

2. NACIONALIDAD

2.1 Adquisición de la nacionalidad española.

- **Es español el nacido de madre española después de la entrada en vigor de la Constitución.**
- **El artículo 17.2.º CC, redacción de 1954, quedó derogado por la eficacia inmediata de la Constitución.**

Resolución de la DGRN de 13 de octubre de 2001 (3.ª).

HECHOS:

Ante el Consulado General de España en B. A. (Argentina), el 15 de febrero de 2001, el promotor, nacido en Uruguay el 20 de febrero de 1979, hijo de padre uruguayo y madre española, solicitó su inscripción de nacimiento dada su nacionalidad española, por ser hijo de madre española.

El Encargado del Registro Civil Consular de España dictó acuerdo denegando la inscripción de nacimiento solicitada por ser el promotor, hijo de madre española, mayor de veinte años, por lo que ya ha transcurrido el plazo de dos años, contados desde su emancipación, que establece el artículo 20.2.c) del Código Civil para poder ejercitar la opción.

El promotor interpuso recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 14 y 39, y las disposiciones derogatoria y final de la Constitución; los artículos 17, en su redacción actual y por las Leyes de 15 de julio de 1954 y 13 de julio de 1982, y 20 del Código Civil, en su redacción actual; 15, 16 y 23 de la Ley del Registro Civil; 66, 68 y 85 del Reglamento del Registro Civil, y la Instrucción de 16 de mayo de 1983.

2.º Según el artículo 17 del Código Civil, en su redacción formalmente vigente de 1954, mientras que eran siempre españoles *iure sanguinis* los hijos de padre español, los hijos de madre española sólo lo eran cuando no les correspondía seguir la nacionalidad extranjera del padre. Había, pues, una importante diferencia de trato no justificada entre la atribución de la nacionalidad española por filiación paterna y la operada por filiación materna. Se trata, pues, de una discriminación contra la mujer por razón de sexo que no puede mantenerse después de la entrada en vigor de la Constitución Española (cfr. art. 14 y disposiciones derogatoria y final). Por lo tanto, cualesquiera que hayan sido las dudas del centro directivo en la materia, hay que estimar que el

artículo 17.2.º del Código Civil, en su redacción de 1954, quedó derogado por la eficacia inmediata de la Constitución, de modo que los hijos de española, nacidos después de esa entrada en vigor, son españoles *iure sanguinis*, recibiendo el mismo trato que los hijos de padre español. La igualdad de los hijos ante la Ley, cualquiera que sea su progenitor, se impone por aplicación del artículo 39 de la Constitución.

3.º Siendo, según lo razonado, el interesado español por filiación materna, es intrascendente que haya optado a la nacionalidad española por razón de patria potestad una vez pasado el plazo de caducidad de dicha opción.

La Dirección General acordó estimar el recurso, revocar la calificación recurrida y ordenar que se inscriba el nacimiento como español del promotor.

2.2 Declaración sobre nacionalidad española.

– **Es español *iure soli* el nacido en España hijo de padres saharauis por carecer de nacionalidad.**

Resolución de la DGRN de 12 de marzo de 2001 (1.ª).

HECHOS:

El matrimonio formado por los promotores, mayores de edad, nacidos en el Sahara Occidental, y domiciliados en M. (España), solicitó ante el Registro Civil de su domicilio la declaración con valor de simple presunción de la nacionalidad española de origen para su hijo, nacido en 1998 en dicha ciudad. Según quedó acreditado en las actuaciones, ambos progenitores son apátridas

El Juez Encargado dictó auto por el que dispuso declarar con valor de simple presunción la nacionalidad del menor, alegando que el padre es considerado apátrida a todos los efectos y no consta que la madre posea alguna nacionalidad.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN, por considerar que no se ha acreditado la apatridia originaria del menor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 17 del Código Civil; 96 de la Ley del Registro Civil; 335, 338 y 340 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 12 de septiembre y 7 de octubre de 2000.

2.º La cuestión que se discute en este recurso es la de si puede declararse con valor de simple presunción que tiene la nacionalidad española de origen el nacido en España en 1998, hijo de saharauis. La petición se basa en el artículo 17.1.c) del Código Civil, que considera españoles de origen a los «nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad».

3.º Si se tiene en cuenta que no está por el momento reconocida internacionalmente la nacionalidad saharauí; que el padre, aunque estuvo en posesión de pasaporte argelino, ha sido desposeído de éste y, actualmente, está documentado en España como apátrida, y que la madre, si bien está en posesión de pasaporte argelino, no es considerada ciudadana argelina por las auto-

ridades de este país, según acredita la certificación consular acompañada, hay que concluir que los padres son apátridas, de modo que la atribución al hijo de la nacionalidad española *iure soli* se impone.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

2.3 Declaración sobre nacionalidad española.

– **Es español *iure soli* el nacido en España en 1970, hijo de alemán y española, nacidos también en España y en ella domiciliados al nacer el hijo.**

Resolución de la DGRN de 5 de abril de 2001 (2.ª).

HECHOS:

En junio de 2000, ante el Registro Civil de S., el promotor, alemán, nacido en España el 17 de junio de 1970, hijo de padre alemán y madre española domiciliados en España al tiempo del nacimiento del hijo, solicitó la declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción.

El Juez Encargado dictó acuerdo denegando lo solicitado por considerar que el artículo 17.3 del Código Civil, en su redacción por Ley de 1954, invocado por el promotor, requería que los padres del nacido en España fueran extranjeros, lo que no sucede en el presente caso, ya que la madre es de nacionalidad española.

El promotor interpuso recuso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 17 del Código Civil, en su redacción por la Ley de 15 de julio de 1954; 68 y 96 de la Ley del Registro Civil, y 335, 338 y 340 del Reglamento del Registro Civil.

2.º No hay duda de que beneficia al interesado el artículo 17.3.º del Código Civil, en su redacción de 1954, vigente cuando nació, que establecía que eran españoles los nacidos en España de padres extranjeros, si éstos hubieran nacido en España y en ella estuvieran domiciliados al tiempo del nacimiento. El domicilio de los padres en España está justificado en las actuaciones y en nada debe influir el hecho de que la madre conservara su nacionalidad española pese a su matrimonio con el padre alemán en 1968. Como es obvio, no va a ser de peor condición el hijo de española que el hijo de extranjera a los efectos de atribución de la nacionalidad española *iure soli* en aplicación del artículo 17.3.º del Código Civil, redacción de 1954.

La Dirección General acordó estimar el recurso, revocar el auto apelado y declarar, con valor de simple presunción, que el promotor es español de origen; la declaración se anotará al margen de la inscripción de nacimiento.

2.4 Menciones sobre nacionalidad en la certificación de nacimiento.

- La certificación de nacimiento, para expedición del D.N.I., no ha de contener datos sobre la nacionalidad de los padres.
- El nacido en España de padres saharauis puede ser español.

Resolución de la DGRN de 23 de junio de 2001 (2.ª).

HECHOS:

Con fecha 23 de febrero de 2001, ante el Registro Civil de P., localidad española en que reside el promotor, nacido en el Sahara, con pasaporte mauritano de refugiado, solicitó certificación de nacimiento de su hijo M., nacido en España el 16 de enero de 2001, a efectos de obtener la expedición del DNI del menor.

La Juez Encargada dictó providencia por la que acordaba entregar el certificado de nacimiento solicitado con consignación, como «Notas y otras indicaciones», de que la nacionalidad de los padres que figuraba en la inscripción de nacimiento era la saharauí.

El promotor presentó recurso frente a dicho acuerdo, ante la DGRN, alegando que la consignación de la nacionalidad saharauí de los padres en la certificación era lesiva y contraria a derecho, al introducir un elemento de incertidumbre en la solicitud del DNI, que podía llevar a su denegación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 17 del Código Civil; 15, 67 y 68 de la Ley del Registro Civil; 25 y 66 del Reglamento del Registro Civil; la disposición transitoria Primera de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre; las Instrucciones de 22 de mayo de 1975, 11 de abril de 1978, 16 de mayo de 1983 y 20 de marzo de 1991; el Decreto 196/1976, de 6 de febrero; el Real Decreto 1245/1995, de 17 de julio; y las Resoluciones de 1 de julio de 1992, 26 de marzo y 4 y 19 de octubre de 1993, 19 de marzo de 1994, 17 de septiembre de 1999 y 12 de marzo de 2001.

2.º Es doctrina reiterada de la DGRN que, si bien el Documento Nacional de Identidad debe expedirse sólo a los españoles y que para su primera expedición es necesaria la presentación de una certificación de nacimiento librada con tal fin (cfr. art. 14 del Decreto de 6 de febrero de 1976), ninguna norma registral, ni administrativa, impone al Encargado del Registro Civil el deber de cerciorarse, antes de expedir ese certificado de nacimiento *ad hoc*, de que el nacido es español. Deberá, pues, denegar la expedición de esta certificación si del texto del asiento se deduce, sin lugar a dudas, que al interesado no le corresponde la nacionalidad española; pero, en los demás casos, el Encargado podrá librar la certificación y será, después, a los órganos competentes a quienes corresponderá decidir si efectivamente el titular es español y tiene derecho por ello a obtener el Documento Nacional de Identidad.

3.º En aplicación de esta doctrina, la Juez Encargada del Registro Civil de P. ha decidido expedir ese certificado especial para la obtención del DNI respecto del nacido en P., en enero de 2001, hijo de padres saharauis, lo que ocurre –y este es el objeto del presente recurso– que la providencia apelada

ha decidido incluir en esa certificación la indicación de que los padres son de nacionalidad saharauí.

4.º Dicha indicación no debe contenerse en el certificado, pues no se trata de uno de los datos que deba expresar la certificación en extracto de nacimiento. Por otra parte, no debe olvidarse que, aunque no se haya instruido el expediente para la declaración de la nacionalidad española con valor de simple presunción (cfr. art. 96.2.º LRC), la nacionalidad española del interesado es más que probable, como nacido en España de padres de nacionalidad internacional indeterminada (cfr. art. 17.1.c) CC y Res. 12 de marzo de 2001).

La Dirección General acordó estimar el recurso y ordenar que se expida, a favor del nacido, la certificación especial para la obtención del Documento Nacional de Identidad, sin especificar en ella la nacionalidad de los progenitores.

2.5 Consolidación de la nacionalidad española.

- **El expediente con valor de presunción no puede prosperar porque no hay título inscrito en el Registro Civil que funde la posesión de estado.**
- **Como el interesado puede ser español de origen, se envían las actuaciones al Registro Central competente.**

Resolución de la DGRN de 19 de marzo de 2001.

HECHOS:

Ante el Registro Civil de su domicilio en España, con fecha 14 de noviembre de 1999, el promotor, nacido en Venezuela, el 9 de febrero de 1953, solicitó la adquisición de la nacionalidad española por posesión de estado.

Según quedó acreditado, el promotor ha estado en posesión y utilizado de forma continuada la nacionalidad española, puesto que ha llevado una conducta activa, ejercitando los derechos y deberes derivados de la citada nacionalidad; sin embargo, no consta título inscrito en el Registro Civil, requisito imprescindible para la adquisición de la nacionalidad española por posesión de estado.

La Juez Encargada dictó auto denegando la solicitud formulada.

El promotor interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 17 del Código Civil, en su redacción originaria; 18 y 24 del Código Civil, en su redacción actual; 15, 16, 23, 67 y 96 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 85, 232, 335 y 338 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 1 de marzo de 2000 (1.ª y 2.ª).

2.º Es forzoso reconocer que al interesado no le beneficia la consolidación de la nacionalidad española por su posesión y utilización continuada durante diez años y con buena fe (cfr. art. 18 CC actual), puesto que falta un requisito esencial exigido por este artículo 18 para la consolidación, como es la existencia de un título inscrito en el Registro Civil que sirva de base para esa posesión y utilización.

3.º Procede, por tanto, confirmar el auto en cuanto a estos extremos, pero no es menos cierto que de la documentación presentada hay razones

para entender que el interesado puede ser español de origen, por lo que también es procedente remitir las actuaciones al Registro Civil competente a los efectos oportunos.

La Dirección General acordó confirmar el auto recurrido y ordenar que se remitan las actuaciones al Registro Civil Central.

2.6 Consolidación de la nacionalidad española.

- No es aplicable el artículo 18 del Código Civil cuando la posesión de la nacionalidad española por un saharauí no ha durado diez años.**

Resolución de la DGRN de 15 de junio de 2001 (1.ª).

HECHOS:

Ante el Registro Civil de M., con fecha 27 de octubre de 2000, el promotor, nacido en el territorio del Sahara el 22 de octubre de 1967, solicitó la declaración con valor de simple presunción de la nacionalidad española, alegando que su padre era español. El promotor adjuntaba determinados documentos, sin embargo, ninguno de ellos demostraba su nacionalidad española, ni la posesión y utilización continuada de esta nacionalidad por el interesado.

La Juez Encargada dictó auto denegando lo solicitado.

El promotor interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 18 del Código Civil 335 y 338 del Reglamento del Registro Civil; el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto; y las Resoluciones de 1 (1.ª) y 7 de marzo de 2000.

2.º El padre del interesado no optó, en su momento, en nombre de su hijo a la nacionalidad española, conforme a lo que permitió el Real Decreto citado de 1976, y si bien el artículo 18 del Código Civil establece que «la posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, es causa de consolidación de la nacionalidad, aunque se anule el título que la originó», lo cierto es que este precepto no beneficia al interesado porque, aparte de otras razones, tenía nueve años cuando España, en 1976, abandonó el territorio del Sahara y, a partir de esta fecha, no ha ostentado nunca documentación como español, de modo que no ha transcurrido el plazo de diez años exigido para la posesión por el citado artículo 18 del Código Civil.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

2.7 Consolidación de la nacionalidad española.

- Se declara la nacionalidad española de origen de un saharauí, nacido en 1947, que ha estado durante diez años poseyendo y utilizando la nacionalidad española y que no pudo optar en su momento, por residir en el Sahara, cuando estuvo en vigor el Real Decreto de 10 de agosto de 1976.**

Resolución de la DGRN de 12 de septiembre de 2001 (3.ª).

HECHOS:

Ante el Registro Civil de L.P., con fecha 7 de septiembre de 2000, el promotor, nacido en El Aaiún (Sahara Occidental) el 8 de abril de 1947, nacimiento inscrito en el Registro Civil de esa antigua posesión española, hijo de padres nacidos en Sidi Ifni, solicitó la declaración con valor de simple presunción de la nacionalidad española. El promotor adjuntó, entre otros documentos, tarjeta del censo electoral, documento nacional de identidad, tarjeta de identificación fiscal y carnet de conducir, todos ellos expedidos en su momento por autoridades españolas y no válidos en la actualidad. Según quedó acreditado, el promotor residía en el Sahara en el año 1976.

La Juez Encargada dictó auto denegando lo solicitado al entender que el interesado no era español por *iure sanguinis*, puesto que su padre no era español, tampoco por *iure soli*, ya que a los naturales del Sahara se les dio un plazo de opción a la nacionalidad española durante el cual el interesado no había ejercitado su derecho y, por último, tampoco le era aplicable el artículo 18 del Código Civil porque no podía entenderse que de la inscripción de nacimiento del interesado se dedujese la posesión de la nacionalidad española, y el hecho de que hubiera poseído documentación española ya vencida, se deriva de la situación irregular en que quedaron los naturales del Sahara.

El promotor interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN alegando que, en su caso, se daban las mismas circunstancias que en el resuelto por la STS de 28 de octubre de 1998, ya que nació en territorio del Sahara, estaba inscrito en el Registro Civil correspondiente, tenía documentación española y residía en el Sahara en 1976; además, ha estado en posesión de la nacionalidad española ininterrumpidamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 18 y 24 del Código Civil; 67 y 96 de la Ley del Registro Civil; 232, 335 y 338 del Reglamento del Registro Civil; el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto; la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998; y las Resoluciones de 23 (1.ª y 2.ª) de junio de 2000, 19 de marzo de 2000, 15 y 22 de junio de 2001.

2.º La petición se fundamenta en la doctrina sentada, para el caso particular de otro saharauí, por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998. Ahora bien, aun reconociendo la dificultad –no apreciada por la sentencia– de conceder eficacia retroactiva al artículo 18 del Código Civil, dando trascendencia a una posesión y utilización de la nacionalidad española derivados de actos muy anteriores a la Ley de 17 de diciembre de 1990, que introdujo ese artículo, lo cierto es que, en el caso presente, concurren circunstancias específicas que permiten aplicar al caso la doctrina de aquella sentencia, pues suponen una coincidencia notable con el supuesto de hecho singular contemplado en la decisión del Tribunal Supremo.

3.º La primera de estas circunstancias es que está suficientemente probado que el interesado no estaba incluido en ninguno de los dos supuestos en que, en función de su residencia y de determinada documentación, se permitía a los naturales del Sahara el derecho a optar a la nacionalidad española en los términos y plazo establecidos en el Real Decreto de 10 de agosto de 1976. En efecto, durante todo el periodo de tiempo en que estuvo en vigor el citado Real Decreto, el promotor no residía en España, ni en el extranjero, sino en el

Sahara y, por tanto, no pudo optar a la nacionalidad española en el plazo de un año al amparo de esta disposición.

4.º La segunda de las circunstancias apuntadas consiste en que el promotor ha acreditado suficientemente la posesión y utilización continuadas de la nacionalidad española. En efecto, siguiendo la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998, aquellos documentos administrativos expedidos por las autoridades españolas deben considerarse como signos de posesión de estado y tenidos en cuenta como medios de prueba. La admisión de esta documentación española, no obstante haber quedado anulada y desprovista de todo valor conforme a la disposición final segunda del repetido Real Decreto (cuya validez no se ha puesto en duda), hay que entenderla como corolario de la aplicación retroactiva del artículo 18 del Código Civil efectuada por el Alto Tribunal en la sentencia que se cita. En cualquier caso, admitidas tales pruebas, es evidente que en base a las mismas el promotor reúne los requisitos que, para la consolidación de la nacionalidad española, establece el artículo 18 del Código Civil.

La Dirección General acordó estimar el recurso, revocar el auto apelado y declarar con valor de simple presunción que el promotor es español de origen; la anotación se practicará al margen del asiento de nacimiento que debe extenderse en el Registro Civil Central.

2.8 Pérdida y recuperación de la nacionalidad española.

- **Nació español el nacido en Argentina en 1929, cuyo padre era español en el momento de la concepción del hijo y que perdió esta nacionalidad antes del nacimiento del mismo.**
- **El interesado perdió la nacionalidad española al quedar sometido a la patria potestad del padre argentino, por lo que ha de recuperarla por el trámite legal.**

Resolución de la DGRN de 7 de septiembre de 2001 (2.ª).

HECHOS:

Ante el Consulado General de España en B. A. (Argentina), el promotor, argentino, vecino de dicho municipio, nacido en Argentina el 10 de enero de 1929, solicitó la opción por la nacionalidad española y la inscripción de su nacimiento por ser hijo de padre español. Según quedó acreditado, el padre del promotor tenía la nacionalidad española de origen y la perdió cuando adquirió la nacionalidad argentina con fecha 29 de septiembre de 1928.

El Encargado del Registro Consular dictó auto, el día 12 de junio de 2000, denegando lo solicitado por el promotor al haberse naturalizado su padre argentino tres meses antes de su nacimiento.

El promotor recurrió frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 17, 18 y 20 del Código Civil, en su redacción originaria; 26 y 29 del Código Civil; 46, 64 y 67 de la Ley del Registro Civil;

226 a 229 del Reglamento del Registro Civil; la disposición transitoria primera de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre; y las Resoluciones de 31 de marzo de 1992 y 12 de julio de 1993.

2.º El nacimiento del interesado tuvo lugar tres meses y once días después de la obtención de la nacionalidad argentina por su progenitor. Consiguientemente, en el momento de la concepción, el padre mantenía la nacionalidad española de origen y es en el intervalo entre la concepción y el nacimiento cuando ha tenido lugar la pérdida de la nacionalidad del padre. Surge, por tanto, la cuestión de si, a los efectos de la atribución de la nacionalidad española *iure sanguinis*, era aplicable la norma contenida en el Código Civil, según la cual, «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». Caso de aplicarse esta ficción legal, el resultado sería que el hijo lo era de padre español, y habría nacido español como hijo de padre español (cfr. art. 17 CC, redacción originaria).

3.º Como ha señalado ya la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones citadas en los Vistos, no hay motivos suficientes para excluir del ámbito de aplicación del artículo 29 del Código Civil las hipótesis de adquisición de la nacionalidad española *iure sanguinis* del artículo 17 en la redacción entonces vigente. En efecto, aunque el texto hable de «nacidos», hay que entender que el artículo 29 contiene una regla general de protección en el campo civil del concebido, que no tiene por qué agotarse en la esfera patrimonial, por lo que si el progenitor era español en la fecha de la concepción, pero ha perdido esta nacionalidad cuando tiene lugar el nacimiento, nada impide considerar al nacido como español a la vista de la retroactividad de los efectos del nacimiento al momento de la concepción que preconiza el citado artículo 29 del Código Civil. Además, que la cuestión «le sea favorable» es evidente, ya que si invoca la nacionalidad española del padre es que obviamente le beneficia.

4.º Ahora bien, sentado este criterio inicial, lo que ocurre es que el interesado ha perdido la nacionalidad española por haber quedado sujeto a la patria potestad de su padre argentino (cfr. art. 18 CC, redacción originaria). El interesado, que según se ha razonado, nació español, ha de recuperar ahora esta nacionalidad por la vía establecida en el artículo 26 del Código Civil.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y dejar a salvo para el interesado su posible recuperación de la nacionalidad española por los cauces legalmente previstos.

3. MATRIMONIO

3.1 Autorización de matrimonio civil.

- **Matrimonio de transexual: el transexual operado quirúrgicamente y que ha obtenido sentencia judicial de cambio de sexo, puede contraer matrimonio con persona de distinto sexo legal, aunque coincida el sexo biológico.**

Resolución de la DGRN de 8 de enero de 2001.

HECHOS:

Con fecha 21 de septiembre de 1999, don J. F. M. y doña M. P. Z., ambos mayores de edad y solteros, solicitaron ante el Registro Civil de su domicilio autorización para contraer matrimonio civil. En su inscripción de nacimiento el promotor aparece como D. F. M., sexo hembra y, en inscripción marginal posterior, se rectifica, mediante sentencia de fecha 19 de febrero de 1999, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de M., haciendo constar que el sexo de la inscrita ya no es el de hembra, sino el de varón, y su nombre propio no es J., sino D., cambios ambos autorizados por la citada sentencia.

El Ministerio Fiscal informó que si bien la sentencia de 19 de febrero de 1999 permite a la demandante, ahora promotora, el cambio de sexo y de nombre en el Registro Civil, esas rectificaciones tienen efectos limitados en cuanto a la posibilidad de otorgar ciertos actos o negocios jurídicos como es el matrimonio civil, por lo que no procede la autorización solicitada.

El Juez Encargado dictó auto por el que denegaba la autorización solicitada por entender que ambos contrayentes son biológicamente de sexo femenino.

Los promotores interpusieron recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 1, 3, 6, 44, 45, 58, 66, 67, 73 y 74 del Código Civil; 245 y 247 del Reglamento del Registro Civil; las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989 y 19 de abril de 1991; y las Resoluciones de 21 de enero de 1988 y 2 de octubre de 1991.

2.º La cuestión que se plantea en este recurso es la de si pueden contraer matrimonio entre sí una mujer y un transexual femenino puro, el cual, para adecuar su sexo biológico y anatómico a su comportamiento sexual psíquico y social, ha sufrido una intervención quirúrgica de cirugía transexual y, a continuación, ha obtenido una sentencia judicial firme por la que se modifica su inscripción de nacimiento para hacer constar su sexo masculino, en lugar del femenino que figuraba en el asiento.

3.º La situación jurídica del transexual sigue sin estar contemplada, al menos en el ámbito civil, por el legislador español, si bien esa laguna está resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual en las sentencias citadas en los Vistos, admitió la constancia en el Registro Civil de un sexo distinto, por consideraciones de tipo psíquico y social y en consonancia con el principio de libre desarrollo de la personalidad, recogido en el artículo 10.1 de la Constitución.

4.º Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado contraria a reconocer al transexual aptitud para contraer matrimonio, apuntando que la diferencia biológica de sexos es esencial y que, en otro caso, el matrimonio sería nulo por ausencia de consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.1.º CC). Ahora bien, estas afirmaciones jurisprudenciales no constituyen *ratio decidendi* de los respectivos fallos, en los que se ordena la rectificación en el Registro Civil del dato sobre el sexo y, lo que es más importante, en la sentencia de 3 de marzo de 1989 se deja a salvo que la extensión de los efectos a producir por los cambios de sexo judicialmente acordados pueda ser precisada por los órganos jurisdiccionales, bien en ejecución de sentencia,

bien en otra litis diferente. Se deja, pues, abierta la puerta para que una decisión judicial declare la capacidad del transexual para contraer matrimonio, como han señalado las Resoluciones de la DGRN que han tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión.

5.º En este caso, la sentencia que autoriza el cambio de sexo no contiene una declaración sobre la falta de capacidad matrimonial, por lo que no hay realmente obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio con persona perteneciente en realidad a otro sexo, aunque coincidan los sexos biológicos invariables de ambos contrayentes. Desde el momento en que una sentencia judicial firme ha ordenado sin limitaciones el cambio de sexo, hay que estimar que este cambio se ha producido a todos los efectos. Si el principio constitucional de desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de la Constitución justifica, tras el síndrome transexual, la correspondiente operación quirúrgica, el tratamiento médico oportuno y el cambio de sexo judicialmente declarado, sería dejar las cosas a medio camino, creando una situación ambigua al modo del reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos los ámbitos.

6.º No puede defenderse que el matrimonio entre una mujer y un transexual que ha pasado a ser varón sea, por este solo motivo, nulo por ausencia de consentimiento matrimonial. Si el cambio de sexo se ha producido, los sexos de ambos contrayentes son distintos y cada uno de ellos, al prestar el consentimiento, ha tenido en cuenta el diferente sexo del otro. Por lo demás, si ese matrimonio pudiera ser declarado nulo por error en las cualidades personales esenciales del otro contrayente (cfr. art. 73.4.º CC), no ocurre así en este caso, en el que la mujer conoce el proceso sexual de la otra parte, aparte de que la nulidad por error sólo puede ser invocada por el cónyuge que hubiera sufrido el vicio (cfr. art. 76 CC).

7.º No debe olvidarse, por último, que la solución de permitir al transexual contraer matrimonio con persona de su mismo sexo biológico es la generalizada en Derecho comparado; tiene claro apoyo en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950; y es una posibilidad que se está admitiendo en la práctica registral.

La Dirección General acordó estimar el recurso y declarar que no hay obstáculos para que el Juez Encargado autorice el matrimonio.

3.2 Autorización de matrimonio civil.

– **Se autoriza porque no hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.**

Resolución de la DGRN de 9 de enero de 2001 (3.ª).

HECHOS:

El 6 de septiembre de 2000, el promotor, español, de 29 años de edad, y la promotora, colombiana, de 21 años de edad, solicitaron ante el Registro Civil competente la oportuna autorización para contraer matrimonio civil.

De las correspondientes audiencias reservadas con cada uno de los interesados, resultó que ambos declararon que se conocieron en Colombia en 1998, que él regresó a España y mantuvieron relaciones telefónicas hasta que ella

vino a este país, en 1999, que convivieron en casa del novio y, posteriormente, se trasladaron a otro domicilio. No pudieron aportar prueba alguna del viaje del promotor a Colombia, ni de la estancia de la promotora en casa de la familia del novio.

El Ministerio Fiscal se opuso a lo solicitado al no existir un verdadero consentimiento matrimonial.

El Juez Encargado dictó auto denegando lo solicitado ya que, de lo manifestado en las audiencias reservadas, se desprende un desconocimiento por parte de cada uno de las circunstancias esenciales del otro.

Los promotores interpusieron recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de Derechos Civiles y Políticos; la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos; los artículos 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 73, 74 y 1253 del Código Civil; 238 y 245, 246 y 247 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones de 8 y 10 de julio, 4 y 27 de septiembre, 16 y 20 de octubre, 14 y 25 de noviembre; 4, 7, 12 y 16 de diciembre de 2000.

2.º Dentro de la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio civil, existe un trámite esencial e imprescindible (cfr. Instrucción de 9 de enero de 1995, norma 3.ª), como es la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el Instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cfr. art. 246 RRC).

3.º La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos —especialmente en los matrimonios entre español y extranjero— en cuanto que por él puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros medios, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.1.º CC).

Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (art. 1253 CC).

4.º En el caso actual, los hechos comprobados por medio de ese trámite de audiencia a los contrayentes no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. El español y la colombiana, aunque no lo hayan probado, coinciden en sus declaraciones en cuanto a cuándo y dónde se conocieron y, sobre todo, está acreditado que en los últimos meses viven en común.

5.º Si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en caso de duda, no poner trabas a la celebración o a la inscripción del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9.2.ª de octubre de 1993, «ante la opción de autorizar (aquí inscribir) un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa. Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario, en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto».

La Dirección General acordó estimar el recurso, revocar el auto apelado y declarar que no hay obstáculo para que el Juez Encargado apruebe la autorización del matrimonio.

3.3 Autorización de matrimonio civil.

– **Se deniega la autorización porque hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.**

Resolución de la DGRN de 30 de enero de 2001 (1.ª).

HECHOS:

Ante el Registro Civil de B., el promotor, de 64 años de edad, español, divorciado, y la promotora, nigeriana, de 25 años de edad, soltera, solicitaron autorización para contraer matrimonio civil.

Del trámite de audiencia personal y reservada a cada promotor, resultan una serie de hechos significativos, cuáles son la discrepancia sobre las circunstancias en que se conocieron, la situación laboral y edad del promotor, el idioma en que se comunican y el conocimiento acerca de sus respectivas familias.

El Ministerio Fiscal se opuso a lo solicitado. La Juez Encargada dictó auto por el que denegaba la autorización para celebrar el matrimonio proyectado por los interesados fundado en la falta de consentimiento matrimonial.

Los promotores presentaron recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de Derechos Civiles y Políticos; 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 73, 74 y 1253 del Código Civil; 238 y 245, 246 y 247 del Reglamento del Registro Civil; la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones de 4, 8 y 27 de septiembre, 4 y 22 de diciembre de 2000.

2.º El problema de los llamados matrimonios de complacencia –matrimonios «blancos» en la terminología francesa– es un fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración y que ha dado lugar a diversas medidas en el Derecho comparado y también, en el ámbito de su competencia, a la Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995. Mediante tales enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende, bajo el ropaje de esta institución, y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial, a los efectos especialmente de facilitar la entrada o de regularizar la estancia en territorio nacional o de obtener más fácilmente la nacionalidad del cónyuge aparente.

3.º Es indudable que un enlace de esta clase habrá de ser reputado nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.1.º CC). Ahora bien, la cuestión surge acerca de cómo constatar esta ausencia de consentimiento, puesto que, como ocurre normalmente en todas las hipótesis de simulación, es muy raro que existan pruebas directas de ésta, de modo que descubrir la verdadera voluntad encubierta de las partes es una tarea difícil, en la cual juega un papel importante la prueba de la presunción judicial, para cuyo éxito «es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (art. 1253 CC). Por otra parte, ha de tenerse en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, reconocido a nivel internacional y constitucional, de modo que la convicción de la simulación y del consiguiente fraude ha de llegar a formarse en un grado de certeza moral en el juicio de quien deba decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido.

4.º No hay duda de que en el expediente previo a la celebración del matrimonio civil el Encargado del Registro Civil puede apreciar la falta de consentimiento matrimonial, así como cualquier otro obstáculo o impedimento para el enlace (cfr. arts. 56.1.º CC; 245 y 246 RRC y la Instrucción de 9 de enero de 1995), y en tal caso, sin perjuicio del recurso oportuno, debe denegar la celebración.

5.º Consiguientemente, el Encargado en el expediente previo dentro del trámite de audiencia, reservada y por separado, de cada contrayente (cfr. art. 246 RRC y regla 3.ª de la Instrucción de 9 de enero de 1995), debe comprobar, por medio de las declaraciones de aquéllos, si el matrimonio cumple todos los requisitos legales exigidos por el Código Civil y, entre ellos, la existencia de real consentimiento matrimonial.

6.º En el presente caso, concurren una serie de circunstancias que avalan el criterio del Encargado, como son: desconocer la contrayente la edad correcta, estudios y actividad laboral de él; discrepancias en cuanto al lugar y forma en que se conocieron y respecto a si conoce o no ella a la familia de él; la notable diferencia de edad entre ambos; especialmente significativa es la manifestación de él de que «he decidido casarme porque ya me voy haciendo mayor y viviendo solo, prefiero estar con alguien que si me muriera, nadie se enteraría»; el hecho ciertamente relevante de encontrarse la contrayente en España en forma ilegal, sin permiso de residencia y, por último, la conclusión que el propio Juez Encargado ha deducido de la audiencia reservada. No hay que olvidar que de la actitud de los contrayentes, así como de la manera de comportarse y contestar a determinadas preguntas, puede el Juez Encargado formarse un criterio y llegar a una certeza moral que, forzosamente, debe ser

tenida en cuenta, ya que es muy difícil demostrar que existe una simulación como no sea por medio de las manifestaciones y actitudes personales de los simulantes.

7.º En definitiva, si bien el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, consagrado constitucional e internacionalmente, no tolera limitaciones infundadas, basadas en hechos que por sí no sean determinantes para llegar a la conclusión de que no existe intención de contraer matrimonio, tal derecho no puede ser invocado cuando existen no sólo meros indicios, sino datos y hechos, por otra parte ciertamente objetivos, que pueden hacer creer que no hay tal voluntad efectiva, debiendo los Encargados, como ya puso de relieve la Instrucción de 9 de enero de 1995, «cerciorarse, sin mengua de la presunción general de buena fe, de la veracidad del consentimiento dentro de las posibilidades que ofrece la regulación actual del expediente previo».

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

3.4 Inscripción de matrimonio civil de español celebrado en el extranjero.

– **Se inscribe porque no hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.**

Resolución de la DGRN de 25 de enero de 2001.

HECHOS:

Ante el Consulado General de España en S. D. (República Dominicana), el promotor, español, nacido en 1966, solicitó la inscripción de su matrimonio con nacional, dominicana, nacida en 1971. El matrimonio se celebró el 14 de febrero de 2000 en la República Dominicana y conforme a la «lex loci», a los tres meses de la llegada del promotor a dicho país.

Según resulta del trámite de audiencia reservada a cada uno de los promotores, éstos desconocen mutuamente la dirección, el lugar y fecha de nacimiento del otro; no coinciden respecto de la fecha en que se conocieron; no se acuerdan de las fechas en que, según afirman, el promotor ha viajado anteriormente a la República Dominicana para visitar a la promotora.

El Encargado del Registro Civil Consular acordó denegar la inscripción de matrimonio solicitada, por falta de convivencia y desconocimiento mutuo.

Los promotores presentaron recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de Derechos Civiles y Políticos; la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos; los artículos 10, 14 y 32 de la

Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 73, 74 y 1253 del Código Civil; 23 y 73 de la Ley del Registro Civil; 54, 85, 245, 246, 247, 256, 257 y 354 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones de 3 y 13 de enero, 3 de marzo, 25 y 4 de abril, 22 y 25 de mayo, 6 de junio, 4 de septiembre, 11, 16, 20 y 25 de octubre, y 6 de noviembre de 2000.

2.º No sólo en el expediente previo a la celebración del matrimonio civil, a través del trámite de audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente (art. 246 RRC), sino también cuando se intenta inscribir en el Registro Civil español un matrimonio ya celebrado en el extranjero mediante la certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (art. 256.3.º RRC), es deber del Encargado cerciorarse de la inexistencia de impedimentos u obstáculos legales que provoquen la nulidad del matrimonio.

Especialmente para evitar la inscripción de los llamados matrimonios de complacencia, en los que el verdadero propósito de las partes no es ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero, facilitando su situación en relación con los requisitos de entrada y permanencia en España, el Encargado debe calificar, a través de las declaraciones complementarias oportunas que integran el título inscribible (cfr. art. 256 RRC), si ha habido verdadero consentimiento matrimonial o si, por el contrario, se trata de un matrimonio simulado, nulo por la ausencia de dicho consentimiento matrimonial.

3.º Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cfr. art. 1253 CC).

4.º En el caso actual, los hechos comprobados por medio de esas declaraciones complementarias no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos la existencia de la simulación. En efecto, cualesquiera que hayan sido las incidencias previas que justifican sobradamente las sospechas del Cónsul Encargado, está probado que los interesados mantienen una relación de convivencia que no se limita a escasos días, habiéndose casado a los tres meses de la llegada de él a la República Dominicana y manteniendo esa relación actualmente en dicho país.

5.º Si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en caso de duda, no poner trabas a la celebración o a la inscripción del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9-2.º de octubre de 1993, «ante la opción de autorizar (aquí inscribir) un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa. Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario, en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto».

La Dirección General acordó estimar el recurso, revocar el auto apelado y ordenar que se inscriba el matrimonio.

3.5 Inscripción de matrimonio civil de español celebrado en el extranjero.

- No es inscribible porque hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.

Resolución de la DGRN de 6 de marzo de 2001 (2.º).

HECHOS:

Ante el Consulado General de España en L. H. (Cuba), el 7 de septiembre de 2000, el promotor, de 37 años de edad, divorciado, español, residente en España, solicitó la inscripción de su matrimonio con nacional cubana, de 41 años de edad, soltera y residente en Cuba. El matrimonio se celebró en Cuba, el día 16 de agosto de 2000, conforme a la *lex loci*.

Del trámite de audiencia personal y reservada a cada uno de los contrayentes, resultó que existe un desconocimiento mutuo casi total sobre sus respectivas circunstancias personales, familiares y profesionales, puesto que, según ellos mismos manifestaron, los únicos datos que conocen uno de otro son la edad y el estado civil, afirmando que ignoran otros datos y que se conocieron solamente una vez antes de los esponsales.

El Encargado del Registro Civil Consular dictó auto denegando la inscripción solicitada, al estimar que no existe verdadero consentimiento matrimonial.

El promotor presentó recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de Derechos Civiles y Políticos; la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos; los artículos 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 49, 56, 65, 73 y 1253 del Código Civil; 23 y 73 de la Ley del Registro Civil; 54, 85, 245, 246, 247, 256, 257 y 354 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones de 24 de julio, 27 de septiembre, 5 y 25 de octubre, 8 de noviembre y 26 de diciembre de 2000.

2.º El llamado matrimonio de complacencia es indudablemente nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.11.º CC). Para evitar, en la medida de lo posible, la existencia aparente de estos matrimonios y su inscripción en el Registro Civil, la DGRN dictó, en su momento, la Instrucción de 9 de enero de 1995, dirigida a impedir que algunos extranjeros obtengan la entrada en España, o regularicen su estancia en ella, por medio de un matrimonio simulado con ciudadanos españoles.

3.º La Instrucción citada trata de evitar que esos matrimonios fraudulentos lleguen a celebrarse dentro del territorio español, recordando la importancia que, en el expediente previo a la celebración del matrimonio civil, tiene el trámite de audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente (art. 246 RRC), como medio para apreciar cualquier obstáculo o impedimen-

to para el enlace (cfr. arts. 56.1.º CC; 245 y 247 RRC), entre ellos la ausencia de consentimiento matrimonial.

Pues bien, análogas medidas deben adoptarse cuando se intenta inscribir, en un Registro Consular o en el Central, un matrimonio ya celebrado en la forma extranjera permitida por la *lex loci*. El Encargado debe comprobar si concurren los requisitos legales, sin excepción alguna, para la celebración del matrimonio (cfr. art. 65 CC), y esta comprobación, si el matrimonio consta por «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración» (art. 256.3.º RRC), requiere que por medio de la calificación de ese documento y «de las declaraciones complementarias oportunas», se llegue a la convicción de que no hay dudas «de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española». Así lo señala el artículo 256 del Reglamento, siguiendo el mismo criterio que, para permitir otras inscripciones sin expediente y en virtud de certificación de un registro extranjero, establecen los arts. 23.2.º de la Ley y 85 de su Reglamento.

4.º Esta extensión de las medidas tendentes a evitar la inscripción de matrimonios simulados, por más que hayan sido celebrados en el extranjero, viene siendo propugnada por la doctrina de la DRGN, a partir de la Resolución de 30 de mayo de 1995, debiendo denegarse la inscripción cuando existan una serie de hechos objetivos, comprobados por las declaraciones de los propios interesados y por las demás pruebas presentadas, de los que sea razonable deducir, según las reglas del criterio humano (cfr. art. 1253 CC), que el matrimonio es nulo por simulación.

5.º En este caso concreto se trata de inscribir un matrimonio celebrado en Cuba el 16 de agosto de 2000, entre un español y una cubana, y en él hay los siguientes hechos objetivos comprobados: un desconocimiento mutuo casi total sobre sus respectivas circunstancias personales y familiares; ella se equivoca en cuanto a la profesión de él e ignora su domicilio en España, y se han conocido personalmente sólo una vez antes del matrimonio.

De estos hechos comprobados es una deducción razonable y en modo alguno arbitraria entender que el matrimonio es nulo por simulación. Así lo han estimado el Canciller del Consulado en funciones del Ministerio Fiscal (art. 54 RRC) y el Encargado del Registro Consular, los cuales por su inmediatez a los hechos son quienes más fácilmente pueden apreciarlos y formar su convicción respecto de ellos. Esta conclusión, obtenida en momentos cronológicamente más próximos a la celebración del matrimonio, no quedaría desvirtuada por un expediente posterior, el del artículo 257 del Reglamento del Registro Civil, del cual debe prescindirse por razones de economía procesal (cfr. art. 354 RRC), si es que se estima que, además de la vía judicial, quedara abierto este camino ante la denegación adoptada en la calificación efectuada por la vía del artículo 256 del Reglamento.

La Dirección General acordó desestimar el recurso, dejando a salvo la vía judicial ordinaria.

3.6 Inscripción de matrimonio civil de extranjeros celebrado en el extranjero.

- **Si uno de ellos ha adquirido la nacionalidad española después de la celebración del matrimonio, no es posible aplicar las normas españolas sobre ausencia de consentimiento.**

Resolución de la DGRN de 26 de noviembre de 2001 (1.º).

HECHOS:

Al promotor, dominicano de origen, nacido en 1965 en la República Dominicana, le fue concedida la nacionalidad española por residencia el 24 de abril de 2000. Con fecha 7 de diciembre de 2000, ante el Registro Civil Central, solicitó la inscripción de su matrimonio, celebrado en la República Dominicana el día 19 de enero de 2000, con nacional dominicana, nacida el 2 de noviembre de 1969 en aquel país. Ambos contrayentes eran solteros en el momento en que se celebró el matrimonio.

El Encargado del Registro Civil Consular emitió informe desfavorable a la inscripción instada por las dudas mostradas por la contrayente al efectuar sus declaraciones, en el curso de audiencia reservada. El Juez Encargado del Registro Civil Central dictó acuerdo denegando la inscripción solicitada, al existir indicios razonables de matrimonio de conveniencia por la rectificación de la contrayente sobre cuándo se conocieron y por las contradicciones entre ambos sobre el número de hijos de cada uno.

El promotor interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 9, 45 y 73 del Código Civil; 15, 16 y 23 de la ley del Registro Civil; 66, 68, 85, 256 y 257 del Reglamento del Registro Civil.

2.º El matrimonio celebrado en el extranjero por quien después ha adquirido la nacionalidad española es inscribible en el Registro Civil español competente (cfr. art. 66 RRC), siempre que se cumplan los requisitos precisos y que se acompañe título inscribible, que consiste normalmente en la certificación de matrimonio expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (cfr. art. 256.3.º RRC).

3.º Como en este caso el matrimonio se ha contraído por dos dominicanos, la capacidad y requisitos de fondo del matrimonio se regulan por la ley dominicana (cfr. art. 9.1 CC), no pudiéndose dudar de la validez del enlace para la legislación dominicana a la vista de que el mismo ha sido inscrito en el Registro Civil dominicano. Son, pues, inaplicables al supuesto las normas españolas sobre consentimiento matrimonial y sobre la nulidad del matrimonio por ausencia de este consentimiento (cfr. arts. 45 y 73.1.º CC), pues estas normas, para evitar el fraude, sólo han de ser tenidas en cuenta cuando uno de los contrayentes sea español en el momento de la celebración del matrimonio.

La Dirección General acordó estimar el recurso, revocar el acuerdo apelado y ordenar que se inscriba el matrimonio.

3.7 Inscripción de matrimonio civil de española celebrado en el extranjero.

- **Se inscribe el celebrado en el extranjero por una española según la *lex loci*, a pesar de que consta un matrimonio anterior en Melilla con otro varón, pues este primer matrimonio ha sido declarado nulo por sentencia de un Juez español y la declaración de nulidad tiene eficacia retroactiva.**

Resolución de la DGRN de 19 de abril de 2001 (5.ª).

HECHOS:

Ante el consulado General de España en F. (Alemania), la promotora solicitó la inscripción de su matrimonio coránico con don M. A., celebrado el día 11 de abril de 1997 en N. (Marruecos), según la «lex loci».

Según quedó acreditado, la promotora, domiciliada en F. (Alemania), nació el 7 de agosto de 1965 en Melilla y obtuvo la nacionalidad española el 11 de diciembre de 1986. Esta señora contrajo un primer matrimonio con don H. J., en Melilla, el 31 de mayo de 1996, el cual fue declarado nulo por sentencia firme dictada por el Juez de Primera Instancia e Instrucción de Melilla de 22 de julio de 1999, e inscrita en el Registro Civil de Melilla. Con anterioridad a esta sentencia, el 11 de abril de 1997, la promotora había contraído un segundo matrimonio, cuya inscripción en el Registro Civil español solicita ahora.

El Encargado del Registro Civil Consular dictó auto por el que denegaba lo solicitado, debido a que, en el momento de celebrarse el matrimonio cuya inscripción se insta, la interesada estaba aún ligada por el vínculo matrimonial anterior.

La promotora presentó recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 46, 73 y 79 del Código Civil; 15, 16, 23 y 27 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 85 y 256 del Reglamento del Registro Civil.

2.º En el caso presente, a pesar de que el anterior matrimonio de la interesada con otro varón fue declarado judicialmente nulo por sentencia de fecha posterior a la del segundo matrimonio, que se pretende inscribir, no concurre el impedimento de ligamen (cfr. art. 46.2 CC), que provocaría la nulidad de este segundo matrimonio. Y ello porque el primer enlace de la contrayente ha sido declarado nulo por sentencia inscrita de un Juez de Primera Instancia español. La sentencia de nulidad, de acuerdo con la doctrina científica y las normas del Código Civil (cfr. art. 79 CC), tiene, en principio, eficacia retroactiva o *ex tunc*, de modo que el primer matrimonio ha de ser considerado a estos efectos como si nunca se hubiera celebrado y queda convalidado, y por tanto es inscribible, el segundo matrimonio celebrado.

La Dirección General acordó estimar el recurso, revocar el auto apelado y declarar que el obstáculo apreciado no impide la inscripción del matrimonio.

3.8 Inscripción de matrimonio consular celebrado en España.

– No es válido si uno de los contrayentes es español.

Resolución de la DGRN de 28 de mayo de 2001 (1.º).**HECHOS:**

Ante el Registro Civil de Algeciras, la promotora, española, divorciada, solicitó la inscripción de su matrimonio con ciudadano marroquí, celebrado en el Consulado de Marruecos en Algeciras, con fecha 12 de julio de 1999.

El Juez Encargado del Registro Civil declaró no ser competente para la inscripción solicitada, al estimar celebrado el matrimonio en el extranjero y, por tanto, competencia del Registro Civil Central.

La interesada solicitó la inscripción del matrimonio ante el Registro Civil Central, cuyo Juez Encargado dictó acuerdo disponiendo que las sedes diplomáticas o consulares extranjeras radicadas en España eran territorio español y que, por tanto, la competencia para, en su caso, proceder a la inscripción del matrimonio era del Registro Civil de Algeciras. La promotora solicitó nuevamente ante este Registro Civil de Algeciras la inscripción de su matrimonio. El Juez Encargado dictó auto en el que denegó la inscripción solicitada por no haberse cumplido los requisitos exigidos en cuanto al carácter de la persona ante la que se celebraba el matrimonio, ni conforme a lo establecido en la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, sobre matrimonios islámicos en España, ni a lo dispuesto por el artículo 49 del Código Civil.

La promotora presentó recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 9, 11, 49, 50, 65, 73 y 78 del Código Civil; 23 y 73 de la Ley del Registro Civil; 85 y 256 del Reglamento del Registro Civil; 22 y 31 del Convenio de Viena de Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961; 31 y 43 del Convenio de Viena de Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963; 1, 3 y 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación entre el Estado Español y la Comisión Islámica de España; y las Resoluciones de 21 de septiembre de 1998, 23 de enero, 12 de mayo y 18 de octubre de 1999.

2.º Conforme establece hoy claramente el artículo 49 del Código Civil, un español ha de contraer matrimonio en España, bien ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por el mismo Código, bien en la forma religiosa legalmente prevista. El matrimonio consular que pueden contraer válidamente dos extranjeros en España, si así lo permite la ley personal de cualquiera de ellos (cfr. art. 50 CC), no es, en cambio una forma válida si uno de los contrayentes es español, de suerte que en este segundo caso el matrimonio es nulo por aplicación del artículo 73.3.º del Código Civil.

3.º Consiguientemente, y por exigencias del principio de legalidad, básico en el Registro Civil (cfr. arts. 23 LRC y 85 RRC), ha de denegarse la inscripción del matrimonio celebrado el 12 de julio de 1999 en el Consulado de Marruecos en Algeciras entre un marroquí y una española. La calificación del Encargado alcanza, sin duda, a la comprobación de la existencia del requisito legal sobre la forma válida de celebración del enlace (cfr. arts. 65 CC y 256 RRC).

4.º Por lo demás, aunque el matrimonio en cuestión se haya celebrado según el rito islámico, no lo ha sido ante un dirigente religioso islámico perteneciente a una comunidad islámica inscrita, que forme parte de la Comisión Islámica de España o de alguna de las Federaciones Islámicas integradas en dicha Comisión. Sólo en este caso se atribuyen efectos civiles al matrimonio islámico celebrado en España (cfr. arts. 1, 3 y 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre).

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

3.9 Inscripción de matrimonio civil de española celebrado en el extranjero.

- **Se inscribe porque le ha precedido en España la expedición del certificado de capacidad matrimonial, de modo que el Encargado al inscribirlo no puede volver a enjuiciar las condiciones de fondo del matrimonio.**

Resolución de la DGRN de 17 de septiembre de 2001 (2.ª).

HECHOS:

Con fecha 28 de febrero de 2001, ante el Consulado General de España en N. (Marruecos), el promotor, marroquí, soltero, solicitó la inscripción de su matrimonio coránico con nacional española, divorciada, celebrado en Marruecos, el 21 de febrero de 2001, según la *lex loci*. La promotora había obtenido el oportuno certificado de capacidad matrimonial expedido por el Encargado del Registro Civil de su domicilio en España.

Tras la celebración de sendas audiencias reservadas con los contrayentes, el Encargado del Registro Civil Consular y el Ministerio Fiscal informaron desfavorablemente la inscripción del matrimonio por falta de consentimiento.

El Juez Encargado del Registro Civil Consular dictó auto denegando la inscripción solicitada por falta de consentimiento matrimonial.

La promotora presentó recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.º Vistos los artículos 45, 49, 65, 73 y 74 del Código Civil; 23 y 73 de la Ley del Registro Civil; 85, 252 y 256 del Reglamento del Registro Civil; el Convenio número 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil, relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, firmado en Múnich el 5 de septiembre de 1980 (*BOE* de 16 mayo de 1988); la Orden Ministerial de 26 de mayo de 1998; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y la Resolución de 29 de mayo de 1999.

2.º En el caso actual, el matrimonio de una española residente en España y de un marroquí se ha celebrado en Marruecos de acuerdo con la forma establecida por la *lex loci*, tras la expedición por el Encargado del Registro Civil del domicilio en España de la contrayente del oportuno certificado de capacidad matrimonial exigido por la ley marroquí para el matrimonio de extranjeros en su territorio (cfr. art. 252 RRC).

3.º La expedición de este certificado presupone la tramitación, en el Registro Civil del domicilio, del expediente previo a la celebración del matrimonio. Por ello, cuando este expediente termina con auto favorable y éste ha adquirido firmeza, ello indica que el Encargado instructor ha juzgado que ambos contrayentes tenían capacidad para contraer matrimonio entre sí y que no existía ningún obstáculo de fondo para la celebración del enlace. Consiguientemente, en el momento de la inscripción del matrimonio, subsiguiente a la expedición de ese certificado, el Encargado del Registro Civil que haya de practicar la inscripción sólo puede calificar los aspectos formales de la certificación extranjera –y entre ellos, que no hayan transcurrido más de seis

meses entre la expedición del certificado y la celebración del matrimonio (cfr. art. 252 RRC)—, pero no puede entrar a enjuiciar la concurrencia de los requisitos de fondo para la validez del enlace, pues su existencia ha sido juzgada favorablemente por el Encargado del Registro Civil que ha instruido el expediente y procedido a la entrega del certificado de capacidad matrimonial.

4.º Esta consecuencia lógica tiene su respaldo legal en el artículo 65 del Código Civil, que excluye de la calificación del Encargado los casos en que el matrimonio se celebra tras la tramitación del expediente correspondiente, y en el artículo 256 del Reglamento del Registro Civil, el cual, al tratar de la inscripción de matrimonio por medio de la certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración, se cuida de dejar a salvo, entre otros supuestos, la hipótesis prevista en el artículo 252 del mismo Reglamento.

5.º Obviamente, la conclusión apuntada no impide que el Ministerio Fiscal pueda demandar judicialmente la nulidad de este matrimonio, si aprecia que no ha habido verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 73.1.º y 74 CC).

La Dirección General acordó estimar el recurso, revocar el auto apelado y ordenar que se inscriba el matrimonio al que se refiere el acta marroquí acompañada.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias comentadas

La cesión de suelo en concepto de participación en plusvalías y la propiedad de suelo urbano. (Comentario a la STC 54/2002, de 27 de febrero)

LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 54/2002, DE 27 DE FEBRERO:

1. *Exposición:* 1.1 Antecedentes de hecho. 1.2 Resumen de los Fundamentos Jurídicos más relevantes. 2. *Breve comentario:* 2.1 Consideraciones preliminares. 2.2 La cesión de aprovechamiento en concepto de participación en plusvalías. 2.3 La participación en plusvalías desde el precedente representado por la STC 164/2001. 2.4 La implicación en el debate de la igualdad entre propietarios. 2.5 La diferencia entre SUC y SUNC y la competencia autonómica para su definición. 2.6 La alusión al artículo 28 de la LRSV. 2.7 Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

1. EXPOSICIÓN

1.1 Antecedentes de hecho

El Presidente del Gobierno planteó recurso de inconstitucionalidad en relación con el artículo único, apartado 1, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1998, de 20 de abril, de modificación de la Ley 3/1997, de 25 de abril, por la que se determina la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística.

Según el precepto autonómico impugnado «*La participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos se llevará a efecto en la siguiente forma: 1. Los propietarios de suelo urbano deberán ceder obligatoria y gratuitamente al Ayuntamiento el diez por ciento del aprovechamiento urbanístico lucrativo del ámbito correspondiente libre de cargas de urbanización. En el supuesto de obras de rehabilitación*

únicamente corresponderá al Ayuntamiento el diez por ciento del incremento del aprovechamiento urbanístico sobre el anteriormente edificado».

El recurso se fundamentó en la contradicción existente entre dicho precepto y los artículos 14 y 28 de la Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones (en lo sucesivo LRSV), promulgada por el Estado al amparo del artículo 149.1.1 de la Constitución Española (en lo sucesivo CE), y que establece dos categorías de suelo urbano –consolidado por la urbanización (en lo sucesivo SUC) y no consolidado (en lo sucesivo SUNC)–, eximiendo a los dueños de SUC del deber de ceder terrenos en concepto de participación en plusvalías .

El Parlamento y el Gobierno vascos combaten la argumentación desarrollada por el Abogado del Estado entendiendo que las plusvalías en SUC se producen incluso cuando se mantienen las determinaciones del plan, y que por tanto los propietarios pueden ser obligados a ceder por este concepto igual que los de SUNC; también discrepan de la asimilación hecha por el Abogado del Estado entre la determinación del aprovechamiento urbanístico apropiable y su valoración a efectos expropiatorios, asimilación manifestada por el Letrado al considerar que la norma autonómica también vulnera el artículo 28 de la LRSV.

Por su parte los citados órganos autonómicos entienden que la LRSV, al proclamar la inexistencia de deber de ceder aprovechamiento urbanístico en suelo urbano consolidado sobre la base de una distinción establecida a efectos de gestión o ejecución urbanísticas (la de SUC y SUNC), infringe la distribución constitucional de competencias. Además impide la recuperación de cualquier porcentaje de plusvalías en SUC, desbordando también por este motivo el ámbito de competencia estatal definida en el artículo 149.1.1 CE de acuerdo con los propios términos del fundamento jurídico 17 c) de la STC 61/1997.

El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad y nulidad del artículo único, apartado 1, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1998, de 20 de abril, aunque sólo en la medida en que establece para los propietarios de SUC un deber de cesión del 10 por 100 del aprovechamiento urbanístico lucrativo, o del incremento de dicho aprovechamiento en el supuesto de obras de rehabilitación. Además los efectos de la Sentencia se limitan expresamente a la futura exigencia de estas cesiones, o a los casos que constituyen objeto de procedimientos administrativos o judiciales donde aún no hubiera recaído una resolución firme.

1.2 Resumen de los Fundamentos Jurídicos más relevantes

«En el caso que nos ocupa, el artículo 14.1 LRVS, aducido como canon complementario de constitucionalidad por el Abogado del Estado, ya fue enjuiciado por este tribunal en la STC 164/2001, de 11 de julio, FJ 20. Desde la perspectiva del derecho a la igualdad, ya dijimos en aquella ocasión que *“la inexistencia de deberes de cesión de suelo (en el urbano consolidado) no constituye discriminación alguna entre personas y por circunstancias subjetivas, que es lo prohibido por el artículo 14 CE, sino distintas regulaciones abstractas del derecho de propiedad urbano”* ... a lo que también añadimos entonces que *“el artículo 47 CE no impide, en este sentido, que la participación en las plusvalías se concentre en determinadas clases de suelo. De esta forma, la hipotética existencia de plusvalías urbanísticas en suelo urbano consolidado, cuya realidad no corresponde dilucidar a este Tribunal, no*

excluye a priori una norma estatal que alivie de cesiones de aprovechamiento a sus propietarios»» (FJ 4).

«Sentado lo anterior, basta con la lectura del artículo único, apartado 1, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1998 para concluir que contradice las “condiciones básicas” contenidas en el artículo 14 LRSV... la norma de “condiciones básicas” del artículo 14.1 LRSV... determina que todos los propietarios de suelo urbano “consolidado” de España patrimonializan el 100 por 100 del aprovechamiento urbanístico correspondiente a cada parcela o solar... la exclusión de toda cesión obligatoria de aprovechamiento urbanístico en el suelo urbano “consolidado” no admite modalización alguna de origen autonómico. Con lo expuesto en nada se cuestionan ni limitan, claro es, las competencias de cada Comunidad Autónoma para precisar, en su ámbito territorial y “en los límites de la realidad” qué debe entenderse por suelo urbano “consolidado”, ni cuál sea la fórmula de determinación del aprovechamiento urbanístico que rijan en su territorio (STC 164/2001, FJ 22)» (FJ 5).

«Los diferentes métodos de valoración contenidos en el artículo 28 LRSV sirven –en el contexto de actuaciones expropiatorias– para traducir en dinero el aprovechamiento urbanístico correspondiente al titular de cada finca, pero nada establecen sobre cuál sea ese aprovechamiento urbanístico ni sobre qué parte corresponde al propietario y cuál otra debe ser cedida al Municipio» (FJ 6).

«El principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) reclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas; no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes. Esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta, además, que dotar de eficacia *ex tunc* a nuestra declaración de nulidad distorsionaría gravemente la actividad de gestión urbanística desarrollada al amparo de la norma que se declara inconstitucional, trascendiendo, incluso, las previsibles consecuencias económicas adversas que la revisión de las cesiones obligatorias ya firmes supondrían para los Municipios, con el consiguiente riesgo de quiebra del principio de suficiencia financiera de las Haciendas locales a que se refiere el artículo 142. CE» (FJ 9).

2. BREVE COMENTARIO

2.1 Consideraciones preliminares

El artículo 14.1 de la LRSV establece que «*Los propietarios de suelo urbano consolidado por la urbanización, deberán completar a su costa la urbanización necesaria para que los mismos alcancen –si aún no la tuvieran– la condición de solar, y edificarlos en plazo si se encontraran en ámbitos para los que así se haya establecido por el planeamiento y de conformidad con el mismo*», consagrando una diferencia de régimen jurídico más que notable entre dueños de SUC y SUNC, ya que estos últimos, según el apartado 2 del propio artículo 14, vienen sometidos a los deberes consistentes en ceder terrenos para dotaciones de uso y titularidad públicos, ceder un porcentaje máximo de suelo del 10 por 100 en relación con el aprovechamiento del ámbito de gestión al cual estén adscritos, distribuir equitativamente los beneficios y cargas derivados del planeamiento, costear y, en su caso, ejecutar la urbanización, y edificar los solares en el plazo que, en su caso, establezca el planeamiento [apartados a), b), c), d), e) y f) del citado art. 14.2].

La STC 164/2001, de 11 de julio (cuyo comentario abordamos en nuestro trabajo «Los últimos acontecimientos relacionados con la gestión del suelo urbano», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, número 191, enero-febrero de 2002, páginas 11 a 46), declaró la conformidad constitucional del artículo 14 de la LRSV, amparado en la competencia atribuida al Estado por el artículo 149.1.1ª CE para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos: por tanto el TC admitió las diferencias establecidas por dicho precepto legal entre propietarios de SUC y de SUNC, asumiendo expresamente que los propietarios de SUC no están sometidos a los deberes impuestos a los dueños de SUNC por el artículo 14.2 de la LRSV. Desde esta perspectiva la inconstitucionalidad de la ley vasca, en tanto impone la cesión en concepto de participación en plusvalías a todos los propietarios de suelo urbano, guarda una relación directa con los argumentos desplegados en la STC 164/2001, con la exclusiva salvedad de que en la Sentencia que ahora comentamos se contiene una previsión expresa limitando los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad. Por otro lado el ámbito material de la STC164/2001 es más amplio porque se extiende a las diferencias existentes entre ambas categorías de suelo urbano en relación con los deberes de ceder suelo dotacional y distribuir equitativamente los beneficios y cargas, cuyo tratamiento no se abordó en la sentencia que ahora comentamos porque la ley autonómica impugnada no se extendía a esos otros deberes.

2.2. La cesión de aprovechamiento en concepto de participación en plusvalías

La Ley de 2 de mayo de 1975, que modificó la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, generalizó la obligación de ceder suelo gratuitamente para usos dotacionales públicos con independencia del sistema de ejecución que se adoptara e introdujo, además, la cesión de suelo con uso lucrativo privado en cuantía proporcional al 10 por 100 del aprovechamiento medio del sector de suelo urbanizable programado; tratándose de suelo urbanizable no programado este último porcentaje podría incrementarse con el que resultara de la licitación pública convocada para convertirlo en programado.

La Ley 8/1990 cambió el punto de vista, atribuyendo directamente la propiedad del aprovechamiento objeto de participación en plusvalías a la Administración, incrementó ese porcentaje, y extendió la participación en plusvalías a los propietarios de suelo urbano. Concretamente su artículo 16.1, calificado como legislación básica y cuya redacción pasó al artículo 27.1 del texto refundido de 1992, vino a establecer que «*El aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación por el titular de un terreno será el resultado de referir a su superficie el 85 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto en que se encuentre, calculado en la forma señalada por los artículos 96 y 97*».

A partir de este momento el debate jurídico sobre el derecho urbanístico dejó de referirse en nuestro país a los relevantes aspectos sustantivos de esta torturada disciplina, para entrar en una interminable, aburrida y decadente fase de análisis exclusivamente competencial sobre la interminable sucesión de normas estatales y autonómicas que han ido produciéndose. Y resulta inevitable decir que a esta lamentable situación contribuyó decisivamente la STC 61/97, cuyo fundamento jurídico 17.c) dijo, en relación con el tema concreto que ahora nos ocupa, que «*La regulación del artículo 27 TRLS es con-*

traría al orden constitucional de distribución de competencias, en primer lugar, por el carácter fijo y no mínimo tanto de la determinación del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación por los propietarios, como implícitamente de la recuperación por la Comunidad de las plusvalías urbanísticas».

Como puede observarse no dijo el Alto Tribunal que el porcentaje atribuido a la comunidad por participación en plusvalías era alto o bajo, ni que un porcentaje fijo pudiera establecerse pero sólo en relación con algunas clases de suelo y no con otras. Tampoco entró en consideraciones acerca de la procedencia de exigir el cumplimiento de este deber en las variadísimas situaciones que pueden concurrir en esa realidad heterogénea que constituye el suelo urbano. Y, por supuesto, no dijo que el citado precepto era inconstitucional por el relevante hecho de no garantizar una edificabilidad mínima a los propietarios, ya que ese mínimo era un porcentaje del 85 por 100 que habría de aplicarse sobre una magnitud cuya determinación correspondía y corresponde, en todos sus factores, a la Administración competente para la aprobación del planeamiento (en el esquema del TRLS de 1992 el cociente resultante de dividir el aprovechamiento que atribuye el plan a cada finca del área de reparto –cuya fijación incumbía e incumbe al planificador– y la superficie total de la misma –que también era decidida por ese mismo planificador–). En relación con este último aspecto de la cuestión, creemos que el TC debería haber destacado que la regulación básica estatal debía establecer una cifra concreta y mínima de edificabilidad por cada metro cuadrado de suelo, como se hizo en Francia con el *Plafond Légal de Densité*, o como se hacía, en nuestra Ley del Suelo de 1956, por el juego combinado de sus artículos 69.2 y 70.2, de los cuales resultaba un mínimo de un metro cúbico por cada cinco metros cuadrados de suelo; sin embargo, desde la STC 61/97 resulta que en nuestro país las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad de suelo urbano se consideran garantizadas mediante la fijación de un porcentaje que, como tal, no puede garantizar ninguna igualdad básica, pues matemáticamente nos dará un aprovechamiento urbanístico igual a cero si se aplica sobre cero, e infinito si la cifra tomada como base es infinita: aunque, eso sí, el porcentaje mínimo sería igual en ambos casos.

Como la STC 61/97 declaró inconstitucional el artículo 27 del TRLS de 1992 por establecer un porcentaje fijo de participación en plusvalías para la comunidad y porque así se cerraba la posibilidad de que las comunidades autónomas complementaran la regulación estatal, nos atrevimos a decir, e incluso a escribir, que la inexistencia de deberes de cesión en SUC, proclamada por la LRSV, equivalía al establecimiento de un porcentaje de cesión fijo e igual a cero para los dueños de esos terrenos: por lo tanto, o se negaba la premisa mayor –existencia efectiva de plusvalías en esa clase de suelo–, o la LRSV debía considerarse inconstitucional desde la doctrina sentada por la mencionada STC 61/97, por mucho que discrepáramos de su peculiar lógica jurídica. Lo mismo pensó el Parlamento y el Gobierno del País Vasco, y también pensaron lo mismo los firmantes de los recursos de inconstitucionalidad acumulados que dieron origen a la STC 164/2001. Pero la solución del TC era distinta, como dijimos anteriormente y repetiremos a continuación.

2.3 La participación en plusvalías desde el precedente representado por la STC 164/2001

La STC 164/2001 va a afirmar que el 14 de la LRSV es conforme con la CE, incluyendo en esta declaración la inexistencia de cesiones en concepto de participación en plusvalías a cargo de los propietarios de SUC. El Alto Tribunal no podía utilizar el FJ 17.c) de la STC 61/97, porque en ella se utilizó para llegar a una conclusión contraria sobre el establecimiento de porcentajes fijos, pero tampoco va a fundar su decisión en los aspectos sustantivos de la cuestión y consistentes en determinar si hay o no plusvalías en SUC: no existe consideración alguna sobre la distinta incidencia que la modificación del planeamiento puede producir en las diversas fincas integradas en el SUC, cuya mera consideración como categoría homogénea ya hace temblar los cimientos de la igualdad, ni sobre los supuestos en que la mera actividad de planificación genera efectivamente plusvalías para determinados solares de SUC (incremento del aprovechamiento otorgado a determinados solares por planes anteriores, atribución de usos más valiosos sin incremento de edificabilidad, o posibilidad de construir plazas de garaje que no se computan en el límite de edificabilidad). Tampoco sobre la relación que puede existir entre esta «contribución pagada en especie» y las normas tributarias que gravan hechos imponibles similares.

De este modo, el único argumento directamente encaminado a admitir el establecimiento de un porcentaje fijo igual al 0 por 100 de cesión a cargo de los propietarios de esta categoría de suelo es el contenido en el FJ número 20 de la citada STC 164/2001, según el cual *«El artículo 47 CE no impide, en este sentido, que la participación en las plusvalías se concentre en determinadas clases de suelo. De esta forma la hipotética existencia de plusvalías urbanísticas en suelo urbano consolidado, cuya realidad no corresponde dilucidar a este Tribunal no excluye a priori una norma estatal que alivie de cesiones de aprovechamiento a sus propietarios»*. Como el problema sustantivo no se analiza, y como el problema competencial no consiste en determinar si el porcentaje de cesión puede ser cero sino en decidir si es el Estado quien puede fijar ese porcentaje fijo, lo cierto es que el citado fundamento jurídico parece reducirse a una tautología: el Estado puede aliviar de cesiones a los propietarios de una categoría de suelo porque puede hacerlo, sin más consideraciones que la sustitución de la competencia para completar la regulación estatal del SUC por la competencia para definir esta clase de suelo (como veremos en el epígrafe 2.5).

La Sentencia comentada reitera esta simplicidad argumentativa con ciertos caracteres de complejidad, pese a que la alegación del Parlamento y del Gobierno vascos sobre la efectiva existencia de plusvalías en SUC habrían permitido al TC entrar de una vez en aspectos sustantivos.

2.4 La implicación en el debate de la igualdad entre propietarios

Como ya señalamos en el epígrafe anterior, en SUC existen casos en los cuales es imposible negar la existencia de plusvalías urbanísticas. Si además consideramos que los propietarios de SUC no vienen obligados a ceder terrenos para dotaciones públicas, ni a costear onerosas obras de urbanización—como ocurre con los dueños de SUNC o de suelo urbanizable—, resultará que la relación entre esa plusvalía y la mera actividad de planificación urba-

nística es mucho más clara en el SUC que en el SUNC o en el suelo urbanizable, ya que en estos últimos casos puede alegarse que la referida plusvalía no se deriva de la planificación sino de la actividad desplegada por los propietarios y/o a su cargo, justificándose con mayor dificultad la participación de la comunidad.

Por ello cuando el TC considera que no le corresponde entrar en el aspecto relativo a la efectiva existencia de plusvalías urbanísticas en SUC, pero que en cualquier caso el Estado puede concentrar la participación en plusvalías en determinadas clases de suelo, liberando otras, es lógico que al problema competencial se añada otro de desigualdad ante la Ley, al producirse un tratamiento discriminatorio entre propietarios de distintas clases de suelo y carecer esa discriminación de cualquier base objetiva (incluso, como dijimos, la base objetiva fundamentaría la solución contraria). Pero el FJ 18 de la STC 164/2001 ya rechazó el recurso de inconstitucionalidad planteado contra los artículos 13 y 14 de la LRSV por este motivo, afirmando que *«El artículo 13 LRSV no trata de forma desigual a las personas en razón de su condición; no selecciona una circunstancia personal o social de los individuos para anudar a ello consecuencias jurídicas diferenciadoras... Quién sea titular en cada momento de los derechos a urbanizar y edificar en suelo urbano es una circunstancia ajena al artículo 13 LRSV. Y por lo mismo en forma alguna se puede trabar un juicio de discriminación ex artículo 14 CE»*; el argumento se repitió en el FJ 20 de la citada STC 164/2001, y se reitera también en el FJ 4 de la resolución que ahora comentamos. Parece deducirse, por tanto, que las diferencias en el régimen jurídico de las diversas clases de suelo no han de fundarse en situaciones objetivas que justifiquen ese diverso tratamiento, y que resulta irrelevante el hecho de que regulando la propiedad se regula el derecho de los propietarios en tanto individuos determinados *ob rem*. Aunque de pasada se dijera, en ese mismo FJ de la STC 164/2001 pero no en la que ahora estamos comentando, que *«Si la agrupación de los propietarios tiene lugar de forma discriminatoria (por no objetiva, irrazonable o desproporcionada) se producirá –en hipótesis– una infracción del artículo 14 CE»*, ignoramos el motivo por el cual no se considera irrazonable uniformizar el más que ventajoso tratamiento de los dueños de SUC, prescindiendo de si el plan que se ejecuta les ha provocado beneficio o perjuicio efectivo, o liberarles de una cesión por participación en plusvalías que sí se impone a los propietarios de SUNC, pese a que éstos contribuyen a la efectiva producción de esa plusvalía y aquellos no; todo ello permite dudar de la importancia relativa que puede tener esta afirmación accesoria de la STC 164/2001 en relación con la otra línea apuntada, que es la principal por decisiva, y que consiste en entender que la regulación del derecho de propiedad no es discriminatoria si no atiende a las circunstancias personales o sociales de los concretos e individualizados propietarios.

En definitiva: desde la perspectiva del derecho de igualdad, garantizado por el artículo 14 CE, la solución establecida en la Sentencia objeto de este comentario sobre la conformidad constitucional del artículo 14 de la LRSV también resulta coherente con la Doctrina afirmada sobre el particular por la STC 164/2001, pero ya no se alude ni siquiera en abstracto a la posibilidad de que el artículo 14 CE se vulnere cuando el agrupamiento de los propietarios sea irrazonable.

2.5 La diferencia entre SUC y SUNC y la competencia autonómica para su definición

Las abismales diferencias que establece el artículo 14 de la LRSV entre los propietarios de SUC y SUNC quizá nos indujeran a creer que ambas clases o subcategorías de suelo urbano están perfectamente definidas por circunstancias objetivas que justifican la diferencia de tratamiento. Posiblemente incluso habrían de estarlo, si consideramos que la igualdad básica en el ejercicio del derecho de propiedad significa que los propietarios de dos fincas cuyas condiciones objetivas sean análogas han de encontrarse en una posición jurídica «básicamente igual» ante la Administración, aunque una de esas fincas esté situada en Madrid y la otra en Extremadura, y que el juego de la competencia autonómica ya se produce completando la regulación de cada una de las clases de suelo definidas por el legislador estatal.

Sin embargo ya hemos visto que la cruda realidad sobre esa igualdad básica consiste en que los propietarios no tienen garantizado un mínimo de aprovechamiento urbanístico frente a la actividad planificadora de los órganos administrativos, y que por tanto el 100 o el 90 por 100 de aprovechamiento que les corresponde en el reparto entre los propietarios y la Comunidad puede aplicarse sobre aprovechamientos de base muy diferentes. También que la imposición del deber de ceder por participación de la comunidad en plusvalías puede imponerse haciendo abstracción de la efectiva existencia o inexistencia de esas plusvalías, concentrándose en unas clases de suelo y eximiendo a otras siempre que la clasificación del suelo no se vincule al sexo, religión, raza u otras circunstancias personales de los concretos propietarios. Ahora vamos a comprobar que las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad se establecen atendiendo a las diversas clases de suelo, y que las comunidades autónomas tienen un indefinido ámbito competencial para definir las condiciones objetivas que permiten adscribir una finca a una u otra clase, con la lógica consecuencia de que fincas con idénticas características objetivas pueden tener la consideración de SUC en Madrid y de SUNC en Extremadura y que, por lo tanto, el régimen jurídico aplicable a sus respectivos propietarios será radicalmente distinto y la «igualdad básica» presenta otra vía de agua.

Así, como claramente resulta del FJ 5 de la sentencia comentada, esa igualdad básica entre propietarios en todo el territorio nacional consiste en que todos los propietarios de SUC de España patrimonialicen el 100 por 100 del aprovechamiento urbanístico correspondiente a cada parcela o solar. Pero la LRSV no incluye definición alguna sobre los terrenos que constituyen el SUC, limitándose sus artículos 13 y 14.1 a reconocer a los propietarios de esta clase de suelo el derecho-deber de completar la urbanización necesaria para que sus terrenos alcancen la condición de solar, pero sin definir el solar ni lo que puede entenderse como «completar la urbanización» (a todos estos problemas aludimos en nuestro trabajo, citado anteriormente, «Los últimos acontecimientos relacionados con la gestión del suelo urbano»). Además la STC 164/2001 trató de equilibrar el indudable vaciamiento de competencias autonómicas que producía el artículo 14 de la LRSV en relación con el SUC mediante una especie de permuta de la competencia para completar la regulación de esta clase de suelo por la competencia para definirlo o, al menos, eso parece deducirse de la afirmación hecha en el FJ 19 de esta última Sentencia, según el cual: «Del artículo 14 LRSV no resulta un deber de distinguir en el

planeamiento esas dos categorías. Menos aún contiene el artículo 14 LRSV criterios concretos sobre cuándo el suelo urbano debe considerarse consolidado por la urbanización y cuándo no. En estos términos es claro que la regulación estrictamente patrimonial del artículo 14 LRSV en nada limita ni condiciona las competencias urbanísticas de las Comunidades Autónomas».

La crisis de igualdad básica derivada del hecho de que una misma finca pueda ser SUC en una comunidad autónoma y SUNC en otra, así como la posibilidad de que las Comunidades Autónomas amplíen el ámbito del SUNC, y, eventualmente, lleguen a clasificar todo el suelo urbano como SUNC, lleva al TC a afirmar la existencia de un límite a esa facultad definitiva autonómica que se identifica, como en la famosa serie de ciencia ficción de los años sesenta, con los «límites de la realidad». Así, como dice el Alto Tribunal en el FJ 20 de la misma STC 164/2001: «*Debemos recordar, antes que nada, que los criterios de distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado los establece –en los límites de la realidad– cada Comunidad Autónoma. En consecuencia será cada Comunidad Autónoma, al fijar los criterios de consolidación por urbanización, quien determine también qué suelo urbano soporta deberes de cesión y cuál no*».

Los problemas de esta confusa argumentación, ya referidos en nuestro trabajo citado anteriormente, son, en primer lugar, que no sabemos cuáles son esos «límites de la realidad», porque pese a la referencia que suele hacerse en el ámbito urbanístico al suelo urbano consolidado «de hecho» (con reflejo en alguna norma autonómica), la categoría de SUC es, como todas las demás, un concepto jurídico en relación con el cual las circunstancias fácticas sólo pueden constituir elementos utilizados por el legislador en su definición. La tradición legislativa consistente en definir el suelo urbano por la existencia de unos servicios urbanísticos básicos o la consolidación edificatoria en un determinado porcentaje de la superficie, así como la relación del SUC con el que no precisa de actuaciones conjuntas o sistemáticas para realizar obras de urbanización, o, en sentido mucho más amplio, para ejecutar el plan, carece de cualquier apoyo jurídico distinto del proporcionado por la norma que contenga esas definiciones (y desde luego la LRSV no las contiene). Sin mencionar que esa norma está sometida a las dudas interpretativas que plantean los conceptos utilizados, porque será difícil saber cuándo existe una situación de hecho que requiera actuar sistemáticamente (y por tanto cuándo nos encontramos ante SUNC) o no lo requiera (y por tanto cuándo estamos ante SUC) si no sabemos cuál es el alcance concreto de los términos «actuación urbanística» y «actuación sistemática», cosa que en parte resulta imposible porque la uniformidad conceptual empleada por el TRLS de 1992 le pareció uniformidad de regulación al TC en la STC 61/1997. Con todo, parece que para la STC 164/2001 «complementar la urbanización» equivale a complementar las obras de urbanización destinadas a la implantación de los servicios urbanísticos básicos mencionados en el artículo 8 a) de la LRSV; puestas así las cosas la incertidumbre se reduce un poco, al constituir el SUC los terrenos que tienen ya esos servicios aunque necesiten «complementarlos» y ser esa realidad la que establece un límite a la competencia autonómica para clasificar ese suelo como SUNC.

El segundo de los problemas planteados por la competencia autonómica para definir el SUC «en los límites de la realidad» es que en relación con los terrenos donde operen los límites la competencia autonómica para completar la regulación del SUC no existe y tampoco se puede sustituir por la compe-

tencia para clasificar el suelo como SUNC. Y, por supuesto, donde esos límites no lleguen, la competencia autonómica para concretar las características de los terrenos que se clasificarán como SUC y SUNC producirá tremendas diferencias entre propietarios de terrenos con idénticas condiciones objetivas, por el hecho de que una Comunidad Autónoma considere los terrenos en que concurren dichas condiciones como SUC y otra como SUNC. En resumen: la permuta de la facultad para completar la regulación estatal de una clase de suelo y la competencia para definir las características de la misma no es la piedra filosofal, sino una manta corta que no puede cubrir al mismo tiempo la competencia autonómica y la igualdad básica.

En último término, y como ha hemos visto, el FJ 5 de la sentencia comentada constituye también correlato inexorable de la doctrina expuesta y establecida por la STC 164/2001.

2.6 La alusión al artículo 28 de la LRSV

El artículo 28 LRSV traslada la diferencia establecida por el artículo 14 LRSV entre el SUC y el SUNC, a la definición del aprovechamiento urbanístico tomado como base para calcular el valor de un terreno en caso de expropiación forzosa. Así, el apartado 3 del citado artículo 28 dice que en SUC ese aprovechamiento de referencia es «*el establecido por el planeamiento para cada terreno concreto*», mientras que en SUNC se acude al «*resultante del correspondiente ámbito de gestión en que esté incluido*», o, en caso de reforma, renovación o mejora urbana, al «*resultante del planeamiento o el resultante de la edificación existente, si fuera superior*» (apartados 1 y 2 del citado artículo 28). Lo cierto es que la confusión a que probablemente sólo nosotros hemos llegado hace que nos resulte curioso que el Abogado del Estado alegue que la Ley vasca vulnera también el artículo 28 de la LRSV, al tiempo que nos parece excesivo el alcance de la argumentación desarrollada por el TC para descartar esa imputación.

Como hemos visto el artículo 28 regula los criterios para determinar el valor del suelo urbano a efectos expropiatorios, estableciendo el aprovechamiento urbanístico que ha de tomarse como base para calcular el justiprecio correspondiente mediante la aplicación del valor catastral a ese aprovechamiento, o, en caso de inexistencia o pérdida de vigencia de esos valores, de los valores de repercusión del suelo en la edificación obtenidos por el método residual. Así, en cuanto a la argumentación del Abogado del Estado ha de destacarse que en caso de expropiación no se reduce ningún porcentaje del aprovechamiento tomado como base para calcular el justiprecio, tanto si se trata de SUC como si nos encontramos ante SUNC: el justiprecio se calcula en ambos casos sobre el 100 por 100 del aprovechamiento establecido para cada terreno o para el ámbito de gestión en que esté incluido, respectivamente. Probablemente el legislador ha tenido en cuenta que la plusvalía experimentada por el suelo, aunque existiera, nunca beneficiaría a un propietario que es objeto de expropiación, sino, en todo caso, al beneficiario de dicha actuación expropiatoria, y por tanto que la participación de la comunidad podrá exigirse o no exigirse en actuaciones no expropiatorias, pero nunca podrá utilizarse para reducir el justiprecio a pagar al expropiado: este es, a nuestro juicio, el único motivo que debió esgrimir el TC para descartar la infracción del artículo 28 de la LRSV por la Ley vasca.

Sin embargo el TC hace una afirmación de mayor alcance, al decir que los métodos de valoración de dicho precepto nada establecen sobre cuál sea el aprovechamiento urbanístico del terreno, y eso es algo difícil de admitir por muchas diferencias sustantivas que la Jurisprudencia Constitucional haya intentado establecer entre la expropiación forzosa y otros ámbitos de la gestión urbanística, para intentar justificar la diferencia competencial que el mismo TC trazó entre esos ámbitos materiales. Porque cuando el artículo 28 toma como referencia el aprovechamiento del polígono o unidad urbanística de ejecución en que esté incluida una parcela de SUNC, o el aprovechamiento establecido por el planeamiento para cada terreno concreto de SUC, es difícil asumir que no esté aludiendo, en ambos casos y simultáneamente, al aprovechamiento que forma parte del contenido urbanístico del derecho de propiedad para cualquier otro efecto, dejando aparte la eventual participación en plusvalías de la comunidad por el motivo que expresamos con anterioridad. En otro caso la indemnización sería excesiva o sería parcial, y ambas consecuencias parecen prohibidas por el artículo 33 de la CE: por tanto creemos que el artículo 28.3 de la LRSV puede alegarse para afirmar que en SUC no pueden establecerse ámbitos territoriales equivalentes a las áreas de reparto del TRLS de 1992, diferenciando así entre el aprovechamiento reconocido al propietario (o aprovechamiento subjetivo), y el aprovechamiento real o efectivamente materializable que el plan asigna a la finca objeto de su dominio, por mucho que esa conclusión ofenda al principio de distribución equitativa de beneficios y cargas derivados del planeamiento. Pero desde luego la sentencia comentada induce a la duda sobre estos aspectos, constitutivos de otra historia que debe ser contada en otro lugar.

2.7 Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad

La sentencia limita la retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad, por razones de seguridad jurídica, a la exigencia futura de cesiones o a procedimientos administrativos y procesos judiciales donde no haya recaído una resolución firme, haciendo aplicación de la jurisprudencia sentada anteriormente sobre la aplicación del límite de la cosa juzgada a las resoluciones administrativas firmes. La vinculación de este límite con la protección de las haciendas locales parte del sobreentendido de que el pago en metálico del porcentaje de aprovechamiento correspondiente a la comunidad, que frecuentemente sustituirá al pago en terrenos, no es una «compra» por el propietario del derecho a la adjudicación de terrenos en especie que ostenta esa comunidad, sometida como tal a las reglas y plazos de impugnación del derecho privado, sino la consecuencia de un acto administrativo de ejecución del planeamiento cuya firmeza convierte ese pago en irreplicable.

La cuestión puede resultar menos clara en un esquema que, en lugar de otorgar el 100 por 100 de aprovechamiento al propietario y gravarle con el deber de ceder el 10 por 100 (como sucedía en el TRLS de 1976 y sucede en la LRSV), tome como punto de partida la directa atribución a la comunidad del porcentaje de aprovechamiento correspondiente a su participación en plusvalías (como sucedía en el TRLS de 1992, que no imponía el deber de ceder un 15 por 100 sino que sólo otorgaba al propietario el 85 por 100 restante). Por tanto resulta menos clara en las comunidades autónomas que

adoptaron como legislación propia la parte del TRLS de 1992 declarada inconstitucional por la STC 61/1997, ya que en ellas podrá plantearse la duda sobre la eventual calificación de ese acto jurídico como venta por la Administración al propietario del porcentaje de aprovechamiento que la ley, posteriormente declarada inconstitucional pero incorporada a ese acto como contenido contractual, atribuía directamente a aquella. Admitida esta construcción, el paso posterior consistiría en determinar si ese contrato tiene naturaleza administrativa o civil, y, en este último caso, si resultaría impugnabile por error del comprador acerca de una presuposición tan claramente incorporada al contrato como es la obligación legal de adquirir ese aprovechamiento. Como no parece que el promotor que compró el aprovechamiento correspondiente a la comunidad pueda impugnar el contrato por vicio del consentimiento una vez que haya vendido ese aprovechamiento junto con el suelo a los adquirentes de edificaciones, deberíamos decidir si esos subadquirentes tienen alguna acción para que se les reintegre el importe abonado por el promotor e incorporado al precio de sus edificaciones como cualquier otro coste empresarial.

Todas estas cuestiones quizá resulten algo secundarias en relación con el aprovechamiento objeto de participación en plusvalías, porque aquí la naturaleza jurídico-pública del acto o contrato parece bastante clara y los Tribunales de la Jurisdicción Contenciosa abordarán el caso, y de hecho lo están haciendo, como si se tratara de una exacción tributaria y por tanto de un acto administrativo (ver en este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 15 de septiembre de 1997, aludida en nuestro trabajo *TAUS: aspectos de gestión y registrales*, Madrid, 2000, págs. 128-137). Pero pueden adquirir mayor relevancia cuando se trate de aprovechamientos comprados o vendidos en concepto de distribución equitativa de beneficios y cargas entre los propietarios de SUC, o de contribución de los mismos a la obtención de terrenos dotacionales, si se entiende, como parece probable, que el artículo 14 LRSV también les exonera de los deberes de ceder terrenos dotacionales y equidistribuir beneficios y cargas: porque en este caso el aprovechamiento es «vendido» por la Administración en ejercicio de una mediación impropia entre los propietarios y como complemento de la normal contratación de esos aprovechamientos entre los mismos, de modo que el importe obtenido por la Administración con las «ventas de aprovechamiento» o transferencias de aprovechamientos urbanísticos (TAUS), debe destinarse a financiar la compra del aprovechamiento reconocido a los dueños de terrenos dotacionales o el aprovechamiento subjetivo que determinados propietarios no pueden materializar sobre su finca, compensándoles así por la desigual atribución de edificabilidades.

Desaparecida la base legal para exigir que algunos propietarios hubieran de comprar ese aprovechamiento a la Administración o a otros propietarios, no habría de existir ningún obstáculo relacionado con la seguridad jurídica o la quiebra del principio de suficiencia financiera de las haciendas locales que pudiera oponerse a las acciones entabladas por los compradores frente a la Administración para que les devolviera el importe del aprovechamiento indebidamente vendido o les indicara el propietario a quien se lo hayan abonado en esa intervención impropriamente mediadora. De otro modo se trataría de modo diverso a quien compró a la Administración y a quien adquirió ese aprovechamiento de otro particular, pues en esos supuestos la posibilidad de acudir a la Jurisdicción Civil para impugnar el contrato

por el error existente sobre la necesidad legal de comprar el aprovechamiento, claramente incorporada al contrato como presuposición, parece menos dudosa. Pese a todo dudamos mucho que estas consideraciones tengan alguna incidencia práctica, considerando el tono grisáceo que, salvo honrosas excepciones, presenta el análisis jurídico de este convulsionado sector jurídico; en cualquier caso, y por si algún lector tuviera curiosidad por profundizar en tales cuestiones, volvemos a remitir a nuestro trabajo «Los últimos acontecimientos relacionados con la gestión del suelo urbano consolidado», citado anteriormente, y a nuestras obras específicas sobre las transferencias de aprovechamientos urbanísticos: *TAUS: aspectos de gestión y registrales*, Madrid, 2000, y *El aprovechamiento urbanístico transferible*, Madrid, 1995.

Juicio de constitucionalidad sobre los baremos para determinación y valoración tasada de los daños y perjuicios derivados de accidentes de circulación: de la STC 181/2000 a la STC 49/2002

FRANCISCO VELASCO CABALLERO
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Planteamiento.*—II. *Juicio general sobre el sistema de baremos.*—III. *Juicio de constitucionalidad sobre el baremo de indemnizaciones para las incapacidades temporales y los perjuicios económicos derivados (tabla V del anexo):* 1. Daños y perjuicios causados por riesgo. 2. Daños y perjuicios causados por culpa relevante del conductor: A) Daños corporales con «culpa relevante»; B) Perjuicios económicos con culpa «relevante» del conductor.—IV. *Cuestionamiento general del sistema de baremos a partir el artículo 24.1 CE.*—V. *Alcance de la declaración de inconstitucionalidad.*—VI. *Jurisprudencia constitucional conforme a la «doctrina constitucional» de la STC 181/2000.*

I. PLANTEAMIENTO

La STC 181/2000, de 29 de junio, ha resuelto varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas que habían sido planteadas por distintos órganos judiciales a la hora de aplicar los baremos contenidos en el anexo de la ahora denominada Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRC), que originariamente fue aprobada por el Decreto 632/1968 con otro nombre («Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor») y cuya redacción enjuiciada —luego modificada— provenía de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. La LRC había establecido por anexo un «sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación»¹. Sobre aquel sistema de tasación de daños y

¹ Los preceptos cuestionados son: Artículo 1. De la responsabilidad civil. Apartado 2: «Los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conacidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán

perjuicios la Sala Primera del Tribunal Supremo había expresado ya —en *obiter dictum*— no sólo sus dudas, sino incluso su juicio negativo de constitucio-

en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente ley.»

Disposición adicional. Mora del asegurador: «Si el asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación en el seguro de responsabilidad civil para la cobertura de los daños y perjuicios causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación, la indemnización de daños y perjuicios debidos por el asegurador se regirá por lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, con las siguientes peculiaridades: 1) No se impondrán intereses por mora cuando las indemnizaciones fuesen satisfechas o consignadas judicialmente dentro de los tres meses siguientes a la fecha de producción del siniestro. 2) En los daños causados a las personas con duración superior a tres meses o cuyo exacto alcance no puede ser determinado en la consignación, el juez, al realizarse la misma, decidirá sobre la suficiencia o ampliación de la cantidad consignada por el asegurador, previo informe del médico forense si fuera pertinente, atendiendo a la cuantía aproximada que pudiera corresponder con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley. Contra esta resolución judicial no cabrá recurso alguno. 3) Cuando, con posterioridad a una sentencia absolutoria u otra resolución judicial que ponga fin provisional o definitivamente a un proceso penal en la que se haya acordado que la suma consignada en tiempo y forma fuera devuelta a la aseguradora, se inicie un juicio ejecutivo o verbal se impondrá el interés anual a que se refiere el artículo 20.4 de la Ley de Contrato de Seguro desde la fecha del siniestro, salvo que nuevamente fuera consignada la indemnización al atender el requerimiento de pago a que se refiere el artículo 1.442 o al inicio de la comparecencia prevista en el artículo 730, respectivamente, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Anexo. Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Apartado primero. Criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización. «1. El presente sistema se aplicará a la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidente de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso.» ... «5. Darán lugar a indemnización la muerte, las lesiones permanentes, invalidantes o no, y las incapacidades temporales.»... «7. La cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas y la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud. Para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado. Son elementos correctores de disminución en todas las indemnizaciones, incluso en los gastos de asistencia médica y hospitalaria y de entierro y funeral, la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias y, además, en las indemnizaciones por lesiones permanentes, la subsistencia de incapacidades preexistentes o ajenas al accidente que hayan influido en el resultado lesivo final; y son elementos correctores de agravación en las indemnizaciones por lesiones permanentes la producción de invalideces concurrentes y, en su caso, la subsistencia de incapacidades preexistentes.»

Apartado segundo. Explicación del sistema.

c) Indemnizaciones por incapacidades temporales (tabla V). «Estas indemnizaciones serán compatibles con cualesquiera otras y se determinan por un importe diario (variable según se precise, o no, estancia hospitalaria) multiplicado por los días que tarda en sanar la lesión y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla».

Tabla V. Indemnizaciones por incapacidad temporal (Compatibles con otras indemnizaciones). «A) Indemnizaciones básicas (incluidos daños morales). Día de baja (hasta un máximo de dieciocho meses): Durante la estancia hospitalaria: 7.000 pesetas de indemnización diaria. Sin estancia hospitalaria: 3.000 pesetas de indemnización diaria.

B) Factores de corrección. Descripción. Porcentaje-aumento. Porcentaje-disminución. Perjuicios económicos: Ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal: Hasta 3.000.000 de pesetas: Hasta el 10 por 100. De 3.000.001 hasta 6.000.000 de pesetas: Del 11 al 25 por ciento. De 6.000.001 hasta 10.000.000 de pesetas: Del 26 al 50 por 100. Más de 10.000.000 de pesetas: Del 51 al 75 por 100. Elementos correctores de disminución del apartado primero, 7 de este anexo: Hasta el 75 por ciento».

nalidad (STS-Civil 280/1997, de 26 de marzo²). El fundamento común a las cuestiones de inconstitucionalidad residía en que el carácter vinculante de los baremos para la valoración de daños y perjuicios impedía a los jueces la satisfacción procesal de pretensiones resarcitorias fundadas en daños procesalmente acreditados. En los términos que luego se precisarán, la STC 181/2000 ha declarado la no inconstitucionalidad del «sistema de baremos» en su conjunto, con excepción de la tabla V-B del anexo de la LRC cuando se aplica a daños derivados de la circulación causados con culpa relevante y exclusiva del conductor.

La «doctrina constitucional» de la STC 181/2000 ha tenido una recepción desigual en doctrina y jurisprudencia. El Tribunal Supremo, de un lado, ha acomodado su jurisprudencia a la doctrina de la STC 181/2000. Con más dificultad lo han hecho los Jueces y Tribunales en primera instancia y apelación, donde aún se defienden lecturas «flexibilizadoras» o «integrativas» de las tablas de la LRC. En la doctrina de los autores prima, con carácter general, una valoración «civil» de la STC 181/2000. Esto es, se analiza aquella STC por su grado de correspondencia con categorías civiles supuestamente asentadas³ o en trance de serlo (las que provienen del análisis económico del derecho de daños)⁴. Con frecuencia estos análisis se muestran fuertemente influidos por la defensa *a priori* de los intereses de las compañías aseguradoras o por una oposición de principio frente a las mismas. Al Tribunal Constitucional se reprocha, con notable insistencia, no haber proporcionado un buen sistema —completo y seguro— para la valoración de los daños derivados de hechos de la circulación. Y no faltan, por último, consideraciones críticas extravagantes, que con escasa fundamentación se permiten sostener que «la sentencia está mal construida»⁵. Ante estas observaciones es preciso recordar el carácter estricto y limitado del juicio de constitucionalidad que se regula en el artículo 27.1 LOTC. Nada autoriza al Tribunal Constitucional a incorporar en su juicio de constitucionalidad una valoración sobre la eficiencia económica del sistema de daños configurado por el legislador. Así que cuando se afirma que «el nuevo sistema redefinido por nuestro Tribunal Constitucional tiene todos los inconvenientes a cambio de ninguna de las ventajas»⁶ se prescinde de la premisa esencial del juicio de constitucionalidad: la contradicción de una norma legal con un precepto constitucional es en sí «inconveniente» y de su superación resulta directamente la «ventaja». Esta idea está expresada

² Reiterada por la misma Sala en las SSTS 431/1997, de 24 de mayo; 543/1997, de 19 de junio; y por la Sala de lo Penal en las SSTS 695/1999, de 9 de julio; 240/2000, de 23 de febrero y 633/2000, de 14 de abril.

³ Así las críticas de J. FERNÁNDEZ ENTRALGO, *La valoración del daño corporal en hechos de la circulación. Comentarios a las primeras sentencias del Tribunal Constitucional*, pp. 68, 87 y 148. El valor estas críticas ha de relativizarse a la vista del escaso rigor expositivo que, a mi juicio, muestra la obra citada.

⁴ J. PINTOS AGER, «Alcance de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el sistema de valoración para accidentes de circulación», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1 [2001] pp. 165 ss. (pp. 184 y 186).

⁵ Así, F. J. JIMÉNEZ LECHUGA, «La creación de riesgos como consecuencia de la circulación de vehículos a motor y las exigencias de reparación integral de los daños ocasionados a los particulares. Los sistemas de aseguramiento de riesgos. En particular, el caso de la STC 181/2000, de 29 de junio», *RAP* núm. 155 [2001], pp. 165 ss. (p. 182).

⁶ J. PINTOS AGER, *Alcance...*, p. 168

—siquiera de forma incidental— en el FJ 12 de la STC 181/2000 cuando se razona que: «El valor justicia del artículo 1.1 CE no puede, pues, identificarse unilateralmente con particulares modos de entender lo justo, ni con una forma de fiscalización de la constitucionalidad de la ley en atención a los resultados».

La «doctrina constitucional» de la STC 181/2000, dictada en un proceso de control indirecto de Ley, no ha extinguido la litigiosidad constitucional sobre los baremos de la LRC y su aplicación a los casos concretos. Problemas similares a los planteados por la tabla V de la LRC («incapacidades temporales»), se plantean también en relación con los «factores de corrección» de las tablas II (fallecimiento) IV y VI (lesiones permanentes), no enjuiciados en la STC 181/2000. De otro lado, la doctrina de esta Sentencia proyecta sombras de inconstitucionalidad sobre la tabla I de la LRC (posibles beneficiarios de indemnizaciones por fallecimiento). De ahí que la doctrina de la STC 181/2000 aún deba proyectarse sobre nuevos procesos de control indirecto de la Ley 30/1995⁷. Además, la doctrina constitucional de la STC 181/2000 también ha de tener reflejo en procesos de amparo; unos admitidos a trámite antes de la STC 181/2000, otros de necesaria admisión a trámite conforme a lo resuelto en aquella sentencia. En suma, el juicio constitucional a los baremos de la LRC es una labor aún hoy inacabada.

El hecho de que la STC 181/2000 no haya culminado el juicio de constitucionalidad al sistema de baremos plantea graves problemas aplicativos a los Jueces y Tribunales. Ante los órganos judiciales se abre la opción de aplicar llanamente las tablas I, II, IV y VI de la LRC, plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con esas tablas, o «flexibilizar» su aplicación (superando los topes indemnizatorios máximos), aplicando así directamente la doctrina de la STC 181/2000. La opción que siga cada Juez y Tribunal ha de partir, en todo caso, de una adecuada comprensión sobre el alcance del juicio constitucional y sobre los términos del fallo de la STC 181/2000. Ese es el objetivo de este comentario. Para esa tarea se van a analizar no sólo la propia STC 181/2000, sino otras SSTC dictadas en procesos de amparo y diversas sentencias de órganos judiciales dictadas con posterioridad.

La comprensión del juicio de constitucionalidad en la STC 181/2000 depende, en gran medida, del orden de lectura que se siga: Si se atiende al orden numeral de los FFJJ se llega a la conclusión de que el Tribunal ha confirmado la constitucionalidad del sistema legal de baremos de la LRC excepto en un aspecto concreto de una tabla de tasación (la tabla V-B, en lo que se refiere a la tasación de los perjuicios causados mediante culpa relevante del conductor), siendo ésa la perspectiva que habría que seguir en la lectura del disonante FJ 20. Ahora bien, si se empieza a leer la STC 181/2000 a partir del FJ 20 se llega a la conclusión de que, como señalan los tres VV.PP. a la sentencia, el sistema legal de tasaciones resulta cuestionado en su práctica totalidad. Esta afirmación requiere, no obstante, una aclaración: En las cuestiones acumuladas en la STC 181/2000 sólo se planteaba la posible inconstitucionalidad de la tabla V del anexo de la LRC (incapacidades temporales); no se

⁷ Una relación y descripción de las cuestiones de inconstitucionalidad ya admitidas a trámite en el Tribunal Constitucional se encuentra en J. PINTOS AGER, «¿Qué ha cambiado tras la STC 181/2000, de 29 de junio, sobre el baremo?», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Tomo I [2001], pp. 2041 ss. (p. 2046).

planteaba específicamente la constitucionalidad de las demás tablas (I y II: fallecimiento; III, IV y VI: lesiones permanentes). Eso explica que, aunque la fundamentación de la STC 181/2000 sirva para el conjunto de las tablas, el fallo anulatorio está únicamente referido a parte de aquella tabla V-B. Ciertamente es que de la fundamentación de la STC 181/2000 (en especial, FFJJ 20 y 21) resultan argumentos para cuestionar –al menos– las tablas I (posibles perjudicados por fallecimiento) y II (factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte); así lo anuncia el propio Tribunal Constitucional en la STC 244/2000, FJ 4. Ahora bien, el hecho de que aquellas tablas sean –en hipótesis– cuestionables, no permite que Jueces y Tribunales anticipen el juicio de constitucionalidad y relativicen directamente su valor vinculante, como en ocasiones sugiere el Tribunal Supremo⁸.

Conforme a lo anunciado, en la STC 181/2000 hay que distinguir con nitidez entre el juicio general al sistema de baremos y el juicio específico sobre la tabla V del sistema, que se refiere a las indemnizaciones por incapacidades temporales derivadas de accidentes de circulación. Exposición distinguida se hace del FJ 20, cuya coherencia con el resto de la sentencia no resulta fácil *a priori*.

II. JUICIO GENERAL SOBRE EL SISTEMA DE BAREMOS

El verdadero meollo de la STC 181/2000 está, en realidad, en la identificación del alcance normativo del sistema de baremos cuestionado. Al respecto el Tribunal parte de identificar con nitidez dos conceptos indemnizatorios en el anexo de la LRC: daño personal (así, lesiones temporales o permanentes), y perjuicios económicos derivados del daño personal. Esta distinción –difusa y en ocasiones confusa en el texto del anexo– permite al Tribunal una aplicación diferenciada de los distintos cánones de constitucionalidad. También interpreta el Tribunal que el sistema de baremos es aplicable a todos los casos de accidentes de circulación: tanto los causados por riesgo como los causados con culpa (civil o penal), y tanto los incluidos como los excluidos del régimen de seguro obligatorio. Por fin, la última premisa interpretativa de la que parte el Tribunal es la de que el sistema de baremos es vinculante, y no propiamente orientativo (como el baremo contenido en la Orden de Ministerio de Economía de Hacienda de 5 de marzo de 1991). Aunque el Tribunal no precise más, la afirmación de la «vinculatoriedad» de los baremos se entiende en su sentido más amplio: no sólo obliga a una tasación predeterminada de ciertos daños, sino que excluye la identificación de todo daño o perjuicio fuera de las previsiones de los baremos. De esta forma se corrige la interpretación del anexo como un sistema «orientativo» o «indicativo», a lo que venían haciendo referencia las Salas de lo Civil y Penal del Tribunal Supremo⁹. Así lo hacen saber expresamen-

⁸ SSTs-Penal 2011/2000, de 20 de diciembre; 526/2001, de 2 de abril. Véase también, SAP de Sevilla (4.ª), de 19 de julio de 2001.

⁹ STS-Civil de 26 de marzo de 1997; STS-Penal, de 14 de abril de 2000.

te ambas Salas en las resoluciones dictadas con posterioridad a la publicación de la STC 181/2000¹⁰.

Si atendemos al fallo de la STC 181/2000, que es parcialmente anulatorio (*vid. infra* V), bien se podría decir que se habría llegado a un resultado materialmente equivalente mediante la interpretación de que los baremos, aun siendo vinculantes, no impiden la identificación y tasación de otros daños y perjuicios no contemplados por la Ley. Pero de esta forma se estaría negando la conveniencia misma de acudir al Tribunal Constitucional, pues a aquella interpretación limitativa de la LRC también podían haber llegado los Jueces mediante una interpretación de la Ley conforme con la Constitución; el resultado último de esa opción habría sido una cierta ruptura de la concentración de control constitucional de la Ley. Esta puede ser la explicación de la afirmación, algo enigmática, del FJ 4, apartado 2: «Pues bien, esta inicial premisa interpretativa (el carácter vinculante absoluto de los baremos) ha de ser compartida como acertada. No cabe albergar duda alguna acerca de que la obligación constitucionalmente impuesta a los Jueces y Tribunales de aplicar las leyes postconstitucionales vigentes, no puede ser desatendida por el hecho de que se haya acudido a una pretendida interpretación de sus preceptos conforme a la Constitución».

Ningún reproche constitucional merece para el Tribunal la opción legislativa, contenida en la Ley 30/1995, de tasar las indemnizaciones debidas por los daños y perjuicios ocasionados en accidentes de circulación. Para llegar a esta conclusión el TC parte de reconocer la peculiaridad que dentro de la responsabilidad aquiliana entraña la derivada de los accidentes de circulación; tanto por razones normativas (como la extensión de la imputación por riesgo y la obligación de contratar seguros) como por razones sociales: generalización de la circulación a motor y de los accidentes de ella derivada, entre otros. Partiendo de reconocer la peculiaridad de la responsabilidad por accidentes de circulación, el Tribunal enjuicia el sistema de baremos conforme a los cánones propuestos en las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas: arts. 15; 14; 9.3; 1.1; 117.3 y 24.1 CE.

a) En relación con el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE) el Tribunal distingue entre el ámbito de protección subjetiva del derecho fundamental, que no incluye la facultad de exigir la reparación de los daños a la vida y a la integridad, y el mandato –también contenido en el artículo 15 CE– para que el legislador establezca medidas de resarcimiento del daño causado en los bienes de la personalidad de las víctimas. Este mandato rige sólo en relación con los daños personales (en sentido estricto), que son los que guardan relación con los bienes de la personalidad protegidos por el artículo 15 CE, pero no respecto de los perjuicios económicos que derivan de los daños personales, pues al no haber aquí menoscabo de la vida y la integridad psicofísica tampoco hay mandato de reparación *ex* artículo 15 CE. (FJ 8). El mandato del artículo 15 CE no exige del legislador el establecimiento de un sistema de reparación íntegra, sino de reparación suficiente (en el sentido de respetuosa con la dignidad humana: artículo 10.1 CE) que abarque al ser humano en todo su ser (por tanto, sin exclusiones injustificadas) y que sea

¹⁰ SSTS-Penal 420/2001, de 15 de marzo; 632/2001, de 16 de abril. Como excepción, en el ATS-Penal 3131/2000, de 20 de diciembre se dice que el Tribunal Constitucional, al igual que el Tribunal Supremo, ha afirmado en la STC 181/2000 el carácter «no vinculante» del baremo.

igual para todas las víctimas, como igual es su dignidad (FJ 9)¹¹. Desentrañado así el alcance del mandato legislativo del artículo 15 CE, el Tribunal considera que el sistema de baremos contenido en la Ley 30/1995 abarca los distintos daños a la vida y la integridad, pues prevé indemnizaciones tanto por muerte como por lesiones, siendo así que aquellas indemnizaciones no pueden reputarse insuficientes.

b) El juicio constitucional de igualdad (art. 14 CE) se simplifica notablemente, al rechazar el Tribunal el esquema conceptual propuesto en las cuestiones de inconstitucionalidad. Frente a las distintas comparaciones propuestas (daños por accidentes de tráfico y por otras causas; daños por accidentes de circulación a las personas y a las cosas) el Tribunal niega que en las regulaciones objetivas que no miran a personas o grupos de personas, sino a circunstancias objetivas en que se pueden encontrar las personas —como son las situaciones de daño y perjuicios derivadas de accidentes de circulación— pueda estar en juego el artículo 14 CE; y ello porque falta el elemento relacional subjetivo que es esencial al derecho fundamental a la igualdad. Concluye así el Tribunal que «la medida legislativa podrá, en su caso, ser contraria al principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3) mas nunca podrá estimarse vulnerado el derecho a la igualdad *ex* artículo 14 CE (FJ 10). En este reequilibrio de cánones constitucionales el Tribunal media, *de facto*, en una conocida polémica sobre la sustantividad del principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) respecto de la prohibición de discriminación (art. 14 CE). Pues si por un lado queda claro que ambos mandatos tienen una base común, lo que les permite funcionar como vasos comunicantes, por otro lado queda también establecido que es la interdicción de la arbitrariedad el canon idóneo para enjuiciar normas que no diferencian entre personas, sino entre las distintas situaciones en que éstas se pueden encontrar¹².

c) Tampoco considera el Tribunal que el sistema de baremos de la Ley 30/1995 vulnere el valor superior de justicia enunciado en el artículo 1.1 CE. Y ello, básicamente, porque la justicia es un «concepto tendencialmente abierto y plural». Es la falta de concreción constitucional del valor justicia (en el art. 1.1 CE) lo que lleva al Tribunal a considerar que se trata de un canon «complementario», en especial, del principio de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE (FJ 12)

d) El posible reproche de arbitrariedad (art. 9.3 CE) sobre el sistema legal de baremos en su conjunto también es rechazado. Se atiende el Tribunal a la formulación estricta del principio de interdicción de la arbitrariedad como «carencia de toda explicación racional» (FJ 13) y advierte seguidamente que la tasación de las indemnizaciones en los accidentes de circulación tiene

¹¹ En el VP Conde se considera que de los términos del FJ 9 resulta no sólo la constitucionalidad de la tasación, *ex* artículo 15 CE, sino incluso que sólo la tasación igual es conforme con el artículo 15 CE. Sentada esta premisa, el VP Conde afirma que la dignidad se plasma precisamente en la individualidad de cada persona, por lo que no sería inconstitucional *per se* un sistema legal que permitiera la individualización de las indemnizaciones. La STC 267/2000, de 13 de noviembre, dictada en proceso de amparo, parece dar la razón al Magistrado Conde Martín de Hijas cuando dice que «el respeto a la dignidad humana (art. 10.1 CE) obliga a que la cuantificación dineraria de la vida y la integridad física y moral sea la misma para todos» (FJ 4).

¹² Véase: E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional. Una nota», en *RAP*, núm. 124 (1991), p. 225.

varias justificaciones (siniestralidad, naturaleza de los daños ocasionados y su relativa homogeneidad, aseguramiento objetivo del riesgo, creación de fondos de garantía supervisados por la Administración); el Tribunal encuentra incluso justificado que se tasen sólo los daños y perjuicios a la personas, y no los daños a las cosas, pues la tasación del daño en las cosas es sencilla, ya que la ofrece el valor-precio del bien dañado en el mercado (FJ 14).

e) También la posible vulneración del artículo 117.3 CE, donde se contiene el principio de exclusividad de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional, es rechazada por el Tribunal (FJ 19). No se cuestiona en la STC que el sistema legal de baremos limita las posibilidades de libre apreciación del juzgador, pero sí niega el Tribunal que el artículo 117.3 CE condicione el nivel de densidad normativa con la que el legislador puede regular una determinada materia. El enjuiciamiento del sistema de baremos conforme al artículo 117.3 CE se separa nítidamente por el Tribunal del juicio que parte de ese sistema (la tabla V) le merece a la luz del artículo 24.1 CE. Esta separación es llamativa, máxime cuando en las cuestiones de inconstitucionalidad el artículo 117.3 CE y el artículo 24.1 CE se alegaban de forma entrelazada. Más adelante se expondrá el juicio de inconstitucionalidad *ex* artículo 24.1 CE.

De lo expuesto hasta aquí resulta la confirmación de que el legislador puede, en principio, establecer un sistema vinculante de tasación de los daños y perjuicios derivados de accidente de circulación. En la Ley 30/1995 ese sistema está referido a la tasación de los daños y perjuicios personales, pero por los mismos argumentos hasta ahora expuestos tampoco habría impedimento a otros sistemas de baremos (así, para daños en las cosas por accidentes de circulación; o en las personas o las cosas en relación con otras fuentes de daño). Cuestión distinta es cómo se articule el sistema de tasación vinculante.

III. JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL BAREMO DE INDEMNIZACIONES PARA LAS INCAPACIDADES TEMPORALES Y LOS PERJUICIOS ECONÓMICOS DERIVADOS (TABLA V DEL ANEXO)

Según se dijo anteriormente, el Tribunal enjuicia de forma distinguida el sistema legal de baremos en su conjunto y la tasación de indemnizaciones de la tabla V del anexo (indemnizaciones derivadas de incapacidades temporales). Esta última se declara parcialmente inconstitucional. En los tres VVPP (Mendizábal, al que se adhiere Jiménez de Parga; Conde y Garrido Falla) se cuestiona, precisamente, la distinción entre el sistema legal en conjunto y la tabla V. Se insiste en los VVPP en que el sistema legal de baremos de la LRC es precisamente un sistema, donde cada norma concreta toma sentido en función de los demás; por ello, la tasación de la tabla V sólo tiene sentido en el marco de un sistema donde rige el seguro obligatorio (VP Mendizábal), donde se pretende la máxima eficacia en las reparaciones (VP Conde) y donde se pretende «compensar» a la víctimas —no propiamente reparar— por los perjuicios sufridos en un contexto de riesgo generalizado (VP Garrido Falla).

El Tribunal parte de identificar con nitidez los dos elementos indemnizatorios de la tabla V: la indemnización básica por cada día de convalecencia motivado por la lesión (apartado A); y el «factor de corrección» por los per-

juicios económicos, cuantificado en función del segmento de ingresos netos anuales derivados del trabajo en que se ubique la víctima, de forma tal que a mayor renta, más indemnización (apartado B). Esta distinción elemental en la tabla V se identifica por el Tribunal –supliendo incluso las propias insuficiencias literales del anexo– como la diferenciación entre la reparación del daño personal (tabla V-A) y la indemnización por los perjuicios económicos derivados de la lesión personal (tabla V-B). Esta distinción es determinante del enjuiciamiento, en la medida en que distingue entre daños a la persona y perjuicios en el patrimonio de las personas. Es importante destacar aquí que el Tribunal no identifica necesariamente los perjuicios económicos derivados del daño personal con el «lucro cesante», lo que no excluye, por tanto, que ciertos perjuicios patrimoniales no directamente derivados del daño personal puedan resarcirse al margen del sistema tabular¹³.

Según se expuso en el epígrafe anterior, la opción legislativa por la tasación de las indemnizaciones derivadas de daños por accidentes de circulación no merece, por sí, ningún reproche de inconstitucionalidad. En consecuencia, la existencia misma de la tabla V del anexo, que establece el sistema de valoración tasada para las indemnizaciones por incapacidades temporales, no admite tampoco ningún cuestionamiento constitucional. Ahora bien, en los FF JJ 15 a 17 el Tribunal considera que parte de la baremación contenida en la tabla V (la relativa a los perjuicios económicos: tabla V-B) es inconstitucional por arbitraria (art. 9.3 CE). Para llegar a esta conclusión, el Tribunal parte una explicación de la tabla V que, desde luego, no deriva directamente de la LCR, aunque sin duda que tiene apoyo en doctrina de los autores. Pese a que la tabla V del anexo no distingue entre daños y perjuicios por culpa y por riesgo, el Tribunal sí lo hace. El Tribunal enmienda así el monismo en la valoración por el que había optado el legislador¹⁴. Precisamente contra esta introducción de la culpa en el sistema de baremos se dirige con contundencia el VP Conde Martín de Hijas (al que se remite el VP De Mendizábal y, por adhesión de segundo grado, Jiménez de Parga), afirmando que «Mas si en sus rasgos estructurales básicos el sistema se ha trazado prescindiendo de la culpa como fuente de responsabilidad, ese sistema se desnaturaliza y se convierte en otro distinto, si este Tribunal la reintroduce, rompiendo significativamente el juego de los límites cuantitativos de las indemnizaciones».

La reintroducción de la culpa en el sistema de tasación de daños y perjuicios plantea varios problemas. El primero, que el Tribunal se sirve de un concepto –el de «culpa relevante»– sin arraigo en el Derecho de la responsabilidad. En mi opinión, la expresión «culpa relevante» no contiene una especie precisa y definida dentro del género de la culpa. Y ni siquiera la jurisprudencia constitucional siguiente a la STC 181/2000 ha precisado aquella categoría: en la STC 242/2000 se aprecia la existencia de «culpa relevante del conductor judicialmente declarada» partiendo del hecho –único reflejado en los antecedentes– de que la compañía de seguros expresamente reconoció la «culpabilidad» en el accidente de su asegurada. La STC 267/2000 considera

¹³ En este sentido, aunque exagerando la falta de identidad entre perjuicio económico derivado del daño personal y el «lucro cesante»: M. MEDINA CRESPO, «El resarcimiento de los perjuicios económicos derivados del daño corporal, a la luz de la Sentencia constitucional de 29 de junio de 2000, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1878 (2000), pp. 3019 ss. (pp. 3023-3024).

¹⁴ M. MEDINA, *El resarcimiento...*, p. 3021.

que había «culpa relevante» en un asunto en el que el conductor del vehículo causante del daño había sido condenado como autor responsable de una falta de imprudencia. También en la STC 49/2002 se identifica «culpa relevante» y exclusiva de un conductor porque «[consta] en los hechos probados que el conductor condenado no respetó el ceda el paso que daba preferencia al auto-taxi en el cruce en el que tuvo lugar la colisión; de modo que de ello deriva que el órgano judicial consideró que las lesiones producidas tenían su causa exclusiva en la culpa relevante del otro conductor»; nótese que, pese al tenor literal del texto transcrito, el órgano judicial no había identificado «culpa relevante» del otro conductor (pues esa categoría es ajena al juicio de faltas de que trae causa el proceso de amparo): es el Tribunal Constitucional quien califica de «culpa relevante» lo que para el órgano judicial era, llanamente, culpa. A falta de más datos, se puede afirmar que la «culpa relevante» presenta un alcance y sentido muy limitado por el propio contexto del juicio de constitucionalidad en que se formula. Dos son las coordenadas que en la argumentación de la STC 181/2000 permiten dar sentido a la expresión «culpa relevante»: la primera consiste en que el propio sistema de baremos excluye la predeterminación y tasación de los daños y perjuicios derivados de delito doloso (apartado 1.1 del anexo de la LRC); la segunda coordenada es que —como luego se explicará— el Tribunal considera injustificado (o sea, arbitrario) que en el sistema tabular no se tenga en cuenta la culpa del causante. Entre esas dos coordenadas se vienen a identificar una serie de supuestos hipotéticos, donde el reproche subjetivo de antijuridicidad por la causación no se ha expresado en forma de delito doloso (bien por falta de acción penal, bien porque la imputación del accidente al causante no alcanzaba el nivel del dolo), aunque la voluntad en la causación del daño o falta de diligencia del conductor sean de tal magnitud que deben ser tenidos en cuenta en la determinación y valoración de los perjuicios indemnizables. Ahora bien, la STC 181/2000 no exige del legislador que se abstenga de tasar los perjuicios en los casos de culpa exclusiva y «relevante» del conductor; el Tribunal se limita a decir que aquellos accidentes no pueden medirse por el mismo rasero que los demás: el legislador ha de tener en cuenta el factor «culpa relevante». Ciertamente es que en este concepto se contienen, simultáneamente, un criterio de *imputación* y otro de *cuantificación* de la indemnización¹⁵, pero de ahí no se puede derivar la prohibición constitucional de predeterminar y tasar los perjuicios causados con «culpa relevante» y exclusiva del conductor. Nada en la STC 181/2000 impide que el legislador configure una nueva tabla en la que se determinen y cuantifiquen las indemnizaciones debidas cuando media «culpa relevante» del conductor y que esa tabla se aplique —en los límites que permite el art. 24.1 CE— de forma automática. Ciertamente es que esa hipotética tabla será relativamente ineficiente, pues introduce en un sistema objetivo un elemento de valoración individualizada de la conducta de cada conductor (de su diligencia). Pero más allá de esa pérdida de eficiencia, ningún obstáculo constitucional hay para que a la «culpa relevante» acompañe un sistema de cuantificación tabular de indemnizaciones¹⁶.

¹⁵ J. PINTOS AGER, *Alcance...*, p. 184.

¹⁶ Otra parece ser la conclusión de J. Pintos Ager, donde la pérdida de eficiencia se cruza con el juicio de constitucionalidad de los baremos (*Alcance...*, p.184).

1. Daños y perjuicios creados por riesgo

En relación con los *daños y perjuicios creados por riesgo* (esto es, sin culpa del conductor causante) considera el Tribunal que el sistema de indemnizaciones tasadas de la tabla V es, propiamente «un sistema de compensación pecuniaria a favor de las víctimas» y rechaza todo reparo de arbitrariedad (FJ 15). El juicio negativo de arbitrariedad va acompañado, en este caso, de una argumentación más bien parca. Pero de las propias palabras utilizadas por el Tribunal se puede inducir cuál es el motivo de fondo que lleva a encontrar no carente de justificación la tasación de indemnizaciones en este caso. El Tribunal habla aquí de un «sistema de compensación pecuniaria a favor de las víctimas», no de la «reparación del daño». Parece tener en mente el Pleno del Tribunal que los daños causados sin culpa no están incluidos en el sistema tradicional de la responsabilidad civil extracontractual (arts. 1089 y 1902 CC); y que, por tanto, el legislador ha dispuesto, en paralelo al régimen «natural» de la responsabilidad aquiliana (que es mediando culpa) un sistema de compensaciones a favor de las víctimas cuando el conductor causante no es culpable: no se trataría propiamente un sistema de reparación del daño, sino de un sistema de «compensación» cuyo coste se hace recaer sobre el causante como bien podía haberse hecho recaer sobre el Estado, o sobre un sistema público de garantía a las víctimas. Y si se parte de la idea de que no estamos ante una reparación del daño, sino ante una «compensación» por el daño a favor de las víctimas, fácil es también llegar a la conclusión de que nada obliga a que la «compensación» emule el posible monto de una «reparación».

2. Daños y perjuicios causados por culpa relevante del conductor

En relación con los daños corporales y perjuicios económicos causados mediando culpa «relevante» del conductor, el Tribunal distingue con nitidez entre los daños corporales (que se reparan mediante la indemnización básica prevista en la tabla V-A) y los perjuicios económicos (que se indemnizan mediante los «factores de corrección» en función de las rentas dejadas de percibir por la víctima o perjudicado: tabla V-B).

A) DAÑOS CORPORALES CON CULPA «RELEVANTE».

En cuanto a los *daños corporales* (tabla V-A) causados mediando culpa relevante, el Tribunal rechaza que la tasación de las indemnizaciones sea arbitraria (FJ 16), afirmando que ya anteriormente habían quedado expuestas «las razones por las cuales el legislador puede homogeneizar e igualar las indemnizaciones debidas por daños corporales». La referencia hay que entenderla hecha al FJ 9, donde se consideró que la tasación de las reparaciones por daños corporales no era contrario al artículo 15 CE. Ahora bien, aunque este argumento pareciera obvio, no se puede aceptar sin alguna observación: lo que propiamente dijo el Tribunal en el FJ 9 es que el sistema de tasación de las indemnizaciones por daños personales no es contrario al derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), pero de ahí no resulta necesariamente que cualquier sistema de tasación esté ya sin más justificado (y que por tanto sea refractario a todo reproche *ex art. 9.3 CE*); pues pudiera darse que

los criterios para la tasación de las indemnizaciones carecieran de toda justificación, o que en la tasación normativa se contuvieran distinciones de todo punto injustificadas; nada evitaría entonces que un sistema de tasación válido *ex* artículo 15 CE fuera inconstitucional *ex* artículo 9.3 CE.

B) PERJUICIOS ECONÓMICOS CON CULPA «RELEVANTE» DEL CONDUCTOR

En relación con la tasación de las indemnizaciones por perjuicios económicos (tabla V-B) causados mediando culpa «relevante» del conductor, el Tribunal estima el reproche de inconstitucionalidad por arbitrariedad (FJ 17). El canon de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) es el mismo ya enunciado en el FJ 13, esto es, la prohibición de normas carentes de toda justificación. Hasta tres son las razones por las que el Tribunal considera que el baremo de la tabla V-B, cuando se aplica a los perjuicios derivados de accidentes con culpa «relevante» del conductor, es arbitrario. Los VVPP Mendiábal (apartado 1) y Conde (apartados 5 y 6) reprochan a la STC que en los distintos motivos de arbitrariedad identificados por el Tribunal late una idea apriorística sin respaldo constitucional: que los perjuicios causados de forma culposa han de ser indemnizados íntegramente¹⁷. De inmediato veremos que el Tribunal considera arbitrarias no ya normas que carecen de toda justificación sino incluso normas que, aun teniendo algún tipo de justificación, actúan en perjuicio de la víctima o del perjudicado; el caso es que, despreciados los demás cánones de constitucionalidad (igualdad, justicia, integridad) el canon de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE se convierte en parámetro de control de normas que –aunque de alguna forma injustificadas– de alguna forma repugnan a la idea de justicia que subyace en toda norma positiva. En otras palabras, el riesgo de activar el canon del artículo 1.1 CE (justicia) se palia con la aplicación generosa de otro canon ya definido en la jurisprudencia constitucional (interdicción de la arbitrariedad: art. 9.3 CE) y que viene a cumplir la función de cláusula constitucional residual¹⁸. Veamos en detalle las razones por la que el Tribunal estima el reproche de arbitrariedad.

a) En primer lugar, por el tratamiento que se da a la culpa en los preceptos que disciplinan la aplicación de la tabla V-B (art. 1.1; y apartados 1.2 y 1.7 del anexo LRC). Se afirma, en este sentido, que la regulación de la culpa en la causación de los perjuicios económicos actúa siempre a favor del conductor: cuando los daños causados en el accidente sean debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado, el conductor causante quedará

¹⁷ Ciertamente que el principio de reparación íntegra de los perjuicios económicos, derivado del principio *neminem laedere*, podría encontrar cierto respaldo constitucional en el derecho constitucional de propiedad (art. 33.1 CE), como así se ha dicho en la doctrina civil (F. REGLERO, «Responsabilidad Civil y Constitución (a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2000, sobre el sistema de valoración de daños corporales de la LRCSCVM)», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 12 (2000), pp. 15 ss. (p. 35). Ahora bien, esto no justificaría ya sin más la consagración constitucional absoluta de la reparación íntegra de los perjuicios, pues ese posible contenido del artículo 33.1 CE puede recibir limitaciones como consecuencia de su ponderación legislativa con otros bienes constitucionales.

¹⁸ En este sentido, T. R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad del legislador*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 85.

exonerado de toda responsabilidad (art. 1.1.1 LRC); si concurren la negligencia del conductor y la del perjudicado se procederá a la equitativa moderación de la responsabilidad (art. 1.1.4 y apartado 1.7 del anexo de la Ley 30/1995); en cambio, cuando concurre culpa exclusiva del conductor, el perjudicado no recibe una indemnización plena, sino sólo la que resulta de la tasación de la tabla V-B, por lo que la víctima tiene que asumir parte del daño causado por la conducta antijurídica del conductor. Dice así la STC 181/2000 que «el sistema valorativo utiliza el título de imputación de la culpa siempre en sentido favorable o beneficioso para quien, incurriendo en un ilícito, produjo el daño personal y los consiguientes perjuicios económicos a él anudados». Este planteamiento es contestado en el VP Conde, señalando que en el sistema legal de baremos la culpa del conductor y la de la víctima no están en el mismo «plano lógico» (pues, en rigor, la imputación al conductor es por riesgo, contando la culpa de la víctima sólo para impedir o limitar la responsabilidad del conductor) y que la STC incurre en la confusión entre cuantía de la indemnización (que es lo que tasa la LRC) y la imputación de responsabilidad (que siempre se dirige contra el conductor, a no ser que medie culpa exclusiva de la víctima, por lo que en ningún caso se podría afirmar que la culpa se regula siempre a favor del causante del accidente). Más allá de las agudas críticas del VP Conde, aún se pueden formular varias observaciones en relación con este motivo de arbitrariedad: en primer lugar, nótese que este motivo de arbitrariedad no reside en que el legislador esté vedada la tasación de las indemnizaciones cuando el perjuicio sea culposo¹⁹, sino en que el concreto tratamiento legal de la culpa (siempre a favor del causante culposo) es arbitrario. En segundo lugar, hay que destacar que el artículo 1.1.1 y 4 LRC no se refiere sólo a los *perjuicios económicos* de la tabla V-B, sino a todos los daños y perjuicios derivados de accidente de circulación y por ello también rige en relación con los *daños corporales* de la tabla V-A; por ello, el mismo reproche de arbitrariedad en el tratamiento de la culpabilidad sería también predicable —en principio— de la tasación de los daños corporales mediando culpa relevante (tabla V-A): también en este caso el conductor culpable se beneficia de una moderación de responsabilidad cuando concurre la culpa de la víctima. Y si el Tribunal no proyecta esta mácula de arbitrariedad sobre la tabla V-A es, en realidad, porque encuentra otra justificación atendible para las tasaciones de aquella tabla V-A: la constitucionalidad de la tabla a la luz del artículo 15 CE; en suma, una contradicción en la regulación, en la medida en que esté de alguna forma justificada, no lleva a la arbitrariedad. Pero si esto es así, bastaría con volver la vista al FJ 13 para identificar múltiples razones justificativas del tratamiento legal de la culpa en relación con los perjuicios económicos de la tabla V-B LRC.

b) El segundo motivo que lleva a la conclusión de arbitrariedad es que «la concreta fórmula utilizada en este punto por el legislador para evaluar los perjuicios económicos vinculados a la incapacidad temporal, no viene modulada por cláusula alguna que permita una mínima ponderación, a efectos de individualizar el daño irrogado, de las circunstancias de diversa índole que pueden influir en la determinación del quantum indemnizatorio...». También en relación con este argumento se puede formular alguna observación: Se puede admitir que el principio de Estado de Derecho y el valor justicia (art. 1.1 CE) exigen del legislador normas lo suficientemente abiertas como

¹⁹ Contra la interpretación de M. MEDINA, *Resarcimiento...*, p. 3020

para permitir una solución justa a cada caso; así se ha enunciado en la doctrina alemana como principio de justicia en el caso concreto (*Einzelfallgerechtigkeit*)²⁰; lo cuestionable es que la exigencia de un espacio de modulación judicial permita un reproche de arbitrariedad (esto es, carencia de justificación) a las normas de tasación (por definición cerradas)²¹.

c) El tercer motivo de arbitrariedad se formula «a mayor abundamiento» de la siguiente forma: «... no puede desconocerse que los denominados «perjuicios económicos» presentan la suficiente entidad e identidad como para integrar y constituir un concepto indemnizatorio propio...». Se reprocha de esta forma que «el designio de uniformidad perseguido por el legislador trata de conseguirse, en cuanto a esta importante partida indemnizatoria, alterando su verdadera significación como componente individualizado del daño objeto de reparación». En el VP Conde se argumenta que aquella forma de entender los «factores de corrección» (tabla V-B) es posible, pero no la única de las posibles: también podría entenderse que aquellos factores de corrección son «conceptos indemnizatorios sustantivados, a añadir a aquella [indemnización base], y limitados en su cuantía en función de unos porcentajes, éstos sí, referidos a la indemnización base». Más allá de lo expresado en este VP, se puede observar que es cierto que en la opción de tratar a los perjuicios económicos como complemento indemnizatorio del daño corporal o como daño en los bienes (en el patrimonio de la víctima o perjudicado)²², la Ley 30/1995 optó por asimilarlos parcialmente a los daños personales, como factores de corrección de las indemnizaciones básicas debidas por lesiones temporales. Esta opción puede ser criticable en términos de responsabilidad extracontractual, en la medida en que se extrae el lucro cesante del régimen general de las responsabilidad por daños patrimoniales, pero ya más dudoso resulta que esa opción sea arbitraria; alguna justificación, desde luego, tiene: que el lucro dejado de obtener esté vinculado a la convalecencia (hospitalaria o no) del dañado y a las rentas del trabajo que percibe. Otra cuestión es si esa justificación está referida a una norma –valga la cacofonía– justa.

IV. CUESTIONAMIENTO GENERAL DEL SISTEMA DE BAREMOS A PARTIR DEL ARTÍCULO 24.1 CE

El hilo argumental de la STC 181/2000 experimenta un giro en su FJ 20. Se enjuicia en él la tabla V en su conjunto (sin distinguir entre los apartados A y B) desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Afirma aquí el Tribunal que «La configuración normativa de la analizada tabla V, referida a la indemnización de las lesiones temporales, determina que

²⁰ DÜRIG, en Maunz-Dürig-Herzog, *Grundgesetz Kommentar*, actualización: 1958, artículo 3.I, párrafo 427.

²¹ Más fácil es, siguiendo a F. CAAMAÑO, «Leyes al por mayor, derecho a la diferencia y garantía judicial», *REDC*, núm. 60 (2000), pp. 259 ss. (p. 271), que aquella exigencia de apertura normativa sea una exigencia del artículo 24.1 CE. Ahora bien, a diferencia de lo expuesto por F. Caamaño, pienso que el artículo 24.1 CE actuaría como un mandato al legislador, pero no como un derecho a que cada particular –considerando que su caso no es el de la ley– reclame para sí un tratamiento judicial distinguido y paralegal.

²² En este sentido, F. REGLERO, *Responsabilidad...*, p. 25

la pretensión resarcitoria de las víctimas o perjudicados no pueda ser efectivamente satisfecha en el oportuno proceso, con la consiguiente vulneración de su derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)». El hilo de la STC experimenta un giro abrupto porque después de haberse rechazado la inconstitucionalidad del sistema de baremos en su conjunto, y centrarse los reproches de inconstitucionalidad en un solo un aspecto de la tabla V-B (perjuicios económicos causados mediando culpa), los argumentos contenidos en el FJ 20 permiten cuestionar de nuevo la constitucionalidad de todo el sistema de tasación de indemnizaciones. Y, en última instancia, cualquier sistema de tasación de indemnizaciones debidas por la causación de daños y perjuicios. Pues aunque la tasación de la indemnización por los daños personales pueda ser conforme con los artículos 15, 14, 117.3 y 9.3 CE, el hecho de que la tasación legal implica siempre una limitación en la pretensión judicial proyectaría sobre la limitación de la indemnización un reproche de inconstitucionalidad *ex* artículo 24.1 CE.

Los tres VVPP coinciden en negar que la limitación legal de las indemnizaciones sea contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, pues en todo caso está garantizada la respuesta de un Juez, que será desestimatoria en la medida en que lo pedido exceda de la tasación legal. En mi opinión, y siguiendo la estela de los tres VVPP, el juicio de constitucionalidad expresado en el FJ 20 reposa sobre dos premisas: que la víctima o perjudicado tiene derecho *ex* artículo 24.1 CE a llevar ante un juez la integridad del daño y perjuicio sufrido, para que sea reparado, y que la tabla V limita o impide la satisfacción de la «legítima pretensión resarcitoria del dañado». Sin embargo, pienso que estas dos premisas implícitas en el razonamiento del Tribunal no tienen que aceptarse necesariamente. En primer lugar, en el artículo 24.1 CE no puede verse más que un derecho a que los Jueces y Tribunales tutelen los derechos e intereses de los ciudadanos; pero cuáles sean los derechos o intereses tutelados no lo define el propio artículo 24.1 CE, sino el resto de la Constitución (derechos fundamentales) y las leyes. En mi opinión, la cláusula constitucional *due process*, que en Derecho estadounidense pudiera ser propiamente generativa de derechos sustantivos, no tiene su parangón en el artículo 24.1 CE. De esta manera, y entre nosotros, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual por accidentes de circulación es la LRC la que define el alcance del derecho de resarcimiento, y lo hace mediante un concepto normativo de «daños y perjuicios» distinto del que aporta la realidad: respecto de todos los daños y perjuicios fácticos que puede sufrir una víctima o perjudicado, la LRC identifica los que son resarcibles, y sobre ellos configura un derecho de resarcimiento garantizado por las acciones procesales necesarias *ex* artículo 24.1 CE. Claro que la identificación de los daños resarcibles en la LRC puede ser inconstitucional, en la medida en que la definición normativa del daño o perjuicio resarcible imponga sobre la víctima un sacrificio no justificado, y por tanto arbitrario (art. 9.3 CE), o que el sacrificio impuesto a la víctima o perjudicado resulte desproporcionado, por ejemplo porque la obligación de soportar el lucro cesante al propio perjudicado no resulte de una correcta ponderación del derecho de propiedad (art. 33.1 CE) con otros bienes jurídicos de rango constitucional a los que sirve la tasación de la indemnización (seguridad jurídica, por ejemplo). Podría llegar a aceptarse –a mi juicio– que la resarcibilidad de todos los daños corporales y perjuicios económicos derivados del accidente culposo resulte de la cláusula de Estado de Derecho o del valor

justicia (en este caso conmutativa) del artículo 1.1 CE²³, pero esto no sería más que un mandato constitucional de ponderación, no una regla constitucional definitiva; téngase en cuenta, en este sentido, que la propia cláusula de Estado Social, también del artículo 1.1 CE, puede recortar –mediante ponderación– la identificación del daño resarcible en relación con ciertos sujetos (los perceptores de rentas altas)²⁴ y ampliarla en relación con otros sujetos (los perceptores de rentas bajas).

V. ALCANCE DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

A la dificultad del juicio de constitucionalidad, de la que ya se ha dado cuenta, se corresponde un fallo necesitado de aclaración. Se dice en el fallo, literalmente, que el Tribunal ha decidido estimar parcialmente la cuestiones acumuladas de inconstitucionalidad y, en su virtud: «Declarar que son inconstitucionales y nulos, en los términos expresado en el último fundamento jurídico de esta Sentencia, el inciso final «y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla» del apartado c) del criterio segundo (explicación del sistema), así como el total contenido del apartado letra B) «factores de corrección» de la tabla V, ambos del anexo que contiene el «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación» de la Ley [LRC]...». Las precisiones en torno a este fallo son las siguientes:

a) En primer lugar, la declaración de inconstitucionalidad (*ex arts. 9.3 y 24.1 CE*) sólo alcanza a la tabla V-B («factores de corrección») y a la última frase del apartado II c) del anexo, en tanto que dispone la aplicación de aquella tabla V-B. Y ni siquiera a toda la tabla V-B, sino sólo a un de los supuestos indemnizatorios que tasa: los perjuicios económicos ocasionados con culpa relevante del causante²⁵.

b) Dentro de la tabla V-B, la declaración de inconstitucionalidad se proyecta sobre los dos apartados de corrección: «porcentajes de aumento» y «porcentajes de disminución». Frente a lo que se ha sostenido en la doctrina civil²⁶, también el apartado de «porcentajes de disminución» está afectado por la declaración de inconstitucionalidad, pues también éste limita o impide la individualización de los perjuicios económicos, si bien en este caso a favor de la víctima o perjudicado. Si lo que se reprocha a la tabla V-B es que impide la individualización en juicio de los perjuicios sufridos, tal reproche es predicable con independencia de la posición de que cada parte ostente el proceso, pues tanto el causante como el perjudicado disfrutaban del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

²³ Más allá va aún F. CAAMAÑO, al identificar la resarcibilidad del daño en «el concepto mismo de Constitución, es decir, de aquella Constitución que nació con el Código y que es inherente al Estado de Derecho (art. 1.1 CE), enteramente vertebrado sobre los conceptos de libertad y responsabilidad», *Leyes al por mayor...*, p. 266.

²⁴ Al olvido de la componente social del Estado de Derecho se refiere el VP Mendiábal (apartado 4), aunque con una perspectiva distinta a la destacada en este artículo.

²⁵ Otra opinión, en F. J. TIRADO SUÁREZ, «La doctrina constitucional sobre el baremo de indemnización de daños corporales», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14 (2000), pp. 301 ss. (p. 362). Esta conclusión se basa en un argumento inapropiado: la dicción literal del los votos particulares que acompañan a la Sentencia.

²⁶ F. REGLERO, *Responsabilidad...*, p. 18.

c) La declaración de inconstitucionalidad lleva aparejada una *declaración de nulidad*, según se dice expresamente en el fallo. Ocurre, sin embargo, que esa declaración de inconstitucionalidad, aunque se proyecta sobre una norma concreta, no alcanza a ningún precepto completo. En efecto, el Tribunal parte de identificar que la tabla V-B contiene propiamente dos normas, una para los perjuicios culposos y otra para los perjuicios fortuitos. E identificadas estas dos normas, concluye que una no es inconstitucional (la relativa a los perjuicios fortuitos) y otra sí (la de los perjuicios culposos), que es la que propiamente anula. Pero claro, como la norma anulada está formulada en el mismo enunciado que la norma válida, el Tribunal no puede anular la tabla V-B en su totalidad, sino sólo en la medida en que contiene una norma inconstitucional (la que tasa las indemnizaciones por perjuicios culposos). No estamos, por tanto, y frente a lo que se ha dicho en la doctrina civil²⁷, ante un fallo interpretativo: no se trata de que entre las diversas interpretaciones posibles de una norma el Tribunal declare inconstitucional alguna (o identifique la única conforme con la Constitución), sino que de las dos normas jurídicas contenidas en un mismo precepto (la misma tabla V-B) una se declara inconstitucional y la otra no²⁸.

d) La anulación parcial de la tabla V-B significa no ya que el perjudicado puede acreditar que sus perjuicios son mayores que los contemplados en la tabla V-B, mejorando así la indemnización personal respecto de la tabular, sino que no hay ya tabla válida para cuantificar los perjuicios económicos cuando media culpa «relevante» del causante. La anulación parcial de la tabla V-B (en lo que se refiere a los perjuicios económicos culposos) significa precisamente que no se impone una interpretación constitucional de la tabla V-B, en el sentido de que no impide otras pretensiones indemnizatorias «a más», sino que se anula la tasación misma de aquellas indemnizaciones²⁹. Con otro fallo el Tribunal no se habría limitado a enjuiciar la constitucionalidad de una norma, sino que habría dictado una norma no contenida en el sistema legal de baremos; a saber: que los «factores de corrección» de la tabla V-B son un mínimo superable por los Jueces. En las SSTC 242/2000, 21/2000 y 49/2002 –dictadas en amparo– se encuentran argumentos bastantes para confirmar esta conclusión. Se dice en el fallo de estas SSTC que se han de retrotraer las actuaciones «para que el Juzgado se pronuncie sobre la indemnización solicitada por lucro cesante sin tomar en cuenta a efectos de cuantificar los daños ocasionados por este concepto lo establecido en el apartado B) de la tabla V [...]». Con lo dicho no se discute que sobre el accidentado –cuando el accidente es con culpa relevante del conductor– recae ahora la carga de la prueba del perjuicio (por incapacidad temporal), no pudiéndose sustituir la prueba del daño por la aplicación llana de los valores de la tabla V-B. Claro que esta conclusión ha de limitarse a sus justos términos: nada impide que cada Juez o Tribunal se auxilie de los valores contenidos en la tabla V-B como

²⁷ F. REGLERO, *Responsabilidad...*, p. 19; M. MEDINA, *Resarcimiento...*, p. 3021.

²⁸ Así lo ha entendido, con toda precisión, la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 19 de julio de 2001, FJ 1. Correcto también en este punto J. FERNÁNDEZ ENTRALGO, *La valoración...*, p. 147. Se trataría de una «sentencia de nulidad sin reducción de texto»: A. GÓMEZ MONTORO, «Comentario al artículo 39 LOTC», en J. L. Requejo Pagés (coordinador), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, coedición del Tribunal Constitucional y BOE, Madrid, 2001, p. 598, parágrafo 35.

²⁹ En contra, J. FERNÁNDEZ ENTRALGO, *La valoración...*, pp. 148 y 155.

índices racionales de cuantificación de los perjuicios económicos que normalmente resultan de los daños corporales. Algo similar a como los órganos judiciales se sirven de las tablas de la LRC en la fijación de indemnizaciones por daños no causados en accidentes de circulación³⁰. Los valores de la tabla V-B tendrían así un valor orientativo (obviamente, no vinculante) por vía de la prueba indiciaria: probado el accidente, el daño corporal y la culpa «relevante» del conductor –hechos base– se puede llegar sin dificultad lógica a que el perjuicio económico del dañado –salvo mejor prueba en contrario– se localiza en los índices tipo de la tabla V-B. De esta forma, aunque sobre el perjudicado pese la carga de la prueba del perjuicio, esa prueba queda muy aligerada a favor del perjudicado por el accidente. Contra la Sentencia firme que así identifique y valore los perjuicios sólo podrá formularse un reproche de inconstitucionalidad *ex* artículo 24.1 CE, pero ya por medio de los estrechísimos cánones de error patente, manifiesta irrazonabilidad o arbitrariedad del órgano judicial (en este sentido, siendo de aplicación los baremos orientativos, STC 244/2000, de 16 de octubre).

VI. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL CONFORME A LA «DOCTRINA CONSTITUCIONAL» DE LA STC 181/2000

Como es sabido, la STC 181/2000 resolvió únicamente una parte de las cuestiones de inconstitucionalidad elevadas al Tribunal Constitucional: una parte de las cuestiones donde las dudas de constitucionalidad se habían centrado en la valoración de las incapacidades temporales (tabla V). Una vez dictada la STC 181/2000 al Tribunal aún le quedaba –y en gran medida aún le queda– por resolver una importante cantidad de asuntos. Están, por un lado, las cuestiones de inconstitucionalidad aún tocantes a los baremos de la tabla V de la LRC, pero que no fueron acumuladas en el proceso resuelto por la STC 181/2000. Están, también, las cuestiones de inconstitucionalidad atinentes a otros baremos distintos de los contenidos en la tabla V de la LRC. Y están, por último, los recursos de amparo interpuestos por quienes no se aquietaron a las reparaciones e indemnizaciones acordadas por los órganos judiciales y alegaron ante el Tribunal Constitucional la vulneración del artículo 24.1 CE. El Tribunal acomete diferenciadamente la resolución de todos estos asuntos.

En primer lugar, varias cuestiones de inconstitucionalidad han sido inadmitidas por Auto después de publicarse la STC 181/2000. Se trata de cuestiones en torno a la tabla V de la LRC planteadas antes de dictarse la STC 181/2000, pero aún no admitidas a trámite en aquel momento. Así, los AATC 277/2000, de 28 de noviembre, y 294/2000, de 12 de diciembre, aprecian que sendas cuestiones de inconstitucionalidad incurrieran en carencia sobrevenida de objeto por lo que procedía su inadmisión conforme al artículo 37.1 LOTC.

Tras la STC 181/2000 no han cesado las demandas de amparo. Pero una gran parte de estas demandas de amparo deducidas en el ámbito de las indemnizaciones por accidentes de circulación carecen ya de contenido constitucional. Bien por referencia directa a la doctrina de la STC 181/2000, bien porque las resoluciones judiciales que se impugnan se han dictado ya recogiendo la

³⁰ En este sentido, STS-Militar de 15 de noviembre de 2000.

doctrina de la STC 181/2000. En estos casos el Tribunal aprecia sin dificultad alguna la concurrencia de la causa de inadmisibilidad del artículo 50.1.c) LOTC. Distinto es el caso de las demandas de amparo admitidas a trámite con anterioridad a la STC 181/2000, de lo que en seguida se da cuenta.

a) En los procesos de amparo entablados antes de la STC 181/2000 el Tribunal Constitucional reitera la doctrina contenida en aquella Sentencia. Eso sí, simplificando y sintetizando el canon de enjuiciamiento. Es significativo, en este sentido, que la neta diferenciación entre los cánones de constitucionalidad de los artículos 117.3 y 24.1 CE, de lo que parte con nitidez la STC 181/2000, de paso ahora –en el marco de procesos de amparo– a un canon de constitucionalidad integrador de ambos preceptos. Así se dice en la STC 9/2000, FJ 4, que «Resulta así que de la mayor o menor densidad de contenidos normativos que, en lo que atañe a la valoración y cuantificación de los daños personales, presenta el régimen legal introducido por la Ley 30/1995, no se deriva restricción alguna de las facultades pertenecientes a Jueces y Tribunales para el ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE)».

b) Es clara, de otro lado, la diversa función que el artículo 24.1 CE cumple en el juicio abstracto de inconstitucionalidad (así, en la STC 181/2000) y en cada concreto proceso de amparo. En el proceso de amparo se observa una cierta contención jurisdiccional: la línea general parece ser –con la excepción de la STC 242/2000, de 16 de octubre– la siguiente: el Tribunal no se limita a comprobar si en cada caso se aplicaron las tablas de la LRC; lo relevante en el juicio de amparo es si al recurrente se le dejó alegar y probar «otros daños y perjuicios» y si –aun probados éstos– no se les indemnizó por no estar contemplados en el sistema tabular. Si éste es el canon de enjuiciamiento, en seguida se observa que el Tribunal Constitucional no pasa del primer escalón del test. En la STC 244/2000, de 16 de octubre, donde se impugna la Sentencia que deniega indemnización a las sobrinas de una persona fallecida en accidente de circulación³¹, se dice que el órgano judicial «no niega la indemnización por razón de las personas que la solicitan, sino por no considerar probado el presupuesto del que podía derivar el derecho a ser indemnizadas, esto es, un daño o perjuicio económicamente evaluable». También se dice en la STC 9/2002, FJ 4, que «el fundamento de la denegación de la indemnización por daño moral que se reclama en favor de la hija de la recurrente, y en favor de ella misma y su cónyuge, no reside en la mecánica aplicación de la Ley 30/1995, sino en una diferencia de criterio acerca de su cuantía y en la consideración de que no han resultado acreditados en el proceso constitucional previo los perjuicios indemnizables que se reclaman»; a lo que luego se añade: «En definitiva, ni los órganos judiciales han abdicado de su función jurisdiccional ni, mediante su resolución, han impedido la reparación del daño causado por el accidente, sino que en aplicación de la ley, tras analizar la pretensión punitiva e indemnizatoria que les fue formulada, determinaron

³¹ La tabla I de la LRC no incluye a los sobrinos como sujetos con derecho a indemnización en caso de fallecimiento. Hay que apuntar aquí que en caso de que el Tribunal hubiera observado una limitación en la posibilidad de probanza del perjuicio alegado al otorgamiento del amparo habría seguido una cuestión interna de constitucionalidad (art. 55.2 LOTC) ya que la tabla I del baremo no fue enjuiciada por el Tribunal en la STC 181/2000. Este dato puede explicar el énfasis del Tribunal en que los recurrentes no habían justificado los daños y perjuicios –extratabulares– que alegaban.

la responsabilidad del conductor y los daños derivados de la acción culposa, excluyendo aquellos que consideraron no probados, y fijando a los acreditados una indemnización razonada que, desde la perspectiva constitucional que nos corresponde, ha de ser enjuiciada como suficiente, por más que no satisfaga las aspiraciones de la demandante de amparo». Por último, a la falta de acreditación procesal de los daños (en relación con las tablas VI y IV: lesiones permanentes) se alude también en la STC 21/2001, de 29 de enero, FJ 4.

c) La misma contención jurisdiccional se observa, por motivos bien distintos, en la STC 267/2000. En aquel proceso se impugnaba la indemnización provisional fijada por el órgano judicial ajustándose a los términos de la tabla V de la LRC³². Lejos de extenderse al caso la doctrina de la STC 181/2000, el Tribunal Constitucional subraya que se trata de una indemnización provisional a cargo del Consorcio de Compensación de Seguros. Y precisamente porque la indemnización es provisional el Tribunal Constitucional considera que era legítima la aplicación de la tabla V de la LRC. Aunque la STC 267/2000 se centra en el carácter provisional de la indemnización, el último párrafo de su FJ 5 permite ir más allá. Se alude ahí a la relevancia que muestra para el caso el hecho de que en el momento de fijarse la indemnización no se haya identificado al sujeto causante del daño, y que la indemnización la soporte un fondo de garantía (el Consorcio de Compensación de Seguros) que proporciona «un mínimo de indemnización». Estas notas, apuntadas a mayor abundamiento en la STC 267/2000, permitirían concluir que, en última instancia, la aplicación al caso de la tabla V responde al criterio de enjuiciamiento expresado en la STC 181/2000. En efecto, lo distintivo del caso era la falta de identificación del sujeto causante del daño y perjuicios; así que la resolución judicial en el caso –provisional o definitiva– no puede apoyarse en un reproche subjetivo («culpa relevante») porque falta el sujeto mismo de la acción. Así que estamos, propiamente, ante una «compensación» por los perjuicios causados donde –por falta de sujeto– no se ha constatado una «culpa relevante» en la causación del daño; y como no se ha identificado el sujeto causante, tampoco la compañía que aseguraba el riesgo del conductor, de ahí que la indemnización recaiga sobre el sistema público: Consorcio de Compensación de Seguros.

d) Por último, el Tribunal Constitucional deniega el amparo pedido en aquellos casos en que identifica que los baremos de la LRC no fueron aplicados de forma imperativa, sino como simple criterio racional u orientativo. Tal es el caso de la STC 223/2001, de 5 de noviembre, relativa a un accidente ocasionado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1995, y donde el Tribunal argumenta que «el órgano judicial no aplica los baremos de la Ley 39/1995 porque entiende que son los que rigen para un siniestro acaecido con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma legal, sino porque, tras apreciar que la resolución de instancia padece una deficiencia de motivación en cuanto a la valoración de las indemnizaciones reconocidas, integra su propia valoración recurriendo a los criterios objetivos recogidos en dicha Ley».

³² La indemnización se acuerda por Auto del Juzgado de Instrucción número 11 de Madrid, en el marco de las diligencias previas número 4964/96, seguidas a raíz de una denuncia policial sobre personas heridas en accidente de tráfico donde se desconoce el vehículo (y por tanto el conductor) causante del accidente.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep María BECH SERRAT, María del Carmen CRESPO MORA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Albert RUDA GONZÁLEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Encarna SERNA MEROÑO, Montserrat VERGÉS VALLS-LLOVERA**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de Sucesiones –II. *Derecho Mercantil*. –III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Abuso de derecho. Requisitos.—La doctrina del abuso de derecho es un remedio extraordinario al que sólo se puede acudir en los casos en que de forma patente y manifiesta se aprecie su concurrencia. Para tal apreciación, indica el TS (S de 11 de abril de 1995) que es necesario que se ejercite un derecho con intención decidida de dañar, utilizándolo de manera anormal y sin que resulte de ello provecho alguno para el agente.

Abuso de derecho. Elaboración jurisprudencial.—Señala el TS que la doctrina del abuso de derecho se desarrolla y perfila por la jurisprudencia a partir de la S de 14 de febrero de 1944. Es la labor de los Tribunales, pues, la

que se encarga de concretar la esencia de esta figura, así como sus requisitos. (STS de 29 de junio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Seis años después de haber recaído sentencia de divorcio disolviendo el matrimonio de doña A. I. B. y don J. R. B., interpone doña A. I. B. demanda de división de la cosa común en la que solicita la disolución de la comunidad que mantenía con don J. R. B. respecto de una vivienda de la que eran propietarios en pro indiviso y en la que ella no había habitado tras el divorcio. Don J. R. B. se allana a la demanda, si bien reconviene solicitando el reintegro por la demandante de la mitad de los pagos legítimos por las cargas del condominio y los gastos de conservación de la vivienda por él efectuados.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la reconvencción, frente a lo cual recurre don J. R. B. La Audiencia Provincial desestima igualmente la reconvencción y el divorcio interpone recurso de casación, que es desestimado por el TS sobre la base de la doctrina del abuso de derecho. (A. M. M.)

2. Abuso de derecho por interposición de interdicto de obras que es desestimado en ambas instancias.—La jurisprudencia del TS se ha encargado de ir delimitando las directrices de este supuesto en el que se invoca la doctrina del abuso de derecho (SSTS de 21 de marzo y 4 de diciembre de 1996, 28 de marzo y 30 de junio de 1998, 6 de febrero de 1999 y 2 de febrero y 6 de abril de 2001). Parte de la base de que el demandado que soporta la suspensión de la obra a causa del interdicto rechazado en ambas instancias puede tener derecho a ser indemnizado conforme al artículo 7.2 CC y, en ocasiones, al artículo 1902 CC. No obstante, cada caso se deberá resolver cuidadosamente buscando un equilibrio entre estos artículos y el artículo 24 CE. De hecho, en consideración a este precepto constitucional, la aplicación del artículo 7.2 CC en estos casos es restrictiva. Así, la desestimación en ambas instancias no es por sí sola demostrativa de un abuso de derecho, sino que es necesario demostrar que el interdicto se promovió con fines puramente coactivos, con el fin de perjudicar o de forma temeraria o manifiestamente negligente, ya que carecía de posibilidad de prosperar (SSTS de 15 de diciembre de 1992 y 4 de diciembre de 1996).

Planteamiento en casación de cuestiones no planteadas en la instancia.—Reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 9 de octubre y 6 de noviembre de 2000 y 5 de febrero, 26 de marzo y 14 de mayo de 2001) rechaza el planteamiento directo en casación de cuestiones que hubieran podido suscitarse ya en apelación y que no fueron entonces alegadas. (STS de 18 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En un contrato de arrendamiento de local se incluye una cláusula en la que se establece, entre otras cosas, que si la arrendataria desea hacer obras de adaptación o modificación del local, debe pedir autorización a la propietaria. En atención a la citada cláusula, la sociedad arrendataria del local, que desea realizar unas obras de modernización del mismo, solicita a la propietaria autorización para proceder a ello. La propietaria, sin embargo, responde dene-

gando el permiso y condicionando su concesión a la elevación de la renta pactada en el contrato. Pese a tal oposición, la arrendataria comunica a la propietaria que va a llevar a cabo las obras y, de hecho, las comienza. Interpone entonces la propietaria del local interdicto de obra nueva, paralizando las obras. El interdicto, no obstante, es desestimado en ambas instancias.

Ante este resultado, la arrendataria demanda a la propietaria reclamando los daños sufridos como consecuencia de la paralización de las obras. La propietaria, por su parte, reconviene solicitando el importe de las obras de reposición del local a su adecuado uso. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima parcialmente la reconvencción. Frente a este fallo recurre la demandante; recurso que es desestimado por la Audiencia Provincial. Interpuesto recurso de casación por la demandante, alegando infracción de la doctrina del abuso de derecho, declara el TS no haber lugar al recurso, ya que la actuación de la propietaria se realizó en defensa de un interés legítimo derivado de una específica cláusula contractual frente a lo que desde un principio se manifestó como clara voluntad de la arrendataria de faltar a lo pactado. (A. M. M.)

3. Actos propios. Doctrina.—La doctrina de los actos propios, tal y como aparece en la doctrina jurisprudencial explica que la regla *nemine licet adversus sua facta venire* tiene su fundamento en la buena fe y en la protección de la confianza que la conducta produce, han de ser por ende tales actos vinculantes, causantes de estado y definidoras de una situación jurídica de su autor y que vayan encaminadas a crear, modificar o extinguir algún derecho y no han de ser ambiguos, sino revestidos de solemnidad. (STS de 25 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La compañía *Alugas, SpA* interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Barcelona, demanda contra la entidad *Alugas, SA*, sobre acción reivindicatoria de propiedad y marca. El Juzgado estimó parcialmente la demanda, sin imposición de costas. Recurrída en apelación, la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

DERECHO DE LA PERSONA

4. Concepto de derecho al honor. Dimensión subjetiva y dimensión objetiva.—Sobre la base de que no puede elaborarse una definición del derecho al honor que abarque todas las manifestaciones del mismo —dada la gran variedad de las conductas humanas—, la jurisprudencia y la doctrina definen este derecho como la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona. Con ello se destacan los dos aspectos que caracterizan este derecho: su dimensión subjetiva (interna o individual) y su dimensión objetiva (externa o de valoración social); dualidad que es de gran importancia, pues impide asumir un concepto de honor subjetivo puro conforme al cual se haga depender la definición de este derecho de la idea que tenga de él cada persona con arreglo a su subjetividad o suscepti-

bilidad, así como un concepto de honor objetivo puro que ofrezca parámetros abstractos de conducta a los que deban adaptarse las personas.

Concepto de derecho al honor. Criterios de delimitación.—Para delimitar o matizar el concepto del derecho al honor y determinar cuándo una expresión atenta contra este derecho, el TS señala tres criterios: el contexto en que se producen las expresiones (con especial consideración al medio en que se vierten y circunstancias que las rodean), la proyección pública de la persona que se siente ofendida (criterio ya señalado por la STC 165/1987, de 27 de octubre) y la gravedad de las expresiones objetivamente consideradas.

Libertad de expresión y derecho de información. Contenido y límites.—El TS resume las diferencias de contenido y los límites de la protección de ambos derechos. Respecto del contenido, la distinción se encuentra en que la libertad de expresión ampara las opiniones, mientras que el derecho de información se extiende sólo a informaciones. Por lo que respecta al límite de ambos derechos, éste se encuentra, por un lado, en la concurrencia de un mínimo interés general y, por otro, en la vejación, puesto que quedan sin protección las expresiones o epítetos injuriantes, afrentosos u ofensivos. Junto a esto, en el caso concreto del derecho de información se añade un límite a su protección, que es la exigencia de veracidad de la información difundida.

Alegación de hechos posteriores a la demanda.—No se pueden alegar, ni en segunda instancia, ni en casación, hechos sucedidos posteriormente a la demanda que no puedan considerarse integrantes de los que se exponen en ella y que, por tanto, sean extraños a la *litis*. (STS de 21 de junio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Durante una serie de debates en el Pleno del Ayuntamiento de Albaterra (Alicante), dos concejales vierten fuertes expresiones contra el Secretario del Ayuntamiento, integrante de un distinto partido político. A causa de las mismas, el ofendido interpone demanda de protección civil del derecho al honor frente a los concejales ofensores, solicitando una indemnización por la lesión de su derecho al honor, así como la publicación de la sentencia condenatoria y su reflejo en las actas del Pleno.

La demanda es desestimada en primera instancia y en apelación. El demandante interpone finalmente recurso de casación ante el TS, que declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

5. Concepto de derecho al honor.—Conforme a la doctrina del TC (SSTC 180/1999, de 11 de octubre, y 297/2000, de 11 de diciembre), se define el honor como un concepto jurídico indeterminado cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. Esto lleva a que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso lo que ha de considerarse lesivo de este derecho.

Colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión. Criterios de valoración del conflicto. Ponderación.—Son varios los criterios que han de servir de parámetro para delimitar el ámbito en el que la libertad de expresión prima sobre el derecho al honor. En primer lugar, se ha de tener en cuenta la relevancia pública del tema o suceso que motiva la emisión de las opiniones, ya que, según el TC (S de 26 de febrero de 2001), en tales casos la crítica legítima llega a amparar expresiones que puedan molestar, inquietar o disgustar. En segundo lugar, se ha de considerar el contexto en que se emiten

las opiniones, atendiendo a la gravedad de las mismas y a la presencia en ellas de un fondo de veracidad. Finalmente, hay que atender a la personalidad de los litigantes, su notoriedad pública y la existencia de oposición o enfrentamiento entre ellos. Así, en el caso de una rivalidad entre autores literarios, el intercambio de expresiones será frecuentemente más bien sátira que injuria. En cualquier caso, para resolver sobre este conflicto, será necesaria una ponderación caso por caso. (STS de 2 de julio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Con motivo del vigesimoquinto aniversario de la muerte de don Enrique Ruano, un informativo de una cadena de televisión entrevista a don F. P. M., renombrado escritor que conoció en su época al fallecido. A lo largo de la entrevista, don F. P. M. no sólo arroja dudas acerca de la verdadera causa de la muerte del finado (en su día se dijo que se había tratado de un suicidio), sino que, además, con su peculiar estilo, continúa declarando que el verdadero crimen contra el mismo, aunque fuera literario, lo perpetró el por entonces director del periódico *ABC*, don T. L. T., en cuyos artículos indicó haber tenido acceso a los diarios del fallecido y haber constatado que era «maricón», «como diciendo que daba igual matarlo o dejar que se matara, que era material de desecho, carnaza de patio de caballos, despojo adolescente que está mejor muerto». Ante estas declaraciones, don T. L. T., considerando lesionado su derecho al honor, interpone demanda de protección civil del derecho al honor frente a don F. P. M.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, frente a lo cual interpone recurso de apelación el demandado. La Audiencia Provincial desestima el recurso, sobre la base de que no son veraces los hechos atribuidos al demandante. Habiendo interpuesto el demandado recurso de casación ante el TS, declara éste haber lugar al recurso.

NOTA.—Acompaña la sentencia un voto particular del Magistrado F. Marín Castán, en el que manifiesta su desacuerdo con el fallo emitido. Resumiendo la doctrina del TC sobre la libertad de expresión y el derecho de información (SS 107/1988, 105/1990, 170/1994 y 42/1995), centra su crítica en el hecho de que en el presente caso no sólo hubo una emisión de opiniones, sino también una atribución de hechos al demandante; hechos que no pueden ser calificados como veraces, pues nunca se llamó «maricón» al fallecido.

Igualmente, rechaza como defensa para el demandado el argumento de la licencia literaria, ya que las manifestaciones no se produjeron en un programa literario, frente a una audiencia especializada que pudiera comprender que se estaba haciendo uso de tal licencia, sino en un programa dirigido a una audiencia general. Por otro lado, ampararse en la licencia literaria genera el riesgo de crear zonas de impunidad a unos pocos autores de fama en detrimento del principio de igualdad. No se debe, pues, ser más permisivo en materia de lesiones al honor por la mayor facilidad de palabra del agresor.

Por todo ello, considera el Magistrado disidente que el fallo debiera haber sido desestimatorio del recurso. (A. M. M.)

6. Derecho al honor. Concepto.—El derecho al honor, garantizado por el artículo 18 CE y por la LO 1/1982, de 5 de mayo, descansa en la dignidad que deriva del respeto que genera el ejemplar comportamiento de una persona en todas las esferas de desenvolvimiento; dignidad que es guardada por los demás.

Derecho al honor. Lesión. Consecuencias.—Este derecho se lesiona cuando se destruye, menoscaba o deteriora la dignidad que aprecian los demás en una determinada persona por una causa distinta a la propia conducta del titular del derecho. En tal caso, el autor de ese mal hacer quedará obligado a reparar el daño por todos los medios necesarios.

Derecho al honor. Límites.—Indica el TS que el derecho al honor, de carácter personal, queda sometido al interés público y a la verdad del reproche que se le haga a la persona que considera lesionado su derecho al honor. (STS de 21 de septiembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En *El Mundo de Castilla y León* se publica un artículo sobre contrataciones irregulares a cargo del INEM, en el que el autor indica que considera necesario que se aclaren «los extremos de la contratación de unas determinadas personas», ya que «no es la primera vez que se pone en tela de juicio la forma en que entró a trabajar en el INEM doña M.^a E. A. G.». Tal artículo forma parte de un debate que existía desde hacía un año y que había dado lugar a la publicación de más de setenta artículos.

Sin embargo, la aludida doña M.^a E. A. G., sintiendo que se ha producido un detrimento en su derecho al honor por el citado artículo, interpone demanda de protección civil del derecho al honor frente al autor del artículo, el director de la publicación y la editora del periódico, solicitando indemnización por los daños causados, así como la publicación de la sentencia. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, concediendo indemnización a la demandante. Recurre en apelación el autor del artículo y se adhierre al recurso la demandante. La Audiencia Provincial estima el recurso del demandado y revoca la sentencia de primera instancia. Ante tal pronunciamiento, interpone la demandante recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 18 CE y 7.7 de la LO 1/1982, de 5 de mayo. El TS declara no haber lugar al recurso, sobre la base de que se ha ejercitado de forma legítima el derecho a la libertad de expresión. (A. M. M.)

7. Conflicto entre las libertades de información y de expresión y los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar. Criterios delimitadores.—Los criterios que establecen la resolución de los conflictos surgidos entre las libertades de información y de expresión por un lado y el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar por otro están pacíficamente asentados por una abundante jurisprudencia. Ambos tipos de derechos tienen rango constitucional y en cada supuesto se debe estudiar los respectivos límites de cada uno, para determinar si en el ejercicio de las primeras se ha afectado a los segundos. En este conflicto se ha de tener en cuenta que la persona de proyección pública sufre una disminución en el ámbito de protección de su derecho al honor, y que la libertad de expresión nunca puede dar derecho al insulto. La libertad de información ha de versar necesariamente sobre hechos de interés general y veraces, o al menos que cumplan en su ejercicio, diligen-

temente, el deber de comprobar o contrastar su veracidad a través de datos objetivos.

Actuación del Ministerio Fiscal en los procesos de defensa de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen.—La falta de actuación del Ministerio Fiscal en las primeras instancias en los procesos de defensa de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen no provoca la falta total y absoluta de las normas esenciales del procedimiento, que a tenor del artículo 283.3 LOPJ conlleva la nulidad de los actos judiciales, si es subsanada por su actuación en casación, y, aún más, si presta total apoyo a la pretensión de la demanda acogida en las resoluciones de primera y segunda instancia, por lo que no provoca la infracción de los principios de audiencia y asistencia, ni la indefensión del demandado recurrente. (STS de 30 de enero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El periódico *La Provincia* publicó los artículos siguientes: el 28 de agosto de 1990, «Parejas imaginables: Alfredo/Martirio», el 14 de marzo de 1993, «H. P.: el epiléptico del voto», y el 15 de junio del mismo año «El huevo de oro a H. P.», todos ellos escritos por don Salvador S. P., en los que se le llamaba a don Alfredo H. P., «zángano», «parásito ridículo y pretencioso», «pobre artículo de bromas» «catástrofe natural», «parto imperfecto», o «estropicio genético».

Don Alfredo H. P. interpuso demanda civil de protección del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar contra el periodista don Salvador S. P, contra el director del diario *La Provincia* y contra la *Editorial Prensa Canaria, S. A.*, solicitando que se declarase la intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad, se publicase el fallo y se le indemnizase con cincuenta millones de pesetas. El Juzgado condenó a los demandados al pago de cinco millones de pesetas. La Audiencia rebajó la condena a dos millones de pesetas, cantidad confirmada por el TS. (*L. A. P. M.*)

8. Derechos a la libertad de información y a la libertad de expresión. Colisión con el derecho al honor. Criterios delimitadores.—El conflicto se ha de delimitar caso por caso, sin fijar apriorísticamente límites entre los derechos, interpretando los textos o las imágenes en su conjunto y totalidad. Las libertades de información y de expresión cuentan con una posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, por tener una doble función, como libertad individual, por un lado, y como garantía institucional de la formación de una opinión pública libre e indisoluble unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, por otro. Pero para gozar de dicha prevalencia ambas libertades se han de ejercer dentro de unos límites, como son, respecto a la libertad de información, que la información transmitida sea veraz, esto es, comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa, y que trate de asuntos de relevancia pública, ya sea por las materias a las que se refiere o por las personas que en ellas intervienen, sin que en ningún caso ampare la simple satisfacción de la curiosidad ajena mal orientada. En cuanto a la libertad de expresión, su límite es que no se desmerezca a una persona identificada, o identificable ante los terceros, del público aprecio y respeto. (SSTC de 4 de octubre de 1993, 7 de julio de 1997, 28 de mayo y 31 de julio de 1998; y SSTS de 15 de enero de 1999 y 18 de abril de 2000).

Nexo causal entre la conducta enjuiciada y el daño producido.—En el análisis jurídico del nexo causal entre una conducta y el daño que provoca no caben premisas ni paradigmas. Se ha de tener en cuenta, necesariamente, que en cada caso habrá una inevitable concurrencia de heterogéneas y complejas circunstancias, como las personales, las ambientales, sociales, etc. Básicamente se habrá de analizar si la conducta enjuiciada pudo o no ser determinante, como agente principal o no, para que se produjera el evento dañoso, se diera entre ellos una absoluta inmediatez o no.

Doctrina de la neutralización decisoria.—El acogimiento de un motivo no siempre conlleva la casación de la sentencia, toda vez que según la doctrina de la «neutralización decisoria», o «equivalencia de resultado», no cabe estimar el recurso cuando deba mantenerse el fallo de la resolución recurrida, aunque sea por otros razonamientos jurídicos de los que ésta tuvo en cuenta. (STS de 10 de enero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En el número de 7 de junio de 1990 del periódico *El Independiente*, en su página número 6, se publicó una noticia con el titular de: «El asesinato de Muguza fue preparado por personas relacionadas con la policía». En la misma se acusaba a don José Manuel O. U. de participar en una reunión en noviembre de 1989, junto con otras personas, en la que se ultimaron los detalles del asesinato de Josu Muguza, presunto perteneciente a la banda terrorista ETA. En el párrafo final de la noticia se califica a don José Manuel O. U. de *Frustrado Ertzaina*, «hombre de poco fiar», que fue expulsado de la Academia de Arkaute por su implicación en grupos de contrabando, e incluso se le atribuyen relaciones con el Grupo Terrorista GAL. Esta noticia fue parcialmente rectificada tres días después por el medio de comunicación, únicamente en lo relativo a la participación del afectado en la citada reunión.

Don José Manuel O. U. interpuso demanda civil de protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen contra los periodistas don José Agustín A. P. y don Miguel Sánchez B., y contra el medio *Ediobser S. A.*, y su director, don Pablo Sebastián B., solicitando la condena, su publicación, y una indemnización de cincuenta millones de pesetas. El Juzgado condenó a los demandados a las medidas solicitadas y al pago de cinco millones de pesetas. La sentencia fue recurrida por ambas partes, y mientras se tramitaba tal recurso, el demandante murió en atentado de la banda terrorista ETA, siendo sustituido en el proceso por doña Victoria U. I. La Audiencia desestimó el recurso de los demandados y estimó en parte el del demandante, estableciendo la cantidad indemnizatoria en veinticinco millones de pesetas. El TS, a pesar de acoger algún motivo del recurso, no da lugar a la casación.

NOTA.—Se confirma la cantidad indemnizatoria a pesar de darle la razón al recurrente en amparo por la doctrina de la neutralización decisoria. A pesar de aceptar la alegación de que la muerte del demandante, sucedida con posterioridad al recurso de apelación, no puede ser tenida en cuenta por la Sala para incrementar la cuantía como supuesto resultado de la publicación, y con ello eliminar del proceso todo hecho *ex post* que lo afecte, conserva la cuantía indemnizatoria porque la considera ajustada al daño de difamación y desmerecimiento del interesado en la consideración ajena provocado por la noticia publicada. (L. A. P. M.)

9. Derecho a la intimidad personal.—En la colisión entre los derechos fundamentales al honor y la intimidad (art. 18 CE) y las libertades, también fundamentales, de expresión e información (art. 20 CE), el valor preferente de la libertad de información no es absoluto y su legitimidad radica no sólo en que la noticia transmitida sea veraz, sino que también se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiera. En el supuesto enjuiciado lo que fue objeto de grabación, aunque sea veraz, no está dotado de la relevancia pública y por este motivo prevalece el derecho constitucional a la intimidad personal.

El TS entiende en esta sentencia que la grabación de la voz del recurrente puede resultar lícita, debido a que la protección a la propia voz opera en nuestro ámbito jurídico en el supuesto del artículo 7.6 de la LO 1/1982, de 5 mayo (en igual sentido la STC de 29 de noviembre de 1984 y la STS de 17 de junio de 1999), sin embargo, la ilicitud surge cuando en un momento posterior la grabación ha sido aprovechada por otra persona o medio, una revista, que la publicó sin contar con el consentimiento del que recurre, y es esta actuación *ad extra* lo que constituye un efectivo ataque a la intimidad. Lo que conforma conducta contraria al artículo 18.3 CE (que garantiza el secreto de las comunicaciones y en especial las telefónicas) es el uso externo y útil que vino a hacer de la misma la revista sin respetar el secreto que el precepto garantiza (FD 1.º).

En esta sentencia, el TS señala que constituye una intromisión ilegítima en la intimidad personal hacer pública una conversación telefónica desarrollada en forma privada que carece de relevancia pública. El Tribunal tomó en consideración el hecho de que el actor no provocó la conversación, confiaba en que se mantuviese en el ámbito de la privacidad, y además que la conversación no se mantuvo con personal de la revista *Cambio 16*.

El concepto de intimidad personal se proyecta sobre el concepto impreciso de lo que integra su círculo reservado e íntimo, compuesto por datos y actividades que conforman la particular vida existencial de cada persona y autoriza a preservarla de las injerencias extrañas, salvo que medie autorización libremente practicada (FD 1.º). (STS de 22 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Don Antonio A. P. interpone demanda ante el Juzgado de Primera Instancia en la que se solicita que se declare la existencia de intromisión ilegítima en su intimidad como consecuencia de la grabación de una conversación telefónica, mantenida con don Javier de la R., en la que éste decía que «dejara esta semana tranquilos a los primos y a Boyer». La mencionada conversación se desarrolló en el ámbito de la privacidad y posteriormente, la revista *Cambio 16* la publicó sin el consentimiento del recurrente. Don Antonio A. P. solicitó una indemnización de veinte millones de pesetas por los daños y perjuicios morales causados, así como la publicación de la sentencia estimatoria que se dictare. El Juzgado de Primera Instancia estima la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad del demandante y condena a la parte demandada a pagar diez millones de pesetas en concepto de indemnización, así como a publicar en la revista el fallo de la sentencia.

Apelada la sentencia ante la Audiencia Provincial, ésta revoca la sentencia y don Antonio A. P. recurre en casación ante el TS.

NOTA.—En la sentencia anotada, el TS mantiene la consolidada línea jurisprudencial que sostiene que la libertad de información

prevalece sobre los derechos reconocidos en el artículo 18 CE sólo cuando la información sea veraz y esté referida a asuntos de interés, relevancia o notoriedad pública (en este sentido, SSTC de 2 de diciembre de 1988, 5 de mayo de 2000, y SSTS de 31 de julio de 1995, 8 de marzo de 1999 y 4 de marzo de 2000, entre otras).

En lo referente al concepto de intimidad, el TC señaló en la S de 2 de diciembre de 1982 que la intimidad es un ámbito reducto en el que se veda que otros penetren, de ahí la protección que constitucionalmente se le otorga a fin de evitar las injerencias arbitrarias en las vidas privadas censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. (*M. C. L. J.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

10. Concepto de autocontrato.—El autocontrato es aquella figura jurídica que se produce cuando una sola voluntad hace dos manifestaciones jurídicas económicamente contrapuestas, es decir, cuando una persona contrata consigo misma actuando de un lado como parte interesada y por el otro como representante de otro sujeto.

Validez del autocontrato.—Un autocontrato es válido cuando no existe un conflicto de intereses o hay un consentimiento anterior o una ratificación posterior del interesado. Existe un consentimiento anterior cuando en el poder del representante se recoge la posibilidad que este realice autocontratos. Esta autorización anterior debe ser clara pero no se exige que haya de cumplir unos requisitos formales especiales, sino que es suficiente con que se observen los requisitos exigidos para el poder. Si existe una autorización anterior para celebrar el autocontrato, el interesado renuncia a la posibilidad de denunciar el contrato celebrado y no es necesario que haya una ratificación posterior del contrato.

Simulación de contrato.—No existe simulación absoluta de compraventa por falta de precio cuando sobre el bien vendido recaen cargas que reducen su valor. (*STS de 12 de junio de 2001*; ha lugar.)

HECHOS.—Don Francisco era administrador único de la sociedad *Canteras Gastronomía* y compró para sí un bien de la sociedad, actuando como representante de la sociedad. Posteriormente, don Francisco vendió la finca adquirida a doña Su-Ryun. La sociedad interpuso sendas demandas en las que solicitaba la declaración de nulidad de la compraventa celebrada entre la sociedad y don Francisco y de la compraventa celebrada entre don Francisco y doña Su-Ryun. El Juzgado de Primera Instancia desestimó las demandas. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y declaró la nulidad de las compraventas, ya que no considera probada la existencia de una autorización previa para celebrar el autocontrato. Don Francisco interpone recurso de casación ante el TS, que es estimado, ya que se considera que el recurrente tenía una autorización previa concedida por la Junta general de la sociedad para celebrar el contrato de compraventa consigo mismo. (*M. V. V.*)

11. Error sustancial. Requisitos.—De la aplicación conjunta del artículo 1266 CC y de la doctrina jurisprudencial se extrae la necesaria concurrencia de dos requisitos para apreciar la existencia de un error sustancial: la excusabilidad (entendida como inevitabilidad del error, aplicando una diligencia normal o media) y la esencialidad (referida a la relevancia, importancia decisiva → constitución como base y finalidad del negocio— de aquel elemento sobre el que recae el error).

Doctrina de la compensación judicial. Contenido.—Esta doctrina, consolidada por el TS en numerosas sentencias (sirvan de ejemplo, las SSTs de 7 de junio de 1983, 17 de mayo de 1984, 2 de febrero de 1989, 9 de abril y 30 de diciembre de 1994, 1 de febrero, 8 de junio y 27 de diciembre de 1995, 8 de junio de 1998 y 18 de enero de 1999), se configura como una especie de compensación que no requiere todos los elementos que se establecen en el Código civil para la compensación legal. Su aplicación —que no altera el objeto del proceso, ni exige postulación procesal— se produce como resultado de un proceso, cuando la ordena el órgano jurisdiccional en sentencia.

Infracción de normas de interpretación del contrato. Invocación en casación.—Para que prospere en casación un motivo que tenga su base en la infracción de las normas de interpretación contractual, deberá demostrarse, según el TS, que la interpretación que contiene la sentencia de instancia es contraria a la ley, absurda, equivocada o ilógica, por no ajustarse a las reglas de la razón o al buen sentido. No será suficiente, pues, que se ofrezca otra interpretación alternativa, aunque sea más probable o verosímil.

Efecto devolutivo del recurso de apelación.—Tal efecto supone la recuperación por parte del órgano *ad quem* del conocimiento íntegro del asunto en sus aspectos fáctico y jurídico. El nuevo conocimiento queda únicamente restringido por el principio dispositivo y por el sistema de apelación limitada. Así, mientras que el principio dispositivo impone las limitaciones que derivan de la expresión latina *tantum appellatum, quantum devolutum*, así como de la prohibición de *reformatio in peius*, el sistema de apelación limitada veda el *ius novorum*, si bien esta última restricción se ve matizada por las excepciones fácticas de las *nova reperta* (art. 862.3.º y 4.º LEC), por el principio *iura novit curia* (con su ámbito limitado de operatividad) y por la apreciación de oficio por razones insoslayables de orden público procesal.

Efecto positivo de jurisdicción. Contenido.—Conforme a este principio, el órgano *ad quem* debe asumir las funciones de instancia para conocer del fondo del asunto, siempre que no haya un vicio en el procedimiento por el cual deban retrotraerse las actuaciones al momento procesal correspondiente. Rige en casación cuando es posible su aplicación (art. 1715.1.3.º LEC). (STS de 17 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—*Construcciones Porsellanes, S. A., y Sondeos Gandía, S. L.*, acuerdan la realización de una perforación sobre un terreno para el alumbramiento de aguas subterráneas. Dicha perforación es realizada por *Sondeos Gandía S. L.*, obteniéndose un caudal determinado de agua. Posteriormente, otras dos entidades (*Oasis Park de la Costa Blanca, S. A., y Mediterráneo Residencial, S. A.*) se subrogan en la posición de *Construcciones Porsellanes, S. A.*, comprometiéndose a liquidar todas las obligaciones derivadas del contrato suscrito. *Mediterráneo Residencial, S. A.*, procede a tal liquidación, pero no así *Oasis Park de la Costa Blanca, S. A.*, la cual adeuda cierta cantidad a *Sondeos Gandía S. L.* Tras estas ope-

raciones, habiendo quedado agotados los efectos del contrato de perforación inicialmente suscrito, éste se resuelve y *Sondeos Gandía S. L.*, celebra un contrato de compraventa con las otras dos entidades por el que les cede todos sus derechos sobre el pozo a cambio de un precio que queda determinado. El pozo, sin embargo, resulta improductivo.

Oasis Park de la Costa Blanca, S. A., y *Mediterráneo Residencial, S. A.*, formulan sendas demandas solicitando la declaración de nulidad del contrato de compraventa celebrado, así como la restitución del precio pagado. *Sondeos Gandía S. L.*, reconviene la demanda de *Oasis Park de la Costa Blanca, S. A.*, reclamando la cantidad que le adeudaba por la subrogación en la posición de *Construcciones Porsellanes, S. A.*, en el contrato de perforación inicial. Las demandas se acumulan.

El Juzgado de Primera Instancia aprecia de oficio la excepción dilatoria del artículo 533.6 LEC, absolviendo a los demandados y desestimando igualmente la reconvención. Habiendo apelado esta sentencia las dos demandantes y la reconviniendo, la Audiencia Provincial estima tanto las demandas de primera instancia, como la reconvención, aplicando a esta última una compensación respecto de las cantidades adeudadas por ambas partes. Este fallo es recurrido por *Sondeos Gandía S. L.*, ante el TS, el cual declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

12. Concepto y validez del reconocimiento de deuda.—El reconocimiento de deuda es aquel reconocimiento en virtud del cual se considera existente una deuda contra la persona que la reconoce. El reconocimiento de deuda es una figura válida y lícita permitida por el principio de autonomía privada reconocido en el artículo 1255 CC. Este reconocimiento tiene efectos vinculantes para la persona que lo realiza y sirve como medio de prueba o permite que no se exija prueba alguna contra quien reconoce.

La causa en el reconocimiento de deuda.—El reconocimiento se puede hacer de forma abstracta, de manera que tan sólo tiene eficacia probatoria, o bien puede tener una causa que lo justifica, de modo que tiene eficacia constitutiva. Si tiene eficacia constitutiva significa que el reconocimiento no es tan sólo un medio de prueba que puede usar la otra parte, sino que también da por existente una situación de débito contra el sujeto que realizó el reconocimiento. Si el reconocimiento no tiene una causa, de acuerdo con el artículo 1276 CC, el reconocimiento será válido si se funda en otra causa verdadera y lícita. (STS de 28 de septiembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Javier, trabajador de la sociedad *B y T Asociados Financieros*, realizó varias operaciones económicas en interés de un cliente de dicha sociedad que supusieron la producción de pérdidas económicas. La sociedad *B y T* interpuso demanda en la que reclamaba la cantidad que don Javier le adeudaba por la realización de dichas operaciones, ya que existía un reconocimiento de deuda por parte del demandado. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, que fue confirmada por la Audiencia Provincial. El demandado interpuso recurso de casación ante el TS, ya que consideraba, entre otros motivos, que el reconocimiento de deuda realizado tenía una causa falsa o inexistente y que se había aplicado de

forma indebida la doctrina sobre el reconocimiento abstracto de deuda. El TS desestima el recurso porque considera que la causa del reconocimiento se encuentra en las pérdidas sufridas por las operaciones realizadas por don Javier.

NOTA.—El demandado recurre la sentencia de la Audiencia Provincial porque considera que admite, de forma contraria a la jurisprudencia mayoritaria, la validez del reconocimiento abstracto de deuda. Según el recurrente, el reconocimiento de deuda tenía una causa falsa, de manera que era nulo. La jurisprudencia admite una abstracción meramente procesal de la causa (por ejemplo, STS de 23 de diciembre de 1999), en virtud de la cual, aunque en la declaración de voluntad no figure la causa, se presume su existencia y licitud, de modo que quien reconoció la deuda debe probar su inexistencia o ilicitud. Sin embargo, la admisión de esta abstracción procesal no supone la admisión de los negocios abstractos, ya que el reconocimiento será válido cuando haya un débito existente a cargo del que reconoce, aunque la existencia de este débito no figure en el reconocimiento. El TS, en el presente caso, admite que la sentencia de la Audiencia Provincial no precisa con claridad si recoge la doctrina sobre el reconocimiento abstracto de deuda, si considera que nos encontramos ante una inexpressión de la causa o si existe una causa falsa que esconde otra causa lícita. Sin embargo, el TS considera que el reconocimiento de deuda manifiesta de forma expresa cuál es su causa (las deudas surgidas de las pérdidas sufridas en determinadas operaciones económicas) y que ésta es lícita. (M. V. V.)

13. Imposibilidad de alegar cuestiones de hecho en el recurso de casación directo.—En el recurso de casación directo sólo pueden discutirse cuestiones jurídicas.

Diferencias entre el contrato de compraventa y la promesa bilateral de venta.—Según reiterada jurisprudencia, es posible la existencia independiente de la promesa de venta y de la compraventa a pesar de la aparente asimilación que hace el artículo 1451.1.º CC entre ambos negocios jurídicos cuando hay acuerdo respecto del precio y la cosa vendida. Así, en el contrato de compraventa uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella, mientras que en la promesa de venta las partes están de acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato obligándose a la prestación de un futuro consentimiento dirigido a la celebración de un contrato de compraventa posterior.

Promesa de venta. Su incumplimiento no implica indemnización por lucro cesante.—En la promesa de venta no existe una expectativa directa de contar en el patrimonio con el objeto de dicha promesa, por lo que el incumplimiento de ésta no puede dar lugar a lucro cesante. (STS de 11 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En el mes de marzo de 1992 *La Equitativa, S. A., de Seguros de Riesgos Diversos*, realizó una promesa de venta de dos pisos a *A. S. R. y Apointe, S. L.*, y *Asesur Correduría de Seguros*, quedando la venta pospuesta a la obtención por estos últimos de los correspondientes préstamos. Dicho edificio fue vendido en su totalidad y en forma unitaria en escritura pública el 3 de julio de ese mismo año. Tras la resolución unilateral de la promesa de venta por

parte de la oferente, A. S. R. y *Aprointe, S. L.*, y *Asesur Correduría de Seguros* recibieron la indemnización del daño emergente tras seguirse el correspondiente procedimiento judicial.

Posteriormente A. S. R. y *Aprointe, S. L.*, y *Asesur Correduría de Seguros* interpusieron demanda sobre reclamación de daños y perjuicios contra *La Equitativa, S. A., de Seguros de Riesgos Diversos*, alegando la existencia de lucro cesante, puesto que sus respectivos patrimonios se habían visto disminuidos en la «diferencia del precio convenido en la promesa de venta y el valor de mercado de cada uno de los pisos, estos últimos notablemente superior a los primeros» (*sic*). El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, interponiéndose recurso de casación directo contra dicha sentencia.

NOTA.—La sentencia analizada adopta la tesis denominada clásica o tradicional del precontrato, puesto que entiende que será necesario prestar un nuevo consentimiento para la celebración del contrato. Tal y como ponen de relieve Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón Ballesteros (*Sistema de Derecho Civil, V, II*, ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 69) parece más adecuado entender, siguiendo al profesor Federico de Castro, que en el precontrato la relación contractual se abre ya a las partes en el momento mismo de su celebración, reservándose ambas o una de ellas la facultad de exigir en un momento posterior su puesta en vigor. El precontrato, por tanto, da derecho a cualquiera de las partes a exigir a la otra el cumplimiento de lo pactado, no la prestación de un nuevo consentimiento, puesto que éste ya se prestó en el momento de la celebración del precontrato. Así se deriva, además, de la dicción literal del artículo 1451 CC, en el que se dispone que «la promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para *reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato* [...]».

En relación con el recurso de casación directo, debe advertirse que la LEC 1/2000 no lo contempla, ya que el artículo 477.2 LEC dispone que «serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales [...]» (en este sentido, Villagómez Cebrián, M., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, ed. Tecnos, Madrid, 2000, p. 188). (B. F. G.)

14. Cláusula de sumisión litigiosa en los contratos celebrados con consumidores.—En un contrato celebrado con consumidores debe tenerse en cuenta la doctrina de la Sala que recoge, entre otras, la STS de 19 de mayo de 1999, al explicar que en el estudio de las cláusulas abusivas de los contratos, hay que partir de la Directiva 93/13, Comunidad Económica Europea del Consejo, de 5 de abril de 1993 (cláusula abusiva en los contratos suscritos por los consumidores), que define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores. Esta disposición tiene el carácter de norma de obligada transcripción a los derechos nacionales de los Estados miembros, y mientras se lleva a cabo tal establecimiento, los Tribunales judiciales de cada Estado deben actuar como jueces comunitarios. En el artículo 3 del texto comunitario se definen las cláusulas abusivas, al expresar que son aquellas que no se han negociado individualmente, pese a la exigencia de buena fe, causando, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las par-

tes que se deriven del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido.

Regla general a seguir para dirimir la sumisión litigiosa en los contratos.—Debe resolverse la cuestión conforme resulte de los fueros generales subsidiarios, a falta de sumisión expresa que, en el caso es el del lugar de celebración de contrato, puesto que la venta se entiende realizada en el lugar de destino y puesta a disposición de los géneros. (STS de 24 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Se planteó una cuestión de competencia por inhibición ante un Juzgado de Primera Instancia de Linares para el conocimiento de un juicio de cognición promovido ante un Juzgado de igual clase de Barcelona a instancia de la entidad *Planeta Crédito, S. A.*, por incumplimiento de contrato entre un particular y la editorial Planeta. El Juzgado de Primera Instancia de Linares acordó desistir del requerimiento de inhibición, recurrido el auto ante la Audiencia Provincial de Jaén, ésta dictó auto acordando estimar el recurso de apelación y declaró que la competencia para conocer del juicio de cognición interpuesto por la entidad *Planeta Crédito, S. A.*, correspondía a los Juzgados de Linares. (E. S. M.)

15. Calificación del contrato.—El tema de la calificación contractual, que sirve para establecer la naturaleza del contrato y qué normas jurídicas han de aplicársele y, mediatamente, qué efectos derivan de la voluntad de los contratantes, forma parte de la interpretación contractual (SS de 30 de mayo y 15 de diciembre de 1992, 9 de abril de 1997, 14 y 17 de mayo de 2001, entre otras), por lo que el planteamiento en casación ha de efectuarse en los mismos términos que la labor hermenéutica, y en el caso ocurre que no se menciona como infringido ningún precepto relativo a la misma, por lo que difícilmente cabría sentar una conclusión distinta de la del juzgador de instancia, al que, además, como reiteradamente viene declarando esta Sala, le está atribuida como función soberana la interpretación de los negocios jurídicos, sólo revisable en casación cuando es ilógica, arbitraria o vulneradora de los preceptos legales.

Negocio fiduciario. *Fiducia cum creditore*. Normativa aplicable.—La DA 7.ª de la Ley 26/1998, de 29 de julio, que contiene la regulación legal del arrendamiento financiero no es aplicable a la denominada venta en garantía. Si la calificación jurídica del contrato de autos es de venta en garantía, no cabe aplicarle una doctrina jurisprudencial que se refiere a otra figura jurídica, y con otra función económica social o práctica.

Negocio fiduciario. Relación con la simulación contractual.—En el caso la aparente transmisión de la propiedad respondió únicamente a una finalidad de garantía, es decir, a garantizar la devolución de la deuda derivada del préstamo que fue el verdadero contrato celebrado por las partes. Por consiguiente, operó prácticamente con una función fiduciaria —*fiducia cum creditore*—. Al acuerdo simulatorio, en el que se aparenta una operación jurídica —inválida por no querida— que oculta otra figura jurídica con función económico-social o práctica distinta —existente por ser la verdaderamente querida, y eficaz, si es válida y lícita por adecuación al ordenamiento jurídico— (simulación relativa), se le injerta la operación indirecta del efecto fiduciario, función ésta, con finalidad de garantía, cuyas líneas maestras se recogen en la S de esta Sala de 26 de abril de 2001 (núm. 413/2001, Rec. 1052/96) de

cuya resolución se deduce que el fiduciante sólo transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien, por lo que el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido (sólo aparentemente). (STS de 17 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—*N. C. Leasing, S. A.*, celebró con *F. C. Metropolità de Barcelona, S. A.*, y *Expoluz de Publicidad Exterior, S. A.*, diversos contratos mediante los cuales la primera se obligaba a ceder a la segunda ciertas carteleras publicitarias para que la tercera las colocase en las paredes del Metro de Barcelona. *Expoluz* dejó de pagar ciertas cantidades a la primera, por lo que ésta resolvió los contratos y le solicitó que le restituyese las carteleras cedidas. Ante la negativa de ésta, la primera ejercitó judicialmente contra las otras dos la acción declarativa de dominio sobre dichas carteleras, además de la acción de cumplimiento contra *Expoluz*. *F. C. Metropolità de Barcelona, S. A.*, formuló reconvencción para que los contratos fueran nulos y las carteleras de su propiedad. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Barcelona estimó la demanda y condenó a *F. C. Metropolità de Barcelona, S. A.*, a restituir las carteleras a la demandante. La Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación de *F. C. Metropolità de Barcelona*, pero conservó la condena a *Expoluz*. Según esta sentencia, la transmisión de la propiedad de las carteleras se hizo con una finalidad fiduciaria (*fiducia cum creditore*). La demandante recurrió esta sentencia en casación, porque a su juicio la operación realizada por las partes era un arrendamiento financiero o *leasing*. Su argumentación no convence al TS, que desestima el recurso.

NOTA.—Para la sentencia, el hecho de que la operación realizada por las partes tenga una función de garantía es suficiente para entender que no se trata de un arrendamiento financiero o *leasing* sino de una venta en garantía. Sin embargo, la doctrina entiende que el *leasing* cumple idéntica función en la medida en que la sociedad de *leasing* se reserva la propiedad del bien que cede (por todos, Antonio Cabanillas Sánchez, «*Leasing* (D.º Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1995, p. 3921). Al rechazar la calificación como *leasing*, el TS expropia a la sociedad de *leasing* y deja sin contenido su garantía frente al incumplimiento de la usuaria. En definitiva, la sentencia perfila una preocupante tendencia del TS, contraria a la autonomía de este contrato (véase también S de 22 de junio de 2001, extractada *infra*). (A. R. G.)

16. Legitimación del tercero para ejercitar la acción de nulidad.—Una persona que no ha sido parte en un contrato está legitimada para ejercitar la acción de nulidad radical cuando tenga un interés jurídico en ese contrato, es decir, cuando se vea afectado por él. (STS de 23 de junio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—El Banco de Santander y la sociedad *Antonsa, S. A.*, celebraron un contrato de cuenta de crédito. La sociedad *Antonsa, S. A.*, vendió determinadas fincas a doña Rosalva, esposa del administrador de la sociedad. El Banco de Santander interpuso demanda contra *Antonsa, S. A.*, doña Rosalva y su esposo, en la que solicitaba

la declaración de nulidad de dichos contratos de compraventa o su rescisión por ser contratos celebrados en fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de los contratos de compraventa. Desestimado el recurso de apelación interpuesto por los demandados, éstos interpusieron recurso de casación ya que consideraban que el demandante no estaba legitimado activamente para ejercitar la acción de nulidad. El TS desestima el recurso porque considera que el Banco tiene interés en el reintegro de los bienes vendidos al patrimonio de la sociedad demandada para poder hacer efectivo su derecho de crédito. (M. V. V.)

17. Legitimación para ejercitar la acción de nulidad.—Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos tanto los obligados en virtud del mismo como los terceros a quien perjudique o los derechos de los cuales puedan ser vulnerados por la relación contractual. Si el contrato era simulado y con causa ilícita, la declaración de nulidad la puede solicitar cualquier persona afectada por ella.

Simulación absoluta del contrato. Validez de la donación disimulada.—Cuando un contrato de compraventa oculta una donación, nos encontramos ante un contrato con causa falsa. El contrato simulado será nulo a no ser que se pruebe que tiene otra causa verdadera y lícita (art. 1276 CC). Para que la donación encubierta por una compraventa sea válida, se exige que cumpla los requisitos de forma del artículo 633 CC y que no tenga una causa ilícita, como, por ejemplo, defraudar los derechos de los acreedores del donante. (STS de 12 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Aránzazu, menor de edad, compró la nuda propiedad de una finca, mientras sus padres adquirirían el usufructo. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria interpuso demanda en la que solicitaba la declaración de nulidad radical de la compraventa realizada por doña Aránzazu, ya que consideraba que se trataba de una compraventa simulada que tenía como finalidad defraudar los derechos de crédito a su favor. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, que fue confirmada por la Audiencia Provincial, ya que consideraban que la menor no tenía patrimonio suficiente para adquirir la nuda propiedad de aquella finca, de modo que los padres habían realizado una donación a su hija y esta donación tenía una causa ilícita. Los demandados interpusieron recurso de casación ante el TS, ya que consideraban que la compraventa realizada por la hija no tenía como finalidad defraudar a la Administración Tributaria ni tenía una causa falsa. El TS desestima el recurso porque considera que la compraventa simulaba una donación que tenía como finalidad poner fuera del alcance de la Administración Tributaria determinados bienes, de modo que se perjudicaban los derechos de crédito de esta administración. (M. V. V.)

18. Ratificación tácita de un contrato.—El artículo 1259, párrafo 2.º, CC establece que la ratificación efectuada por la persona a cuyo nombre se otorgue un negocio sin su autorización previa, si tiene lugar antes que el negocio sea revocado por la otra parte contratante, purifica el contrato desde su origen. Este precepto no recoge expresamente la ratificación tácita, pero la

jurisprudencia ha considerado en diversas ocasiones que cuando el interesado realiza un comportamiento que revela de manera inequívoca la voluntad de ratificar, nos encontramos ante un supuesto de ratificación tácita que convalida el contrato. (STS de 26 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Hergasa, S. A.*, y don Nicanor celebraron un contrato de opción de compra de una nave industrial, que formaba parte de la herencia yacente de la esposa de don Nicanor, de la cual eran herederas sus hijas doña Dolores y doña Elena. La sociedad *Hergasa* interpuso demanda contra don Nicanor y la herencia yacente de su esposa, representada por sus herederas, en la que solicitaba que se declarase válido el contrato de opción de compra y la obligación de los demandados de otorgar escritura pública de compraventa de dicha nave industrial. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a los demandados a otorgar escritura pública de compraventa y a indemnizar los daños y perjuicios que el incumplimiento del contrato pudiese haber causado. Don Nicanor y doña Elena interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que lo estimó parcialmente al considerar que no se habían causado daños y perjuicios que se hubiesen de indemnizar. *Hergasa* y doña Elena interpusieron sendos recursos de casación ante el TS. El TS desestimó el recurso de doña Elena, al considerar que había ratificado tácitamente el contrato de opción de compra celebrado por su padre al entregar, por ejemplo, el aval de una póliza de crédito. El TS también desestimó el recurso interpuesto por *Hergasa*, porque consideró que no se puede diferir para la fase de ejecución la determinación de la existencia de daños. (M. V. V.)

19. Solidaridad tácita. Supuestos: se da no sólo cuando deriva de la propia relación contractual, sino también cuando existe yuxtaposición de culpa contractual y extracontractual.—La doctrina de esta Sala ha elaborado el concepto jurídico de solidaridad tácita, en cuanto actúa flexibilizando la rigidez legal del artículo 1137 CC, que surge cuando del contexto de la relación contractual y obligaciones contraídas se infiere tal concurrencia, conforme declara el artículo 1138 CC en su inicio (STS de 2 de diciembre de 1996, que cita las SSTS de 26 de julio de 1989, de 29 de abril de 1991 y de 26 de enero de 1994). Asimismo, la solidaridad tácita también tiene lugar en los supuestos de yuxtaposición de culpa contractual y extracontractual, al completar ésta a aquélla (STS de 8 de julio de 1996).

Principio *in illiquidis non fit mora*. Matizaciones.—La doctrina de esta Sala en la cuestión contiene matizaciones del principio *in illiquidis non fit mora*, al declarar que en los supuestos como el presente en que conste la existencia de una deuda a favor del actor y a cargo del demandado, aunque se rebaje la cantidad concedida, ésta ha de reputarse subsistente al tiempo de su exigencia judicial, pues con anterioridad a la sentencia ya pertenecía al acreedor (SSTS de 18 marzo de 1994, de 26 de junio de 1995, de 24 de septiembre de 1998 y de 11 de septiembre de 1999).

Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima. Naturaleza de responsabilidad extracontractual. Requisitos. Prescripción: plazo y cómputo del mismo.—La responsabilidad de los administradores frente a los terceros reviste naturaleza extracontractual, por no existir vínculo contractual relacionante y sí el genérico contenido en el principio *naeminem laedere*;

tratándose de responsabilidad personal de los administradores y no de la sociedad, su procedencia exige la concurrencia necesaria de los presupuestos siguientes: *a)* daño ocasionado en los intereses de los legitimados que ha de ser estimable, y *b)* que provenga de abuso de facultades, malicia o negligencia grave de los administradores. El plazo prescriptivo de un año que establece el artículo 1968.2 CC es aplicable a las acciones de naturaleza extracontractual contra los administradores, es decir, el supuesto tenido en cuenta por el artículo 81 LSA (hoy art. 135 de la actual Ley), y así lo han declarado las SSTs de 31 de mayo de 1992 y de 2 de junio de 1999. Para el inicio del cómputo del plazo prescriptivo ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 1969 CC, de manera que la acción nace cuando pueda realizarse el derecho que con ella se actúa, lo que implica que se tenga conocimiento cabal del resultado que motiva la acción; sin que se exija necesariamente que resulte precisado el importe líquido del daño. (STS de 31 de enero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Por el demandante se ejercitaron distintas acciones y se solicitó, en último extremo, la condena solidaria de los demandados, unos como transmitentes, mediante compraventa, de las acciones de determinadas sociedades anónimas, al no haberse cumplido lo pactado, y otros como administradores de dichas sociedades, cuya negligente gestión había ocasionado daños al actor. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Córdoba dictó otra estimando el recurso de apelación interpuesto por el actor. El TS casó y anuló dicha sentencia y ordenó a la mencionada Audiencia dictar una nueva. La Audiencia Provincial dictó nueva sentencia en la que volvió a estimar el recurso de apelación interpuesto por el demandante. Los demandados recurren en casación. El TS da lugar al recurso y anula parcialmente la sentencia de la Audiencia. (L. A. G. D.)

20. Artículo 1214 CC: carga de la prueba. Criterios de aplicación y requisitos para su alegación en casación.—El artículo 1214 CC contiene una regla de juicio dirigida al Juez con la finalidad de indicarle en los casos de incerteza fáctica si la sentencia ha de ser absolutoria o condenatoria. El requisito indispensable para la aplicación de dicho precepto es, pues, la presencia de la duda después de que se haya desarrollado una mínima labor probatoria del litigio. El recurso de casación por infracción de dicho precepto se permite únicamente cuando el órgano judicial modifique, altere o invierta la estructura de dicha regla.

Facultad moderadora de la pena ex artículo 1154 CC.—En los casos en los que se haya estipulado un cláusula penal, el Juez podrá mitigar la pena pactada por los contratantes cuando la obligación haya sido en parte o irregularmente cumplida. La modificación de la pena deberá llevarse a cabo según criterios de equidad y con apreciación discrecional de las circunstancias concurrentes. Si bien dicha facultad es ilimitada y no está sujeta a casación, al ser el artículo 1154 CC un precepto imperativo de obligada observancia, su inaplicación por la Sala de instancia lleva a la casación de la sentencia; quiere ello decir que es revisable en casación la calificación sobre si hubo o no incumplimiento o si de haberlo fue o no total. (STS de 9 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 16 de septiembre de 1989, R. M. C. transmitió a A. O. P. y a M. R. R. una industria de fabricación de objetos de hor-

migón prensado. La operación se llevó a cabo mediante cuatro contratos: tres de compraventa, de los que interesa destacar dos que tenían como objeto la industria y parte de la maquinaria respectivamente, cuyo precio debía ser satisfecho en plazos mensuales, y uno de arrendamiento de local de negocio. En virtud de uno de los contratos de compraventa, el vendedor debía ser contratado como encargado. Asimismo, se estipulaba que el impago de la cantidad de los plazos convenidos implicaría la «rescisión» automática del contrato teniendo la consideración de indemnización de daños y perjuicios las cantidades abonadas hasta el momento del impago. También se acordó que la ejecución de obras quedaría sometida al consentimiento escrito del propietario. Parece que queda acreditado que la irregular conducta de R. M. C. como encargado llevó a problemas de organización y rendimiento en la explotación del negocio.

En agosto de 1991 los compradores dejaron de cumplir la obligación de pago de los plazos mensuales, por lo que el 11 de septiembre de 1991 R. M. C. les requirió notarialmente para instarles al cumplimiento de lo estipulado advirtiéndoles que de no hacerlo tendría por resuelto el contrato. El 24 de septiembre de 1991, A. O. P. y M. R. R., optaron por la resolución mediante otro requerimiento notarial.

R. M. C. demandó a A. O. P. y a M. R. R. solicitando el pago de las mensualidades debidas desde agosto de 1991 hasta noviembre de ese mismo año y del importe correspondiente a las existencias iniciales de materiales, así como la indemnización de daños y perjuicios. Los demandados interpusieron demanda reconventional reclamando el pago de determinadas cantidades que les adeudaba el actor por, entre otras, realización de obras. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y desestimó la demanda reconventional. La Audiencia Provincial estimó parcialmente tanto la demanda como la reconvention. El demandante interpone recurso de casación alegando infracción del artículo 1214 CC y aplicación indebida de los artículos 1152 y 1154 CC.

NOTA.—Téngase en cuenta la derogación del artículo 1214 CC por la DD única de la LEC 2000. Puede afirmarse que el contenido del precepto derogado se encuentra actualmente en el artículo 217 LEC que, además, en su apartado 1.º contempla expresamente el requisito de la duda en el juzgador exigido por la sentencia comentada para aplicar la regla contenida en el artículo 1214 CC en el momento en que se dicta la sentencia. (B. F. G.)

21. Abono de intereses de mora. Deuda de cantidad no líquida. Cambio en la jurisprudencia.—A partir de la S de 13 de octubre de 1997 (a la cual precedieron, marcando este mismo camino, las SSTs de 5 de abril de 1992 y 18 de febrero y 21 de marzo de 1994), la doctrina judicial sobre intereses de mora en el caso de deudas de cantidad no líquida se flexibiliza, con el fin de lograr la máxima protección de los derechos del acreedor y la completa satisfacción de sus intereses. Frente a la doctrina anterior, por la cual el abono de intereses sólo procedía desde la firmeza de la sentencia que resolvía la cuestión relativa al montante definitivo de la deuda, la nueva doctrina jurisprudencial establece el abono de intereses de mora desde el momento en que se produjo la exigencia judicial de la suma adeudada. El razonamiento del TS

que justifica este cambio parte de la consideración de que no resulta justo que sea el deudor quien se haga con los frutos civiles o intereses que producen las cosas (fungibles o dinerarias) que éste debía haber entregado anteriormente al acreedor. Tal aprovechamiento por parte del deudor, incluso, podría llegar a calificarse de «enriquecimiento injusto», ya que para tal calificación basta con que un sujeto obtenga una ganancia indebida (que vendría constituida por los frutos civiles o intereses de la cantidad que el deudor está obligado a pagar), sin que sea necesario además la comisión de un acto ilícito o la existencia de mala fe. (STS de 8 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Un acreedor interpone demanda contra sus deudores, solicitando la condena al pago de la suma adeudada más los intereses legales de mora. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, frente a lo cual interponen los deudores recurso de apelación. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso, revocando la sentencia de primera instancia y condenando a los deudores al pago de la cantidad que se fije en ejecución de sentencia. Frente a este fallo, recurren de nuevo los deudores en casación, alegando la infracción, por aplicación indebida, de los artículos 1100 y 1108 CC. El TS declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

22. Doctrina del *aliud pro alio*.—Considera el TS (STS de 2 de septiembre de 1998) que esta entrega de una cosa por otra —supuesto distinto al de entrega de cosa defectuosa (arts. 336 y 342 CCO, en relación con el art. 1490 CC)— concurre siempre que hay un pleno incumplimiento del contrato de compraventa por inhabilidad del objeto vendido. Éste sufre algún tipo de defecto que le impide cumplir la finalidad o utilidad para la que se vendió, provocándose con ello la insatisfacción objetiva del comprador. En estos casos deberá acudir a la protección de los artículos 1101 y 1124 CC.

Prueba de peritos. Valoración judicial.—Según reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTTS de 16 de octubre de 1998 y 18 de mayo de 1999), la prueba de peritos es de apreciación libre, de manera que el juzgador puede valorarla según su propio criterio, sin que deba atenerse a reglas preestablecidas. En este sentido, el TS ha manifestado en diversas sentencias (sirvan de ejemplo las SSTTS de 9 de octubre de 1981, 19 de octubre de 1982, 13 de mayo de 1983, 9 de junio y 12 de noviembre de 1988 y 11 de abril, 20 de junio y 9 de diciembre de 1989) que no pueden invocarse los artículos 1242 y 1243 CC como reglas de interpretación de este tipo de prueba, dado que la valoración de la misma queda únicamente sometida a las reglas de la sana crítica.

Prueba de peritos. Impugnación en casación.—La doctrina jurisprudencial (SSTTS de 13 de febrero de 1990, 29 de enero, 20 de febrero y 25 de noviembre de 1991) únicamente admite la impugnación en casación de la valoración de este tipo de prueba cuando la misma es contraria en sus conclusiones a la racionalidad o a las más elementales directrices de la lógica.

Invocación del artículo 1256 CC en casación.—No puede invocarse en casación la vulneración del artículo 1256 CC, pues se trata de un precepto de carácter genérico, salvo que vaya acompañado de otros preceptos más específicos. Así lo señala el TS en las SS de 12 de julio y 29 de noviembre de 1997. (STS de 14 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebra un contrato de compraventa entre dos entidades mercantiles, en virtud del cual la vendedora se compro-

mete a entregar a la compradora una serie de cintas transportadoras que esta segunda debía colocar en la construcción de una maquinaria para montaje de automóviles. Una vez entregadas e instaladas las cintas transportadoras, la maquinaria no funciona, al sufrir las cintas algún tipo de defecto. La entidad compradora no paga la totalidad del precio pactado en el contrato de compraventa, ante lo cual la vendedora interpone demanda reclamando el pago del precio restante. La compradora reconviene a la demanda, solicitando la condena de la vendedora al pago de otra cantidad monetaria por los defectos que sufren las cintas transportadoras.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y la reconvencción, deduciendo de la cantidad que debe pagar la compradora, la correspondiente a la valoración de los defectos de las cintas transportadoras. Ambas entidades recurren esta sentencia y la Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia, estimando parcialmente la demanda y desestimando la reconvencción. Siendo recurrida en casación esta sentencia por la entidad compradora, el TS declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

23. Control casacional de la prueba pericial y de su valoración.

Requisitos.—La prueba de peritos no es prueba documental y se encuentra fuera del control casacional, salvo en aquellos supuestos en los que la conclusión pericial pueda calificarse de ilógica o se omitan datos que no figuren en el informe. La valoración del órgano de instancia, por otra parte, sólo podrá ser casada cuando tergiversarse las conclusiones de forma ostensible o falsee arbitrariamente sus dictados o extraiga conclusiones absurdas o ilógicas.

Percimiento de un motivo de casación por partir de conclusiones fácticas distintas a las de instancia.—El motivo de casación que parte de conclusiones fácticas diferentes a las de instancia y hace supuesto de la cuestión, está destinado a perecer.

Responsabilidad contractual. Prescripción: plazo y *dies a quo*.—El plazo prescriptivo de la responsabilidad contractual es de quince años. En los derechos de crédito vencidos, la prescripción comienza por el simple incumplimiento de la prestación debida por parte del deudor, sin que sea preciso que se produzca alguna lesión. Tal *dies a quo* debe ser fijado por el juzgador de instancia porque el artículo 1969 CC no es un precepto de derecho imperativo. En el caso concreto resuelto por la sentencia analizada, el plazo comienza a correr desde la entrega de la cosa en la recepción provisional, ya que es en dicho momento cuando la parte que recibe la prestación contractual tiene el deber de su examen debiendo comprobar si servía a los fines pretendidos. (STS de 19 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El 26 de noviembre de 1971, *Europa Tenerife, S. A.*, y *Dragados y Construcciones, S. A.*, celebran un contrato para la construcción de un hotel, que comienza a finales de 1971, entrando en servicio en diciembre de 1974. En 1975 se produce la transmisión del hotel a *Europa Tenerife, S. A.*, mediante escritura pública. Posteriormente, se celebraron diversas reformas en las plantas superiores, así como la elevación de una nueva planta.

El 5 de abril de 1990 se produce el desplome del paño de forja correspondiente al nivel tres, produciendo la rotura de dos vanos

del tercer forjado situado en la segunda planta. Dicho siniestro ocasionó una víctima y obligó al completo desalojo del hotel.

Tenerife, S. A., interpone demanda contra *Construcciones y Dragados, S. A.*, solicitando la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, alternativamente por daños causados culposa o negligentemente y, subsidiariamente, con la resolución del contrato por incumplimiento de la demandada.

En primera instancia se estima parcialmente la demanda, resolución que la Audiencia Provincial de Madrid revoca, absolviendo a la demandada. La Audiencia entiende que el siniestro citado tuvo lugar como consecuencia de las diversas reformas realizadas por los actores en el edificio y que la acción ejercitada por la actora ha prescrito, puesto que han transcurrido quince años desde la entrega provisional del hotel. (*B. F. G.*)

24. Acción rescisoria por fraude de acreedores. Carácter subsidiario.—Uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude, está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (art. 1291.3.º CC), pues dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria que proclama, también, el artículo 1294 del mismo cuerpo legal, sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener la reparación del perjuicio.

Concurrencia de otros recursos legales para obtener la reparación de los perjuicios causados.—El requisito de la subsidiariedad de la acción rescisoria no se da en este caso, pues si la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente el matrimonio —en las que se modificó el régimen económico del matrimonio y se adoptó el de separación absoluta de bienes (art. 1392 CC)— no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1317 CC), si el artículo 1401 de este texto legal dispone que mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservan su derecho contra el cónyuge deudor, respondiendo, también, el cónyuge no deudor con los bienes que se le hayan adjudicado si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, y si el artículo 1402 CC establece que los acreedores de la sociedad de gananciales tienen en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la liquidación y partición de herencias, es decir, el derecho de exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los cónyuges si no hubiese formulado debidamente inventario o hasta donde alcancen los bienes adjudicados si se hubiese formulado (art. 1084 CC), en el presente caso no puede afirmarse que el acreedor demandante no tuviera otro recurso legal para hacer efectivo su crédito que el ejercicio de la acción rescisoria; de otra parte, la normativa hipotecaria no constituye obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, pues el artículo 144.2 RH, previniendo expresamente la hipótesis aquí contemplada, dispone que si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiere inscrito la partición de bienes podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiere dirigido contra los respectivos adjudicatarios; en tal sentido se ha pronunciado esta Sala en SS de 14 y 17 de febrero y 13 de junio de 1986, 17 de noviembre de 1987 y 25 de enero de 1989. Al no haberlo entendido así la sentencia recurrida, se han infringido los artículos

del Código civil y la reiterada doctrina de esta Sala que los interpreta, lo que conduce a la estimación del motivo.

La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no puede perjudicar los derechos adquiridos por terceros.—La estimación procede igualmente respecto al tercer motivo, en que se denuncia aplicación indebida del artículo 1317 CC en relación con el 1373 del mismo cuerpo legal, pues la correcta aplicación del citado artículo 1371 (*rectius*, 1317) no puede llevar nunca a la solución rescisoria a que llega la Sala *a quo* y en este sentido se pronuncian las SS de 4 de mayo y 10 de septiembre de 1987, según las cuales la pervivencia de la responsabilidad ganancial, no obstante las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas constante matrimonio, «no significa la invalidez de la escritura en que se estipuló el régimen de separación de bienes, se liquidó la preexistente sociedad de gananciales, y se adjudicaron los bienes de la misma, siendo, por ende, innecesario al fin de hacerse efectivas sobre tales bienes las deudas anteriores y de las que debían responder pedir la nulidad de la referida escritura o adjudicaciones ya que el precepto que se supone violado consagra una responsabilidad *ex lege*, inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y que, en consecuencia, no requiere para su efectividad declaración de ineficacia o nulidad de clase alguna». En el presente caso no se da ese requisito de subsidiariedad, característico de la acción rescisoria, por cuanto existen en poder del cónyuge no deudor los bienes que le fueron adjudicados al hacerse la liquidación de la sociedad de gananciales sobre los que, en su caso, podrá hacerse efectivo el derecho de crédito que aduce el actor, de acuerdo con el artículo 1317 CC y la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia transcrita. (STS de 6 de julio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—José V. G. celebró un contrato de préstamo con Juan S. A. Posteriormente este último y su esposa, Carmen S. B., otorgaron capitulaciones matrimoniales en las que establecieron un régimen de separación de bienes. En la liquidación de la sociedad de gananciales vigente hasta entonces los mismos acordaron adjudicar a Carmen S. B. algunos bienes inmuebles y dos automóviles. El mismo día, Juan S. A. vendió otras fincas a sus hijos María del Carmen y Juan S. S. Interpuesta demanda de rescisión de las capitulaciones y la compraventa por haberse celebrado en fraude de acreedores, el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación presentado por José V. G. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (*J. M. B. S.*)

25. Acción rescisoria. Requisitos de ejercicio.—La doctrina jurisprudencial referida al ejercicio de la acción rescisoria requiere para el éxito de su ejercicio la concurrencia de los siguientes requisitos: *a)* existencia de un crédito contra el dueño del bien enajenado; *b)* realización de un acto o contrato posterior que hace salir el bien del patrimonio enajenante y *c)* propósito defraudatorio de enajenante y adquirente del bien que sale del patrimonio del deudor. Además, del conjunto de las pruebas debe resultar que los acreedores no pueden cobrar lo que se les debe y carecen de otro recurso legal.

Acción rescisoria. Insolvencia del deudor.—La acreditación de insolvencia del deudor no exige que haya de promoverse pleito previo; dicha insolvencia no necesariamente debe ser total, siendo suficiente la existencia de una

minoración económica provocada que supone un real y persistente daño al acreedor o acreedores.

Insolvencia y fraude. Cuestiones de hecho.—La determinación de la insolvencia y de la ausencia o presencia de fraude son cuestiones de hecho.

Donación de bienes inmuebles en favor de los hijos. Presunción *iuris tantum* de fraude.—En virtud de lo dispuesto por el artículo 1297.I CC, una donación de inmuebles a los hijos se presume fraudulenta aun cuando los donantes se hayan reservado el derecho de usufructo. Se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario.

Usufructo vitalicio. Valor económico en relación con los acreedores.—El usufructo vitalicio no es un valor económico que pueda realizarse con facilidad y que presente virtualidad para que los acreedores puedan realizar sus créditos.

Sujeción de los bienes gananciales a las resultas del comercio.—Los artículos 6.7 y 11 CCO exigen que para que los bienes gananciales respondan de las obligaciones contraídas por el cónyuge dedicado al negocio exista consentimiento del otro, consentimiento que no tiene por qué ser expreso; el tácito tiene lugar cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expresa. A estos efectos, es irrelevante la falta de conocimiento a fondo de la marcha del negocio.

Condición de bien ganancial del negocio.—El régimen de bien ganancial se proyecta sobre todos los beneficios o ganancias obtenidos indistintamente por cualquiera de los esposos.

Subrogación: no se presume.—La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse; se requiere, por el contrario, que conste con claridad.

Ejercicio de las acciones del perjudicado por el asegurador.—El asegurador puede ejercitar los derechos y acciones del perjudicado únicamente cuando ha pagado el total de la indemnización. El asegurador que ha realizado un pago parcial carece de legitimación *ad causam* puesto que no se produce la subrogación. Una vez satisfecha enteramente la indemnización, el asegurado está obligado a ceder al asegurador, cuando éste lo solicite, el crédito que tenga contra el deudor. (STS de 7 de marzo de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—J. H. H. y su esposa, M. J. C. L. S. donaron a sus hijos una finca, reservándose el derecho de usufructo vitalicio. *Disconte canarias, S. A., Copvenca, S. A., Litoraffia Romero, S. A., Casa Iborra, S. A., Jumaco, S. Coop Ltda., y Coneplas C. H., S. A.*, eran acreedores de J. H. H. por deudas derivadas del negocio al que éste se dedicaba con conocimiento de su esposa. La compañía aseguradora de J. H. H. había pagado parcialmente dichas deudas a los citados acreedores. Estos últimos interponen demanda contra el matrimonio y sus hijos solicitando el pago de las deudas, así como la «resolución» de la donación efectuada por los esposos a favor de los hijos. Tanto en primera instancia como en apelación se estima la demanda. (B. F. G.)

26. Acción revocatoria o pauliana. Subsidiariedad.—Según precisa el TS, el requisito de la subsidiariedad de esta acción debe entenderse referido a la posibilidad de pago y, por tanto, a la existencia de bienes en poder del deudor suficientes para la satisfacción de lo reclamado. Como indica la STS de 31 de octubre de 1994, para poder acudir a la acción revocatoria o pauliana

no es necesario, pues, que el deudor esté en situación de insolvencia total, sino que es suficiente con que los bienes que posee no basten para satisfacer las deudas. En todo caso, para excluir la legitimidad de esta acción, es el deudor quien debe señalar la existencia de bienes suficientes para satisfacer lo reclamado. (STS de 20 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En los años 1988 y 1989 el *Banco Zaragozano* otorga a la entidad mercantil *Viuda de Antonio de Toledo, S. A.*, sendas pólizas de crédito que se cierran en 1990 con saldos deudores. El *Banco Zaragozano* formula demanda de juicio ejecutivo, del que resulta sentencia de remate, mandando seguir la ejecución y requiriendo de pago al deudor. Aproximadamente un mes después de dicho requerimiento, los deudores venden varias fincas —que habían permanecido en su propiedad desde 1976— a diversos parientes, procediendo a inscribirse tales transmisiones en el Registro de la Propiedad. Posteriormente se lleva a efecto la diligencia de embargo.

El *Banco Zaragozano* interpone demanda contra los deudores y los compradores de las fincas, solicitando la revocación de los contratos de compraventa por haber sido realizados en fraude de acreedores, así como la cancelación de la inscripción de dominio en el Registro de la Propiedad a favor de los compradores. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y declara que las compraventas se realizaron en fraude de acreedores. Recurrída la sentencia por los demandados, la Audiencia Provincial desestima el recurso. Frente a este fallo, los demandados interponen recurso de casación, que es desestimado por el TS. (A. M. M.)

27. Artículo 1203 CC: novación modificativa.—Debe entenderse que todos los supuestos previstos en el artículo 1203 CC son de novación modificativa o impropia, no extintiva, salvo que, tal y como se refleja en el artículo 1204 CC, las partes manifiesten terminantemente otra cosa o la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles.

Interpretación restrictiva del artículo 1156 CC.—A la luz de lo dispuesto en los artículos 1203 y 1204 CC, se ha visto notablemente reducido el alcance de la afirmación contenida en el artículo 1156 CC, según la cual las obligaciones se extinguen por la novación.

Novación subjetiva. Asunción de deuda cumulativa.—Es cumulativa la asunción de deuda que se produce como consecuencia de una novación subjetiva consentida por los acreedores en atención a que existe una responsabilidad solidaria de los cedentes (primitivos deudores) con los cesionarios; dicha novación subjetiva no elimina la primitiva obligación, sino que la absorbe e integra, teniendo, por tanto, una eficacia meramente modificativa, no extintiva.

Falta de legitimación de los demandados para pedir la condena de los codemandados.—Los demandados y condenados no tienen legitimación para solicitar la condena del codemandado en el mismo proceso, puesto que no han deducido ninguna pretensión contra el mismo. (STS de 24 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 8 de diciembre de 1990 los hermanos H. C. vendieron el pleno dominio de una casa de su propiedad a don J. J. y a don R. M., consejeros delegados de *Adarves del Castillo, S. L.*, en

documento privado. La parte del precio que correspondía a I. H. y a M.^a R. H. (dos de los hermanos H. C.) debía ser satisfecha mediante la transmisión, en pleno dominio y libres de cargas y gravámenes, de determinadas fincas independientes y plazas de aparcamiento en el edificio que se proyectaba construir tras la demolición de la casa enajenada.

Destaca la cláusula tercera del citado documento, en la que se establecía que la escritura pública de compraventa de las tres partes indivisas de la casa de los vendedores se otorgaría, bien a favor de don J. J. y don R. M., bien a favor de las personas físicas o jurídicas que los compradores designaren; estos últimos quedarían obligados de forma solidaria con las personas a quienes cedieran su derecho al cumplimiento del contrato, salvo que se pactara otra cosa por escrito entre las partes contratantes (hermanos H. C. y don J. J. y don R. M.).

El 2 de febrero de 1991 se otorgó la escritura pública prevista en el documento privado, compareciendo I. H. y M.^a R. H., por una parte, y *Adarves del Castillo, S. L.*, por otra. En dicha escritura se hizo constar la permuta según lo ya previsto en el documento privado, insistiendo especialmente en la entrega de los bienes a I. H. y M.^a R. H. sin carga, hipoteca o gravamen alguno. Las cargas e hipotecas que tuviese que establecer *Adarves del Castillo, S. L.*, sobre todo el edificio por exigencias de financiación de la obra, deberían quedar totalmente canceladas por cuenta de la sociedad al procederse a la entrega de los bienes. La escritura pública de entrega se otorgaría una vez finalizada la edificación proyectada. No consta que con posterioridad a dicho documento privado se otorgase algún otro entre I. H. y M.^a R. H., por una parte, y J. J. R. y R. M. M., por otra.

El 11 de marzo de 1994 se otorgó la escritura pública de cumplimiento de obligación y compraventa en la que se materializaba la entrega a I. H. y a M.^a R. H. de las fincas independientes que les correspondían, comprometiéndose la sociedad a la cancelación de la hipoteca y al reembolso de los pagos que aquéllos tuvieran que realizar por amortización e intereses de los préstamos hipotecarios que dicha entidad había solicitado. En la cláusula VI de la escritura pública se disponía expresamente el mantenimiento de la plena vigencia de las estipulaciones contenidas en la escritura de 2 de febrero de 1991 que no hubiesen sido cumplimentadas o modificadas por la de 11 de marzo de 1994.

Ante el incumplimiento de las obligaciones de cancelación de cargas y reembolso de amortizaciones e intereses estipulados en los documentos anteriormente mencionados, I. H. y M.^a R. H. demandaron a la sociedad *Adarves del Castillo, S. L.*, así como a los herederos de R. M. M. y J. J. R., solicitando la condena solidaria de los demandados al cumplimiento; asimismo se solicitaba el abono de los intereses legales devengados por las sumas desembolsadas por los demandantes. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron íntegramente la demanda, condenando a los herederos de R. M. M. y J. J. R. y excluyendo del pronunciamiento a la sociedad demandada. Los herederos de los condenados interponen recurso de casación. (B. F. G.)

28. La novación objetiva no implica una novación subjetiva.—El artículo 1203.1.º CC admite la modificación de las obligaciones por variación de su objeto. El pacto por el que se autoriza a la vendedora a sustituir la habitación de hotel objeto del contrato de compraventa por un paquete de acciones equivalente no comporta un cambio de deudor mediante sustitución de la vendedora por quienes en aquel momento fueran titulares de las acciones. Por tanto, la obligada a la entrega del paquete de acciones sigue siendo la vendedora.

Validez de la venta de cosa ajena.—La naturaleza consensual u obligacional del contrato de compraventa implica que el vendedor no transmite la propiedad de la cosa por el simple contrato, sino que se obliga a entregarla (arts. 1445 y 1450 CC). Ello implica que la venta de cosa ajena es válida; ante este tipo de supuestos, el comprador tiene diversas posibilidades: exigir el cumplimiento, resolver el contrato por incumplimiento del vendedor o anularlo por la concurrencia de error o dolo.

Ratificación del artículo 1727 CC.—El artículo 1727 CC atribuye efectos vinculantes a la ratificación realizada por el representado. En el supuesto de hecho de la sentencia analizada, la ratificación estaba constituida por el envío de una carta a la compradora en la que la sociedad vendedora se declaraba obligada a cumplir con el pacto llevado a cabo por su representante. (STS de 7 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El 12 de enero de 1977, doña A. G. G. celebró un contrato de compraventa con el representante de *Turinsa, S. A.*, cuyo objeto estaba constituido por la habitación 707 situada en el Hotel *Meliá Sierra Nevada*, libre de cargas y gravámenes. El precio fue satisfecho en su integridad. La existencia sobre todo el inmueble de una hipoteca en garantía del crédito concedido a *Turinsa, S. A.*, llevó a las partes a celebrar un nuevo contrato de compraventa el 11 de abril de 1980 por el que doña A. G. G. adquiría la habitación núm. 706 por un determinado precio, pagando una parte del mismo y subrogándose en las hipotecas que gravaban las habitaciones 706 y 707. Al final de dicho contrato se recogió un pacto especial, en virtud del cual la compradora aceptaba que la compraventa inmobiliaria se convirtiera en ese momento en compraventa de acciones de *Turinsa, S. A.*, que representasen una participación idéntica a la que le correspondería a la habitación 706 en la comunidad de propietarios. En el propio pacto se especificaba que éste afectaba también a la habitación objeto del contrato anterior, es decir, a la núm. 707.

El 9 de abril de 1981, *Turinsa, S. A.*, envió una carta a la compradora por la que se obligaba a titular las acciones a nombre de ésta. El TS destaca que el titular de las acciones no era *Turinsa, S. A.*, sino sus accionistas. En 1986 los hoteles *Meliá, S. A.*, fueron transmitidos a *Administración Hotelera Meliá, S. A.* El 16 de octubre de 1992 la compradora demandó a *Turinsa, S. A.*, y a J. C. S. de la C. y C. S. G. (del relato de los hechos no se deduce quiénes sean estos últimos). La demandante solicitaba la entrega del título definitivo de las acciones correspondientes a la habitación 706 o equivalente; el título definitivo de la habitación 707 ya le había sido entregado.

El Juzgado de Primera Instancia, desde la perspectiva de la validez de venta de cosa ajena, estima la demanda condenando a *Turinsa, S. A.*, y absolviendo a los otros dos demandados que habían sido

declarados en rebeldía. La Audiencia Provincial confirma la sentencia, calificando el ya citado pacto especial de «suscripción de acciones» y apreciando la existencia de una novación del contrato de compraventa, puesto que su primitivo objeto constituido por una habitación había sido sustituido por la suscripción de acciones. La demandada, *Turinsa, S. A.*, recurre en casación alegando la existencia de una novación subjetiva, la no vinculación de la sociedad vendedora con la compradora por haber aceptado el compromiso el representante de dicha sociedad a título personal y la falta de titularidad de la sociedad sobre las acciones que habían sido transferidas a la compradora-recurrente. (B. F. G.)

29. Resolución unilateral en contratos de duración indeterminada.—En los casos de resolución unilateral de relaciones contractuales en las que no se ha pactado un plazo de duración de la relación contractual, ni de preaviso, la indemnización de daños y perjuicios sólo tiene lugar cuando éstos se prueban y la resolución ha tenido lugar sin justa causa o con abuso de derecho. (STS de 13 de junio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1987, *Distribuidora Arbesu, S. L.*, y *El Comercio, S. A.*, celebran un contrato de distribución mediante pacto verbal sin estipular plazo de preaviso. La distribuidora tenía la exclusividad para una zona determinada. El 9 de septiembre de 1995 *El Comercio, S. A.*, resuelve unilateralmente el contrato, habiéndose producido el preaviso por carta de 5 de enero de 1995. La resolución se funda en la incorporación del periódico a un grupo editorial con distribuidores propios.

La entidad distribuidora interpone demanda contra la empresa editorial exigiendo la indemnización de daños y perjuicios causados por la decisión de la editora de poner fin a la relación contractual entre ambas. La entidad demandada formula reconvencción para que se condene a la actora al pago de determinada deuda. En primera instancia se desestima la demanda y se estima parcialmente la reconvencción. En apelación se confirma la sentencia de instancia.

Distribuidora Arbesu, S. L., interpone recurso de casación alegando que la editorial faltó a la buena fe contractual al dar por concluida su relación con la recurrente de forma sorpresiva. (B. F. G.)

30. Doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. Puede dar lugar sólo a la revisión del contrato.—Es doctrina jurisprudencial pacífica (SSTS de 6 de febrero de 1992, 23 de abril de 1991 y 10 de diciembre de 1990, entre otras) que la modificación por el órgano jurisdiccional del vínculo obligacional por defecto o alteración de la base del negocio y ruptura del equilibrio de las prestaciones, debe realizarse de manera excepcional y con gran cautela, puesto que implica una alteración del principio *pacta sunt servanda* y del de seguridad jurídica. El órgano jurisdiccional deberá comprobar, por ello, que se cumplen los siguientes requisitos: a) alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las existentes al tiempo de su celebración; b) desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de ambas partes que rompa el equilibrio entre dichas prestaciones y c) que todo ello acontezca por sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles.

Indemnización de daños y perjuicios por negligencia.—Es negligente la conducta de aquel que facilita una finca sin cerciorarse debidamente de la bondad de su titularidad, con el efecto de no ser idóneo el inmueble para alcanzar la finalidad perseguida por la otra parte contratante. Dicha negligencia distorsiona y altera el cumplimiento del contrato y acarrea daños y perjuicios a la otra parte contratante.

Indemnización de daños y perjuicios. Delimitación.—No son indemnizables los perjuicios no acreditados debidamente, así como los gastos innecesarios o ajenos al capítulo de que se trata. (STS de 20 de febrero de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El 6 de marzo de 1989 la entidad *Parque Ávila, S. A.*, adquirió a *EPSA* un derecho de superficie por setenta y cinco años y una opción de compra sobre una parcela segregada de una finca registral que, según la descripción registral, lindaba por el oeste con la carretera nacional 340 de acceso a Gibraltar. En la escritura pública de adquisición, posteriormente inscrita en el Registro de la Propiedad, se estableció el canon anual que debía satisfacer *Parque Ávila, S. A.*, por la adquisición de dichos derechos, así como el valor de la opción de compra. El destino de los terrenos estaría constituido por el uso previsto en el planeamiento urbanístico, estando obligada la adquirente a solicitar la licencia municipal de obras en el plazo de un año desde la fecha de la escritura pública, así como a iniciar la construcción en los tres años siguientes a la obtención de la licencia.

El 6 de octubre de 1992, Patrimonio del Estado ejercitó en una misma demanda acción reivindicatoria contra *EPSA* y acción negatoria contra *Parque Ávila, S. A.*, en relación con la parte de parcela sobre la que esta última había adquirido los derechos citados. A solicitud del demandante, el 6 de marzo de 1992 se practicó anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, no pudiendo, por tanto, *Parque Ávila, S. A.*, llevar a cabo las construcciones previstas en una de las cláusulas del contrato. El Juzgado de Primera Instancia apreció la existencia de doble inmatriculación de la finca objeto de la demanda, debida a una inexactitud registral propiciada por la Junta de Andalucía de la que *EPSA* traía causa; en primera instancia se condenó a esta última a indemnizar el *valor* de los terrenos y se absolvió a *Parque Ávila, S. A.*, por apreciar en ella la condición de tercero hipotecario.

Posteriormente, *Parque Ávila, S. A.*, promovió demanda contra *EPSA* interesando la resolución del contrato por grave alteración de las circunstancias y, subsidiariamente, la revisión del mismo reduciendo el precio de venta de la parcela y del canon anual y dejando sin efecto la obligación de pagar dicho canon por el tiempo transcurrido durante el período de vigencia de la anotación preventiva de la demanda interpuesta por Patrimonio del Estado. Se solicitaba también la indemnización de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, siendo en cambio estimada parcialmente en apelación en el sentido de suprimir el canon anual por derecho de superficie durante el período de vigencia de la anotación preventiva de demanda citada. *Parque Ávila, S. A.*, interpone recurso de casación solicitando la resolución del contrato en aras de la quie-

bra de la base del negocio, así como la indemnización de daños y perjuicios.

NOTA.—La cuestión que plantea la sentencia analizada es si resulta aplicable la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* a un contrato como el del presente supuesto de hecho, por el que se constituye un derecho real de superficie. La STS de 6 de octubre de 1987 declaró a este propósito que el derecho de superficie «por su carácter de derecho real con virtualidad *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad (...) está sometido a un estatuto cuya rigidez no encaja con las doctrinas propugnadas por la recurrente (cláusula *rebus sic stantibus* y quiebra de la base del negocio) que son propias de las relaciones negociales de índole personal dentro del derecho de obligaciones». Nótese, sin embargo, que, como en todo derecho real, puede apreciarse un aspecto obligacional en el derecho de superficie, aspecto al que le sería aplicable la cláusula *rebus sic stantibus*. (B. F. G.)

31. Prohibición de autocontratación ex artículo 1459.2.º CC.—La finalidad perseguida por el artículo 1459.2.º CC, que prohíbe al mandatario, por sí o por persona intermedia, la compra de los bienes de cuya administración o enajenación estuviese encargado, consiste en evitar el enriquecimiento del mandatario en detrimento del patrimonio del mandante. Dicho precepto persigue, por tanto, el interés privado del propietario, pero no intereses generales o públicos.

Fundamento de la prohibición de autocontratación.—El artículo 1459.2.º CC prohíbe la autocontratación por el mero hecho de ser mandatario, sin requerir el cumplimiento de ninguna condición ulterior ni sentar ninguna presunción favorable al mandatario que deba destruir el mandante. Este último, por tanto, no tiene la carga de probar la existencia de conflicto de intereses si quiere anular el contrato en el que se aprecie autocontratación.

Naturaleza dispositiva del artículo 1459 CC.—El artículo 1459 CC no tiene naturaleza imperativa, como demuestra el propio legislador al permitir en el artículo 267 CCO la autoentrada del comisionista. Es además doctrina reiterada de la Sala 1.ª del TS que el mandante puede autorizar previamente la autocontratación o ratificar posteriormente lo hecho por el mandatario.

Aplicación del artículo 1259 CC al autocontrato.—En el autocontrato se produce un supuesto de contratación a nombre de otro sin su autorización, lo cual es contrario a lo dispuesto en el artículo 1259 CC.

Inversión de dinero ganancial. Artículo 1375 CC.—En virtud del artículo 1375 CC para la gestión y disposición de los bienes gananciales están legitimados ambos cónyuges siempre que los dos consientan. Ello implica que para la inversión de dinero ganancial y, en concreto, para la compra de determinadas fincas para la sociedad de gananciales, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges.

Inadmisión del planteamiento de cuestiones nuevas en el recurso de casación.—Los principios de contradicción y audiencia de la parte contraria impiden la admisión del planteamiento de cuestiones nuevas en el recurso de casación. (STS de 19 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—M. L. C. G. celebró como compradora varios contratos de compraventa privados con su esposo P. O. D. que actuaba en nombre y representación de *Urbanizaciones «V»*, S. A. Dicha

adquisición se produjo para la sociedad de gananciales constituida por M. L. C. G. y P. O. D.

M. L. C. G. demandó a *Urbanizaciones «V», S. A.*, solicitando la elevación a escritura pública de los citados contratos de compraventa. La demandada formuló reconvencción en la que solicitaba la declaración de nulidad de dichos contratos. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia en el sentido de estimar la reconvencción declarando la nulidad de los contratos. (B. F. G.)

32. Ámbito de aplicación del artículo 1504 CC: cláusula resolutoria por falta de pago del precio en la venta de bienes inmuebles.—El artículo 1504 CC es un precepto complementario del artículo 1124 CC, pero de exclusiva aplicación al incumplimiento consistente en la falta de pago del precio en las ventas de bienes inmuebles.

Supuesto de aplicación del artículo 1124 CC.—El artículo 1124 CC sólo es invocable cuando, junto a otros requisitos, exista una situación de incumplimiento contractual que no sea debida a un incumplimiento de la propia parte accionante.

Sentidos posibles del aquietamiento de la parte demandada.—El aquietamiento en el escrito de contestación a la demanda de resolución por incumplimiento puede ser entendido como allanamiento, es decir conformidad con la pretensión actora, o como conformidad con la extinción del vínculo contractual. Esto último determinaría la concurrencia de *mutuo disenso*.

Requisitos de la declaración judicial de resolución. Inidoneidad de la excepción.—Para que la resolución sea declarada judicialmente es requisito indispensable el previo ejercicio de la acción, salvo que se trate de una resolución convencional. Aunque la resolución contractual se produce extrajudicialmente, en caso de existir resistencia por alguno de los contratantes es necesaria la postulación procesal mediante demanda o reconvencción, sin ser idónea al efecto la vía de la excepción. (STS de 6 de octubre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—O. T. L. y M. P. G. N. demandaron a *Tesorrag, S. A.*, solicitando la «rescisión» del contrato de compraventa de tres fincas celebrado el 13 de enero de 1992, así como la reintegración de seis millones de pesetas en concepto de arras duplicadas o de daños y perjuicios en caso de considerar que en el contrato no existiese cláusula de arras; las actoras alegaban incumplimiento contractual de la demandada-vendedora. La entidad demandada contestó planteando la existencia de un incumplimiento contractual por parte de las actoras al no haberle sido pagado en su totalidad el precio de la compraventa; *Tesorrag, S. A.*, solicitaba, por ello, la apreciación de la resolución del contrato con base en los artículos 1124 CC y 1504 CC. Tanto en primera instancia como en apelación se estima la demanda. La Audiencia, sin embargo, declara que no existe incumplimiento por parte de la vendedora-demandada, pero que hubo un aquietamiento a la pretensión de las actoras en el escrito de contestación a la demanda. La demandada interpone recurso de casación. (B. F. G.)

33. Requerimiento resolutorio. Demanda interpuesta solicitando la resolución.—Conforme a reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs de 30 de diciembre de 1955, 28 de febrero de 1980, 22 de noviembre de 1994 y 26 de diciembre de 1996), es necesario que, previamente a la demanda interpuesta reclamando la resolución de un contrato de compraventa de inmuebles por impago del precio, se haya producido un requerimiento en el sentido del artículo 1504 CC. Este requerimiento no queda cumplido con la propia demanda, ya que con ello no se cumple el carácter receptivo (*sic*) del requerimiento dispuesto por el artículo 1504 CC. Por el contrario, ha de realizarse de forma diferente y previa a la demanda, porque es el antecedente en la disolución del vínculo contractual en el cual se manifiesta la voluntad del vendedor de resolver el vínculo por impago del precio y tiene el valor de una intimación dirigida a que el comprador se allane a resolver la obligación y no le ponga obstáculos. (STS de 6 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El propietario de una finca transmite su propiedad, a través de contrato de compraventa, a un comprador. El contrato, inicialmente recogido en documento privado, se eleva más tarde a escritura pública. Posteriormente, el vendedor solicita ante los tribunales la resolución de este contrato por incumplimiento doloso del comprador, así como la devolución de las prestaciones recíprocas y una indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, frente a lo cual interpone recurso de apelación el comprador demandado. Este recurso es estimado por la Audiencia Provincial, que revoca la sentencia de instancia y desestima la demanda. Acude entonces el vendedor ante el TS en casación, alegando la infracción de los artículos 1504 y 1124 CC. El TS declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

34. Levantamiento del velo de la personalidad jurídica.—La doctrina jurisprudencial del adentramiento en la personalidad jurídica de los entes societarios, conocida y reiterada, parte de que las sociedades implicadas permanezcan vinculadas con afinidades e intereses convergentes, por responder a un entramado común (S de 7 de abril de 2001, entre otras muy numerosas), no tratándose aquí de sociedades de un mismo grupo ni que *Sanitaria Leasing, S. A.*, se hubiera probado tuviera algún poder de decisión en *EXO, S. A.*, o viceversa.

Condiciones generales de la contratación en el contrato de seguro.—No se trata de decidir la nulidad radical de la cláusula limitativa por su incorporación en las condiciones generales, con deficiencias respecto al conocimiento cabal y aceptación expresa por el asegurado, conforme a la doctrina de esta Sala de Casación civil (SS de 17 de octubre de 1985, 9 de febrero y 10 de junio de 1994, 29 de enero de 1996 y 7 de diciembre de 1998, entre otras), dada la imperatividad del artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro.

Contrato de arrendamiento financiero o *leasing*. Partes del contrato.—Resulta ausente en la relación la figura del tercero, correspondiente al proveedor, pues el propio contrato de arrendamiento financiero (*leasing*), en términos normales se integra con tres personas: una, el que suministra el bien (proveedor), otra, la financiera-arrendadora, que haciéndose cargo del mismo, dispone en favor de tercero (arrendatario), a quien se financia (tercer interviniente) (SS de 30 de abril de 1991, 7 de febrero de 1995 y 26 de febrero de 1996).

Contrato de arrendamiento financiero o *leasing*. Naturaleza jurídica y estructura.—En el orden jurídico no se configura la confluencia de dichos intervinientes como un solo negocio jurídico, sino que se dan dos contratos, netamente diferenciados, aunque conexiónados y coligados en correlación, y así existe una relación de compraventa por el que la sociedad de *leasing* adquiere del proveedor o fabricante los bienes previamente seleccionados por el usuario y el propio arriendo financiero con opción de compra por el valor residual fijado en el contrato, y mediante el cual la entidad financiera cede por un período determinado de tiempo la posesión y disfrute de dichos bienes al usuario-arrendatario mediante contraprestación dineraria fraccionada (SS de 22 de mayo de 1992 y 20 de febrero de 1996).

Las situaciones jurídicas referidas no contradicen, pues más bien se acomodan al artículo 19 del Real Decreto-ley 15/1977, de 25 de enero, en cuanto define de modo genérico las operaciones de arrendamiento financiero, así como a la DA 7.ª de la Ley 26/1988, de 29 de julio (parcialmente modificada por Ley de 14 de abril de 1994, que adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria), y contiene la regulación sustantiva del contrato de *leasing*.

Contrato de *lease-back*.—En los contratos de *lease-back* desaparece la figura del tercero proveedor del bien y si bien se trata de un contrato lícito y válido, al amparo del artículo 1255 CC, para registrarlo como tal se exige que haya mediado efectiva compra de la financiera a la arrendataria con la consiguiente tradición, aun en la forma simbólica de *solo consensu* (art. 1463 CC), pero, en todo caso, es necesario, y determinante, dejar de poseer en concepto de dueño o como dueño, lo que no ocurre en el caso de autos, pues no se demostró de forma suficiente y convincente —el contrato no lo refleja— que hubiera mediado la necesaria compraventa previa o simultánea (SS de 1 de febrero, 1 y 17 de marzo y 20 de noviembre de 1988 y 16 de mayo de 2000), y no basta para ello las apreciaciones periciales ni la denominación que las partes dieran al negocio, pues los contratos son los que son y su calificación viene configurada por lo que resulta efectiva y realmente pactado, y en este caso lo que se convino fue una operación financiera para obtener *EXO, S. A.*, dinerario, dentro del ámbito amplio del préstamo simple o mutuo, y por ello, no incluido en la póliza suscrita con *Crédito y Caución, S. A.* (STS de 22 de junio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 23 de junio de 1988, *Sanitaria Leasing, S. A.*, y *EXO, S. A.*, concluyeron un contrato en virtud del cual la primera cedía en arrendamiento a la segunda determinadas máquinas. Se daba la circunstancia de que el director de la primera sociedad era al mismo tiempo presidente del Consejo de Administración de la segunda. La primera celebró además un contrato con la *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, para asegurar el riesgo derivado de la realización de operaciones de arrendamiento financiero por parte de la primera con terceras personas. A pesar del impago de la arrendataria, la compañía aseguradora se negó a pagar por entender que la operación quedaba excluida de la cobertura del seguro. *Sanitaria Leasing, S. A.*, interpuso entonces demanda contra ella. Si bien el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Zaragoza la estimó parcialmente y condenó a la demandada a pagar una parte de la suma reclamada, ambas partes recurrieron en apelación y la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial

de Zaragoza desestimó la demanda. La demandante recurrió en casación. El TS rechaza que entre *Sanitaria Leasing, S. A.*, y *EXO, S. A.*, existiese una comunidad de intereses, en la medida en que se trataba de sociedades de capital y no personalistas. Por este motivo, el Alto Tribunal casa la sentencia de la Audiencia y confirma la de primera instancia.

NOTA.—La cuestión de la calificación contractual carecía de importancia práctica en este caso, dado que al final la sentencia acaba haciendo responder igualmente al tercero asegurador por el incumplimiento de la empresa usuaria de los bienes cedidos. A pesar de ello, la sentencia plantea al menos dos aspectos para la discusión. Primero, cabe dudar de que el *sale and lease back* (cf. notas en *ADC* 1999-III, p. 1311 y 2000-I, p. 325) sea el único supuesto en que el *leasing* tiene estructura bilateral y no trilateral, pues acaso también sea *leasing* aquel contrato en que el cedente del bien es el propio fabricante o la sociedad de *leasing*, que lo conserva de una operación de *leasing* anterior (véase Mathias Habersack, «Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,» Bd. III, *Leasing*, München, Beck, 1993, *Rdnr.* 8, p. 479). Y segundo, la calificación como préstamo, adoptada por la sentencia, no parece ajustarse a la operación efectivamente realizada por las partes, en la medida en que lo que se concedió no fue un crédito sino el uso de unas máquinas (véase Antonio Cabanillas Sánchez, «La naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», *ADC*, 1982, 41-120, p. 54). (A. R. G.)

35. Incendio de inmueble arrendado. Alcance del artículo 1563 CC. Presunción en contra del arrendatario.—El TS ha reconocido reiteradamente (SSTS de 10 de marzo de 1971, 24 de septiembre de 1983, 8 de abril de 1985, 7 de junio de 1988 y 9 de noviembre de 1993, entre otras) que el artículo 1563 CC establece una presunción *uris tantum* de culpabilidad del arrendatario para los supuestos de pérdida o deterioro de la cosa arrendada. Estima el legislador que, al estar la cosa en poder del arrendatario, la pérdida o deterioro le es imputable, en principio, si bien podrá eximirse de responsabilidad probando que tal pérdida o deterioro no es debido a culpa suya y que actuó con la diligencia exigible para evitar la producción del evento dañoso. Este principio de responsabilidad del arrendatario supone la aplicación de los principios generales en materia de contratación, concretamente del artículo 1183 CC. Afirma igualmente el TS que el citado precepto ha merecido especial atención en la doctrina respecto al caso de incendio «al que unánimemente se entiende aplicable». (STS de 12 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En juicio de menor cuantía, don Alfredo B. F., arrendador de un local comercial, solicita que se condene solidariamente a la mercantil arrendataria y a su compañía de seguros a indemnizar al actor el importe de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del incendio sufrido en el local arrendado. El incendio se produjo en el interior del local comercial en el que la entidad arrendataria venía desarrollando su actividad industrial. Queda probado que con anterioridad ya se habían producido conatos de incendio motivados por cortocircuitos en la instalación eléc-

trica, sin demostrar que la sociedad arrendataria adoptara al respecto medida alguna o que comunicara lo acontecido al arrendador.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Posteriormente, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

36. Interpretación del artículo 114.7.^a de la LAU de 24 de diciembre de 1964.—Como ya expuso la STS de 11 de febrero de 1993, el artículo 114.7.^a de la LAU de 1964 permite que se puedan realizar obras por el arrendatario cuando exista consentimiento pleno del arrendador y cualquiera que sea la índole de las mismas, aun cuando modifiquen la configuración de la vivienda o local de negocio. Las obras que no modifiquen la configuración ni debiliten la naturaleza o resistencia de los materiales empleados en la construcción no necesitan autorización, porque autorizar obras que no sólo no modifican ni debilitan sino que no exceden de las de mantenimiento o de mera conservación de la casa supondría reducir aún más lo que se puede hacer sin autorización.

Pasividad del arrendatario en la realización de reparaciones a las que estaba autorizado. Indemnización de daños y perjuicios improcedente.—El TS declara que si, habiendo transcurrido un dilatado período de tiempo el arrendatario no hace las reparaciones a que estaba autorizado, será porque no le interesaba el local para el uso o destino convenido, o bien porque adolece de la misma responsabilidad que achaca a los arrendadores respecto al mantenimiento y conservación. La pasividad prolongada durante años del arrendatario no puede pasar desapercibida e impide que se pueda atribuir un incumplimiento a la contraparte que pueda servir de base para la indemnización de daños y perjuicios. (STS de 10 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1953, dos hermanos, don Fermín A. S. y don José A. S. (padre y tío del demandante respectivamente), celebran un contrato de arrendamiento del local de propiedad de doña Margarita C. G. (madre de las demandadas) y de explotación del bar ubicado en el mismo. En abril de 1976, don Fermín A. S. insta al Ayuntamiento para que se requiriera a las arrendatarias, a fin de que efectuasen obras de reparación en el local anejo al bar que regentaba. En mayo de 1976, don Fermín y las demandadas suscriben un nuevo contrato de arrendamiento sobre dicho local y anejo, anulando el anterior y pactando que sólo se podrían hacer obras en el local arrendado con autorización expresa de las arrendadoras. Sin embargo, en el contrato nada se dice sobre el deterioro del anejo y su reparación. En octubre de ese mismo año, el citado inquilino manifiesta notarialmente a las arrendadoras que siguen existiendo desperfectos, los cuales, además, le impiden el uso del local anejo. En marzo de 1986, don Pedro José A. S. comunica por vía notarial a las demandadas que su padre ha fallecido y que se subroga en los derechos y en las obligaciones de su difunto padre, pero, de nuevo, no dice nada de los citados desperfectos. Queda demostrado que pese a los desperfectos existentes, ni el demandante ni su padre solicitaron la resolución contractual o la reparación, ni reclamaron los daños y perjuicios. Es más, en octubre de 1986 las citadas partes suscriben otra adición al contrato con la que las arrendadoras autorizan al arrendatario a realizar obras de

mejora y mantenimiento en el local arrendado. Incluso, posteriormente, el demandante se opone al expediente de declaración de ruina incoado por el Ayuntamiento que culmina en la declaración de ruina del local anejo. En mayo de 1992, el TS reconoce al demandante su derecho a disminuir a la mitad el importe de la renta que pagaba, como lo venía haciendo desde mayo de 1990, al no poder usar el anejo del local arrendado por esa declaración de ruina. En septiembre de 1992, el demandante recibe de las demandadas el 50 por 100 de las rentas que abonó desde mayo de 1990 a marzo de 1992.

Así las cosas, el demandante solicita en juicio de menor cuantía que se condene a las arrendadoras demandadas a abonarle una determinada cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial desestima igualmente el recurso de apelación interpuesto. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Al tratarse de un contrato celebrado en 1953, el TS aplica los artículos 107 y 114.7.^a LAU de 24 de diciembre de 1964, relativos a las reparaciones necesarias para conservar la vivienda o local arrendado en estado de servir para el uso convenido (art. 107) y a la facultad de resolución del arrendador cuando determinadas obras se realicen sin consentimiento del mismo (art. 114.7.^a). La LAU de 24 de noviembre de 1994 regula estos aspectos, respecto a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, en los artículos 30 y 35 respectivamente. Pese a que estos preceptos se remiten a lo dispuesto para los arrendamientos de vivienda [arts. 21 y 27. 2. d)], puede observarse que existen pocas diferencias con la regulación de 1964: en ambas normas las obras necesarias para conservar el inmueble arrendado en condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido son de cargo del arrendador, y en ambas leyes se contempla como causa de resolución del contrato de arrendamiento a instancia del arrendador, la realización de determinadas obras no consentidas por el arrendador cuando el consentimiento de éste era necesario. (*M. C. C. M.*)

37. Cualidad de cultivador personal. Exclusividad en su dedicación a la actividad agraria.—La acción de acceso a la propiedad prevista en el artículo 2.2.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos exige inexorablemente la cualidad de cultivador personal del actor. No es posible afirmar que el actor reúne tal cualidad cuando las circunstancias personales, profesionales y laborales constatadas demuestran que realiza trabajos por cuenta ajena al margen de la explotación agraria. Conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 27 de enero y 27 de julio de 1993 y 29 de octubre de 1999), en el cultivador personal ha de concurrir la nota de la exclusividad y no la simple preferencia en la dedicación agraria que corresponde al profesional de la agricultura. Así como el profesional de la agricultura tiene una dedicación preferente y no única a la agricultura, el llamado cultivador personal tiene una dedicación exclusiva, total e íntegra a la actividad agraria aunque matizada por las circunstancias que enumera el artículo 16 LAR. El cultivador personal es, en todo caso, profesional de la agricultura, pero no a la inver-

sa; es decir, no todo profesional de la agricultura es cultivador personal. (STS de 17 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Luis L. O., en calidad de arrendatario rústico histórico, interpone la acción de acceso a la propiedad de una casería y pertenecidos adscritos a la misma. La certificación de altas y bajas librada por la Tesorería de la Seguridad Social descubre que don Luis permaneció en distintos períodos dado de alta en el Régimen General como trabajador por cuenta ajena, pues estuvo empleado en un Ayuntamiento y en una fábrica. Asimismo, la fiscalidad de las actividades del actor revela que la agricultura no es su fuente principal de ingresos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó y revocó la sentencia dictada en primera instancia, al considerar que el demandante carece de la cualidad de cultivador personal, cualidad habilitante del derecho de acceso a la propiedad de la finca arrendada. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. C. M.*)

38. Inexistencia de Junta Arbitral de Arrendamientos Rústicos. Derecho a la tutela judicial efectiva.—Tiene declarado el TC (STC de 14 de diciembre de 1983) que es obligación ineludible de la Administración proceder a la constitución de las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, de manera que, ante la actitud omisiva de aquélla, ha de considerarse inexigible el intento de conciliación ante una Junta Arbitral que no existe, pues la inactividad de la Administración no es base suficiente para que el Poder Judicial deje sin protección los derechos de los ciudadanos. A su vez, la STS de 30 de enero de 1986, recogiendo la doctrina anterior, afirma que no puede pretenderse la observancia de una norma cuya realización exige un desarrollo material —la futura constitución de un órgano por la Administración— que no se ha realizado, por lo que no nos encontramos ante una norma jurídica en sentido estricto, sino ante una mera ordenación necesitada de desarrollo práctico y no de interpretación judicial. Por consiguiente, remitir a la demandante a un arbitraje de imposible realización por inexistencia del órgano dispensador del mismo provoca la infracción del artículo 24.1 CE. (STS de 7 de noviembre de 2000; ha lugar al recurso de casación formulado por la demandante; no ha lugar al recurso interpuesto por los demandados.)

HECHOS.—La arrendataria rústica histórica de una finca interpone demanda solicitando se declare su derecho a acceder a la propiedad de la citada finca y ofrece pagar la cantidad que corresponda conforme a las normas establecidas en los números 2 y 3 del artículo 2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos. Dicha pretensión la dirige contra el propietario y la usufructuaria de la finca en litigio.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por entender que el arrendatario es el marido de la actora y no ésta, quien, por tanto, carece de legitimación activa. Recurrída dicha sentencia, la Audiencia Provincial afirma que la titularidad del arrendamiento le corresponde a la actora, aunque termina desestimando el recurso de apelación al acoger la excepción de falta de conciliación preceptiva previa ante la Junta Arbitral de Arrendamientos Rústicos.

Ambas partes interponen sendos recursos de casación contra la citada sentencia. La actora alega la imposible realización del arbitraje ante la falta de constitución del referido órgano. El TS declara haber lugar al recurso de casación formulado por la arrendataria y declara, igualmente, no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. (*M. C. C. M.*)

39. Arrendamiento rústico histórico. Subrogación contractual.—Tiene declarado esta sala (STS de 13 de octubre de 1998) que en los arrendamientos rústicos históricos la subrogación contractual, sea por pacto contractual, sea a virtud de las prórrogas sucesivas, no se halla condicionada por restricción alguna, ya que cuando el legislador ha querido establecer limitaciones lo ha hecho, como es el caso de la legislación arrendaticia urbana respecto de la subrogación *mortis causa* en viviendas. Los contratos de arrendamientos rústicos tienen duración definida, y dicho aspecto no se desvirtúa por el hecho de que el legislador, de acuerdo con las conveniencias y necesidades sociales reflejadas en el sector concreto de la agricultura y con los problemas derivados de la propiedad y posesión de la tierra y de su explotación, ordene prórrogas legales de los referidos contratos que, no por ello, experimentan modificación en su naturaleza.

Interpretación del concepto arrendamientos de los «que se hubiere perdido memoria del tiempo por el que se concertaron», DT 1.º3.ª LAR.—El TS declara que el concepto de «pérdida de memoria por el que se concertaron» de la DT 1.º3.ª LAR engloba aquellas situaciones de arrendamiento, de cesión de una finca para su explotación agropecuaria, en las que no se puede establecer con certeza la fecha concreta del inicio de la citada relación arrendaticia. (STS de 27 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña María I. I., titular de un arrendamiento rústico histórico, formula demanda en la que solicita que se declare el derecho de la misma a acceder a la propiedad de un caserío y ciertos terrenos, abonando al propietario una determinada suma de dinero. La demandante, actual arrendataria, es la tercera o cuarta sucesora en el arrendamiento del caserío que fue concertado en 1922.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial lo estimó en parte, revocando parcialmente la sentencia dictada en primera instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. C. M.*)

40. Responsabilidad de los agentes de la edificación. Supuesto de aplicación de la solidaridad prevista en el artículo 1591 CC.—La solidaridad derivada del artículo 1591 CC se aplica en aquellos casos en los que resulta impreciso el grado de participación de los distintos intervinientes en la causación de la ruina, de tal manera que resulta imposible fijar las correspondientes cuotas de responsabilidad individualizada.

La solidaridad no implica litisconsorcio pasivo necesario.—En virtud del artículo 1144 CC en caso de responsabilidad solidaria se puede demandar a cualquiera de los deudores solidarios. El demandado no puede oponer la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, sin perjuicio de las relaciones internas entre los interesados.

Motivos de casación. No procede la nueva valoración de la prueba practicada.—No es admisible admitir en vía casacional la solicitud de realizar una nueva valoración de la prueba, puesto que no se trata de una tercera instancia.

Concepto de ruina.—Dentro del concepto de ruina se incluye la física o material y la funcional; esta última es aplicable a los defectos y vicios de lo edificado que imposibilitan su utilización normal o lo hacen impropio para su habitual destino. La ruina funcional se configura como una violación contractual en cuanto a las condiciones convenidas para que las viviendas enajenadas puedan cumplir su función principal; es decir, en cuanto a su habitabilidad.

Responsabilidad de los promotores por ruina funcional *ex artículo 1591 CC.*—El promotor es responsable tanto por ruina funcional como por ruina material puesto que a los efectos del artículo 1591 CC la jurisprudencia le asimila al constructor. (STS de 8 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios del edificio *Sando I*, demandó al promotor J. L. S. D., solicitando se condenase al demandado a realizar en el citado inmueble las construcciones, destrucciones o reparaciones necesarias para adecuar el edificio a lo previsto en el proyecto de obra. La comunidad demandante desconocía las responsabilidades individualizadas de cada uno de los agentes de la edificación y tampoco estaba en condiciones de determinarlas. El informe pericial, por su parte, resultaba teórico y genérico, de tal manera que ni detallaba ni cuantificaba las distintas posibles responsabilidades plurales. La excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada por el demandado al haberse dirigido la demanda sólo contra él y no contra los demás agentes de la edificación, fue acogida por el Juzgado de Primera Instancia que, por tanto, desestimó la demanda sin entrar en el fondo del asunto. Dicha sentencia fue revocada en segunda instancia en el sentido de estimar la demanda.

NOTA.—Téngase en cuenta que actualmente la Ley de ordenación de la edificación de 5 de noviembre de 1999 regula expresamente los distintos supuestos de ruina en su artículo 17. En relación con la responsabilidad de los agentes de la edificación, nos remitimos a los comentarios que realizamos en el *ADC*, tomo LIV, fascículo IV, a las sentencias relativas a este tema; baste recordar aquí que la doctrina mayoritaria entiende que la ley citada ha derogado implícitamente el artículo 1591 CC. (*B. F. G.*)

41. Responsabilidad decenal. Concepto de ruina. Vicio estético.—Evidentemente estamos ante un vicio ruinógeno, conforme a la doctrina jurisprudencial conocida de esta Sala, que resulta abierta respecto a lo que se ha de considerar como anomalías constructivas y si bien la pavimentación en este caso no se presenta como decisiva para la seguridad del edificio, sí afecta al uso cómodo de las viviendas al instaurar habitabilidad molesta que rebasa una tolerancia media, por imponer a los usuarios soportar unos defectos que claman por antiestéticos y parecen responder al empleo de material de desecho. De este modo se supera el concepto de leves imperfecciones corrientes, que cabe ser asumidas, al haberse producido decisiva violación del contrato, y hace la edificación en este aspecto básicamente insuficiente para su finalidad propia (SS de 30 de septiembre y 23 de diciembre de 1991, 29 de marzo, 22 de septiembre y 10 de noviembre 1994 y 16 de noviembre 1996, entre otras).

Condición legal de promotor. Fundamento de la atribución de responsabilidad en la idea de actuar en beneficio propio.—La S de 11 de febrero de 1985 decreta que la expresión de constructor comprende la de promotor y ostenta tal condición el que por su cuenta y en su beneficio encarga la realización de la obra a un tercero, pero ha de tenerse en cuenta que el beneficio no tiene que ser necesaria e imperativamente económico —sin dejar de lado que fue la recurrente la vendedora de las viviendas— y en su concepto cabe incluir actuaciones de política social o económica protectora y tuteladora de las clases más necesitadas, lo que también resulta actuar beneficioso, y así como que las viviendas del pleito corresponden a las de promoción pública y oficial, no excluidas de modo absoluto del tráfico inmobiliario.

Legitimación activa. Titulares de viviendas de promoción oficial.—A los titulares de las mismas les alcanza la protección que dispensa el artículo 1591 CC en forma análoga a los adquirentes de viviendas de precio libre, por no ser aquéllos de peor condición que éstos y entenderlo de otro modo sería instaurar una hiriente desigualdad, conculcadora del artículo 14 CE, así como del artículo 47 que otorga a todos los españoles, sin distinción alguna, derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Legitimación pasiva de la persona jurídico-pública promotora. Comparación con el supuesto de cooperativa de promoción inmobiliaria.—La S de 6 de marzo de 1990 no excluye expresamente a las Comunidades Autónomas, cuando intervienen como agentes en el proceso constructivo, de su participación y consiguiente responsabilidad en consideración de promotoras, y hace referencia a las cooperativas para declarar que no son promotoras pero frente a sus socios cooperativistas y en esta línea la S de 8 de mayo de 1995 atribuye a la sociedad cooperativa posición general de constructor y promotor. (STS de 22 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio sito en Palencia interpuso demanda contra diversas personas, incluida la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en su condición de promotoras de la obra relativa al mismo, para que pagasen a aquélla una indemnización por diversos defectos de construcción. Aunque el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de la localidad absolvió a los demandados, la demandante recurrió en apelación y la Audiencia Provincial le dio la razón, por entender que la obra de pavimentación había sido, literalmente, una chapuza. La Comunidad Autónoma demandada recurrió en casación por considerar que ni existía un vicio ruinógeno, ni tenía la condición legal de promotor a los efectos del artículo 1591 CC. El TS rechaza esta argumentación por las razones expuestas.

NOTA.—Al prever la responsabilidad de la persona jurídica pública promotora, el artículo 9.1 de la Ley de ordenación de la edificación hace innecesario recurrir al criterio de imputación de responsabilidad manejado por esta sentencia y criticado por la doctrina, consistente en la obtención de un beneficio (véase Antonio Cabanillas Sánchez, «La configuración jurisprudencial del promotor como garante», *ADC*, 1990, pp. 227-237, y más tarde Cordero, en Ángel Carrasco Perera / Encarna Cordero Lobato / Carmen González Carrasco, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 2.^a, Elcano, Aranzadi, 2001, com. art. 9, p. 204). (A. R. G.)

42. Contrato de ejecución de obra a ajuste alzado. La invariabilidad del precio: ámbito de aplicación.—La jurisprudencia del TS ha interpretado el artículo 1593 CC en el sentido de que el principio de invariabilidad del precio contratado para una determinada obra, como precio tasado por ajuste alzado, no ha de aplicarse a obras no presupuestadas, que representan un incremento real, cambio o adición al proyecto primitivo (lo que se conoce como aumento de obra), cuyo pago corresponde a quien encarga las mismas, las autoriza o simplemente las consiente recibéndolas o aceptándolas con independencia de que sea a plena satisfacción del comitente (SSTS de 28 de marzo y 14 de octubre de 1996, y 2 de julio de 1998, entre otras). (STS de 23 de enero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de un contrato de ejecución de obra, la constructora ejecutante de la obra demandó al comitente por parte del precio debido y no pagado, y al técnico director de la obra por ruina parcial sobrevinida por defecto del proyecto. Se dio la circunstancia que en el contrato se plasmó un presupuesto confeccionado por la actora y aceptado por el comitente; también, quedó demostrado que el dueño de la obra pagó a la constructora una cantidad sensiblemente superior al precio pactado. El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia sólo en cuanto a las costas. El TS declaró haber lugar al recurso de casación presentado por el comitente. (*I. D.—L.*)

43. Usura. Simulación del interés pactado en contrato de préstamo usurario.—El préstamo litigioso entiende esta Sala que debe calificarse como usurario en atención a las siguientes circunstancias: *a)* la forma clandestina en que se contrajo, pues está probado que la escritura pública de préstamo hipotecario otorgada por los recurrentes en favor del prestamista no era el negocio real concertado. En aquélla se fijaba un interés anual del cuatro por cien con un plazo anual de vencimiento de un año, cuando en realidad el interés anual se estipuló en un veinte por cien, pagadero al comienzo de cada anualidad de forma anticipada, y sin plazo de duración. No se ha alegado ninguna razón para este ocultamiento de la realidad, que no parece lógico si el interés pactado fuese normal, y se hubiese querido que con arreglo a lo convenido en la escritura pública hubiese discurrido el desenvolvimiento del préstamo.

Usura. Interés notablemente superior al valor del dinero.—*b)* El interés pactado debe conceptuarse de notablemente superior al valor del dinero en la época en que se contrajo el préstamo. Es cierto que en la misma (1983) el interés bancario del dinero era del dieciocho con cinco por cien según la sentencia recurrida, pero este dato no puede ser sino orientador del interés del mercado, de ninguna manera un parámetro exacto con arreglo al que haya de calificarse todo préstamo, pues aquel interés se calcula en función de circunstancias propias de la intermediación en el mercado del dinero de las entidades financieras, tales como costo de la obtención del mismo, gastos de funcionamiento, previsiones de fallidos, etc.: el interés no es sinónimo de beneficio por el préstamo. De ahí que cuando es un particular el prestamista, no se puedan aplicar los mismos criterios, debe lógicamente ser el interés inferior. Por otra parte, al percibirse por anualidades adelantadas, la diferencia es todavía mayor, mucho más cuando el prestamista está garantizado con hipoteca sobre bienes que se ha probado que tenían un valor muy superior a la cantidad prestada. El riesgo que corría en esta situación era nulo, y no aparecen en autos

otros riesgos que pudieran justificar tamaño interés. Todo lo anteriormente expuesto confirma de modo objetivo la exigencia legal de que el interés sea notablemente superior al normal.

Usura. Situación angustiosa.—También se deduce de los autos la situación angustiosa de los prestatarios, que el artículo 1 de la Ley (de 23 de julio de 1908) requiere para calificar de usurario un préstamo, que en la fecha del mismo el recurrente estaba separado del servicio como oficial de la Administración de Justicia por Resolución del Ministerio de Justicia de 1979, con esposa e hijos a su cargo, en el que no fue repuesto hasta 1987 tras los correspondientes recursos, y con deudas contraídas.

Usura. Efectos.—El préstamo litigioso debe calificarse de usurario, por lo que los prestatarios han de devolver exclusivamente el capital prestado, con deducción de los intereses ya satisfechos al prestamista (art. 3 de la Ley de 23 de julio de 1908).

Hipoteca. Accesoriedad. Efectos de la calificación del contrato como usurario.—La hipoteca concertada en la escritura pública debe quedar también extinguida y su inscripción cancelada, dada su naturaleza accesoria y dependiente de la obligación principal. La S de esta Sala, de 14 de junio de 1984, mantuvo el criterio de subsistencia de la hipoteca en un caso que puede considerarse igual al litigioso. Se razonaba en ella que el prestatario seguía siendo un deudor de restitución, si bien en la cantidad que resultase por aplicación del artículo 3 de la Ley de 1908; que lo que se producía en realidad era una reducción de la cantidad debida, no su desaparición; y que, en vista de ello, seguía existiendo accesoriamente de la hipoteca en relación con un crédito al que garantizar.

Sin embargo, esta Sala ha declarado que las obligaciones de restitución de las prestaciones como consecuencia de la nulidad de un contrato no derivan del mismo sino de la Ley que las impone, son por tanto obligaciones legales y no contractuales (SS de 10 de junio de 1952, 24 de febrero de 1992 y 6 de octubre de 1994). Por tanto, no se ve cómo pueda subsistir una hipoteca constituida voluntariamente con los requisitos precisos para su inscripción registral en atención a los principios hipotecarios de especialidad y determinación, a fin de que garantice otra obligación principal distinta y por un tiempo que no se ha establecido obviamente, dado el origen no contractual de la hipoteca. La Ley de 1908 es clara (art. 3) en su declaración de nulidad de contrato de préstamo usurario, no dispone su nulidad parcial en aquello que la contravenga, ni otra regla contraria a la accesoriamente de la hipoteca, por lo que el órgano judicial no puede ser la fuente creadora de una garantía real con los necesarios requisitos exigidos para la inscripción. La nulidad de la hipoteca lleva consigo la cancelación de la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad y la del procedimiento de ejecución hipotecaria. (STS de 20 de junio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Don Enrique José y su esposa, doña María Josefa, habían celebrado un contrato de préstamo con don Secundino. El contrato se elevó a escritura pública, en la cual se acordó constituir una hipoteca para garantizar las obligaciones de los prestatarios derivadas de dicho contrato. Al parecer, el interés que se hizo constar en la escritura no coincidía con el acordado privadamente, que era cinco veces superior. Tres años después de otorgarse la misma, el prestamista ejecutó la hipoteca por el procedimiento previsto en el artículo 131 LH. A raíz de este hecho, la parte prestataria interpu-

so demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gijón, para que se anulase el procedimiento anterior y se declarase que el contrato de préstamo con garantía hipotecaria era usurario y, por ende, nulo. La sentencia de instancia desestimó la demanda, que los demandantes recurrieron en apelación. La Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo estimó este recurso en parte, declaró que el procedimiento de ejecución iniciado era nulo pero dejó subsistente el contrato. Los demandantes volvieron a recurrir, esta vez en casación, e insistieron en que el mismo era usurario. El TS estima el recurso y anula el contrato, la hipoteca y el procedimiento de ejecución, y ordena la cancelación de la inscripción de la hipoteca en el Registro. (A. R. G.)

44. Usura. Contrato de préstamo con interés usurario.—Al hilo de lo establecido en el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, esta Sala ha reconocido tres posibilidades de contrato de préstamo usurario incluyendo en la primera «aquellos en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso» (SS de 21 de octubre de 1911, 24 de marzo de 1942, 13 de diciembre de 1958, 15 de diciembre de 1965, 18 de octubre de 1968 y 19 de diciembre de 1974), grupo en el que puede incluirse el préstamo litigioso pues, reconocida la deuda, la estipulación sobre ella de un interés del cinco por cien mensual, precisión ésta de período de tiempo que se omite en la instancia pero que resulta del simple cálculo que en ella se hizo para el establecimiento de la cantidad debida por ese concepto además de resultar de lo para ello pactado en el documento privado, el interés del sesenta por cien anual está y ha estado siempre superando muy notablemente lo que puede estimarse normal en este tipo de operaciones cuando no concurre circunstancia alguna que lo explique para convertir, por intereses, la obligación —préstamo de 3.000.000 de pesetas— en más la de 4.950.000 pesetas, con lo que la condena de pago en la instancia ha alcanzado la cifra de 7.950.000 pesetas en período de tiempo tan corto.

Usura. Efectos.—Esa obligada calificación del contrato litigioso, como usurario, conlleva su nulidad legalmente impuesta por el precitado artículo 1 de la Ley de Usura —nulidad radical que no admite convalidación sanatoria, en cuanto queda fuera de la disponibilidad de las partes, según la S de 31 de diciembre de 1987, nulidad absoluta que ya habían establecido las SS de 9 de enero de 1933, 6 de abril de 1963 y 14 de abril de 1966— con la consecuencia de producir los únicos efectos establecidos en el artículo 3 de aquella Ley de que el prestatario no está obligado a devolver más que la suma recibida. (STS de 12 de julio de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Doña Esther concluyó con doña Elisa un contrato de préstamo mutuo, en virtud del cual la primera recibía prestada la cantidad de 3.000.000 de pesetas, a devolver cuatro meses más tarde, sin intereses. El mismo incluía una cláusula penal en la que se establecía la obligación de pagar un interés de demora del cinco por cien mensual. Ante el incumplimiento de la obligación de restitución del capital, la prestamista reclamó judicialmente a la otra parte que le pagase el capital más los intereses de demora devengados, todo lo cual ascendía a la suma de 7.950.000 pesetas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Barcelona estimó íntegramente la

demanda, y aunque la prestataria recurrió en apelación, la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial confirmó la sentencia. El TS, al que la prestataria acude en casación, entiende que el contrato es usurario, estima el recurso y casa la sentencia de instancia. (A. R. G.)

45. Contrato de vitalicio: concepto.—Es aquel por el que se hace cesión de bienes a cambio de la obligación de dar asistencia y cuidados durante toda la vida del o de los cedentes (SSTS de 14 de noviembre de 1908, 30 de noviembre de 1987 y 31 de julio de 1991, entre otras).

Caracteres.—Es un contrato autónomo, innominado o atípico (SSTS citadas en el párrafo anterior), oneroso y aleatorio (al no poder predecirse la duración de la vida de los cedentes).

Naturaleza.—Participa en parte del carácter del de renta vitalicia aunque no es enteramente el mismo (SSTS citadas en el primer párrafo de este extracto).

El matrimonio del cedente con el cesionario no extingue las obligaciones de este último.—La obligación de asistencia y cuidados derivada del contrato de vitalicio, no se extingue por el matrimonio del cedente con el cesionario, sino que esta obligación existirá desde el matrimonio por dos títulos: *a*) el legal derivado del deber de socorro mutuo que impone recíprocamente a los cónyuges el artículo 68 CC, y *b*) el convencional resultante del citado contrato.

La calificación de un contrato es función del Tribunal de instancia.—La interpretación y, como derivación, la calificación de un contrato, es función del Tribunal de instancia, sólo revisable en casación cuando es ilógica, absurda o contraria a derecho. (STS de 18 de enero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1986, mediante escritura pública, un matrimonio «cede y transfiere» a doña Antonia la nuda propiedad de una finca de la que eran propietarios reservándose el usufructo vitalicio sobre la misma; en pago de la cesión doña Antonia se obligaba a prestar cuantos servicios y cuidados precisen los cedentes. Al año siguiente, muere la esposa cedente y, posteriormente, el viudo (también cedente) contrae matrimonio con la cesionaria. Ante esta circunstancia, la hija del matrimonio demanda a la cesionaria al entender que el contrato celebrado por sus padres con doña Antonia fue de donación, y en base al artículo 636 CC esa disposición gratuita perjudica su legítima como heredera forzosa de su madre. El Juzgado estimó en parte la petición de la actora. La Audiencia revocó esta sentencia y desestimó íntegramente la demanda. El TS no dio lugar a la casación. (I. D.—L.)

46. Cumplimiento del deber de motivación en las resoluciones judiciales.—Basta el somero examen de la sentencia recurrida para rechazar la falta de motivación que se aduce al quedar patentes en sus fundamentos de derecho las razones de hecho y de derecho que han conducido a la Sala *a quo* a su pronunciamiento confirmatorio de la sentencia de primera instancia; por otra parte, como tiene declarado esta Sala con reiteración, las sentencias civiles entran en la excepción prevista en el artículo 248.3 LOPJ por cuanto en ellas no es necesario que conste un relato de hechos separados; la lectura de la sentencia pone de manifiesto los hechos que ha tenido en cuenta el Juz-

gador de instancia para hacer su pronunciamiento desestimatorio de la demanda.

No se produce tacha de incongruencia en la sentencia.—Por aplicación de la muy reiterada doctrina jurisprudencial según la cual las sentencias absolutorias vienen a significar la íntegra desestimación de las pretensiones deducidas en la demanda, con la consecuente resolución de cuantas cuestiones fueron objeto de controversia, por lo que no cabe tacharlas de incongruencia.

El error de derecho en la valoración de la prueba.—El error de derecho en la valoración de la prueba se da cuando el juzgador no reconoce a un medio de prueba aportado a los autos la fuerza probatoria que le atribuye un precepto legal o cuando le da un valor probatorio que no tiene, siendo cuestión distinta la de la interpretación de un documento, regida por las normas de la hermenéutica contractual, y ésta, distinta, a su vez de la interpretación de la norma jurídica.

La causa de los contratos.—La doctrina jurisprudencial configura la causa de los contratos como un concepto objetivo (S de 1 de abril de 1988) y así dice la S de 8 de febrero de 1996 que el artículo 1274 CC, al concretar que en los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, no da un concepto de la misma, sino que la especifica en sentido objetivo para los contratos de igual clase, significando el fin que se persigue, ajeno a la mera intención o subjetividad que significan los móviles, acogibles sólo cuando sean reconocidos por ambas partes contratantes y exteriorizados por su relevancia.

La causa del contrato de transacción.—En relación con la causa de la transacción, dice la S de 6 de noviembre de 1993, que la específica intención de los contratantes de sustituir la relación o relaciones dudosas por otra cierta e incontestable, con efecto novatorio, ha llevado a considerarla en ocasiones como un contrato abstracto; y la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que no constituye requisito esencial de la transacción la entrega recíproca de prestaciones, ya que en ocasiones el deseo de poner término a un litigio, soslayar discusiones y no extraer del olvido hechos y actos ya ocurridos, mueve a los contratantes a la aceptación de acuerdos sin iguales alcances y paridad de condiciones (SS de 8 de marzo de 1962 y 30 de octubre de 1989), y aunque si una de las partes no da, promete o cede su derecho, existiría una mera renuncia de la otra, no obstante las prestaciones pueden ser sacrificios de orden moral y no ha de tener necesariamente contenido económico (SS de 26 de junio de 1969 y 14 de marzo de 1955), radicando sus medios en cierto y recíproco sacrificio de parte de las respectivas posiciones y pretensiones de las partes, con el fin de evitar la provocación de un pleito o poner término al que habían comenzado (S de 26 de abril de 1963), pudiendo afectar la transacción a una relación jurídica no litigiosa, pero susceptible de serlo (SS de 9 marzo de 1948, 19 de diciembre de 1960 y 2 de junio de 1989). Se configura así la finalidad de poner término a una relación jurídica incierta (*res dubia*) como la causa de la transacción.

Presupuestos necesarios exigidos por la jurisprudencia para la existencia del error como vicio del consentimiento en los contratos.—La jurisprudencia en torno al artículo 1266 CC ha señalado los requisitos para que el error en el consentimiento tenga eficacia anulatoria del contrato; así la S de 6 de febrero de 1998 dice que como recoge la S de 18 de febrero de 1994, según la jurisprudencia para ser invalidante el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código

civil no menciona expresamente y que se deduce de los requisitos de autorresponsabilidad y buena fe, este último consagrado hoy en el artículo 7 CC; es inexcusable el error (S de 4 de enero de 1992), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida en la declaración.

El error como vicio del consentimiento invalidante en el contrato de transacción.—La jurisprudencia de esta Sala al igual que un amplio sector doctrinal, excluye la aplicación del error de derecho y así se citan la S de 12 de febrero de 1898 que declara que el error que vicia los contratos y las transacciones ha de recaer sobre la sustancia objeto del contrato, y no sobre el derecho que asocia objeto del contrato, y sobre el derecho que asiste a las partes, principalmente cuando la diferencia de apreciación sobre este derecho es la que da lugar al contrato; la S de 20 de marzo de 1951 dice que refiriéndose al caso concreto, este error sería de derecho, no siempre y en absoluto inexcusable, por su equiparación en algún caso al de hecho, pero sin transcendencia anulatoria en las convenciones transaccionales, cuya naturaleza y finalidad, definidas claramente en el artículo 1809 CC, no consiste que el vicio de error en el consentimiento productor para ellas de invalidez sea otro que el de hecho a que hacen referencia el artículo 1817 y la regla general que la doctrina de esta Sala funda en el artículo 1266, en relación con el 2.º del propio Código.

Pronunciamientos de la jurisprudencia en atención al error en las transacciones llevadas a cabo sobre el derecho a percibir indemnización por lesiones a consecuencia de hechos ilícitos.—Ya sean estos hechos ilícitos de carácter delictivo o en que hayan mediado culpa civil, la S de 6 de noviembre de 1965 dice que si bien es cierto que en la transacción es de esencia eliminar por recíprocas concesiones la incertidumbre en que las partes se encuentran respecto a la existencia o exigibilidad de un determinado derecho en litigio o pendiente de hallarse en semejante situación (S de 13 de julio de 1940), no menos exacto es que la inseguridad jurídica propia de dicho negocio jurídico, no se refiere al elemento objetivo de la relación obligacional transigida, que necesariamente debe ser cierto, preciso, conocido y determinado según se ha declarado por la jurisprudencia de esta Sala entre otras, en SS de 8 de mayo de 1920 y 20 de octubre de 1954, sino al resultado de la decisión jurisdiccional que pudiera poner fin a las diferencias de los contratantes, lo cual constituye el factor psicológico (*timor litis*) que les mueve al otorgamiento del contrato, y que el contenido real de la transacción concertada para dirimir las discrepancias sobrevenidas como consecuencia de las reclamaciones derivadas de los artículos 1902 y 1903 de dicho texto legal por la comisión de un delito de lesiones o por la producción de daño a que se refiere el artículo 1902 se integra no sólo por el quebranto físico sufrido por el agraviado, sino también por el tiempo invertido en su curación, que es precisamente el que tipifica el delito y se proyecta sobre la culpa civil como se desprende para el primer supuesto del artículo 422 CP. (STS de 20 de diciembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El litigio planteado iba encaminado a dejar sin efecto el acuerdo transaccional habido entre el demandante y la entidad aseguradora demandada en relación a la indemnización por las lesiones sufridas por el actor en un accidente de circulación por el que se siguió juicio de faltas, el acuerdo transaccional dio lugar a la renuncia por el demandante a cuantos derechos y reclamaciones que pudieran ser derivados de dicho accidente por haber sido debidamente indemnizado, renuncia que efectuó ante notario y que fue formalizada ante el juzgado por su esposa en virtud del poder notarial que en esa fecha le confirió. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda e hizo condena expresa en costas a la parte actora. Apelada la sentencia ante la Audiencia Provincial, ésta la confirmó, sin hacer especial pronunciamiento respecto a las costas producidas en ambas instancias, en cuyo aspecto la revocó. (*E. S. M.*)

47. Interpretación no formalista de la cláusula de sumisión a arbitraje.—En el motivo primero se denuncia infracción del artículo 5.1 de la Ley de Arbitraje 36/1988 («el convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión») que acarrea la invalidez del convenio arbitral con base en el artículo 3. 1 de la propia Ley («el arbitraje para ser válido, deberá ajustarse a las prescripciones de esta Ley»). El presupuesto concreto cuya omisión se denuncia en la cláusula contractual del caso es el relativo a la expresión por las partes de la «obligación de cumplir» la decisión arbitral. El motivo no puede ser acogido porque el cumplimiento del requisito se deduce netamente del contenido de la cláusula contractual. La interpretación flexible (no formalista) en la materia es la que prevalece en la doctrina, en la que se sostiene que «basta que el convenio arbitral contenga por escrito y claramente el consentimiento de las partes de someterse a las decisiones de los árbitros, sin que la obligación de cumplir la decisión de los mismos sea algo que deba incluirse expresamente en el convenio, sino que se entiende implícita en el concepto de arbitraje»; es la que recoge la S de esta Sala de 1 de junio de 1999, que señala que «el contrato de compromiso, o convenio arbitral como lo llama la Ley, debe contener el consentimiento, declaraciones de voluntad concordes de las partes, lo cual lo especifica el artículo 5.1 al disponer que debe expresar la voluntad inequívoca de las partes, que no es otra cosa que el consentimiento contractual; y al añadir el último inciso que también debe expresar la obligación de cumplir tal decisión (el laudo arbitral) no es más que una simple redundancia, que va implícita en la voluntad inequívoca de las partes y que integra el consentimiento contractual; es decir, esta frase “obligación de cumplir la decisión” no es una frase sacramental que debe constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento»; y es la interpretación que más se ajusta al espíritu de la Ley 36/1988 respecto a la simplificación de formas y facilitación del arbitraje, en sintonía con su función y respeto al principio de la autonomía privada (art. 1255 CC).

La eficacia de la cláusula de sumisión a arbitraje no requiere su formalización judicial.—En el segundo motivo se denuncia infracción del artículo 11, apartado segundo, de la Ley de Arbitraje. El argumento del motivo se

resume en que no se ha procedido a la formalización judicial de lo pactado, que no es más que una cláusula compromisoria que obligaba únicamente a instituir en su día el arbitraje, por lo que se ha infringido la jurisprudencia representada por las SS de 1 abril de 1987, 15 de septiembre de 1986 y 3 de noviembre de 1994, y que además fue el propio recurrido el que excluyó la resolución arbitral negándose al requerimiento que a tales efectos le fue formulado. El motivo tampoco puede ser acogido. Resulta incuestionable la aplicación al caso del régimen jurídico representado por la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre, que sustituyó (DD 1) a la Ley de arbitrajes de derecho privado, de 22 de diciembre de 1953, de conformidad con la DT 3.^a que establece que «salvo en los casos en que el procedimiento arbitral se hubiese iniciado ya, los arbitrajes cuyo convenio arbitral se hubiere celebrado antes de la entrada en vigor de esta Ley (36/1988) se registrarán por las disposiciones contenidas en la misma»; y como la nueva Ley ha prescindido de la distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso que contenía la Ley de 1953 resulta claramente inaplicable la jurisprudencia dictada para esta normativa legal (representada por las SS citadas y otras como las de 16 de noviembre de 1996 y 20 octubre 1997) que condicionaba la eficacia de la cláusula preliminar a la formalización judicial —consumada o pendiente— de la misma, y aun cuando en el Título VI de la nueva Ley (arts. 38 y ss.) se prevé una formalización judicial para la designación de los árbitros, sin embargo no hay fundamentación legal para mantener en cuanto a dicha formalización una solución similar a la que para el compromiso preliminar resultaba de los artículos 11 y 19 de la Ley derogada.

Inexistencia de renuncia al arbitraje pactado.—En el motivo tercero se denuncia infracción del artículo 11, apartado segundo, de la Ley 36/1988 («las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción» —en la actualidad este precepto ha sido redactado de nuevo por la DF de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, que sustituye «excepción» por «la declinatoria»—) en relación con el artículo 7 CC (se alude al párrafo primero con arreglo al que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe»). En el cuerpo del motivo se argumenta con base en la contestación dada por la contraparte al requerimiento notarial («con carácter general: que no pueden acceder a lo solicitado por el requirente por las razones que, en su momento, si fuese preciso, se expondrán»), de la que se deduce por la parte recurrente, no ya una mera pasividad, sino una negativa al procedimiento arbitral, por lo que —se afirma en el motivo— el autor de la negativa no puede exigir lo que el mismo ha negado, siendo su proceder atentatorio al principio de los actos propios y por tanto a la buena fe, tanto procesal como extraprocesal. El motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria de los anteriores, puesto que tampoco se da una base fáctica adecuada para poder apreciar una hipotética renuncia, expresa o tácita, al arbitraje por la parte demandada que pudiera determinar la aplicación de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 36/1988. Por otro lado, evidentemente, el contenido de la respuesta es ambiguo, pero esta Sala entiende, ratificando el criterio de la resolución recurrida, que no cabe deducir de él una negativa clara a someterse al arbitraje, y en todo caso —y esta apreciación constituye la principal *ratio decidendi*— no

cabe deducir de tal respuesta una exclusión del compromiso arbitral, por lo que la parte aquí recurrente, ante dicha conducta, debió proceder conforme establece la Ley de arbitraje y concretamente su artículo 38. (STS de 13 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 10 de mayo de 1988 Francisco Teodoro A. G. y la empresa *Construcciones El Balcón del Ramonal S. L.*, celebraron un contrato que contenía una cláusula del siguiente tenor: «asimismo los contratantes, hacen renuncia expresa al fuero que pudiera corresponderles, y se comprometen a dilucidar sus diferencias en orden a la interpretación o incumplimiento del presente contrato mediante el arbitraje de derecho de la Ley de 22 de diciembre de 1953, que se llevará a efecto por tres Letrados en ejercicio, que serán designados uno por cada parte y el tercero por ambas partes de mutuo acuerdo». Posteriormente, Francisco P. D.—subrogado en la posición de *Construcciones El Balcón del Ramonal S. L.*, en virtud de una cesión de contrato— no atendió un requerimiento notarial promovido por Francisco P. D. con fecha 4 de abril de 1990. Interpuesta acción de cumplimiento por parte de este último, el Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la excepción dilatoria de sumisión a arbitraje formulada por Francisco P. D. Presentado recurso de apelación, la Audiencia Provincial estimó esa excepción procesal y absolvió a Francisco P. D. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*J. M. B. S.*)

48. Efectos de la cofianza solidaria. El artículo 1844. 3.º CC.—El cofiador solidario que ha satisfecho la deuda puede reclamar a los otros el pago de la parte que les corresponda. Pero el artículo 1844 CC, apartado 3.º, establece que sólo podrá realizar esta reclamación cuando el pago se haya hecho en virtud de una demanda judicial o cuando el deudor principal se encontrase en estado de concurso o quiebra. Este artículo pretende proteger a los cofiadores de una conducta caprichosa o infundada del fiador que pagó, pero se debe interpretar de forma restrictiva, lo que significa que si la conducta del fiador que pagó fue beneficiosa para todos los cofiadores, de modo que se evitaron los perjuicios que provocaría una demanda judicial, la previsión de este apartado del artículo 1844 CC no se debe aplicar. (STS de 9 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Gerardo y don Francisco eran socios de la *Sociedad Agraria de Transformación Hotopacheco*. A la vez, eran cofiadores solidarios de dicha sociedad en las operaciones bancarias que ésta realizaba. Don Gerardo pagó las cantidades adeudadas por dicha sociedad cuando fueron reclamadas por los acreedores y cuando la sociedad se encontraba en situación de insolvencia real, aunque no se había declarado. Don Gerardo interpuso demanda contra don Francisco en la que reclamaba el pago de la parte que le correspondía. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por el demandante. El demandado interpuso recurso de casación, porque consideraba que la deuda de los cofiadores se había extinguido. El TS desestimó el recurso porque considera que el pago realizado por el demandante se hizo para evitar los perjuicios que podían derivar de una demanda judicial, de modo que benefició a todos los cofiadores.

NOTA.—En esta sentencia el TS pone de manifiesto la doctrina sobre el alcance del artículo 1844. 3.º CC, ya que considera que este artículo no se debe interpretar de forma restrictiva. En la S de 2 de diciembre de 1988, el TS establece que en aquellos casos en que la fianza es un mecanismo para garantizar una deuda principal de la que han de beneficiarse los propios fiadores (porque son socios de la entidad deudora), el pago total de la deuda realizado por uno de ellos supone un beneficio para todos los cofiadores. Esto implica que aunque la entidad deudora no se encontrase en situación declarada de quiebra o no se hubiese demandado el pago por el acreedor, si era evidente el estado de insolvencia del deudor, el cofiador solidario que ha pagado puede reclamar del resto de cofiadores el pago de su parte, ya que no hay un pago realizado de forma maliciosa por uno de los cofiadores. En la presente sentencia, también los cofiadores son socios de la entidad deudora, de modo que el pago total de la deuda realizado por uno de ellos implica un beneficio para el resto. Además, la entidad deudora, aunque no se encontrase en situación declarada de quiebra, se encontraba en una situación real de insolvencia y con su pago el cofiador que pagó pretendía evitar los perjuicios que un proceso judicial supondría tanto para la entidad demandada como para los cofiadores. (M. V. V.)

49. Culpa extracontractual: lesiones en accidente de trabajo: concepto de doctrina jurisprudencial civil.—La jurisprudencia en el orden jurisdiccional civil sólo está constituida por la que emana de la Sala 1.ª del TS a los efectos del recurso de casación ante la misma (SSTS de 1 de febrero de 1958, 20 de enero de 1962 y 4 de febrero de 1975), y la trayectoria por ella marcada ha de ser mantenida en aras de la certidumbre y seguridad de las relaciones jurídicas, en tanto no se demuestre de modo indubitable la antinomia de ella con el verdadero contenido de la ley (SSTS de 22 de julio de 1944, 29 de marzo de 1955, 1 de febrero de 1958 y 24 de mayo de 1979).

Compatibilidad entre la indemnización civil y la laboral.—Es doctrina reiterada que la demanda por la que se acciona con base en los artículos 1902 y 1903 CC es perfectamente compatible con aquella por la que se exija responsabilidad en base a la relación de trabajo (SSTS de 8 de octubre de 1984, 4 de junio de 1993, 5 de diciembre de 1995, 27 de febrero y 19 de diciembre de 1996, 21 de marzo de 1997 y 18 de febrero de 1998), lo que conduce a mantener la competencia de la jurisdicción civil.

Concurrencia de los requisitos de la responsabilidad civil: responsabilidad por riesgo.—Se establece como probada la relación de causalidad entre la conducta del demandado y el daño recibido por el demandante asumiendo aquellas circunstancias que se le imponían, de la más absoluta carencia en orden a su indemnidad, para llevar a cabo un cometido que supone un desentendimiento de resultados muy previsibles; se mantuvo de forma evidente un riesgo que pudo ser fácilmente evitable, y, al no serlo, atrae la correspondiente obligación reparatoria a cargo de su creador.

Prescripción: dies a quo.—La jurisprudencia ha determinado que en los supuestos de lesiones, el plazo de prescripción de un año ha de contarse, cuando quedan secuelas, no desde la fecha de la sanidad, sino desde el alta definitiva, pues en este momento es cuando el perjudicado alcanzó perfecto

conocimiento del quebranto sufrido en su salud y sus consecuencias. (STS de 22 de junio de 2001; no ha lugar.) (G. G. C.)

50. Culpa extracontractual: compatibilidad de la indemnización civil y laboral: competencia de la jurisdicción civil.—Después de algunas divergencias jurisprudenciales se ha reafirmado la competencia del orden jurisdiccional civil siempre que, como en este caso, la demanda no se funde en el incumplimiento de las obligaciones del empresario derivadas del contrato de trabajo, sino en la culpa extracontractual del artículo 1902 CC, pudiendo citarse al respecto las SSTs de 1 de febrero, 10 de abril, 13 de julio, 13 de octubre y 18 y 30 de noviembre de 1998, y 7 de julio de 2000.

Omisiones en las medidas de seguridad.—El accidente se produjo cuando el lesionado se hallaba subido en un andamio y procedía a colocar unas planchas de acero que se izaban por medio de un aparejo de poleas, en la bodega de carga de un buque, sufriendo una caída de altura superior a dos metros, cayendo al suelo de la bodega, sufriendo lesiones que han originado invalidez permanente. El Centro de Seguridad e Higiene de la Xunta de Galicia informa que las barandillas del andamio carecían de abrazaderas; no se demostró que aquél resistiera una fuerza de ciento cincuenta kilogramos, y el obrero no estaba protegido por el cinturón de seguridad.

Pluralidad de responsables: contratista principal y subcontratistas.—Probada la relación de causalidad entre la acción y el resultado dañoso, a consecuencia de la falta de medidas de seguridad, procede la imputación de la conducta negligente a diversos responsables. Al Jefe del Equipo, con mando directo sobre el actor, pues le incumbía verificar previamente, al comienzo de los trabajos ordenados, que se cumplían todas las medidas de seguridad y debía facilitar al actor, cuando menos, el cinturón de seguridad, no habiendo comunicado a la empresa las dificultosas circunstancias en que se tenía que desarrollar el trabajo, organizando el izado de las piezas con una grúa móvil. La misma responsabilidad recae en la empresa de montajes, encargada de la instalación de los andamios en el interior de las bodegas del barco, que debían ser fijos y resistentes, respondiendo por ausencia de las prevenciones generales exigibles para la evitación de accidentes. Igualmente la empresa que no alertó, ni previno a sus vigilantes y empleados sobre la situación de inseguridad de los andamios, ni reformó, en consecuencia, las medidas de seguridad. Finalmente, *ASTANO, S. A.*, como contratista principal de la obra a realizar en el buque, conforme al artículo 1903 CC, dado que desde una perspectiva económica y funcional, las diversas subcontratas no rompían el vínculo de dependencia con la misma, como última responsable de la ejecución de la obra. Las compañías aseguradoras responden por sus asegurados dentro de los límites cuantitativos establecidos en sus pólizas.

Cuantía de la indemnización por incapacidad permanente.—Resulta razonable la suma de veinticinco millones de pesetas de indemnización, tomando en consideración la gravedad de las secuelas de la lesión y la edad de la víctima. No ha lugar a la condena del veinte por cien a las compañías aseguradoras en atención a que no hubo previo intento, en forma, de la liquidación del siniestro conforme al artículo 38 LCS. (STS de 26 de junio de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Recientemente la STS de 11 de febrero de 2000, aplica la misma doctrina en un caso de pérdida de la visión ocular, invo-

cándose la culpa extracontractual y rechazándose que el accidente se produjera exclusivamente por inobservancia de las medidas de seguridad en el trabajo (en *ADC*, 2001, p. 1297). También la STS de 10 de abril de 1999, relativa a un accidente en el interior de una mina, declarándose la competencia de la jurisdicción civil (*ADC*, 2001, p. 470 s.) (*G. G. C.*)

51. Culpa extracontractual: daños a invitados en festejo taurino organizado por Delegación del Gobierno y Ayuntamiento: derecho transitorio: competencia jurisdicción civil.—No es lo uniforme que debiera la doctrina de esta Sala acerca de la competencia de la jurisdicción civil *versus* la contencioso-administrativa, en los temas de reclamación por daños causados por la Administración, pero sí es clara la enunciación de dos principios; en primer lugar, las normas base son los artículos 1902 y 1903 CC, además de la básica norma constitucional y de las normas administrativas, por lo que el conocimiento de los hechos antes de la vigencia de las actuales leyes de procedimiento administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa, corresponde, en principio, a la jurisdicción civil; en el presente caso se trata de una fiesta privada, no un servicio público, con invitaciones a personas particulares, una de las cuales resulta lesionada, supuesto que se integra en el artículo 1902 CC; en segundo lugar, siempre se ha evitado el *peregrinaje de jurisdicciones* para mantener los derechos constitucionales de la tutela judicial efectiva y del derecho de proceso sin dilaciones indebidas; en el presente caso, un hecho sucedido hace más de diez años merece la respuesta judicial definitiva, sin una inoperancia que llegaría *ad absurdum*, una vuelta atrás en busca del mismo resultado.

Doctrina jurisprudencial sobre lesiones en festejos taurinos, con intervención pública.—Ha recaído reiterada jurisprudencia de esta Sala en casos de lesiones causadas por vaquillas o en festejos taurinos, en los que la parte demandada ha sido una o varias entidades públicas, sin que se haya apreciado la excepción de incompetencia de jurisdicción (así SSTS de 31 de diciembre de 1996, 13 de febrero y 3 de abril de 1997, 2 y 7 de diciembre de 1998, y 5 de diciembre de 2000). En estas sentencias se entra en el fondo y se estima total o parcialmente la demanda, o se desestima, según el caso concreto y las circunstancias que concurren, ya que si bien hay supuestos en que la víctima asumía voluntariamente el riesgo y el nexo causal recae en el mismo, otros casos hacen ver que que la entidad pública, por acción o por omisión, se hallaban en nexo causal con el resultado dañoso y era condenada a indemnizar. (STS de 14 de diciembre de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Supuesto singular del que no se encuentran precedentes en la jurisprudencia reciente, y que al haberse producido con anterioridad a la entrada en vigor de la normativa que establece la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa, se declara competencia de la ordinaria (Ponente: O'Callaghan Muñoz), siguiendo una doctrina reiterada y conocida de la Sala 1.ª. (*G. G. C.*)

52. Culpa extracontractual: instalación callejera de iluminación navideña: negligencia del Ayuntamiento en la conservación previa de la instalación eléctrica: muerte por derrumbamiento de la farola de alumbrado: competencia de la jurisdicción civil: derecho transitorio.—Antes de la reforma del artículo 9 de la LOPJ por la de igual rango de 13 de julio de

1998, la jurisprudencia de la Sala 1.^a ante las evidentes dificultades del panorama legislativo, ha venido perpetuando la procedencia de la jurisdicción civil para el conocimiento de los supuestos de responsabilidad patrimonial restringiendo el concepto de servicio público al ámbito de la actividad propiamente administrativa, distinguiendo la conducta extra-administrativa creadora de una situación de riesgo por omisión de cuidados, así ocurre en STS de 8 de junio de 1994, por avería de una tubería de suministro público de aguas, insistiendo en ser la causa del daño la falta de diligencia y vigilancia y no el servicio en su prestación. En el presente caso, sin perjuicio del ineludible permiso municipal para el establecimiento, a cargo de determinados comerciantes, del ornato eléctrico de calles con ocasión de la época navideña, la actividad que todo ello exigía y supuso, es completamente ajeno a cualquier idea que se tenga de servicio público y lo es, en concreto, a la de prestación del servicio de alumbrado viario ordinario, competencia del Ayuntamiento, porque no es en la consumación de esa prestación donde se origina y termina el luctuoso suceso.

Prescripción de la acción: interrupción.—La prescripción se interrumpe por la iniciación de diligencias penales, finalizadas por sentencia absolutoria definitiva, y, asimismo, mientras la acción está viva, por la interposición de reclamaciones previas en vía gubernativa.

Ruina de los báculos del alumbrado público: artículo 389 CC.—La producción del hecho dañoso se debe a falta de adecuado mantenimiento y reparación por parte del Ayuntamiento de los báculos que rematan sosteniendo las lámparas del alumbrado público; siendo totalmente inconveniente el sistema de su anclaje a tierra, apto para producir corrosión hasta el extremo de sustituir dicho sistema por una base de cemento en los que se han ido descubriendo el mal estado de los existentes no corregidos, el gran número de los retirados o rotos para reparar por los encargados de su mantenimiento, todo lo cual pone de relieve la falta de atención prestada por el Ayuntamiento que previene el artículo 1902 CC y, singularmente, de la desatención a lo que impone el artículo 389 CC, por cuanto la realidad del daño producido era previsible.

Concurrencia de culpa de la víctima: inexistencia.—No hay conducta culposa en la víctima que comienza a trabajar antes de que se notificara el acuerdo municipal aprobando la iluminación, pues dicho acuerdo estaba ya tomado; y tampoco en el contenido de la condición cuarta del mismo, en el sentido de que no se utilizaran los báculos mencionados, pues del mero hecho de apoyar una escalera y ascender por ella el obrero, no cabía esperar el derrumbamiento de la farola y su soporte.

Cuantía indemnizatoria.—La suma solicitada de treinta millones de pesetas resulta adecuada teniendo en cuenta la edad de la víctima, veintinueve años, su alta como autónomo en la Seguridad Social, su matrimonio que la muerte trunca, y la existencia de dos hijos de corta edad; a lo que debe añadirse el abono de intereses legales desde la fecha de esta sentencia, hasta su total pago, sin perjuicio de los intereses procesales del artículo 921 LEC. (STS de 26 de julio de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Pte.: Vázquez Sandes), ya que, por ser coincidentes en instancia las sentencias que declaran la incompetencia de la jurisdicción civil en beneficio de la contencioso-administrativa, la sentencia de la Sala 1.^a tenía que aducir argumentos muy convincentes. Se trataba de la instalación de iluminación

navideña costeada por determinados comerciantes de la zona, y autorizada por el Ayuntamiento según años anteriores. Está probado que se aprovechan los soportes del alumbrado público para instalar aquella. Ahora bien, aunque el alumbrado público es un servicio municipal, no parece serlo la referida instalación de la iluminación navideña, por más que necesite autorización del Ayuntamiento. En razón a la fecha del accidente que ocasionó la muerte del operario, se recuerda la doctrina sostenida mayoritariamente por la Sala 1.^a a favor de la jurisdicción civil, con carácter transitorio y para evitar el «peregrinaje de jurisdicciones». Resulta justificado, al menos por razones equitativas, el fallo si se tiene en cuenta que la viuda e hijos podrán percibir la indemnización al cabo de once años de ocurrir los hechos. Por otra parte, aparece, cuando menos curiosa, la invocación del artículo 389 CC en contra del Ayuntamiento, supuesto que la doctrina no toma habitualmente en consideración (cfr. Pantaleón, *Comentarios del Ministerio de Justicia*, I, p. 1063 ss.) aunque, a mi juicio, no resulta excluido de su tenor. Prácticamente, cierto número de los soportes o báculos de las farolas se encontraban en inminente estado de ruina, y resulta patente la negligencia del Ayuntamiento que se limitaba a retirar los que se caían por sí solos, pero sin acometer una revisión a fondo de su estado como aconsejaba, probablemente, la vetustez de su instalación. (G. G. C.)

53. Culpa extracontractual: doctrina general sobre los requisitos del artículo 1902 CC: desplazamiento del requisito de la culpabilidad a la relación de causalidad.—Los tres presupuestos de la responsabilidad extracontractual son: 1.º) la acción u omisión, voluntaria y libre, y, en tanto productora de un daño, antijurídica en cuanto atenta al principio de *alterum non laedere*; 2.º) el daño, objeto de la obligación de reparar; y 3.º) el nexo causal entre aquella acción y este daño, que se rompe cuando se produce, y se prueba, una acción del tercero o del propio perjudicado, o caso fortuito o fuerza mayor. El tan discutido elemento de la culpabilidad existe en el texto del artículo 1902 CC y en la realidad, pero lo que ha ido evolucionando es su prueba y se tiende a estimarla inmersa en la acción u omisión, en el sentido de que si ésta, con nexo causal, produce un daño, necesariamente la culpa se halla en la acción u omisión pues, a no ser que medie dolo, no se habría producido daño de no haber culpa; es decir, se da un desplazamiento de la culpa al nexo causal.

Lesión en la mano de niña de dos años que usa escalera mecánica de supermercado acompañada de su madre.—La relación de causalidad debe probarse siempre, y cuando la S declara que no se ha determinado «certera-mente cómo aconteció el siniestro», no cabe imputar la responsabilidad a quien se ignora sea el causante del daño; al estar acompañada la menor por su madre se hacía necesario extremar por ésta la precaución a la hora de utilizar un medio mecánico que entraña un riesgo.

Prueba del nexo causal: inexistencia de culpabilidad.—La sentencia de la Audiencia Provincial infringe el artículo 1902 CC porque no hay nexo causal entre el propietario del local, *El Corte Inglés S. A.*, en que ejerce su actividad comercial y tiene, entre otros muchos elementos mecánicos, eléctricos y de toda índole, las escaleras mecánicas, y el daño sufrido por una niña de dos años de edad que iba acompañada y bajo el control de, por lo menos, su madre; tampoco puede darse culpabilidad si falta la relación de causalidad

entre la actividad de una persona, en este caso persona jurídica, y el daño sufrido por otra, en este caso persona física de dos años de edad. (STS de 29 de junio de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—La doctrina de esta sentencia sigue la orientación de una reciente jurisprudencia que puede resumirse en el sentido de que el daño producido por escaleras mecánicas de uso público, cuyo funcionamiento no ha registrado anomalía alguna, no engendra responsabilidad extracontractual para el propietario o empresa que se beneficia de su funcionamiento. Me parece una doctrina jurisprudencial poco favorable para el gran número de usuarios de tales artilugios mecánicos, que parece frustrar la evolución de la responsabilidad por riesgo tan reiterada entre nosotros. De consolidarse definitivamente dicha interpretación jurisprudencial, ello obligará probablemente a una intervención administrativa enérgica, reglamentando el posible uso de los mismos por aquella parte de la población especialmente vulnerable por sus circunstancias personales (menores de edad, ancianos, impedidos etc.).

Los hechos probados encabezan el FD1.º: «la niña de dos años, Bárbara, iba con su madre y con su tía y al utilizar una escalera mecánica, que carecía de todo defecto de funcionamiento o fallo mecánico, quedó atrapada su mano, sin que se haya podido determinar certeramente cómo acaeció realmente el hecho, y sufrió un traumatismo que hizo necesaria una intervención quirúrgica, cicatrizando las heridas con normalidad, sin ninguna secuela física o psíquica». Lesión que puede calificarse de leve, lo que inicialmente obliga a estimar como desmesurada la petición de diez millones de indemnización; más razonable parece la condena a medio millón de pesetas por la Audiencia Provincial, al revocar la sentencia absolutoria del Juzgado de Primera Instancia, ahora dejada sin efecto por la extractada.

Sin embargo, la argumentación del TS no convence. Una cosa es decir que no se ha determinado la causa última del accidente (imprudencia de la propia niña, intervención de otros usuarios, fallo inesperado del mecanismo), y otra afirmar que se ignora quien sea el causante del daño; éste se produce con ocasión de utilizar un mecanismo que utiliza en su beneficio *El Corte Inglés* y que pone a disposición de sus clientes; en consecuencia, el nexo causal material parece probado. Lo menos que parecería exigible en el caso, es aplicar la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, lo que obligaría a aquella empresa a efectuar la prueba cumplida de haber adoptado todas las precauciones exigidas por la naturaleza del hecho, lo que no parece haber ocurrido. Casos similares son los resueltos por STS de 5 de marzo de 2000, con ocasión de la muerte de una mujer de edad avanzada al utilizar una escalera metálica en la estación de Santa Justa de Sevilla (anotada por mí en *ADC*, 2001, p. 1502 s.), y STS de 6 de abril de 2000, al resultar lesionada una viajera en la estación del suburbano de Barcelona en el momento de cerrarse automáticamente la puerta de acceso al tren, precedido por señales acústicas (anotada por mí en *ADC*, 2001 p. 1301 s.), sentencias de las que me he ocupado con mayor atención en *Mujer, responsabilidad civil y accidente*, en la rev. *Aequalitas*, (Zaragoza) núm. 7, mayo-agosto, 2001, p. 38 ss.

Si la exoneración de responsabilidad va a generalizarse en supuestos análogos, parecería razonable imponer a tales empresas o establecimientos, el deber de informar cumplidamente de los riesgos inherentes para ciertos usuarios e, incluso, impedir con medidas eficaces dicha utilización. De otra forma la supuesta protección de los consumidores, que utilizan masivamente tales escaleras mecánicas, puede resultar ilusoria. (G. G. C.)

54. Culpa extracontractual: muerte de niña de ocho años aprisionada en puerta mecánica de acceso al garaje: responsabilidad por riesgo: doctrina general: exoneración de la comunidad de propietarios.—El mero funcionamiento de un aparato mecánico por parte de su propietario no es suficiente para aplicar la teoría del riesgo objetivo, pues para ello se precisa la concurrencia ineludible de los cuatro presupuestos aquilianos de acción, culpa, daño y nexo causal, inexistentes en el caso de autos. La doctrina de la responsabilidad por riesgo debe modalizarse en función del destino del objeto que lo produjo, lo que, en el presente caso, excluye la responsabilidad de la comunidad de propietarios por su normal funcionamiento en relación con su finalidad. Además no se ha vulnerado ninguna de las medidas de seguridad en el funcionamiento de la puerta del garaje.

Responsabilidad objetiva.—Si bien la responsabilidad por riesgo no cabe descartarla en la aplicación del artículo 1902 CC, sí ha de negarse su presencia cuando se aspira a identificarla con la responsabilidad objetiva, inspirada en el principio *quien daña paga*, y que debe excluirse de dicho precepto, aunque pueda encontrar acomodo en otras leyes especiales. La responsabilidad por riesgo puede darse en una actividad económica, tendente a una actividad de agiotaje o especulación, con el aparato correspondiente de medios técnicos, humanos y sociales, provocador de un riesgo que, si se consume, debe reducir el lucro pretendido con la consiguiente responsabilidad, salvo cuando el damnificado sea el causante exclusivo del daño. Ahora bien, en el presente caso, el mecanismo puesto en uso por la comunidad de propietarios es la existencia de una puerta de acceso al garaje para satisfacer las necesidades de sus usuarios, y no es posible apreciar tal responsabilidad por riesgo, pues queda acreditado: la necesidad de la puerta de entrada al garaje es consecuencia de la necesidad de aparcamiento de vehículos; la instalación cumple las normas técnicas existentes; el aparato se usa habitualmente por los usuarios del garaje. (STS de 5 de julio de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—La cuidada sentencia (Pte.: Martínez-Calcerrada y Gómez) ha puntualizado los hechos: el 8 de febrero de 1991, sobre las ocho de la tarde, ya de noche, la niña Elena, hija de los actores, de ocho años de edad y sin vigilancia alguna, fue objeto de apresamiento por la hoja de una puerta metálica de garaje, propiedad de la comunidad demandada, de funcionamiento mecánico y automático, accionado eléctricamente; el apresamiento producido en el cuello determinó la asfixia de la víctima hasta un grado casi total, falleciendo tres días más tarde. La puerta mecánica del garaje está instalada dentro del edificio y tras la acera de cinco metros de anchura, y es la entrada para vehículos y personas del garaje, con capacidad para doscientos veintitrés vehículos. El funcionamiento mecánico de la puerta estaba dotado con las medidas de seguridad adecuadas, tanto para el paso de vehículos como el de peatones, con una puerta

convencional existente. La puerta del garaje se destina sólo al paso de vehículos, pues para los peatones hay otra puerta pequeña; la velocidad de bajada de la persiana es lenta (doce centímetros por segundo) y permite a cualquier persona alejarse de la vertical; el motor dispone de un termostato que hace que éste se desconecte en caso de que algún obstáculo impida su deslizamiento; tiene también unos bulones que permiten liberar la puerta y accionarla con facilidad, lo que funcionaba adecuadamente en el momento del accidente. Se ignora exactamente en qué circunstancias se produjo el hecho, pero se desprende de manera razonable que encontrándose la niña en el lugar por el motivo que fuera, bien jugando o resbalando, al estar tumbada en el suelo quedó aprisionada cuando dicha puerta descendía tras haber sido usada por uno de los vehículos de la comunidad; de haber quedado aprisionada en otra parte del cuerpo hubiese sufrido lesiones pero no la muerte, mientras que el accidente se produjo estando la niña tumbada justo en la vertical de la caída, lo que explica las graves lesiones producidas en el cuello.

La demanda se interpone, no contra el presidente de la comunidad, sino personalmente contra el elevado número de propietarios de plazas de garaje, algunos de los cuales fueron declarados en rebeldía. Ambas sentencias de instancia son desestimatorias, con la única diferencia de que en apelación no se impusieron las costas de la sentencia de primera instancia. El recurso de casación es también desestimado.

Es de aprobar la doctrina invocada para desestimar el recurso basado en los principios de la responsabilidad por riesgo. En sí misma, la instalación de una puerta metálica, accionada eléctricamente representa un riesgo efectivo para los propietarios que lo han asumido, sin que se produzca un lucro en beneficio de ninguno de ellos. Pero dadas las precauciones que se han adoptado, el riesgo es mínimo para terceros. No hay, por tanto, en relación con el accidente sufrido por la niña, responsabilidad por riesgo, sino exclusivamente por culpa, que no se ha intentado siquiera probar en el proceso. A mi juicio el supuesto difiere esencialmente del caso resuelto por la STS de 29 de junio de 2001 (extractada en este fascículo del ADC). (G. G. C.)

55. Culpa extracontractual: lesiones en accidente de trabajo: pérdida de antebrazo por operadora que manipula tomate en máquina clasificadora: responsabilidad de arrendadora de la máquina.—La empresa arrendadora de las instalaciones y su maquinaria queda al margen de la responsabilidad en que puede incurrir la arrendataria por cualquier accidente derivado del uso posterior de la máquina arrendada; la Inspección de Trabajo aprecia falta de medidas de seguridad al no estar debidamente protegido el eje horizontal de la máquina; la arrendataria estuvo disfrutando del *goce pacífico* de la máquina arrendada sin avisar a la arrendadora de la urgencia de reparación alguna, dado que una elemental diligencia de la receptora comprobaría su corrección, o falta de corrección, lo que no hizo. (STS de 14 de junio de 2001; ha lugar.)

NOTA.—En primera instancia se estima la excepción de prescripción de la acción y se absuelve tanto a la empresa por cuya

cuenta trabajaba la operaria lesionada, como a la arrendadora de la maquinaria cuyo funcionamiento defectuoso originó el accidente. La Audiencia Provincial rechaza la excepción de prescripción y, estimando parcialmente la demanda, condena tanto a la empresa arrendadora de la maquinaria como a la empresa arrendataria, reduciendo la indemnización solicitada de quince a ocho millones de pesetas. El TS estima el recurso interpuesto por la arrendadora, absolviéndola del pago de la indemnización (Pte.: Martínez Calce-rada). Hay un Voto particular del Magistrado Sr. Corbal Fernández, disintiendo de la absolución de la empresa propietaria de la máquina, pues frente a la ruptura del nexo causal por causa del arriendo, se sostiene que el defecto de la máquina existía ya en el momento de la entrega de la cosa, y la negligencia de la empresa arrendataria no elimina la responsabilidad de la arrendadora al incumplir el contrato de arrendamiento de la máquina. En mi opinión, parece indudable que la operaria lesionada carece de toda vinculación contractual con aquélla; pero en este caso el hecho determinante del daño es complejo, pues, de una parte, se trata del incumplimiento de la obligación de seguridad por parte de la empresa arrendataria, y, por otra, concurre en la producción del resultado dañoso la negligencia de la arrendadora al entregar una cosa no apta para el destino de la máquina, sin que la conducta omisiva de la primera, al no denunciar los vicios de la cosa arrendada, pueda perjudicar a la lesionada. Por ello, veo con simpatía las razones alegadas en el voto particular, pues no se trata de pluralidad de empresas que han contratado, o subcontratado, con la operaria lesionada, sino de pluralidad de responsabilidades concurrentes sobre un mismo objeto. Al menos, cabría declarar una responsabilidad civil subsidiaria de la empresa vendedora. (G. G. C.)

56. Culpa extracontractual: muerte de tractorista en paso a nivel: conducta diligente del conductor del tren: evolución jurisprudencial.—En la doctrina jurisprudencial no se ha perdido nunca el matiz subjetivista de la culpa, a pesar de que por algún sector de la doctrina científica se ha querido llegar a desprenderse del mismo, e imponer la responsabilidad por riesgo, con carácter objetivo; lo sancionado por la doctrina jurisprudencial es la inversión de la carga de la prueba, correspondiendo al demandado acreditar que ha obrado con el cuidado debido, meta que se ha alcanzado en este caso respecto al maquinista, porque su comportamiento en la conducción de la máquina ferroviaria la ha conformado a las normas de prudencia exigidas por las circunstancias del caso, consistente no solamente en no rebasar el límite de velocidad en ese tramo de vía, y hacer sonar la señal acústica para advertir de su presencia a los usuarios del camino que cruza la vía, sino que lo hizo repetidas veces, siguiendo no obstante su marcha al observar que el conductor del tractor disminuía la velocidad de su vehículo, y que manifestaba su intención de pararse, pero al final al no respetar aquél la señal de *stop*, cuando se encontraba aproximadamente a ciento cincuenta metros del paso a nivel, el maquinista accionó los frenos de emergencia sin que pudiera evitar el arrollamiento, por lo que es claro que, respecto al maquinista, el hecho que determinó el accidente fue la conducta antirreglamentaria de la propia víctima.

Responsabilidad de RENFE por hecho propio: concurrencia de culpas.—La responsabilidad de RENFE ha sido apreciada en la sentencia recurrida, no en base a la responsabilidad por hecho ajeno, inexistente en este caso, sino a las actuaciones u omisiones de la propia entidad ferroviaria, a la que alcanza la responsabilidad por la deficiente señalización del punto peligroso que representa un paso a nivel sin barreras; responsabilidad que es compartida con la actuación culposa de la víctima.

Daños morales: falta de legitimación de la mujer en trámite judicial de separación al tiempo de ocurrir el accidente.—Al reclamarse únicamente los daños morales no pueden otorgarse cuando los cónyuges, no sólo estaban separados de hecho, sino habían ya iniciado el trámite de separación judicial. (STS de 14 de junio de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Considero adecuada la diferenciación que hace la sentencia entre la conducta del maquinista y la de RENFE en relación con el accidente ocurrido. Parece correcta la exoneración de responsabilidad de aquél cuando, según las circunstancias, ha hecho lo debido: avisar reiteradamente su presencia y circular por debajo de la velocidad máxima permitida en el tramo; el tractorista pudo creer que le daba tiempo a atravesar el paso a nivel y, acaso por ello, vaciló en su marcha, induciendo a error al maquinista, disminuyendo primero su marcha y luego acelerando para atravesar las vías. Todo ello ocurre en pocos segundos, y cuando el maquinista advierte la realidad, aunque frena, no puede evitar el arrollamiento del tractor. Por el contrario, la conducta de RENFE es la habitual desde hace varios años: la de no suprimir los pasos a nivel sin guarda. ¿Cuándo se escucharán en la dirección de aquélla los lamentos de los familiares de las víctimas de accidentes ferroviarios? Los beneficios de tal supresión afectarían a todos; a los eventuales perjudicados, a la propia empresa que periódicamente ha de hacer frente a reiteradas reclamaciones judiciales, y a los usuarios, en general, del ferrocarril y de la carretera. Correcta también la denegación de indemnización por daño moral a la mujer de la víctima, separada de hecho y en trámites de juicio de separación. Un caso similar (aunque la víctima fue una mujer que cruzó a pie el paso a nivel) fue el contemplado por la STS de 25 de febrero de 2000, en la que se estimó agravada la responsabilidad de RENFE en razón a sus circunstancias, aunque también se declaró la concurrencia de culpas ¿Lamentos, hasta ahora, sin ecos? (G. G. C.)

57. Culpa extracontractual: daños por obras en finca colindante: doctrina general sobre daños continuados: *dies a quo* del plazo de prescripción.—La STS de 19 de enero de 1988 dice que «fuera de los daños instantáneos, la de aquéllos de cierta permanencia ha obligado a sentar criterios sobre el *dies a quo* en el plazo prescriptivo del artículo 1968 CC. Y así, por más recientes, ya la S de 12 de febrero de 1981 entendió que cuando los daños producidos son consecuencia de varios hechos continuados que iban ocasionando daños en inmuebles, el cómputo inicial del plazo prescriptivo ha de situarse en el último estadio del total resultado; y cuya doctrina ha sido ratificada por la posterior de 6 de mayo de 1985 y por la más reciente de 17 de marzo de 1986». La STS de 15 de marzo de 1983 reitera que «es también uniforme doctrina jurisprudencial la de que cuando se trata de los

daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuándo no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida (SSTS de 12 de diciembre de 1980, 12 de febrero de 1981, 19 de septiembre de 1986, y 25 de junio de 1960, entre otras), no resultando siempre fácil determinar en la práctica cuándo se produce o ha producido ese «definitivo resultado» que, en relación con el concepto de daños continuados, se nos ofrece como algo vivo, latente y concordante precisamente con la causa originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección (STS de 25 de junio de 1990)». En igual sentido se manifiesta, con cita de otras varias, la STS de 24 de mayo de 1993 según la cual «no puede olvidarse tampoco que es también consolidada doctrina de esta Sala la de que cuando se trata de los daños continuados o de producción sucesiva o ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas o hechos diferenciados la serie proseguida».

No hay daños continuados, sino agravamiento por falta de reparaciones.—Los daños cuya reparación se solicita consistieron en el deterioro de la estructura del edificio propio como consecuencia de las obras de demolición y excavación ejecutadas en el inmueble colindante, apareciendo en la casa de la actora inmediatamente después de iniciadas aquéllas, por lo que no puede hablarse de daños continuados en el sentido a que se refiere la doctrina jurisprudencial citada antes, que exigen que la causa originadora de los daños persista durante un mayor o menor lapso de tiempo, en su eficacia lesiva de los bienes ajenos. Ahora bien, el agravamiento de los daños por su falta de pronta reparación, habiendo cesado la causa productora de los mismos, no puede dar lugar a la aplicación de la citada doctrina, y al no entenderlo así, en relación con el artículo 1968, párrafo 2.º, CC, ha de acogerse el motivo; y aunque el recurso ha sido interpuesto por uno solo de los codemandados, tratándose de responsabilidad solidaria, la estimación de la excepción de prescripción beneficia a todos los codemandados condenados. (STS de 20 de julio de 2001; ha lugar.)

NOTA.—La distinción entre una causa actual productora de daños, que se prolongan estos últimos en el tiempo por inacción de la perjudicada, y, por otro lado, una causa continuada en el tiempo que sigue causando perjuicios que también se prolongan en el tiempo debido a esta última, es fácil de establecer doctrinalmente, pero no siempre fácil de determinar *in casu*. No hay suficientes datos fácticos en la sentencia del TS para inclinarse por calificar uno u otro supuesto, ni tampoco sobre el tiempo que, efectivamente, transcurre entre la producción de los daños y la presentación de la demanda. Sumariamente se habla del deterioro de la estructura del edificio como consecuencia de obras de demolición y excavación; no parece que las obras causantes se produzcan *uno ictu*, y, a su vez, que los daños producidos de una vez, ya no se reiteren. En mi opinión, mientras las obras no finalicen, no desaparecerá el temor de que vuelvan a reiterarse los daños en la finca colindante; sorprende también que no se levantara acta notarial de los daños una vez producidos así como de las obras causantes mientras se realizaban. Por lo demás, es interesante el extracto que se hace en la sentencia de la doctrina general sobre daños continuados (Pte.: González Poveda). (G. G. C.)

58. Culpa extracontractual: responsabilidad médica; culpa por defectuosa organización del hospital psiquiátrico: enferma con graves trastornos psiquiátricos que se autolesiona.—La asistencia a los enfermos mentales ha de contar con los riesgos y lesiones que estos enfermos pueden infligirse tanto a sí mismos, como a terceros. En la STS de 22 de abril de 1997 la condena del INSALUD se basa en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*. En el presente caso es demandada la Diputación Provincial de T. de la que depende el Centro Psiquiátrico demandado, y su responsabilidad es directa y solidaria como reitera la jurisprudencia (SSTS de 8 de febrero y 10 de marzo de 1989 y 6 de junio de 1997). Es directa como empresa por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas, y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos. En el presente caso, existió una manifiesta asistencia defectuosa porque se trataba de enferma con graves trastornos psiquiátricos, a los que añadía una agitación grave e importante de tipo psicomotriz que no cesó después de la inyección de tranquilizante ordenada por el doctor asistente a la paciente, ordenando a continuación la contención mecánica sin registrar si portaba algún objeto peligroso para la enferma o terceros, de modo que tal contención se realizó sin impedimento de que pudiera la asistida sacar un mechero de sus ropas e incendiarlas, y la cama en que quedó sujeta, habiéndola dejado sola, y apercibiéndose de lo acaecido por los gritos de la autoquemada que ha perdido cuatro dedos de la mano izquierda y sufrido grave abrasamiento palmar.

Aplicación del artículo 1903 CC.—En el presente caso la perjudicada demandó al personal sanitario y al centro hospitalario, absolviéndose en la instancia a los primeros; pero cabe también una demanda exclusiva del centro conforme a SSTS de 21 de julio y 25 de noviembre de 1997, con base en la conducta culposa de aquél. Por ello, manteniéndose la absolución de los sanitarios cabe mantener la condena del centro por actuación negligente, sin que se haya infringido el artículo 1903 CC. (STS de 21 de junio de 2001; no ha lugar.) (G. G. C.)

59. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: resultado desproporcionado.—Cuando el resultado producido en el ejercicio de la actuación médica es claramente desproporcionado a lo que comparativamente es usual en él, quien lo causa en tales términos debe probar que su actuación ha sido ajustada a la *lex artis* con el empleo de medios y conocimiento adecuado, y que dicho resultado ha sido debido a causa ajena e imprevisible e inevitable; es rechazable la simple alegación de ser «un accidente» el resultado de la operación médica, o debida «a la caída de la paciente» o, simplemente, que fue debida a fuerza mayor. (STS de 19 de julio de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Puede hablarse de una jurisprudencia ya consolidada de la Sala 1.^a sobre la responsabilidad médica por resultado desproporcionado. Cfr. mi anotación a STS de 21 de diciembre de 1999 (ADC, 2001, pp. 968 ss.); también SSTS de 9 de diciembre de 1999 y 11 de abril de 2000 (extractadas en ADC, 2001, pp. 967 s. y 1310). Asimismo, anotación de M.^a Begoña Ribera Blanes a STS de 29 de junio de 1999 (ADC, 2001, p. 969 ss.) (G. G. C.)

60. Responsabilidad extracontractual médica. Fundamentos del derecho del paciente a ser informado por el médico.—La iluminación y el esclarecimiento, a través de la información del médico, para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española, en la exaltación de la *dignidad* de la persona que se consagra en su artículo 10.1, pero sobre todo, en la *libertad*, de que se ocupa el artículo 1.1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias (STC 132/1989, de 18 de junio). Además, tiene su fundamento este derecho del paciente a ser informado por el médico en los Convenios Internacionales, como la *Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (principalmente en su Preámbulo y arts. 12, 18 a 20, 25, 28 y 29); como en el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950*, en sus artículos 3, 4, 5, 8 y 9; como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Nueva York de 16 de diciembre de 1966*, en sus artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10; y, más recientemente, por el *Convenio Internacional para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina, de 4 de abril de 1997*. Está regulado también por la *Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986*.

El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental.—Es una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo.

Obligación de informar al paciente: su prueba corresponde a los profesionales que practicaron los actos médicos.—Aunque en un principio la jurisprudencia del TS mantuvo que era al paciente a quien correspondía acreditar que no le fue interesado su consentimiento acerca de los actos médicos realizados, tal doctrina ha sido abandonada y la jurisprudencia mantiene ahora paladinamente que la prueba de la obligación de informar corresponde a los profesionales que practicaron los actos médicos, por ser quienes se hallan en situación más favorable para conseguirla (SSTS de 16 de octubre y 28 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999 y 7 de marzo de 2000).

La poca frecuencia de una complicación, derivada de una actuación médica, no exime al profesional de la medicina del deber de informar de los riesgos y peligros de dicha actuación.—Poco importa la frecuencia de una complicación a efectos de la información al paciente y el tanto por ciento y las estadísticas al respecto, ya que si la posible complicación es perfectamente conocida debe manifestársele al paciente. (STS de 12 de enero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La pretensión de la actora consistió en solicitar una indemnización de daños y perjuicios (de treinta millones novecientas veintiocho mil cuatrocientas cinco pesetas) del cirujano que la intervino, en base a una negligente actuación de éste consistente en falta de información adecuada a la enferma y defectuosa actuación del demandado en su cometido operatorio. Quedó demostrado que

el daño causado a la enferma no fue consecuencia de una mala práctica o fallo, sino que lo fue por una complicación inherente a toda intervención de ese tipo. El Juzgado desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia estimando parcialmente el recurso de la actora, condenó al demandado a pagar la suma de siete millones de pesetas más el interés legal de dicha suma desde la fecha de la sentencia, por no informar al paciente de la posible complicación consustancial a la clase de intervención realizada. Esta sentencia fue recurrida sólo por el cirujano demandado y el TS no dio lugar al recurso de casación. (*I. D.-L.*)

61. Responsabilidad médica: prestación sanitaria defectuosa: responsabilidad contractual directa de la entidad aseguradora.—Se ejercita una acción contractual por los resultados dañosos derivados de la deficiente prestación sanitaria de la entidad demandada en cumplimiento del contrato de seguro de asistencia que liga a las partes, debido a la defectuosa prestación del servicio por personal y en un centro pertenecientes al cuadro médico de la demandada, siendo indiferente que la relación de los médicos sea laboral, o no lo sea, y de si hay mayor o menor grado de dependencia entre los médicos y los centros que figuran en el cuadro, encuadrándose la responsabilidad directa de la compañía en los artículos 25 y 28 de la LGDCU de 1984.

Secuelas médicas.—Las secuelas irreversibles que sufre el recurrente en brazo y mano derecha son debidas al tratamiento quirúrgico y hospitalario en general, al que fue sometido, a causa de una inicial fractura que generó diversas intervenciones a cargo de diferentes médicos; la lesión del nervio radial, producida en una de las operaciones, como consecuencia de un indebido pinzamiento, determinaron aquellas secuelas que no se hubieran producido con un tratamiento prestado en su momento y con adopción de los medios adecuados.

Aplicación de la LGDCU: artículos 1 y 28.—Según la STS de 1 de julio de 1997, al caso resulta aplicable los artículos 1 y 28 de la Ley de 1984 que incluye expresamente a los servicios sanitarios, sin que se haya demostrado la culpa exclusiva de la víctima, ni la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor exoneratorias.

Responsabilidad por los dependientes.—La conexión de los preceptos mencionados con el artículo 1903 CC resulta evidente pues cuando la deficiencia de los servicios que se compromete a prestar la entidad aseguradora privada, se producen dentro del círculo de los médicos, personal sanitario, centros y medios concertados o contratados por aquélla a efectos de la realización de dichos servicios sanitarios, la ley presume una relación de dependencia, aunque no se formule como dependencia laboral, bastando con la dependencia económica y funcional que subyace bajo los contratos individuales celebrados con aquéllos, para que se produzcan los supuestos normativos de la responsabilidad directa y objetiva, que no excluye, a efectos internos, que la entidad aseguradora pueda reclamar al causante de los daños. (**STS de 19 de junio de 2001**; no ha lugar.)

NOTA.—Cabe mencionar reciente jurisprudencia en una dirección paralela: así STS de 29 de junio de 1999 (*ADC*, 2001, pp. 969 ss., anotada por M.^a Begoña Ribera Blanes); STS de 24 de septiembre de 1999, en un caso de implantación de un DIU; STS de 5 de octubre de 1999, en un contagio de hepatitis C (*ADC* 2001, p. 977, anotada por Díaz de Lezcano); STS de 22 de noviembre de 1999 (*ADC*, 2001, pp. 974 ss., anotada por Díaz de Lezcano). (*G. G. C.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

62. Acción reivindicatoria y acción declarativa de dominio. Concepto de la segunda.—Es la que tiene por objeto simplemente la declaración del derecho de propiedad, como acción meramente declarativa, que carece del requisito de ser poseedor el demandado y del efecto de condenar a éste al reintegro de la cosa objeto de la acción (SSTS de 14 de marzo de 1989, de 21 de mayo de 1990 y de 10 de julio de 1992, entre otras).

Prohibiciones de disponer voluntarias: efectos.—La prohibición de disponer, como limitación al derecho de propiedad en su facultad de disposición, tan sólo cabe ser impuesta convencionalmente en acto a título gratuito; si se establece en acto a título oneroso no tendrá otro carácter que el obligacional, sin constituir una limitación al derecho de propiedad que prive a su titular del poder de disposición (STS de 26 de julio de 1993).

Valor de la firma en un documento.—La firma es la expresión externa y escrita de la asunción del contenido de un documento. Ante un negocio jurídico bilateral plasmado en un documento, la falta de firma de una de las partes implica su no aceptación y, por consiguiente, la no perfección de dicho negocio jurídico. (STS de 17 de enero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Mediante un contrato de 7 de agosto de 1976 doña Ramona V. F. entrega a sus hijos una serie de fincas para que las disfruten, con las obligaciones, por parte de éstos, de alimentarla, cuidarla y pagarle una renta en especie. El documento no fue firmado por la madre «por si los hijos incumplían con sus obligaciones». Posteriormente, los hijos incumplieron y doña Ramona V. F. plantea una acción declarativa de dominio y el reintegro de las fincas en base a la resolución del artículo 1124 CC. El Juzgado estimó la demanda y consideró el contrato, de 7 de agosto de 1976, «de vitalicio». La Audiencia confirma la sentencia de primera instancia, pero estima que la actora no transmitió la propiedad de las fincas, únicamente, celebró un contrato de partición *inter vivos*. La viuda de uno de los hijos (también codemandada) recurre en casación y el TS casa la sentencia y la anula sólo en cuanto a las costas de primera instancia que le habían sido impuestas a la recurrente en casación; no obstante, en sus fundamentos de derecho, precisa esta sentencia: *a)* que lo que se interpuso fue una acción reivindicatoria, no declarativa de dominio ya que se pide el reintegro de la posesión de las fincas, y *b)* que el contrato celebrado por los litigantes es innominado por declaraciones tácitas y no tiene validez el documento privado de 7 de agosto de 1976 al no ser firmado por una de las partes. (*I. D.—L.*)

63. Adquisición de los títulos nobiliarios por prescripción adquisitiva extraordinaria.—En relación con este tema se ha producido una evolución en favor de la seguridad jurídica; en efecto, así como en el sistema tradicional castellano los títulos nobiliarios eran imprescriptibles, actualmente es posible la prescripción adquisitiva extraordinaria o inmemorial de los títulos nobiliarios siempre que se cumplan dos requisitos: la posesión y el tiempo. En relación con la primera ésta debe reunir las cualidades de continua, no interrumpida, pacífica, pública y no equívoca; por lo que se refiere al tiempo, el disfrute del título debe haber alcanzado los cuarenta años, ya sea por el actual

poseedor, ya sea por la unión de la posesión de este último con los que le han precedido en su misma línea.

No constituye requisito de la prescripción adquisitiva extraordinaria de títulos nobiliarios, el pertenecer a las líneas sucesorias del último titular o del originario.

Imposición de las costas en los juicios de mayor cuantía de títulos de nobleza.—En este tipo de juicio la imposición de costas no se rige por el principio de temeridad, sino que se aplica el principio general de vencimiento. (STS de 11 de junio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—S. D. C. interpone demanda contra J. L. U. S., actual poseedor del título nobiliario de Castilla de Marqués de San Román de Ayala, solicitando la declaración del mejor y preferente derecho genealógico del actor para usar y disfrutar de dicho título. Éste fue concedido por S. M. el Rey Carlos II a D. R. con el nombre de Marqués de San Jorge por Cédula de 25 de junio de 1691.

Por cédula de 21 de agosto de 1797 de S. M. el Rey Carlos IV, dicha denominación fue sustituida por la de Marqués de San Román siendo concedido el goce y sucesión del título a M. G. M. B., última poseedora del título antes de que fuera rehabilitado por el padre del demandado, en virtud de Real Decreto de 12 de junio de 1916.

J. L. U. S. entró en posesión del título en virtud de Carta de Sucesión otorgada por Orden de fecha de 28 de marzo de 1950.

Tanto en primera instancia como en apelación se desestima la demanda; el recurrente en casación alega falsedad en la cita de la genealogía colateral consanguínea del instante de la rehabilitación del título. (B. F. G.)

64. Acción reivindicatoria. Identificación de la finca. No la impide la falta de exactitud sobre su cabida.—Como es sabido, por una constante y pacífica jurisprudencia del TS, al interpretar el artículo 348 CC, la mayor o menor cabida de un inmueble no empece a su identidad, ya que tal medida es un dato secundario, si hay una perfecta identificación de la finca y de sus linderos.

Principio de legitimación registral. Presunción de veracidad o concordancia del artículo 38 LH. Naturaleza de presunción *iuris tantum*.—Las presunciones que establece el artículo 38 LH tienen un carácter *iuris tantum* y, por ello, la falta de prueba de la realidad de dichas presunciones no puede eludirse mediante la aplicación del artículo 35 LH.

Inmatriculación de finca a favor de la Iglesia Católica. Eficacia de la fe pública registral. Necesidad de que transcurran los dos años previstos en el artículo 207 LH.—Los inmatriculantes no quedan protegidos ni antes ni después de los dos años desde la fecha del asiento de presentación. Lo que quiere decir el artículo 207 LH es que el adquirente del inmatriculante, al amparo del artículo 205 LH, no queda protegido hasta transcurridos dos años de la inscripción primaria, pues, así cabe hacerlo de acuerdo con la doctrina científica y por interpretación sistemática del ordenamiento jurídico; y ello por la razón de que la fe pública registral (art. 34 LH), para poder operar, exige adquirir, en forma onerosa, del titular inscrito con facultades para transmitir el dominio o derecho real de que se trate, y es de lógica in cuestionable que no puede atribuirse mejor condición a los títulos intabulados con el procedimiento excepcional del artículo 205 LH que a los que lo fueron por pro-

cedimientos ordinarios, pues como dice la doctrina científica, el artículo 207 LH es un resorte cautelar que emplea la Ley por la desconfianza que entraña aquel procedimiento excepcional, y prueba de ello es que el lapso carencial establecido en el precepto sólo atañe a los regulados por los artículos 205 y 206 del mismo texto, y como quiera que los demandados son los inmatriculantes, no pueden verse protegidos por el principio de fe pública registral (cfr. STS de 21 de enero de 1992).

Montes vecinales en mano común. Su carácter inalienable e imprescriptible impide la protección que dispensa la fe pública registral.—Conforme al artículo 2.º de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de montes vecinales, y al mismo artículo de la Ley gallega 13/1989, de 10 de octubre, los montes vecinales en mano común son indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables. Consecuencia de lo anterior es que no puede aplicarse la protección del artículo 34 LH, al existir una prohibición legal para enajenar, que determinaría la nulidad radical absoluta de cualquier venta, por ilicitud del acto, que no puede quedar convalidada por la inscripción, ni por posteriores transmisiones. (STS de 15 de enero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Por los demandantes, vecinos de la Parroquia de Larín (La Coruña), se solicitó la declaración de que el monte de San Roque pertenecía como monte vecinal en mano común, a todos los vecinos de dicha parroquia; así como que se declarase la nulidad de la inscripción que, a su favor, había practicado la Iglesia Católica en el Registro de la Propiedad, y de las escrituras de compraventa de parcelas que la misma Iglesia había efectuado a favor de distintos particulares. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la naturaleza de monte vecinal en mano común, así como la nulidad de la inscripción del mismo a favor de la Iglesia Católica y de todos los contratos traslativos de dominio que se había verificado sobre dicho monte. La Audiencia Provincial de La Coruña desestimó el recurso de apelación. El TS confirmó la sentencia de la Audiencia y no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

65. Requisitos de admisión del recurso de casación por denegación de prueba documental.—La admisión del recurso de casación por inadmisión de prueba documental requiere que el interesado haya utilizado todos los recursos que hayan cabido contra la resolución denegatoria o de inadmisión.

Anotación preventiva de embargo. Preferencia para el cobro del crédito.—En virtud del artículo 1923 CC la anotación preventiva de embargo otorga preferencia para el cobro del crédito.

Anotación preventiva de embargo. Subsistencia de los gravámenes anteriores.—Quien adquiere después de un embargo un derecho sobre la cosa embargada, subordina este derecho al resultado del proceso que el embargo anterior garantiza, puesto que quedan subsistentes los créditos garantizados con las anotaciones preventivas practicadas con anterioridad.

Artículo 1218 CC. Eficacia frente a terceros de los documentos públicos.—La escritura de adjudicación de una finca implica la eficacia frente a terceros de dicha adjudicación y de la fecha de la misma.

Prueba de confesión.—Las confesiones con juramento indecisorio carecen del carácter de prueba privilegiada y no son superiores a las demás.

Doble venta. Requisito de buena fe exigido por el artículo 1473 CC.—La buena fe exigida por el artículo 1473 CC, regulador de los supuestos

de doble venta, es un estado de conocimiento y no de conducta. Ello implica que quien colaboró o conoció la doble venta no merece protección, pues se exige buena fe en el comprador e ignorancia de la venta anterior.

Prescripción ordinaria de bienes inmuebles. Artículo 1957 CC.—La prescripción de bienes inmuebles por el transcurso de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, exige la concurrencia de posesión de buena fe y con justo título. (STS de 8 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Sobre la finca objeto del presente litigio existían diversas anotaciones preventivas de embargo entre las que interesa destacar las que constaban con las letras C, E y H: la primera y la tercera por créditos de la *Tesorería General de la Seguridad Social* y la segunda por créditos de los posteriormente demandados.

Ambos acreedores iniciaron su ejecución sobre el inmueble; es importante destacar que la *Tesorería General de la Seguridad Social* decidió acumular los créditos de la letra H y los ya anotados en la letra C ascendiendo la cantidad total a 12.543.353 pesetas. La ejecución derivada de la letra E culminó con la autoadjudicación a favor de los demandados el 19 de febrero de 1981 por 106.000 pesetas, inscribiendo la escritura en el Registro de la Propiedad. La ejecución acumulada de las letras H y C, por su parte, culminó con la adjudicación de los bienes a favor de R. L. I.

Por la entidad que produjo la anotación preventiva de la letra C, se otorgó escritura de adjudicación de la finca a favor de R. L. I. Este último interpone demanda contra los adjudicatarios de la subasta resultante de la ejecución de los créditos incluidos en la letra E ejercitando acción reivindicatoria y solicitando la declaración de nulidad de escritura pública y cancelación de anotación registral.

El Juzgado de Primera Instancia absolvió a los demandados, mientras que la sentencia de alzada estimó la demanda en su integridad. Debe destacarse que tres de los demandados confesaron haber conocido y concurrido a la subasta promovida por la Seguridad Social aunque el demandado-recurrente en casación alega que sólo uno de los demandados realizó tal confesión. (B. F. G.)

DERECHO DE FAMILIA

66. La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no puede perjudicar los derechos adquiridos por terceros.—Vigente el régimen de sociedad de gananciales entre los esposos hasta el otorgamiento de capitulaciones, no puede ponerse en duda la absoluta corrección de la valoración de la prueba que se realiza en la sentencia impugnada en lo que se refiere al momento en que se generaron parte de las obligaciones contraídas por el marido de la recurrente en el ejercicio de una actividad de incuestionable carácter ganancial (la explotación de una cafetería-pastelería). En consecuencia, afirma la Audiencia, que de dicha deuda han de responder los bienes que integran la referida sociedad, en atención a lo dispuesto en los artículos 1362.4.º y 1365.2.º CC, debiendo recordarse que el artículo 1317 del mismo cuerpo legal establece que la modificación durante

el matrimonio del régimen económico matrimonial no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros. La aplicación de la norma contenida en el artículo 1317 CC resulta especialmente oportuna y adecuada en supuestos como el que nos ocupa en que los bienes inmuebles se adjudican a uno de los cónyuges en tanto que al otro se asignan partidas del activo de incierta existencia o de escaso valor. (STS de 24 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—María del Carmen P. A. interpuso tercería de dominio frente a un procedimiento de embargo de una vivienda instado por la *Tesorería de la Seguridad Social* como consecuencia de unas deudas contraídas desde abril de 1983 por su marido en el desarrollo de una actividad profesional. La demanda se fundamentó en una escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada con fecha 15 de febrero de 1985, en la que los cónyuges establecieron un régimen de separación de bienes y acordaron la adjudicación de la vivienda embargada a María del Carmen. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación presentado por la *Tesorería de la Seguridad Social*. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

67. Uniones de hecho. Reconocimiento constitucional.—Esta Sala tiene ya proclamado, en su S de 22 de julio de 1993, y repetido en la de 16 de diciembre de 1996, que las llamadas «uniones de hecho» o *more uxorio* constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ser admitida, no sólo por esta Sala 1.ª del TS —*ad exemplum* en sus SS de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992, 18 de febrero de 1993 y un largo etcétera— sino por el propio TC —SS de 18 de enero y de 8 de febrero de 1993, entre otras—. Nuestro texto constitucional proclama, en su artículo 39,1, que los poderes públicos aseguran «la protección social, económica y jurídica de la familia», distinguiendo así la familia y el matrimonio. La ya citada S de 21 de octubre de 1992 parte del reconocimiento de la plena legalidad de toda unión de hecho estable, entre un hombre y una mujer, como manifestación del derecho fundamental al «libre desarrollo de la personalidad» (art. 10 CE) y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de la unión matrimonial (art. 39 CE).

Aplicación analógica de la pensión compensatoria del artículo 97 CC.—La ya mencionada S de 22 de julio de 1993, proclamó, con expreso precedente en la anterior de 11 de diciembre de 1992, que tales uniones matrimoniales y las *more uxorio* no pueden ser consideradas, a todos los efectos y consecuencias, como realidades equivalentes y en consecuencia no les serán aplicables a tales uniones normas establecidas para el matrimonio, salvo que pudieran utilizarse por la vía de la analogía. Por ello, tales uniones quedan fuera de la normativa del régimen económico matrimonial —SS de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994, 23 de julio de 1998 y 22 de enero de 2001—.

Como ha puesto de relieve la reciente e importante S de esta Sala, de 27 de marzo de 2001, precisamente donde se suele manifestar más la situación de anomia es en los posibles efectos económicos derivados de una ruptura de tales uniones producida unilateralmente y con relación a la posible indemnización atribuible al conviviente más desprotegido.

Recientemente se han pronunciado diversas leyes de determinadas Comunidades Autónomas, como la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables, de Cataluña; la Ley 6/1999, de 26 de marzo, sobre parejas estables no casadas, de Aragón; la Ley Foral de 3 de julio de 2000, de Navarra, reguladora de parejas estables y, la Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que aplican a estas uniones *more uxorio* una específica normativa derivada de la matrimonial para impedir que una de las partes de la relación padezca perjuicios injustos.

Ante la ausencia de normativa reguladora de las parejas de hecho, salvo las ya citadas excepciones de concretas Autonomías, no puede inferirse el ejercicio de una acción determinada, excluyente de otras, sino como destacó la referida sentencia, más importante en este punto, se trata de la fijación de una pretensión material respecto a la que cabe una concurrencia normativa muy lábil, por cierto, dada la ausencia de regulación legal al respecto. Pues bien, ante tal anomia, ha de acudir a la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, a través de la aplicación analógica del Derecho y precisamente en estos casos de uniones de hecho *more uxorio* encuentra su semejanza en su disolución y final por la voluntad unilateral de una de las partes, con algunos efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio por el Código civil y así, su artículo 97, atribuye al cónyuge, al que tal contingencia produzca un desequilibrio económico con relación al otro y que implique un empeoramiento con relación a su situación anterior al matrimonio, el derecho a una pensión, pudiendo convenir en cualquier momento la sustitución de la misma por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero (art. 99). De no ser así, ello conduciría inexorablemente a que los españoles no pertenecientes a alguna autonomía que haya legislado en este punto, hayan de utilizar el argumento del enriquecimiento injusto o sin causa, que ha sido denostado por un importante sector de la doctrina civilista, pudiendo utilizar la analogía en situaciones de verdadera semejanza, en el sentido del artículo 4.1 CC, entre el caso enjuiciado carente de normativa específica y de la semejanza de situación con el cese de la convivencia matrimonial por separación o divorcio, por lo que estima este Tribunal que tal es la normativa de aplicación por identidad de razón. Por ello y con aplicación de la doctrina recogida en las SS de esta Sala, de 16 de diciembre de 1996 y, la tantas veces citada, de 27 de marzo de 2001, hay que concluir señalando que el precepto de aplicación es el artículo 97 CC, a través de la analogía. La semejanza de la situación matrimonial rota por divorcio o separación que permite al cónyuge al que se le ocasione un desequilibrio económico con la posición del otro, con la situación de *more uxorio* de larga duración, rota unilateralmente cuando se origina tal desequilibrio es de destacar cuando se vea disuelta unilateralmente la afectividad y convivencia por la voluntad del otro y ello le origine un desequilibrio, como en el caso del recurso.

No se incurre en incongruencia porque la petición del suplico haga referencia al enriquecimiento sin causa y se atienda por esta Sala de casación a otra diferente argumentación jurídica. Como tiene señalado la importante S de este Tribunal, de 27 de marzo de 2001, en el ámbito de la aplicación del derecho al punto controvertido admite una gran elasticidad sin incurrir por ello en el cambio de pretensión, conforme a los principios de *iure novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius*. Específicamente, la S de esta Sala, de 16 de diciembre de 1996, dictada precisamente con referencia al tema de las «unio-

nes de hecho», ha recogido que el cambio de punto de vista jurídico no comporta, por regla general, vicio casacional, al no cambiar la *causa petendi*.

Otra solución conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus Autonomías tuvieran o no dictada Ley de parejas de hecho, pudiendo acudir a dicha específica normativa o tener que debatirse con la anomia general en la materia, lo cual contraría abiertamente el principio de igualdad de los españoles, proclamado en el artículo 14 CE, precepto fundamental en cuanto que garantiza el derecho de tal clase que es de aplicación directa e inmediata desde la entrada en vigor de tal Texto Fundamental, como señaló la STC 216/1991, de 14 de noviembre. (STS de 5 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 20 de noviembre de 1991 se produjo la ruptura de la unión de hecho formada por Mercedes H. R. P. y Frans Christian K., por desamor o falta de interés mutuo, tras una convivencia marital iniciada en 1976. Desde entonces este último abonó a la primera una suma mensual de setenta y cinco mil pesetas, circunstancia que se prolongó prácticamente durante los dos años siguientes a la desunión. Poco después Mercedes H. R. P. interpuso demanda reclamando a Frans Christian K. una pensión compensatoria o, en su defecto, una compensación por enriquecimiento injustificado o, en última instancia, una indemnización de los daños extracontractuales producidos por la ruptura de la convivencia. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a Frans Christian K. al pago de una pensión mensual de cien mil pesetas —no queda claro si como pensión compensatoria o indemnización de daños extracontractuales—. Apelada la sentencia por Frans Christian K., la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso y condenó al recurrente a pagar a Mercedes H. R. P. la cantidad de dos millones novecientas setenta y cinco mil pesetas en concepto de compensación por el enriquecimiento injustificado experimentado. Frans Christian K. recurrió en casación al considerar que no concurrían algunos de los presupuestos de esa institución, pero el TS condenó al mismo a pagar una pensión compensatoria en forma de capital —los dos millones novecientas setenta y cinco mil pesetas antes mencionados— y declaró no haber lugar al recurso.

NOTA.—La aplicación analógica de la pensión compensatoria del artículo 97 CC a las uniones de hecho puede resultar adecuada para resolver la controversia. Miguel López-Muñiz Goñi, *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia. (Guía práctica y jurisprudencia)*, 3.ª ed., Madrid, Colex, 1999, pp. 265-268) ya ha puesto de relieve que los presupuestos de esa institución no son específicos de la relación conyugal. Ello tendría lugar en línea con el carácter predominantemente compensatorio atribuido por una parte de la doctrina a la «pensión periódica» prevista por distintas leyes autonómicas reguladoras de las uniones de hecho (véanse las observaciones de Miquel Martín Casals, «Aproximación a la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja», *DPyC*, núm. 12, 1998, 143-187, pp. 182-183, al artículo 14 de esa regulación), y supondría un importante cambio de tendencia con respecto a la jurisprudencia que hasta el momento ha negado la mencionada aplicación analógica del artículo 97 CC basándose en la necesidad de respetar la libertad de quienes han rechazado la

opción del matrimonio [vide Aurora López Azcona, *La ruptura de las parejas de hecho. (Análisis comparado legislativo y jurisprudencial)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 61-64]. Sin embargo, no parece de recibo que uno de los argumentos esgrimidos por el TS para llevar a cabo la aplicación analógica de la pensión compensatoria del artículo 97 CC a las uniones de hecho andaluzas se refiera a la necesidad de evitar una vulneración del principio de igualdad de los españoles ante la ley (art. 14 CE), puesto que el ejercicio de la competencia en materia de Derecho civil por parte de las distintas Comunidades Autónomas siempre puede originar disparidades en la regulación. (J. M. B. S.)

68. Acciones de filiación. Investigación de la paternidad o maternidad. Prueba biológica: su práctica no lesiona los derechos fundamentales a la integridad física o a la intimidad personal.—Es obligatorio someterse a las pruebas biológicas cuando han sido ordenadas razonadamente, dentro del proceso, por la autoridad judicial. En las declaraciones de filiación prevalece el interés social y el orden público, por lo que la realización de las pruebas biológicas no supone vulneración de los derechos a la integridad física o a la intimidad personal (STC de 17 de enero de 1994, y SSTS de 29 de abril, 18 de mayo de 1994, 8 de marzo de 1995, 28 de mayo de 1999).

Negativa a la práctica de la prueba biológica: valoración.—La negativa a la realización de la prueba biológica constituye un indicio, que unido a otros hechos acreditados en el proceso, permite al Tribunal establecer el nexo causal preciso en orden a la determinación de la filiación discutida (SSTS de 27 de junio 1987 y de 29 de marzo de 2000).

La posesión de estado: concepto.—La posesión de estado consiste en el concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural, cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario, libre y espontáneo. (STS de 24 de enero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor presentó demanda en reclamación de paternidad no matrimonial. En el proceso el demandante acreditó la existencia de una relación sentimental y de convivencia con la demandada; además, solicitó y se admitió la realización de la prueba de paternidad. Dicha prueba biológica no se llegó a practicar por oposición de la demandada. El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia. El TS no da lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

69. La falta de asentimiento de la madre en la forma prevista legalmente no permite por sí misma invalidar la adopción constituida.—El primero de los motivos del recurso denuncia la indefensión de la recurrente frente a la decisión judicial por vulneración de la norma imperativa del artículo 177-2.º CC, que dispone que el asentimiento de la madre para dar en adopción no se puede producir hasta que hayan transcurrido «treinta días» después del parto, todo ello en relación con los artículos 6-4.º CC (sobre fraude de Ley), 6.2 (sobre la renuncia de los derechos), 7.1 (sobre la exigencia de la «buena fe» en el ejercicio de los derechos) y 7.2 (la ley no ampara el «abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo»). No obstante, cualesquiera que sean las responsabilidades en que hubieran podido incurrir los funciona-

rios públicos o empleados administrativos promoventes e intervinientes en el expediente de adopción, colocando a la recurrente en difícil posición defensiva, no cabe que tal situación objetiva se pueda reparar mediante entrega de la niña adoptada como orden que emane del presente proceso. Se opone a ello la necesidad de respetar, a su vez, el derecho de defensa de los padres adoptivos que han de ser oídos contradictoriamente con la madre biológica y la propia naturaleza jurídica del negocio jurídico familiar de adopción que al crear con fuerza constitutiva, un nuevo estado jurídico, exige para conseguir su ineficacia, la declaración de extinción, dado el carácter irrevocable de la adopción, en los supuestos permitidos (art. 180 CC) o, como admite un cualificado y especializado sector doctrinal, con argumentos que esta Sala comparte, para el caso de que concurran vicios jurídicos insalvables, por sus efectos invalidantes, mediante el oportuno ejercicio de la acción de nulidad (en este supuesto no sometida al plazo de caducidad de los dos años). Entre estos últimos, destaca la invalidación o anulación del negocio por vulneración de derechos fundamentales. A la nulidad de la adopción, por infracción de derechos fundamentales, se refiere la STC de 26 de septiembre de 1990 (recurso de amparo 373/1988) sobre un asunto en que «el órgano judicial desestima la pretensión de la actora sin tener en cuenta que la falta de un trámite legal, como es la audiencia de la madre, sin culpa de ella, produce la nulidad de la adopción, porque esa infracción adquiere dimensión constitucional al producir indefensión y constituir, en consecuencia, una vulneración del artículo 24.1 CE». Por tales razones no es viable la estimación del motivo.

Algunas consecuencias.—El segundo motivo hace hincapié en las responsabilidades y funciones del Ministerio Fiscal en relación con sus dictámenes y peticiones respecto de la cuestión pretendida (arts. 6, 11-3.º, 435-1.º LOPJ en relación con los arts. 9, 10, 14, 24, 39, 47, 118 y 124-1.º-2.º CE). Mas es lo cierto que cualquiera que sean éstas, como ya se explicó en el FJ 2.º no inciden directamente sobre la resolución. Como razona la Fiscalía del TS en su dictamen, «el punto clave del problema radica en el objeto del proceso, que ha quedado definido como pretensión de reconocimiento de la filiación, y, derivadamente, de entrega de la hija. La pretensión de reconocimiento de filiación ha quedado satisfecha por su estimación. Se desestima la petición de entrega en base a dos argumentos: la existencia de una adopción que, al ser constituida por resolución judicial, precisaría ser anulada o extinguida por sentencia judicial y previo ejercicio de la correspondiente acción, que en este caso no se ejercitó. El recurso, por tanto, plantea una cuestión nueva. Por otra parte, la intervención de los padres adoptantes en la eventual impugnación de la adopción sería absolutamente necesaria, de suerte que su anulación *inaudita parte* daría lugar a indefensión prohibida por el artículo 24 CE. Por su lado, el mismo motivo del recurso también hace referencia a la falta de colaboración de los órganos de la Administración autonómica con la Administración de Justicia (arts. 6-7 y 18 LOPJ y 124-1.º y 118-2.º CE) y de sus argumentos cabe inferir las mismas conclusiones que ya se han expuesto, a saber, que la situación creada, bajo cobertura legal suficiente de la que son sujetos necesarios otras personas que han de ser demandadas, no permite resolver en este proceso, cuestiones que escapan a su propio contenido y objetivo. (STS de 9 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Manuela V. P. asintió a la adopción de su hija antes de dar a luz a la misma el día 4 de noviembre de 1991 en el Hospital *San Agustín de Linares*. Ello motivó que la Consejería de Asuntos

Sociales de la Junta de Andalucía iniciara la tramitación de un expediente que terminó con la constitución de la mencionada adopción, con fecha 17 de marzo de 1995. Sin embargo, entonces Manuela V. P. ya había iniciado un largo procedimiento judicial de reclamación de la filiación de su hija. El Juzgado de Primera Instancia estimó su demanda mediante S de 6 de abril de 1994. Con fecha 9 de septiembre de 1994, la Audiencia Provincial revocó esa sentencia al resolver un recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal y la Consejería de Asuntos Sociales. El día 21 de septiembre de 1999 el TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por Manuela V. P., anuló la sentencia recurrida por quebrantamiento de forma y mandó reponer las actuaciones llevadas a cabo hasta el momento para que se practicara la prueba biológica de maternidad de la recurrente. Recibidas las actuaciones por la Audiencia Provincial, la misma dictó sentencia con fecha 8 de mayo de 2000 estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y la Consejería de Asuntos Sociales, al reconocer la maternidad extramatrimonial de Manuela V. P. y no admitir el pedimento de ésta de que se le entregara su hija. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la madre.

NOTA.—Manuela V. P. debió impugnar la validez de la adopción de su hija (art. 180.2 CC) por no haber prestado su asentimiento una vez transcurridos treinta días desde el parto (art. 177.2 CC) —eso mismo apuntan las SSTS de 21 de septiembre de 1999 y de la Audiencia Provincial de 8 de mayo de 2000. Ese planteamiento hubiera llevado a los órganos judiciales a determinar si Manuela V. P. se hallaba o no incurso en alguna causa legal de privación de su patria potestad (art. 177.2 CC). Habiéndose limitado ésta a reclamar la filiación para resolver el conflicto, la tramitación del expediente adoptivo por parte de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía parece que fue precipitada, incluso en el caso de haber concurrido una situación de desamparo en la menor —en la sentencia no se trata esa cuestión. Si en ese momento existieron indicios suficientes para privar la patria potestad de Manuela V. P. y los órganos judiciales no tuvieron ocasión de pronunciarse al respecto, acaso hubiera sido más oportuno haber instado el procedimiento judicial correspondiente. Ello hubiera permitido, en su caso, nombrar un tutor a la menor según las normas ordinarias, antes que constituir una tutela *ope legis* de la entidad pública (*vid.* art. 239. 2 CC). Además, en el momento de tramitar el expediente difícilmente podía apreciarse que las causas del desamparo de la menor y los efectos que ocasionaba fueran especialmente graves y tuviesen un carácter previsiblemente indefinido (véase Neus Cortada Cortijo, en Santiago Espiau Espiau/Antoni Vaquer Aloy, *La protección de menores, acogimiento, adopción*, Madrid, 1999, p. 153) y menos aún cuando Manuela V. P. había instado un procedimiento de reclamación de filiación. Aun así, la Consejería de Asuntos Sociales optó por no adoptar ninguna medida favorecedora de la inserción de la menor en su familia natural y promovió la adopción (véase Joan Egea Fernández, en Santiago Espiau Espiau/Antoni Vaquer Aloy, *cit.*, pp. 93-95). En todo caso, la acción de reclamación de la filiación presenta-

da por Manuela V. P. no parece que pudiera afectar a la adopción constituida puesto que, como señaló la STS de 9 de julio de 2001, ello hubiera vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los adoptantes. Por ese motivo, ahora la cuestión consiste en determinar si la madre aún puede impugnar la adopción, con base en la vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) producida por la ausencia de su asentimiento en la forma prevista legalmente (Cf. primer inciso del art. 122 de la Ley catalana 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia), de acuerdo con un criterio sostenido por el TC que en ese caso excluye el plazo de caducidad de la acción judicial (art. 180.2 CC). Con todo, no hay que olvidar la edad que en estos momentos tiene la menor, ni que los órganos judiciales sólo admitirán la extinción de la adopción si ello no la perjudica gravemente (art. 180.2 CC). (*J. M. B. S.*)

DERECHO MERCANTIL

70. Cesión de crédito. No inclusión automática del contrato de Seguro.—El artículo 1528 CC dispone que la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio. Si bien la enumeración de los accesorios del crédito que hace el precepto legal tiene un simple carácter ejemplificativo, ello no permite incluir entre esos accesorios que sirven a garantizar el puntual crédito al que sirven, el contrato de seguro, contrato autónomo no dependiente de otro no obstante su finalidad asegurativa, por lo que su transmisibilidad del cedente al cesionario sólo pueden tener lugar en virtud de una estipulación expresa, no automáticamente, como ocurre en los casos de la fianza, prenda, hipoteca o privilegio, que menciona el artículo o cualesquiera otra forma de garantía, real o personal, que cumplan la misma función que los enumerados.

Contrato de seguro. Cesión del derecho al cobro de las indemnizaciones. Requisitos.—La facultad del asegurado de cesión de los derechos nacidos del contrato de seguro al cobro de las indemnizaciones, no necesita el consentimiento del deudor cedido, pero, sí permite pacto en contrario de las partes, pactándose la limitación de la misma al exigir la aprobación del deudor, en este caso la compañía aseguradora, limitación que puede tener la extensión que libremente acuerden las partes en uso de la autonomía de su voluntad (art. 1255 CC). En el caso de autos, la aprobación se limitó a la cesión en operaciones de descuento, así en la «condición primera» se hace referencia únicamente a «aquellas operaciones que hayan sido descontadas por él», disponiéndose en la «condición segunda» que el beneficiario deberá comunicar a la compañía los impagos que se produzcan, cuyo importe no le haya sido repuesto por el asegurado dentro de los treinta días siguientes a la fecha que tuviese conocimiento de dicho pago, sin que pueda hacer valer a su favor más derechos que los que correspondieren al propio asegurado en cuanto al cobro de las indemnizaciones. Se está limitando así la cesión del derecho del asegurado a los impagos de los créditos cedidos en virtud de un contrato de descuento que si, normalmente constituyen el objeto de un sector de la actividad bancaria, nada impide que sean realizadas estas operaciones por entidades financieras de otra clase.

Contrato de factoring. Modalidades.—La doctrina distingue dos modalidades, *el factoring con recurso* en que los servicios prestados por el factor consisten en la administración y gestión de los créditos cedidos por el cliente, al que puede ir unido o no un servicio de financiación, modalidad ésta en que la cesión de los créditos cumple la misma función económica que el contrato de descuento, configurándose la cesión como una gestión de cobro; y *el factoring sin recurso o factoring propio* en que, a los servicios que caracterizan al *factoring con recurso*, incluido el de financiación al cliente se añade un servicio de garantía por el que se produce un traspaso del riesgo de insolvencia del deudor cedido, del empresario al factor, de forma que producida la insolvencia, en los términos pactados en el contrato de *factoring*, ésta no recae sobre el cliente cedente sino sobre el factor cesionario, sin que éste pueda reclamar del cliente el importe de los créditos impagados. Es decir, en el *factoring propio* o sin recurso se produce una transmisión plena del crédito al cesionario, cesión que tiene una causa onerosa como es el pago al cedente del importe del crédito cedido, con las deducciones pactadas y en el plazo contractualmente previsto. (STS de 2 de febrero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Finanmadrid, Entidad de Financiación, S. A.*, formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de los de Madrid contra la entidad aseguradora *Compañía Española de Seguros y Reaseguros Crédito y Caución, S. A.*, sobre reclamación de cantidad. Dicho Juzgado estimó la demanda con imposición de las costas a la demandada. La Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente el recurso de apelación de la demandada y desestimó el recurso de apelación por adhesión formulado por la actora sin imposición de costas. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

71. Contrato de seguro. Interpretación de cláusulas claras.—El TS ha declarado reiteradamente (entre otras, SSTS de 28 de junio de 1995 y 19 de febrero de 1996) que en materia de interpretación de los contratos ha de concederse preferencia al criterio gramatical recogido en el artículo 1281 CC. Si el sentido gramatical de la cláusula que se pretende interpretar está en clara armonía con la intención de los contratantes, huelga hacer uso de otras formas interpretativas, y en especial la del artículo 1288 CC, que exige que la cláusula sujeta a interpretación sea oscura o contenga algún elemento oscuro.

Interpretación de los contratos.—Es doctrina jurisprudencial (SSTS de 25 de abril de 1997, 25 de febrero y 26 de octubre de 1998 y 6 de febrero de 2001) que en materia de interpretación de los contratos, ha de prevalecer la valoración de la Sala de instancia sobre la que pretenda la parte recurrente, salvo que aquélla sea ilógica, absurda o contraria a Derecho.

Seguros de responsabilidad civil. Concepto de «tercero».—La jurisprudencia (SSTS de 16 de mayo y 13 de diciembre de 2000 y 2 de febrero de 2001) ha otorgado carácter restrictivo a la condición de tercero en esta clase de siniestros a los efectos de la indemnización. (STS de 20 de septiembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Construcciones Marco, S. A.*, suscribe un contrato de seguro de responsabilidad civil con *La Vasco-Navarra Española, S. A., de Seguros y Reaseguros*, para asegurar la responsabilidad que puede generarse en la construcción de edificios,

actividad a la que se dedica la asegurada. La póliza garantiza dos clases de riesgos con límite máximo de cuantía distinta. Por una parte, cubre las indemnizaciones por riesgos de explotación, esto es, los daños corporales causados involuntariamente a terceros. En virtud de la disposición 4.^a del «adicional a la póliza» de 24 de enero de 1979, se establece que «no se considerará tercera persona, los que contribuyan directa o indirectamente a la ejecución de los trabajos» aunque no dependan patronalmente de la asegurada. Tales riesgos se garantizan hasta la cuantía de veinticinco millones de pesetas.

Por otra, la entidad *Vasco-Navarra* garantiza igualmente el riesgo empresarial o patronal (los daños sufridos no sólo por los empleados o dependientes de *Construcciones Marco, S. A.*, sino también por las personas que contribuyan directa o indirectamente a la realización de los trabajos tendentes a la realización de la obra, aunque pertenezcan a otras empresas), pero en este supuesto el límite máximo se establece en cinco millones de pesetas.

En agosto de 1986, don Agustín D. N. —empleado de *Coberturas y Protección, S. A.*— sufre un accidente cuando se encontraba instalando aparatos de alarma y detección de fuegos en un edificio que construía la entidad *Construcciones Marco, S. A.* Este accidente le ocasiona lesiones y diversas secuelas. Así las cosas, la aseguradora deposita cinco millones de pesetas por estimar que era la cantidad adecuada en virtud del referido contrato de responsabilidad civil. Por ello, la mercantil *Construcciones Marco, S. A.*, formula juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra *La Vasco-Navarra*, al entender que don Agustín, en la fecha en la que tuvo lugar el accidente, era empleado de otra empresa y que al tener el carácter de tercero a los efectos del denominado riesgo empresarial, la demandada venía obligada a consignar la cantidad de veinticinco millones de pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia desestimando íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial desestima igualmente el recurso de apelación interpuesto por *Construcciones Marco, S. A.* El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

72. Contrato de seguro. Deber de información.—El artículo 7 empieza por establecer una doble posibilidad de contratación, por cuenta propia —siguiendo únicamente la decisión del tomador contratante, lo que no es posible, por disposición del art. 83.2 de la Ley, en el seguro para caso de muerte que exige el consentimiento escrito del asegurado, a salvo la presunción que seguidamente establece— o por cuenta ajena —gestionando por otro el cometido mostrado al respecto—, y es relevante en la segunda de las posibilidades la solicitud de seguro que el artículo 6 de la Ley admite con efectos determinados y que aquí se ha producido por el asegurado con una trascendencia definitiva en el impulso de contratación, que no puede desconocerse, pues habiendo de encuadrarse, desde la iniciativa solicitante del asegurado, en la segunda de las modalidades para contratar la formalización del contrato en litigio, ha de tenerse presente que la obligación legal del tomador de poner en conocimiento de la aseguradora todas las circunstancias que puedan influirle en la valora-

ción del riesgo esa obligación viene matizada en la propia ley por el conocimiento que él tenga de esas circunstancias y en el supuesto que aquí contemplamos, tales datos sólo pueden serle proporcionados, y así lo han sido, por el asegurado a través de la solicitud que le correspondía cumplimentar y en la que al hacerlo omitió toda referencia a un concreto estado de su salud para salvar la omisión mediante la observación final de no haber ocultado dolencia alguna asumiendo con ello unas consecuencias que no pueden ser trasladadas a otro, en este caso al tomador, tanto más que la prolongación, la agravación y conocimiento de esto en los tiempos de aquella situación omitida, superponiéndose a los pasos de contratación, ha ido creando la obligación dual establecida en el artículo 11 de la Ley, indistintamente para tomador o asegurado, de comunicar al asegurador las circunstancias que hayan agravado el riesgo —de normal salud tenido presente al contratar— según las fechas que anteriormente quedaran recogidas, y no se ha cumplido en momento alguno pese a lo significativas que resultaron.

Nulidad del contrato de seguro: dolo.—No es exigible la concurrencia de dolo, ni siquiera la de mala fe, para acoger la nulidad del contrato de seguro sustentado en omisiones así nacidas porque para ello basta la declaración inexacta del asegurado, aun hecha de buena fe, que lleve a la celebración de aquél. El dolo determinante de la decisión de otorgar un contrato, según lo contempla el artículo 1269 CC, puede consistir no sólo en la insidia o maquinación directa sino también en la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte y es en esta conceptualización que tiene plena cabida la actuación del asegurado en el contrato litigioso proporcionando al tomador que había de llevar a efecto el contrato, que él había solicitado celebrar, un conocimiento no correspondiente a la verdad de su salud —su condición de médico le permitía llevar a conocimiento de la aseguradora la sintomatología que presentaba, aunque forzosamente se admita que entonces no conocía la gravedad del mal a que respondía, cuando venía afectándole desde largo tiempo— y ese silencio lo mantuvo posteriormente, aunque ya con mayor conocimiento de lo que le aquejaba en grado sumo, antes de la perfección del contrato y siguió manteniéndolo aun después de esa fecha, silencio que pugnaba no ya con su condición de médico, sino, aún más, con el diagnóstico que se le había dado en ese examen al que se había sometido y con el especialísimo y duro tratamiento que se le impuso.

Intención contractual. Presunción.—Es suficiente que pueda racionalmente presumirse que la parte no hubiera celebrado el contrato, puesto que de hacerlo le llevaría a asumir unas condiciones sumamente gravosas que se le ocultan mientras, en contraposición, se suscriben por el asegurado ocultador unas condiciones de normalidad que no existen, se sospechan por él, cuando menos, aquellas otras y se conocen seguidamente éstas a través de medio fiable como es, aparte del aspecto profesional del exponente para ser asegurado, el reconocimiento médico y la prescripción de un tratamiento tan específico como es el de la quimioterapia. (STS de 6 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.^a J. A. M. formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Zaragoza contra la entidad *Barclays Vida y Pensiones Compañía de Seguros, S. A.*, sobre reclamación de cantidad. Dicho Juzgado desestimó la demanda. La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza confirmó la sentencia recurrida. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

73. Contrato de seguro. Deber de información.—El deber de información que el artículo 10 de la Ley 50/1980 impone al tomador del seguro, ha sido concebido más que como un deber de declaración, como un deber de contestación o respuesta del tomador, a lo que se le pregunta por el asegurador; aunque este deber de información se extiende a todas las circunstancias subjetivas u objetivas que, de ser conocidas por el asegurador, puedan influir decisivamente en su voluntad de celebrar el contrato, las consecuencias que establece el citado artículo 10 exigen la existencia de un cuestionario formulado por el asegurador previamente a la celebración del contrato. Inexistente en el presente caso cuestionario alguno, no puede establecerse, a su amparo, la consecuencia exoneratoria para la entidad aseguradora de la ocultación de esas circunstancias personales del recurrente.

«Buena fe». Alcance.—La «buena fe» constituye una noción omnicomprendensiva como equivalente al ejercicio o cumplimiento de acuerdo con la propia conciencia contrastada debidamente con los valores de la moral, honestidad y lealtad en las relaciones de convivencia, de cuyas notas sobresale que se trata de una regla de conducta inherente al ejercicio o cumplimiento de los derechos, que se cohonesta con el fuero interno o conciencia del ejerciente y, por último, que se apruebe o sea conforme con el juicio de valor emanado de la sociedad, en tal sentido, la «buena fe», como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, leal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento, de forma que quien contrata y oferta contratar (precontrato) queda obligado no sólo a lo que se exprese de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales.

Mala fe. Supuesto.—Resulta patente la mala fe del recurrente en sus relaciones con la compañía aseguradora, al concertar el seguro a través de un testafarro con la evidente intención de ocultar su personalidad, dado el anterior siniestro de similares caracteres al ahora padecido que había sufrido el demandante en el ejercicio de su actividad, así como la simulación de una cesión de crédito por su testafarro, empleado suyo, sin que en ningún momento se haya acreditado la existencia de la deuda que se establece como contraprestación y que se dice derivar de los negocios existentes entre ambos, cesión orquestada con la única finalidad de crear una apariencia de legitimación frente a la aseguradora para la exigencia de la indemnización reclamada; mala fe que se patentiza igualmente en el hecho de ocultar a la aseguradora la producción de un incendio en el mismo camión y en el mismo día, ocurrido en el término municipal. (STS de 22 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. R. N. formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 56 de los de Madrid, contra la entidad *Zurich International Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.*, sobre reclamación de cantidad. Dicho Juzgado desestimó la demanda e impuso las costas al demandante. La Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia recurrida. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

74. Contrato de seguro. Necesidad de cuestionario.—El artículo 10 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro, relaciona el deber de veracidad del asegurado con el cuestionario, como derecho y deber del asegurador de someter al mismo a aquél, hasta tal punto que «quedará exonerado

de tal deber» (de declarar todas las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo) «si el asegurador no le somete cuestionario ...» tal como dispone el último inciso del primer párrafo de dicho artículo 10. La razón última de esta norma no es que deje de protegerse la veracidad y la buena fe, sino que no es concebible la exigencia al asegurado que declare, en su contra si es preciso, cuando ni siquiera la parte contraria en el contrato, el asegurador, se ha preocupado en preguntarle sus circunstancias, mediante un adecuado cuestionario. En este sentido, el deber del tomador del seguro ha de conjugarse con el deber de respuesta al cuestionario a que debe someterle la entidad aseguradora; ahora bien, si ésta no exige dicho cuestionario, como sucedió en el presente caso, debe pechar con las consecuencias, por haber relevado al tomador del deber de cumplimentar dicha información previa al contrato.

Seguro de accidente. Infarto de miocardio.—El concepto de accidente se recoge en el artículo 100 de la LCS en los mismos términos que en el contrato de autos, condiciones generales, artículo 2, párrafo primero, cuyo título general es «Alcance del seguro», y que añade que tendrán la consideración de accidentes, apartado n), *los causados por anginas de pecho, cardiopatías e infartos de miocardio*, y en el párrafo siguiente se agrega que no tendrán la consideración de accidentes, apartado 10, las «enfermedades de cualquier clase que no se pueda probar que son la consecuencia directa de un accidente cubierto por la póliza»; dicho en sentido afirmativo: tendrá la consideración de accidente la enfermedad que se pruebe que es consecuencia directa de un accidente cubierto por la póliza; es un accidente sí cubierto el infarto de miocardio. La causa de la muerte del asegurado fue la parada o colapso cardiopulmonar y, añade el certificado de defunción, cardiopatía isquémica (además: diabetes hallitus, carcinoma pulmonar) que, se deriva en un infarto de miocardio. Por tanto, fue un siniestro cuyo riesgo estaba expresamente previsto en el contrato de seguro, el infarto como accidente. Si se plantea el tema de la exclusión de la enfermedad, colapso cardiopulmonar, sí se ha probado que su origen se halla en la cardiopatía e infarto de miocardio, que son consecuencia directa de accidente cubierto por la póliza, como así declara el apartado n), antes transcrito. (STS de 7 de febrero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.ª P. R. B. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Motril contra la entidad *Royal Insurance España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.*, sobre reclamación de cantidad en virtud de contrato de seguro. Dicho Juzgado desestimó la demanda. La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Granada confirmó la sentencia apelada. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

75. Corredor de seguros. Derechos económicos de comisiones de cartera.—Los derechos económicos de comisiones de cartera, tanto se trate de Agentes como de Corredores de comercio, es bien claro que la vinculación precisa de los tres años, exclusivamente, se impone para los Agentes mediadores y en caso alguno para los Corredores, pues, por un lado, el artículo 28 del Real Decreto-Ley de 1 de agosto de 1985, que aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de la producción de seguros privados, cuando habla de las Comisiones de la Cartera de los Corredores de seguros, dice que los derechos que los artículos 21 y 23 que reconocen a los Agentes corresponderán también a los Corredores de los seguros con las especialidades que se deriven

de la inexistencia del contrato de agencia, y el artículo 58 del Real Decreto de 24 de junio de 1988 que aprueba el Reglamento de producción de seguros privados en cuanto a las Comisiones sobre la Cartera, sanciona en su apartado 1, que el Corredor que cese en el ejercicio de la profesión tendrá derecho a percibir las comisiones de cartera en la forma prevista para los agentes en los artículos 47 a 51, *en lo que sea de aplicación*. Esta reserva de *en lo que sea de aplicación* implica, sin más, que la vinculación a la previa existencia de un contrato de agencia no sea preceptiva o exigible para el Corredor de seguros, puesto que, precisamente, ésa es la nota que le diferencia del Agente mediador. (STS de 22 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. R. O. interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de A Coruña demanda contra la mercantil *Seguros Hemisferio L'Abeille, S. A.*, sobre reclamación de cantidad. Dicho Juzgado desestimó la demanda y estimó parcialmente la reconvencción. La Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de A Coruña confirmó la sentencia recurrida, con imposición de costas al apelante. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

76. Contrato bancario y usos bancarios. Fijación de intereses.—Cuando las partes contratantes pactaron el devengo de intereses pero no determinaron los criterios para su cuantificación, debe aplicarse el interés legal. Consentir la fijación de los intereses por una sola de las partes, constituye una infracción de lo dispuesto en el artículo 1108 CC, en relación con el artículo 1101 del mismo texto legal, salvo que esté acreditado el acuerdo de la otra parte contratante; constituye también una infracción del artículo 1256 CC, porque supone dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una sola de las partes. La existencia de un «uso de carácter bancario» al respecto (intereses bancarios o usuales) no justifica una excepción a lo anterior, debiendo calcularse el interés legal si no se ha pactado otra cosa.

Prueba pericial: valoración por el juzgador. Impugnación en casación.—La valoración de la prueba pericial por el juzgador *ad hoc* es libre y no tiene acceso a casación más que cuando *el órgano a quo tergiverse las conclusiones periciales de forma ostensible o falsee de forma arbitraria sus dictados o extraiga conclusiones absurdas o ilógicas*. Procede casar por resultar ilógica y absurda la valoración de la prueba pericial realizada por el juzgador, quien estimó acreditada —conforme a dicha prueba— la exactitud y exigibilidad de los intereses devengados por el saldo negativo, cuando claramente el perito había manifestado la falta de documentación para pronunciarse al respecto. (STS de 28 de junio de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—En la solicitud de apertura de una cuenta corriente bancaria se expresó que ciertas partidas devengarían intereses, pero no se señaló su cuantificación. La liquidación se hizo unilateralmente por la entidad bancaria, que interpone —conforme a ello— demanda de reclamación de cantidad. La demanda es desestimada en primera instancia, pero estimada después en recurso de apelación por la Audiencia Provincial. En un dictamen acordado para mejor proveer, el perito había declarado la falta de documentación para una correcta valoración de la liquidación de intereses. En casación, el TS estima que ha lugar parcialmente. (C. J. D.)

77. Contratos bancarios. Transferencia de créditos. Nacimiento del derecho del beneficiario.—La doctrina mercantilista es concorde en que ese derecho de crédito a favor del beneficiario de la transferencia contra el banquero nace en el momento en que es ejecutada la transferencia mediante el abono en la cuenta del beneficiario, esto en el supuesto de que ordenante y beneficiario sean clientes del mismo Banco; o en el supuesto en que aquéllos no sean clientes del mismo Banco, el derecho de crédito del beneficiario surge (contra su Banco, no contra el Banco del ordenante) cuando se ha hecho el abono en su cuenta o cuando se le ha notificado la recepción de la cantidad transferida. (STS de 16 de febrero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Urvacar, S. L.*, formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Murcia, contra el *Banco Hipotecario de España, S. A.*, en reclamación de cantidad. Dicho Juzgado estimó en parte la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, confirmó la sentencia de instancia con imposición de las costas a la apelante. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

78. Contrato de descuento bancario.—Es un contrato de crédito y de liquidez que se caracteriza porque el Banco (descontante) anticipa al cliente (cedente o descontado) el importe del crédito que éste tiene con un tercero previa deducción de los intereses correspondientes por el tiempo que falta para su vencimiento, mediante la adquisición por el Banco de la titularidad del crédito cedido (SSTS de 24 de junio y 19 de diciembre de 1987). La cesión de los créditos objeto del mismo tiene lugar *pro solvendo* y con la cláusula «salvo buen fin» (SSTS de 21 de junio de 1963, 23 de marzo de 1979, 20 de febrero de 1985, 5 de febrero de 1991, 11 de junio de 1993, 21 de marzo de 1997 y 10 de marzo de 2000). Ello significa que la entrega de las letras de cambio sólo producirá los efectos del pago cuando hubieren sido realizadas. El doble mecanismo del anticipo (con el descuento) y el derecho de reintegro en el caso de fracaso del cobro del crédito constituye el aspecto más característico de la operación de descuento.

El derecho de reintegro.—En el caso de fracaso en el cobro del crédito, para que el Banco descontante disponga del derecho de reintegro, se exige el cumplimiento de un deber de diligente gestión (SSTS de 19 de diciembre 1986, 21 de marzo de 1997, 11 de octubre de 1999), pues el efecto impagado debe ser devuelto con la misma eficacia jurídica que le fue entregado (SSTS de 18 de mayo de 1987, 3 de abril y 22 de diciembre 1992), de tal modo que si se produce el perjuicio puede darse lugar a una indemnización de daños y perjuicios (STS de 20 de febrero de 1985) o convertirse la cesión *pro solvendo* en cesión *pro soluto* (SSTS de 28 de noviembre de 1988, 21 de marzo de 1997).

Ejercicio del derecho de reintegro.—El derecho de reintegro puede ejercitarse judicialmente a través de diversas acciones (SSTS de 21 de marzo de 1988, 22 de diciembre de 1992 y 1 de febrero de 1995) o hacerse efectivo extrajudicialmente mediante el contra-asiento, que como modalidad del derecho de reintegro consistente en la operación de cargar al librador los efectos que resultaron impagados, se reconoce en numerosas sentencias (SSTS de 21 de enero de 1988 y 24 de septiembre de 1993).

Reconocimiento de hechos en contestación a la demanda.—Cuando una pretensión realizada en la demanda es reconocida en el escrito de contes-

tación a la demanda, dicho reconocimiento tiene no sólo el valor de una admisión de hecho que vincula al Tribunal, y por consiguiente queda excluido de la prueba, sino que incluso supone un allanamiento parcial en relación con la pretensión correspondiente del *petitum* de la demanda.

La infracción de ley como motivo del recurso de casación.—El TS tiene declarado reiteradamente con carácter general para las normas reglamentarias, y en concreto en la STS de 11 de julio de 1994 para las Circulares del Banco de España, que al carecer de rango de ley, y no contener normas jurídicas sustantivas civiles, no pueden servir de soporte a un motivo casacional por infracción de ley. (STS de 28 de junio de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La entidad *Tretzi, S. A.*, había celebrado un contrato de descuento bancario de una serie de efectos cambiarios con el *Banco Español de Crédito*. Con motivo del mismo, la entidad *Tretzi, S. A.*, presenta demanda contra el *Banco Español de Crédito*, en la que solicita que las cantidades líquidas procedentes de los descuentos de los efectos cambiarios se imputen a una deuda que tenía garantizada con hipoteca en lugar de a los saldos negativos de la cuenta corriente; se le entreguen los efectos mercantiles que habían resultado impagados; se le pague el precio recibido de una venta no autorizada de valores en Bolsa y se le retire un cargo indebido que se le había hecho en la cuenta.

El Juez de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación interpuesto por *Tretzi, S. A.*, revoca la sentencia y estima parcialmente la demanda condenando al demandado a entregar al actor los efectos impagados y a abonar el precio de la venta no autorizada de valores en Bolsa, declarando no haber lugar a los demás pedimentos de la demanda. *Tretzi, S. A.*, presenta recurso de casación. El TS acoge el motivo del recurso presentado por *Tretzi, S. A.*, que alega incongruencia de la sentencia por no pronunciarse sobre el cargo indebido que alegaba el recurrente y había sido reconocido por el Banco; casa y anula parcialmente la sentencia recurrida y condena al Banco al pago de la cantidad correspondiente al cargo indebido realizado. (L. S. M. P.)

79. Aval a primer requerimiento. Concepto jurisprudencial.—Esta figura contractual (también denominada aval a primer aviso o garantía a primera demanda), es admitida por la jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 11 de julio de 1983, 14 de noviembre de 1989, 27 de octubre de 1992, 10 de noviembre de 1999, 30 de marzo y 5 de julio de 2000). El TS afirma que es «una garantía personal atípica, producto de la autonomía de la voluntad proclamada por el artículo 1255 CC, que es distinta del contrato de fianza y del contrato de seguro de caución, no es accesoria y el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma».

Aval a primer requerimiento: **caracteres de la obligación del avalista.**—El avalista está obligado a realizar el pago cuando el beneficiario se lo reclame. Es una obligación autónoma, distinta e independiente de las que se derivan del contrato garantizado.

Aval a primer requerimiento. **Requerimiento del beneficiario. Obligación de pago del avalista.**—El denominado aval a primer requerimiento es

independiente del contrato que garantiza. De ahí que el avalista esté obligado a realizar el pago cuando el beneficiario realiza el requerimiento, sin que este último tenga que acreditar que el deudor principal ha incumplido su obligación (entre otras, SSTs de 27 de octubre de 1992, 10 de noviembre de 1999 y 13 de diciembre de 2000).

Aval a primer requerimiento. Requerimiento del beneficiario. Obligación de pago del avalista. Presunción de incumplimiento del deudor principal: inversión de la carga de la prueba.—El requerimiento del beneficiario al avalista para que abone una determinada cantidad de dinero permite presumir que el deudor principal (obligado garantizado) ha incumplido sus obligaciones (SSTs de 27 de octubre de 1992, 10 de noviembre de 1999 y 5 de julio de 2000). Es por ello por lo que el avalista está obligado a realizar el pago, salvo que pruebe (inversión de la carga de la prueba) que el deudor principal ha cumplido su obligación (en este sentido, SSTs de 27 de octubre de 1992, 10 de noviembre de 1999, 30 de marzo y 13 de diciembre de 2000).

Interpretación de los contratos: competencia de los Tribunales de instancia.—El TS sólo puede modificar la interpretación de los contratos que realizan los Tribunales de instancia cuando se acredite que la interpretación realizada es contraria a la ley. (STS de 12 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1983 la entidad *Gran Habitat de Murcia, S. A.*, se obligó mediante contrato a realizar una serie de obras de urbanización para el Ayuntamiento de Murcia. La *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, se constituyó en avalista solidario de las obligaciones de la entidad *Gran Habitat de Murcia, S. A.* (se obliga a pagar al Ayuntamiento de Murcia una cantidad de dinero cuando éste realice un requerimiento). Al mismo tiempo, don J. G. J. se constituye en fiador solidario de las obligaciones de la entidad *Gran Habitat de Murcia, S. A.*, comprometiéndose don J. G. J. a pagar a la *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, las cantidades que a ésta le fueran reclamadas como consecuencia de la ejecución de los contratos antes citados.

En septiembre de 1988, el Ayuntamiento de Murcia realizó un requerimiento a la *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, para que hiciese efectiva la fianza. La citada entidad abonó la cantidad de dinero pactada.

En virtud de todo lo anterior, la *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, interpuso demanda contra la entidad *Gran Habitat de Murcia, S. A.*, y don J. G. J., suplicando se condenase a los demandados al pago de una determinada cantidad de dinero.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial de Murcia desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandados. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Sobre la figura contractual denominada aval a primer requerimiento pueden consultarse los trabajos de Ángel Francisco Carrasco Perera, «Garantías a primer requerimiento», *Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, pp. 105 a 175, y de

Juan Sánchez-Calero Guilarte, *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Madrid, 1995. (M. J. P. G.)

80. Contrato de concesión o distribución y contrato de agencia. Diferencias.—El contrato de agencia tiene por objeto la promoción de actos u operaciones de comercio por cuenta ajena del agente o intermediario independiente, en la concesión, ese objeto se circunscribe a la reventa o distribución de los propios productos del concedente, y, por lo general, con un pacto en exclusiva —positivo o negativo— vender sólo el concesionario y no vender nadie más en su zona. Otra diferencia se da en la nota de la dependencia o no; en ella puede radicar la no inclusión de la concesión en el contrato de agencia, pues así como la independencia del agente es básica, cuando exista esa dependencia, que al margen de la laboral puede darse en la concesión cuando el concesionario «no puede organizar su actividad profesional ... conforme a sus propios criterios», pues el concedente se los ha impuesto, entonces la concesión no es agencia, sin que lo excluya la llamada concesión independiente que suele privar en el sector del automóvil por el efecto traslativo del vehículo a favor del concesionario y la ejecución del negocio por cuenta y riesgo de éste, la concesión mercantil también conocido como contrato de distribución, encuadrable dentro de la categoría jurídica de los contratos de colaboración, presenta la particularidad de que el concesionario actúa en su nombre y por cuenta propia, en la zona geográfica asignada, asumiendo para sí los riesgos comerciales de las operaciones que realiza con sus clientes, pues actúa con capital propio e independencia negocial del concedente, sin perjuicio de que las actividades se lleven a cabo en interés de aquél y también el propio. Su autonomía se manifiesta en la fase final de distribución de los efectos o mercancías a la clientela, ya que se produce una efectiva reventa de los productos que proceden y suministra el principal.

Contrato de concesión o distribución y contrato de agencia. Diferencias desde la perspectiva del Derecho comunitario.—El Reglamento 123/1985 de la Comisión de las Comunidades Europeas, no contiene una regulación mercantil completa del contrato de concesión, sino tan sólo el señalamiento de cláusulas usuales en esta clase de contratos (los referidos a distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles) conformes con las normas comunitarias sobre la libre competencia, no es menos cierto que de su articulado se llega a la conclusión de que entre las categorías de acuerdos a que se aplica se encuentra el contrato de concesión y no el de agencia; así el artículo 1 establece como finalidad de estos acuerdos «la reventa vehículos automóviles concretos, de tres o más ruedas, destinados a ser utilizados en la vía pública y, en relación con ellos, piezas de recambio», finalidad de reventa que está ausente en el contrato de agencia, tanto en su regulación por la Ley 12/1992, como en la Directiva 86/653/CEE; asimismo, las cláusulas a que se refieren los artículos siguientes, como las definiciones del artículo 13, corresponden a un contrato de concesión y no a un contrato de agencia.

Pacto de exclusiva. Notas características.—Este pacto entraña una restricción a la libertad comercial de los contratantes que, como tal, no debe interpretarse en sentido amplio, sino limitado. El principio *intuitu personae* que juega en los contratos de distribución de productos con pacto de exclusiva por la repercusión que en el patrimonio de cada contratante puede ocasionar la inactividad o falta de diligencia del otro, se suele acompañar en la prác-

tica mercantil, cuando se concierta sin fijación de plazo, de una cláusula de resolución *ad nutum*, con exclusión de resarcimiento de daños y perjuicios, que actúa como válvula de seguridad para compensarles del riesgo que mutuamente corren, siendo éste el sistema seguido por nuestro Código civil para todos aquellos supuestos en que entre los interesados median relaciones obligacionales por tiempo indefinido. Las legislaciones extranjeras como las disposiciones vigentes en nuestro país, que tratan de esa materia, adoptan medidas para evitar la prolongación *sine die* de los pactos de exclusiva estipulados por tiempo indefinido, bien concediendo a ambos contratantes la facultad de desistimiento unilateral, como sucede en el artículo 1509 CC italiano, ya señalando un plazo de duración para los mismos, cual ocurre en el párrafo 2.º del artículo 13 del Reglamento de los agentes de la propiedad inmobiliaria de 6 de abril de 1951. La jurisprudencia proclama la necesidad de que dichos pactos no fueran ilimitados en el tiempo ni en el espacio, lo que da lugar a que el empleo de la denuncia unilateral del contrato no implique abuso en el ejercicio del derecho, por no darse éste cuando la persona a quien se atribuye no traspase los límites de la equidad y de la buena fe. Si no se pacta la fecha en que el contrato deja de producir sus efectos no puede exigirse indemnización, pues podrá darse por concluido en la fecha que convenga al interés de las partes. La revocabilidad de los contratos de concesión en exclusiva establecidos sin límite temporal por la sola voluntad de uno de los contratantes debe entenderse sin perjuicio de las concurrencias de todo orden, singularmente indemnizatorias que podrán acompañar a la parte que decidiera abusivamente la resolución del vínculo.

Novación: apreciación por el Tribunal de instancia.—La novación precisa que se produzca un cambio o sustitución de una relación obligatoria por otra, con ánimo de extinguir o modificar esencialmente la primera, lo que plantea un problema de interpretación que es privativo de la Sala de instancia a cuyo criterio hay que estar en tanto no se ha impugnado por ser irracional o ilógico.

Incumplimiento contractual. Motivo de casación.—La determinación de si ha habido incumplimiento y, en caso de que sea mutuo, quién es el primer incumplidor, así como si ello justifica el de la otra parte, es cuestión de hecho cuya apreciación y valoración corresponde a los órganos de instancia sólo combatible en casación, vigente la reforma introducida por la Ley 10/1992, alegando error de derecho en la valoración de la prueba con cita de las normas legales reguladoras de la misma que se estime han sido infringidas, si bien esta doctrina ha sido matizada, en el sentido de que también puede constituir una *queaestio iuris* cuando la base para la determinación del incumplimiento está, más que en los actos ejecutados, en su transcendencia jurídica, ya que no basta el mero incumplimiento parcial para la resolución del contrato, pues que, en homenaje al respeto al mismo, ha de patentizarse de forma indubitada una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido o bien la producción voluntaria de un hecho obstativo, definitivo e irreformable que impida su cumplimiento, conclusiones jurídicas que ha de ponderar la Sala a través de unos supuestos de hecho dados. (STS de 1 de febrero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *JADISA* interpuso demanda ante el Juzgado núm. 3 de Jaén contra *Iveco-Pegaso* sobre reclamación de cantidad. Dicho Juzgado estimo la demanda con imposición de costas a la demandada. La Sección 1.º de la Audiencia Provincial de Jaén esti-

mó en parte el recurso de apelación sin condena en costas. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

81. Concepto de buque. Doctrina general.—El Código de comercio no contiene una definición del buque, al que sí se refiere el artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 transitoriamente vigentes a tenor de la DT 6.ª del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, según el cual «se reputarán buques, para los efectos del Código de comercio y de este Reglamento, no sólo las embarcaciones destinadas a la navegación de cabotaje o altura, sino también los diques flotantes, pontones, dragas, gánguiles y cualquier otro aparato flotante destinado o que pueda destinarse a servicios de la industria o comercio marítimo o fluvial». Este concepto tiene un carácter restrictivo acorde con el concepto tradicional, mantenido por el Código de comercio, del tráfico marítimo, reducido al transporte de mercancías o personas con finalidad lucrativa; frente a ello, la doctrina moderna tiene un concepto más amplio del Derecho marítimo que se extiende a otras actividades, incluso con finalidad no lucrativa, como son la pesca, turismo, estudios oceanográficos, ecología, etc., a las que se entiende son aplicables las normas reguladoras de la navegación marítima. Esta concepción amplia tiene su reflejo en el concepto de buque, en el que se incluyen los aparatos que reúnan los requisitos de flotabilidad y navegabilidad y que pueda ser utilizado como medio de transporte por mar, excluyéndose de este requisito la necesidad de que sea destinado al tráfico marítimo con finalidad lucrativa, concepto amplio del buque que se manifiesta en alguna legislación extranjera, como el «Código de Navegación» italiano, cuyo artículo 136 define el buque como «cualquier construcción destinada al transporte por agua, incluso con finalidad de remolque, de pesca, de deporte y otra cualquiera». Si bien se trata de una norma de carácter administrativo, el Real Decreto 1027/1989, de 28 de julio, sobre «Buques. Abanderamiento, matriculación y registro marítimo», incluye en la Lista Séptima [art. 4.g)] «las embarcaciones de construcción nacional o debidamente importadas, de cualquier tipo y cuyo uso exclusivo sea la práctica del deporte sin propósito lucrativo o la pesca no profesional»; si bien se utiliza aquí el término «embarcaciones», no puede olvidarse la denominación del Real Decreto, «Buques» bajo la cual se engloban también estas embarcaciones dedicadas a las actividades que se relacionan en el artículo 4.g). De otra parte, ha de acudirse al criterio interpretativo del artículo 3.1 CC, teniendo en cuenta que la realidad social actual impone una ampliación del ámbito de la actividad marítima que, si al tiempo de la promulgación del Código de comercio se limitaba al transporte de personas y cosas como actividades con ánimo de lucro, en la actualidad se extiende a otras actividades desconocidas en aquella época y que han de quedar amparadas por las normas reguladoras del tráfico marítimo y, en este sentido, reconocer la calificación de buque a aquellos aparatos aptos para la navegación y que sirvan de soporte para el ejercicio de actividades como las mencionadas anteriormente, aunque las mismas no tengan finalidad lucrativa.

Prescripción de acciones. Régimen civil o mercantil.—La aplicación de uno u otro régimen de prescripción, el del Código de comercio o del Código civil, no entra dentro del ámbito dispositivo de las partes. (STS de 29 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Astilleros de Mallorca, S. A.*, formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Palma de

Mallorca contra don I. H. G., sobre reclamación de cantidad; dicho Juzgado desestimó la demanda con imposición de las costas a la demandante. Recurrida en apelación, la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca estimó los recursos planteados por ambas partes. Don I. H. G. recurre en casación declarando el TS que ha lugar la casación. (N. D. L.)

82. Sociedades anónimas unipersonales.—La LSA en el texto refundido de 1989 no contemplaba la figura de la sociedad anónima de socio único, figura reconocida legalmente a partir de la LSRL 2/1995, de 23 de marzo, que introdujo en la LSA el artículo 311. No obstante, la reunión de todas las acciones en una sola mano venía reconociéndose ya en el tráfico jurídico como demuestra la RDGRN de 21 de junio de 1990 que contempla la posibilidad de la existencia de estas sociedades, señalando que las mismas han de respetar no sólo las reglas de funcionamiento de la sociedad que atañen a intereses de terceros (publicidad, contabilidad, aportaciones, distribución de dividendos ... etc.), sino también las que disciplinan la organización interna. La sociedad unipersonal ha de contar con los órganos sociales previstos con carácter imperativo en la LSA y ha de observar los preceptos procedimentales y relativos a la toma de decisiones, salvo los que revisten carácter dispositivo.

Responsabilidad de los administradores. Acción individual de responsabilidad y acción de responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales. Diferencias.—Las acciones de responsabilidad que establecen el artículo 262.5 y la DT 3.^ª LSA, de naturaleza análoga, no guardan relación alguna, en cuanto a sus presupuestos, con la acción prevista en el artículo 135 de la misma Ley. En este sentido, la exigencia de la responsabilidad solidaria a los administradores es una responsabilidad objetiva, y es procedente *ex lege*, según establece expresamente la citada DT. (STS de 24 de septiembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Resulta acreditado que el 31 de julio de 1991 la mercantil *Inmobiliaria Mesmón, S. A.*, compró a los miembros de la familia Pons la totalidad de las acciones que representaban el capital social de *Ibitrans, S. A.*, pasando a ser la citada inmobiliaria socia única de ésta. Pese a que los pactos concertados en la adquisición de la totalidad de las acciones provocaron la remoción de los anteriores administradores al asumir la compradora la «gestión» de *Ibitrans, S. A.*, no se designó persona física que asumiese el cargo de administrador.

Posteriormente, un acreedor formuló demanda de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra la mercantil *Inmobiliaria Mesmón, S. A.*, como administradora de hecho de *Ibitrans, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta y condenó a la *Inmobiliaria Mesmón, S. A.*, al pago de la cantidad solicitada por el actor. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la inmobiliaria, revocando, en consecuencia, la sentencia dictada por el Juzgado. El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por el acreedor demandante. (M. C. C. M.)

83. Sociedad anónima. Nombramiento de administradores: inscripción obligatoria pero no constitutiva.—La inscripción en el Registro Mer-

cantil del nombramiento de los administradores no tiene carácter constitutivo, ni condiciona la validez del mismo, de conformidad con el artículo 125 LSA el nombramiento surte efectos desde el momento de la aceptación, y si bien es cierto que del propio precepto y de otras disposiciones (arts. 22.2 CCO y 4 y 94.1 4.º RRM) resulta la obligatoriedad de la inscripción, ésta no tiene carácter constitutivo y, por consiguiente, no obsta a la validez de las actuaciones jurídicas de los administradores desde que tuvo lugar la aceptación. En tal sentido, la exigencia de la inscripción prevista en el artículo 141 LSA no se refiere al nombramiento de administradores sino a la delegación permanente de alguna facultad del Consejo de Administración en la Comisión Ejecutiva o en el Consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos.

Ejercicio de los derechos. Necesidad de actuar de buena fe.—La exigencia de ajustar el ejercicio de los derechos a las pautas de buena fe constituye un principio informador de todo el ordenamiento jurídico que exige rechazar aquellas actitudes que no se ajustan al comportamiento honrado y justo, de esta forma el ejercicio de los derechos conforme a las reglas o exigencias de la buena fe implica sujetarse a los imperativos éticos exigidos por la conciencia social y jurídica de un momento histórico determinado. (STS de 1 de marzo de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Sócrates García, S. A.*, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Tarancón contra *Distribuidora Andaluza de Golosinas, S. A.*, don J. A. R., don M. R. C. y don J. A. R. sobre reclamación de cantidad. El Juzgado estimó parcialmente la demanda contra la entidad mercantil sin imponer las costas a dichas partes y desestimó la formulada contra el resto de los codemandados imponiendo las costas de esta demanda al actor. Contra dicha sentencia se formuló recurso de apelación por la actora ante la Audiencia Provincial de Cuenca que fue desestimado imponiendo las costas al apelante. Recurrida en casación dicha sentencia el TS declara que no ha lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

84. Sociedad anónima. Administradores. Retribución por participación en beneficios: necesidad de acuerdo previo sobre distribución de beneficios.—El derecho a la retribución de los administradores no nace del acuerdo de la Junta, sino de los Estatutos, y que dicho órgano social debe respetar las normas estatutarias, pero ello no empece a la necesidad de la aprobación de la distribución de beneficios, tanto por la perspectiva de la existencia y cuantía de los beneficios como por la necesidad de controlar las cautelas que exige la ley en orden a que sean cubiertas determinadas atenciones que estima preferentes (arts. 74, 102 y 106 LSA 1951; 130 del texto refundido actualmente vigente). Por lo demás, ni la rutina, ni el carácter «familiar» de una sociedad anónima, pueden explicar, y menos justificar, la inobservancia de preceptos imperativos, ni cabe invocar la propia torpeza o desidia para apoyar la legitimidad de la reclamación extemporánea, tanto más si se tiene en cuenta la actitud consentida o propiciada en orden a disimular un reparto de beneficios bajo el disfraz jurídico de préstamos.

Sociedad anónima. Administradores. Retribución por participación en beneficios: beneficio a tener en cuenta.—El beneficio que ha de tenerse en cuenta para fijar la participación de los administradores debe ser la ganancia obtenida en el ejercicio social y no el beneficio acumulado en otros años;

lo que aplicado al caso significa que los beneficios aprobados en el año 1990 en relación con el ejercicio social de 1989 no pueden ser tomados en consideración para obtener retribución o participación por los ejercicios anteriores, o imputable a los mismos.

Doctrina de los actos propios. Presupuestos.—La doctrina de los actos propios precisa que sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídica afectante a su autor y, asimismo, que exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente. (STS de 19 de febrero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Don R. M. A. interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Valladolid demanda contra la entidad mercantil *Promotores de Empresas Hoteleras, S. A.*, sobre reclamación de cantidad. Dicho Juzgado estimó la demanda e impuso las costas a la parte demandada. Recurrida en apelación, la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Valladolid desestimó el recurso con imposición de las costas a la entidad apelante. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

85. Sociedad anónima. Responsabilidad de los administradores: responsabilidad por daño: teoría general.—El artículo 133 LSA determina que responderán los administradores, frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley, o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia debida con la que deben desempeñar el cargo. Este tríptico de causas determinantes, requiere a su vez: una conducta ilícita, el acto, la voluntad de la conducta, la ilicitud, la transgresión por cada una de las tres causas (o la subsunción del *facere*), en la Ley, en los Estatutos o en la falta de diligencia; la producción del daño y naturalmente; el nexo causal que claro es, habrá de acreditarse; se subraya que con ello se ha rectificado, y se ha corregido la anterior Ley de sociedades anónimas, porque entonces se respondía por los administradores cuando sus conductas hubiesen incurrido en malicia, abuso de funciones o negligencia grave, con lo que la diferencia es notable; al punto, se agrega que hoy la tutela del perjudicado frente a las actuaciones de los administradores o consejeros es mucho más fornida que la Ley precedente, ya que en la actualidad, prácticamente, dentro de la praxis judicial, se está casi en el umbral de la llamada responsabilidad objetiva o por riesgo, porque en cuanto se produzca el daño y se acredite el nexo causal, la responsabilidad del administrador o consejero será inevitable; este artículo 133, en su párrafo 2.º, impone la responsabilidad solidaria de todos los administradores-consejeros que realizaron el acto o adoptaron el acuerdo, salvo los casos de que no conozcan el acuerdo que se adopte (acuerdo que sea atentatorio, cause daño en los términos del art. 133), o bien, en el caso de que lo conozcan, se hubiesen opuesto expresamente al mismo; se habla asimismo en el artículo 134.2.º, de que la Junta podrá transigir o desistir del acuerdo adoptado, etc., con el singular efecto de rechazo sobre la destitución de los administradores afectados.

Responsabilidad de los administradores. Responsabilidad por daño: modalidades.—La Ley distingue entre la acción social y la acción individual.

a) *Acción social.* Lo que caracteriza a la acción social, es que el daño se produce a la sociedad, eso en un aspecto propedéutico, sirve para distin-

guirra de la acción individual, en la cual ese daño se produce al individuo, al interés personal, daños primarios o directos, según el artículo 135; es, pues, una dualidad perfectamente diferenciada, ya que la acción social procederá cuando una conducta transgresora del consejero o del administrador, por alguna de esas causas, daña a los intereses sociales; luego la ley desarrolla la legitimación activa, esto es, ante este daño de interés social puede ejercitar la acción correspondiente:

1) *Quien se considere dañado o perjudicado*, el ente social, porque, es justamente el receptor del daño, ente social que precisa un acuerdo en Junta con una mayoría ordinaria o simple, en donde se decida, ejercitar la acción de responsabilidad, contra el consejero o contra el administrador.

2) *Accionistas*: luego la Ley habla en su número 4 *ex* artículo 134, en una escalada de posibles legitimados *ad causam* dentro de la activa, que pueden ser los accionistas o los acreedores número 5; y así se expresa que, los accionistas –siempre que sean más del 5 por 100– podrán promover la convocatoria de la Junta para que se adopte el acuerdo de exigir la responsabilidad social contra el administrador o contra el consejero, y, luego, con evidente impropiedad o ligereza evidente, prescribe que asimismo se podrá establecer conjuntamente la acción contra el administrador en los siguientes casos:

Quando los administradores no convoquen la Junta. Pero, se subraya, si no se convoca la Junta, es que no actúa la sociedad ... luego, es una acción individualizada y no concurrente.

Quando, convocada la Junta, se adopte el acuerdo y, sin embargo, no se entable en un mes la acción de exigir la responsabilidad. Luego, también, es una actuación individualizada. No es concurrente.

Quando el acuerdo adoptado hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad; que tampoco aboca a la concurrencia.

3) *Acreedores*: y por último, se contempla en el número 5 de citado artículo 134 la posibilidad del tercer supuesto de legitimación activa *ad causam* que es, en el caso de los acreedores, quienes también podrán ejercitar la acción de responsabilidad social, contra el administrador o consejero infractor, cuando no haya sido ejercitado por la sociedad o sus accionistas, siempre y cuando no exista patrimonio suficiente, para satisfacer sus créditos.

b) Acción individual: junto a la acción social, el artículo 135 prevé la acción individual, de claro contenido sustantivo, porque, ahí parece ser que el legislador mercantilista, sin decirlo, viene ya a referirse al *iuris comune* cuando expresa que «no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos»; esta acción individual, tiene las siguientes connotaciones, *a)* se habla de una acción indemnizatoria, y al utilizar la adverbial de «no obstante...», quiere decirse es supletoria o, con independencia de que no se dé la anterior, por lo que procede ésta cuando proceda; se repite, que el foco de la distinción con la acción social de esta acción individual de responsabilidad radica en que el acto atacado transgrede intereses individuales del perjudicado, los socios o terceros; responsabilidad, pues, claramente extracontractual con la exigencia de los presupuestos del artículo 1902 CC y, entre ellos, el indispensable nexo causal; *b)* otro matiz que sobresale es que, por primera vez, en todos los temas de responsabilidad, aquí la Ley no habla de «accionistas» ni de «acreedores», sino de socios y de

terceros, y emerge que pese a repetir la ley de manera reiterativa, el término «accionistas», aquí se habla de socios por primera vez; acaso hubiera sido preferible que se continuase con la palabra accionista porque, normalmente, en la sociedad anónima, el accionista, es socio, aunque en otro tipo de sociedades no cabe esa identidad; c) se habla también de terceros cuando antes se ha estado refiriendo a los acreedores, y entonces se plantea la cuestión de delimitación, el acreedor es tercero o no es tercero y cabe sostener, es tercero cuando no está incardinado en el ente social; no es tercero cuando está ligado con la sociedad a través del contrato del cual emana su crédito; y también se cuestiona si el acreedor tiene o no acción individual, pues, si bien no lo refleja el artículo 135, que habla de socios y terceros, el acreedor sí debe estar legitimado para ejercitar esta acción individual, no en cuanto actúe como tal acreedor, sino en cuanto, sin perjuicio de ser acreedor, sea tercero; en definitiva, cuando el perjuicio que se le irroga por parte del acto del administrador o consejero, no sea en su crédito en concreto, sino en el resto de su patrimonio.

Sociedad anónima. Responsabilidad de los administradores. Responsabilidad por deudas.—El administrador responde cuando por la infracción de sus deberes legales no se satisfacen los créditos del acreedor y, por ello, éste reclama frente al mismo: esta situación y el correspondiente deber del administrador, están contemplados en lo dispuesto en los artículos 260.4.º, en relación con el 262.5, LSA, puesto que en el primer supuesto del artículo 260. 4.º se dice que procederá la disolución de la sociedad, a consecuencia de pérdidas que deje reducido el patrimonio a la cantidad inferior a la mitad del capital social a no ser que éste se aumente o se reduzca a la medida suficiente; que esa situación de insolvencia, por ende, supone la existencia de tal pérdida, y en consecuencia, la procedencia de la disolución es inconcusa, y así este deber legal viene recogido en el artículo 262.5, al sancionarse que responden solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General, para que adopten, en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial de la sociedad; se añade que, ahí está perfectamente reflejada una responsabilidad por parte del administrador, cuando se incumpla dicha obligación legal de convocar en el plazo de dos meses la Junta General, para que adopte en su caso, el acuerdo de disolución en los supuestos en que se determina, en los términos, entre otros, previstos en el repetido número 4.º del artículo 260; y si ello, además, se pone en consonancia con lo recogido en el artículo 127, en cuanto que en el ejercicio del cargo de los administradores, éstos actuarán con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. Asimismo, sobre la acción individual del artículo 135 se prescribe que estarán a salvo siempre las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y terceros por actos que lesionen directamente los intereses de aquéllos, y lo dispuesto en el artículo 133, que en cuanto a la responsabilidad en general establecía que los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos contrarios a la ley. (STS de 30 de enero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Doña A. M. G. V. y doña A. M. A. G. formularon demanda, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Oviedo contra don D. G. V. y doña M. C. P. F. por responsabilidad de admi-

nistradores sociales. El Juzgado estimó la demanda dirigida contra el primero de los codemandados con imposición de costas a éste y absolvió a la segunda codemandada. La Audiencia Provincial de Oviedo revocó parcialmente la sentencia de instancia. Recurrida en casación dicha sentencia, el TS declara que ha lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

86. Acción individual de responsabilidad contra los administradores. Naturaleza contractual o extracontractual. Plazo de prescripción.—La jurisprudencia del TS revela cierta fluctuación en este tema. En numerosas ocasiones esta Sala (SSTS de 21 de mayo de 1992, 2 de octubre de 1999 y 31 de enero de 2001, entre otras) ha aplicado a la acción individual de responsabilidad el plazo de un año del artículo 1968.2.º CC (por remisión del artículo 943 CCO) en lugar del plazo de cuatro años del artículo 949 CCO, al entender que la eventual responsabilidad en que pudiera incurrir el administrador en el ejercicio de su cargo constituye un supuesto de responsabilidad extracontractual, pues no existe vínculo contractual entre las partes del pleito sino el genérico deber contenido en el principio *naeminem laedere*. Sin embargo, en ésta y otras sentencias (SSTS de 22 de junio de 1995, 29 abril y 2 de julio de 1999) el TS declara que la obligación derivada de la negligencia del administrador, conforme a los artículos 133 y 135 LSA, no tiene naturaleza extracontractual y se rige por el plazo específico de prescripción de cuatro años establecido en el artículo 949 CCO. Siendo la prescripción una figura de interpretación restrictiva, en caso de duda sobre dos plazos de prescripción, hay que optar por el de mayor duración, al ser el más favorable a la viabilidad de la acción ejercitada. En cualquier caso, nada impide que, junto con la acción del artículo 135 LSA por la conducta ilícita del administrador en su actividad orgánica, coexista la acción genérica del artículo 1902 CC por los daños que el administrador hubiera podido causar a socios o terceros al margen de esa actividad.

Acción individual de responsabilidad contra los administradores. Prueba.—El demandante ha de probar la negligencia del administrador en el impago de las deudas sociales, ya que el mero hecho del impago no es por sí solo demostrativo ni de la negligencia del administrador ni del nexo de causalidad directa exigido por el artículo 135 LSA. En este sentido, es doctrina del TS (SSTS de 28 de junio de 2000, 21 de septiembre de 1999 y 30 de marzo de 2001) que para condenar al administrador con base en el artículo 135 LSA no basta que el tercero haya sufrido el daño, sino que es necesaria la prueba de hechos, actos u omisiones dolosas o culposas de los administradores de los que se deriven adecuadamente los daños a tercero.

Incongruencia de la sentencia. Responsabilidad del administrador por aplicación de un precepto no invocado en la demanda.—La más reciente jurisprudencia de esta sala (SSTS de 19 de junio y 16 de noviembre de 2000) tiende a configurar la causa de pedir como el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión. En la concreta aplicación de tal concepto a las pretensiones formuladas contra administradores de sociedades anónimas, si bien hay sentencias que optan por una cierta flexibilidad (STS de 1 de diciembre de 1999), la doctrina jurisprudencial se decanta decididamente por considerar como acciones nítidamente diferenciadas la acción individual de responsabilidad contemplada en el artículo 135 LSA y la acción de responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales regulada en

el artículo 262.5 de la misma Ley (SSTS de 21 de septiembre de 1999 y 28 de junio de 2000). En consecuencia, no es congruente el fallo que condene al administrador demandado sobre la base del artículo 262.5 LSA cuando en la demanda se hubiera ejercitado únicamente la acción individual del artículo 135 LSA. No se trata de que en esta materia no rija el principio *iura novit curia*, sino de la improcedencia de estimar una acción que nunca se ha ejercitado, ya que ello provocaría la indefensión del demandado, al alterar la causa de pedir y modificar los términos del debate. (STS de 20 de julio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Agfa-Gevaert, S. A.*, reclama la deuda contraída por la compañía *Comercial Servicios Gráficos, S. A.*, disuelta ya al tiempo de interponerse la demanda. La sociedad actora dirige la demanda contra la compañía deudora, contra el liquidador y contra el último administrador único de aquella para que respondan solidariamente de la deuda. La citada deuda deriva del impago parcial de los contratos de compraventa de unos laboratorios y de diversos productos suministrados para la actividad comercial de la sociedad demandada.

El Juzgado de Primera Instancia, estimando parcialmente la demanda, condena a la mercantil y a su liquidador a pagar solidariamente la suma reclamada y absuelve al último administrador único, al apreciar prescripción de la acción ejercitada contra él. Interpuesto recurso de apelación por la mercantil acreedora, la Audiencia Provincial lo estima, condenando también al pago de la deuda al último administrador único de la sociedad deudora y rechazando la excepción de prescripción por entender que el plazo legalmente aplicable era el de cuatro años del artículo 949 CCO. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el mencionado administrador. (*M. C. C. M.*)

87. Derecho de información del accionista: contenido y límites.—Se consolida en la LSA este derecho de información como un derecho mínimo de todo accionista de carácter esencial e irrevocable, que conlleva la obligación de los administradores de proporcionar a los accionistas todos los informes y aclaraciones, así como de rendir cuentas de la actividad. El único límite a dicho derecho será el interés social, por lo que en ningún caso el ejercicio del derecho de información obstaculizará la actividad de la social.

Solicitud de informes: informe de auditoría de cuentas.—El artículo 112 LSA admite la solicitud por parte de los accionistas, ya sea por escrito con anterioridad a la celebración de la Junta o verbalmente durante la misma, de los informes y aclaraciones que estimen oportunos sobre los asuntos del orden del día. Conforme a su reiterada jurisprudencia (SSTS de 14 de noviembre de 1994, 21 de noviembre de 1996, 22 de marzo de 2000 y 26 de marzo de 2001), declara el TS que la denegación injustificada de la solicitud del informe de auditoría por parte del órgano de administración supone la vulneración del derecho a la información del accionista, lo que determina a su vez la nulidad de los acuerdos sociales adoptados en la Junta dónde dicha vulneración se produzca. (STS de 16 de julio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda contra *Cristalerías Erausquín Sevilla, S. A.*, sobre impugnación de acuerdos sociales.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El TS declara haber lugar al recurso de casación, considerando que existe la vulneración del derecho de información y declara nula la Junta ordinaria de la entidad demandada, así como nulos los acuerdos adoptados en la misma. (S. E. M.)

88. Derecho de información del socio: artículo 112 LSA.—Declara el Tribunal el carácter consustancial e irrevocable del derecho de información del accionista, con el único límite del grave perjuicio al interés social por su ejercicio. En este sentido, reitera el TS la jurisprudencia reflejada esencialmente en sus SS de 14 de noviembre de 1994, 21 de octubre de 1996, 22 de marzo de 2000 y 26 de marzo de 2001, concluyendo que la negativa por parte de los administradores sociales a proporcionar a los accionistas de forma inmediata y gratuita los informes de auditoría que éstos les soliciten, supone una infracción del derecho de información del socio, que es causa a su vez de la nulidad radical de los acuerdos sociales afectados. (STS de 18 de julio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Contra la sociedad mercantil *Cristalerías Erausquín Sevilla, S. A.*, se interpuso demanda solicitando la declaración de nulidad de la Junta general ordinaria de accionistas de la entidad demandada relativa a la aprobación de las cuentas anuales.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación revocando la sentencia. Recurrida en casación dicha sentencia, el TS declara haber lugar al recurso sin hacer expresa imposición de costas en ninguna instancia. (S. E. M.)

89. Juntas de accionistas: clases y convocatoria.—Las Juntas generales, como órgano deliberante y sancionador de la sociedad, tal y como señala el TS, se encuentran minuciosamente reguladas en la LSA (arts. 93 y ss.). Establece dicha regulación un *numerus clausus* relativo a la clasificación de las Juntas generales en ordinarias y extraordinarias. La única distinción entre unas y otras es la periodicidad legal o estatutaria de su reunión, con la única excepción de la aprobación de las cuentas anuales, que es materia reservada al conocimiento de la Junta general ordinaria (art. 95 LSA). Dicha Junta ha de ser convocada dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio para la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior. El TS niega la posibilidad de la aprobación conjunta de las cuentas anuales de dos ejercicios, debiendo ser en su caso convocada una Junta de carácter extraordinario para la aprobación de aquellos ejercicios que se encuentren fuera del plazo legalmente establecido.

Derecho de información del socio: solicitud de informes.—En el artículo 212.2 LSA se establece, como concreción al derecho general de información del artículo 112 del mismo cuerpo legislativo, el derecho de todo accionista a solicitar toda la información documental que haya de ser sometida a aprobación en la Junta general ordinaria una vez ésta haya sido convocada, así como el informe de gestión y el informe de los auditores de cuentas. Este derecho está concebido para evitar abusos, pero en ningún caso debe ostaculizar la marcha social. El TS, conforme a su reiterada jurisprudencia (esencialmente la contenida en las SSTs de 14 de noviembre de 1994, 21 de octubre de 1996, 22 de marzo de 2000 y 26 de marzo de 2001), declara que la negativa a obtener por parte de los administradores de la

sociedad los informes de auditoría, supone una vulneración del derecho de información del socio. Se afirma igualmente por el TS la nulidad de la constitución de la Junta general ordinaria (art. 115.2 LSA), cuando ésta tenga como único orden del día la deliberación sobre las cuentas auditadas cuya información se solicita. (STS de 26 de septiembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone por la parte demandante recurso de impugnación de los acuerdos sociales adoptados por la entidad mercantil *Garmendia Hermanos, S. A.*, relativos a la aprobación de las cuentas anuales de los ejercicios de 1992 y 1993, en Junta general ordinaria celebrada el 29 de junio de 1994.

El Juzgado de Primera Instancia desestima totalmente la demanda formulada. Recurrída en apelación, la Audiencia Provincial confirma la sentencia de instancia desestimando el recurso. El TS declara haber lugar al recurso de casación sin hacer expresa imposición de costas en ninguna instancia. (S. E. M.)

90. Sociedad anónima. Impugnación de acuerdos sociales. Legitimación del accionista: necesidad de hacer constar en acta su oposición al acuerdo.—Cuando la ley exige «constar en acta su oposición al acuerdo», no se está refiriendo a disentir del mismo y exteriorizarlo en la discusión previa en la que cabe la emisión de opiniones encontradas, que pueden ser incluso modificadas; lo que se requiere es que, una vez tomado el acuerdo, conste su oposición, claramente aunque de forma libre, explícitamente aunque no con la frase sacramental del verbo oponerse; en todo caso, que el oponente salve el voto manifestando su oposición al acuerdo de la mayoría, acuerdo que, evidentemente debe haber sido tomado. Para este tema, la opción del legislador manifestada en el texto legal del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 es clara: no da trascendencia jurídica a cualquier manifestación anterior, sino sólo a la de oposición posterior, *oposición al acuerdo*, no a la previsión, proposición o discusión del acuerdo. Esto no ha ocurrido en el presente caso: los demandantes en la instancia y recurrentes en casación no expresaron su *oposición al acuerdo*, en el sentido en que aparece en el texto legal. Manifestaron estar en contra del mismo en la discusión previa a uno de los acuerdos, pero no más. (STS de 21 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Don L. F., doña E, doña M.^a L., doña C. y doña C. D. R. V. y don C. O. Z. E. interpusieron demanda contra la mercantil *Sociedad Anónima Hullera Vasco-Leonesa* por impugnación de acuerdos sociales ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de Madrid. Dicho Juzgado desestimó la demanda con imposición de costas a la parte actora. La Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso sin hacer imposición de costas. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

91. Retroacción de la quiebra. Doctrina jurisprudencial.—En cuanto a la interpretación del artículo 878, párrafo segundo, CCO, se ha señalado por la jurisprudencia que si la atención se centra en las de los diez últimos años, se comprobará enseguida el dominio casi absoluto del criterio denominado *estricto o rigorista*, es decir, el que considera afectados de nulidad radical, por ministerio de la ley, todos los actos de disposición del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra. Ésta doctrina de carác-

ter estricto o rigorista ha sido mantenida en las más recientes SS de 12 y 14 de junio de 2000, en esta última se reitera que la nulidad *ipso iure* de los actos de dominio y administración que realiza el quebrado, posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra, tal como impone el artículo 878, párrafo segundo, CCO: la declaración de ese precepto es terminante y no debe merecer duda: los actos de administración y de disposición que hace el quebrado, sobre bienes de su patrimonio, tras la fecha de retroacción de la quiebra, son nulos *ipso iure*, nulidad absoluta. Nulidad que produce sus efectos sin que sea precisa la declaración judicial, a salvo que alguien resista la entrega de las cosas del quebrado; en cuyo caso corresponde a los síndicos el pedirla, como prevé el artículo 1366 LEC. (STS de 8 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Banco Guipuzcoano, S. A.*, formuló demanda, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de los de Cerdanyola del Vallés, contra la compañía mercantil *Pedro González, S. A.*; contra la compañía mercantil *Fenolo, S. A.* y contra don F. J. M. T., sobre nulidad contractual. Dicho Juzgado estimó parcialmente la demanda. La Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la sentencia recurrida. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

92. Artículo 878 CCO: nulidad de los actos de dominio y administración realizados por el quebrado durante el período de retroacción de la quiebra.—En virtud del artículo 878 CCO, una vez declarada la quiebra, el quebrado queda inhabilitado para la administración de sus bienes; los actos de dominio y de administración que el mismo realice después de la época a la que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos. Según ha declarado el TS en diversas ocasiones (SSTS de 15 de noviembre y 19 de diciembre de 1991, 24 de octubre de 1989 y 9 de mayo de 1988, entre otras) se trata de una nulidad absoluta o de pleno derecho.

Ejercicio de la acción de nulidad: legitimación activa.—Según reiterada doctrina jurisprudencial cualquier persona está legitimada para el ejercicio de la acción de nulidad, siempre que tenga interés en ello (SSTS de 26 de mayo y 21 de noviembre de 1997).

Legitimación *ad processum* y legitimación *ad causam*: diferencias.—La falta de legitimación *ad processum* es una excepción de naturaleza procesal, mientras que la falta de legitimación *ad causam* constituye una cuestión de fondo puesto que se refiere al derecho, al propio ejercicio de la acción.

Objeto del recurso de casación.—El recurso de casación se da únicamente contra el fallo de las resoluciones y no contra lo razonado en el cuerpo de las mismas. (STS de 26 de julio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—M. M. P. formula demanda contra *Talleres Pimar* solicitando se deje sin efecto el embargo preventivo y la sentencia de remate recaída en juicio ejecutivo tramitado previamente por la citada empresa contra M. M. P. Los títulos de los que se derivó dicha ejecución habían sido endosados a favor de *Talleres Pimar* por la sociedad *Euro-Lares* durante el período de retroacción de la quiebra de dicha entidad.

Tanto en primera instancia como en apelación, se desestima la demanda por apreciar falta de legitimación activa. (B. F. G.)

DERECHO PROCESAL

93. Arrendamientos históricos valencianos. Competencia judicial.—La competencia para conocer el presente recurso corresponde, conforme a los artículos 73.1.a) LOPJ, 40.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana y 1730 y 1686 LEC 1881, a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, porque el alcance de la DT de la Ley valenciana de 1986, en relación con lo previsto en su articulado, con la preexistencia del derecho valenciano como derecho consuetudinario en los términos contemplados por la ya citada STC 121/1992 y, en fin, con los principios proclamados en el artículo 9 CE, son todas ellas cuestiones de Derecho civil foral o especial que, lógicamente y lo mismo que sucede con el estatal, tiene que interpretarse con arreglo a los principios constitucionales, pero sin que un hipotético desajuste de la interpretación de la norma civil foral o especial por los órganos judiciales de la correspondiente Comunidad Autónoma derive automáticamente la competencia hacia esta Sala, porque en tal caso el órgano de casación autonómico quedaría marginado de una labor tan trascendental y propia como es la de decidir cuál es la interpretación de la norma civil foral más ajustada a la Constitución, decisión que si para las leyes en general incumbe a todos los órganos judiciales según el artículo 5.1 LOPJ, con mayor razón habrá que reconocer a los que legalmente tienen la condición de órganos de casación respecto del Derecho civil foral o especial propio de su Comunidad Autónoma. (STS de 15 de junio de 2001; falta de competencia judicial.)

HECHOS.—Julián M. C. interpuso demanda de resolución de arrendamiento rústico con base en el cambio de calificación del suelo. La arrendataria Dolores O. T. formuló reconvencción en la que solicitaba que se declarase el arrendamiento como histórico valenciano. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró resuelto el contrato. Recurrida la sentencia por la arrendataria, la Audiencia Provincial estimó la apelación y, en consecuencia, declaró su derecho a ser indemnizada con el cincuenta por ciento del plus valor de enajenación de la parcela, al cesar la explotación agraria por modificación de la calificación de la misma como suelo urbanizable, conforme al artículo 5.2 de la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de arrendamientos históricos valencianos. Interpuesto recurso de casación por Julián M. C., al considerar que el reconocimiento del arrendamiento como histórico valenciano se había realizado con posterioridad a su extinción conforme a la Ley estatal 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos, el TS declaró que la competencia para conocer ese recurso correspondía a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. (*J. M. B. S.*)

94. Recurso de audiencia al rebelde: naturaleza, finalidad y cómputo del plazo para su ejercicio. Interpretación del artículo 5 CC.—Como indica el TS, el recurso de audiencia al rebelde tiene su fundamento en el principio de contradicción, formando parte del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que pretende evitar cualquier tipo de indefensión del ciudadano. La finalidad de este recurso extraordinario es rescindir una sentencia firme. Por ello, tal y como precisa reiterada jurisprudencia

cia (entre otras, SSTS de 17 de diciembre de 1988, 15 de febrero y 18 de abril de 1992), no se permite acceder al mismo cuando a pesar de acogerse alguno de los motivos, se llega al mismo fallo de la sentencia impugnada. A su vez, el artículo 777 LEC establece un plazo de un año para la interposición del recurso de audiencia «contado desde la publicación de la ejecutiva en el Boletín Oficial de la provincia». El TS pone de manifiesto las distintas declaraciones jurisprudenciales sobre el cómputo o no del día de publicación a los efectos del ejercicio extemporáneo de la acción (a favor de su cómputo cita las SSTS de 25 de septiembre y 20 de octubre de 1987; y en contra las SSTS de 25 de junio de 1968 y 1 de febrero de 1982). A su vez declara la naturaleza procesal del plazo de interposición del recurso de audiencia, por tener éste su origen en una actuación igualmente procesal (notificación edictal de la sentencia), siéndole por ello de aplicación en virtud del artículo 185 LOPJ la normativa sobre los plazos prevista en el artículo 5 CC. Dicho artículo determina que el cómputo de los plazos por meses o por años se realizará «de fecha a fecha». Según el TS en virtud de esta precisión no cabe concluir que a dicho cómputo no le sea también de aplicación la regla de exclusión del día inicial, tal y como sucede en el caso de los plazos señalados por días. Afirma igualmente que el plazo no expira el día equivalente del mes del vencimiento, sino el anterior. Tal precisión, determina el TS, la realiza el artículo para aquellos supuestos en que en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente al inicial. Cuando dicho día equivalente exista, será en él precisamente en el que el plazo expirará.

Recurso de casación: normas de valoración de la prueba y motivación.—El TS rechaza que en casación pueda tratar de llevarse a cabo una nueva valoración de la prueba, ya que esto equivaldría a convertir este recurso en una tercera instancia. Igualmente la interposición del presente recurso habrá de motivarse en todo caso en la infracción de normas del ordenamiento jurídico que fueran de aplicación para resolver las cuestiones objeto del proceso. (STS de 25 de septiembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña R. F. A. formuló demanda contra don G. M. G. y los ignorados herederos de su esposa doña J. V. C. reclamando los daños y perjuicios ocasionados en la vivienda de la actora por filtraciones de aguas procedentes de otra vivienda superior perteneciente a los demandados. Se personó en autos don G. M. G., pero no los mencionados herederos, realizándose su emplazamiento a través de edictos publicados en el el Boletín Oficial de la provincia.

El Juzgado de Primera Instancia condenó a los demandados a abonar la cantidad solicitada por la actora, más los intereses devenidos desde la presentación de la demanda así como al pago de las costas. Don J. C. M. V. y don A. M. V., hijos de doña J. V. C., formulan ante la Audiencia Provincial recurso de audiencia al rebelde contra dicha sentencia que fue desestimado. Presentando recurso de casación ante el TS, éste declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Actualmente, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, se ha reducido el plazo para solicitar la audiencia al rebelde cuando la notificación de la sentencia firme no se realice personalmente. Queda así derogado el artículo 777.1 de la anterior LEC, dónde el plazo era de un año, pasando a ser el plazo actual de cuatro meses a partir de la publicación del edicto de notificación de la sentencia firme, en virtud del artículo 502.2 de la LEC vigente. (S. E. M.)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LV, 2002

FASCÍCULO III julio-septiembre

Estudios monográficos	941
Mauro BUSSANI: «En busca de un Derecho privado europeo»	
Susana NAVAS NAVARRO: «La sucesión intestada de la Generalidad de Cataluña»	965
Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA: «La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea»	1115
Estudios de Derecho extranjero	
Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN: «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB»	1133
María Luisa VIVES MONTERO: «Traducción de la Reforma 2002 del BGB»	1229
Bibliografía	
LIBROS	
CARRASCO PERERA, Ángel/CORDERO LOBATO, Encarnación/ MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Tratado de los derechos de garantía», por María del Carmen Gómez Laplaza	1311
LÓPEZ AZCONA, Aurora: «La ruptura de las parejas de hecho. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial», por Carmen Bayod ..	1314
TORRES PEREA, José Manuel de: «Presupuesto de la acción rescisoria», por María José Santos Morón	1317
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	1323
Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el Estado civil (año 2001)	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	1365
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
SENTENCIAS COMENTADAS	
Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ: «La cesión del suelo en concepto de participación en plusvalías y la propiedad de suelo urbano. (Comentario a la STC 54/2002, de 27 de febrero)»	1403

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS COMENTADAS

Francisco VELÁSCO CABAÑERO: «Juicio de constitucionalidad sobre los hermanos de accidentes de circulación: de la STC 181/2000 de la STC 49/2002»	1417
--	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Josep María BECH SERRAT, María del Carmen CRESPO MORA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Albert RUDA GONZÁLEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Encarna SERNA MEROÑO, Montserrat VERGÉS VALLS-LLOVERA	1437
---	------

VERGÉS VALLS-LLOVERA	1437
----------------------------	------

